

*Johannes Schäuble*

Strafverfahren und Prozessverantwortung

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für  
ausländisches und internationales Strafrecht

## Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 159



Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht

# Strafverfahren und Prozessverantwortung

Neue prozessuale Obliegenheiten  
des Beschuldigten in Deutschland im Vergleich  
mit dem US-amerikanischen Recht

Johannes Schäuble



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-791-7>

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.  
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht  
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin

<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © zarg404, fotolia

Foto des Autors: kursiv Kommunikationsdesign, Berlin

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-791-7 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-15319-0 (Duncker & Humblot)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 .:

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2016/2017 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Neuerscheinungen konnten bis zum Ende des Jahres 2016, für den rechtsvergleichenden Teil bis April 2016 eingearbeitet werden.

Herzlich danken möchte ich allen voran meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Professor Dr. *Walter Perron*, der die Arbeit vorbildlich betreut hat, stets für Rückfragen erreichbar war und zugleich den notwendigen Freiraum gewährte. Professor Perron war es auch, der mit seinen Lehrveranstaltungen bereits im Studium meine Begeisterung für das Strafrecht geweckt hat. Herrn Rechtsanwalt Professor Dr. *Gerson Trüg* gebührt mein Dank für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber* als Stellvertreter für die Max-Planck-Gesellschaft und das Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht danke ich für die finanzielle und ideelle Förderung meines Dissertationsvorhabens im Rahmen der International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law. Ein besseres Umfeld für strafrechtsvergleichende Forschung kann ich mir nur schwer vorstellen. Professor Sieber gilt mein Dank überdies für die Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe. Bei Frau *Hildegund Schaab* möchte ich mich für die sorgfältige Lektoratsarbeit bedanken. Herrn Professor *Luis E. Chiesa* (University at Buffalo School of Law) danke ich schließlich für die Ermöglichung meines Gastforschungsaufenthalts am Buffalo Criminal Law Center und für den lehrreichen Austausch.

Für zahlreiche anregende Diskussionen und konstruktiv-kritische Rückmeldungen danke ich Dr. *Till Bettels* und *Malte Marwedel* ebenso wie Dr. *Anja Hauth*, *Peter Lehmann*, *Kathrin Philipps*, *Sebastian Wissner* und *Stefan Zimmermann* für viele hilfreiche Anregungen. Meinen Eltern bin ich für die große Unterstützung in allen Phasen meiner Ausbildung dankbar. Last but not least danke ich meiner Partnerin *Anna* für den Rückhalt und das Aushalten manch wechselhafter Laune während des Entstehens dieser Arbeit.

Berlin, im August 2017

*Johannes Schäuble*



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIV
<b>Einführung .....</b>	<b>1</b>

### *Teil 1*

#### **Verfahrenstheoretische Annäherung – Die Prozessverantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren**

<b>I. Begründung und Ausformung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren .....</b>	<b>5</b>
A. Prozessverantwortung der Verfahrensbeteiligten aufgrund ihrer Subjektstellung .....	5
B. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils .....	11
C. Ausformung der Prozessverantwortung des Beschuldigten .....	29
<b>II. Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens .....</b>	<b>33</b>
A. Allgemeine Anforderungen an die Verfahrensrechte des Beschuldigten .....	34
B. Anforderungen an die materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten .....	36
C. Formelle Absicherung der materiellen Beteiligungsrechte .....	42
D. Folgerungen für die Verfahrensstruktur .....	46
<b>III. Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>49</b>

### *Teil 2*

#### **Die Ausgestaltung der Prozessverantwortung des Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens**

<b>I. Einführung .....</b>	<b>51</b>
<b>II. Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils .....</b>	<b>51</b>
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	52
B. Einfachgesetzliche Ausgestaltung .....	61
C. Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis .....	68
<b>III. Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus     resultierende Obliegenheiten .....</b>	<b>71</b>

A.	Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen .....	71
B.	Beweisführungsrechte des Beschuldigten .....	73
C.	Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten .....	102
D.	Bewertung .....	112
<b>IV.</b>	<b>Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte .....</b>	<b>114</b>
A.	Gerichtliche Fürsorge .....	114
B.	Formelle Verteidigung .....	119
C.	Verhältnis der Absicherungen .....	134
D.	Grundsatz der Waffengleichheit als weiterer Absicherungsmechanismus? ..	134
E.	Bewertung .....	135
<b>V.</b>	<b>Abschließende Bewertung .....</b>	<b>139</b>

*Teil 3*

**Die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten  
seit den 1990er-Jahren**

<b>I.</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>142</b>
<b>II.</b>	<b>Die Situation des deutschen Strafverfahrens seit den 1990er-Jahren .....</b>	<b>143</b>
A.	Das deutsche Strafverfahren in der „Krise“ .....	143
B.	Verteidigungsverhalten als (Mit-)Ursache der Krise .....	147
C.	Strukturelle Grenzen einer materiellen Beschränkung von Beteiligungs- rechten des Beschuldigten .....	155
<b>III.</b>	<b>Regelungsgehalt der geschaffenen Neuerungen .....</b>	<b>161</b>
A.	Beanstandung von Fehlern der tatgerichtlichen Untersuchung .....	162
B.	Eigene Beweisführung des Beschuldigten .....	197
C.	Konsensuale und kooperative Verfahrensbeendigungen .....	213
<b>IV.</b>	<b>Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten infolge der neuen Regelungen .....</b>	<b>241</b>
A.	Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten als Ausweg aus der Krise des deutschen Strafverfahrens .....	242
B.	Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im Einzelnen .....	243
C.	Zwischenergebnis .....	260
<b>V.</b>	<b>Aushöhlung der Beschuldigtenrechte infolge der Steigerung der Prozessverantwortung .....</b>	<b>262</b>
A.	Das Risiko der Aushöhlung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten .....	262
B.	Verwirklichung des Risikos im Einzelnen .....	265
C.	Zwischenergebnis .....	277
<b>VI.</b>	<b>Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>278</b>



*Teil 4*  
**Rechtsvergleichende Perspektive – Prozessverantwortung  
im US-amerikanischen Strafverfahren**

<b>I. Einführung</b> .....	280
A. Ziel und Gegenstand der Vergleichung .....	280
B. Vorgehensweise bei der Vergleichung .....	282
C. Für die Vergleichung relevante weitere Strukturelemente neben dem adversatorischen Beweisverfahren .....	283
<b>II. Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils</b> .....	291
A. Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	291
B. Einfachgesetzliche Ausgestaltung .....	294
C. Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis .....	305
<b>III. Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus resultierende Obliegenheiten</b> .....	306
A. Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen .....	306
B. Beweisführungsrechte des Beschuldigten im streitigen Verfahren .....	314
C. Beweisführungsrechte des Beschuldigten im konsensualen Verfahren .....	342
D. Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten .....	348
E. Vergleichende Bewertung .....	356
<b>IV. Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte</b> .....	360
A. Fürsorge staatlicher Akteure .....	360
B. Formelle Verteidigung .....	362
C. Vergleichende Bewertung .....	383
<b>V. Abschließende vergleichende Bewertung und Ausblick</b> .....	389

*Teil 5*  
**Erörterung von Lösungsansätzen**

<b>I. Grundausrichtung der zu erarbeitenden Vorschläge</b> .....	392
A. Systematisierung möglicher Ansätze .....	392
B. Keine „Rückkehr zur alten StPO“ .....	393
C. Zwischenergebnis .....	399
<b>II. Denkbare Lösungsansätze</b> .....	399
A. Ausbau der Informations- und Beteiligungsrechte im Ermittlungs- verfahren .....	400
B. Ausweitung des Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung .....	407
C. Verstärkte Qualitätssicherung formeller Verteidigung .....	410
D. Verfahrensrechtliche Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung .....	414
E. Schlussbemerkung: Rechtspolitische Realisierungschancen .....	425

<b>III. Anlass für eine Neuorientierung des gesamten Verfahrens?</b> .....	426
A. Die drohende „Parteirolle“ des Gerichts .....	427
B. Überlegungen zu einer Neuorientierung des Verfahrens .....	430
<b>Schlussbetrachtung</b> .....	435
Literaturverzeichnis .....	439

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIV
<b>Einführung</b> .....	<b>1</b>

## *Teil I*

### **Verfahrenstheoretische Annäherung – Die Prozessverantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren**

<b>I. Begründung und Ausformung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren</b> .....	<b>5</b>
A. Prozessverantwortung der Verfahrensbeteiligten aufgrund ihrer Subjektstellung .....	5
1. „Korrespondenzverhältnis“ von Freiheit und Verantwortung .....	5
2. Prozessverantwortung als Kehrseite der Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten in rechtlichen Verfahren .....	8
a) Subjektstellung und prozessuale Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten .....	8
b) Prozessverantwortung als Kehrseite der Subjektstellung .....	9
B. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils .....	11
1. Unzureichende Legitimation des Strafurteils durch die amtliche Wahrheitsermittlung .....	11
a) Legitimation durch amtliche Wahrheitsermittlung .....	11
aa) Amtliche Ermittlung der materiellen Wahrheit als (Zwischen-)Ziel des Verfahrens .....	12
bb) Überformung durch den Schutz außerprozessualer Rechtsgüter .....	14
b) Unsicherheit der amtlichen Wahrheitsermittlung .....	16
aa) Einfluss des materiellen Rechts .....	16
bb) Faktische Grenzen der Wahrheitsermittlung im Straf- verfahren .....	17
cc) Abkehr von der materiellen Wahrheit als (Zwischen-)Ziel des Verfahrens? .....	20
c) Zwischenergebnis: Notwendigkeit einer weiteren Legitimationsgrundlage .....	22

2.	Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils .....	22
a)	Vorbemerkung: Kompensierende Legitimation durch Verfahren ...	23
b)	Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung .....	24
c)	Mitverantwortung für das Urteil als Kehrseite der Beteiligung .....	26
3.	Zusammenfassung .....	29
C.	Ausformung der Prozessverantwortung des Beschuldigten .....	29
1.	Die Obliegenheit als Grundbegriff der Prozessverantwortung .....	29
2.	Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten .....	31
3.	Nähere Ausgestaltung der Obliegenheiten, insbesondere „prozessuale Sanktionen“ .....	32
<b>II.</b>	<b>Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens</b> .....	<b>33</b>
A.	Allgemeine Anforderungen an die Verfahrensrechte des Beschuldigten .....	34
B.	Anforderungen an die materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten .....	36
1.	Informations- und Vorbereitungsrechte .....	36
2.	Beweisführungsrechte .....	36
a)	Beanstandung der staatlichen Beweisführung .....	37
b)	Mitgestaltung der staatlichen Beweisführung .....	37
c)	Eigene Beweisführung .....	38
3.	Speziell: Möglichkeit der Beteiligung durch Konsens .....	39
C.	Formelle Absicherung der materiellen Beteiligungsrechte .....	42
1.	Kompetenzdefizite in der Person des Beschuldigten .....	43
2.	Ausgleich durch formelle Absicherungsmechanismen .....	44
a)	Hilfestellungen staatlicher Verfahrensorgane .....	44
b)	Formelle Verteidigung .....	45
D.	Folgerungen für die Verfahrensstruktur .....	46
1.	Grundsätzlicher Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers .....	46
2.	Speziell: Keine Festlegung auf ein Prozessmodell .....	47
<b>III.</b>	<b>Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	<b>49</b>

### *Teil 2*

## **Die Ausgestaltung der Prozessverantwortung des Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens**

<b>I.</b>	<b>Einführung</b> .....	<b>51</b>
<b>II.</b>	<b>Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils</b> .....	<b>51</b>
A.	Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	52
1.	Amtliche Wahrheitsermittlung .....	53
a)	Verfassungsrechtliche Herleitung .....	53
b)	Inhaltliche Vorgaben .....	55

2.	Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten .....	57
a)	Verfassungsrechtliche Herleitung .....	58
b)	Inhaltliche Vorgaben .....	60
3.	Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers .....	61
B.	Einfachgesetzliche Ausgestaltung .....	61
1.	Das deutsche Amtsermittlungsverfahren .....	61
2.	Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils .....	63
a)	Amtliche Wahrheitsermittlung durch das Tatgericht .....	63
b)	Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als bloßem Verfahrensbeteiligten .....	64
c)	Zusammenfassung .....	65
3.	Strukturimmanente Vorzüge und Defizite .....	66
a)	Besonders zuverlässige materielle Wahrheitsermittlung durch das Tatgericht? .....	66
b)	Systemimmanentes Problem der richterlichen Vorein- genommenheit .....	66
C.	Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis .....	68
1.	Das Amtsermittlungsverfahren als obrigkeitstaatliches Relikt .....	68
2.	Austausch durch ein sozialstaatliches Verständnis .....	70
<b>III.</b>	<b>Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus resultierende Obliegenheiten</b> .....	<b>71</b>
A.	Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen .....	71
1.	Zugang zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden .....	71
2.	Informationsverschaffung durch eigene Ermittlungen .....	72
B.	Beweisführungsrechte des Beschuldigten .....	73
1.	Ausgangspunkt: Die gerichtliche Untersuchung .....	74
a)	Umfang der gerichtlichen Untersuchung .....	74
b)	Gestaltung der gerichtlichen Untersuchung .....	76
2.	Beanstandung der gerichtlichen Untersuchung .....	77
a)	Beanstandung sachleitender Anordnungen im Hauptverfahren .....	77
b)	Beanstandung im Revisionsverfahren im Wege der Verfahrensrüge .....	78
aa)	Formelle Anforderungen an die Verfahrensrüge .....	78
bb)	Rügepotenzial der Verfahrensrüge .....	79
cc)	Einschränkungen des Rügepotenzials (Verbot der Rekon- struktion der Hauptverhandlung) .....	80
c)	Beanstandung im Revisionsverfahren im Wege der Sachrüge (sog. „Darstellungsrüge“) .....	83
d)	Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung .....	85
3.	Inhaltliche Begleitung der gerichtlichen Untersuchung .....	87
a)	Erklärungsrechte .....	87

b)	Fragerechte .....	88
aa)	Rechtliche Ausgestaltung .....	88
bb)	Speziell: Ausfall des Fragerechts .....	91
c)	Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung .....	94
4.	Ergänzende eigene Beweisführung .....	96
a)	Beweisanträge .....	96
b)	Beweisermittlungsanträge und Beweisanregungen .....	98
c)	Verhältnis zur gerichtlichen Aufklärung .....	99
d)	Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung .....	101
C.	Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten .....	102
1.	Bloße Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren .....	103
2.	Ausnahmsweise bestehende Obliegenheiten zur Mitwirkung in der Hauptverhandlung .....	104
a)	Bezugspunkte der Mitwirkungsobliegenheiten .....	104
aa)	Ausschließlich dem Beschuldigten bekannte Tatsachen und Beweise .....	104
bb)	Von der Amtsermittlungspflicht nicht mehr umfasste Beweise .....	105
cc)	Beeinflussung der Verarbeitung der gerichtlich erhobenen Beweise .....	106
b)	Ausgestaltung der Mitwirkungsobliegenheiten .....	106
c)	Wandlung zu Beanstandungsobliegenheiten .....	107
3.	Faktische weitere Mitwirkungsobliegenheiten in der Haupt- verhandlung .....	107
a)	Mitwirkungsobliegenheiten aufgrund der „informellen“ Präklusion der Aufklärungsrüge .....	107
b)	Mitwirkungsobliegenheiten aufgrund der Ausgestaltung der revisionsrechtlichen Überprüfung .....	110
c)	Mitwirkungsobliegenheiten bei formeller Verteidigung .....	112
D.	Bewertung .....	112
<b>IV.</b>	<b>Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte</b> .....	<b>114</b>
A.	Gerichtliche Fürsorge .....	114
1.	Die Absicherungsfunktion der gerichtlichen Fürsorge .....	115
2.	Ausgestaltung der gerichtlichen Fürsorge .....	117
3.	Ausfall der gerichtlichen Fürsorge .....	119
B.	Formelle Verteidigung .....	119
1.	Die Absicherungsfunktion der formellen Verteidigung .....	119
a)	Absicherung der Handhabbarkeit der Beschuldigtenrechte .....	119
b)	Sicherung der Justizförmigkeit des Strafverfahrens als weitere Funktion formeller Verteidigung? .....	120
c)	Aktive Sicherung der Justizförmigkeit des Verfahrens durch prozessuale Mitwirkungspflichten? .....	121

2.	Ausgestaltung der formellen Verteidigung .....	123
a)	Recht auf Verteidigung .....	123
b)	Aufgaben des Verteidigers .....	124
c)	Speziell: Verteidigung mittelloser Beschuldigter – notwendige Verteidigung .....	126
aa)	Funktionen notwendiger Verteidigung .....	126
bb)	Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung .....	127
cc)	Ausgestaltung notwendiger Verteidigung .....	129
3.	Ausfall der Verteidigung .....	130
a)	Körperliche Abwesenheit des Verteidigers .....	130
b)	Fehlerhafte Tätigkeit des Verteidigers .....	130
C.	Verhältnis der Absicherungen .....	134
D.	Grundsatz der Waffengleichheit als weiterer Absicherungs- mechanismus? .....	134
E.	Bewertung .....	135
<b>V.</b>	<b>Abschließende Bewertung .....</b>	<b>139</b>

*Teil 3*

**Die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten  
seit den 1990er-Jahren**

<b>I.</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>142</b>
<b>II.</b>	<b>Die Situation des deutschen Strafverfahrens seit den 1990er-Jahren .....</b>	<b>143</b>
A.	Das deutsche Strafverfahren in der „Krise“ .....	143
1.	Krisensymptom der unzureichenden Verfahrenseffizienz .....	143
2.	Verfassungsrechtliche Anknüpfung an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege .....	145
3.	Vorgeschlagene und verwirklichte Maßnahmen zur Abhilfe .....	146
B.	Verteidigungsverhalten als (Mit-)Ursache der Krise .....	147
1.	Die Diskussion um verzögerndes und missbräuchliches Verteidigungsverhalten .....	147
2.	Anknüpfungspunkte im Verteidigungsverhalten .....	151
3.	Strukturbedingte Spielräume für verzögernde oder obstruierende Verteidigungsstrategien .....	152
a)	Aufsparen und Provozieren von Revisionsgründen .....	152
b)	Exzessiver Einsatz des Beweisantragsrechts .....	153
C.	Strukturelle Grenzen einer materiellen Beschränkung von Beteiligungs- rechten des Beschuldigten .....	155
1.	Begrenzung oder Abschaffung von Beteiligungsrechten .....	155
a)	Vorgeschlagene bzw. realisierte Maßnahmen .....	156
b)	Strukturelle Grenzen dieses Ansatzes .....	157

2.	Eingrenzung missbräuchlichen Beschuldigtenverhaltens .....	158
a)	Vorgeschlagene bzw. realisierte Maßnahmen .....	158
b)	Strukturelle Grenzen dieses Ansatzes .....	159
<b>III.</b>	<b>Regelungsgehalt der geschaffenen Neuerungen .....</b>	<b>161</b>
A.	Beanstandung von Fehlern der tatgerichtlichen Untersuchung .....	162
1.	Die Erweiterung der Präklusionsregelung aus § 238 Abs. 2 StPO .....	162
a)	Ursprünglicher Regelungsinhalt .....	162
aa)	Inhaltliche Vorgaben .....	162
bb)	Dogmatische Grundlage .....	163
cc)	Sachlicher Anwendungsbereich .....	165
b)	Regelungsinhalt nach der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs .....	167
aa)	Einebnung der Ausnahmefallgruppe für zwingendes Verfahrensrecht durch die Rechtsprechung .....	167
bb)	Vorschlag der vollständigen Anwendung auf zwingendes Verfahrensrecht aus Justizkreisen .....	170
c)	Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung .....	173
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	174
2.	Die Widerspruchslösung .....	175
a)	Herausbildung der Widerspruchslösung .....	175
b)	Regelungsinhalt .....	175
aa)	Inhaltliche Vorgaben .....	175
bb)	Dogmatische Grundlage .....	178
(1)	Anwendung der bzgl. § 238 Abs. 2 StPO bekannten Ansätze .....	179
(2)	Der Widerspruch als Tatbestandsvoraussetzung .....	179
(3)	Der Widerspruch als prozessuale Einrede .....	181
(4)	Der Widerspruch als Zwischenrechtsbehelf nach <i>Mosbacher</i> .....	183
cc)	Sachlicher Anwendungsbereich .....	184
c)	Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcen- schonung .....	186
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	187
3.	Erhöhte Begründungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (die sog. „Negativtatsachen“) .....	188
a)	Bisherige Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge .....	188
b)	Die neuen Anforderungen zum Vortrag von Negativtatsachen ....	188
aa)	Negativtatsachen als „negative Tatbestandsmerkmale“ .....	189
bb)	Negativtatsachen als hinzutretende, einem Verfahrens- fehler entgegenstehende Umstände .....	190
cc)	Speziell: Rügepräklusionen .....	192



c)	Zielsetzung Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung .....	193
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	194
aa)	Vorrang des Gesetzes .....	194
bb)	Garantie effektiven Rechtsschutzes .....	196
B.	Eigene Beweisführung des Beschuldigten .....	197
1.	Das Merkmal der Konnexität im Beweisantragsrecht .....	197
a)	Herausbildung des Konnexitätserfordernisses .....	197
b)	Regelungsinhalt .....	199
aa)	Verständnis als Konnexität „im engeren Sinne“ .....	199
bb)	Weiterentwicklung zur Konnexität „im weiteren Sinne“ .....	200
cc)	Weiterentwicklung zur „qualifizierten“ Konnexität .....	201
dd)	Verhältnis zu anderen Bestimmungen des Beweisverfahrens .....	203
c)	Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung .....	204
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	205
2.	Die Fristenlösung im Beweisantragsrecht .....	205
a)	Herausbildung der Fristenlösung .....	205
b)	Regelungsinhalt .....	207
c)	Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung .....	209
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	210
C.	Konsensuale und kooperative Verfahrensbeendigungen .....	213
1.	Vorbemerkung .....	213
2.	Etablierte Möglichkeiten zur konsensualen Verfahrensbeendigung .....	215
a)	Strafbefehlsverfahren .....	215
aa)	Regelungsinhalt und Regelungszweck .....	215
bb)	Einordnung als konsensuales Verfahren .....	216
b)	Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO .....	219
aa)	Regelungsinhalt und Regelungszweck .....	219
bb)	Einordnung als konsensuales Verfahren .....	221
3.	Die Verständigung nach § 257c StPO .....	223
a)	Herausbildung der Verständigungsregelung .....	223
aa)	Entwicklung der Absprachenpraxis bis 2009 .....	223
bb)	Schaffung des Verständigungsgesetzes .....	225
cc)	Urteil des Bundesverfassungsgerichts und Ausblick .....	227
b)	Regelungsinhalt .....	229
aa)	Gegenstand der Verständigung .....	230
bb)	Ablauf und Anforderungen an das Verständigungsverfahren .....	232
cc)	Bindungswirkung und Rückabwicklung .....	234

c)	Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung .....	237
d)	Verfassungsmäßigkeit .....	237
aa)	Das Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ...	238
bb)	Verfassungsrechtlicher Spielraum für konsensuale Verfahrensbeendigungen .....	240
<b>IV.</b>	<b>Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten infolge der neuen Regelungen .....</b>	<b>241</b>
A.	Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten als Ausweg aus der Krise des deutschen Strafverfahrens .....	242
B.	Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im Einzelnen .....	243
1.	Neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung und verschärfte Beanstandungsobliegenheiten in der Revision .....	244
a)	Schaffung neuer Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung .....	244
aa)	Neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhand- lung und dadurch bewirkte Verantwortungsverschiebung ....	244
bb)	Keine Verantwortungsverschiebung aufgrund fortbestehender Verpflichtungen des Gerichts? .....	246
cc)	Einordnung im Hinblick auf die Legitimation des Strafurteils .....	247
b)	Verschärfung der Beanstandungsobliegenheiten in der Revision ...	250
2.	Verschärfung der Mitwirkungsobliegenheiten des Beschuldigten .....	251
a)	Schaffung neuer Darlegungs- und Ermittlungsobliegenheiten .....	251
aa)	Konnexitätskriterium .....	252
bb)	Fristenlösung .....	253
b)	Einordnung im Hinblick auf die Legitimation des Strafurteils ....	254
c)	Speziell: Einfluss des Fortbestehens der Amtsermittlungspflicht des Gerichts .....	255
3.	Erhöhte Prozessverantwortung durch konsensuale bzw. kooperative Verfahrensbeendigungen .....	256
a)	Verantwortung für die Vollständigkeit der Sachverhaltsgrund- lage durch konsensuale Verfahrensbeendigungen .....	257
b)	Sonderfall kooperative Verfahrensbeendigung nach § 257c StPO .....	259
C.	Zwischenergebnis .....	260
<b>V.</b>	<b>Aushöhlung der Beschuldigtenrechte infolge der Steigerung der Prozessverantwortung .....</b>	<b>262</b>
A.	Das Risiko der Aushöhlung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten .....	262
B.	Verwirklichung des Risikos im Einzelnen .....	265
1.	Aushöhlung der revisionsrechtlichen Verfahrensrüge .....	265
a)	Überforderung der Verteidigung mit den Beanstandungs- obliegenheiten in der Hauptverhandlung .....	265

b)	Überforderung der Verteidigung mit den Darlegungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren .....	268
c)	Speziell: Aushöhlung der Verfahrensrüge als durchaus gewünschter Effekt .....	269
2.	Aushöhlung des Beweisantragsrechts .....	270
a)	Überforderung der Verteidigung mit den Anforderungen an die Beweisantragstellung .....	270
b)	Strukturelle Defizite aufgrund unzureichender Informationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren .....	271
3.	Aushöhlung der Beschuldigtenposition insgesamt durch konsensuale oder kooperative Verfahrensbeendigungen .....	272
a)	Strukturelle Defizite aufgrund unzureichender Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren .....	272
b)	Strukturelle Defizite bei der formellen Verteidigung .....	274
C.	Zwischenergebnis .....	277
<b>VI.</b>	<b>Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>278</b>

*Teil 4*

**Rechtsvergleichende Perspektive – Prozessverantwortung  
im US-amerikanischen Strafverfahren**

<b>I.</b>	<b>Einführung .....</b>	<b>280</b>
A.	Ziel und Gegenstand der Vergleichung .....	280
B.	Vorgehensweise bei der Vergleichung .....	282
C.	Für die Vergleichung relevante weitere Strukturelemente neben dem adversatorischen Beweisverfahren .....	283
1.	Entscheidung über die Schuldfrage durch ein Geschworenengremium ( <i>jury</i> ) .....	284
2.	Weites Anklageermessen der Staatsanwaltschaft .....	286
3.	Beweisverwertungsverbote zur Disziplinierung der Polizei .....	289
<b>II.</b>	<b>Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils .....</b>	<b>291</b>
A.	Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	291
B.	Einfachgesetzliche Ausgestaltung .....	294
1.	Das adversatorische US-amerikanische Strafverfahren .....	294
2.	Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils .....	295
a)	Amtliche Wahrheitsermittlung durch die Staatsanwaltschaft .....	296
b)	Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten .....	298
c)	Zwischenergebnis .....	299
3.	Strukturimmanente Vorzüge und Defizite .....	300
a)	Keine systemimmanente Voreingenommenheit des Gerichts .....	300
b)	Defizite bei der Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung .....	300

aa)	Grundsätzliche Ausrichtung des adversatorischen Verfahrens auf eine bloß formelle Wahrheit? .....	301
bb)	Risiko der Unvollständigkeit des Sachverhalts .....	303
C.	Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis .....	305
<b>III.</b>	<b>Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus resultierende Obliegenheiten</b> .....	<b>306</b>
A.	Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen .....	306
1.	Zugang zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden .....	307
a)	Akteneinsichtsrecht ( <i>discovery und disclosure</i> ) .....	307
b)	Staatsanwaltschaftliche Verpflichtung zur Offenlegung entlastender Beweise (sog. „Brady-Regelung“) .....	309
c)	Durchführung des Anklageüberprüfungsverfahrens ( <i>preliminary hearing</i> ) .....	311
2.	Informationsverschaffung durch eigene Ermittlungen .....	312
B.	Beweisführungsrechte des Beschuldigten im streitigen Verfahren .....	314
1.	Ausgangspunkt: Die staatsanwaltschaftliche Beweisführung .....	315
a)	Gegenstand der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung .....	315
b)	Grenzen der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung .....	316
2.	Beanstandung der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung .....	317
a)	Beanstandung unzulässiger Beweisführungen .....	317
aa)	Beanstandungsrechte in bzw. vor der Hauptverhandlung .....	318
bb)	Rügepräklusion bei unterlassener Beanstandung ( <i>raise-or-waive rule</i> ) .....	320
cc)	Ausnahmen von der Präklusionswirkung bei schweren Verfahrensfehlern ( <i>plain error</i> ) .....	322
dd)	Keine Urteilsaufhebung bei einem geringfügigen Fehler ( <i>harmless error</i> ) .....	325
b)	Beanstandung einer nicht tragfähigen Beweisführung .....	326
3.	Inhaltliche Überprüfung und Entkräftung der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung .....	327
a)	Verfassungsrechtliche Garantie des Konfrontationsrechts in Amendment VI .....	327
b)	Einfachgesetzliche Umsetzung im Recht auf Durchführung eines Kreuzverhört .....	330
c)	Stellenwert des Konfrontationsrechts bzw. des Kreuzverhört .....	332
4.	Eigene Beweisführung .....	333
a)	Verfassungsrechtliche Garantie des Rechts auf Vorführung eigener Beweise .....	333
b)	Einfachgesetzliche Ausgestaltung .....	335
aa)	Rechtliche Instrumente zur eigenen Beweisvorführung .....	335
bb)	Anforderungen an die Zulässigkeit eigener Beweise .....	336
cc)	Beibringung der Beweismittel .....	338
dd)	Präklusionsbewehrte Offenlegung von Verteidigungseinreden .....	339
c)	Stellenwert des Rechts auf Einführung eigener Beweise .....	341

C.	Beweisführungsrechte des Beschuldigten im konsensualen Verfahren .....	342
1.	Funktionsweise konsensualer Verfahrensbeendigungen .....	342
a)	Die Abgabe eines Schuldbekenntnisses durch den Beschuldigten ..	342
b)	Verhandlungen mit der Staatsanwaltschaft über die Abgabe eines Schuldbekenntnisses ( <i>plea bargaining</i> ) .....	344
2.	Beweisführungsrechte beim <i>plea bargaining</i> .....	348
D.	Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten .....	348
1.	Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung .....	348
a)	Beanstandung unzulässiger staatsanwaltschaftlicher Beweisführungen .....	348
b)	Beanstandung einer nicht tragfähigen staatsanwaltschaftlichen Beweisführung .....	350
2.	Mitwirkungsobliegenheiten an der Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage .....	350
a)	Bezugspunkte der Mitwirkung .....	350
b)	Ausgestaltung der Mitwirkungsobliegenheiten .....	351
aa)	Präsentation, Begründung, Beibringung .....	351
bb)	Vorbereitung und Ermittlung .....	353
3.	Prozessverantwortung im konsensualen Verfahren .....	355
E.	Vergleichende Bewertung .....	356
<b>IV.</b>	<b>Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte .....</b>	<b>360</b>
A.	Fürsorge staatlicher Akteure .....	360
B.	Formelle Verteidigung .....	362
1.	Die Absicherungsfunktion der formellen Verteidigung .....	362
2.	Ausgestaltung der formellen Verteidigung .....	363
a)	Recht auf Verteidigung .....	364
b)	Aufgaben des Verteidigers .....	365
c)	Speziell: Verteidigung mittelloser Beschuldigter .....	366
aa)	Verfassungsrechtliche Verankerung .....	366
bb)	Ausgestaltung und Finanzierung staatlich bestellter Verteidigung .....	368
(1)	Bestellung von Verteidigern auf Fallbasis ( <i>assigned counsel model</i> ) .....	369
(2)	Verteidigung durch ein <i>public defender</i> -Büro .....	371
(3)	Vertragliche Übertragung von Fallkontingenten ( <i>contract model</i> ) .....	371
cc)	Weitere Leistungen für mittellose Beschuldigte .....	372
3.	Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung .....	374
a)	Verfassungsrechtliche Verankerung .....	374
b)	Voraussetzungen der Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung .....	375

aa) Fehlerhafte Tätigkeit des Verteidigers ( <i>deficient performance</i> ) .....	375
bb) Nachteilhafte Auswirkung auf das Verfahrensergebnis ( <i>prejudice</i> ) .....	378
c) Verfahrensrechtliche Besonderheiten bei einzelstaatlichen Verurteilungen .....	381
C. Vergleichende Bewertung .....	383
<b>V. Abschließende vergleichende Bewertung und Ausblick .....</b>	<b>389</b>

### Teil 5

#### Erörterung von Lösungsansätzen

<b>I. Grundausrichtung der zu erarbeitenden Vorschläge .....</b>	<b>392</b>
A. Systematisierung möglicher Ansätze .....	392
B. Keine „Rückkehr zur alten StPO“ .....	393
1. Vorschläge zur Absenkung der Prozessverantwortung des Beschuldigten .....	393
a) Abschaffung der neuen Regelungen .....	394
b) Aktivierung der gerichtlichen Fürsorgepflicht .....	394
aa) Allgemeine Charakteristika dieses Ansatzes .....	394
bb) Speziell: Einführung einer Zustimmungslösung anstelle der Widerspruchslösung .....	395
2. Bedenken gegenüber dieser Ausrichtung .....	397
a) Ungewisse Realisierungschancen .....	397
b) Starrheit des eindimensionalen Amtsermittlungsverfahrens .....	397
C. Zwischenergebnis .....	399
<b>II. Denkbare Lösungsansätze .....</b>	<b>399</b>
A. Ausbau der Informations- und Beteiligungsrechte im Ermittlungs- verfahren .....	400
1. Handlungsbedarf .....	400
2. Umsetzungsmöglichkeiten .....	402
a) Teilnahme und Mitwirkung an Beweiserhebungen .....	402
b) Erwirkung eigener Zeugenvernehmungen .....	404
3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge .....	406
B. Ausweitung des Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung .....	407
1. Handlungsbedarf .....	407
2. Umsetzungsmöglichkeiten .....	408
3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge .....	409
C. Verstärkte Qualitätssicherung formeller Verteidigung .....	410
1. Handlungsbedarf .....	410

2.	Umsetzungsmöglichkeiten .....	410
3.	Potenzial der Umsetzungsvorschläge .....	412
D.	Verfahrensrechtliche Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung .....	414
1.	Handlungsbedarf .....	414
2.	Umsetzungsmöglichkeiten .....	416
a)	Verfahrensrechtlicher Mechanismus .....	416
aa)	„(Fremd-)Kontrollmodell“ – Kontrolle durch das Tatgericht .....	417
bb)	„Rechtsbehelfsmodell“ bzw. „Eigenkontrollmodell“ .....	419
b)	Kriterien zur Bestimmung unzureichender Verteidigung .....	419
aa)	Abstellen auf materielle Kriterien .....	420
bb)	Ergänzendes Abstellen auf formelle Kriterien .....	421
3.	Potenzial der Umsetzungsvorschläge .....	424
E.	Schlussbemerkung: Rechtspolitische Realisierungschancen .....	425
<b>III.</b>	<b>Anlass für eine Neuorientierung des gesamten Verfahrens?</b> .....	<b>426</b>
A.	Die drohende „Parteirolle“ des Gerichts .....	427
B.	Überlegungen zu einer Neuorientierung des Verfahrens .....	430
	<b>Schlussbetrachtung</b> .....	<b>435</b>
	Literaturverzeichnis .....	439

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABA	American Bar Association
ABA Model Rules	ABA Model Rules of Professional Conduct
ABA Standards	ABA Standards for Criminal Justice
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AE	Alternativentwurf
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AK-StPO	Alternativkommentar zur Strafprozessordnung
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
AnwBl	Anwaltsblatt
Arch	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP Beih.	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
BeckOK-StPO	Beck'scher Online-Kommentar zur Strafprozessordnung
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof



BGHR	Sammlung der BGH-Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BLJ	Bucerius Law Journal
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buff. Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BZR	Bundeszentralregister
bzw.	beziehungsweise
Cal.	Kalifornien
Cal. Evid. Code	California Evidence Code
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo J. Int'l & Com. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
Ch.	Chapter
Cir.	Circuit
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Crim. Just.	Criminal Justice
DAV	Deutscher Anwaltverein
D.C.	District of Columbia
d.	des
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch

Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
EUGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUR	Euro
Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fed. Sent. R.	Federal Sentencing Reporter
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FRCP	Federal Rules of Criminal Procedure
FRE	Federal Rules of Evidence
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GBA	Generalbundesanwalt
gem.	gemäß
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
HdStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung

HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
ISTGH	Internationaler Strafgerichtshof
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JGG	Jugendgerichtsgesetz
J.L. & Pol'y	Journal of Law and Policy
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger-Kommentar zur Strafprozessordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
KV	Kostenverzeichnis
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
lit.	litera
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal
LR	Löwe-Rosenberg zur Strafprozessordnung
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
Minn. Rules of Crim. Proc.	Minnesota Rules of Criminal Procedure

Miss. Code Ann.	Mississippi Code Annotated
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NACDL	National Association of Criminal Defense Lawyers
N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift-Spezial
NK-WSS	NomosKommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
N.Y.	New York
N.Y. CPL	New York Criminal Procedure Law
N.Y.L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change	New York University Review of Law & Social Change
NYT	New York Times
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unter- nehmensstrafrecht
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Pace L. Rev.	Pace Law Review
RG	Reichsgericht
RGSt	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiBGH	Richter am Bundesgerichtshof
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeld- verfahren
Rn.	Randnummer
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RuP	Recht und Politik
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz

S.	Seite
S.C. L. Rev.	South Carolina Law Review
Sec.	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
sog.	sogenannte(r)
SSW-StPO	Satzger/Schluckebier/Widmaier-Kommentar zur Strafprozessordnung
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
St. Louis-Warsaw Trans'l	Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal
StPO	Strafprozessordnung
StRR	StrafRechtsReport
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
Subd.	Subdivision
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
ThUG	Therapieunterbringungsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. J. Const. L.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Urt.	Urteil
US	United States
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
u.U.	unter Umständen
v.	von/versus
Va. Code Ann.	Virginia Code Annotated
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review

XXX	Abkürzungsverzeichnis
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
VNBS	Vereinigung Niedersächsischer und Bremer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger
Vor	Vorbemerkung
VV	Vergütungsverzeichnis
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wash. U. J. L. & Pol'y	Washington University Journal of Law & Policy
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetzbuch
WÜK	Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

## Einführung

In welchem Umfang muss der Beschuldigte<sup>1</sup> im Strafverfahren selbst aktiv werden, um dafür zu sorgen, dass er kein Fehlurteil erleidet? Und muss er sich, wenn er dabei versagt, eine unzutreffende Verurteilung gar als Ergebnis seines eigenen ungenügenden Prozessierens zuschreiben lassen? Inwieweit verlangt das Strafverfahrensrecht vom Beschuldigten also ein eigenverantwortliches Agieren, inwieweit kommt ihm *Prozessverantwortung* zu?

Diese Fragen dürften für einen vom deutschen Strafprozess geprägten Juristen auf den ersten Blick ungewöhnlich anmuten. So ist nach der grundlegenden Bestimmung des § 244 Abs. 2 StPO das Tatgericht verpflichtet, von Amts wegen die Wahrheit über den Tatvorwurf zu ergründen und gestützt darauf ein gerechtes Urteil zu sprechen. Die Richtigkeit eines Strafurteils ist daher zuerst und vor allem dem Gericht überantwortet. Wie geschickt oder ungeschickt der Beschuldigte im Prozess agiert, soll demgegenüber möglichst wenige Auswirkungen auf das Verfahrensergebnis haben. Dass den Beschuldigten eine Mitverantwortung an einer unzutreffenden Verurteilung trifft, erscheint nur in Ausnahmefällen denkbar. Wenn der Beschuldigte etwa für die Tatzeit über einen Alibi-Zeugen verfügt, von dem nur er wissen kann, er dies aber – ggf. aus durchaus rationalen Gründen – weder den Strafverfolgungsbehörden noch dem Gericht mitteilt, so wird ihm eine „Mitschuld“ für das resultierende Fehlurteil nicht abgesprochen werden können. Von derartigen, eher theoretischen Fallkonstellationen abgesehen wird man auf Grundlage des deutschen Verständnisses des Strafverfahrens aber – jedenfalls vordergründig – kaum von einer Mitverantwortung des Beschuldigten für das Verfahrensergebnis ausgehen.

Nach der Entwicklung des deutschen Strafverfahrensrechts seit den 1990er-Jahren fällt die Beurteilung allerdings längst nicht mehr so leicht. Denn in diesem Zeitraum hat vor allem die Rechtsprechung eine Reihe von Instrumenten entwickelt, die den Beschuldigten mehr und mehr zu einem eigenverantwortlichen Prozessieren drängen und aufgrund derer er vermehrt die Folgen seines unzulänglichen Agierens im Prozess zu spüren bekommt. Konstellationen, in denen dem Beschuldigten eine Mitverantwortung für das Verfahrensergebnis zuzusprechen wäre, können danach kaum mehr als bloße theoretische Ausnahmefälle abgetan werden.

---

<sup>1</sup> Im Rahmen der Arbeit wird aus Gründen der Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit auf eine sprachliche Differenzierung des Betroffenen des Strafverfahrens nach Verfahrensstadien, wie für das deutsche Verfahren gesetzlich in § 157 StPO angeordnet, verzichtet und stattdessen die einheitliche Bezeichnung „Beschuldigter“ verwendet.

Besonders anschaulich wird dies bei der von der Rechtsprechung ins Leben gerufenen, noch immer außerordentlich umstrittenen sog. „Widerspruchslösung“ für Beweisverwertungsverbote. Danach hat der Verteidiger eines Beschuldigten in der Hauptverhandlung zu widersprechen, damit ein Beweis nicht im Urteil verwertet wird. Wird kein solcher Widerspruch erhoben oder erfolgt die Erhebung verspätet oder ohne ausreichende Begründung, kann die Nichtbeachtung des Verwertungsverbots in der Revision nicht mehr gerügt werden. Infolge dieses drohenden Rügeverlusts obliegt es nunmehr dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger, und nicht mehr dem Gericht, in der Hauptverhandlung dafür zu sorgen, dass das Beweisverwertungsverbot beachtet wird. Versäumt er dies, hat er sich ein daraus entstehendes Fehlurteil selbst zuzuschreiben. Viele Stimmen der Literatur bezeichnen die Widerspruchslösung deshalb als Element des Parteiprozesses;<sup>2</sup> gesprochen wird auch von einem „Outsourcing“ der Rechtmäßigkeit des Verfahrens auf den Verteidiger als erzwungenem „Subunternehmer der Justiz“.<sup>3</sup>

Die Widerspruchslösung ist bei Weitem nicht die einzige ins Auge stechende Neuerung. Anzuführen ist auch die erweiterte Auslegung des Anwendungsbereichs der aus § 238 Abs. 2 StPO abgeleiteten Obliegenheit zur Beanstandung unzulässiger Sachleitungsanordnungen des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, deren Auslassung ähnlich wie bei der Widerspruchslösung die Präklusion der entsprechenden Rüge in der Revision nach sich zieht. Auf Rechtsmittelebene werden unter dem Stichwort der Angabe von „Negativtatsachen“ erhöhte Anforderungen an die Begründung von Verfahrensrügen gestellt, aufgrund derer sich der Beschuldigte eine mögliche fehlerhafte Verurteilung dadurch mit zuschreiben lassen muss, dass er dem Revisionsgericht eine Überprüfung der Verurteilung nicht durch eine zulässige Rüge ermöglicht hat. Weiter fallen neue formelle Anforderungen an die Stellung von Beweisanträgen auf. Ein Beschuldigter, der diese Anforderungen nicht einzuhalten vermag, muss sich nunmehr ggf. anlasten, dass er mit dem möglicherweise entscheidenden Beweisantrag nicht durchgedrungen ist. Schließlich sind mittlerweile vielfältige Formen konsensualer und kooperativer Verfahrensbeendigungen, zuletzt die gesetzliche Regelung der „Verständigung“ in § 257c StPO, zu verzeichnen, die auf verschiedene Weise zu einer Reduzierung der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung führen. Wenn sich der Beschuldigte auf diese Art der Verfahrensbeendigung einlässt, muss er sich Fehler, die aus der zurückgefahrenen Aufklärung des Gerichts resultieren, auch ein Stück weit selbst zuschreiben.

Die Schaffung dieser Instrumente legt nahe, dass sich das deutsche Strafverfahren in einem Wandel befindet, der mit einer erhöhten Verantwortlichkeit des Beschuldigten für das Ergebnis des Verfahrens einhergeht. Die Mitverantwortung des

---

<sup>2</sup> *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 70; *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 193; *Bohlander*, StV 1999, 562, 563 und 566 f.; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 429; ähnlich *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 255, 265.

<sup>3</sup> *Gaede*, HRRS 2007, 402, 406.



Beschuldigten für das Resultat des Verfahrens scheint nicht mehr auf Ausnahmefälle beschränkt, sondern wächst spürbar an. Diese Entwicklung weckt allerdings Zweifel, ob und inwieweit der Beschuldigte überhaupt in der Lage ist, mit seiner gesteigerten Verantwortung zurechtzukommen. Zu fürchten ist, dass die eingeschlagene Entwicklung den Beschuldigten in der Verfahrensrealität überfordert. In diesem Fall ginge mit den angeführten Instrumenten faktisch eine Aushöhlung von Beschuldigtenrechten einher. Es bestünde dann die Notwendigkeit, durch Änderungen des Prozessrechts nachzujustieren.

Die beschriebene Entwicklung und die im Zuge dessen aufgeworfenen Fragen bilden Anlass und Gegenstand der vorliegenden wissenschaftlichen Bearbeitung. Untersucht werden soll zunächst, in welchem Maß dem Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens eine eigenverantwortliche Stellung zukommt. Auf dieser Grundlage sollen die angesprochenen neuen Regelungen dargestellt und erarbeitet werden, inwieweit sich die Prozessverantwortung des Beschuldigten dadurch erhöht hat. Anschließend wird ergründet, ob die gesteigerte Verantwortung für den Beschuldigten überhaupt handhabbar ist und ob die geschilderte Entwicklung nicht durch die Einführung ausbalancierender Mechanismen begleitet werden muss, die sicherstellen, dass damit keine faktische Beeinträchtigung der Beschuldigtenstellung einhergeht. Derartige Mechanismen sollen in Grundzügen diskutiert werden.

Methodisch drängt sich gerade für die letztgenannte Fragestellung die Einbeziehung einer rechtsvergleichenden Betrachtung des US-amerikanischen Verfahrens auf. Einerseits verhilft eine rechtsvergleichende Perspektive stets zu einem besseren Verständnis der eigenen Rechtsordnung. Sie kann daher helfen, die skizzierte Entwicklung des deutschen Verfahrens besser einzuordnen. Vor allem aber können Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung dazu beitragen, mögliche Ansätze für die angesprochenen Nachjustierungen im deutschen Strafverfahren zu erkennen. Hierfür erscheint das US-amerikanische Verfahren besonders geeignet, da dem Beschuldigten dort aufgrund der adversatorischen Grundstruktur des Verfahrens ein ungleich höheres Maß an Prozessverantwortung zukommt. Es steht daher auch zu vermuten, dass dort mehr bzw. andersartige Mechanismen für die Handhabbarkeit der Prozessverantwortung des Beschuldigten sorgen sollen.

Die Arbeit gliedert sich in fünf Teile. In Teil 1 soll zunächst verfahrenstheoretisch erarbeitet werden, weshalb dem Beschuldigten im Strafverfahren überhaupt Prozessverantwortung zukommt und welche Erkenntnisse sich daraus für das Strafverfahren an sich ableiten lassen. Anschließend (Teil 2) werden die erarbeiteten Ergebnisse auf das deutsche Strafverfahren angewandt und untersucht, welches Maß an Prozessverantwortung dem Beschuldigten nach der Grundkonzeption des Verfahrens, also unter Auslassung der eingangs beschriebenen Neuerungen zukommt. Darauf aufbauend werden in Teil 3 die genannten neueren Regelungen im deutschen Strafverfahrensrecht dargestellt. Zugleich wird erörtert, in welchem Maße sich die Prozessverantwortung des Beschuldigten dadurch erhöht hat und inwieweit

er dadurch überfordert wird. Teil 4 beinhaltet die rechtsvergleichende Analyse, in der das Maß der Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Strafverfahren sowie die entsprechenden verfahrensrechtlichen Absicherungen untersucht werden. Im Anschluss daran folgen im fünften und letzten Teil Überlegungen zur prozessualen Nachjustierung durch ausbalancierende Mechanismen, für welche die Erkenntnisse aus der Rechtsvergleichung genutzt werden sollen.

## Teil 1

# Verfahrenstheoretische Annäherung – Die Prozessverantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren

## I. Begründung und Ausformung der Prozess- verantwortung des Beschuldigten im Strafverfahren

Wie in der Einführung bereits angedeutet, kommt dem Beschuldigten im Strafverfahren ein gewisses – wenn auch ggf. geringes – Maß an Eigenverantwortlichkeit im Verfahren zu. Er hat in einem bestimmten Umfang über eine gut geführte Verteidigung selbst dafür zu sorgen, dass das Verfahren ein für ihn günstiges Ende nimmt, speziell dass er nicht zu Unrecht verurteilt wird. Als Erstes stellt sich dabei die Frage, woraus diese eigenverantwortliche Stellung folgt und wie sie ausgeformt ist.

Dem soll im vorliegenden Abschnitt zunächst auf *verfahrenstheoretischer Ebene* nachgegangen werden. Zur Veranschaulichung wird stellenweise das deutsche (Verfassungs-)Recht herangezogen.

### A. Prozessverantwortung der Verfahrensbeteiligten aufgrund ihrer Subjektstellung

Dass dem Beschuldigten eine gewisse Eigenverantwortung im Verfahren zukommt, folgt zum einen aus seiner Verfahrensstellung als Prozesssubjekt. In allen rechtlichen Verfahren ergibt sich als Kehrseite der von der Subjektstellung geforderten Beteiligungsrechte eine Verantwortung für die Nutzung dieser Möglichkeiten und damit letztlich auch für das Resultat des Verfahrens selbst.

#### 1. „Korrespondenzverhältnis“ von Freiheit und Verantwortung

Grundlage dieser Zuschreibung ist das „Korrespondenzverhältnis“ von Freiheit und Verantwortung.<sup>1</sup> Im deutschen Verfassungsrecht hat es, unter anderem aus den

---

<sup>1</sup> Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8; ähnlich *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Selbstverantwortung*, S. 1: *Selbstverantwortung als „Kehrseite der individuellen Freiheit“*; vgl. auch *Landau*, *NStZ* 2015, 665, 667.

Wertvorstellungen der aufklärerischen Moralphilosophie, seinen Niederschlag in der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 1 GG) gefunden.<sup>2</sup>

Mit der Menschenwürdegarantie wird der Einzelne als Rechtssubjekt anerkannt.<sup>3</sup> Als solches gilt er als „geistig-sittliche[s] Wesen [...], das darauf angelegt ist, in Freiheit über sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten“.<sup>4</sup> Dass der Einzelne auch tatsächlich die Fähigkeit zur Freiheitsentfaltung hat, wird dabei konstitutiv vorausgesetzt.<sup>5</sup> Als Kehrseite der Freiheitsentfaltung bedingt die Menschenwürde zugleich aber auch die Eigenverantwortung<sup>6</sup> des Einzelnen. Laut Bundesverfassungsgericht besteht die Würde in der Anerkennung des Menschen als „selbstverantwortliche Persönlichkeit“.<sup>7</sup> Die Menschenwürde verlangt, im Allgemeinen zu respektieren, wenn der Einzelne von seiner Freiheit Gebrauch gemacht hat. Daher sind ihm grundsätzlich – im Positiven wie im Negativen – die Folgen seines Freiheitsgebrauchs zuzurechnen. Würde der Staat demgegenüber dem Einzelnen die Folgen seiner Freiheitsbetätigung abnehmen, käme dies seiner Entmündigung und Objektivierung gleich.<sup>8</sup> Nach der Formulierung *Schmidt-Aßmanns* machen erst „Freiheit und Verantwortung gemeinsam die Würde des Individuums“ aus.<sup>9</sup>

Die Menschenwürde bedingt also, dass dem Rechtssubjekt die Folgen seines Handelns angelastet werden und er für sie einstehen muss.<sup>10</sup> Dies zeigt sich etwa in Ausprägung des strafrechtlichen Schuldprinzips, das die Verantwortlichkeit des Menschen in der strafrechtlichen Verurteilung gerade voraussetzt.<sup>11</sup> In einem pro-

---

<sup>2</sup> Zu den geistesgeschichtlichen Wurzeln der Menschenwürdegarantie sei hier aus der Vielzahl von Veröffentlichungen nur auf Maunz/Dürig-*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 7 ff. und *Häberle*, HdStR II, § 22 Rn. 31 ff. verwiesen.

<sup>3</sup> Epping/Hillgruber-*Hillgruber*, Art. 1 GG Rn. 13 m.w.N.

<sup>4</sup> BVerfGE 45, 187, 227; 123, 267, 413; 133, 168, 197.

<sup>5</sup> *Hillgruber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Selbstverantwortung*, S. 165, 167 m.w.N.

<sup>6</sup> Beim Begriff der Eigenverantwortung handelt es sich genau genommen um einen Pleonasmus, siehe *Merten*, VVDStRL 55, S. 13 und *Führ*, *Eigen-Verantwortung*, S. 21 Fn. 1; vgl. auch *Leicht*, DIE ZEIT v. 22.12.2003. Denn die Vorsilbe „Eigen“ kann sich letztlich nur auf das Verantwortungssubjekt beziehen. Dies vermittelt dem Begriff der Eigenverantwortung allerdings keinen Mehrwert, da es dem Verantwortungsbegriff an sich immanent ist, dass die Folgenlast dem Verantwortungssubjekt zugewiesen ist. Gleiches gilt für den Begriff der Selbstverantwortung. – Zu den Elementen des Verantwortungsbegriffs *Bayertz*, in: Sandkühler (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*, S. 2861; *Wimmer*, in: Kolmer u.a. (Hrsg.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, S. 2314 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 45, 187, 227; 133, 168, 197.

<sup>8</sup> *Hillgruber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Selbstverantwortung*, S. 165, 167.

<sup>9</sup> Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8 [Hervorhebung im Original]. *Hillgruber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Selbstverantwortung*, S. 165, 166 spricht ähnlich von einer „Konnexität von Würde, Freiheit und Eigenverantwortung“.

<sup>10</sup> In der Folgenanlastung sieht *Führ*, *Eigen-Verantwortung*, S. 51 f., das zentrale Element des Verantwortungsbegriffs.

<sup>11</sup> *Hillgruber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Selbstverantwortung*, S. 165, 168; *Landau*, *NTz* 2015, 665, 667.

pektiven Blickwinkel – im Unterschied zur rückwirkenden Folgezurechnung – schafft die Verantwortung als Kehrseite der Freiheitsbetätigung einen bestimmten Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsbereich des Einzelnen für bestimmte Zustände, Dinge oder Personen.<sup>12</sup>

Das so verstandene Korrespondenzverhältnis zwischen Freiheit und Eigenverantwortlichkeit bedeutet allerdings keinesfalls, dass dem Einzelnen alle Risiken seines Daseins und seines Handelns vollständig auferlegt werden müssten. Die solidarische Verantwortungsübernahme der Gesellschaft für den Einzelnen bleibt vielmehr auch auf Grundlage des beschriebenen Verständnisses in weitem Umfang möglich. Niederschlag findet der Gedanke einer Solidarverantwortung im deutschen Recht vor allem im Arbeits-, Miet- und Sozialrecht, wo gegen verschiedene Risiken und Disparitäten Vorkehrungen und Sicherungssysteme geschaffen sind.<sup>13</sup> In diesen Bereichen erscheint der Einzelne in den Worten *Böckenfördes* eher als Schutzbedürftiger, der „gestützt und ein Stück weit von seiner Eigenverantwortung entlastet“ wird.<sup>14</sup>

Auf diese Weise entsteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Eigenverantwortung auf der einen und solidarischer Gesamtverantwortung auf der anderen Seite. Dieses Spannungsverhältnis auszutarieren, bildet den Rahmen für eine Vielzahl der heutigen wirtschafts- und sozialpolitischen Debatten. Einerseits werden, gerade in den letzten Jahren, verstärkt Forderungen nach einem „schlanken Staat“ artikuliert, der seinen Bürgern ein Mehr an Eigenverantwortung abverlangen und solidarische Verantwortung zurückfahren soll.<sup>15</sup> Auf der

---

<sup>12</sup> Zur Differenzierung zwischen retrospektiver und prospektiver Verantwortung *Bayertz*, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, S. 2860, 2862; *Wimmer*, in: Kolmer u.a. (Hrsg.), Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe, S. 2317; *Günther*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 295 ff. Stellenweise wird die retrospektive Verantwortung als „Zurechnungsverantwortung“, die Verantwortung im prospektiven Sinne als „Aufgabenverantwortung“ bezeichnet, siehe *ders.*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 295, 296. Verantwortung in prospektivem Sinne wird als mehr oder weniger bedeutungsgleich mit dem Pflichtbegriff angesehen, dazu *Bayertz*, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, S. 2860, 2862.

<sup>13</sup> Zu einzelnen Ausprägungen *Neuner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Selbstverantwortung, S. 187 ff.

<sup>14</sup> *Böckenförde*, Wandel des Menschenbildes, S. 31. Dazu *Falk*, Freiheit, S. 203 sowie *Mantl*, Aussprache zu Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64, S. 87 f.

<sup>15</sup> Insbesondere stellt sich der plakative Ausspruch des „Fördern und Fordern“, der im Jahr 2005 in Kraft getretenen SGB II die Überschrift zum Kapitel 1 bildet, als eindrückliche Formulierung einer strengen Subsidiarität staatlicher Fürsorge gegenüber der Eigenverantwortung des Einzelnen dar. Näher dazu *Enders*, VVDStRL 64, S. 7, 32 ff. – Jahrzehnte zuvor betonte bereits *Hayek*, Verfassung, S. 89 ff.: „Freiheit bedeutet nicht nur, daß der Mensch sowohl die Gelegenheit als auch die Last der Wahl hat; sie bedeutet auch, daß er die Folgen seiner Handlungen tragen muß und Lob und Tadel dafür erhalten wird. Freiheit und Verantwortung sind untrennbar.“

Gegenseite wird darauf hingewiesen, dass dafür auch real die Handhabbarkeit dieser Eigenverantwortung gewährleistet sein muss. Ansonsten könne das Auferlegen von Eigenverantwortung zu einer Überforderung des Einzelnen führen.<sup>16</sup> Es bedürfe daher gewisser sozialer und kultureller Rahmenbedingungen und persönlicher Kompetenzen, durch die der Einzelne erst in die Lage gebracht wird, eigenverantwortlich zu handeln.<sup>17</sup> Andernfalls könnte eine verstärkte Eigenverantwortung in einer unverschuldeten Kürzung von Rechtspositionen resultieren. In diesem Sinne wird den neu aufgekommenen Forderungen nach mehr Eigenverantwortung vielfach vorgeworfen, unter einem positiv konnotierten Schlagwort letztlich vor allem die Beschneidung von Solidarleistungen durchsetzen zu wollen.<sup>18</sup>

## **2. Prozessverantwortung als Kehrseite der Subjektstellung der Verfahrensbeteiligten in rechtlichen Verfahren**

Das geschilderte Korrespondenzverhältnis zwischen Freiheit und Eigenverantwortung besteht auch im Rahmen rechtlicher Verfahren. Als Verfahrenssubjekte kommen den einzelnen Prozessbeteiligten prozessuale Mitwirkungsrechte zu, die auf der Kehrseite zu einer gewissen Prozessverantwortung führen. Dies gilt auch für den Beschuldigten als Beteiligten des Strafverfahrens.

### *a) Subjektstellung und prozessuale Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten*

Ausgangspunkt ist die Subjektstellung des einzelnen Beteiligten im Verfahren. So wie der Einzelne in der Rechtsordnung als Rechtssubjekt anerkannt ist, hat er als Beteiligter eines rechtlichen Verfahrens die Stellung als Verfahrenssubjekt. Im deutschen Verfassungsrecht ist die Subjektstellung in der Menschenwürde verankert; zudem erfährt sie im Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, eine spezielle prozessuale Ausformung.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> *Reese-Schäfer*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 273 ff.; *ders.*, Das überforderte Selbst, S. 44 ff.

<sup>17</sup> *Heidbrink*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 129, 142 ff.; *Maaser*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 61, 78 f.; *Reese-Schäfer*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 273, 288; *ders.*, Das überforderte Selbst, S. 84.

<sup>18</sup> Vgl. *Kaufmann*, in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft, S. 39, 58: „Aus sozialwissenschaftlicher Sicht steckt hinter dem derzeit aktuellen Ruf nach Eigenverantwortung allerdings nicht mehr als politische Rhetorik zur Legitimation zugemuteter Leistungskürzungen.“

<sup>19</sup> Näher v. Mangoldt/Klein/Starck-*Starck*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 72 m.w.N.; *Mauder*, Rechtliches Gehör, S. 3 ff.; siehe auch Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 2; *Denninger*, HdStR IX, § 193 Rn. 55 und 67.

In rechtlichen Verfahren verlangt die Würde der Person, dass der Einzelne als Verfahrenssubjekt am Prozess beteiligt wird. Über das Recht der Person darf „nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt“ werden; der Einzelne soll nicht nur „Objekt richterlicher Entscheidungen“ sein, sondern vielmehr „vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können“.<sup>20</sup> Geschützt ist also die „Selbstbehauptung“ des Verfahrensbeteiligten.<sup>21</sup> Gemeint ist das grundlegende menschliche Bedürfnis, auf Geschehnisse, die eigene Interessen betreffen, selbst gestaltend einwirken zu können.<sup>22</sup> Gerade auch in der prozessualen Interaktion hat der Einzelne ein Interesse, über seine prozessuale Beteiligung seinen Standpunkt geltend zu machen und das Verfahrensergebnis in seinem Sinne zu beeinflussen.<sup>23</sup>

Als solchem Verfahrensbeteiligten muss dem Beschuldigten dementsprechend ein Mindestbestand an verfahrensrechtlichen Befugnissen gewährt werden. Die jeweiligen Verfahrensordnungen müssen ihn also mit gewissen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten ausstatten.

#### *b) Prozessverantwortung als Kehrseite der Subjektstellung*

Wie und in welchem Maße ein Verfahrensbeteiligter seine Handlungsmöglichkeiten in Form von Mitwirkungs- und Teilhaberechten nutzt, kann er frei entscheiden. Er hat die Möglichkeit, nicht aber die Pflicht, seine Rechte zu nutzen. Diese „prozessuale Freiheit“ bedeutet aber auch, dass jeder Verfahrensbeteiligte prinzipiell für die Handhabung seiner Rechte selbst verantwortlich ist. Denn auch in der Verfahrenssituation verlangt es die Menschenwürde, die Art und Weise, wie er seine Handlungsmöglichkeiten nutzen will, zu respektieren. Es würde der Stellung als Prozesssubjekt nicht gerecht werden, wenn sich der Staat in die Rechtsausübung der Verfahrensbeteiligten einmischen würde.

Dabei bedingt die Stellung des Verfahrensbeteiligten als Prozesssubjekt, dass er die Folgen der Handhabung seiner prozessualen Handlungsmöglichkeiten selbst trägt. Denn auch die Abnahme der Folgen aus der Betätigung der „prozessualen Freiheit“ würde der in der Subjektstellung ausgeformten Menschenwürde widersprechen. Die Subjektstellung beinhaltet somit als Kehrseite, dass dem einzelnen Verfahrensbeteiligten das Resultat seines Prozessierens im Guten wie im Schlechten zugerechnet wird. Auch die nachteilhaften Folgen des Nicht- oder Fehlgebrauchs seiner prozessualen Rechte gehen also grundsätzlich zu seinen Lasten.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> BVerfGE 9, 89, 95; 107, 395, 409.

<sup>21</sup> Rüping, Rechtliches Gehör, S. 133.

<sup>22</sup> Perron, Beweisanzugsrecht, S. 53 f.

<sup>23</sup> Rüping, Rechtliches Gehör, S. 133 f.

<sup>24</sup> Bröll, Das rechtliche Gehör, S. 159 (in Bezug auf Art. 103 Abs. 1 GG); Plötz, Fürsorgepflicht, S. 107; Beckemper, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 51.

Diese Nachteile können vom Rechtsverlust bei versäumter Rechtswahrnehmung bis hin zu einem ungünstigen Prozessergebnis infolge des unzulänglichen Prozessierens reichen. Pointiert formuliert *Dürig*, das Grundgesetz begründe keinen „prozessualen Versorgungsstaat“, der dem Bürger das „Risiko des eigenen Verhaltens“ ersatzlos abnimmt.<sup>25</sup> In dieselbe Richtung geht das Diktum, dass „das Recht für die Wachen da ist“.<sup>26</sup> Auch in rechtlichen Verfahren hat der einzelne Beteiligte also eine eigenverantwortliche Position.

Diese Eigenverantwortung im Verfahren wird als Prozessverantwortung bezeichnet.<sup>27</sup> Prozessverantwortung meint also Eigenverantwortung in den rechtlichen Bahnen des Verfahrens: Der Verfahrensbeteiligte ist selbst dafür verantwortlich, seine prozessualen Rechte innerhalb des vorgegebenen rechtlichen Rahmens möglichst sinnvoll bzw. überhaupt einzusetzen. Die Folgen des unzweckmäßigen, fehlerhaften oder ganz versäumten Einsatzes seiner Möglichkeiten muss er sich anlasten lassen. Innerhalb des beschriebenen Korrespondenzverhältnisses von Freiheit und Eigenverantwortung stellt die Prozessverantwortung somit die Kehrseite der rechtlichen Mitwirkungsmöglichkeiten des einzelnen Prozesssubjekts in rechtlichen Verfahren dar.<sup>28</sup> In einem prospektiven Sinne beschreibt die Prozessverantwortung einen Bereich, in dem der Beschuldigte selbst dafür Sorge zu tragen hat, seine prozessualen Möglichkeiten innerhalb des gesteckten Rahmens möglichst sinnvoll zu nutzen und auszuschöpfen, um auf diese Weise zu einem für ihn positiven Verfahrensergebnis beizutragen.

Wie bereits oben allgemein festgehalten, verhindert auch für das rechtliche Verfahren das Erfordernis von Mitwirkungsrechten der Verfahrensbeteiligten und die

---

<sup>25</sup> *Dürig* in der Erstauflage des mit *Maunz* begründeten Grundrechtskommentars, Art. 103 Rn. 6; zitiert nach BFH IV B 55/73, Beschl. v. 20.6.1974, Tz. 7 [juris]. In diesem Sinne auch *Schmidt*, JZ 1965, 733, 734; *Rüping*, Rechtliches Gehör, S. 145 f.; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 106 f.; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 134.

<sup>26</sup> Vgl. *Röhl*, NJW 1964, 273, 276; *Bröll*, Das rechtliche Gehör, S. 159. – Dieses Diktum geht auf den römischen Rechtsgrundsatz „ius civile vigilantibus scriptum est“ zurück, der auf den Politiker und Juristen *Quintus Mucius Scaevola* zurückgeführt wird.

<sup>27</sup> Der Begriff der Prozessverantwortung wurde, soweit rekonstruierbar, von *Dürig* in der Erstauflage des Grundrechtskommentars geprägt. Dazu *Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann* Art. 103 Abs. 1 Rn. 5. – Teilweise wird auch von „Verfahrensverantwortung“ (*Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.) oder, speziell für das Strafverfahren, von „Mitverantwortung der Verteidigung“ (*Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486; *Rieß*, ZIS 2009, 466, 474) oder „Mitverantwortung [des Verteidigers] für das Prozessgeschehen“ (KK-StPO-*Laufhütte/Willnow*, Vor § 137 Rn. 6) gesprochen.

<sup>28</sup> *Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Huber*, Art. 19 Rn. 371; *Mauder*, Rechtliches Gehör, S. 5; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 134; bezogen auf das rechtliche Gehör *Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 5; *Bröll*, Das rechtliche Gehör, S. 158 f.; *Rüping*, Rechtliches Gehör, S. 146 mit Fn. 33; *Hanack*, JZ 1966, 43, 45 Fn. 34. – Speziell für das Strafverfahren *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 49 ff.; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 106 f.; *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 762; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 341; *Müller*, in: *Rüfner* (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog II, S. 126 f.; *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 637; vgl. auch *Pawlik*, GA 1998, 378, 381. Aus der Rechtsprechung nunmehr BVerfG StV 2010, 115, 117; siehe auch bereits OLG Frankfurt NSZ-RR 2007, 349, 350.



daraus folgende Prozessverantwortung nicht eine begrenzte staatliche Verantwortungsübernahme. In Betracht kommen etwa Hilfestellungen bei der Ausübung von Beteiligungsrechten bis hin zum partiellen Entzug von Beteiligungs- und Dispositionsrechten und Ersetzung durch die Tätigkeit staatlicher Organe für die Verfahrensbeteiligten.<sup>29</sup> Allerdings verlangt die Menschenwürde, wie oben beschrieben, dass ein ausreichender Bereich zur eigenverantwortlichen prozessualen Gestaltung verbleibt.

## **B. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils**

Über die Ableitung aus der Subjektstellung hinausgehend besteht speziell im Strafverfahren ein weiterer Grund, weshalb dem Beschuldigten eine gewisse Prozessverantwortung zukommt. Ausgangspunkt ist die Unsicherheit der amtlichen Wahrheitsermittlung als Legitimationsgrundlage für das Strafurteil. Eine staatliche Untersuchung kann nie eine hundertprozentige Sicherheit bieten, den zugrunde liegenden Sachverhalt zutreffend zu ermitteln, und somit auch das Risiko einer unrichtigen Verurteilung nie völlig ausschließen. Daher kann die amtliche Wahrheitsermittlung die strafrechtliche Verurteilung nicht allein legitimieren (1.). Der Beteiligung und der Prozessverantwortung des Beschuldigten kommt deshalb die Funktion einer zusätzlichen Legitimationsgrundlage für die Verurteilung zu (2.).

### **1. Unzureichende Legitimation des Strafurteils durch die amtliche Wahrheitsermittlung**

Ausgangspunkt des Verständnisses von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als Legitimationsgrundlage des Strafurteils ist die amtliche Wahrheitsermittlung als grundlegende Stütze der Legitimation (a). Den zweiten Schritt bildet die Erkenntnis, dass die amtliche Wahrheitsermittlung nie eine vollständige Sicherheit garantieren, das Risiko einer fehlerhaften Verurteilung also nur minimieren, nicht aber vollständig ausschließen kann (b) und deshalb als alleinige Legitimationsbedingung unzureichend ist (c).

#### *a) Legitimation durch amtliche Wahrheitsermittlung*

Die – durch die Anerkennung bestimmter außerprozessualer Interessen ein Stück weit überformte – amtliche Wahrheitsermittlung bildet die primäre Grundlage für die Legitimation einer strafrechtlichen Verurteilung.

---

<sup>29</sup> Vgl. *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 52.

aa) Amtliche Ermittlung der materiellen Wahrheit  
als (Zwischen-)Ziel des Verfahrens

Dass ein Strafurteil nur dann legitimiert ist, wenn es auf der Ermittlung der Wahrheit über den strafrechtlichen Vorwurf fußt, ist in der Strafrechtswissenschaft ungeachtet ggf. hinzutretender weiterer „Zwecke“ oder „Ziele“ des Strafverfahrens weitgehend anerkannt.<sup>30</sup> Traditionell werden „Wahrheit und Gerechtigkeit“ in einem Zuge als Ziele des Verfahrens gleichgesetzt.<sup>31</sup> Dies wird von vielen Stimmen dahingehend präzisiert, dass die Ermittlung des wahren, historisch zutreffenden Sachverhalts nicht selbst Ziel des Verfahrens ist, sondern – in inhaltsgleichen Formulierungen – notwendige Bedingung,<sup>32</sup> Mittel,<sup>33</sup> Voraussetzung<sup>34</sup> oder Zwischenziel<sup>35</sup> für die Anwendung des materiellen Rechts und das daran anschließende gerechte Urteil.

Der Grund für die Wahrheitsermittlung als notwendige Bedingung für eine gerechte Entscheidung ist zum einen aus den Zwecken des materiellen Strafrechts herzuleiten. Dies hat insbesondere *Schünemann* im Wege einer „stringenten Ableitungskette“ eindrücklich veranschaulicht.<sup>36</sup> Deren Ausgangspunkt ist, dass das materielle Strafrecht jedenfalls der Generalprävention und damit dem Rechtsgüterschutz dient.<sup>37</sup> Über die Durchsetzung einer Sanktion verhilft es einer Verhaltensnorm zur Geltung, indem es negativ diejenigen abschreckt, die geneigt sind, ähnliche Verstöße gegen die Verhaltensnorm zu begehen, und positiv das Vertrauen aller Gesellschaftsmitglieder in den Bestand der Verhaltensnorm bestärkt.<sup>38</sup> Um diese Ziele zu erreichen, muss der Verstoß des Straftäters gegen die

---

<sup>30</sup> Zu den Zielen bzw. Zwecken des Strafverfahrens statt vieler *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 ff.; *Murmann*, GA 2004, 65 ff.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. B Rn. 13 ff.; MüKo-StPO-Kudlich, Einl. Rn. 4 ff.

<sup>31</sup> Beispielsweise bei *Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 20; *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 23 ff.

<sup>32</sup> *Radtke*, GA 2012, 187 f.

<sup>33</sup> *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 169 (2003); *Triig*, Lösungskonvergenzen, S. 62; *ders.*, StV 2010, 528, 531.

<sup>34</sup> *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52; *Kröpil*, JZ 1998, 135 f.; *Malek*, StV 2011, 559, 560; *Börner*, Legitimation, S. 99; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 20; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 133.

<sup>35</sup> *Radtke*, FS Schreiber, 375, 376; *Murmann*, GA 2004, 65 f.; *Jung*, JZ 2009, 1129, 1134; *Malek*, StV 2011, 559; *Weßlau*, ZIS 2014, 558, 560; MüKo-StPO-Kudlich, Einl. Rn. 11, 139.

<sup>36</sup> *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 558 f.; *ders.*, FS AG Strafrecht DAV, S. 827, 830. In diesem Sinne auch *Weigend*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 391 f. (2010–2011); vgl. zudem *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 133 f.

<sup>37</sup> Allgemein zur Diskussion über die verschiedenen Strafzwecke statt vieler *Roxin*, Strafrecht AT 1, § 3.

<sup>38</sup> Speziell zu den Zielen und zur Wirkungsweise der Generalprävention wie auch zum Verhältnis zwischen positiver und negativer Generalprävention *Roxin*, Strafrecht AT 1, § 3 Rn. 21 ff.

Verhaltensnorm sicher festgestellt und auf Grundlage dieser Feststellung geahndet werden.<sup>39</sup> Zum anderen ist die Wahrheitsermittlung im Strafprozess mit Blick auf den Betroffenen notwendig. Weil die Verurteilung eines Unschuldigen per se ungerichtet ist, muss die Täterschaft zuverlässig ermittelt werden. In den Worten *Greco* tritt neben die „konsequentialistische“ Herleitung aus den Strafzwecken somit eine „deontologische Säule“.<sup>40</sup>

Das Verfahren muss zur Legitimation der verfahrensabschließenden Verurteilung also zuverlässig sicherstellen, dass der ermittelte Sachverhalt möglichst dem wahren, historischen Geschehen entspricht. Begrifflich wird in der deutschen Strafrechtswissenschaft von der zu ermittelnden „materiellen Wahrheit“ gesprochen.<sup>41</sup> Zugrunde liegt also ein erkenntnistranszendentes Wahrheitsverständnis im Sinne der Korrespondenztheorie, wonach Wahrheit als Übereinstimmung einer subjektiven Aussage mit einer objektiven Tatsache als Gegenstand der Aussage begriffen wird.<sup>42</sup> Mit dieser Terminologie korrespondierend wird von einer „materiellen Gerechtigkeit“ des Urteils gesprochen,<sup>43</sup> gemeint ist also, dass der ermittelte Sachverhalt dem historischen Geschehen entspricht und dass das darauf folgende Strafurteil daher als legitim anzuerkennen ist. Anders als noch immer in Teilen des deutschen Schrifttums geläufig, ist der Begriff der materiellen Wahrheit allerdings nicht mit dem verfahrensrechtlichen Inquisitionsprinzip gleichzusetzen.<sup>44</sup> Materielle Wahrheit

---

<sup>39</sup> Relativierend aber *Weichbrodt*, Konsensprinzip, S. 104: die genauen Anforderungen an die prozessuale Wahrheitserforschung für eine wirksame (positive) Generalprävention können empirisch nicht ermittelt werden.

<sup>40</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 182. Dies bedingt aber keineswegs die Anerkennung eines Vergeltungszwecks der Strafe. Dazu auch *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 182 Fn. 641.

<sup>41</sup> Aus der Rechtsprechung des BVerfG aus der jüngeren Zeit BVerfGE 133, 168, 225; BVerfG StV 2010, 113; aus der Literatur *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 43 f.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 61 f.; *Kühne*, GA 2008, 361, 364; vgl. auch *Schünemann*, FS AG Strafrecht DAV, S. 827, 829; *ders.*, FS Fezer, S. 555, 559; *ders.*, StraFo 2015, 177, 179; *Heger*, Strafprozessrecht, Rn. 16 f.; *Haller/Conzen*, Strafverfahren, Rn. 17; *Landau*, NStZ 2015, 665, 669. – Instruktiv zum Begriff der materiellen Wahrheit *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 19 ff.; *Weichbrodt*, Konsensprinzip, S. 78 ff.; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168 ff.

<sup>42</sup> Eingehend zum korrespondenztheoretischen Verständnis von Wahrheit jeweils m.w.N. *Stamp*, Wahrheit, S. 33 ff.; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 178.

<sup>43</sup> Aus der Rechtsprechung des BVerfG jüngst BVerfGE 133, 168, 198; BVerfG 2 BvR 2735/14, Beschl. v. 15.12.2015; aus der Literatur *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 50; *Kröpil*, JZ 1998, 135 f.; *Schatz*, Beweisanztragsrecht, S. 192; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 62; *ders.*, StV 2010, 528, 531; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 132; *Landau*, NStZ 2015, 665, 668 f. *Bottke*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 13 mit S. 11 spricht von „materieller Verfahrensgerechtigkeit“.

<sup>44</sup> So aber *Stamp*, Wahrheit, S. 16; KK-StPO-Fischer, Rn. 12; *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 684; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 21; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 10; *Stamp*, Wahrheit, S. 16 ff.; *Rieß*, JR 2006, 269, 273; in diese Richtung jüngst auch BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 99 – Kritisch zu diesem fehlerhaften Verständnis bereits *Zachariä*, Gebrechen, S. 27 und 41; *ders.*, Handbuch, S. 44 Fn. 4; dazu

als notwendige Bedingung oder Zwischenziel des Verfahrens und die Methode ihrer verfahrensrechtlichen Erschließung sind vielmehr strikt zu trennen.<sup>45</sup>

Der Staat, der als ihm zugewiesene Aufgabe Strafjustiz betreibt, muss dementsprechend das Verfahrensrecht so ausgestalten, dass diese notwendige Bedingung für ein legitimes Strafurteil erfüllt wird. Er hat insbesondere staatliche Organe im Prozess zu installieren, die zur Wahrheitsermittlung und -feststellung verpflichtet sind. Legitimationsgrundlage der strafrechtlichen Verurteilung ist dann also, dass die staatlichen Organe im Prozess die Wahrheit über den angeklagten Sachverhalt ermittelt haben und dass dieser dem Urteil zugrunde liegt.

#### bb) Überformung durch den Schutz außerprozessualer Rechtsgüter

Die Erforschung des materiell zutreffenden Sachverhalts durch Strafverfolgungsorgane als notwendige Bedingung für die Legitimation des Urteils erfährt allerdings gewisse Eingrenzungen. In der vielzitierten Formulierung des Bundesgerichtshofs soll die Wahrheit „nicht um jeden Preis“ erforscht werden.<sup>46</sup> Vielmehr findet die Ermittlung materieller Wahrheit in außerprozessualen Werten wie beispielsweise der körperlichen Unversehrtheit des Beschuldigten ihre Grenzen. Im Hinblick auf die oben geschilderten Ziele des Strafrechts kommt darin zum Ausdruck, dass auf Strafverfolgung verzichtet werden soll, wenn und soweit die sozialen oder moralischen Kosten durch Verletzung außerprozessualer Werte und Interessen den generalpräventiven Nutzen einer Verurteilung übersteigen oder gar infrage stellen würden.<sup>47</sup>

In Ausformung dessen werden etwa bestimmte, zur Verfügung stehende oder bereits erschlossene Erkenntnisquellen im Verfahren nicht genutzt. Zu nennen sind Zeugnisverweigerungsrechte für enge Familienangehörige, Beweisverwertungsverbote im Anschluss an unzulässige Ermittlungshandlungen oder bei Eingriffen in die Persönlichkeitssphären von Verfahrensbeteiligten. Zu einem gewissen Teil kommen solche Regelungen auch der Wahrheitsermittlung zugute, da der Ausschluss oftmals Beweismittel betrifft, an deren Glaubhaftigkeit starke Zweifel bestehen. Offensichtlich ist das etwa bei unter körperlichem Zwang erlangten Geständnissen.<sup>48</sup> Bei Einlassungen ohne vorherige polizeiliche Belehrung stellt sich dies bereits nicht mehr so deutlich dar. Beweisverwertungsverbote aufgrund des Persön-

---

*Haas*, Strafbegriff, S. 122 mit Fn. 243. Deutlich kritisch *Müller*, *Leviathan* 1977, 522, 523. – Zum inquisitorischen Strafverfahrensmodell unten II. D. 2.

<sup>45</sup> *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 168 f.; vgl. auch *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 25 ff. Zur materiellen Wahrheit als Bezugspunkt auch des adversatorischen Verfahrensmodells unten Teil 4 II. B. 3. b) aa).

<sup>46</sup> BGHSt 14, 358 (365).

<sup>47</sup> Vgl. *Schünemann*, StraFo 2015, 177, 179.

<sup>48</sup> *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 60; *Trüg*, StV 2010, 528, 531; *Weigend*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 399 (2010–2011) m.w.N.

lichkeitsrechts, wie beispielsweise Tagebuchaufzeichnungen, kann eine wahrheits-sichernde Funktion kaum noch zugesprochen werden; vielmehr dürfte es sich um sehr glaubhafte Beweise handeln. Ein einheitlicher Geltungsgrund für den Ausschluss von Beweisen kann in der Sicherung der Wahrheitsermittlung daher nicht erkannt werden.<sup>49</sup>

Eine weitere derartige Modifizierung erfährt die amtliche Wahrheitsermittlung durch die bereits erörterte Anerkennung von Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Beschuldigten, aber ggf. auch des Verletzten der Straftat, als Verfahrenssubjekte. Wie oben erläutert, müssen die Verfahrensbeteiligten an der prozessualen Aufklärung des Anklagevorwurfs in einem gewissen Umfang beteiligt werden, da ihnen aufgrund ihrer in der Menschenwürde begründeten Subjektstellung das berechnete Interesse zukommt, das Verfahren mitzugestalten.<sup>50</sup> Auch solche Verfahrensregelungen können zugleich die amtliche Wahrheitsermittlung unterstützen, indem die Verfahrensbeteiligten durch ihre Beiträge zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen. Zugleich kann von ihnen aber auch eine Gefährdung der Wahrheitsermittlung ausgehen, wenn etwa der zu Recht Beschuldigte durch zusätzliche Beweise seine Überführung zu verhindern sucht.

Die entsprechenden Regelungen dienen also zumindest teilweise von der materiellen Wahrheitsermittlung unabhängigen oder ihr gar entgegenstehenden Interessen. Daher wird das justizförmige, also prozessordnungsmäßige Zustandekommen der Entscheidung in der Strafrechtswissenschaft als eigene Aufgabe des Strafverfahrens angesehen.<sup>51</sup> Mitunter werden die genannten Regelungen auch als Ausprägungen von Verfahrensgerechtigkeit eingeordnet, die als eigener Wert neben die materielle Gerechtigkeit trete.<sup>52</sup> Dies ist aber bestenfalls missverständlich. Denn nach zutreffendem Verständnis beschreibt der Begriff der Verfahrensgerechtigkeit, ob und inwieweit das Verfahren einen eigenen, von der amtlichen Ermittlung der materiellen Wahrheit unabhängigen Beitrag zur Legitimation des Strafurteils leistet.<sup>53</sup> Es geht also um einen „Eigenwert“ bzw. einen „intrinsischen Wert“ des

---

<sup>49</sup> *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 60; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, S. 14 ff.; vgl. auch *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 417. Anders aber *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 134 f., der, ausgehend von § 136a StPO, einen „wenigstens reflexiblen Schutz der Wahrheitsfindung“ erkennt; in diese Richtung wohl auch *Trüg*, StV 2010, 528, 531.

<sup>50</sup> Siehe oben I. A. 2. a).

<sup>51</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 2 f.; *Beulke*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 5; SSW-StPO-*ders.*, Einl. Rn. 12; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 64 f.; *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 194; *Rüping*, Rn. 8. Kritisch *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 60 f.: die Qualität des Verfahrens könne nicht Verfahrensziel selbst sein; ähnlich *MüKo-StPO-Kudlich*, Einl. Rn. 9, der stattdessen von einer „Aufgabe“ des Strafverfahrensrechts spricht.

<sup>52</sup> So etwa *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 201 f.; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 134; *Sowada*, Gesetzlicher Richter, S. 110 mit Fn. 31; *Sommer*, Strafverteidigung, I. Kap. Rn. 49 ff.

<sup>53</sup> Dazu näher unten I. B. 2.

Verfahrens.<sup>54</sup> Davon zu unterscheiden sind die in diesem Abschnitt geschilderten verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die sich auf den Vorgang der materiellen Wahrheitsermittlung beziehen, diesbezüglich eine gerechte Abwägung mit anderen Interessen anstreben und das (Zwischen-)Ziel der materiellen Wahrheit überformen.

Jedenfalls ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die amtliche Wahrheitsermittlung als Legitimationsgrundlage des Strafurteils durch die Beachtung bestimmter, teilweise auch kollidierender Werte modifiziert ist.

### b) Unsicherheit der amtlichen Wahrheitsermittlung

So wie die Notwendigkeit der amtlichen Erforschung des materiell zutreffenden Sachverhalts für die Legitimation des Strafurteils im Grundsatz anerkannt ist, wird auch allgemein zugestanden, dass eine hundertprozentige Übereinstimmung zwischen ermitteltem Sachverhalt und tatsächlichem Geschehen im Sinne eines korrespondenztheoretischen Verständnisses in keinem Fall erreicht werden kann. Die Faktoren für diese Unsicherheit sind zahlreich. Die nachfolgende Darstellung kann die einzelnen Problemfelder daher nur anreißen.

#### aa) Einfluss des materiellen Rechts

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das materielle Strafrecht als Instrument zur Beschreibung des Erkenntnisgegenstands zu gewissen Unsicherheiten führt.

Das materielle Strafrecht selektiert aus der Fülle der Umstände des historischen Sachverhalts die Aspekte, die für das Strafurteil relevant sein sollen. Mit dieser „Reduktion von Komplexität“ macht es die prozessuale Sachverhaltserforschung erst handhabbar.<sup>55</sup> Wahrheitsermittlung wird im Strafprozess somit „nur“ soweit betrieben, wie es zur Subsumtion unter den Tatbestand erforderlich ist. Wie *Volk* treffend feststellt, ist „die materielle Wahrheit [...] so gesehen die Wahrheit des materiellen Rechts“.<sup>56</sup> Das zugrunde liegende historische Geschehen wird somit

---

<sup>54</sup> Vgl. *Börner*, Legitimation, S. 29; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 244; siehe auch *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 ff., der zwischen einer prozeduralen Gerechtigkeit im weiteren Sinne, d.h. auf Normen des Verfahrensrechts generell bezogene Verfahrensgerechtigkeit, und einer prozeduralen Gerechtigkeit im engeren Sinne unterscheidet; siehe ferner *Bottke*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 11 f., der zwischen „materieller“ und „formeller“ Verfahrensgerechtigkeit differenziert, wobei Letztere meint, dass „die rechtlich geregelte und faktisch geübte Art und Weise seiner [des Verfahrensergebnisses, Anm. d. Verf.] Produktion den Wertmaßstäben einer rechtsstaatlichen Demokratie – ohne Bedachtnahme auf die Vertretbarkeit oder Richtigkeit des Ergebnisses – genügt“. Zur unterschiedlichen sprachlichen Verwendung des Begriffs der Verfahrensgerechtigkeit eingehend *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 62 ff.

<sup>55</sup> *Krauβ*, FS Schaffstein, S. 411, 417 f.; *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 43 m.w.N.

<sup>56</sup> *Volk*, FS Salger, S. 411, 413; übernommen von *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 44; siehe bereits *Volk*, Wahrheit, S. 9.

nur abschnittsweise zum Gegenstand der prozessualen Erkenntnis, sprich des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts, gemacht.

Allerdings beschränkt sich das materielle Strafrecht nicht auf diese – an sich noch nicht besonders problematische<sup>57</sup> – Selektion. Einerseits muss das materielle Recht bei subjektiven Merkmalen wie etwa dem Vorsatz Umstände sprachlich fassen, die von außen nicht greifbar sind. Es behilft sich daher mit auf dem äußeren Geschehen beruhenden Deutungen. Die Kriterien des materiellen Rechts sind in diesem Fall weniger vereinfachende Abbildungen des Geschehens denn zuschreibende Wertungen.<sup>58</sup> Dadurch entsteht das Risiko, dass die komplexe tatsächliche innere Haltung des Täters erheblich von der auf den äußeren Umständen fußenden Zuschreibung des Gerichts im Urteil abweicht. Überdies belässt das materielle Recht in seiner abstrakten Fassung trotz anerkannter Auslegungsmethoden und einer Fülle von Auslegungsmaterialien oftmals dem einzelnen Rechtsanwender im konkreten Fall einen gewissen Spielraum. In diesen Fällen entsteht ein Bereich, in dem die Rechtsanwendung nicht zwingend eindimensional durch die Subsumtion des ermittelten Sachverhalts unter die materielle Norm vonstattengehen muss. Vielmehr besteht die Möglichkeit, dass im Anwendungsvorgang die rechtlichen Vorgaben (Obersatz) und tatsächliche Feststellungen (Untersatz) von beiden Seiten einander angenähert werden.<sup>59</sup> In der Extremform dieses Prozesses kommt es zu einem „Verbiegen“ des Sachverhalts.<sup>60</sup>

Aufgrund dieser Faktoren handelt es sich bei dem prozessual ermittelten Sachverhalt nicht allein um die in ihrer Komplexität reduzierte Wiedergabe des historischen Geschehens, sondern dieser trägt auch Züge eines „für die Zwecke des Strafverfahrens hergestellte[n] Kunstprodukt[s]“.<sup>61</sup>

#### bb) Faktische Grenzen der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren

Vor allem scheidet eine vollständige Identität von historischem Geschehen und prozessual ermitteltem Sachverhalt aber an den „faktischen Grenzen“<sup>62</sup> des prozessualen Erkenntnisgewinns, denen sich die staatlichen Ermittlungs- und Entscheidungsorgane ausgesetzt sehen.

---

<sup>57</sup> Vgl. *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 179 f.

<sup>58</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 43 ff. m.w.N., u.A. auf, speziell für den Vorsatz, *Hruschka*, FS Kleinknecht, S. 190, 201 f.; *Krauß*, FS Schaffstein, 411, 426; speziell für Tatmotive *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“, S. 93 ff. Siehe auch *Ostendorf*, ZIS 2013, 172, 174.

<sup>59</sup> *Engisch*, Gesetzesanwendung, S. 82 ff.; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 44 f.

<sup>60</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 45.

<sup>61</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 44 f.

<sup>62</sup> Vgl. zu dieser Kategorisierung *Theile*, NSTZ 2012, 666.

Zu nennen ist hierbei auf der einen Seite die Unzulänglichkeit der Erkenntnisquellen, auf die bei der Rekonstruktion des historischen Sachverhalts zurückgegriffen werden muss. Insbesondere kann der Zeugenbeweis, der das wichtigste Beweismittel im Verfahren darstellt,<sup>63</sup> zugleich als das unsicherste Beweismittel gelten.<sup>64</sup> Der Mensch stellt als Zeuge eine „Fehlkonstruktion“<sup>65</sup> dar. Beispielsweise konnten in einer Untersuchung in den Vereinigten Staaten, in der Fehlurteilungen mittels DNA-Tests nachgewiesen wurden, 72 % der Fehlurteile auf Fehler beim Zeugenbeweis zurückgeführt werden.<sup>66</sup> Es erscheint deshalb nicht übertrieben, wie *Janisch* den Zeugen als „maximale[s] Risiko für die Wahrheit“ zu bezeichnen.<sup>67</sup>

Einfallstore für verzerrte oder fehlerhafte Zeugenaussagen bestehen im ganzen Verlauf von zeugenschaftlicher Wahrnehmung, der Speicherung des Wahrgenommenen sowie der Erinnerung und der Wiedergabe im Prozess.<sup>68</sup> Diese sollen im Folgenden kurz angerissen werden, ohne freilich die zugrunde liegenden aussagepsychologischen Fragen auch nur annähernd vertiefen zu können.<sup>69</sup> Zunächst wirken sich die menschlichen Wahrnehmungsdefizite bei der Beobachtung und der Verarbeitung eines Geschehens aus. Neben den Grenzen der Wahrnehmungsfähigkeit spielen in die konkrete Wahrnehmung insbesondere individuelle Besonderheiten wie Befindlichkeiten, Erwartungen, Vorurteile oder Erfahrungen hinein, die sich in selektiven und verfälschenden Wahrnehmungsergebnissen auswirken können.<sup>70</sup> Erinnerungsfehler entstehen beispielsweise dadurch, dass infolge von Zeitablauf entstandene Lücken durch erdachte oder anderen Schilderungen entstammende Anreicherungen wieder „aufgefüllt“ werden.<sup>71</sup> Schließlich muss das Erlebte in eine passende sprachliche Ausdrucksweise umgesetzt werden. Unbewusst kann es bei der Nacherzählung zu folgenreichen Verzerrungen kommen, etwa indem

---

<sup>63</sup> Vgl. *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 47.

<sup>64</sup> *Schneider*, *Beweis und Beweiswürdigung*, Rn. 872; *Geipel*, *Handbuch der Beweiswürdigung*, S. 525; *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 47; *Börner*, *Legitimation*, S. 125.

<sup>65</sup> *Häcker/Schwarz/Treuer*, *Tatsachenfeststellung*, Rn. 17.

<sup>66</sup> *Velten*, GA 2015, 387, 391 f. m.w.N. Siehe auch die Einschätzungen von *Peters*, *Fehlerquellen*, § 6 II, auf Grundlage seiner Untersuchung zu den Fehlerquellen des Strafverfahrens.

<sup>67</sup> *Janisch*, SZ v. 17.5.2015.

<sup>68</sup> Vgl. *Häcker/Schwarz/Treuer*, *Tatsachenfeststellung*, Rn. 3; *Peters*, *Fehlerquellen*, § 10 II.

<sup>69</sup> Weiterführend die Darstellungen von *Peters*, *Strafprozeß*, S. 374 ff.; *Häcker/Schwarz/Treuer*, *Tatsachenfeststellung*. Siehe auch die Nachweise bei *Schünemann*, ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68, 72 f.

<sup>70</sup> Vgl. *Schneider*, *Beweis und Beweiswürdigung*, Rn. 968; *Geipel*, *Handbuch der Beweiswürdigung*, S. 537 ff.; *Schünemann*, ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68, 72; *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 48; *Börner*, *Legitimation*, S. 126 f.; *Häcker/Schwarz/Treuer*, *Tatsachenfeststellung*, Rn. 82 ff.

<sup>71</sup> *Häcker/Schwarz/Treuer*, *Tatsachenfeststellung*, Rn. 115; *Peters*, *Strafprozeß*, S. 379 ff.; *Geipel*, *Handbuch der Beweiswürdigung*, S. 577.



wichtige Einzelheiten weggelassen oder neue Elemente ergänzt werden.<sup>72</sup> Die Vernehmung durch Strafverfolgungsorgane trägt durch – oftmals unbewusste oder wechselseitige – Beeinflussungen nicht unerheblich zu derartigen sprachlichen Verzerrungen bei.<sup>73</sup>

Bedeutsame Fehlerquellen liegen darüber hinaus in der Verarbeitung der – an sich schon mit einem immensen Fehlerrisiko belasteten – Erkenntnisquellen im Rahmen der Beweiswürdigung des Entscheidungsträgers, also des Gerichts. Aufgrund der Subjektivität der richterlichen Überzeugungsbildung wirkt sich auch auf diesen Verarbeitungsprozess der „Faktor Mensch“<sup>74</sup> als folgenreiche Fehlerquelle aus. Mit dem Abstellen auf die subjektive Überzeugung der Entscheidungsperson bzw. des Entscheidungsgremiums als Schwelle für einen Schuldspruch trägt das Strafverfahren dem Umstand Rechnung, dass eine objektive Sicherheit über die Schuldfrage mit den zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht erreicht werden kann.<sup>75</sup> Historisch stellt der Übergang von starren Beweisregeln, die eine solche Sicherheit garantieren sollten, auf die subjektive richterliche Überzeugung zwar einen bedeutsamen Schritt dar.<sup>76</sup> Dadurch wirken sich aber die menschlichen Defizite auf die richterliche Wahrnehmung und Verarbeitung aus.

Wiederum ohne auf die genauen psychologischen Vorgänge bei der Überzeugungsbildung eingehen zu können:<sup>77</sup> Wie beim Zeugen spielen persönliche Einstellungen, Erfahrungen, Vorurteile oder gar die körperliche Befindlichkeiten<sup>78</sup> eine wichtige Rolle.<sup>79</sup> Zudem führt der Verarbeitungsvorgang immer wieder zur Bildung von Hypothesen und gedanklich getroffenen Festlegungen, die zu einer Verzerrung der Wahrnehmung späterer Informationen führen.<sup>80</sup> Nach *Perron* weist die Beweiswürdigung daher „eine stark irrational-dezisionistische Komponente“ auf.<sup>81</sup>

---

<sup>72</sup> *Häcker/Schwarz/Treuer*, Tatsachenfeststellung, Rn. 185 ff.; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 180; *Stamp*, Wahrheit, S. 121.

<sup>73</sup> *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 180; *Börner*, Legitimation, S. 128 ff.; *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, S. 595 ff.

<sup>74</sup> *Wilhelm*, HRRS 2014, 279, 281.

<sup>75</sup> Vgl. bereits *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 376 ff.

<sup>76</sup> Zur Entwicklung der freien richterlichen Beweiswürdigung in Kontinentaleuropa eingehend *Jerouschek*, GA 1992, 493 ff.; *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, S. 8 ff. sowie *Meyer*, ZStW 119 (2007), 633, 641 ff.; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 33 ff.

<sup>77</sup> Zu den psychologischen Vorgängen bei der Überzeugungsbildung instruktiv *Wilhelm*, HRRS 2014, 279, 281 ff.

<sup>78</sup> Etwa legt eine Untersuchung in den USA nahe, dass das Hungergefühl vor der Mittagspause zu härteren Entscheidungen führt. Dazu *Wilhelm*, HRRS 2014, 279, 283 m.w.N.

<sup>79</sup> Näher *Schünemann*, ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68, 76 ff., *Wilhelm*, HRRS 2014, 279, 281 ff.; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 28 ff.; *ders.*, FS AG Strafrecht DAV, S. 846, 848 ff.

<sup>80</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 45 f.; eingehend *Wilhelm*, HRRS 2014, 279, 286 ff.

<sup>81</sup> *Perron*, ZStW 108 (1996), 128, 132.

## cc) Abkehr von der materiellen Wahrheit als (Zwischen-)Ziel des Verfahrens?

Der Strafprozess kann aufgrund der skizzierten Unsicherheiten eine sichere Übereinstimmung zwischen prozessual ermitteltem Sachverhalt und materieller Wahrheit nie leisten. Erreichbar sind anerkanntermaßen vielmehr allein unterschiedlich präzise Annäherungen.<sup>82</sup> Vereinzelt wird deshalb vorgeschlagen, besser von einer „prozessualen“ oder „forensischen“ Wahrheit zu sprechen.<sup>83</sup>

Über diese sprachliche Anpassung hinausgehend haben die geschilderten Unsicherheiten einige Stimmen aus der Rechtswissenschaft veranlasst, den materiellen, der Korrespondenztheorie folgenden Wahrheitsbegriff im Strafverfahren ganz zu verwerfen. Entlehnt sind diese Ansätze von den in der Philosophie diskutierten Wahrheitskonzeptionen, die an die Unzulänglichkeit des korrespondenztheoretischen Verständnisses anknüpfen. Erörtert werden insbesondere an der Diskurstheorie von *Habermas* orientierte Vorschläge eines konsensualen Wahrheitsverständnisses.<sup>84</sup> Kriterium für die Wahrheit einer Aussage ist nach diesen philosophischen Ansätzen – stark vereinfacht – die Zustimmung eines kompetenten Publikums bzw. die potenzielle Zustimmung aller anderen in einem theoretisch-empirischen Diskurs unter den Bedingungen einer idealen Sprechsituation.<sup>85</sup>

Ohne im Rahmen dieser Arbeit näher auf diese Ansätze eingehen zu können, so erscheint bereits unklar, inwieweit mit diesen Vorschlägen wirklich ein neuer Wahrheitsbegriff als Zwischenziel des Strafverfahrens verbunden ist.<sup>86</sup> Wird etwa, wie bei *Jahn*, die Übereinstimmung von Staatsanwaltschaft und Verteidigung als Antagonisten des Verfahrens als genauso valide „Richtigkeitsgewähr“ angesehen wie eine Feststellung auf „Grundlage des monologisch-richterzentrierten Modells“,<sup>87</sup> so wird offenbar noch immer von einem externen Maßstab für die Beurteilung der „Richtigkeit“ der Entscheidung ausgegangen, der letztlich nur in dem historischen Sachverhalt begründet sein kann.

---

<sup>82</sup> *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 558 f.; *Murmann*, GA 2004, 65, 75; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 25 f.

<sup>83</sup> Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. H Rn. 26; *Börner*, Legitimation, S. 102; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 35; in diesem Sinne auch *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 45. – Zum davon zu unterscheidenden Begriff der „formellen“ Wahrheit unten Teil 4 II. B. 3. b) aa).

<sup>84</sup> *Jahn*, GA 2004, 272 ff.; *Theile*, NSTZ 2012, 666, 669 f. – Instruktive Erläuterungen zu diesen Ansätzen finden sich bei *Radtke*, FS Schreiber, 375, 379 ff.; *Hörnle*, Rechtsstheorie 35 (2004), 175, 180 ff.; *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 42 f.; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 149 ff.

<sup>85</sup> Zur philosophischen Diskurstheorie aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum eingehend *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 181 ff.; *Hörnle*, Rechtsstheorie 35 (2004), 175, 177 f.; *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 41 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 158.

<sup>87</sup> *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427, 437 f. und 456 f.

Abgezielt wird somit eher auf ein kommunikativ ausgestaltetes Verfahren als einen neuen Wahrheitsbegriff; der materielle Wahrheitsbegriff wird dabei mit dem richterzentrierten Verfahrensmodell gleichgesetzt, dessen Reform eigentlich angestrebt wird.<sup>88</sup> Diese Unklarheiten scheinen somit aus den unterschiedlichen Bedeutungen herzuzühren, die dem Begriff der materiellen Wahrheit, wie bereits erläutert, zugesprochen werden.<sup>89</sup>

Jedenfalls ist eine Loslösung von der Ausrichtung des Strafverfahrens auf die Ermittlung des tatsächlichen historischen Geschehens im Sinne der Korrespondenztheorie als Zwischenziel, also die Absenz von jeglichen materiellen Kriterien, abzulehnen. Denn das korrespondenztheoretische Verständnis entspricht, ungeachtet seines möglicherweise „beklagenswert naiven“ Ansatzes,<sup>90</sup> letztlich dem einhelligen Zugang der Gesellschaft zur Wirklichkeit.<sup>91</sup> Wie es *Stuckenberg* formuliert, entspricht die Korrespondenztheorie „unserer Intuition der Erkenntnistranszendenz der Welt“.<sup>92</sup> Eine an der materiellen i.S.d. historischen Wahrheit orientierte Sachverhaltsermittlung ist also deshalb erforderlich, weil dies den Vorstellungen der Adressaten der Strafjustiz entspricht und daher für die generalpräventive Zielsetzung des Strafrechts notwendig ist. Im Strafverfahren muss also, wiederum in den Worten *Stuckenbergs*, die „Wahrheitsintuition der Öffentlichkeit“ bedient werden.<sup>93</sup>

Eine im prozessualen Diskurs gebildete Wahrheit, die nicht zwingend Bezug zum – nach intuitiver menschlicher Auffassung erfassbaren – historischen Geschehen aufweist, könnte den generalpräventiven Zwecken des Strafrechts demgegenüber nicht gerecht werden. In diesem Sinne betont *Weigend*, dass Strafurteile ohne einen Bezug zum wirklichen Geschehen, schlimmstenfalls auf erklärtermaßen fiktiver Sachverhaltsgrundlage, unter keinen Umständen eine positive wie negative soziale Anerkennung im Sinne der Generalprävention erzielen könnten.<sup>94</sup> Anschaulich formuliert *Jung*:

---

<sup>88</sup> In diese Richtung bereits *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 180.

<sup>89</sup> Siehe oben I. B. 1. a) aa).

<sup>90</sup> *Volk*, Wahrheit, S. 7; *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427, 454.

<sup>91</sup> *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 184: „[...] die Korrespondenzdefinition der Wahrheit [ist] integraler Bestandteil unserer geteilten Lebenswelt [...]“. Siehe ferner *Volk*, Wahrheit, S. 7; *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 559; *ders.*, StraFo 2015, 177, 179; *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 370 Fn. 60; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 173 f.

<sup>92</sup> *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 42.

<sup>93</sup> *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 43.

<sup>94</sup> *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 752: „Ein Urteil, das erklärtermaßen auf einer fiktiven Grundlage beruht, wird als Mittel der sozialen Gestaltung [...] nicht ernst genommen [...]“. Dazu auch *ders.*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 391 f. (2010–2011); *ders.*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 167 ff. (2003); *ders.*, ZStW 113 (2001), 271, 304; *ders.*, ZStW 104 (1992), 486, 502 f.; *ders.*, FS Damaška, S. 39, 59 f. In diese Richtung auch *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, S. 16 f.

„Das Ergebnis und damit das Verfahren selbst wird deswegen akzeptiert, weil das Bemühen auf historische Treffsicherheit ausgerichtet ist und nicht darauf, sich hier und jetzt auf eine bestimmte Geschichte zu verständigen.“<sup>95</sup>

Es bleibt somit grundsätzlich bei der Annäherung an die materielle Wahrheit als Gegenstand der amtlichen Ermittlungsbemühungen im Prozess.

### c) Zwischenergebnis:

#### *Notwendigkeit einer weiteren Legitimationsgrundlage*

Auch wenn die amtliche Wahrheitsermittlung zur Verwirklichung materieller Gerechtigkeit weiterhin primäre Grundlage der Legitimation des Strafurteils bleibt, ist festzuhalten, dass diese für sich aufgrund des nicht abwendbaren Fehltriteilsrisikos zur Legitimation des Strafurteils unzureichend ist. An diesem Punkt angelangt, verbleibt einerseits die Möglichkeit, für eine Minimierung des Fehltriteilsrisikos einzutreten, ansonsten aber das verbleibende Restrisiko unzutreffender Verurteilungen mit einem „latent schlechten Gewissen“ als unvermeidlich zu akzeptieren.<sup>96</sup> Der konkret betroffene Beschuldigte<sup>97</sup> hätte dann sein Fehltriteil als eine Art persönliches Sonderopfer im Dienste einer wirksamen Strafrechtspflege hinzunehmen.<sup>98</sup> Tatsächlich stellen alle Staaten mit dem Betreiben von Strafjustiz die generalpräventiven Zielsetzungen über das immanente Fehltriteilsrisiko.<sup>99</sup> Ein Ausweg aus diesem Dilemma könnte allerdings bestehen, wenn eine zweite Stütze der Legitimation einer strafrechtlichen Verurteilung anzuerkennen wäre, welche das verbleibende Legitimationsdefizit schließen könnte.<sup>100</sup>

## **2. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils**

Die Beteiligung des Beschuldigten an der prozessualen Sachverhaltsermittlung und die daraus entstehende Prozessverantwortung bilden nach der hier vertretenen Auffassung diesen zweiten Legitimationsstrang.

<sup>95</sup> Jung, JZ 2009, 1129, 1130.

<sup>96</sup> Erb, FS Rieß, S. 77, 92; Löffelmann, Wahrheitserforschung, S. 102.

<sup>97</sup> Nach Schätzungen von RiBGH Eschelbach ist jedes vierte Strafurteil in Deutschland ein Fehltriteil, zitiert nach Janisch, SZ v. 17.5.2015.

<sup>98</sup> Anders aber wohl Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 183 ff., wonach der Beschuldigte das Recht hat, dass „eine Strafe nicht ohne „hinreichend zuverlässige Ermittlungen [...] verhäng[t wird], und nicht mehr“.

<sup>99</sup> Vgl. Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 376 ff., insbesondere 378: „Die ideale Verantwortung und Wahrheit werden empirisch auf einen tauglichen Gesellschaftsschutz heruntergebrochen und insoweit wird dem gesellschaftlich-irdischen Anliegen eines funktions-tüchtigen Strafrechts als Institution heutiger Demokratien der Vorrang zugestanden.“ Vgl. auch Erb, FS Rieß, S. 77 f., 92.

<sup>100</sup> Vgl. Schatz, Beweisantragsrecht, S. 199 f.

*a) Vorbemerkung: Kompensierende Legitimation durch Verfahren*

Eine solche zweite Legitimationsgrundlage, die das Strafurteil auch im Hinblick auf das verbleibende Fehlurteilsrisiko legitimiert, kann nur in der Ausgestaltung des Verfahrens gefunden werden.

Schon lange wird dem Verfahrensrecht im Verhältnis zum materiellen Recht nicht mehr eine allein dienende Funktion zugesprochen, die sich einzig darin erschöpft, die Grundlagen für die Subsumtion unter die materiellen Tatbestandsmerkmale zu liefern.<sup>101</sup> Vielmehr ist weitgehend anerkannt, dass der Ausgestaltung des Verfahrens selbst eine über die Bereitstellung von Mechanismen zur Sicherung materieller Gerechtigkeit hinausgehende Funktion für das Zustandekommen eines als „gerecht“ akzeptierten Urteils zukommt. Das Verfahren erbringt eine eigene Legitimationsleistung für das Strafurteil.<sup>102</sup> Als Pendant zur materiellen Gerechtigkeit durch die Ermittlung des historisch zutreffenden Sachverhalts wird von Verfahrensgerechtigkeit bzw. prozeduraler Gerechtigkeit gesprochen. Wichtige Impulse für die Anerkennung dieses eigenen Einflusses des Verfahrens auf die Legitimation des Strafurteils hat die soziologische Arbeit *Luhmanns*<sup>103</sup> gegeben.<sup>104</sup>

Nicht zufällig ist das Potenzial des Verfahrensrechts für die Legitimation des Strafurteils im Zuge des wachsenden Bewusstseins für die Unsicherheiten der amtlichen Wahrheitsermittlung in den Fokus gerückt. Gerade wenn die materielle Gerechtigkeit im Sinne einer Ergebnisperechtigkeit eine nur unzureichende Legitimationsgrundlage darstellt, muss dem Verfahrensgang zur Erzielung dieses Ergebnisses eine größere Bedeutung zukommen. Die entscheidende Legitimationsleistung des Verfahrens besteht also darin, dass die Unzulänglichkeit der amtlichen Wahrheitsermittlung kompensiert wird.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> Zu dieser „Emanzipation des Verfahrensrechts“ *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 27 ff.

<sup>102</sup> Vgl. etwa *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52 ff. mit der Unterscheidung zwischen prozeduraler Gerechtigkeit im weiteren, d.h. bloß örtlichen, und im engeren Sinne; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 39; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 192 ff.; *Sowada*, Gesetzlicher Richter, S. 109 f.; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 49 ff. – Jüngst hat sich *Börner*, Legitimation, S. 25 ff. in einem integrierenden Ansatz mit den sozialpsychologischen Faktoren für die Akzeptanz eines Urteils und den normativen Maßstäben für die Legitimationswirkung des Verfahrens befasst. Anlass für die Arbeit waren einige der bereits oben in der Einführung angesprochenen und in Teil 3 näher darzulegenden Maßnahmen, anhand derer *Börner* seine Konzeption erprobt (vgl. S. 25, 219 ff.).

<sup>103</sup> *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren.

<sup>104</sup> Vgl. *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 31; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 39; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 194.

<sup>105</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 375 ff. sowie *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 199 ff. Angedeutet wird die Kompensation von Defiziten bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit durch „andere Interessen“ auch bei *Volk*, FS Salger, S. 411, 416 f. und 419. Aus rechtstheoretischer Perspektive *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 532.

Eine solche kompensierende Legitimation leistet das Verfahren dadurch, dass das Verfahrensrecht den Beschuldigten mit ausreichenden Mitwirkungsmöglichkeiten an der prozessualen Wahrheitsermittlung ausstattet, aufgrund derer er dann das Verfahrensergebnis ein Stück weit mitzuverantworten hat.

### b) Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung

In einem ersten Gedankenschritt sind die oben geschilderte Unsicherheit amtlicher Wahrheitsermittlung und die Beteiligungsrechte des Beschuldigten an eben dieser Ermittlung in Beziehung zueinander zu setzen.

Wie oben gesehen, können die amtlichen Organe im Prozess eine hundertprozentig zutreffende Wahrheitsermittlung nicht garantieren, also auch das Risiko eines Fehlurteils nicht ausschließen, sondern allenfalls minimieren. Ist der Beschuldigte durch seine zwangsweise Teilnahme am Verfahren diesen Fehlurteilsrisiken ausgesetzt, muss ihm auch ermöglicht werden, selbst den Fehlerquellen entgegenzutreten und durch sein prozessuales Agieren eine unzutreffende Verurteilung abwenden zu können. Wenn beispielsweise die Aussage von Zeugen einen der größten Risikofaktoren für eine fehlerhafte Verurteilung darstellt, muss dem Beschuldigten das Recht gewährt sein, auf Inkonsistenzen der Aussage hinzuweisen bzw. diese durch eine eigene Befragung herauszuarbeiten. Neben der Subjektstellung erfahren die Beteiligungsrechte des Beschuldigten auf diese Weise einen neuen Geltungsgrund: Sie haben nicht allein den Zweck, dem Beschuldigten einen gewissen Einfluss auf ihn betreffende prozessuale Angelegenheiten zu gewähren; vielmehr sollen sie ihm dezidiert die aktive Verhinderung von Fehlurteilen ermöglichen.

Die Notwendigkeit der Beteiligung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils wird in der Strafrechtswissenschaft bereits von vielen Stimmen anerkannt. Eindrücklich formulieren etwa *Ignor/Matt*:

„[Die Beschuldigtenrechte] sind keineswegs nur Selbstzweck und Ausprägungen des Grundrechtsschutzes. Sie sind auch Sicherungsmittel gegen Fehler und Irrtümer bei der Strafverfolgung, gegen den ‚hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit‘. [...] Der ‚Strafanspruch des Staates‘ besteht also nicht unabhängig vom Beschuldigten und seinem Verteidiger; er konstituiert und legitimiert sich maßgeblich durch deren Mitwirkung an der verfahrensmäßigen Herstellung der ‚Wahrheit‘.“<sup>106</sup>

Hervorzuheben ist unter den in der Strafrechtswissenschaft formulierten Ansätzen vor allem die Arbeit von *Gaede*, der in Art. 6 EMRK die legitimatorische Wirkung des

---

<sup>106</sup> *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 103. – Angesprochen wird dieser Gedanke auch bei *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 60; *Botke*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 33. Der Ansatz von *Murmann*, GA 2004, 65, 78 ff., wonach die „Wiederherstellung des Rechts unter den Bedingungen der Unsicherheit“ nur unter „Rechtspersonen“ erfolgen kann, was die Beachtung der Subjektstellung des Beschuldigten erforderlich macht, deutet gleichsam den Gedanken der Beteiligung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils aufgrund der unsicheren amtlichen Wahrheitsermittlung an.

Verfahrens durch „Teilhabe“ des Beschuldigten verwirklicht sieht.<sup>107</sup> So stellt *Gaede*, nachdem er die Funktion des Verfahrens als kompensatorische Legitimationsgrundlage aufgrund der Defizite des materiellen Legitimationsstrangs herausgearbeitet hat,<sup>108</sup> die Mitwirkung des Beschuldigten am Verfahren als Ausformung einer kompensatorischen Legitimation des Strafurteils heraus. Mit dem Zwang, sich einem mit Fehlerrisiken behafteten Strafverfahren zu stellen, muss danach „das Recht korrelieren, von diesem Verfahren die gewissenhafte Berücksichtigung seines Standpunkts verlangen zu können. [...] Der Angeklagte muss *sein* Verfahren erhalten.“<sup>109</sup>

Auch *Weßlau* hat in ihrer Monographie zur Möglichkeit konsensualer Verfahrensbeendigungen die Legitimationsleistung der Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung herausgestellt.<sup>110</sup> Ausgangspunkt ist auch für *Weßlau* die Erkenntnis, dass ein lückenloser Wahrheitsbeweis nicht möglich ist, so dass von dem Wahrheitsanspruch unvermeidlich Abstriche gemacht werden müssen. Um dennoch eine zuverlässige Annäherung an die historische Wahrheit zu leisten, müsse eine möglichst vollständige Informationsbasis geschaffen werden. Gleichzeitig müsse aber der Aufklärungsumfang aufgrund von Sachzwängen zwingend eingeschränkt werden. Da eine einseitige Bestimmung des Aufklärungsumfangs durch staatliche Organe vor dem Hintergrund der Unsicherheit der Wahrheitsermittlung legitimatischer fragwürdig sei, müsse als „zweite Legitimationsstufe“ der Beschuldigte zumindest die Möglichkeit erhalten, über den Umfang der Beweisaufnahme mitzubestimmen. Im streitigen Verfahren werde dies durch Frage- und Beweisvorführungsrechte gewährleistet. Bei einer konsensualen Verfahrensbeendigung stelle sich diese zweite Komponente der Legitimation als Zustimmung zum Abbruch weiterer Aufklärung dar.<sup>111</sup>

Dieser erste Schritt der Legitimation durch die Ausgestaltung des Verfahrensrechts findet schließlich in der Verfahrenssoziologie Bestätigung. So kommen einige Studien zu dem Schluss, dass der Beschuldigte eher bereit ist, ein nachteiliges Verfahrensergebnis zu akzeptieren, wenn er am Zustandekommen des Urteils hinreichend beteiligt war.<sup>112</sup> Diesbezüglich wird von einem „fair process effect“ gesprochen.<sup>113</sup>

---

<sup>107</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe.

<sup>108</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 375 ff. Dazu bereits oben I. B. 1. b).

<sup>109</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 389 ff. [Hervorhebung im Original].

<sup>110</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 197 ff.; *dies*, StraFo 2007, 1 ff. Zur Einbettung konsensualer Verfahrensbeendigungen in die Konzeption der Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Legitimationsgrundlage unten II. B. 3. Zu den konsensualen Verfahrensbeendigungen im deutschen Strafprozessrecht unten Teil 3 III. C., für das US-amerikanische Strafrecht unten Teil 4 III. C.

<sup>111</sup> Dies scheint auch bei *Volk*, FS Salger, S. 411, 418 f. und bei *Herrmann*, JuS 1996, 1162, 1166 f. angedeutet.

<sup>112</sup> Siehe, jeweils m.w.N., *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 530 f.; *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175, 185 f.; *Börner*, Legitimation, S. 74; *Schünemann*, StraFo 2015, 177, 178; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. B Rn. 22.

<sup>113</sup> *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549, 558 m.w.N.

c) *Mitverantwortung für das Urteil als Kehrseite der Beteiligung*

Weshalb auf diese Weise die beschriebene Legitimationslücke geschlossen wird, erschließt sich an diesem Punkt allerdings noch nicht vollständig. Denn wenn die legitimatorische Leistung des Verfahrens nur darin bestünde, dass der Beschuldigte in die prozessuale Aufklärung des Sachverhalts eingebunden wird, um die Ermittlung der materiellen Wahrheit zusätzlich zu fördern, dann ließe sich eine Verurteilung auch nur dann legitimieren, wenn dadurch tatsächlich der zutreffende Sachverhalt ermittelt werden konnte. Weshalb eine fehlerhafte Verurteilung gleichsam legitimiert sein sollte, ist allerdings (noch) nicht ersichtlich. Auf diese Weise würde also der Legitimationsstrang der Schaffung materieller Gerechtigkeit durch amtliche Wahrheitsermittlung nur um die Komponente der Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung ergänzt, so dass das benannte Legitimationsdefizit bestehen bliebe. Ein selbständiger Ansatz der kompensierenden Legitimation durch Verfahren läge darin nicht begründet.<sup>114</sup> In ähnlicher Weise verwirft *Hörnle* einen solchen Ansatz mit dem Argument, dass ein Fehlurteil auch bei einer besonders fairen Ausgestaltung des Verfahrens materiell falsch bleibt, so dass sich auch nichts an der Ungerechtigkeit des darin zum Ausdruck kommenden unzutreffenden Unwerturteils ändert.<sup>115</sup>

Den Konnex zwischen Beteiligung des Beschuldigten und Legitimation auch der unrichtigen Verurteilung stellt erst die Prozessverantwortung des Beschuldigten her, die sich, wie oben beschrieben, als Kehrseite an die Beteiligungsrechte des Beschuldigten im Prozess anschließt. Gewährt werden dem Beschuldigten mit seinen Beteiligungsrechten letztlich nur die prozessualen *Möglichkeiten*, selbst aktiv gegen das Risiko einer fehlerhaften Verurteilung anzugehen. Diese Beteiligungsmöglichkeiten hat der Beschuldigte aus Eigeninteresse möglichst sinnvoll zur Abwendung von Fehlurteilsrisiken einzusetzen. Das beinhaltet aber auch, dass der Beschuldigte seine Beteiligungsrechte evtl. ungenutzt lässt oder fehlerhaft nutzt. Die negativen Folgen daraus muss er sich dann aber als Ergebnis seines Prozessierens anlasten lassen. Resultiert daraus letzten Endes eine fehlerhafte Verurteilung, ist er insoweit hierfür mitverantwortlich.

Auf Grundlage dieses Verständnisses wiederfährt dem fehlerhaft verurteilten Beschuldigten im Falle einer unzutreffenden Verurteilung somit kein von ihm nicht beeinflussbares Unrecht. Ihm wird gerade kein Sonderopfer für eine funktionierende Strafrechtspflege abverlangt. Vielmehr muss er sich eine Fehlverurteilung als Ergebnis – auch – seines unzureichenden Prozessierens anlasten lassen, welches

---

<sup>114</sup> Vgl. *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 59; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 195: „Prozedurale Gerechtigkeit ist etwas anderes als die materiale Gerechtigkeit prozeßrechtlicher Normen.“

<sup>115</sup> *Hörnle*, Rechtstheorie 35 (2004), 175 (186). *Hörnle* verwirft aufgrund dessen die von ihr sog. „Kompensationsthese“ gänzlich (vgl. S. 191). In diese Richtung auch *Erb*, FS Rieß, S. 77, 78 ff.



das wahrhaftige Geschehen bzw. die Unerwiesenheit des Anklagevorwurfs ebenso wie die amtliche Untersuchung nicht zutage gefördert hat. Der Beschuldigte ist somit mitverantwortlich für das Urteil.<sup>116</sup> Daher kann von ihm letztlich die Akzeptanz seiner (fehlerhaften) Verurteilung verlangt werden.<sup>117</sup>

Die Legitimation des Strafurteils stützt sich somit nicht allein auf die Beteiligung des Beschuldigten zur Perfektionierung der prozessualen Wahrheitsermittlung. Das Strafurteil ist vielmehr auch trotz der Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung noch immer mit dem Fehlerurteilsrisiko belastet.<sup>118</sup> Allerdings trägt der Beschuldigte nunmehr für das Resultat des Verfahrens – und damit auch für ein fehlerhaftes Verfahrensergebnis – eine gewisse Mitverantwortung. Das mit dem Fehlerurteilsrisiko belastete Strafurteil stützt sich also auf eine zusätzliche Grundlage. Die Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung und die auf der Kehrseite entstehende Prozessverantwortung des Beschuldigten für das Verfahrensergebnis bilden neben der amtlichen Wahrheitsermittlung eine zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils.<sup>119</sup>

Dieser Gedanke kommt bereits bei *Luhmann* in seiner soziologischen Arbeit über die funktionale Legitimationsleistung des Verfahrens zum Ausdruck.<sup>120</sup> Als einen der ausschlaggebenden Faktoren für die Legitimation eines Urteils hat er die „Verstrickung [des Entscheidungsempfängers] in das Rollenspiel“ und die Veranlassung zur Ableistung „unbezahlter zeremonieller Arbeit“ identifiziert, durch die der Entscheidungsempfänger das Verfahren und die Entscheidenden bestätigt, weshalb er im Falle einer Rebellion gegen die Entscheidung isoliert wäre.<sup>121</sup> Freilich soll damit, wie mittlerweile der Kritik an *Luhmann* entgegengehalten wird, allein die

---

<sup>116</sup> Vgl. *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), *Effizienz durch Verständigung*, S. 61, 79, der in der „Akzeptanz von Verantwortung“ für den *Inhalt* einer Verständigung“ ein Legitimationskriterium für konsensuale Verfahrensbeendigungen erkennt [Hervorhebung im Original].

<sup>117</sup> *Botke*, *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 33 f.; *Köhler*, *Inquisitionsprinzip*, S. 41 ff.; *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 50, 52, 73; *ders.*, *ZStW* 108 (1996), 129, 132; *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 389 ff.; diesen Gedanken auch erwähnend *Stamp*, *Wahrheit*, S. 264. Auf Grundlage des grundgesetzlichen Schuldprinzips *Freund*, *Tatsachenfeststellung*, S. 64 ff.; dazu unten Teil 2 II. A. 2. a).

<sup>118</sup> Auch *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 389 ff. betont in seiner Arbeit zu Art. 6 EMRK, dass das Verfahren durch die Gewährleistung von Teilhabe keine „ideale oder gänzlich zweifelsfreie“ im Sinne einer materiell vollständig richtigen Entscheidung garantieren kann.

<sup>119</sup> So bereits *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 73 f.; *ders.*, *FS Eser* 2015, S. 413, 416 f.

<sup>120</sup> *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, S. 87, 114 ff. Dazu aus strafverfahrensrechtlicher Perspektive *Beulke*, *Verteidiger*, S. 64 ff.; *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 52; *ders.*, *ZStW* 108 (1996), 129, 132; *Theile*, *NSZ* 2012, 666, 667; aus rechtstheoretischer Perspektive *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 531 f.; *ders.*, S. 1, 18 ff.

<sup>121</sup> In diesem Sinne bezeichnet *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 531 f.; *ders.*, S. 1, 18 ff. den Ansatz *Luhmanns* treffend als „Isolierungstheorie“.

soziologische Wirkungsweise von Verfahren beschrieben werden; die Frage der normativen Legitimation des Strafurteils ist davon scharf zu trennen.<sup>122</sup>

Die funktionale Analyse *Luhmanns* führt aber eindrücklich die Risiken des hier vertretenen Verständnisses von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als Legitimationsgrundlage des Strafurteils vor Augen.<sup>123</sup> So besteht die Gefahr, dass der Beschuldigte „zeremoniell“, d.h. nur nach außen hin, aber ohne substantielle Einwirkungsmöglichkeiten, in das Verfahren eingebunden wird, um von ihm im Anschluss gleichwohl die Akzeptanz einer Verurteilung zu verlangen. Treffend kritisiert *Köhler* die entsprechenden Umschreibungen *Luhmanns* als verfahrensrechtlichen „Übertölpelungsmechanismus“; *Perron* spricht von einer „Unterordnung [des Selbstbehauptungsinteresses des Beschuldigten, Anm. d. Verf.] unter staatliche oder gesellschaftliche Legitimationsinteressen“.<sup>124</sup>

Tatsächlich schafft die Anerkennung von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als Legitimationsgrundlage des Strafurteils aber eine neue Grundlage für die Gewährleistung von Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten. Wird dem Beschuldigten eine möglicherweise fehlerhafte Verurteilung ein Stück weit als Ergebnis seines Prozessierens angelastet, so muss der Beschuldigte auch reale prozessuale Möglichkeiten für deren Abwendung erhalten. Ihm sind effektive Beteiligungsrechte zu gewähren, selbst gegen Fehltrichterisiken anzuwenden. Nur mit einer solchen „rechtlichen Ausstattung“ besteht überhaupt die Möglichkeit, eine Verurteilung durch Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweiten Legitimationsstrang zu legitimieren.<sup>125</sup>

Über die bisherige Ableitung aus der Subjektstellung entsteht durch das Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten somit eine neue Argumentationslinie, welche die theoretische Grundlage für die Gewährleistung tatsächlich effektiver Beteiligungsrechte liefert. Eine grundsätzliche Ablehnung dieses Verständnisses, wie etwa von *Velten*,<sup>126</sup> geht daher, ganz abgesehen von der Frage, wie eine solche ablehnende Haltung zu begründen wäre, auch rechtspolitisch fehl.

---

<sup>122</sup> Vgl. *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 73 f. eingehend *Börner*, Legitimation, S. 52 ff.; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 153 f.

<sup>123</sup> Vgl. zum Wert des Ansatzes *Luhmanns* für die Strafrechtswissenschaft *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 39.

<sup>124</sup> *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 42 Fn. 6; *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 73 mit S. 52; vgl. auch *Müller-Dietz*, ZStW 93 (1981), 1177, 1209 f. – Dazu auch *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549, 558 f., wonach „die Systemtheorie diesen Gedanken [des *fair process effect*] radikalisiert [hat]: Je fairer ein Verfahren ist, umso leichter kann jeder, der dessen normativen Grundkonsens verlässt, als uneinsichtiger Nörgler isoliert werden.“

<sup>125</sup> Dazu näher unten II. A. bis C.

<sup>126</sup> *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.

### 3. Zusammenfassung

Das Strafurteil ist zusammenfassend primär durch amtliche Ermittlung der materiellen Wahrheit über den Anklagevorwurf legitimiert. Weil die amtliche Wahrheitsermittlung die Aufklärung des historisch zutreffenden Sachverhalts nicht mit absoluter Sicherheit garantieren kann, kommt dem Beschuldigten speziell im Strafverfahren, über die allgemeine Ableitung aus der Subjektstellung hinausgehend, ein gewisses Maß an Prozessverantwortung zu. Es obliegt dem Beschuldigten daher, über seine Beteiligungsmöglichkeiten an der Sachverhaltsermittlung in einem bestimmten Maße selbst aktiv für die Abwendung eines Fehltrteils zu sorgen. Kommt es gleichwohl zu einer unzutreffenden Verurteilung, hat er sich diese retrospektiv ein Stück weit selbst anzulasten. In prospektiver Sicht besteht aufgrund des immanenten Fehltrteilsrisikos ein Bereich, in dem der Beschuldigte auf sich allein gestellt mit der Abwendung unzutreffender Verurteilungen betraut ist.<sup>127</sup> Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten füllen auf diese Weise als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils die Lücke, welche die amtliche Sachverhaltsermittlung lässt.

## C. Ausformung der Prozessverantwortung des Beschuldigten

Nachdem der Grund für die eigenverantwortliche Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren ermittelt wurde, können an dieser Stelle bereits konkrete Ausformungen der Prozessverantwortung des Beschuldigten als Kehrseite seiner Beteiligungsmöglichkeiten typisierend beschrieben werden.

### 1. Die Obliegenheit als Grundbegriff der Prozessverantwortung

Wie ausgeführt, muss sich der Beschuldigte eine fehlerhafte Verurteilung als Kehrseite seiner – effektiv auszugestaltenden – Beteiligungsmöglichkeiten ein Stück weit selbst zuschreiben lassen. Er sollte daher die ihm gewährten Beteiligungsrechte im Verfahren bestmöglich nutzen. Ob er im Verfahren dann auch tatsächlich aktiv mitwirkt, ist allerdings ihm überlassen. Es ist allein sein Eigeninteresse an der Vermeidung eines Fehltrteils, das motivierend wirkt.

Dementsprechend wäre es falsch, jedenfalls aber missverständlich, bei der Umschreibung, wie sich der Beschuldigte aus Eigeninteresse am besten im Prozess einbringen und für sein Prozessziel einsetzen sollte, von *Pflichten* zu sprechen.<sup>128</sup> Denn Pflichten beschreiben eine Handlungsaufforderung, die notfalls auch mit

---

<sup>127</sup> Zur prospektiven Komponente von Verantwortung siehe oben I. A. 1.

<sup>128</sup> Vgl. *Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 74; *Barton*, Mindeststandards, S. 43; *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373, 377. Siehe bereits *Goldschmidt*, Prozess als Rechtslage, S. 100 und 335 ff.

staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann. Mitwirkungspflichten in diesem Sinne unterliegt der Beschuldigte im Strafverfahren selbstverständlich nicht.<sup>129</sup> Stattdessen kann zur Beschreibung der einzelnen Ausformungen der Prozessverantwortung des Beschuldigten, wie in der Strafrechtswissenschaft auch mehr und mehr gebräuchlich,<sup>130</sup> auf den zivilrechtlichen Begriff der *Obliegenheiten* zurückgegriffen werden. Obliegenheit meint im Zivilrecht in Abgrenzung zur Rechtspflicht eine Verhaltensaufforderung, deren Einhaltung zwar nicht durchsetzbar ist, aber gerade (auch) im Interesse desjenigen ist, dem sie auferlegt ist, weil er ansonsten einen Rechtsverlust oder andere rechtliche Nachteile erleidet.<sup>131</sup> Diese Definition lässt sich auf das Strafverfahren übertragen: Soweit der Beschuldigte im Strafprozess also seine Beteiligungsrechte nutzen sollte, um keine unzutreffende Verurteilung zu erleiden, kommen ihm entsprechende Obliegenheiten zur Rechtsausübung zu.

Statt von der Obliegenheit wird, in Anlehnung an das zivilprozessuale Schrifttum, teilweise auch von „prozessualer Last“ gesprochen, was auf Ebene des Prozessrechts anstelle des materiell-rechtlichen Begriffs der Obliegenheit der präzisere Terminus sein soll.<sup>132</sup> *Montiel* zieht den Begriff der prozessualen Last überdies deshalb vor, weil die zivilrechtliche Obliegenheit ein Verschulden voraussetzt, was allerdings, wie er selbst anfügt, im Rahmen des Strafprozesses kein Kriterium für die Verletzung einer Verhaltensanordnung bildet.<sup>133</sup> Demgegenüber hält *Paeffgen* den Begriff der Obliegenheit für vorzugswürdig. Darin komme am ehesten zum Ausdruck, dass es nicht nur um die Vermeidung prozessualer Nachteile des Beschuldigten gehe, sondern von der Erfüllung der Verhaltensnorm auch die staat-

<sup>129</sup> Es ist deshalb zutreffend, aber auch nicht weiterführend, zu betonen, dass dem Beschuldigten keine *Mitwirkungspflichten* im Strafverfahren auferlegt sind. So aber beispielsweise *Scheffler*, GA 1996, 44 f.; *Hofmann*, Präklusion, S. 42 ff. und 144.

<sup>130</sup> Insbesondere für § 238 Abs. 2 StPO hat sich die Bezeichnung als „Rügeobliegenheit“ verfestigt, siehe unten Teil 3 III. A. 1. Bereits *Goldschmidt*, Prozess als Rechtslage, S. 100 hat von „Pflichten gegen sich selbst“ gesprochen.

<sup>131</sup> *Palandt-Grüneberg*, Einl. vor § 241 Rn. 13. Siehe m.w.N. auch *Montiel*, ZStW 126 (2014), 592, 595 f. – Klassisches Beispiel aus dem Allgemeinen Schuldrecht ist die Obliegenheit des Geschädigten zur Schadensminderung bzw. Schadenanzeige nach § 254 BGB, deren Verletzung die Höhe des Schadensersatzes mindern kann. Dazu *Palandt-Grüneberg*, § 254 Rn. 1. Auf diese Norm stellt bereits *Goldschmidt*, Prozess als Rechtslage, S. 339 ab, um die Obliegenheiten im Strafverfahren zu beschreiben.

<sup>132</sup> *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373, 377 mit Verweis auf *Musielak/Voit-Musielak*, Einl. Rn. 56 und *MüKo-ZPO-Rauscher*, Einl. Rn. 32 f. – Den Begriff der prozessualen Last zur Beschreibung der Ausprägungen der Prozessverantwortung des Beschuldigten verwenden auch *Maunz/Dürig-Schmidt-Äßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8, 237 und 258; v. *Mangoldt/Klein/Starck-Huber*, Art. 19 Rn. 371; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 85 f.; 107 f. Siehe zudem bereits *Goldschmidt*, Prozess als Rechtslage, S. 335 ff.; *Schmidt*, Lehrkommentar, Rn. 72 ff. – Nach *Barton*, Mindeststandards, S. 168 beschreibt die Prozessrechtswissenschaft das Mitwirken aus Eigeninteresse als eine „prozessuale Last“, die Justiz und ihre Organe als eine Obliegenheit.

<sup>133</sup> *Montiel*, ZStW 126 (2014), 592, 598 Fn. 44.

lichen Organe in Form von Beiträgen des Beschuldigten zur „Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche“ profitieren würden.<sup>134</sup> Weil in den begrifflichen Differenzierungen keine bedeutenden Unterschiede zum Ausdruck kommen, folgt die Wahl des Terminus in der vorliegenden Arbeit pragmatischen Erwägungen: Da sich der Begriff der Obliegenheit in der Strafrechtswissenschaft mittlerweile etabliert zu haben scheint, wird aus Gründen der Verständlichkeit im Folgenden diese Bezeichnung verwendet.

Klarstellend ist allerdings festzuhalten, dass es sich bei dem Begriff der Obliegenheit um ein rein deskriptives Merkmal handelt. Einen normativen Grund, dem Beschuldigten diese und jene Verantwortlichkeit zuzuschreiben, beinhalten prozessuale Obliegenheiten somit nicht.<sup>135</sup> Welche Obliegenheiten einem Beschuldigten zukommen, ergibt sich vielmehr aus der jeweiligen Gestaltung des Verfahrens *de lege lata*. Eine solche Unterscheidung fehlt aber beispielsweise bei *Dornach*, der die Obliegenheitsverletzung des Verteidigers als „normative[n] Grund“ für den Verlust der Revisionsrüge u.a. als „inakzeptable Überdehnung des Verantwortungsbereiches des Verteidigers“ ablehnt, sich in der Sache aber auf die prozessualen Präklusionsregelungen bezieht, aus denen diese Obliegenheiten resultieren.<sup>136</sup>

## 2. Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten

Die einzelnen Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten begründen also aufseiten der Prozessverantwortung eine Reihe unterschiedlicher Obliegenheiten. Sie können bereits auf der theoretischen Ebene funktional in zwei Grundtypen unterteilt werden: Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten.<sup>137</sup>

Beanstandungsobliegenheiten, oft auch als Rügeobliegenheiten oder Einwendungsobliegenheiten bezeichnet, beziehen sich auf die staatliche Untersuchung des Sachverhalts zur Ermittlung der materiellen Wahrheit. Soweit staatliche Organe amtliche Wahrheitsermittlung betreiben, kann es dem Beschuldigten obliegen, Fehler dabei mit dem prozessual vorgesehenen Rechtsbehelf zu rügen. Die Prozessverantwortung knüpft also nicht an einen inhaltlichen Beitrag zum Prozessstoff, sondern an die Erhebung eines Rechtsbehelfs gegen die staatliche Beweisführung

---

<sup>134</sup> *Paeffgen*, Untersuchungshaft-Recht, S. 85.

<sup>135</sup> Vgl. *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 158; *Lang*, Verwirkungsgedanken, S. 76.

<sup>136</sup> *Dornach*, NSTZ 1995, 57, 61 ff.; *ders.*, Strafverteidiger als Mitgarant, S. 181 ff. Auch *Kindhäuser*, NSTZ 1987, 529, 533 begreift die Obliegenheitsverletzung – entgegen *Dornach* – nicht als Rechtsgrund für Rügepräklusionen, sondern „interpretiert“ das Schweigen des Beschuldigten lediglich als solche.

<sup>137</sup> Vgl. *Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8, 237 ff., 258 ff., wonach sich die Prozessverantwortung im Verwaltungsverfahren in Anfechtungs- und Mitwirkungslasten niederschlägt; im Anschluss daran auch v. *Mangoldt/Klein/Starck-Huber*, Art. 19 Rn. 371 und OLG Frankfurt NSTZ-RR 2007, 349, 350. – Vgl. auch *Börner*, Legitimation, S. 73 ff., der „Mitsprache“ und „Berufung des Beschuldigten als Bestandteile der faktischen Legitimation durch Verfahren identifiziert.

an. Kommt der Beschuldigte seiner Beanstandungsobliegenheit nicht nach, muss er sich die entsprechenden Fehler der amtlichen Untersuchung und das daraus resultierende Urteil auch als Folge seiner Versäumnisse zuschreiben.

Davon zu unterscheiden sind Mitwirkungsobliegenheiten. Hierunter fallen alle diejenigen prozessualen Tätigkeiten, die der Beschuldigte in eigenem Interesse zu ergreifen hat, um selbst Tatsachen oder Beweismittel in den Prozess einzubringen. Im Unterschied zur Anfechtung von Fehlern der staatlichen Beweisführung geht es also um die inhaltliche Mitwirkung am Tatsachenstoff. Dem Beschuldigten kann es etwa obliegen, verzerrte Darstellungen von Belastungszeugen herauszuarbeiten. Zum anderen können Mitwirkungsobliegenheiten infolge der gewährten Möglichkeit, ausgewählte Beweise in das Verfahren einzuführen bzw. einführen zu lassen, entstehen. Unterlässt der Beschuldigte etwa die Einführung eines wichtigen Entlastungsbeweises, hat er sich unter Umständen ein daraus folgendes Fehlurteil als Folge dieses Versäumnisses zuschreiben zu lassen.

Die Verteilung von Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten veranschaulicht in Grundzügen bereits das Maß an Prozessverantwortung, die dem Beschuldigten in einer Verfahrensordnung zugeschrieben ist. Je umfangreicher im inhaltlichen Sinne die Ermittlung und Beweisführung der staatlichen Prozessorgane ist, je mehr die Prozessordnung also auf amtliche Wahrheitsermittlung zur Legitimation des Urteils setzt, desto eher wird die Prozessverantwortung des Beschuldigten in Form von Beanstandungsobliegenheiten ausgestaltet sein. Denn dem Beschuldigten obliegt es in diesem Fall oftmals nur, Fehler im jeweils vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu beanstanden, ohne selbst am Verfahren inhaltlich mitzuwirken. Dies ändert sich auch nicht zwingend, wenn dem Beschuldigten zugleich Beteiligungsrechte gewährt sind, welche sich mit der staatlichen Untersuchung inhaltlich überschneiden. Denn Fehler in diesem Bereich können trotz möglicher eigener Versäumnisse bei der Rechtswahrnehmung noch immer als Fehler der staatlichen Organe gelten. Ist ein Großteil der entlastenden Tatsachen und Beweise demgegenüber dem Beschuldigten allein überantwortet, wird die Prozessverantwortung hauptsächlich in Form von Mitwirkungsobliegenheiten ausgebildet sein.

### **3. Nähere Ausgestaltung der Obliegenheiten, insbesondere „prozessuale Sanktionen“**

Die beiden geschilderten Grundtypen von Obliegenheiten, die Beanstandungs- und die Mitwirkungsobliegenheiten, können durch die jeweilige rechtliche Ausgestaltung der zugrunde liegenden Beteiligungsrechte noch erheblich ausdifferenziert werden.

Die Ausübung von Beweisführungsrechten kann zunächst von erheblichen tatsächlichen Voraussetzungen abhängig sein. Je nach Prozesssystem kann etwa die Einführung eigener Beweise erfordern, dass der Beschuldigte diese auch eigen-

ständig im Prozess zu präsentieren hat. Überdies kann das Verfahrensrecht im Vorfeld auch vom Beschuldigten erwarten, dass er die entsprechenden Beweismittel selbst zur Hauptverhandlung beibringt. In Abhängigkeit von der Ausgestaltung seiner Informationsrechte setzt dies ggf. die selbstständige Ermittlung solcher Beweismittel voraus. Die Mitwirkungsobliegenheit, selbst entlastende Beweise in die Verhandlung einzubringen, kann dementsprechend mit zusätzlichen Präsentations-, Beibringungs- oder Ermittlungsobliegenheiten verbunden sein. Kommt der Beschuldigte diesen nicht nach, kommt dies im Ergebnis der Nichterfüllung der jeweiligen Mitwirkungsobliegenheit an sich gleich.

Überdies können in einer Verfahrensordnung gewisse formelle Anforderungen an die Beweisführung des Beschuldigten gestellt sein. In Betracht kommt das Erfordernis einer näheren Darlegung oder sogar Begründung, beispielsweise für die Erhebung einer Beanstandung oder die Einführung eigener Beweise. Zeitlich können Fristen gelten, in denen die Rechtsausübung zu erfolgen hat. Für die Nichterfüllung dieser formellen Anforderungen kann das Verfahrensrecht eine Reihe prozessualer Nachteile vorsehen, die bis hin zum vollständigen Rechtsverlust reichen können. Vermittelt durch solche prozessualen „Sanktionen“<sup>138</sup> entstehen somit zusätzliche Obliegenheiten, die der Beschuldigte im Rahmen seiner Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten ebenso erfüllen muss, will er keinen prozessualen Nachteil und als Folge daraus ggf. ein Fehlurteil erleiden. *Schmidt-Aßmann* schildert solche formellen Eingrenzungen, insbesondere Präklusionsregelungen, ausdrücklich als Ausprägungen der Prozessverantwortung des Verfahrensbeteiligten.<sup>139</sup>

Welches Maß an Prozessverantwortung dem Beschuldigten in einer Verfahrensordnung aufgebürdet ist, drückt sich dementsprechend nicht allein in Form der Verteilung der grundlegenden Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten aus. Vielmehr hat auch deren nähere Ausgestaltung einen erheblichen Einfluss. Schon jetzt ist zu erkennen: Je stärker eine Prozessordnung mit „prozessualen Sanktionen“ arbeitet, desto höher ist die Prozessverantwortung des Beschuldigten.

## II. Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens

Über seine Stellung als eigenverantwortliches Prozesssubjekt hinausgehend kommt dem Beschuldigten, wie im Vorangegangenen beschrieben, eine gewisse

---

<sup>138</sup> Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art. 103 Abs. 1 Rn. 18; Maunz/Dürig-ders., Art. 19 Abs. 4 Rn. 237. Dazu auch Perron, Beweisantragsrecht, S. 55; Beckemper, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 52 f.

<sup>139</sup> Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art. 103 Abs. 1 Rn. 18; Maunz/Dürig-ders., Art. 19 Abs. 4 Rn. 8, 258 ff.

Prozessverantwortung zu, weil die amtliche Aufklärung den historischen Sachverhalt der in Rede stehenden Straftat nicht mit absoluter Sicherheit ermitteln kann. Ihm obliegt, sich an der prozessualen Ermittlung des Sachverhalts zu beteiligen, um eine unzutreffende Verurteilung zu verhindern. Dass er auf diese Weise das Verfahrensergebnis mitzuverantworten hat, bildet eine weitere Grundlage für die Legitimation eines Strafurteils auch in Anbetracht seines immanenten Fehlurteilsrisikos.

Diese Eigenschaft von Beteiligung und Prozessverantwortung als zweite Legitimationsgrundlage des Verfahrens erfordert bestimmte Ausgestaltungen des Strafverfahrens, die im Folgenden in Grundzügen beschrieben werden sollen.

### **A. Allgemeine Anforderungen an die Verfahrensrechte des Beschuldigten**

Wenn dem Beschuldigten eine Mitverantwortung für das Verfahrensergebnis zukommt, muss das Verfahrensrecht dem auch gerecht werden. Dem Beschuldigten müssen effektive Möglichkeiten gewährt werden, selbst gegen Fehlurteilsrisiken anzukämpfen. Ansonsten würde, wie bereits oben geschildert, das Bedürfnis des Beschuldigten, zur Abwendung von Fehlurteilsrisiken selbst auf die prozessuale Sachverhaltsermittlung einzuwirken, den staatlichen Legitimationsinteressen untergeordnet, indem vom ihm trotz Fehlens realer Chancen die Hinnahme des Urteils verlangt würde.<sup>140</sup> Über die in ihrem Gewährleistungsgehalt unspezifische Beachtung der Subjektstellung hinausgehend stellt das Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils spezifische Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrensrechts.

Funktional können die danach notwendigen Beschuldigtenrechte in einem ersten Schritt in zwei Gruppen unterteilt werden.

- Zum einen müssen die dem Beschuldigten bereits als Verfahrenssubjekt zu gewährenden Beteiligungsrechte so ausgeformt sein, dass es ihm möglich ist, substantiell auf die Sachverhaltsermittlung einzuwirken mit dem Ziel, das Verfahrensergebnis zu beeinflussen, um auch tatsächlich eigenständig Fehlurteilsrisiken bekämpfen zu können. Dies bedeutet vor allem, effektive Beweisführungsrechte zur Verfügung zu stellen. Diese rechtlichen Möglichkeiten sollen im Rahmen dieser Arbeit als *materielle Beteiligungsrechte* bezeichnet werden. Ohne solche Beteiligungsrechte bestünde kein „Vehikel“, über das dem Beschuldigten theoretisch eine fehlerhafte Verurteilung auch als Resultat seines Prozessierens zugerechnet werden dürfte. Daher kann eine fehlende Beteiligungsmöglichkeit des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung auch nicht, nicht einmal abschchnittsweise, durch die Tätigkeit anderer, ggf. auch staatlicher Prozessorgane

---

<sup>140</sup> Siehe bereits oben I. B. 2. c).



zur Abwehr des Schuldvorwurfs im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten kompensiert werden. Eine solche „materielle“ Verteidigung<sup>141</sup> kann die Mitwirkung des Beschuldigten nicht ersetzen.

- Mit materiellen Beteiligungsrechten ist eine in der Realität wirksame Einwirkungsmöglichkeit indes noch nicht garantiert. Vielmehr muss das Verfahrensrecht auch Mechanismen bereitstellen, die absichern, dass der juristisch unkundige Beschuldigte seine Beteiligungsrechte auch realistischerweise wie vorgesehen einsetzen kann. Gemeint sind also nicht materielle, also inhaltliche Rechte, sondern ein institutioneller Verfahrensrahmen mit entsprechenden rechtlichen Instrumenten. Dies wird in dieser Arbeit als *formelle Absicherung* der materiellen Beteiligungsmöglichkeiten bezeichnet.<sup>142</sup> In den Fokus rückt dabei insbesondere die Unterstützung des Beschuldigten als juristischem Laien durch einen professionellen Verteidiger.<sup>143</sup>

Über diese materiellen und formellen Beschuldigtenrechte hinausgehend ist eine eigenverantwortliche Beteiligung, die das Strafurteil legitimieren können soll, freilich von einem gewissen „institutionellen Verfahrensrahmen“ abhängig.<sup>144</sup> Etwa muss die Unbefangenheit des Gerichts gewährleistet sein, da sich der Beschuldigte ansonsten zwar in die Sachverhaltsermittlung einbringen könnte, die Berücksichtigung seiner Beweisführungen aber von vornherein gefährdet wäre. Überdies muss gesichert sein, dass das Tatgericht den prozessual ermittelten Sachverhalt innerhalb anerkannter objektiver Grenzen würdigt und ihn unter die zutreffenden materiell-rechtlichen Normen subsumiert. Dass diese Gewährleistungen vorhanden sind, wird mit Blick auf die Fragestellung dieser Arbeit im Folgenden ohne weitere Erörterung grundsätzlich vorausgesetzt.

Welches Mindestmaß an materieller Beteiligung und formeller Absicherung zu gewähren ist, wird im Folgenden unter B. bzw. C. dargestellt. Im Anschluss wird erörtert, inwiefern sich daraus bestimmte Vorgaben für die Verfahrensstruktur an sich ergeben (D.).

---

<sup>141</sup> Zum Begriff der materiellen Verteidigung *Barton*, Einführung, § 2 Rn. 3 f.; *ders.*, Mindeststandards, S. 38; *Beulke*, Verteidiger, S. 36.

<sup>142</sup> Angelehnt ist die Differenzierung zwischen *materieller* Beteiligung und *formeller* Absicherung an die Unterscheidung von materieller und formeller Verteidigung in der deutschen Strafrechtswissenschaft. Materielle Verteidigung meint dabei, wie soeben erläutert, die Entlastungsbemühungen aller Verfahrensbeteiligten, wohingegen die formelle Verteidigung den Beistand durch einen Rechtsanwalt bezeichnet. Dazu *Barton*, Einführung, § 2 Rn. 3 ff.; *ders.*, Mindeststandards, S. 37 f.; *Beulke*, Verteidiger, S. 36; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 101 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 495: „Das formalisierte rechtliche Verfahren [...] ist für den in eigener Sache betroffenen Angeklagten gegenüber den professionellen Justizjuristen allein kaum je ebenbürtig zu führen, so dass ihm die formelle Verteidigung sein Verfahren [...] überhaupt erst erschließt“ [Hervorhebung im Original].

<sup>144</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 392.

## **B. Anforderungen an die materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten**

Zunächst soll erörtert werden, welche materiellen Beteiligungsrechte dem Beschuldigten mindestens zu gewähren sind.

### **1. Informations- und Vorbereitungsrechte**

Für eine realistische Chance, selbst durch eigenes Prozessieren gegen die Risiken einer fehlerhaften Verurteilung anzugehen, ist es zunächst notwendig, dem Beschuldigten gewisse Informations- und Vorbereitungsrechte zu gewähren. Grundlegend ist dabei, dass der Beschuldigte vom strafverfolgenden Staat informiert werden muss, welcher strafrechtliche Vorwurf dem Beschuldigten überhaupt gemacht wird, und dass die Beweise, auf die sich der Vorwurf stützt, benannt werden.<sup>145</sup> Über diese Basisinformationen hinausgehend muss der Beschuldigte aber grundsätzlich auch über einzelne Ermittlungsergebnisse der staatlichen Untersuchung detaillierte Kenntnisse erhalten. Zudem muss ihm rechtlich gewährt sein, sich selbstständig über belastende wie entlastende Beweise zu informieren.<sup>146</sup> Ggf. kann erforderlich sein, dass das Verfahrensrecht hierfür einen gewissen strukturellen Rahmen schafft; zu denken ist etwa an eine Verpflichtung von Zeugen, auch bei einer Untersuchung der Verteidigung auszusagen, wenn eigene Ermittlungsrechte ansonsten faktisch nicht durchsetzbar wären.

Bei der Ausgestaltung dieser Informationsmöglichkeiten kommt dem Gesetzgeber allerdings ein beträchtlicher Ausgestaltungsspielraum zu. Kann der Beschuldigte etwa, wie im deutschen Verfahren, umfassend Einsicht in alle staatlichen Ermittlungsergebnisse nehmen,<sup>147</sup> ist das Bedürfnis für eigene Ermittlungen dementsprechend zurückgefahren, was sich auch auf den strukturellen Rahmen zur Ermöglichung eigener Ermittlungstätigkeit auswirken kann.

### **2. Beweisführungsrechte**

Zentral für die eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten ist die Möglichkeit, dem entscheidenden Gericht die Fehlerhaftigkeit bzw. Unrichtigkeit des staatlichen Strafvorwurfs unterbreiten zu können. Weil sich das Urteil auf Beweise stützt, sind dem Beschuldigten daher verschiedene Beweisführungsrechte zu gewähren. Diese können funktional in drei Gruppen unterteilt werden.

---

<sup>145</sup> Vgl. *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271, 294 f.

<sup>146</sup> Vgl. *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 261 ff.

<sup>147</sup> Siehe unten Teil 2 III. A. 1.

*a) Beanstandung der staatlichen Beweisführung*

Zunächst muss der Beschuldigte Rechtsfehler bei der Beweisführung des Staates beanstanden und eine Korrektur herbeiführen können. Es geht dabei nicht um die inhaltliche Unrichtigkeit der von amtlicher Seite aufgetragenen Beweismittel; gemeint ist vielmehr, dass die Beweisführung die bestehenden rechtlichen Grenzen überschritten hat. Soll der Beschuldigte gegen das Risiko eines daraus resultierenden Fehlurteils angehen können, so muss es ihm ermöglicht werden, selbst gegen entsprechende Fehler der Strafverfolgungsorgane vorzugehen. Eine Verfahrensordnung muss daher über ein entsprechendes Beanstandungsverfahren verfügen.

Gegenstand solcher Beanstandungen kann etwa eine lückenhafte oder sonst unzureichende Beweisführung der staatlichen Untersuchungsorgane sein. In Betracht kommen des Weiteren Rechtsverletzungen bei der Beachtung außerprozessualer Interessen, welche die amtliche Wahrheitsermittlung, wie oben beschrieben, begrenzen. Zu denken ist etwa an die Missachtung von Beweisverwertungsverböten oder von Zeugnisverweigerungsrechten. Unerheblich ist dabei der mögliche Einwand, dass die rechtsfehlerhafte Einbeziehung solcher eigentlich exkludierter Beweise nicht notwendigerweise zu einem im Hinblick auf das historische Geschehen falschen Urteil führen muss. Denn ungeachtet der sachlichen Richtigkeit dieser Beweismittel ist mit diesen Regelungen jedenfalls normativ festgelegt, dass sie bei der prozessualen Sachverhaltsermittlung unberücksichtigt bleiben sollen; die materielle Wahrheit als Zielvorgabe ist, wie oben geschildert, in diesem Sinne prozessual überformt.<sup>148</sup> Derartige Ausschlüsse von Beweismitteln beschreiben also die „eigentlich materiell gesollte Rechtslage“.<sup>149</sup> Dementsprechend begründet auch eine insoweit rechtswidrige amtliche Beweisführung ein Fehlurteil.

Auch die nähere Ausgestaltung des Beanstandungsverfahrens ist in weiten Teilen dem Verfahrensgesetzgeber überlassen. Dies gilt etwa für die Frage, ob die Beanstandungsmöglichkeit bereits für die Tatsacheninstanz geschaffen wird, oder ob die Beanstandung erst in einer Rechtsmittelinstanz nach dem Urteil erfolgen soll. Voraussetzung ist allerdings, dass über die Beanstandung ein neutraler Dritter, also nicht ein selbst mit Untersuchungsaufgaben betrautes staatliches Organ, entscheidet.<sup>150</sup>

*b) Mitgestaltung der staatlichen Beweisführung*

Zweitens muss der Beschuldigte die gerichtliche Erkenntnisgewinnung und -verarbeitung aus den staatlichen Beweisführungen mitgestalten können. Wie oben

---

<sup>148</sup> Siehe oben I. 2. 1. a) bb).

<sup>149</sup> Vgl. *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 118.

<sup>150</sup> Zu den Auswirkungen dieser Notwendigkeit für das deutsche Amtsermittlungsverfahren unten Teil 2 III. B. 2. d).

ausgeführt, bildet die Unzulänglichkeit der Erkenntnisquellen eine der Hauptursachen für das immanente Fehlerurteilsrisiko im Strafprozess. Hinzu kommt die Fehleranfälligkeit der gerichtlichen Verarbeitung des Prozessstoffs aufgrund der notwendigen Subjektivität der Beweiswürdigung. Soll der Beschuldigte die Möglichkeit erhalten, diese Fehlerpotenziale selbst aufzudecken, müssen ihm rechtliche Möglichkeiten gewährt werden, den Erkenntnisgehalt der Beweiserhebungen im gerichtlichen Verfahren und die Verarbeitung durch das Tatgericht zu beeinflussen. Dies wirkt sich vor allem bei dem in der Praxis besonders wichtigen, aber auch besonders fehleranfälligen Zeugenbeweis aus. Der Inhalt der Zeugenaussage als Beweismittel steht, anders als etwa bei Augenscheinsobjekten oder Urkunden, nicht von vornherein fest, sondern wird erst im Wege der Befragung in der Hauptverhandlung geschaffen. Dementsprechend wird der Zeugenbeweis verbreitet als ein „weiches“, „formbares“ oder „volatiles“ Beweismittel bezeichnet.<sup>151</sup> Um unbewusste Verzerrungen bei zeugenschaftlichen Schilderungen oder gar bewusste Falschaussagen eigenhändig herauszuarbeiten, muss dem Beschuldigten ein umfangreiches eigenes Befragungsrecht eingeräumt werden, damit er selbst den Erkenntnisgewinn dieses formbaren Beweismittels mitgestalten kann.

Zu betonen ist, dass die Mitgestaltungsmöglichkeiten grundsätzlich lückenlos für alle von staatlicher Seite vorgebrachten Beweise gelten müssen. Denn andernfalls bestünde mangels Möglichkeit zur Mitgestaltung des Erkenntniswerts eines Beweismittels kein „Vehikel“, das als theoretische Grundlage für eine Zurechnung des Ergebnisses der Sachverhaltsermittlung zum Beschuldigten dienen könnte. Grundsätzlich muss daher bei allen Belastungszeugen uneingeschränkt eine Befragungsmöglichkeit bestehen. Dies gilt auch in besonders konflikträchtigen Konstellationen, etwa bei Zeugenaussagen (minderjähriger) Opfer schwerer Gewaltkriminalität oder bei Bedrohungssituationen für Hauptbelastungszeugen, etwa im Falle Organisierter Kriminalität. Eine Befragung durch staatliche Organe kann diese Möglichkeit, entsprechend der bereits oben aufgestellten Grenzen „materieller Verteidigung“, nicht ersetzen.<sup>152</sup>

### *c) Eigene Beweisführung*

Schließlich muss der Beschuldigte mit Beteiligungsrechten ausgestattet werden, die ihm erlauben selbst bestimmte Beweismittel im gerichtlichen Verfahren vorzuführen oder jedenfalls deren Vorführung zu veranlassen.

Die funktionale Bedeutung des Rechts auf Einführung eigener Beweise kann bereits aus den genannten Gruppen von Beweisführungsrechten abgeleitet werden.

---

<sup>151</sup> *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1173; *Gaede*, StV 2012, 51, 57; vgl. auch *Schünemann*, ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68, 73.

<sup>152</sup> Zur entsprechenden Diskussion im deutschen Amtsermittlungsverfahren siehe unten Teil 2 III. B. 3. b) bb).

Beispielsweise können Verzerrungen in Zeugenaussagen durch die Befragung allein nicht immer in überzeugender Weise herausgearbeitet werden. Vielmehr dürfte oftmals die Abstützung durch eigene Beweise erforderlich sein.<sup>153</sup> Dementsprechend sind auch die dazu notwendigen rechtlichen Möglichkeiten zu schaffen.

Vor allem aber erschließt sich die Notwendigkeit solcher Beteiligungsrechte mit Blick auf den Modus der richterlichen Überzeugungsbildung vom prozessualen Sachverhalt. Diese erfolgt nicht im Wege des Anhäufens einzelner Sachverhaltsteile zu einem stimmigen Gesamtbild, sondern durch das Gegenüberstellen und den anschließenden Ausschluss entgegenstehender Sachverhaltshypothesen.<sup>154</sup> Will die Verteidigung effektiv gegen eine fehlerhafte Verurteilung ankämpfen, reicht eine reaktive Ablehnung des vorgetragenen Anklagesachverhalts allein daher in aller Regel nicht aus. Vielmehr muss sie dem Gericht möglichst plausible Sachverhaltshypothesen als Alternative zum Anklagevorwurf präsentieren.<sup>155</sup> Dies kann aber nicht ohne die Einführung eigener Beweise geschehen, die eine in den Raum gestellte Alternative auch untermauern können. Soll der Beschuldigte die Möglichkeit zur eigenhändigen Abwendung von Fehlurteilen erhalten, muss ihm das Recht zur eigenen Einbringung von Beweismitteln gewährt werden.

Die nähere Ausgestaltung eines solchen Beweisführungsrechts ist wiederum der Gestaltungshoheit des Gesetzgebers überlassen. Möglich ist dementsprechend, die Beweispräsentation vollständig in die Hände der Verteidigung zu legen oder das Recht auf eigene Einführung von Beweisen als eine Erweiterung der vorrangig staatlichen Untersuchung auf Antrag des Beschuldigten auszugestalten, wie es dem Amtsermittlungsverfahren entspricht.<sup>156</sup> Inhaltlich sind die entsprechenden Beweisführungsrechte selbstverständlich auf den angeklagten Tatvorwurf bzw. dessen Widerlegung begrenzt und unterliegen überdies prozessökonomischen Zwängen. Die Verfahrensordnungen stehen gerade in Bezug auf diese Gruppe von Beweisführungsrechten vor der Herausforderung, zur Beschränkung des Prozessstoffs geeignete inhaltliche Abgrenzungskriterien zu entwickeln.

### 3. Speziell: Möglichkeit der Beteiligung durch Konsens

Die strafrechtliche Verurteilung ist, wie oben erläutert, nach dem hier vertretenen Konzept neben der amtlichen Wahrheitsermittlung auch dadurch legitimiert, dass der Beschuldigte an der Sachverhaltsermittlung beteiligt wurde und – beispielsweise durch das Recht auf Befragung von staatlicherseits vorgebrachten

---

<sup>153</sup> Vgl. AnWk-StPO-Sommer, § 241 Rn. 24.

<sup>154</sup> Perron, Beweisantragsrecht, S. 73 Fn. 190; Sommer, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 269 ff.; mit Fokus auf die subjektive Tatseite Freund, Tatsachenfeststellung, S. 23 und Frisch, GS Meyer, S. 533, 55.

<sup>155</sup> Vgl. Sommer, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 299 ff.

<sup>156</sup> Vgl. Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 295.

Zeugen oder durch das Aufrufen eigener Beweismittel – Gelegenheit bekommen hat, eine fehlerhafte Verurteilung selbst zu verhindern.

Das „Ob“ und das „Wie“ der Wahrnehmung dieser rechtlichen Möglichkeiten ist dem Beschuldigten überlassen. Macht der Beschuldigte nicht (mehr) von seinen Beteiligungsrechten Gebrauch, bringt er zum Ausdruck, dass er zur Sachverhaltsermittlung nichts (mehr) beitragen möchte oder kann. Im Extremfall kann er sich sogar entscheiden, dem Anklagevorwurf von Anfang an nicht aktiv entgegenzutreten. In Fortführung dessen kann eine Verfahrensordnung die Möglichkeit vorsehen, dass der Beschuldigte anstelle der streitigen Beteiligung im Wege einer bloß formalen Prozesshandlung seine Zustimmung zum bis dato amtlich ermittelten Sachverhalt erklärt. Die einzige Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung besteht in diesem Fall also in seinem Konsens.

Konsens wird in der vorliegenden Arbeit somit – im Anschluss an die wegweisende Arbeit von *Weßlau* – als Beweisprinzip verstanden.<sup>157</sup> Es geht, anders als in den bereits oben, an der philosophischen Diskurstheorie orientierten Ansätzen, nicht darum, eine völlig neue Legitimationsgrundlage für das Strafurteil zu etablieren, die das amtliche Streben auf Annäherung an die materielle Wahrheit ersetzt.<sup>158</sup> Insbesondere ist damit keine Einführung einer strafprozessualen Dispositionsmaxime verbunden.<sup>159</sup> Der Konsens wird vielmehr als spezifische Ausformung der Beteiligung des Beschuldigten am Beweisverfahren verstanden, die – wie das streitige Prozessieren – auf der Kehrseite eine gewisse Prozessverantwortung für das Strafurteil bedingt und als solche das Urteil als zweite Säule mit legitimiert.

Derartige konsensuale Verfahrensgestaltungen können grundsätzlich beinhalten, dass die amtliche Wahrheitsermittlung ein Stück weit hinter den amtlichen Bemühungen um eine umfassende Sachverhaltsermittlung im streitigen Verfahren zurückbleibt. Grund für die Hinnahme einer solchen reduzierten amtlichen Ermittlung ist dabei nicht allein, dass der Konsens eine zuverlässigere Garantie für die materielle Richtigkeit des Ergebnisses darstellt.<sup>160</sup> Legitimationsleistung der Beteiligung des Beschuldigten ist, wie erläutert, nicht die Perfektionierung der amtlichen Wahrheitsermittlung, sondern die daraus erwachsene Mitverantwortung für das Verfahrensergebnis.<sup>161</sup> Gerechtfertigt sind derartige Abstriche der amtlichen Wahr-

---

<sup>157</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 197 ff.; *dies*, StraFo 2007, 1, 3 ff. In diese Richtung auch *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 371 f., der es allerdings für „irreführend“ hält, dies als Konsensprinzip zu bezeichnen.

<sup>158</sup> Siehe oben I. B. 1. b) cc).

<sup>159</sup> Anders die Konzeption von *Weichbrodt*, Konsensprinzip, zusammenfassend S. 113 f. Nicht ausgeschlossen werden sollen dabei freilich Opportunitätseinstellungen, insbesondere im Bagatellbereich.

<sup>160</sup> In diesem Sinne aber – und im Ergebnis ablehnend – *Meyer*, StV 2015, 790, 798; *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg*, § 257c Rn. 2.

<sup>161</sup> Siehe oben I. B. 2. c).

heitsermittlung vielmehr vor allem, weil der Beschuldigte mit seiner Zustimmung zum amtlich ermittelten Sachverhalt ausdrücklich die Mitverantwortung für das ermittelte Verfahrensergebnis auch mit Blick auf die verbleibenden Fehlurteilsrisiken übernimmt.<sup>162</sup> Wie bereits oben dargestellt, ergibt sich die Legitimation der Verurteilung aus der Gesamtsumme aus amtlicher Wahrheitsermittlung und Prozessverantwortung, so dass Abstriche bei dem einen Legitimationsstrang durchaus auf der anderen Seite ausgeglichen werden können. Der Konsens als ausdrückliche Übernahme von Mitverantwortung kann daher eine zurückgefahrenere amtliche Wahrheitsermittlung auf Ebene der primären Legitimationsgrundlage des Strafurteils grundsätzlich kompensieren.<sup>163</sup>

Voraussetzung ist allerdings, dass der Konsens des Beschuldigten das Ergebnis einer autonomen Entscheidung ist, also auf Grundlage einer ausreichenden Informationsbasis erteilt wird. Darüber hinaus darf die Zustimmung des Beschuldigten auch nicht durch unlauteren Druck, etwa in Form von immens hohen Strafandrohungen, beeinflusst werden.<sup>164</sup> Der Einwand, aufgrund der Drucksituation des Strafverfahrens könne generell nicht von einem autonomen Beschuldigten ausgegangen werden,<sup>165</sup> ist allerdings zurückzuweisen. Andernfalls stünde in Zweifel, dass (Verzichts-)Entscheidungen des Beschuldigten im Prozess überhaupt zu berücksichtigen wären.<sup>166</sup>

Ob derartige konsensuale Verfahrensbeendigungen möglich sein sollen, unterliegt dem Ermessen des Strafverfahrensgesetzgebers. Allerdings ist zu beachten: Je weniger Aufwand für die amtliche Sachverhaltsermittlung betrieben wird, desto stärker rutscht das Verfahren in eine „Grauzone, in der die theoretisch scharfe Trennung zwischen konsensual abgesicherter Beendigung des Beweisverfahrens einerseits und Disposition über den Verfahrensgegenstand andererseits faktisch nicht mehr möglich ist“.<sup>167</sup> Auf der anderen Seite des Spektrums sind konsensuale Beendigungen von Verfahrensweisen abzugrenzen, die im Anschluss an *Weßlau* als

---

<sup>162</sup> Vgl. *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 257: „[E]rreicht [wird], daß die Verantwortung [für das Fehlurteilsrisiko] teilweise auf den Beschuldigten abgewälzt wird.“ In diese Richtung jüngst auch *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), *Effizienz durch Verständigung*, S. 61, 79 [Hervorhebung im Original]: „[D]as Legitimationskriterium [ist] darin zu sehen, dass eine den – gegebenenfalls ausgehandelten – strafrechtlichen Vorwurf anerkennende Erklärung des Beschuldigten/der Verteidigung [...] als „Akzeptanz von Verantwortung“ (*acceptance of responsibility*) in Bezug auf den *Inhalt* einer Verständigung anzusehen ist.“

<sup>163</sup> Eine solche Kompensation denkt auch *Rieß*, JR 2005, 435, 438 f. an.

<sup>164</sup> Zur diesbezüglichen Problematik des US-amerikanischen Verfahrens unten Teil 4 III. C. 1. b).

<sup>165</sup> In diese Richtung etwa *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg*, § 257c Rn. 14.

<sup>166</sup> Näher zu dieser hier nicht weiter auszubreitenden Diskussion *Greco*, Strafprozess-theorie und materielle Rechtskraft, S. 269 ff.

<sup>167</sup> *Weßlau*, StraFo 2007, 1, 6; *dies*, ZStW 116 (2004), 150, 159 ff. mit dem Beispiel des Strafbefehlsverfahrens.

kooperative Verfahren bezeichnet werden sollen.<sup>168</sup> Bei diesen Verfahrensarten erschöpft sich das Prozessieren des Beschuldigten nicht in der formalen Zustimmung zum amtlich ermittelten Sachverhalt. Vielmehr verzichtet der Beschuldigte zur Verfahrensförderung ausdrücklich auf die Nutzung einzelner streitiger Verfahrensrechte und verbindet dies ggf. mit der Abgabe eines Geständnisses. Das Urteil stützt sich somit nicht auf die Zustimmung als reine Prozesshandlung, sondern, wie im streitigen Verfahren, auf die (hier: unterlassene) Möglichkeit der Nutzung einzelner Beweisführungsrechte. Freilich können die Übergänge zwischen konsensualen und kooperativen Formen fließend sein, wenn etwa das Urteil auf „schlanke Geständnisse“ gestützt wird, die in der Sache eher Prozesshandlungen gleichkommen.<sup>169</sup>

Aufgrund der reduzierten amtlichen Wahrheitsermittlung in konsensualen Verfahren zeigt sich die Notwendigkeit der Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils – in diesem Fall in Form des Konsenses – besonders deutlich. Es verwundert daher nicht, dass diese zweite Legitimationsgrundlage für *konsensuale Verfahrensarten* von nicht wenigen Stimmen in der deutschen Strafrechtswissenschaft *der Sache nach* anerkannt wird;<sup>170</sup> zugleich muss indes enttäuschen, dass dies nicht auf den „Normalfall“ des streitigen Verfahrens übertragen wird.<sup>171</sup>

### C. Formelle Absicherung der materiellen Beteiligungsrechte

In den geschilderten Mindestvorgaben an die materiellen Beteiligungsrechte erschöpfen sich die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die aus dem Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils folgen, allerdings nicht. Wie oben bereits angerissen,<sup>172</sup> muss überdies sichergestellt sein, dass die rechtlich gewährten Beteiligungsmöglichkeiten auch rein faktisch zur Verfügung stehen. Denn andernfalls bestünde kein legitimer Anknüpfungspunkt, eine fehlerhafte Verurteilung auch dem Beschuldigten als Folge seines ungenügenden Prozessierens zuzuschreiben.

Der Beschuldigte verfügt im Regelfall nicht über die erforderlichen Kompetenzen, um auf sich selbst gestellt seine Rechte in diesem Sinne effektiv wahrzunehmen (1).

---

<sup>168</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 34; daran anschließend *Weichbrodt*, Konsensprinzip, S. 341 f. mit Fn. 52.

<sup>169</sup> Vgl. *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 34; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 198.

<sup>170</sup> Siehe etwa für das Strafbefehlsverfahren KK-StPO-*Maur*, § 408 Rn. 15; allgemein *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 207 f.; *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 79.

<sup>171</sup> Anders aber *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 197 ff.; *dies*, StraFo 2007, 1, 3 f., wonach das Konsensprinzip „als Legitimationsquelle in einem jeden Beweisverfahren unverzichtbar“ ist.

<sup>172</sup> Siehe oben II. A.



Notwendig ist daher ein gewisses Maß an formellen Absicherungen, welche die tatsächliche Wahrnehmbarkeit der Mitwirkungsmöglichkeiten gewährleisten (2.).

### 1. Kompetenzdefizite in der Person des Beschuldigten

Auf sich allein gestellt kann ein durchschnittlicher Beschuldigter seine materiellen Beteiligungsrechte nicht in einer Weise wahrnehmen, dass er einer möglichen Fehlverurteilung effektiv entgegenwirkt.<sup>173</sup> Dies wird auch als ein „strukturelles Autonomiedefizit“ bezeichnet.<sup>174</sup> Dieses Defizit besteht auf mehreren Ebenen.

Offenkundig ist, dass dem Beschuldigten als juristischem Laien im Regelfall die nötigen Rechtskenntnisse fehlen.<sup>175</sup> Welche Verfahrensrechte er hat und wie er diese ausübt, wird ihm im Regelfall nicht bekannt sein. Auch dürfte er den ihm gemachten strafrechtlichen Vorwurf weder materiell-rechtlich noch hinsichtlich der prozessualen Untersuchungsergebnisse einordnen können. Daher wird er auch nicht darüber befinden können, welche einzelne Rechtsausübung bzw. welche übergreifende Prozessstrategie im konkreten Fall sinnvoll und erfolgversprechend ist. Schon im Jahr 1897 schrieb in diesem Sinne *Vargha*: „Fast alle [Beschuldigten] stellen, was processuale Intelligenz anlangt, (bildlich gesprochen) Taube und Stumme dar.“<sup>176</sup> In der komplexen rechtlichen Landschaft des 21. Jahrhunderts dürfte dies umso mehr gelten.

Defizite bestehen über die bloßen fehlenden Rechtskenntnisse hinausgehend bei der „sozialen Handlungskompetenz“ des Beschuldigten vor Gericht.<sup>177</sup> Dies meint zunächst die unzureichende sprachliche Ausdrucksfähigkeit im Prozess.<sup>178</sup> Im Regelfall dürfte der juristische Laie nicht die „Sprache des Gerichts“<sup>179</sup> sprechen, was ihn vielfach daran hindern kann, seine Verfahrensrechte effektiv wahrzunehmen. Über die sprachliche Ebene hinausgehend kann es dem Beschuldigten ferner auch an weiteren Kompetenzen fehlen, die für die Kommunikation vor Gericht notwendig bzw. jedenfalls hilfreich sind.<sup>180</sup> Im Regelfall verfügt er über wenige Kenntnisse über die Umgangsformen oder gar ungeschriebene Verhaltensweisen vor Gericht. Dies kann

---

<sup>173</sup> Vgl. *Weigend*, StraFo 2013, 45, 51; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23; *Maiwald*, FS Lange, 745, 753.

<sup>174</sup> Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 103; *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 567 Fn. 162; *Vehling*, StV 1992, 86, 89.

<sup>175</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 41; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 19; *Eser*, in: Eser (Hrsg.), Deutsch-ungarisches Kolloquium, S. 147, 159; *Müller-Dietz*, ZStW 93 (1981), 1177, 1232; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 502 f.

<sup>176</sup> *Vargha*, Verteidigung, S. 290, übernommen von *Beulke*, Verteidiger, S. 41.

<sup>177</sup> *Müller-Dietz*, ZStW 93 (1981), 1177, 1232 m.w.N.

<sup>178</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 42 f.; *Eser*, in: Eser (Hrsg.), Deutsch-ungarisches Kolloquium, S. 147, 159; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 502 f.

<sup>179</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 503.

<sup>180</sup> *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 502 f.

sich dann verstärken, wenn sich der wirtschaftliche und soziale Hintergrund des Beschuldigten signifikant vom akademischen Personal bei Gericht unterscheidet. Zu berücksichtigen ist zudem, dass das gerichtliche Verfahren, insbesondere das Zeremoniell und die Kulisse des Verfahrens, auf manche Beschuldigte, vor allem solche ohne Vorerfahrungen mit der Strafjustiz, einschüchternd wirken.

## 2. Ausgleich durch formelle Absicherungsmechanismen

Aufgrund der geschilderten Kompetenzdefizite nützen dem Beschuldigten die vielfältigen rechtlichen Möglichkeiten, die ihm entsprechend der unter B. skizzierten Anforderungen zu gewähren sind, zunächst nichts. Daher ist abzusichern, dass er seine Rechte auch praktisch für sich einsetzen kann. Es müssen formelle Instrumente bereitgestellt werden, die diese Kompetenzdefizite auffangen und die praktische Wahrnehmbarkeit der Beschuldigtenrechte hinreichend absichern. In der prägnanten, zeitlosen Formulierung *Varghas*: „Das Recht auf materielle Vertheidigung involviert somit auch schon das auf formelle.“<sup>181</sup> Hierfür stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung.

### a) Hilfestellungen staatlicher Verfahrensorgane

Zu denken ist zum einen an die Pflicht staatlicher Verfahrensorgane, dem Beschuldigten in der Verhandlung verschiedene Hilfestellungen zu geben.<sup>182</sup> Wenn etwa der Beschuldigte seine Beweisführungsrechte nicht „in der Sprache des Gerichts“<sup>183</sup> anbringen kann, könnte das Gericht für die unjuristische Ausdrucksfähigkeit sensibilisiert werden oder dem Beschuldigten in der prozessualen Interaktion Formulierungshilfen zukommen lassen. Denkbar ist auch der situative Hinweis auf das Bestehen verschiedener Verfahrensrechte, um sicherzustellen, dass der Beschuldigte um die Möglichkeit der Rechtsausübung weiß.

Wie oben geschildert, muss dem Beschuldigten eine selbstbestimmte Ausübung seiner materiellen Beteiligungsrechte ermöglicht werden, wenn ihm auf der Kehrseite neben den amtlich ermittelnden Prozessorganen eine gewisse Mitverantwortung für das Verfahrensergebnis zugeschrieben werden können soll. Weil dies eine inhaltliche staatliche Einflussnahme auf die Verteidigung ausschließt, erschöpft sich die Absicherungsmöglichkeit über Hilfestellungen durch Gericht oder Staatsanwaltschaft vor allem in Rückfragen der geschilderten Art oder Hinweisen und Belehrungen.<sup>184</sup>

<sup>181</sup> *Vargha*, Vertheidigung, S. 290.

<sup>182</sup> Zur Umsetzung dessen in der gerichtlichen Fürsorgepflicht des deutschen Amtsermittlungsverfahrens siehe unten Teil 2 IV. 1.

<sup>183</sup> Siehe oben Fn. 179.

<sup>184</sup> Diese Grenzen werden bei der gerichtlichen Fürsorgepflicht im deutschen Amtsermittlungsverfahren anschaulich, siehe unten Teil 2 IV. 1. a).

*b) Formelle Verteidigung*

Daher rückt vor allem die formelle Verteidigung, also der Beistand durch einen Rechtsanwalt oder eine ähnlich qualifizierte rechtskundige Person,<sup>185</sup> in den Blick. Dem Beschuldigten wird mit dem Verteidiger ein professioneller Helfer zur Seite gestellt, der ihn rechtlich beraten und bei der Prozessführung unterstützen bzw. prozessuale Beteiligungsrechte für ihn ausüben kann. Die skizzierten Kompetenzdefizite des Beschuldigten werden somit durch einen neuen, prozessual ins „Lager“ des Beschuldigten tretenden Verfahrensbeteiligten ausgeglichen.

Damit der Verteidiger diese Funktion der Absicherung der eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten übernehmen kann, sind an die gesetzliche Ausgestaltung formeller Verteidigung im Kern zwei Anforderungen zu stellen. Zum einen muss hinreichend gewährleistet sein, dass der Beschuldigte einen fachkundigen Verteidiger an die Seite gestellt bekommt. Denn vor allem aufgrund seines Fachwissens kann der Verteidiger die fehlenden Rechtskenntnisse und die damit zusammenhängende fehlende soziale Handlungskompetenz des Beschuldigten im Prozess kompensieren. Verfügt dieser hingegen über die notwendigen Qualifikationen, ist es nicht zwingend erforderlich, ihn zur Hinzuziehung eines Verteidigers zu verpflichten. Allerdings dürfte die Beauftragung eines Verteidigers auch für einen juristisch versierten Beschuldigten ratsam sein, da dies den Vorteil mit sich bringt, einen von dem Verfahren nicht persönlich betroffenen Fürsprecher zu haben und nicht „Verteidiger in eigener Sache“ sein zu müssen.<sup>186</sup> Hierbei handelt es sich aber nur um einen Reflex der Absicherung durch formelle Verteidigung und nicht um einen selbstständigen Rechtsgrund.<sup>187</sup>

Zum anderen ist die formelle Verteidigung als einseitige Unterstützung des Beschuldigten auszugestalten. Diese Einseitigkeit ist zu verstehen als Orientierung der Tätigkeit des Verteidigers an den Interessen des Beschuldigten und nicht auch an öffentlichen Interessen. Ein für die wirksame Verteidigung notwendiges Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Mandanten ließe sich nicht aufbauen, wenn der Beschuldigte wüsste, dass der Verteidiger evtl. auch gegen ihn agieren würde.<sup>188</sup> Überdies könnte die Verteidigertätigkeit nicht als Verwirklichung der autonomen Beteiligung des Beschuldigten an der prozessualen Sachverhaltsermittlung anerkannt werden. Denn es bliebe unklar, welchem „Herrn“ der Verteidiger in einer konkreten Situation tatsächlich „dient“. Infolgedessen fehlte es in Ermangelung eigener Handlungskompetenzen aber an einem Anknüpfungspunkt, den Beschuldigten für das Verfahrensergebnis als mitverantwortlich anzusehen.

---

<sup>185</sup> Zum Begriff der formellen Verteidigung bereits oben Fn. 142.

<sup>186</sup> Pointiert Justice *Blackmun* in seiner *dissenting opinion* zu *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 852 (1975): „[O]ne who is his own lawyer has a fool for a client.“ Vgl. auch *Volk*, Die Wahrheit vor Gericht, S. 179.

<sup>187</sup> Anders offenbar *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23.

<sup>188</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 40.

## D. Folgerungen für die Verfahrensstruktur

Abschließend stellt sich die Frage, ob das Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als Legitimationsgrundlage des Strafurteils bzw. die daraus abgeleiteten Mindestvorgaben für die materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten und deren formelle Absicherung bereits eine Vorentscheidung für eine bestimmte Verfahrensstruktur mit sich führen.

### 1. Grundsätzlicher Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Das Verfahrensrecht als Ganzes muss zur Gewinnung eines legitimen Strafurteils zum einen eine hinreichend zuverlässige amtliche Ermittlung des Sachverhalts, zum anderen eine effektive Beteiligung des Beschuldigten daran gewährleisten.

Amtliche Sachverhaltsermittlung und die Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten können sich in einem nicht unwesentlichen Bereich überschneiden. So dient die Beteiligung des Beschuldigten auch der im öffentlichen Interesse stehenden Sachverhaltsermittlung, soweit er unschuldig ist und die entsprechenden Tatsachen und Beweise im Verfahren ans Tageslicht bringt. Zugleich deckt die amtliche Sachverhaltsermittlung zumindest teilweise diesen Bereich ab, da sie für ein vollständiges Bild eines Tatvorwurfs notwendigerweise auch den Beschuldigten entlastende Umstände in den Blick nehmen muss.

Aufgrund dieser Schnittmenge besteht für den Strafverfahrensgesetzgeber ein nicht unbeträchtlicher Ausgestaltungsspielraum.<sup>189</sup> Vertraut er eher auf die Untersuchungstätigkeit staatlicher Organe, kann sich die amtliche Ermittlung weit in den Bereich der Entlastung des Beschuldigten ausdehnen, solange dem Beschuldigten parallel hinreichende eigene Beweisführungsrechte gewährt sind. Die Prozessverantwortung des Beschuldigten ist dann vergleichsweise gering ausgeprägt. Demgegenüber kann der Gesetzgeber aber auch strikte Aufgabensphären schaffen, wonach die amtliche Untersuchung hauptsächlich der Überführung des Beschuldigten dient. Dies kann so weit gehen, dass der Bereich, in dem der Beschuldigte eigenverantwortlich tätig werden muss, fast den gesamten potenziell entlastenden Tatsachenstoff umfasst.

Auch bei der Ausgestaltung der formellen Absicherungsmechanismen kommt dem Gesetzgeber grundsätzlich ein gewisser Spielraum zu. Dieser ist allerdings umso eingeschränkter, je stärker eine Prozessordnung auf die Beteiligung und Prozessverantwortung zur Legitimation des Strafurteils im Verhältnis zur amtlichen Wahrheitsermittlung setzt: Je höher das Maß der Prozessverantwortung, desto mehr Absicherungen müssen geschaffen werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber nicht, dass eine Verfahrensordnung mit einer denkbar umfassenden amtlichen Auf-

---

<sup>189</sup> Vgl. Perron, Beweisanztragsrecht, S. 73 f.; für das deutsche Strafverfahren *ders.*, JZ 1994, 823, 827.

klärung mit nur rudimentären absichernden Instrumenten auskommen könnte. Wie oben erläutert, kann auch die akribischste amtliche Sachverhaltsermittlung keine absolute Sicherheit vor Fehlurteilen geben, so dass stets ein bestimmter Bereich verbleibt, in dem auch der Beschuldigte zur Verhinderung einer unzutreffenden Verurteilung aktiv werden muss. Die Notwendigkeit gewisser Absicherungsmechanismen *an sich* besteht daher unabhängig von einer bestimmten Verfahrensstruktur.<sup>190</sup>

## 2. Speziell: Keine Festlegung auf ein Prozessmodell

Im Speziellen geht mit dem Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils und den daraus abgeleiteten Mindestvorgaben auch keine Festlegung auf ein bestimmtes Verfahrensmodell einher. Als Verfahrensmodell werden Strafverfahren anhand eines oder mehrerer grundlegender Strukturprinzipien zusammengefasst.<sup>191</sup> Traditionell wird die Diskussion über Strafverfahrensmodelle entlang der Dichotomie zwischen dem adversatorischen und dem inquisitorischen Verfahrensmodell geführt. Bezugspunkt der Gegenüberstellung ist das Beweisverfahren in der Hauptverhandlung.<sup>192</sup>

Adversatorisch orientierte Verfahren sind überwiegend im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorzufinden;<sup>193</sup> die inquisitorischen Verfahren haben sich in Kontinentaleuropa entwickelt.<sup>194</sup> Für beide Verfahrensmodelle sind auch andere Begrifflichkeiten gebräuchlich. Für das adversatorische Verfahren findet sich gelegentlich die synonyme Bezeichnung als akkusatorisches Verfahren.<sup>195</sup> Allerdings ist dies insoweit missverständlich, als damit nach dem deutschen Verständnis die Abhängigkeit des

---

<sup>190</sup> Vgl. *Bohlander*, StV 1999, 562, 567; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 407.

<sup>191</sup> Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. G Rn. 9; *Heger*, Strafprozessrecht, Rn. 223.

<sup>192</sup> Die Anzahl der Gegenüberstellungen dieser beiden Modelle in der rechtsvergleichenen Literatur sind mittlerweile kaum noch zu überschauen. Für die vorliegende Arbeit ist eine über das Folgende hinausgehende Vertiefung nicht notwendig. – Auch die Vorschläge für alternative Unterscheidungsmerkmale neben bzw. anstelle der unterschiedlichen Ausgestaltung des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung sollen hier nicht näher erörtert werden. Dies gilt etwa für das Begriffspaar *crime control – due process*. Auch auf den Vorschlag von *Damaška*, *Faces of justice*, zur Verknüpfung beider Prozessmodelle mit der Art und Weise der Organisation von Staatsmacht soll nicht weiter eingegangen werden. Siehe dazu den Überblick bei *Schroeder*, in: *Schroeder/Vries* (Hrsg.), *Tendenzen*, S. 13, 15.

<sup>193</sup> Zur Historie des anglo-amerikanischen adversatorischen Verfahrens eingehend *Langbein*, *Origins*.

<sup>194</sup> Zu den Ursprüngen des kontinental-europäischen Inquisitionsprozesses *Jerouschek*, ZStW 104 (1992), 328 ff.; *Rüping/Jerouschek*, Strafrechtsgeschichte, § 1 Rn. 30 ff., § 2 Rn. 129 ff.; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 44 ff., die, anders als noch *Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 86 ff., von einer Herkunft aus dem kanonischen Recht ausgehen.

<sup>195</sup> Vgl. *Langer*, 45 Harv. Int'l L. J., 1, 18 f. mit Fn. 65 (2004).

gerichtlichen Verfahrens von einer Anklage gemeint ist, die von einer vom Gericht organisatorisch getrennten Anklagebehörde erhoben wurde. Die Eigenheiten des adversatorischen Verfahrens können deshalb mit dieser Begrifflichkeit nicht sprachlich gefasst werden.<sup>196</sup> Für das inquisitorische Verfahren wird teilweise klarstellend der Begriff des Amtsermittlungsverfahrens oder des instruktorischen Verfahrens bevorzugt.<sup>197</sup> Denn der Begriff des Inquisitionsprozesses sei wegen seines historischen Ursprungs noch immer negativ konnotiert, könne jedenfalls aber Missverständnisse verursachen.<sup>198</sup>

Grundlegendes Unterscheidungsmerkmal beider Modelle ist die Verfahrensherrschaft in der Hauptverhandlung, verstanden als die Herrschaft über Inhalt und Umfang des Prozessstoffs.<sup>199</sup> Nach dem adversatorischen Ansatz wird das Verfahren von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem als gegnerischen Parteien betrieben, die für die Beibringung und Präsentation der für sie vorteilhaften Beweise und die Entschärfung der nachteilhaften Beweise zuständig sind. Das Gericht ist während des Verfahrens ein passiver Schiedsrichter, der allein die Einhaltung der Verfahrensregeln überwacht. Demgegenüber hat im inquisitorischen Verfahren das Gericht selbst den zugrunde liegenden Sachverhalt umfassend zu erforschen. Es hat also eine aktive Untersuchungsposition inne, aus der heraus es den Umfang und die Tiefe der Beweisaufnahme für sein späteres Urteil selbst bestimmt. In Reinform ist in der Verfahrensrealität allerdings keines der beiden Modelle umgesetzt.<sup>200</sup> Überdies haben sich in neuerer Zeit, gerade auf internationaler Ebene, vielfältige hybride Formen gebildet, deren Einordnung in das streng zweigeteilte Raster schwerfällt und die teilweise als „gemischte Verfahren“ bezeichnet werden.<sup>201</sup> Bei den beiden Modellen handelt es sich dementsprechend nur um die idealisierten Extreme eines breiten Spektrums von Gestaltungsmöglichkeiten. Die Modellbildung entlang des

---

<sup>196</sup> In diesem Sinne auch *Jimeno-Bulnes*, 21 *Cardozo J. Int'l & Com. L.* 409, 429 f. (2012); *Billis*, *Die Rolle des Richters*, S. 78 f. Zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs des Akkusationsverfahrens *Ambos*, *Jura* 2008, 586 (593 ff.).

<sup>197</sup> *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1457 Fn. 17; *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 11, 15.

<sup>198</sup> Vgl. *Damaška*, *ZStW* 87 (1975), 713, 714 Fn. 2; *Koch*, FS Rüping, S. 393 f.; *Bohlander*, *Principles*, S. 6 ff.; *Glendon/Wright-Carozza/Picker*, S. 197 f.; *Jimeno-Bulnes*, 21 *Cardozo J. Int'l & Com. L.* 409, 427 Fn. 77 (2012); *Lilie*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Vorverfahren*, S. 105. Beispiele für eine negative Verwendung in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA sammelt *Sklansky*, 122 *Harv. L. Rev.* 1634 ff. (2008).

<sup>199</sup> *Tiedemann*, *ZRP* 1992, 107, 108; *Hörnle*, *ZStW* 117 (2005), 801, 804. Vgl. auch *Kirsch*, *StV* 2003, 638; *Weigend*, *ZStW* 104 (1992), 486, 489; *ders.*, *ZStW* 113 (2001), 271; *Trüg*, *Lösungskonvergenzen*, S. 174 und 23; *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1467.

<sup>200</sup> *Langer*, 45 *Harv. Int'l L. J.* 1, 9 (2004); *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1457 f.; *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 11, 12 und 14 f.; *Sklansky*, 122 *Harv. L. Rev.*, 1634, 1682 f. (2008); *Schroeder*, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), *Tendenzen*, S. 13, 14; *Greco*, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, S. 76 ff.

<sup>201</sup> Näher *Ambos*, in: *Eser/Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld*, S. 43 ff.; *Sklansky*, 122 *Harv. L. Rev.* 1634, 1684 (2008); *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 11, 14 f.

adversatorisch-inquisitorischen Dualismus dient dementsprechend vor allem der wissenschaftlichen Systematisierung von Verfahrensordnungen.

Aus dieser Kurzbeschreibung wird bereits deutlich, dass vorwiegend adversatorische Verfahrensordnungen dem Beschuldigten im Grundsatz mehr Beteiligungsrechte gewähren, aber auch mehr Prozessverantwortung auferlegen. Denn als Partei ist ihm in weitem Umfang die Beibringung und Einführung entlastender Tatsachen und Beweise überantwortet. Demgegenüber steht in überwiegend inquisitorisch ausgerichteten Verfahren vor allem das Gericht in der Verantwortung, den Sachverhalt vollständig zu erforschen. Der Beschuldigte kann sich neben seiner eigenen Aktivität daher in gewissem Umfang auch auf die gerichtliche Untersuchung verlassen.

Mit dem oben erarbeiteten Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung als Legitimationsgrundlage des Strafurteils können grundsätzlich alle in diesem Spektrum liegenden Verfahrensordnungen in Einklang gebracht werden. Zum einen kann die Ermittlung materieller Wahrheit unabhängig von der Entscheidung für ein bestimmtes Verfahrensmodell sichergestellt werden.<sup>202</sup> Zum anderen können auch inquisitorisch orientierte Verfahren grundsätzlich hinreichende Beteiligungsrechte des Beschuldigten in das Verfahrensrecht integrieren, so dass er selbst aktiv dem Risiko einer unzutreffenden Verurteilung begegnen kann. Einzig die Schaffung eines reinen Inquisitionsprozesses, in dem der Beschuldigte bloßes Verfahrensobjekt ist, ist ausgeschlossen.<sup>203</sup> Ein Gesetzgeber hat dementsprechend einen vergleichsweise weiten Spielraum, sich an einem der beiden Modelle zu orientieren oder eine hybride Verfahrensform zu schaffen.

### III. Zusammenfassung und Ausblick

Dass dem Beschuldigten im Strafverfahren ein gewisses Maß an Prozessverantwortung zukommt, ergibt sich zusammenfassend – über die für alle Verfahrensarten gültige Ableitung aus der Subjektstellung hinausgehend – aus dem Umstand, dass die staatliche Ermittlung des Sachverhalts nie eine absolute Richtigkeit gewährleisten kann. Mit diesen immanenten Fehlurteilsrisiken kann das Strafurteil nur als legitimiert angesehen werden, wenn der Beschuldigte an der Sachverhaltsermittlung mitwirken konnte und er auf der Kehrseite den ermittelten Sachverhalt ein Stück weit mitzuverantworten hat. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten bilden auf diese Weise eine zweite Legitimationsgrundlage des Strafurteils neben der amtlichen Wahrheitsermittlung.

---

<sup>202</sup> Vgl. *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 183. Zur Ermittlung materieller Wahrheit im US-amerikanischen Verfahren unten Teil 4 II. B. 3. b) aa).

<sup>203</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 466 ff.

Dem Beschuldigten verbleibt somit ein gewisser Bereich, in dem er selbst dafür sorgen muss, keine unzutreffende Verurteilung zu erleiden. Ihm kommen insoweit unterschiedliche prozessuale Obliegenheiten zu. Grundlegend können Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten unterschieden werden. Je nach Ausgestaltung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten können diese in vielfältigen weiteren Obliegenheiten ausgeformt sein, wie etwa in Begründungs- oder Ermittlungsobliegenheiten.

Das Verständnis von Beteiligung und Prozessverantwortung als Legitimationsgrundlage eines Strafurteils stellt eine Reihe von Anforderungen an die Strafverfahrensordnung. Sicherzustellen ist zum einen, dass dem Beschuldigten materiell hinreichende Beteiligungsrechte gewährt werden, die ihm tatsächlich ermöglichen, selbst ein Fehlurteil abzuwenden. Die Gewährung materieller Beteiligungsrechte allein ist indes noch nicht ausreichend. Vielmehr sind zusätzlich gewisse formelle Verfahrensinstitute notwendig, die dem Beschuldigten auch in der Prozessrealität die Ausübung seiner Beteiligungsrechte ermöglichen. Erst das Zusammenwirken von materiellen Rechten und formellen Absicherungen dieser Rechte ermöglicht die Beurteilung, ob der Beschuldigte die ihm zukommende Prozessverantwortung auch tatsächlich bewältigen kann. Ist diesen Mindestvorgaben Genüge getan, steht die weitere Ausgestaltung des Verfahrens im Ermessen des Gesetzgebers. Insbesondere kann er durch Wahl einer eher inquisitorischen Struktur die Prozessverantwortung eher gering halten oder, wie in adversatorisch orientierten Verfahren, einen höheren Stellenwert auf die Prozessverantwortung legen.

Für die sogleich in Teil 2 angestrebte Bestimmung des Maßes der Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Verfahren sowie für die in Teil 4 erfolgende vergleichende Betrachtung des US-amerikanischen Verfahrens lässt sich aus diesen Erkenntnissen ein Vorgehen in einem Dreischritt ableiten.

- Als Einstieg bietet es sich an, die aus der Verfahrensstruktur folgende grundsätzliche Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung einerseits und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten andererseits für die Legitimation des Strafurteils zu ermitteln.
- Hieran schließt sich die Betrachtung der materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten an. Auf deren Grundlage können die konkreten Obliegenheiten im Prozess bestimmt werden, in denen die Prozessverantwortung des Beschuldigten ausgeformt ist.
- Das Bild wird schließlich durch die Darstellung der formellen Absicherungsmechanismen zur Gewährleistung der Handhabbarkeit der Prozessverantwortung vervollständigt. Erst die Einbeziehung dieser Absicherungen ermöglicht eine Beurteilung, ob dem Beschuldigten in einer Verfahrensordnung ein „Zuviel“ an Prozessverantwortung auferlegt ist.



## *Teil 2*

# **Die Ausgestaltung der Prozessverantwortung des Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens**

## **I. Einführung**

Der vorliegende Abschnitt zielt darauf ab, die konkrete Ausgestaltung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren zu erarbeiten. Untersucht werden also der grundsätzliche Stellenwert der Prozessverantwortung des Beschuldigten bei der Legitimation des Strafurteils im Verhältnis zur amtlichen Wahrheitsermittlung, die konkreten einzelnen Beteiligungsrechte sowie ihre prozessuale Absicherung. Methodisch sollen dabei die in der Einleitung skizzenhaft angeführten neueren Instrumente, die auf eine Steigerung der Prozessverantwortung in den letzten Jahren hindeuten, zunächst noch bewusst ausgeklammert werden. Sie werden in Teil 3 separat bearbeitet. Diese Vorgehensweise ermöglicht einerseits eine vertiefte Darstellung dieser neuen Regelung. Vor allem aber kann nur so die Steigerung der Prozessverantwortung gegenüber dem Zustand davor herausgearbeitet werden.<sup>1</sup>

Die Bearbeitung erfolgt in dem in Teil 1 entworfenen Dreischritt.<sup>2</sup> Zunächst wird als strukturelles Grundgerüst die in der Verfahrensstruktur angelegte Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung und Prozessverantwortung des Beschuldigten erarbeitet (II.). Darauf aufbauend werden die materiellen Beteiligungsrechte und die sich daraus ergebende Prozessverantwortung in ihrer Ausformung als konkrete Obliegenheiten ermittelt (III.). In einem dritten Schritt wird untersucht, wie die Handhabbarkeit der Prozessverantwortung des Beschuldigten formell abgesichert ist (IV.).

## **II. Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils**

In einem ersten Schritt wird also die in der Verfahrensstruktur angelegte, grundsätzliche Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung auf der einen und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auf der anderen Seite bestimmt.

---

<sup>1</sup> Zu eventuellen methodischen Einwänden gegenüber dieser Vorgehensweise siehe unten Teil 3 I.

<sup>2</sup> Siehe oben Teil 1 III.

Dabei werden strikt normenhierarchisch zunächst die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Verfahrensstruktur analysiert (A.), auch wenn die StPO in weiten Teilen auf der RStPO von 1877 beruht und damit vorkonstitutionell ist.<sup>3</sup> Daran anknüpfend werden die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Verfahrensstruktur, die darin verwirklichte Gewichtung der Legitimationsgrundlagen und die systemimmanenten Vorzüge bzw. Nachteile erarbeitet (B.). Schließlich wird erörtert, inwiefern die gesetzliche Ausgestaltung Ausdruck eines bestimmten Staatsverständnisses ist (C.).

### A. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Grundgesetz legt sich nicht ausdrücklich auf eine bestimmte Verfahrensstruktur fest. Die Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung einerseits und Beteiligung und Prozessverantwortung andererseits als Legitimationsgrundlagen des Strafurteils bleibt somit grundsätzlich offen. Gewisse Vorgaben für beide Legitimationsstränge ergeben sich aber insbesondere aus den vom Strafurteil betroffenen Grundrechten des Beschuldigten, genauer: den Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in diese Grundrechtspositionen.

Die strafrechtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe stellt einen Eingriff in die Freiheit der Person des Beschuldigten (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) dar.<sup>4</sup> Das den Eingriff rechtfertigende Gesetz im Sinne des Gesetzesvorbehalts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 GG ist der jeweils einschlägige Straftatbestand des materiellen Strafrechts, der als Rechtsfolge die Freiheitsstrafe vorsieht.<sup>5</sup> Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung setzen am Verfahren an, mit dem der Sachverhalt gewonnen wird, der unter diese Tatbestandsnormen subsumiert wird. Es handelt sich somit um Ausprägungen der Grundrechtsdimension des Grundrechtsschutzes durch Verfahren.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Mit dem „Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts“ v. 12.9.1950, BGBl. S. 455, wurden weitgehend die Regelungen der RStPO in dem Stand zum Ende der Weimarer Zeit in die StPO aufgenommen. Dazu *Rieß*, ZIS 2009, 466 f.

<sup>4</sup> Bei vollstreckten Geldstrafen ist im Unterschied dazu das von Art. 2 Abs. 1 GG umfasste Vermögen betroffen, vgl. *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 493 f.; *Mösl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 19. Gleichwohl soll in der vorliegenden Arbeit nicht zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe differenziert werden. Weil die Geldstrafe bei Uneinbringlichkeit in eine Freiheitsstrafe umgewandelt wird (§ 43 StGB), also hinter jeder Geldstrafe auch das Risiko einer Freiheitsstrafe steht, ist vielmehr gerechtfertigt, stets vom Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG auszugehen.

<sup>5</sup> Vgl. Maunz/Dürig-Dürig, Art. 104 Rn. 17.

<sup>6</sup> *Mösl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 27, spricht von „Eingriffsrechtfertigung durch Verfahren“. Grundlegend zur/m Grundrechtsdimension/-funktion/-bedeutung/-gehalt oder -wirkung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren BVerfGE 53, 30.

### 1. Amtliche Wahrheitsermittlung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangt das Grundgesetz für das Verfahren der Sachverhaltsermittlung zunächst, dass es hinreichende Vorkehrungen für die amtliche Ermittlung des wahren Sachverhalts bereithält.

#### a) Verfassungsrechtliche Herleitung

Das Erfordernis der amtlichen Wahrheitsermittlung wird zum einen objektiv-rechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip,<sup>7</sup> z.T. auch aus dem daraus gefolgerten Bedürfnis einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“<sup>8</sup> abgeleitet. Mit der objektiv-rechtlichen Anknüpfung ist das oben benannte Ziel des Rechtsgüterschutzes durch die präventive Wirkung des Strafrechts, wofür die Ermittlung des wahren Sachverhalts erforderlich ist, erfasst.<sup>9</sup>

Vor allem aber ist eine zuverlässige Sachaufklärung zur hier relevanten Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gefordert.<sup>10</sup> Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden V-Mann-Entscheidung aus dem materiell-rechtlichen Schuldgrundsatz<sup>11</sup> hergeleitet.<sup>12</sup> Der Schuldgrundsatz wirkt im Hinblick auf den Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG strafbegrenzend, weil Strafe nur verhängt werden darf, wenn und soweit der Beschuldigte schuldhaft einen Unrechtstatbestand erfüllt hat. In grundrechtsdogmatischer Terminologie stellt er somit – als strafverfahrensspezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>13</sup> – eine Schranken-Schranke auf Rechtfertigungsebene dar.<sup>14</sup> Der Schuldgrundsatz kann im Verfahren allerdings nicht ohne Ermitt-

---

<sup>7</sup> BVerfGE 29, 183, 194; 32, 373, 381 f.; 47, 239, 248; 115, 166, 192.

<sup>8</sup> BVerfGE 33, 367, 383; 34, 238, 248; 36, 174, 186; 38, 312, 321; 44, 353, 374; 45, 272, 294 f.; 77, 65, 76; 80, 367, 375; 100, 313, 389; 106, 28, 49; 107, 299, 316; 109, 279, 336. Zur „Renaissance“ des Grundsatzes der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege unten Teil 3 II. A. 2. und B. 1.

<sup>9</sup> Vgl. *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 38. Zur Verknüpfung der präventiven Zielsetzungen des Strafrechts mit dem Erfordernis der Wahrheitsermittlung als Zwischenziel des Verfahrens oben Teil 1 I. B. 1. aa).

<sup>10</sup> BVerfGE 70, 297, 308; BVerfG NJW 2000, 502, 503; BVerfG 2 BvR 1771/09, Beschl. v. 8.7.2010; BVerfG 2 BvR 1056/12, Beschl. v. 2.7.2014; *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 38; *Sachs-Murawiek*, Art. 2 Rn. 247a; *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 2 II Rn. 114.

<sup>11</sup> Verfassungsrechtlich ist der Schuldgrundsatz wiederum in Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip verankert, BVerfGE 45, 187, 259 f.; 86, 288, 313; 95, 96, 140; 120, 224, 253 f.; 130, 1, 26; 133, 168, 197 f.

<sup>12</sup> BVerfGE 57, 250, 274 ff.

<sup>13</sup> Maunz/Dürig-Grzeszick, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 124. Für das BVerfG besteht insoweit Deckungsgleichheit zwischen Schuldgrundsatz und Übermaßverbot, siehe BVerfGE 73, 206, 253; 86, 288, 313. Eingehend zum Verhältnis von Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip *Frisch*, NStZ 2013, 249 ff.

<sup>14</sup> *Perron*, Beweisanzspruch, S. 59; allgemein zur Wirkungsweise grundrechtlicher Strafverfahrensgarantien als Schranken-Schranken *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 19.

lung des wahren Sachverhalts verwirklicht werden.<sup>15</sup> Über das Schuldprinzip fordert das Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten daher, dass das Verfahrensrecht „entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen“<sup>16</sup> bereithalten oder „Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung“<sup>17</sup> erfüllen muss. Mit der V-Mann-Entscheidung ist die Verfahrensdimension der Grundrechte auch im Strafverfahren im Grundsatz anerkannt worden.<sup>18</sup>

In der V-Mann-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den Anspruch des Beschuldigten auf hinreichende Sachverhaltsermittlung als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren angesehen.<sup>19</sup> Dieses wird als „allgemeines Prozessgrundrecht“<sup>20</sup> gemeinhin auf das Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG gestützt.<sup>21</sup> *Schmidt-Aßmann* beschreibt das Recht auf ein faires Verfahren in diesem Sinne plastisch als eine „allgemeine verfahrensrechtliche Schicht der Grundrechte“.<sup>22</sup> Allerdings stellt sich die Frage, ob der Rückgriff auf dieses allgemeine Prozessrecht überhaupt notwendig ist, wenn der Gewährleistungsgehalt bereits aus der Verfahrensdimension des Freiheitsgrundrechts gewonnen werden kann.<sup>23</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat für das Erfordernis der hinreichenden Sachverhaltsermittlung in einigen späteren Entscheidungen direkt an das materielle Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) angeknüpft.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 60; 118, 212, 231; 122, 248, 270; BVerfG StV 2010, 113; *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 38; *Landau*, NStZ 2014, 425, 428.

<sup>16</sup> BVerfGE 57, 250, 275.

<sup>17</sup> BVerfGE 70, 297, 308; BVerfG NJW 2000, 502, 503.

<sup>18</sup> *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 403; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 59.

<sup>19</sup> BVerfGE 57, 250, 274 ff.; daran anknüpfend BVerfGE 118, 212, 231; 122, 248, 270; BVerfG NStZ 2006, 46, 47; StV 2010, 113.

<sup>20</sup> BVerfGE 57, 250, 275.

<sup>21</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dazu in der V-Mann-Entscheidung konkretisierend ausgeführt, dass das Recht auf faires Verfahren seine Wurzel „in den in einem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip verbürgten Grundrechten und Grundfreiheiten des Menschen [findet], insbesondere in dem durch ein Strafverfahren bedrohten Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), dessen freiheitssichernde Funktion auch im Verfahrensrecht Beachtung erfordert; ferner in Art. 1 Abs. 1 GG, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und von daher einen Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Angeklagten voraussetzt“. Siehe BVerfGE 57, 250, 274 f.; ebenso BVerfG NJW 2001, 2245, 2246. – Dazu unlängst *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549, 559 ff. mit einem Überblick über weitere vertretene rechtliche Fundierungen des Rechts auf ein faires Verfahren.

<sup>22</sup> Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 9.

<sup>23</sup> An der dogmatischen Eigenständigkeit des Grundrechts auf ein faires Verfahren im Hinblick auf die speziellen materiellen Freiheitsrechte zweifelnd auch Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Art. 2 Rn. 72 ff.

<sup>24</sup> BVerfGE 70, 297, 308; BVerfG NJW 2000, 502, 503. Dazu *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 59.

### b) Inhaltliche Vorgaben

Mit dem verfassungsrechtlichen Gebot hinreichender Vorkehrungen für die amtliche Sachverhaltsermittlung sind keine konkreten Vorgaben verknüpft, mit welcher Verfahrensstruktur diese sicherzustellen wäre. In der bereits zitierten, grundlegenden V-Mann-Entscheidung aus dem Jahr 1981 hat das Bundesverfassungsgericht diese Frage ausdrücklich offengelassen:

„Welche Anforderungen sich daraus für die prozessualen Garantien zuverlässiger Wahrheitserforschung [...] ergeben, kann nicht in zeitlos gültiger Weise beantwortet werden, sondern hängt nicht zuletzt von dem Typus und der Struktur des Strafprozesses ab, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat. Das Recht auf ein faires Verfahren als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, das in der Verfassung nur zum Teil näher konkretisiert ist, enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote; es bedarf daher der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Bei der Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips ist dabei mit Behutsamkeit vorzugehen; denn es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes zu wählen. Erst wenn sich bei Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten unzweideutig ergibt, daß rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus diesem selbst konkrete Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens gezogen werden.“<sup>25</sup>

Die erforderliche Aufklärungsdichte bei der amtlichen Ermittlung des wahren Sachverhalts und der damit zu beauftragende prozessuale Akteur sind nach dieser Auslegung des Bundesverfassungsgerichts also dem Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers vorbehalten, der einzig durch ein gewisses Maß an zuverlässiger Wahrheitserforschung gebunden ist.<sup>26</sup> Insbesondere schreibt das Grundgesetz nicht den Amtsermittlungsgrundsatz als einzige verfassungsrechtlich zulässige Verfahrensstruktur fest.<sup>27</sup> Auch in den Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht auf eine Pflicht des Tatgerichts abstellt, sich um „den bestmöglichen Beweis“ bzw. „eine bestmögliche Sachaufklärung“ zu bemühen,<sup>28</sup> geschieht dies allein in Auslegung der einfachgesetzlich geregelten gerichtlichen Amtsermittlungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO und nicht zur Festschreibung eines bestimmten Prozessmodells.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> BVerfGE 57, 250, 275 f.

<sup>26</sup> Müller, Absprachen, S. 381 f.; Jahn, GA 2014, 588, 591 f.

<sup>27</sup> Vgl. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 127; Möstl, HdStR VIII, § 179 Rn. 38, 49, 71; Trüg, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 76. In diesem Sinne hält Schönemann, FS AG Strafrecht DAV, S. 827, 831 sowohl inquisitorische als auch adversatorische Verfahrensstrukturen als mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar; ebenso Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 279; Müller, Absprachen, S. 382. Ähnlich Gössel, 60. DJT, Bd. I, C 24 und C 32, wonach die Inquisitionsmaxime nicht „einziges denkbare Prinzip der Entscheidungsfindung im Strafprozess“ darstellt. Eine verfassungsrechtliche Verankerung des Amtsermittlungsgrundsatzes sieht dagegen Radtke, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 146; ders., GA 2012, 187, 189.

<sup>28</sup> BVerfGE 57, 250, 277; 70, 297, 309; 118, 212, 231.

<sup>29</sup> Vgl. Jahn, GA 2014, 588, 591. Auch BGHSt 50, 40, 48 leitet das „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“ aus § 244 Abs. 2 StPO und nicht aus der Verfassung her.

Von dieser prinzipiellen Offenheit des Grundgesetzes hinsichtlich der Strafverfahrensstruktur scheint das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Verständigung im Strafverfahren vom 19.3.2013<sup>30</sup> auf den ersten Blick Abstand genommen zu haben. Darin hat der Zweite Senat ein verfassungsrechtlich vorgegebenes Ziel der „bestmöglichen Sachaufklärung“ postuliert.<sup>31</sup> Dieses Ziel stehe aufgrund der Vorgaben des Schuldprinzips nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Es sei daher ausgeschlossen, die „Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung in der Hauptverhandlung [...] zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen“.<sup>32</sup> Die Aufgabe bestmöglicher Sachaufklärung soll ferner von Verfassungen wegen dem Tatgericht zukommen. Gerade dessen Tätigkeit stelle „die Grundlage für die bestmögliche Ermittlung des wahren Sachverhaltes“ dar, weil ihm ein „nicht an den sachlichen Verfahrenszielen orientierte[s] eigene[s] Interesse [...] am Verfahrensausgang“ fehle und es nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden sei.<sup>33</sup> Auch hiervon dürfe sich die gesetzliche Ausgestaltung des Strafprozesses nicht entfernen.<sup>34</sup> Zusammenfassend wird somit die amtliche Aufklärung durch das Tatgericht als unumstößliches verfassungsrechtliches Gebot angesehen.<sup>35</sup>

Allerdings dürfte das Bundesverfassungsgericht mit diesen Formulierungen deutlich über das Ziel hinausgeschossen sein. Mit Blick auf die Entscheidung als Ganzes scheint es vielmehr zweifelhaft, ob tatsächlich beabsichtigt gewesen ist, eine inquisitorisch orientierte Verfahrensstruktur verfassungsrechtlich festzuschreiben. Dies wird deutlich mit Blick darauf, dass die StPO mit dem Strafbefehlsverfahren oder den Einstellungen aus Opportunitätsgründen eine Reihe besonderer Verfahrensarten vorsieht, welche die skizzierten Anforderungen ersichtlich nicht erfüllen. So kann in beiden Verfahrensarten von einer „bestmöglichen Erforschung der Wahrheit“ kaum die Rede sein. Zudem kommt beispielsweise das Strafbefehlsverfahren mit einer gerichtlichen Schlüssigkeitsprüfung des staatsanwaltlichen Ermittlungsergebnisses nach Aktenlage aus, also mit dem denkbaren Mindestmaß an

---

<sup>30</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>31</sup> BVerfGE 133, 168, 225. Ein solches verfassungsrechtliches „Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung“ wurde – wie dargelegt in unzutreffender Weise – bereits in BVerfG 2 BvR 1081/10, Beschl. v. 28.9.2010, Tz. 16 ff. [juris], aus BVerfGE 70, 297, 309 abgeleitet. In der Literatur nehmen *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 38; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 774; *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg*, § 257c Rn. 6 und 10; *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 44 ein solches Gebot an.

<sup>32</sup> BVerfGE 133, 168, 226 ff. Näher dazu der als Berichterstatter verantwortliche Richter am Bundesverfassungsgericht *Landau*, NSTZ 2014, 425, 428.

<sup>33</sup> BVerfGE 133, 168, 225 f.

<sup>34</sup> BVerfGE 133, 168, 225.

<sup>35</sup> Vgl. *Landau*, NSTZ 2014, 425, 428; *ders.*, NSTZ 2015, 666, 699. Zustimmung *Gössel*, FS Beulke, S. 737, 738.

Untersuchungstätigkeit des Gerichts. Diese Verfahrensarten werden in der Verständigungsentscheidung aber ausdrücklich nicht infrage gestellt. Vielmehr sei dem Gesetzgeber die Einrichtung derartiger vereinfachter Verfahren aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht versagt.<sup>36</sup> Soweit diese Verfahrensarten also trotz der dargelegten Defizite als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen werden, kann ein „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“ durch ein inquisitorisch tätiges Tatgericht keinen absoluten Geltungsanspruch erheben.<sup>37</sup>

Die entsprechenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sind daher vor allem auf den rechtspolitischen Kontext der Entscheidung zurückzuführen. Das Gericht dürfte in allererster Linie im Blick gehabt haben, der „defizitären“ Handhabung der gesetzlichen Verständigungsregelungen in der Praxis<sup>38</sup> und dem vielerorts diagnostizierten „Handel mit der Gerechtigkeit“<sup>39</sup> mit Entschiedenheit einen Riegel vorzuschieben. Die Festlegung einer bestimmten Verfahrensstruktur kann demgegenüber nicht beabsichtigt gewesen sein. Vielmehr steht die konkrete Umsetzung der amtlichen Wahrheitsermittlung auch nach dem Verständigungsurteil im Ausgestaltungsspielraum des Strafverfahrensgesetzgebers. Eine Rechtsprechungsänderung gegenüber dem Maßstab der V-Mann-Entscheidung<sup>40</sup> ist somit nicht anzunehmen.

## 2. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten

Aber auch die eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten an der Gewinnung des Sachverhalts ist verfassungsrechtlich gefordert.

---

<sup>36</sup> BVerfGE 133, 168, 226 f. führt zur postulierten Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der Wahrheit aus, dass der Gesetzgeber „für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte – etwa bei einer sich mit den Ermittlungsergebnissen deckenden geständigen Einlassung schon im Ermittlungsverfahren oder bei einem auf frischer Tat angetroffenen Beschuldigten – ein vereinfachtes Verfahren zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten und der hieraus zu ziehenden Folgen ohne das Erfordernis einer öffentlichen Hauptverhandlung mit ihrer formalisierten Beweisaufnahme“ einrichten könne, wie etwa das Strafbefehlsverfahren. – Zum Umstand, dass das Strafbefehlsverfahren weit über solche eindeutigen Fälle hinausgeht, unten Teil 3 III. C. 1.

<sup>37</sup> Vgl. BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257c Rn. 1, dem zufolge die Vereinbarkeit des Strafbefehlsverfahrens mit einem solchen Verständnis der Aufklärungspflicht neu überdacht werden müsste. Vgl. auch Meyer, StV 2015, 790, 796, den es angesichts des „Missionierungsfurors des BVerfG bei der Verständigung“ erstaunt, „dass das Gericht die §§ 153 ff. StPO oder den Strafbefehl [...] verfassungsrechtlich links liegen lässt“.

<sup>38</sup> BVerfGE 133, 168, 194 ff. unter Bezugnahme auf die in Auftrag gegebene empirische Untersuchung von *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren.

<sup>39</sup> BVerfGE 133, 168, 228.

<sup>40</sup> BVerfGE 57, 250.

### a) Verfassungsrechtliche Herleitung

Die eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten wird in Rechtsprechung und Wissenschaft herkömmlicherweise fast ausschließlich aus prozessualen Grundrechtspositionen hergeleitet. Teilweise wird für einzelne Garantien das Justizgrundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) herangezogen, das dann die speziellere Garantie sein soll.<sup>41</sup> Überwiegend wird die eigenverantwortliche Beteiligung aber in dem Recht auf ein faires Verfahren verankert, da dessen Gewährleistungsgehalt über den des Rechts auf rechtliches Gehör hinausgehe.<sup>42</sup> Als Kerngehalt des Rechts auf ein faires Verfahren wird „die Gewährleistung einer eigenverantwortlichen Teilhabe am Verfahren, ein der Subjektstellung des Angeklagten entsprechender Mindestbestand an aktiven Verfahrensrechten und die Möglichkeit des Betroffenen [...], prozessuale Rechte mit der erforderlichen Sachkunde selbstständig wahrzunehmen und Übergriffe angemessen abwehren zu können“, angesehen.<sup>43</sup> Die Herleitungen aus prozessualen Grundrechten entsprechen somit der oben diskutierten verfahrenstheoretischen Anbindung von Beteiligungsrechten und Prozessverantwortung als deren Kehrseite an die Subjektstellung des Beschuldigten im Verfahren.<sup>44</sup>

Über diese Herleitung aus der Subjektstellung hinausgehend ist die Beteiligung des Beschuldigten an der prozessualen Sachverhaltsermittlung und damit auch seine Prozessverantwortung aber gerade auch zur Rechtfertigung der Verurteilung als Eingriff in das materielle Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) – ggf. über den „Umweg“ des Rechts auf ein faires Verfahren<sup>45</sup> – verfassungsrechtlich notwendig.<sup>46</sup> Anknüpfungspunkt ist, wie *Freund* herausgearbeitet hat, wiederum das Schuldprinzip als Schranken-Schranke des Freiheitsgrundrechts.<sup>47</sup> Weil, wie oben beschrieben, die amtliche Wahrheitsermittlung mit vielen Unsicherheiten verbunden ist und Fehlurteile nie ausgeschlossen werden können,<sup>48</sup> ist die Verwirklichung des Schuldprinzips gefährdet. Denn dieses schützt durch seine strafbegrenzende

---

<sup>41</sup> Dazu Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 9 m.w.N. – Zur Verankerung des Rechts auf rechtliches Gehör in der Subjektstellung oben Teil 1 I. A. 2. a).

<sup>42</sup> Zum Verhältnis des Rechts auf ein faires Verfahren und des Rechts auf rechtliches Gehör ausdrücklich BVerfGE 57, 250, 274; 63, 45, 60; BVerfG NJW 2001, 2245, 2246; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 427 f.

<sup>43</sup> *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 63 mit Verweis auf BVerfGE 38, 105, 119; 57, 250, 275; ähnlich *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 108; *Umbach/Clemens-Niemöller*, Kap. A 6. Rn. 21.

<sup>44</sup> Siehe oben Teil 1 I. A. 2.

<sup>45</sup> Zur dogmatischen Herleitung des Rechts auf ein faires Verfahren soeben II. A. 1. a).

<sup>46</sup> *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 64 ff.; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 73; *ders.*, ZStW 108 (1996), 128, 131 f.; in diesem Sinne speziell für die Beteiligung über das Beweisantragsrecht auch *Sachs-Murswiek*, Art. 2 Rn. 247a sowie *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 2 II Rn. 114.

<sup>47</sup> *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 64 ff.

<sup>48</sup> Siehe dazu oben Teil 1 I. B. 1. b).



Wirkung gerade auch vor fehlerhaften Urteilen: Eine strafrechtliche Verurteilung wird nur dann dem Schuldprinzip gerecht, wenn und soweit der Verurteilte eine schuldhaftige Tat begangen hat.<sup>49</sup> Das Fehlverurteilungsrisiko betrifft damit in besonderem Maße die grundgesetzliche Menschenwürdegarantie, in der das Schuldprinzip wurzelt.

Zugleich bildet das auf diese Weise infrage gestellte Schuldprinzip aber auch den Ansatzpunkt zur Rechtfertigung der Verurteilung trotz des immanenten Fehlurteilsrisikos. Dies soll in zwei Schritten nachvollzogen werden: Zunächst muss der Bezugspunkt des Schuldprinzips inhaltlich „weiter“ verstanden werden. Intuitiv dürfte als solcher Bezugspunkt die materielle, die „wirkliche“ Tat als Ergebnis des freien, eigenverantwortlichen Handelns des Einzelnen herhalten. Allerdings muss mitbedacht werden, dass diese in einem Verfahren ermittelt wird, das keine Fehlerfreiheit garantieren kann. Das Schuldprinzip kann sich daher nur auf die Tat in ihrer prozessual ermittelten Gestalt beziehen.<sup>50</sup> Bezugspunkt ist somit der prozessual rekonstruierte, damit aber auch der mit dem Fehlurteilsrisiko belastete Sachverhalt. Daher muss – zweitens – die prozessuale Ermittlung der Tat der eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten zugänglich gemacht werden.<sup>51</sup> Diesem muss neben der amtlichen Ermittlung ein gewisser Einfluss auf die prozessuale (Re-)Konstruktion der Tat eingeräumt werden. Ihm sind substantielle, autonom wahrnehmbare und wirksame Verteidigungsrechte zu gewähren, mit denen er dem Anklagevorwurf entgegentreten und selbst dem Fehlurteilsrisiko entgegenwirken kann. Infolgedessen ist Maßstab für das Schuldprinzip nicht allein die Straftat als Ergebnis amtlicher Ermittlung, sondern als Ergebnis *auch* des Prozessierens des Beschuldigten.

Der Beschuldigte wird damit im Falle der Verurteilung nicht allein für die verwirklichte materielle Straftat, sondern auch für deren *Mitgestaltung* bei der Rekonstruktion im Prozess verantwortlich gemacht. Wie für die materiell-rechtliche Tat wird auf diese Weise also auch im Prozess durch das Verfahren der Tatermittlung an die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten angeknüpft.<sup>52</sup> Auf diese Weise schließen die prozessualen Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten auf das Prozessergebnis die Lücke, die bei Verwirklichung des Schuldprinzips bei alleinigem Abstellen auf den amtlich ermittelten Sachverhalt bestehen würde. In den Worten *Freunds* ist dadurch das „Fehlverurteilungsrisiko [...] im Falle seiner Verwirklichung von dem Angeklagten zu verantworten“.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Dazu bereits oben II. A. 1. a).

<sup>50</sup> *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 69 f.

<sup>51</sup> Nach *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 69 sind die „Konstruktionsprinzipien [der Schuldfeststellung, Anm. d. Verf.] an der Idee der Verantwortlichkeit gerade des Angeklagten auszurichten“.

<sup>52</sup> *Perron*, Beweisanzugsrecht, S. 73.

<sup>53</sup> *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 70.

Über das Schuldprinzip als Schranken-Schranke des Eingriffs in das Freiheitsrecht des Beschuldigten besteht somit auch auf Basis des Grundgesetzes die bereits oben<sup>54</sup> verfahrenstheoretisch entwickelte Notwendigkeit zur eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung aufgrund der nicht ausschließbaren Fehlurteilsrisiken.

### b) Inhaltliche Vorgaben

Das Bundesverfassungsgericht hat daraus, freilich auf Grundlage seiner Herleitung aus dem Recht auf ein faires Verfahren, einen Mindeststandard von Beteiligungsrechten des Beschuldigten an der prozessualen Sachverhaltsermittlung abgeleitet. Gefordert ist zunächst ein frühzeitiger und umfassender Zugang zu Beweismitteln und Ermittlungsergebnissen als Quellen der Sachverhaltsfeststellung,<sup>55</sup> teilweise als „Anspruch auf materielle Beweisteilhabe“ bezeichnet.<sup>56</sup> Des Weiteren sind bestimmte Äußerungs-, Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte zur Einflussnahme auf die Sachverhaltsermittlung gefordert.<sup>57</sup> Umfasst ist auch die Befugnis, auf die Erhebung bestimmter Beweise zu dringen, was aber nicht die positive Bescheidung entsprechender Anträge beinhaltet.<sup>58</sup> Die konkrete Ausgestaltung dieser Vorgaben unterliegt dem Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers.<sup>59</sup>

Wie das Bundesverfassungsgericht hervorhebt, erfordert die Wahrnehmung dieser Beteiligungsrechte unter bestimmten Voraussetzungen rechtskundige Hilfe. Dementsprechend ist es als verfassungsmäßiges Recht garantiert, sich des Beistands eines Verteidigers zu bedienen.<sup>60</sup> Diese Unterstützung soll sicherstellen, dass der Beschuldigte seine Rechte auch effektiv anwenden kann.<sup>61</sup> Dies beinhaltet, dass dem Beschuldigten in bestimmten Fällen von Amts wegen und auf Staatskosten ein Verteidiger zu stellen ist, wenn er sich keinen Rechtsbeistand leisten kann.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> Siehe oben Teil I I. B.

<sup>55</sup> BVerfGE 110, 226, 253. Dazu *Fezer*, HRRS 2008, 457.

<sup>56</sup> BVerfG NJW 2001, 2245, 2246; NJW 2010, 925.

<sup>57</sup> BVerfGE 9, 89, 95; 26, 66, 71; 46, 202, 210; 65, 171, 174 f.; 66, 313, 318; 133, 168, 200. Näher *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 421 ff.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfG 2 BvR 2144/04, Beschl. v. 10.5.2005 (auf Art. 103 Abs. 1 GG abstellend).

<sup>59</sup> BVerfG StV 2010, 113, 114; BVerfGE 133, 168, 200.

<sup>60</sup> BVerfGE 38, 105, 111; 39, 238, 243; 46, 202, 210; 65, 171, 174 f.; 66, 313, 318 f.; 110, 226, 253; 133, 168, 203; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 428 ff.; *Radtke*, GA 2012, 187, 194; *Maunz/Dürig-Grzeszick*, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 145; *Barton*, Mindeststandards, S. 57 ff. Für eine Anbindung an Art. 103 Abs. 1 GG *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 210; *Neuhaus*, StV 2002, 43, 47.

<sup>61</sup> BVerfGE 66, 313, 318 f.; 110, 226, 253; BVerfG NJW 1984, 113.

<sup>62</sup> BVerfGE 39, 238, 243; 46, 202, 210. Dazu *Barton*, Mindeststandards, S. 59.

### 3. Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Das Grundgesetz schreibt zusammenfassend keine konkreten Anforderungen an die Struktur des Strafverfahrens fest. Vielmehr sind sowohl an die amtliche Sachverhaltsermittlung als auch die eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten lediglich „Mindestanforderungen“ gestellt. Abgesehen davon steht dem Strafverfahrensgesetzgeber ein durchaus weiter Spielraum bei der konkreten Ausgestaltung des Strafprozesses zu. Er kann somit zur Legitimation der Verurteilung eher auf eine umfassende amtliche Wahrheitsermittlung setzen oder den Beschuldigten in die Lage versetzen, selbst eine drohende Fehlverurteilung zu verhindern, und dann die amtliche Sachverhaltsermittlung ggf. ein Stück weit reduzieren.<sup>63</sup>

## B. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

Im Rahmen dieses gesetzgeberischen Spielraums ist das deutsche Strafverfahren der StPO als Amtsermittlungsverfahren ausgestaltet (1.). Dies beinhaltet eine klare Entscheidung für die Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils (2.). Mit der Entscheidung für ein Amtsermittlungsverfahren gehen verschiedene systemimmanente Vor- und Nachteile einher (3.).

### 1. Das deutsche Amtsermittlungsverfahren

Das deutsche Strafverfahren verwirklicht eine inquisitorische Struktur, wird verbreitet aber als Amtsermittlungsverfahren bezeichnet.<sup>64</sup> Entsprechend der namensgebenden Inquisitionsmaxime, in weitgehend synonyme Verwendung auch als Ermittlungsprinzip, Untersuchungsgrundsatz, Amtsermittlungsgrundsatz oder Instruktionsmaxime bezeichnet,<sup>65</sup> ist das Tatgericht verpflichtet, von Amts wegen die Wahrheit zu erforschen und die angeklagte Tat aufzuklären (§ 244 Abs. 2 StPO). Dabei hat es selbst zu entscheiden, welche Tatsachen und Beweismittel zu erheben sind, um den Anklagevorwurf (vgl. § 264 StPO) zu widerlegen oder zu begründen. Dem Gericht werden bereits im Zwischenverfahren die Ermittlungsakten zur Verfügung gestellt.<sup>66</sup> Auf deren Grundlage erstellt es sich ein Programm für die aus seiner Sicht erforderlichen Beweiserhebungen und strukturiert den Ablauf der Hauptverhandlung. Diese „Marschroute“<sup>67</sup> arbeitet es dann unter Leitung des Vorsitzenden

---

<sup>63</sup> Vgl. Perron, Beweisantragsrecht, S. 73 f.; ders., JZ 1994, 823, 827.

<sup>64</sup> Zur Terminologie bereits oben Teil I II. D. 2.

<sup>65</sup> Vgl. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, S. 522; SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 10; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 3; SSW-StPO-Beulke, Einl. Rn. 54. Nach Gössel, 60. DJT, Bd. I, C 32 und Schmidt, Geschichte der Strafrechtspflege, S. 86 f., ist die Inquisitionsmaxime die Verbindung der Offizialmaxime mit dem Instruktionsprinzip.

<sup>66</sup> § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO.

<sup>67</sup> Roxin, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 54.

ab (§ 238 Abs. 1 StPO). Das Gericht entscheidet damit nicht nur über das „Ob“, sondern auch über das „Wie“ der Beweisaufnahme.<sup>68</sup> An Anträge oder Erklärungen der Verfahrensbeteiligten ist es nicht gebunden.<sup>69</sup> Das Gericht schafft sich im Amtsermittlungsverfahren also durch eigene Untersuchung selbst die tatsächliche Grundlage, aus der es die Überzeugung für sein späteres Urteil schöpft (§ 261 StPO). Es vereint die Funktionen eines Untersuchungs- und Entscheidungsorgans. Die Verfahrensherrschaft, also die Herrschaft über Inhalt und Umfang des Prozessstoffs,<sup>70</sup> liegt somit beim Tatgericht.<sup>71</sup>

Die anderen Verfahrensbeteiligten, Staatsanwaltschaft und Beschuldigter sowie ggf. die Nebenklage, können die gerichtliche Sachverhaltsaufklärung begleiten und daran aktiv mitwirken. Als Instrumentarium stehen ihnen Fragen, Erklärungen, Anregungen oder Anträge zur Verfügung.<sup>72</sup> So können sie Zeugen oder andere Beweispersonen befragen sowie Erklärungen zur Tat- und Rechtslage abgeben. Über Beweisanregungen und förmliche Beweisanträge besteht darüber hinausgehend die Möglichkeit, die gerichtliche Untersuchung um eigene Beweismittel zu ergänzen.

Eine wesentliche Prägung erfährt die inquisitorische Struktur des deutschen Strafverfahrens durch die Prinzipien der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit. Das Gericht soll seine Untersuchungsaufgabe am besten wahrnehmen können, indem es die sachnächsten Beweise (materielle Unmittelbarkeit) mündlich und höchstpersönlich (formelle Unmittelbarkeit) erhebt.<sup>73</sup> Die Untersuchung des Gerichts und die Beweisführungen der Beteiligten sind daher im Verfahrensabschnitt der Hauptverhandlung konzentriert. Das Ermittlungsverfahren (Vorverfahren) soll demgegenüber die Hauptverhandlung lediglich vorbereiten.<sup>74</sup> Die Hauptverhand-

<sup>68</sup> Vgl. Jahn, StV 2009, 663, 665.

<sup>69</sup> Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 3; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 50; SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 11.

<sup>70</sup> Vgl. Hörnle, ZStW 117 (2005), 801, 804; Tiedemann, ZRP 1992, 107, 108.

<sup>71</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 5; Tiedemann, ZRP 1992, 107, 108; Eser, FS Tiedemann, S. 1453, 1459; Perron, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld, S. 291, 299. – Zur Verfahrensherrschaft als Unterscheidungskriterium für inquisitorische und adversatorische Verfahrensmodelle bereits oben Teil 1 II. D. 2.

<sup>72</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250, 279 f.

<sup>73</sup> BVerfGE 74, 358, 372; zum Unmittelbarkeitsprinzip siehe auch Rolinski, FS Kühne, S. 297 ff.; Radtke, GA 2012, 187, 198 ff.; MüKo-StPO-Kudlich, Einl. Rn. 177 ff.; Sommer, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 44; Bürger, ZStW 128 (2016), 518, 524. – Anders ist etwa das französische Strafverfahren ausgestaltet, das einerseits auch vom Amtsermittlungsprinzip gekennzeichnet ist, andererseits Beweise zu einem großen Teil bereits im Ermittlungsverfahren durch einen Untersuchungsrichter (*juge d'instruction*) erhebt, die das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung nur noch in schriftlicher Form zur Kenntnis nimmt. Dazu Barth, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 89 ff.; Bürger, ZStW 128 (2016), 518, 530.

<sup>74</sup> Allerdings hat die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens in der letzten Zeit vor allem durch den Anstieg konsensualer Verfahrensbeendigungen stetig zugenommen. Zu dieser

lung gilt daher traditionell als das „Kernstück“<sup>75</sup> oder das „Entscheidungszentrum“<sup>76</sup> des deutschen Strafprozesses.

## 2. Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils

Die skizzierte gesetzliche Ausgestaltung als Amtsermittlungsverfahren stellt eine eindeutige Grundentscheidung für die Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils, amtlicher Wahrheitsermittlung bzw. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten, dar.

### a) Amtliche Wahrheitsermittlung durch das Tatgericht

Nach der Konzeption des Amtsermittlungsverfahrens der StPO stützt sich die Legitimation des Strafurteils vor allem auf die amtliche Wahrheitsermittlung. Das Strafverfahren ist „als ein vom Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrschter Amtsprozess ausgestaltet“.<sup>77</sup>

Die Aufgabe der Wahrheitsermittlung fällt dem Tatgericht als dominierendem Prozessakteur zu. Es hat aus eigener Verpflichtung heraus den zugrunde liegenden Sachverhalt möglichst umfassend und erschöpfend zu ermitteln und sich auf diese Weise selbst die Grundlage für sein Urteil zu schaffen. Auf Einbringungen anderer Prozessakteure darf es sich dabei nicht verlassen. Daher können diese unter keinen Umständen über den Prozessstoff disponieren oder eine vorzeitige Verfahrensbeendigung herbeiführen. Sie sind Beteiligte, nicht Parteien des Verfahrens.<sup>78</sup> Der Staatsanwaltschaft ist es nach Zulassung durch das Gericht nicht gestattet, die Anklage zurückzunehmen (§ 156 StPO). Umgekehrt bleibt dem Beschuldigten nicht das Vorbringen entlastender Beweise alleine überlassen. Es soll nicht deshalb zu einem sachlich unrichtigen Urteil kommen, weil die Verteidigung ihre Möglichkeiten nicht oder nicht zweckmäßig wahrgenommen hat. Selbst wenn der Beschuldigte ein Geständnis abgelegt hat, beendet dies nicht den Untersuchungsauftrag des Gerichts; das Geständnis stellt vielmehr allein eines von ggf. mehreren erforderlichen Beweismitteln dar.<sup>79</sup>

---

Entwicklung Löwe/Rosenberg-Erb, vor § 158 Rn. 7 ff.; *Schünemann*, FS AG Strafrecht DAV, S. 827, 836 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 1 sowie ausführlich unten Teil 3 III. C und Teil 5 II. A.

<sup>75</sup> BVerfGE 74, 358, 372; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Vor § 266 Rn. 1; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 714.

<sup>76</sup> *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 490.

<sup>77</sup> BVerfGE 57, 250, 279.

<sup>78</sup> Gerade das Innehaben der Verfahrensherrschaft macht einen Verfahrensbeteiligten zur Partei. Dazu instruktiv *Haas*, Strafbegriff, S. 37 ff., zusammenfassend S. 409 f.

<sup>79</sup> *Eser*, ZStW 104 (1992), 361, 388 ff.; *Löwe/Rosenberg-Becker*, § 244 Rn. 50; *SK-StPO-Frister*, § 244 Rn. 11; *Radtke*, GA 2012, 187, 190.

Die amtliche Ermittlung durch das Tatgericht wird zusätzlich durch die Staatsanwaltschaft als weiteres staatliches Organ unterstützt.<sup>80</sup> Mit *Jahn* können Gericht und Staatsanwaltschaft insoweit als „funktionale Einheit“ angesehen werden.<sup>81</sup> Infolge der dominanten Position des Gerichts rückt die Staatsanwaltschaft allerdings in die Rolle einer bloßen Gehilfin des Gerichts. Mit Verlust der Verfahrensherrschaft bei Eröffnung des Hauptverfahrens wandelt sie sich vom zentralen Untersuchungsorgan im Ermittlungsverfahren (§ 160 Abs. 1 und Abs. 2 StPO) zur bloßen Verfahrensbeteiligten mit ergänzenden Mitwirkungsrechten.<sup>82</sup> Da die Staatsanwaltschaft über die Anklage und die von ihr im Ermittlungsverfahren gesammelten Beweise bereits ihre Sichtweise in weiten Teilen in die gerichtliche Sachverhaltsermittlung einbringen konnte, besteht für sie in der Hauptverhandlung selten Bedarf, ihre Beteiligungsrechte zu nutzen.<sup>83</sup> Sie beschränkt sie eher auf eine „kontrollierende und anregende Funktion“.<sup>84</sup>

*b) Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten  
als bloßem Verfahrensbeteiligten*

Durch die Fokussierung auf die umfassende amtliche Wahrheitsermittlung durch das Gericht ist die Ausgestaltung der eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung als ein bloß ergänzender Legitimationsstrang entscheidend vorbestimmt.

Wie erläutert, hat der Beschuldigte die Rolle als bloßer Beteiligter des Verfahrens inne. Ihm verbleibt strukturbedingt allein die Möglichkeit, mit eigenen Beweisführungsrechten ergänzend an der umfassenden gerichtlichen Sachverhaltsermittlung „mitzuwirken“<sup>85</sup> oder sich daran „aktiv zu beteiligen“,<sup>86</sup> um selbst zu seiner Entlastung beizutragen. Inhaltlich läuft die Beschuldigtenbeteiligung notwendigerweise weitgehend parallel zur Untersuchung des auch zur entlastenden Untersuchung verpflichteten Gerichts. *Gaede* beschreibt dies treffend als eine

<sup>80</sup> BVerfGE 57, 250, 279.

<sup>81</sup> *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 135.

<sup>82</sup> Gerade wegen des Verlusts der Verfahrensherrschaft – und nicht wegen ihrer Objektivität – ist die Staatsanwaltschaft im deutschen Amtsermittlungsverfahren nicht als Partei anzusehen, siehe *Haas*, Strafbegriff, S. 37 ff., zusammenfassend S. 409 f.

<sup>83</sup> Siehe speziell für das Beweisanztragsrecht die Nachweise unten III. B. 4. d) Fn. 304.

<sup>84</sup> *Peters*, Strafprozeß, S. 178; *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 369. Siehe auch die Ergebnisse der Befragung von Staatsanwälten bei *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 310. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht von einer „Verstärkung“ der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung durch die Kontrolle der Staatsanwaltschaft, BVerfGE 57, 250, 279. Umfassend zur Funktion der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren *Wohlers*, Staatsanwaltschaft, S. 231 ff.; *Haas*, Strafbegriff, S. 17 ff.

<sup>85</sup> So die Formulierung in § 255a Abs. 2 Satz 1 a.E. StPO.

<sup>86</sup> BVerfGE 57, 250, 279 f.

strukturbedingte „Doppelung“ der Wahrheitssuche.<sup>87</sup> Die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten muten dementsprechend strukturell fast schon als bloße „Draufgabe“<sup>88</sup> zur umfassenden amtlichen Ermittlung des Gerichts an.

Dementsprechend bestehen aufseiten der Prozessverantwortung als Kehrseite der Beteiligungsrechte auch nur beschränkte Ansatzpunkte, dem Beschuldigten ein Fehlurteil als Resultat eigenen Versagens im Verfahren anzulasten. Eine derartige Mitverantwortung kommt auf den ersten Blick allein insofern in Betracht, als es dem Beschuldigten obliegt, Fehler der gerichtlichen Untersuchung zu beanstanden. Daneben kann eine Zurechnung des Verfahrensergebnisses nur noch auf die ergänzende Mitgestaltung der gerichtlichen Beweisaufnahme gestützt werden.

Der Gedanke, dass eine Verurteilung auch dadurch legitimiert ist, weil der Beschuldigte ausreichend Gelegenheit hatte, selbst auf die Sachverhaltsgrundlage des Urteils einzuwirken und ihm als Kehrseite davon eine gewisse „Mitverantwortung“<sup>89</sup> für das Verfahrensergebnis zukommt, hat somit von Anfang an nur sehr eingeschränkte Bedeutung. Der Stellenwert von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten für die Legitimation des Urteils kommt nach der Grundstruktur des deutschen Amtsermittlungsverfahrens somit auf den ersten Blick nahe an das denkbare Mindestmaß heran.

### c) Zusammenfassung

Zusammenfassend wird das Strafurteil nach der Ausrichtung des deutschen Strafverfahrens also als legitimiert angesehen, weil es das Ergebnis einer amtlichen Untersuchung des wahren, dem Tatvorwurf zugrunde liegenden Geschehens durch das Gericht ist, das allen erkennbaren Anhaltspunkten nachgeht und von den Verfahrensbeteiligten dabei unterstützt wird. Nur in sehr beschränktem Maße stützt es sich darauf, dass der Beschuldigte an der Untersuchung mitwirken und auf Fehler hinweisen konnte und daher in gewissem Umfang „mitverantwortlich“ für das Verfahrensergebnis ist. Das Verfahren setzt zur Legitimation des Strafurteils in ganz überwiegendem Maße auf die amtliche Wahrheitsermittlung durch das Tatgericht und nur in geringem Umfang auf die Prozessverantwortung des Beschuldigten.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Gaede, StV 2012, 51, 53, speziell für das Fragerecht 57 sowie MüKo-StPO-Gaede, § 240 Rn. 7.

<sup>88</sup> Gaede, StV 2012, 51, 54.

<sup>89</sup> Maiwald, FS Lange, S. 745, 761.

<sup>90</sup> Vgl. Perron, Beweisantragsrecht, S. 74, 86, 91.

### 3. Strukturimmanente Vorzüge und Defizite

In der deutschen Strafrechtswissenschaft wird die Amtsermittlungsstruktur als besonders vorteilhaft bzw. gar als alternativlos angesehen, auch wenn zunehmend ein strukturimmanentes Problem erkannt wird.

#### a) *Besonders zuverlässige materielle Wahrheitsermittlung durch das Tatgericht?*

Die Ausgestaltung des Strafverfahrens als Amtsermittlungsverfahren stellt nach dem vorherrschenden Verständnis in Justiz und Strafrechtswissenschaft die für die materielle Wahrheitsermittlung beste Methode dar.<sup>91</sup> Nur wenn die Verfahrensherrschaft, also die Entscheidung über Inhalt und Umfang des Verfahrensstoffs,<sup>92</sup> in den Händen des neutralen, kein Eigeninteresse verfolgenden Gerichts konzentriert werde, könne garantiert werden, dass alle verfügbaren Erkenntnisquellen ausgeschöpft und auf diese Weise alle Aspekte des historischen Sachverhalts aufgeklärt werden.<sup>93</sup> Demgegenüber könne eine Verfahrensstruktur, welche die Verfahrensherrschaft auf zwei Parteien aufteilt, eine vollständige Wahrheitsermittlung nicht garantieren, weil ein solches unabhängiges Untersuchungsorgan gerade fehle.

Diese Überzeugung scheint tief in der deutschen Justiz und Strafrechtswissenschaft verwurzelt. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Amtsermittlungsstruktur, wie bereits angerissen, oftmals mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit schlicht gleichgesetzt wird.<sup>94</sup> Auch die Ausführungen im Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, die nahelegen, die Amtsermittlungsstruktur sei verfassungsrechtlich vorgegeben,<sup>95</sup> dürften darauf zurückzuführen sein.

#### b) *Systemimmanentes Problem der richterlichen Voreingenommenheit*

Seit längerer Zeit hat sich in der Strafrechtswissenschaft allerdings die Erkenntnis durchgesetzt, dass die zentrale Ausrichtung des Verfahrens auf das Gericht als einziges und umfassend ermittelndes Untersuchungsorgan ein nicht unerhebliches systemimmanentes Problem in sich birgt. Dieses besteht in einer strukturellen Vor-

---

<sup>91</sup> Vgl. *Pizzi/Perron*, 32 *Stan. J. Int'l L.*, 37, 51 (1996); *Weigend*, 36 *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 389, 397 (2010–2011); *Haas*, *Strafbegriff*, S. 8; *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 192; *Trüg*, *StV* 2010, 528, 530; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447.

<sup>92</sup> Dazu oben Teil 1 II. D. 2.

<sup>93</sup> BVerfGE 133, 168, 225 f.; *Schünemann*, *StraFo* 2010, 90; *ders.*, FS Fezer, S. 555, 562 ff.; *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 757 f.; *ders.*, 26 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 157, 159 ff. (2003); *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1464 f.; aus vergleichender Perspektive *Thibaut/Walker*, 66 *Cal. L. Rev.*, 541 ff., 547 ff. (1978).

<sup>94</sup> Dazu oben Teil 1 I. B. 1. a) aa) mit den Nachweisen in Fn. 44.

<sup>95</sup> Siehe oben II. A. 1. b).



eingenommenheit des Gerichts zulasten des Beschuldigten. Ursache hierfür ist der sog. „Urteilperseveranz- oder Inertiaeffekt“; auch von *confirmation bias* wird gesprochen. Danach werden neue Informationen stets in Bezug auf eine bereits zuvor gebildete Hypothese oder Überzeugung verarbeitet. Bestätigende Umstände werden unbewusst über-, entgegenstehende Umstände dagegen eher unterschätzt, so dass sich die Hypothese in gewisser Weise selbst bestätigt.<sup>96</sup>

Auf das Amtsermittlungsverfahren gwendet bedeutet dies, dass das Gericht durch das – zur Strukturierung der Hauptverhandlung notwendige – Studium der Ermittlungsakten zumindest unbewusst ein Bild vom Tathergang entwickelt. Dadurch kommt es zu einer verzerrten Informationswahrnehmung im oben beschriebenen Sinne. Denn aufgrund des gebildeten Vorverständnisses besteht die Tendenz, dass das Gericht in der späteren Hauptverhandlung belastende Umstände eher stärker gewichtet, wohingegen vorgebrachte Entlastungen eher unterschätzt werden. Von einer einmal getroffenen Vorfestlegung wird in der Konsequenz also nicht ohne Weiteres wieder abgerückt.<sup>97</sup> Dieser Effekt verstärkt sich durch die Besonderheit der StPO, dass die Anklage vor Durchführung der Hauptverhandlung im Zwischenverfahren vom selben Tatgericht mit denselben Berufsrichtern geprüft und das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts bejaht wurde.<sup>98</sup>

Zum allgemein bestehenden, unvermeidlichen Fehlerurteilsrisiko tritt in der Amtsermittlungsstruktur somit die richterliche Voreingenommenheit als spezifisches Problem hinzu. Trotz dieser Defizite wird das Amtsermittlungsverfahren in der Strafrechtswissenschaft weiterhin für die tauglichste Methode der Wahrheitsermitt-

---

<sup>96</sup> Dazu *Wilhelm*, HRRS 2014, 287 ff. m.w.N.

<sup>97</sup> Siehe dazu die Studie von *Schünemann*, StV 2000, 159 ff.; dazu ferner *ders.*, ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68, 81, *ders.*, StraFo 2010, 90, 92; *ders.*, StraFo 2015, 177, 180 f.; *Bottke*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 53; *Artkämper*, StRR 2012, 339 ff.; *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 148 f. Fn. 186 mit Verweis auf ältere Studien; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 405. Dazu auch *Janisch*, SZ v. 17.5.2015. – Die strukturbedingte Voreingenommenheit des Gerichts war etwa der Hauptgrund für die italienische Strafprozessreform von 1989. Dazu *Amodio*, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld, S. 24; *Honert*, ZStW 106 (1994), 429 ff. – Zu den Auswirkungen dieser Effekte im polizeilichen Ermittlungsverfahren *Singelstein*, StV 2016, 830 ff.

<sup>98</sup> Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, Vor § 198 Rn. 20; *Schünemann*, GA 1978, 161, 172; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42 Rn. 3; *Schünemann*, StraFo 2015, 177, 181. *Wohlers*, FS Roxin 2011, S. 1313 ff. untermauert seine Kritik mit Anforderungen der EMRK. *Schwenn*, DIE ZEIT v. 19.11.2015 illustriert dieses Problem anhand des Verfahrens gegen den Wettermoderator *Kachelmann*. Kritisch auch *Eschelbach*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 39, 56 f. – Zur Rechtslage bis 1924, wonach der Berichterstatter des Zwischenverfahrens von der Mitwirkung im Hauptverfahren ausgeschlossen war, sowie den Reformbestrebungen für das Zwischenverfahren *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 42 Rn. 3 und *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (284 f.), der auch auf die Regelungen in anderen Rechtsordnungen eingeht. Gegen eine Trennung von Eröffnungs- und Tatgericht aber, gestützt auf die Knappheit der „gegenwärtigen gerichtlichen Ressourcen“ *Wenske* in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 302, 342; kritisch auch *Meyer*, StV 2015, 790, 794.

lungen gehalten.<sup>99</sup> Allerdings wird zunehmend anerkannt, dass diese systemimmanente Schwäche bei der Ausgestaltung der Beschuldigtenrechte Berücksichtigung finden muss.<sup>100</sup>

## C. Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis

In der Ausgestaltung des Strafverfahrens als Amtsermittlungsverfahren und der daraus folgenden Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten zur Legitimation des Strafurteils wird schließlich – je nach Perspektive – ein obrigkeitsstaatliches Relikt (1.) oder die Ausprägung einer sozialstaatlichen Grundhaltung (2.) gesehen.

### 1. Das Amtsermittlungsverfahren als obrigkeitsstaatliches Relikt

Die Einordnung des Amtsermittlungsprozesses als ein obrigkeitsstaatlich geprägtes Verfahren ist mit der Entstehungsgeschichte des deutschen Strafverfahrensrechts verbunden.

Die RStPO als Vorgängerin der StPO ist im Wesentlichen durch die Reform des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses in den Partikularordnungen der deutschen Staaten im 19. Jahrhundert geprägt.<sup>101</sup> Dem Inquisitionsprozess waren zuvor nahezu einhellig zahlreiche Missstände attestiert worden. Als besonders gravierender Fehler wurde die fast unbeschränkte Machtfülle des Gerichts erkannt.<sup>102</sup> Eine bedeutende Strömung in der Reformliteratur um *Mittermaier* und *Zachariä* schlug als radikale Reform die Einführung des Anklageprinzips in der Hauptverhandlung, also eine adversatorische Verfahrensgestaltung, vor.<sup>103</sup> Danach sollten nach Vorbild des englischen Strafverfahrens grundsätzlich Anklage und Verteidigung als Parteien für die Vorführung der Beweise zuständig sein. Allerdings konnte sich dieser Ansatz nicht durchsetzen. Vielmehr wurde das Strafverfahren auf Grundlage des bestehenden Inquisitionsprinzips reformiert.<sup>104</sup> Der Übermacht des Gerichts

---

<sup>99</sup> *Schünemann*, StraFo 2010, 90, 91 ff.

<sup>100</sup> Insbesondere das Beweisantragsrecht wird insoweit als „Kompensation“ verstanden, dazu unten III. B. 4. c).

<sup>101</sup> Näher *Rüping/Jerouschek*, Strafrechtsgeschichte, Rn. 248 ff.

<sup>102</sup> *Schmidt*, Geschichte der Strafrechtspflege, § 287; *Wohlers*, Staatsanwaltschaft, S. 54 ff.; *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 154 ff.

<sup>103</sup> Siehe dazu die umfassende Darstellung bei *Haas*, Strafbegriff, S. 118 ff.

<sup>104</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 16 spricht daher zu Recht von einem „reformierten Inquisitionsprozess“ statt der Ablösung des Inquisitionsprozesses durch den reformierten Strafprozess; so auch *Hettinger*, JZ 2011, 292, 294; *Fezer*, NSStZ 2010, 177 f.; *Schulz*, StV 1991, 354, 360.

wurde durch Übertragung der Anklageerhebung auf die neu geschaffene Staatsanwaltschaft begegnet; zugleich wurde aber an der gerichtlichen Untersuchungsfunktion festgehalten.<sup>105</sup> Das Anklageprinzip wurde somit nur als „Prozesseinleitungsform“<sup>106</sup> umgesetzt.<sup>107</sup> Diese Verfahrensgestaltung wurde von Befürwortern als „Verbindung von inquisitorischem und accusatorischem Prinzip“<sup>108</sup> beschrieben, von Kritikern wie *Binding* dagegen als „häßliche Bastardform“<sup>109</sup> geißelt.

Wie *Haas*<sup>110</sup> überzeugend aufgezeigt hat, war die grundsätzliche Beibehaltung der Inquisitionsmaxime Konsequenz des damaligen Staatsverständnisses, wonach der Monarch – trotz konstitutioneller Einbindung – als alleiniger und umfassender Souverän galt. Eine Ausgestaltung als Parteiverfahren wurde als mit diesem Herrschaftsverständnis unvereinbar angesehen. So würde der Monarch seine Stellung als Souverän aufgeben, wenn er sich als Prozesspartei gegenüber dem Bürger auf gleiche Stufe begeben und vor Gericht als neutralem Dritten Recht suchen würde. Vielmehr wurde die Rechtsprechung gerade als Ausübung der Spruchgewalt des Souveräns durch das Gericht als seinem Vertreter erachtet.

Als weitere Ursache kann nach *Haas* der Einfluss absoluter Straftheorien gelten, der zum Wiederaufleben einer sittlich-moralischen Dimension von Strafe führte.<sup>111</sup> Damit einhergehend wurde der Staat als „übergeordnete und überparteiliche sittliche Macht“<sup>112</sup> überhöht, die durch Strafjustiz eine höhere Gerechtigkeit verwirklicht – ein Funktion, die sich ohne Weiteres in das geschilderte Staatsverständnis einfügte. Damit war es ausgeschlossen, das Strafurteil im Wege einer gewöhnlichen Auseinandersetzung zwischen Anklage und Beschuldigtem zu gewinnen; vielmehr musste das Gericht als Vertreter dieser sittlichen Macht die Strafgewalt ausüben und dazu eigenhändig die materielle Wahrheit erforschen.

Angesichts der Verwurzelung in einem überwundenen Staatsverständnis bzw. einer im Rückzug befindlichen Straftheorie<sup>113</sup> erkennen viele Stimmen in der Strafrechtswissenschaft in der inquisitorischen Struktur des Amtsermittlungsverfahrens

<sup>105</sup> *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 231 ff.

<sup>106</sup> *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 18, 25.

<sup>107</sup> Umfassend *Haas*, Strafbegriff, S. 129 ff. sowie *Wohlers*, Staatsanwaltschaft, S. 185 f., 207; *Gaede*, StV 2012, 51, 52.

<sup>108</sup> Zitiert nach *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, S. 232 m.w.N. Ganz in diesem Sinne wird noch heute das deutsche Verfahren geläufig als „Anklageprozess mit einer gerichtlichen Amtsaufklärung“ bezeichnet, siehe *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. G Rn. 10; ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 6.

<sup>109</sup> *Binding*, Abhandlungen, Bd. 2, S. 201.

<sup>110</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 65 ff.; zustimmend insoweit *Pawlik*, FAZ v. 3.8.2009.

<sup>111</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 182 ff.

<sup>112</sup> *Pawlik*, FAZ v. 3.8.2009.

<sup>113</sup> Ein Erstarken absoluter Straftheorien in neuerer Zeit sehen aber *Klocke/Müller*, StV 2014, 370 ff.

ein Relikt aus obrigkeitstaatlichen Zeiten.<sup>114</sup> Vereinzelt wird daraus sogar die Unvereinbarkeit des Amtsermittlungsverfahrens mit dem Grundgesetz gefolgert.<sup>115</sup>

## 2. Austausch durch ein sozialstaatliches Verständnis

In einem gegenläufigen Ansatz wird die skizzierte Verwurzelung des Amtsermittlungsverfahrens zwar nicht verhehlt, aber ein zwischenzeitlicher „still-schweigender Austausch“ der obrigkeitstaatlichen durch eine sozialstaatliche Prägung ausgemacht.<sup>116</sup> Danach soll die Funktion des Gerichts als zentrales Untersuchungsorgan gerade auch vor sozialen Härten schützen. Der Beschuldigte soll durch die umfassende Ermittlungstätigkeit des Gerichts ein Stück weit von der Notwendigkeit eigenverantwortlicher Entlastungstätigkeit verschont bleiben. Würde sich das Gericht dagegen bei der Untersuchung stärker zurücknehmen, wäre der Schutz vor fehlerhafter Verurteilung in größerem Maße dem Beschuldigten selbst und seinem Verteidiger übertragen. Ein solches Maß an Prozessverantwortung würde sich aber vor allem zulasten von Beschuldigten aus prekären Verhältnissen mit einem schlechten Verteidiger auswirken. Durch die Stellung des Gerichts als neutrales Untersuchungsorgan, das auch zugunsten des Beschuldigten ermitteln muss, könnten diese sozialen Unterschiede demgegenüber zu einem großen Teil aufgefangen werden.<sup>117</sup> Zugespißt formuliert *Pawlik*, dass „die Belange des Angeklagten in den Händen der Richter [...] im Zweifel noch immer besser aufgehoben [sind] als in denen eines an der Sache mäßig interessierten Viererjuristen“.<sup>118</sup>

Zusammenfassend wird das Verständnis des Gerichts als Vertreter eines übergeordneten, Moral und Sittlichkeit durchsetzenden Staats durch das eines fürsorglichen, den Beschuldigten vor Überforderung schützenden Organs abgelöst. Eine solche „vorsorgliche Entmündigung“ soll dem Beschuldigten in Anbetracht der Komplexität des Verfahrens und seiner kompetenziellen Defizite zumutbar sein.<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> In diesem Sinne *Haas*, Strafbegriff, S. 65 ff., zusammenfassend 409 ff.; *Herrmann*, ZStW 100 (1988), 41, 46 f.; *ders.*, 1996 St. Louis-Warsaw Trans'l, 127, 130 (1996). Ähnlich *Müller*, KJ 1992, 228, 233 f.; *Müller*, Leviathan 1977, 522, 523 f.; *Jung*, FS Waltosia, S. 27, 32; *Theile*, NSiZ 2012, 666, 668. Vgl. ferner *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 415.

<sup>115</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 305 ff., 416 ff., der einen Verstoß gegen die in Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Entscheidung durch ein Rechtsprechungsorgan i.S. eines unbeteiligten Dritten annimmt. Näher dazu unten III. B. 2. d). Verfassungsrechtliche Spannungen des Prinzips des inquisitorischen Gerichts erkennt bereits *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 368; *ders.*, ZStW 100 (1988), 41, 46 f.; *ders.*, in: *Jung* (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 160; *ders.*, 1996 St. Louis-Warsaw Trans'l, 127, 130 (1996). Ablehnend aber *SK-StPO-Weßlau*, Vor §§ 151 Rn. 2.

<sup>116</sup> *Pawlik*, FAZ v. 3.8.2009; in diese Richtung auch *Zimmermann*, NJW 2009, 3626, 3631; vgl. auch *Tiedemann*, ZRP 1992, 107, 108.

<sup>117</sup> Vgl. *Tiedemann*, ZRP 1992, 107, 108; *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1461 f.

<sup>118</sup> *Pawlik*, FAZ v. 3.8.2009; entnommen bei *Gaede*, StV 2012, 51, 53.

<sup>119</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 764.

### III. Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus resultierende Obliegenheiten

Aufbauend auf der Darstellung der Verfahrensstruktur sollen nun in einem zweiten Schritt die Beteiligungsrechte und die sich daraus ergebende Prozessverantwortung des Beschuldigten erarbeitet werden. Dazu werden zunächst die Informationsrechte als Voraussetzung für eine aktive Mitwirkung im Prozess erläutert (A.). Hieran schließt die Darstellung der einzelnen Beweisführungsrechte an (B.). Auf dieser Grundlage wird ermittelt, in welchen konkreten Obliegenheiten die Prozessverantwortung des Beschuldigten ausgeformt ist (C.).

#### A. Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen

Die Ausübung von Beweisführungsrechten erfordert, wie oben beschrieben, einen gewissen Kenntnisstand über den strafrechtlichen Tatvorwurf und die Beweise, auf die er sich stützt. Die dazu dienenden Informationsrechte können im deutschen Amtsermittlungsverfahren in Zugangsrechte zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden (1.) und eigene Informationsbeschaffungsrechte (2.) unterteilt werden.

##### 1. Zugang zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden

Wichtigste Informationsquelle für den Beschuldigten sind die Ermittlungsakten. Das Gesetz garantiert in § 147 StPO auf Antrag ein grundsätzlich unbeschränktes Einsichtsrecht in die bei der Staatsanwaltschaft bzw. nach Anklageerhebung bei Gericht geführten Ermittlungsakten. Gegenstand der Akten sind, dem Grundsatz der Aktenvollständigkeit folgend, alle Schriftstücke, ggf. aber auch Ton- und Bildaufnahmen sowie Videoaufzeichnungen, die für die Schuldfrage und Strafzumessung relevant sein können.<sup>120</sup> Das Akteneinsichtsrecht ist damit eine bedeutende einfachgesetzliche Umsetzung des oben geschilderten verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Beweisteilhabe.<sup>121</sup>

Allerdings besteht das Akteneinsichtsrecht im Ausgangspunkt, wie bereits die Verortung der Vorschrift im Abschnitt zur formellen Verteidigung (§ 137 ff. StPO)

---

<sup>120</sup> Zum Umfang der Aktenuführung bzw. des Akteneinsichtsrechts Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, § 147 Rn. 23 ff.; SSW-StPO-Beulke, § 147 Rn. 13 ff.

<sup>121</sup> Entsprechend der oben unter II. A. 2. a) geschilderten Uneinigkeit im Hinblick auf die konkrete grundrechtliche Verankerung des Rechts auf eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten wird das Akteneinsichtsrecht teilweise im Recht auf ein faires Verfahren begründet gesehen, so etwa OLG Brandenburg, NJW 1996, 67, 68; SK-StPO-Wohlens, § 147 Rn. 1. Teilweise wird es aber auch aus dem Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, hergeleitet, siehe AnwK-StPO-Krekeler/Werner, § 147 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn § 147 Rn. 4.

andeutet, nur für den Verteidiger (§ 147 Abs. 2 StPO). Dem Beschuldigten selbst ist gem. § 147 Abs. 7 StPO nur ein Auskunftsrecht eingeräumt, sofern dies zu einer angemessenen Verteidigung erforderlich ist und der Untersuchungszweck nicht gefährdet ist.<sup>122</sup> Bis zum Abschluss der Ermittlungen gilt letztere Beschränkung auch für die Akteneinsicht des Verteidigers (§ 147 Abs. 2 StPO).<sup>123</sup>

Gewisse Informationen über den Anklagevorwurf und die zugrunde liegenden Beweismittel kann der Beschuldigte darüber hinaus der Anklageschrift entnehmen, die ihm nach Anklageerhebung gem. § 201 StPO mitzuteilen ist.<sup>124</sup> Sie muss neben dem Anklagesatz auch die Beweismittel, auf die sie sich stützt (§ 200 Abs. 1 StPO), und das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen (§ 200 Abs. 2 Satz 1 StPO) angeben. Im Vergleich zur Akteneinsicht ist der Informationsgehalt der Anklageschrift also sehr gering. Frühzeitige Kenntnisse können schließlich im Falle der Untersuchungshaft aus der Begründung des dringenden Tatverdachts im Haftbefehl (§ 114 Abs. 2 Nr. 4 StPO) sowie bei Haftprüfungsverhandlungen gewonnen werden.<sup>125</sup>

Erkenntnisse über den Inhalt konkreter Beweismittel kann der Beschuldigte schließlich über die Teilnahme an Ermittlungsmaßnahmen im Vorverfahren erhalten. Entsprechende Teilnahmerechte bestehen wegen der Konzentration der Beweiserhebung auf die Hauptverhandlung<sup>126</sup> indes nur im Ausnahmefall. Zu nennen ist allein die richterliche Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen (§ 168c Abs. 2 StPO) und die richterliche Augenscheinnahme (§ 168d StPO).

## 2. Informationsverschaffung durch eigene Ermittlungen

Darüber hinaus steht es dem Beschuldigten auch frei, sich eigeninitiativ Informationen über die ihm zur Last gelegte Tat, die den Tatvorwurf stützenden Beweismittel oder mögliche Entlastungen zu beschaffen. Diskutiert werden derartige eigene Ermittlungen in der deutschen Strafverfahrenswissenschaft vor allem als Aufgabe des Verteidigers. Auch wenn keine ausdrücklichen gesetzlichen Kompetenzen des Verteidigers zu eigener Ermittlungstätigkeit bestehen, ist anerkannt, dass Verteidigungsermittlungen im Grundsatz zulässig sind.<sup>127</sup> Etwa ist dem Vertei-

---

<sup>122</sup> Das Auskunftsrecht des Beschuldigten ist in den letzten Jahren, veranlasst durch die Rechtsprechung des EGMR, hin zur jetzigen Fassung erweitert worden. Dazu SSW-StPO-Beulke, § 147 Rn. 3; kritisch SK-StPO-Wohlers, § 147 Rn. 6.

<sup>123</sup> Zu dieser Voraussetzung Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, § 147 Rn. 132 ff.

<sup>124</sup> Zur Informationsfunktion der Anklageschrift SK-StPO-Paefgen, § 200 Rn. 2.

<sup>125</sup> Zu den danach notwendigen Angaben SSW-StPO-Herrmann, § 114 Rn. 25 ff.

<sup>126</sup> Siehe oben II. B. 1.

<sup>127</sup> BGHSt 46, 1, 4; 46, 53, 56; BGH StV 2000, 427, 428; OLG Frankfurt StV 1981, 28, 29 f.; Sommer, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 261 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 227; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 63; SK-StPO-Wohlers, § 57 ff.; MAH

diger gestattet, selbstständig Zeugen, Mitbeschuldigte oder Sachverständige zu ermitteln und zu befragen,<sup>128</sup> wobei unerheblich ist, ob die Strafverfolgungsbehörden schon eine eigene Befragung durchgeführt haben.<sup>129</sup> Zulässig ist auch die Beauftragung eines Detektivs, wobei umstritten ist, ob dieser nach § 53a StPO zeugnisverweigerungsberechtigt ist.<sup>130</sup>

Staatliche Unterstützung erhält der Beschuldigte bzw. der Verteidiger bei seinen eigenen Ermittlungen kaum. Es besteht etwa nicht die Möglichkeit, über Zwangsmittel Zeugen zum Erscheinen zu veranlassen.<sup>131</sup> Der Beschuldigte kann lediglich gem. §§ 163a Abs. 2, 166, 168d Abs. 2 StPO im Ermittlungsverfahren beantragen, dass die Staatsanwaltschaft bzw. der Ermittlungsrichter eine bestimmte Beweiserhebung durchführt. Allerdings haben die Rechte aus §§ 166, 168d Abs. 2 StPO nur einen sehr engen Anwendungsbereich. Überdies besteht keine Möglichkeit zur Durchsetzung des Antrags, wenn die Strafverfolgungsbehörden beispielsweise keine Notwendigkeit dazu sehen.<sup>132</sup> Vor allem hat weder der Beschuldigte noch sein Verteidiger einen Anspruch, an der beantragten Beweiserhebung teilzunehmen, so dass für den Beschuldigten das Risiko besteht, den Behörden auf diese Weise eine unkontrollierbare Erkenntnisquelle in die Hände zu spielen.<sup>133</sup>

## B. Beweisführungsrechte des Beschuldigten

Auf diese vorbereitenden Informationsrechte bauen die nunmehr darzustellenden Beweisführungsrechte des Beschuldigten auf. Die Darstellung folgt in ihrem Aufbau der funktionalen Einteilung, die oben in Teil I entwickelt wurde, wobei sich die Amtsermittlungsstruktur bereits auf die konkrete Beschreibung der jeweiligen funktionalen Gruppen von Beweisführungsrechten auswirkt. Die nachfolgend unter 2. aufgezeigten rechtlichen Möglichkeiten der Beanstandung der staatlichen Beweisführung stellen sich deshalb als *Beanstandungsrechte gegenüber der gericht-*

---

Strafverteidigung-*Neuhaus*, § 15 Rn. 1 ff.; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 313. Siehe bereits RGSt 59, 172, 174.

<sup>128</sup> BGHSt 46, 1, 4; 46, 53, 56. Bereits BGHSt 10, 393, 394 f. hatte dazu entschieden, dass es keine Strafvereitelung darstellt, die Verwandten des Beschuldigten zum Gebrauch ihres Zeugnisverweigerungsrechts zu bitten.

<sup>129</sup> Ausdrücklich OLG Frankfurt StV 1981, 28, 29 f. mit Verweis auf *Beulke*, Verteidiger, S. 148.

<sup>130</sup> Gegen ein Zeugnisverweigerungsrecht *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 53a Rn. 2; KK-StPO-*Senge*, § 53a Rn. 3; dafür Bockemühl, 2. Teil 1. Kap. Rn. 98.

<sup>131</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 63.

<sup>132</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 167 ff.; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 66; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 149; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO § 166 Rn. 1 und 5; *Junker*, Beweisantragsrecht, Rn. 128 bzw. 131.

<sup>133</sup> Vgl. Beschluss der Bundesregierung zu Eckpunkten einer Strafverfahrensreform, StV 2011, 314, 315; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 21 und 65.

lichen Untersuchung dar. Unter 3. folgt die inhaltliche Mitgestaltung der staatlichen Beweisführung, die sich in der Amtsermittlungsstruktur als *begleitende Mitwirkung* an der gerichtlichen Beweisgewinnung darstellt. Schließlich werden die Möglichkeiten zur Einführung eigener Beweise beschrieben, die im Amtsermittlungsverfahren als *Ergänzung der gerichtlichen Untersuchung* wirken (4.).

Aufgrund der Konzentration der Erarbeitung des Tatsachenstoffs in der Hauptverhandlung als „Kernstück“ des Verfahrens<sup>134</sup> finden sich Beweisführungsrechte, über die der Beschuldigte unmittelbar in die (Re-)Konstruktion des prozessualen Sachverhalts, der dem späteren Urteil zugrunde gelegt wird, einwirken kann, fast vollständig in diesem Verfahrensabschnitt und nicht im Ermittlungsverfahren. Einzig das mit dem Recht auf Teilnahme an Zeugenbefragungen durch den Ermittlungsrichter (§ 168c StPO) einhergehende Fragerecht<sup>135</sup> bildet eine Ausnahme. Denn wenn der entsprechende Zeuge im Hauptverfahren nicht mehr vernommen wird bzw. vernommen werden kann, darf die Aussage aus dem Ermittlungsverfahren unter Umständen über Surrogate in die Hauptverhandlung eingeführt werden und direkt in das Urteil einfließen. Die Beteiligung und die daraus entstehende Prozessverantwortung werden hinsichtlich dieses Beweises also allein durch die Befragungsmöglichkeit im Vorverfahren vermittelt.<sup>136</sup>

## 1. Ausgangspunkt: Die gerichtliche Untersuchung

Da die Beweisführungsrechte des Beschuldigten auf die Untersuchung des Gerichts in der Hauptverhandlung aufbauen bzw. daran anschließen, muss zunächst in Grundzügen ein Verständnis für die gerichtliche Pflicht zur amtlichen Ermittlung gewonnen werden. Hierfür bietet es sich an, nach dem Umfang (a) – dem „Ob“ – und der Gestaltung (b) – dem „Wie“ – der gerichtlichen Untersuchung zu unterteilen.<sup>137</sup>

### a) Umfang der gerichtlichen Untersuchung

Wie dargestellt, ist das Amtsermittlungsverfahren durch die Pflicht des Gerichts gekennzeichnet, den Sachverhalt aufzuklären (§ 244 Abs. 2 StPO). Das Gericht entscheidet aus eigener Verpflichtung, welche Tatsachen und Beweise entscheidungserheblich sind. Rechtliche Bezugspunkte hierfür sind die Umstände der an-

<sup>134</sup> Dazu bereits oben II. B. 1.

<sup>135</sup> Das Anwesenheitsrecht umfasst grundsätzlich auch ein Recht auf Teilhabe, etwa durch eigene Fragen oder durch Vorhalte, siehe BeckOK-StPO-Monka, § 168c Rn. 1; MAH Strafverteidigung-Schlothauer, § 3 Rn. 53.

<sup>136</sup> Zur Problematik des verweigerten bzw. nicht ausgeübten Fragerechts aus § 168c StPO unten III. B. 3. b) bb).

<sup>137</sup> Vgl. zu dieser Kategorisierung die Nachweise in Fn. 68. Siehe auch *Schünemann*, GA 1978, 161, 162, der zwischen einer materiellen und einer formellen Seite des Inquisitionsprinzips unterscheidet.



geklagten Tat, die für den Schuldspruch und den Rechtsfolgenausspruch notwendig sind, aber auch verfahrensrechtlich erhebliche Tatsachen.<sup>138</sup> Die erhobenen Beweise hat es vollständig auszuschöpfen, also etwa Zeugen oder Sachverständige umfassend zu einem Beweisthema zu befragen.<sup>139</sup> Die Aufklärungspflicht ist allein bezüglich offenkundiger, also allgemeinbekannter oder gerichtsbekannter Tatsachen<sup>140</sup> sowie durch gesetzlich speziell geregelte Schätzklauseln<sup>141</sup> eingeschränkt. Darüber hinaus ist sie rechtlich begrenzt. Insbesondere sind Verwertungsverbote für einzelne Beweise zu beachten. Dabei muss das Gericht die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots als verfahrensrechtlich erhebliche Tatsachen im obigen Sinne von sich aus aufklären.<sup>142</sup>

Das Gericht hat sich zur Aufklärung der nach diesem Maßstab entscheidungserheblichen Tatsachen grundsätzlich aller erkennbaren und erreichbaren Erkenntnisquellen zu bedienen. Damit die gerichtliche Untersuchung nicht ausufert, muss die Aufklärungstiefe aber sachlich begrenzt sein; notwendig ist also eine gewisse antizipierende Wertung der potenziell zu erhebenden Beweise.<sup>143</sup> In die Entscheidung über eine Beweiserhebung spielt damit einerseits hinein, zu welchem Ergebnis diese führen könnte und welcher Einfluss auf die Entscheidung über Schuld und Strafe zu erwarten ist; es geht also um eine Einschätzung des Beweisthemas und des vermutlichen Wertes des Beweismittels. Bei neuen Beweisen ist zudem das Verhältnis zum bisher ermittelten Tatsachenstoff zu berücksichtigen.<sup>144</sup>

Keine eindeutige Antwort geben Rechtsprechung und Literatur auf die Frage, ab welcher Schwelle das Gericht auf Grundlage dieser antizipierenden Vorüberlegungen zu einer Beweiserhebung verpflichtet ist. Teilweise wird eine Pflicht zur Beweiserhebung gesehen, wenn auch nur die „entfernte Möglichkeit“ besteht, dass sich die Erkenntnisse auf das durch die bisherige Beweisaufnahme abzeichnende

---

<sup>138</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 40 ff.; SSW-StPO-Sätze, § 244 Rn. 28 ff.

<sup>139</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 64 m.w.N.

<sup>140</sup> Dazu umfassend Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 16 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 8 ff.

<sup>141</sup> Schätzklauseln finden sich in den §§ 40 Abs. 3, 73b, 73d Abs. 2, 74c Abs. 3 StGB, § 8 Abs. 3 WiStG, also in der Ermittlung wirtschaftlicher Sanktionen oder Gewinnabschöpfungen. Siehe dazu Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 11 ff.

<sup>142</sup> OLG Hamm StraFo 1999, 92; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 44; SSW-StPO-Sätze, § 244 Rn. 30. – Allerdings gilt nur für die Feststellung von Schuld und Rechtsfolgen das Strengbeweisverfahren; nicht aber für sonstige verfahrenserhebliche Umstände, für die das Freibeweisverfahren zur Anwendung kommt, BGHSt 44, 129, 138; BGH NSTZ 1988, 373; BGH bei Kusch, NSTZ-RR 1999, 259; OLG Hamm StraFo 1999, 92, 93; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 42; SSW-StPO-Sätze, § 244 Rn. 18; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 244 Rn. 7; Radtke/Hohmann-Kelnhofner, § 244 Rn. 18, jeweils m.w.N.

<sup>143</sup> Explizit etwa BGHSt 36, 159, 164 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 49; eingehend SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 16 ff.

<sup>144</sup> BGHSt 36, 159, 164 f.; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 33.

Verfahrensergebnis auswirken könnten.<sup>145</sup> Nach einem engeren Maßstab wird darauf abgestellt, die bisherige Sachlage müsse die konkrete Beweiserhebung „nahelegen“ bzw. „aufdrängen“.<sup>146</sup> In ähnliche Richtung geht der Standard, wonach bekannten Umständen dann durch Beweiserhebung nachzugehen ist, wenn sie auf Grundlage der bisherigen Sachlage „Zweifel wecken“ müssen.<sup>147</sup> Teilweise werden diese Kriterien auch synonym verwendet, so dass sie kaum einen substanziellen Unterschied bedeuten dürften.<sup>148</sup> Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme gilt: Je weniger gesichert das Beweisergebnis erscheint und je größer die Unsicherheitsfaktoren sind, etwa bei einem Indizienprozess oder im Fall Aussage gegen Aussage, desto mehr muss das Gericht auch nach weiteren Beweisen forschen und sie nutzen.<sup>149</sup>

Insgesamt reicht die Aufklärungspflicht des Gerichts damit sehr weit. Lediglich theoretisch denkbaren, jedoch gänzlich unwahrscheinlichen Alternativen zum Anklagevorwurf braucht das Gericht nicht nachzugehen.<sup>150</sup>

### b) Gestaltung der gerichtlichen Untersuchung

Die gerichtliche Untersuchung wird durch den Gerichtsvorsitzenden geleitet.<sup>151</sup> In der Terminologie der StPO ist dies als Verhandlungsleitung bezeichnet, die gem. § 238 Abs. 1 StPO<sup>152</sup> dem Vorsitzenden übertragen ist. Neben der Festlegung des äußeren Rahmens der Hauptverhandlung<sup>153</sup> umfasst sie insbesondere die inhaltliche Gestaltung der Beweisaufnahme.<sup>154</sup> Der Vorsitzende ordnet die einzelnen Beweiserhebungen an (vgl. § 214 Abs. 1 StPO) und bestimmt deren Reihenfolge. Die Be-

<sup>145</sup> BGHSt 23, 176, 188; BGH StV 1983, 265; BGH StV 1989, 518, 519; BGH NSTz 1991, 399; so auch *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 11; als zu weitgehend bezeichnet von KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 33; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 49.

<sup>146</sup> In diesem Sinne BGHSt 36, 159, 165, 46, 73, 79; BGH NSTz 1992, 450, 451; BGH StV 1987, 4; StV 1991, 245; StV 1993, 114; StV 1996, 4 f. Dazu Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 47 Fn. 229 mit erschöpfenden Verweisen.

<sup>147</sup> BGH NSTz-RR 1996, 299.

<sup>148</sup> BGH NSTz 1990, 384; ausdrücklich offengelassen in BGH I StR 775/84, Urt. v. 14.3.1985, abgedruckt bei *Holtz*, MDR 1985, 629.

<sup>149</sup> BGH StV 1996, 249, 250; NSTz-RR 1996, 299; 2003, 205, 206; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 65M *Meyer-Gofner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 12.

<sup>150</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 49; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 11, 21 m.w.N.

<sup>151</sup> Zur Beziehung zwischen Amtsermittlungsgrundsatz und gerichtlicher Verhandlungsleitung *Hellmann*, Strafprozessrecht, Rn. 686 sowie *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 53; KK-StPO-Fischer, Einl. Rn. 14.

<sup>152</sup> § 238 Abs. 1 StPO stellt insoweit die allgemeine Aufgabenzuweisungsnorm dar; in der StPO finden sich indes zahlreiche spezielle Einzelregelungen. Siehe dazu *Radtke/Hohmann-Britz*, § 238 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 1.

<sup>153</sup> Hierunter fällt etwa die Gewährleistung der Öffentlichkeit, die Sitzungspolizei (§ 169 GVG) oder die Terminbestimmung (§ 213 StPO).

<sup>154</sup> Vgl. AnwK-StPO-Sommer, § 238 Rn. 5; SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 4.

weise werden dann vornehmlich durch ihn erhoben; etwa erfolgt die Einvernahme von Beweispersonen hauptsächlich und erschöpfend durch den Vorsitzenden (vgl. § 240 Abs. 1 StPO). Die Verhandlungsleitung umfasst auch wichtige Modalitäten der einzelnen Beweiserhebung. Etwa entscheidet der Vorsitzende über die Vereidigung eines Zeugen oder das Vorliegen und ggf. die Reichweite von Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrechten.<sup>155</sup> Im Rahmen seiner Verhandlungsleitung gestaltet der Vorsitzende auch die Mitwirkung der anderen Verfahrensbeteiligten an der Beweisführung.

Besonders wichtige Entscheidungen wie die Ablehnung (nicht aber die Stattgabe) eines Beweisantrags (§ 244 Abs. 6 StPO) oder die Entfernung des Angeklagten bei einer Zeugenvernehmung (§ 247 StPO) sind demgegenüber von vornherein dem gesamten Spruchkörper übertragen.

## 2. Beanstandung der gerichtlichen Untersuchung

Als erste Gruppe von Beweisführungsrechten sind die rechtlichen Möglichkeiten zu erörtern, die dem Beschuldigten zur Beanstandung von Fehlern der gerichtlichen Untersuchung zur Verfügung stehen.

### *a) Beanstandung sachleitender Anordnungen im Hauptverfahren*

Sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden i.S.v. § 238 Abs. 1 StPO kann der Beschuldigte bereits im Hauptverfahren über die Rügemöglichkeit aus § 238 Abs. 2 StPO beanstanden. Rügt der Beschuldigte auf diese Weise eine Anordnung des Vorsitzenden, entscheidet der gesamte Spruchkörper, der sie dann korrigieren oder durch Gerichtsbeschluss bestätigen kann. Entgegen der früheren Rechtsprechung, die zwischen formeller bzw. äußerer Verhandlungsleitung i.S.v. § 238 Abs. 1 StPO, also der Einhaltung der äußeren Form und Ordnung der Hauptverhandlung, und materieller, auf Förderung der Verhandlung unmittelbar auf das Urteil hin ausgerichteter Sachleitung differenzierte,<sup>156</sup> wird der in § 238 Abs. 2 StPO verwendete Begriff der sachleitenden Anordnung nach der heutigen funktionalen Betrachtung umfassend verstanden. Danach kommt eine Anrufung des Gerichts nunmehr gegen grundsätzlich jede verhandlungsleitende Maßnahme des Vorsitzenden im weitesten Sinne in Betracht.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 13.

<sup>156</sup> RGSt 42, 157, 158; BGH NJW 1957, 271.

<sup>157</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 20; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 16.

b) Beanstandung im Revisionsverfahren im Wege der Verfahrensrüge

Abgesehen von diesem speziellen Rechtsbehelf in der Hauptverhandlung ist für die Beanstandung der Rechtmäßigkeit der gerichtlichen Untersuchung das Rechtsmittelverfahren vorgesehen. Letzte bzw. einzige<sup>158</sup> Rechtsmittelmöglichkeit ist die Revision nach §§ 333 ff. StPO. Rechtsverletzungen des Gerichts bei seiner Untersuchungstätigkeit werden grundsätzlich als sog. „Verfahrensrüge“ (§ 344 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 StPO) beanstandet.

aa) Formelle Anforderungen an die Verfahrensrüge

Eine Verfahrensrüge muss gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO begründet werden. Danach hat der Beschwerdeführer als Zulässigkeitsvoraussetzung die den gerügten Mangel enthaltenden Tatsachen anzugeben. Neben der Benennung des konkret beanstandeten Verfahrensfehlers sind somit die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich der Fehler ergibt. Die Darlegungspflicht umfasst allein die tatsächlichen Umstände, nicht aber dessen rechtliche Bewertung. Lassen sich der Tatsachenschilderung mehrere Verfahrensverstöße entnehmen, ist darüber hinaus anzugeben, welcher genau gerügt wird; dies wird mit dem Merkmal der „Angriffsrichtung“ der Rüge umschrieben.<sup>159</sup>

Der Vortrag der Tatsachen muss möglichst vollständig und genau sein. Die Rechtsprechung umschreibt die erforderliche Dichte der Darstellung in der Weise, dass dem Revisionsgericht eine „Schlüssigkeitsprüfung“ ermöglicht werden muss. Dies besagt, dass das Gericht die Zulässigkeit und Begründetheit der Revision – unter Zugrundelegung, dass alle Behauptungen des Revisionsführers zutreffen – allein anhand der Revisionsbegründungsschrift prüfen können muss.<sup>160</sup> Für den Revisionsvortrag wesentliche Schriftstücke oder Aktenstellen sowie die darin in Bezug genommenen Unterlagen müssen durch Zitate oder inhaltliche Wiedergabe, eingefügte Abschriften oder Ablichtungen im Wortlaut der Revisionsbegründungsschrift selbst enthalten sein.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Bei Urteilen des Strafrichters (§ 25 GVG) oder des Schöffengerichts (§ 28 ff. GVG) steht auch das Rechtsmittel der Berufung, §§ 312 ff. StPO, als zweite Tatsacheninstanz zur Verfügung. Zum Nutzen einer zweiten Tatsacheninstanz instruktiv *Schünemann*, FS Gepfert, S. 649 ff.

<sup>159</sup> BGH NStZ 1998, 636; NStZ 1999, 94; NStZ 2007, 161, 162; NStZ 2010, 403, 404. Zur Übertragung des Begriffs der Angriffsrichtung auf die Widerspruchslösung unten Teil 3 III. A. 2. b) aa).

<sup>160</sup> Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 3, 213, 214; zuletzt etwa BGH NStZ-RR 2013, 222; StraFo 2014, 335, 336. Dazu BeckOK-StiPO-Wiedner, § 344 Rn. 38 m.w.N. Zum Erfordernis der „Schlüssigkeitsformel“ ausführlich *Ritter*, Begründungsanforderungen, S. 103 ff.; *El-Ghazi*, ZStW 125 (2014), 862, 864 ff.

<sup>161</sup> Siehe SK-StiPO-Frisch, § 344 Rn. 48 f. m.w.N.

Die Revisionsbegründungsfrist beträgt gem. § 345 Abs. 1 StPO einen Monat ab Ende der Einlegungsfrist (§ 341 Abs. 1 StPO) bzw. einen Monat nach Zustellung der Urteilsbegründung. Gem. § 345 Abs. 2 StPO kann der Beschuldigte die Revisionsbegründung nur über einen Verteidiger oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einreichen.<sup>162</sup> Die Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten in beiden Fällen. Wechselt der Beschuldigte zur Revisionsinstanz den Verteidiger, so kann sich der neue Verteidiger nicht auf eine persönliche Unkenntnis der maßgeblichen Verfahrensvorgänge berufen; ihn trifft eine Erkundigungspflicht etwa beim Instanzverteidiger.<sup>163</sup>

#### bb) Rügepotenzial der Verfahrensrüge

Über die – die genannten formellen Anforderungen erfüllende – Verfahrensrüge kann eine Reihe verschiedener gerichtlicher Fehler bei der Untersuchung in der Hauptverhandlung gerügt werden.

Kommt das Gericht seiner Ermittlungspflicht nicht im nötigen Umfang nach, so können die Verfahrensbeteiligten dies in der Revision als Verletzung des § 244 Abs. 2 StPO mit der sog. „Aufklärungsrüge“ beanstanden.<sup>164</sup> Dies gilt auch für die unvollständige „Ausschöpfung“ eines Beweismittels.<sup>165</sup> Ferner kann in der Revision auch gerügt werden, dass das Gericht Beweisverwertungsverbote übersehen oder falsch bewertet hat und die betreffenden Beweise deshalb in das Urteil eingeflossen sind.<sup>166</sup> Verletzte Verfahrensnorm i.S.v. § 337 StPO ist in diesem Fall die Bestimmung, aus deren Verstoß sich das Beweisverwertungsverbot ergibt.<sup>167</sup> Auch gerichtliche Fehler aus dem Anwendungsbereich des § 238 Abs. 2 StPO können als Verletzungen der jeweiligen Rechtsnormen gerügt werden. Wurde gem. § 238 Abs. 2 StPO ein Beschluss des gesamten Spruchkörpers herbeigeführt,<sup>168</sup> steht auch der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO im Raum, der allerdings nach Auslegung der Rechtsprechung nicht automatisch zur Urteilsaufhebung führt.<sup>169</sup>

<sup>162</sup> Zur damit bezweckten „Siebfunktion“ Löwe/Rosenberg-Franke, Vor § 333 Rn. 14; Löwe/Rosenberg-ders., § 345 Rn. 17.

<sup>163</sup> BVerfG StraFo 2005, 512 f.; BGH StV 2006, 459; BGHSt 52, 355, 358.

<sup>164</sup> Zur Aufklärungsrüge *Dahs/Müssig*, Revision, Rn. 326 ff.

<sup>165</sup> Zur damit verbundenen Problematik der unzulässigen „Rekonstruktion der Beweisaufnahme“ sogleich III. B. 2. b) cc).

<sup>166</sup> Näher *Hamm/Sarstedt*, Revision, Rn. 934 ff. Zur Abwandlung dieses Grundsatzes durch die sog. „Widerspruchslösung“ unten Teil 3 III. A. 2.

<sup>167</sup> SK-StPO-Velten, § 261 Rn. 63 ff. knüpft an einen Verstoß gegen § 261 StPO an.

<sup>168</sup> Zur Frage, inwieweit das Unterlassen einer Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO zu einer Präklusion der entsprechenden Revisionsrüge führt, eingehend unten Teil 3 III. A. 1.

<sup>169</sup> Dazu *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 338 Rn. 58 ff. m.w.N.

cc) Einschränkungen des Rügepotenzials (Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung)

Das Rügepotenzial der Verfahrensrüge für den Beschuldigten ist allerdings aufgrund der Ausgestaltung in der Rechtsprechung erheblich beschnitten. Den Ausgangspunkt hierfür bildet die Konzeption der Revision als Überprüfungsverfahren im Hinblick auf Gesetzesverletzungen. Daraus leitet die Rechtsprechung als „Aufgaben- oder Verantwortungsteilung“<sup>170</sup> ab, dass das Revisionsgericht grundsätzlich an die sachlichen Feststellungen des Tatgerichts, das sich unter dem Eindruck der unmittelbaren und mündlichen Hauptverhandlung seine Überzeugung gebildet hat, gebunden sein soll.<sup>171</sup> Die Kontrolle der tatgerichtlichen Beweiswürdigung und der daraufhin getroffenen Tatsachenfeststellung durch das Revisionsgericht soll daher grundsätzlich ausgeschlossen sein. Insbesondere soll das Revisionsgericht nicht die Würdigung des Tatgerichts, die auf der unmittelbaren und mündlichen Hauptverhandlung beruht, durch eine eigene Beweiswürdigung ersetzen können; es soll keine weitere Tatsacheninstanz geschaffen werden. Daher ist dem Revisionsgericht die Durchführung einer eigenen Beweisaufnahme versagt; es ermittelt lediglich freibeweislich die tatsächliche Grundlage gerügter Verfahrensmängel.<sup>172</sup> Darüber hinausgehend hat die Rechtsprechung aus der Konzeption der Revision aber ein Verbot jeder freibeweislichen Überprüfung abgeleitet, die auf eine Wiederholung der Beweisaufnahme hinausläufe.<sup>173</sup> Dies wird als Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung bezeichnet. Verfahrensrügen, deren Bearbeitung eine solche Überprüfung erforderlich machen würde, sind von vornherein unzulässig.

Dies wirkt sich zum einen auf die Aufklärungsrüge aus. Eine Rüge, die Anhaltspunkte für ein Aufklärungsdefizit aus einer Aussage einer Beweisperson herleitet, ist aufgrund der dazu notwendigen Rekonstruktion der Aussage unzulässig.<sup>174</sup> Auch die Aufklärungsrüge des Inhalts, dass ein Beweismittel nicht ausgeschöpft wurde, scheitert an diesem Hindernis.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> BGH NStZ-RR 2011, 51, 52; KK-StPO-*Hannich*, Vor §§ 333 ff. Rn. 1; SK-StPO-*Frisch*, Vor § 333 Rn. 6 f. m.w.N.

<sup>171</sup> Aus der neueren Rechtsprechung BGH NStZ-RR 2011, 51, 52; NStZ-RR 2013, 75, 77. Dazu eingehend SK-StPO-*Frisch*, Vor § 333 Rn. 6 f.; Löwe/Rosenberg-*Franke*, Vor. § 333 Rn. 1 f., 5; KK-StPO-*Hannich*, Vor §§ 333 ff. Rn. 1, 5; SSW-StPO-*Widmaier/Momsen*, Vor § 333 ff. Rn. 1 f.; BeckOK-StPO-*Wiedner*, § 337 Rn. 87.

<sup>172</sup> Löwe/Rosenberg-*Franke*, Vor § 333 Rn. 3; SK-StPO-*Frisch*, Vor § 333 Rn. 4.

<sup>173</sup> BGHSt 15, 347, 349 f.; 17, 351, 352; 21, 149, 151; 28, 384, 387; 29, 18, 20 f.; 31, 139, 140; 38, 14, 15 f.; BGH NStZ 1990, 35; StV 2012, 587 f. Aus der Literatur SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 77; *Bartel*, Verbot der Rekonstruktion, S. 20 ff., 42 ff.

<sup>174</sup> SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 78; *Bartel*, Verbot der Rekonstruktion, S. 36 ff. mit weiteren Beispielen.

<sup>175</sup> BGHSt 17, 351, 352 f.; BGH NStZ 1997, 296; NStZ 1997, 450; NStZ 2000, 156; *Bartel*, Verbot der Rekonstruktion, S. 39 ff.; SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 78 m.w.N. Mit einigen Beispielfällen *Wilhelm*, HRRS 2015, 246, 247.

Betroffen vom Rekonstruktionsverbot sind aber auch Konstellationen, in denen die „Verhandlungswidrigkeit“<sup>176</sup> des im Urteil festgestellten Sachverhalts gerügt wird. Die entsprechende Revisionsrüge bildet nach h.M. eine Untergruppe der als „Inbegriffsrüge“ bezeichneten Verletzung des § 261 StPO.<sup>177</sup> Gerügt wird dabei, der Beschuldigte, ein Zeuge oder Sachverständiger habe anders als im Urteil wiedergegeben ausgesagt, oder Teile einer Aussage seien im Urteil nicht gewürdigt worden.<sup>178</sup> Eine solche fehlerhafte Würdigung kann auf – ggf. durch die oben skizzierte, systemimmanente Voreingenommenheit des Gerichts hervorgerufenen – Wahrnehmungsfehlern, Erinnerungsschwierigkeiten bei langwierigen Verfahren oder gar auf Unredlichkeit beruhen.<sup>179</sup> Auch eine solche unrichtige Wiedergabe des Ergebnisses einzelner Beweisaufnahmen scheidet regelmäßig am Rekonstruktionsverbot.<sup>180</sup>

Ausnahmen vom Rekonstruktionsverbot bestehen einzig, wenn die Rüge mittels Hauptverhandlungsprotokoll, dem Urteil oder anhand von zugleich in den Ermittlungsakten fixierten Beweismitteln nachvollzogen werden kann.<sup>181</sup> Da das Hauptverhandlungsprotokoll nicht als ein Inhaltsprotokoll ausgestaltet ist (vgl. § 273 Abs. 1 StPO),<sup>182</sup> kann es nur im Hinblick auf einzeln nach § 273 Abs. 3 StPO protokollierte Aussagen oder Äußerungen helfen, die Hürde des Rekonstruktionsverbots zu nehmen.<sup>183</sup> Allerdings muss es für eine solche wörtliche Protokollierung über den Inhalt hinausgehend gerade auf den genauen Wortlaut der Aussage ankommen.<sup>184</sup> Überdies ist die Ablehnung eines Antrags des Beschuldigten auf wörtliche Protokollierung gem. § 273 Abs. 3 StPO durch den Vorsitzenden bzw. das

<sup>176</sup> Mit dieser Bezeichnung *Geipel*, ZAP Fach 13 (2012), 1777, 1783.

<sup>177</sup> Näher KK-StPO-*Ott*, § 261 Rn. 79; Löwe/Rosenberg-*Sander*, § 261 Rn. 171. BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 261 Rn. 62, fasst diesen Angriffspunkt unter die „verfahrensrechtliche Darstellungsrüge“.

<sup>178</sup> Vgl. BGHSt 21, 149; 29, 18, 21; 43, 212, 213; BGH NSTZ 1990, 35; SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 78; Radtke/Hohmann-*Pegel*, Rn. 95; KK-StPO-*Ott*, Rn. 78; *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 50 und 1880; *Bockemühl*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 51, 53; *Schwenn*, DIE ZEIT v. 19.11.2015.

<sup>179</sup> Vgl. *Wilhelm*, ZStW 117 (2005), 143 f.; *Bockemühl*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 51, 52 f., 57 f. Einen besonders drastischen Fall der bewussten Auslassung von Aussagen im Urteil schildert *Schwenn*, DIE ZEIT v. 19.11.2015.

<sup>180</sup> BGHSt 43, 212, 213; vgl. auch *Schlothauer*, StV 1992, 134, 135.

<sup>181</sup> Grundlegend BGHSt 17, 351, 352 f.; ebenso BGH NSTZ 1997, 296; NSTZ 1997, 450, 451; BGH 3 StR 403/08, Urt. v. 13.11.2008, Tz. 6 [juris].

<sup>182</sup> Auch die protokollarische Aufnahme des wesentlichen Inhalts von Vernehmungen in Hauptverhandlungen vor den Amtsgerichten (§ 273 Abs. 2 StPO) unterfällt nicht der positiven Beweiskraft des Protokolls, so dass auch insoweit das Rekonstruktionsverbot greift. Vgl. BGHSt 29, 18; 38, 14; KK-StPO-*Greger*, § 273 Rn. 19.

<sup>183</sup> Vgl. BGHSt 38, 14, 16; BGH StV 2003, 320.

<sup>184</sup> *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 273 Rn. 22; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 51 Rn. 5; *Malek*, StV 2011, 559, 563; *Krauß*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage I, S. 547, 549.

Gericht nicht revisibel.<sup>185</sup> Eine durchgängige audiovisuelle Aufzeichnung könnte diesen begrenzten Wert des Hauptverhandlungsprotokolls schlagartig ändern. Indes sehen sich entsprechende Vorschläge<sup>186</sup> aufgrund ihrer möglichen – hier nicht näher darstellbaren – Auswirkungen auf die Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht bzw. das Revisionsverfahren vielen Bedenken ausgesetzt.<sup>187</sup>

Wie bereits angesprochen, kann das Rekonstruktionsverbot auch für solche Teile der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung überwunden werden, die zugleich in den Akten schriftlich fixiert sind. Hierfür kommen in erster Linie in der Hauptverhandlung gem. § 249 Abs. 1 bzw. § 251 Abs. 1 oder 2 StPO verlesene Urkunden, aber auch zu den Akten gereichte Augenscheinsobjekte in Betracht.<sup>188</sup> Eine Inbegriffsrüge, welche die unterlassene Würdigung einer verlesenen Zeugenaussage beanstandet, scheidet beispielsweise nicht am Rekonstruktionsverbot.<sup>189</sup> Keine Hilfestellung bieten die Ermittlungsakten demgegenüber für die Rüge der Verletzung weitergehender Aufklärungspflichten aufgrund von Widersprüchen zwischen der Aussage eines Zeugens in der Hauptverhandlung und des Protokolls seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren.<sup>190</sup> Das Rekonstruktionsverbot überwinden können ferner in der Hauptverhandlung abgespielte Bild-Ton-Aufzeichnungen, etwa von einer früheren richterlichen Zeugenvernehmung nach § 255a Abs. 2 StPO. Allerdings ist die konkrete Reichweite dieser Ausnahme für das revisionsrechtliche Rekonstruktionsverbot noch weitgehend umstritten.<sup>191</sup>

<sup>185</sup> BGH bei *Kusch*, NStZ 1994, 23, 25. Laut KK-StPO-*Greger*, § 273 Rn. 35; BeckOK-StPO-*Peglau*, § 273 Rn. 44 ist insoweit ein Beruhen i.S.v. § 337 StPO von vornherein ausgeschlossen.

<sup>186</sup> Etwa BRAK, Gesetz zur Verbesserung der Wahrheitsfindung; dazu *Malek*, StV 2011, 559, 564; *Weigend*, StraFo 2013, 45, 52; *Bockemühl*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 51 ff. Kritisch zu den Beschränkungen der Protokollierung *Geipel*, ZAP Fach 13 (2012), 1777, 1785; *Wilhelm*, HRRS 2015, 246 ff.; *Schwenn*, DIE ZEIT v. 19.11.2015.

<sup>187</sup> Vgl. BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 132 ff., die nur eine Prüfpflicht für eine audiovisuelle Aufzeichnung ausspricht, die sicherstellen soll, dass die „bisherige Aufgabenverteilung“ zwischen Tat- und Revisionsgericht beibehalten wird. Eingehend *Krauß*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 547, 564 ff. Keine neuen Schwierigkeiten sehen demgegenüber *Ignor/Schlothauer*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 476 ff.

<sup>188</sup> Vgl. BGHSt 29, 18, 21; 43, 212, 214; KK-StPO-*Ott*, § 261 Rn. 78; Radtke/Hohmann-*Pegel*, § 261 Rn. 95; *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 1882 f. Speziell für Augenscheinsobjekte jüngst BGH StV 2015, 758.

<sup>189</sup> Vgl. BGH StV 2015, 757 f.

<sup>190</sup> BGH NStZ 1992, 506.

<sup>191</sup> BGHSt 48, 268, 273 lehnt etwa für die Rüge der mangelnden Ausschöpfung eines Beweismittels die Zulässigkeit der Rekonstruktion mit Verweis auf die Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht ab; zustimmend Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 255a Rn. 26; KK-StPO-*Diemer*, § 255a Rn. 15; die allerdings die Rekonstruktion für die Beanstandung der „verhandlungswidrigen“ Wiedergabe der Aufzeichnung im Urteil über die Inbegriffsrüge zulassen; für Letzteres auch *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 255a Rn. 13; SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 83. Demgegenüber will *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 1331 mit Fn. 1743, auch bei der unterlassenen Ausschöpfung eine Ausnahme vom Rekonstruktionsverbot zulassen.



c) *Beanstandung im Revisionsverfahren im Wege der Sachrüge*  
(sog. „Darstellungsrüge“)

Neben der Verfahrensrüge bietet mittlerweile auch die Sachrüge, also die Rüge der Verletzung einer anderen als einer Verfahrensnorm (§ 344 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO), Anknüpfungspunkte für eine Beanstandung der gerichtlichen Untersuchungstätigkeit in der Hauptverhandlung.

Wie bereits erläutert, wurde die Revision als Überprüfungsverfahren für Gesetzesverletzungen geschaffen. Nach der daraus folgenden „Aufgaben- oder Verantwortungsteilung“ zwischen Tat- und Revisionsgericht ist das Revisionsgericht grundsätzlich an die sachlichen Feststellungen des Tatgerichts gebunden, das sich unter dem Eindruck der unmittelbaren und mündlichen Hauptverhandlung seine Überzeugung gebildet hat.<sup>192</sup> Angriffspunkt der Sachrüge ist daher im Ausgangspunkt die fehlerhafte Anwendung des materiellen Strafrechts auf den prozessual ermittelten Sachverhalt.<sup>193</sup>

Über die ursprüngliche gesetzliche Konzeption hinausgehend hat die Rechtsprechung aber bereits früh auch Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung des Tatgerichts einer gewissen Überprüfung des Revisionsgerichts zugänglich gemacht. Diese Entwicklung hat sich in den letzten Jahrzehnten noch weiter verstärkt, so dass in der Wissenschaft nunmehr von einer „erweiterten Revision“ gesprochen wird.<sup>194</sup> Die entsprechende Sachrüge wird in der Praxis als „Darstellungsrüge“ bezeichnet, da die Kontrolle der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung zugleich – und letztlich auch ausschließlich – an der Darstellung in den Urteilsgründen ansetzt.<sup>195</sup>

Infolge dieser Erweiterung bestehen eine Reihe von Einfallstoren für die revisionsrechtliche Kontrolle von Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung im Wege der Sachrüge.<sup>196</sup> Zum einen prüft das Revisionsgericht, ob die Tatsachenfeststellung im Urteil in sich geschlossen, verständlich und widerspruchsfrei ist und mit den Denkgesetzen und dem Erfahrungswissen in Einklang steht. Des Weiteren

---

<sup>192</sup> Dazu bereits eingehend oben III. B. 2. b) cc).

<sup>193</sup> Vgl. SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 99; Löwe/Rosenberg-Franke, § 337 Rn. 73.

<sup>194</sup> Zu dieser Entwicklung Fezer, FS Hanack, S. 331 ff., insb. 350 ff.; SK-StPO-Frisch, Vor § 333 Rn. 8 f.; SK-StPO-ders., § 337 Rn. 118 ff.; ders., FS Fezer, S. 353 (357 ff.); Löwe/Rosenberg-Franke, Vor § 333 Rn. 4, 10; Löwe/Rosenberg-ders., § 337 Rn. 94 ff.; Bartel, Verbot der Rekonstruktion, S. 7 f. Siehe auch BVerfGE 122, 248, 276.

<sup>195</sup> Vgl. zu dieser Begrifflichkeit SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 118. Fezer, FS Hanack, S. 331, 332 mit Fn. 1 präferiert den Begriff der „Darstellungsprüfung“, um deutlich zu machen, dass es sich dabei nicht um eine eigens zu erhebende Rüge handelt, sondern das Revisionsgericht ohne Notwendigkeit einer Revisionsbegründung von sich aus in die Prüfung eintritt.

<sup>196</sup> Zum Folgenden eingehend SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 118 ff.; Löwe/Rosenberg-Franke, § 337 Rn. 97, 104 ff.

kann auch die Beweiswürdigung einen Darstellungsmangel aufweisen, wenn sie unklar, widersprüchlich oder lückenhaft ist.<sup>197</sup> Für eine vollständige Beweiswürdigung hat die Revisionsrechtsprechung mittlerweile detaillierte Kriterien für unterschiedlichste Konstellationen entwickelt.<sup>198</sup> Insbesondere besteht die Pflicht zur „erschöpfenden“ Beweiswürdigung, die eine Erörterung naheliegender alternativer Möglichkeiten oder Sachverhaltsgestaltungen erfordert.<sup>199</sup> Schließlich darf das Tatgericht nicht die Anforderungen an seine Überzeugung unterschätzen und sich auf bloße Vermutungen stützen.<sup>200</sup>

Die auf diese Weise „erweiterte Revision“ eröffnet dem Beschuldigten die Möglichkeit, die Vollständigkeit der gerichtlichen Untersuchung auch über die Sachrüge der Revisionsprüfung zugänglich zu machen. Beispielsweise kann die unterlassene Hinzuziehung eines Sachverständigen zu einer lückenhaften und damit unplausiblen Tatsachengrundlage führen, weil nicht ersichtlich ist, weshalb das Gericht über eigene Sachkunde verfügt.<sup>201</sup> Nach Beobachtung der Strafrechtswissenschaft ist die Überprüfung im Wege der Darstellungsrüge mittlerweile in weiten Teilen an die Stelle der Verfahrensrügen, insbesondere der Aufklärungsrüge, getreten.<sup>202</sup> Wie beschrieben, unterliegt die Verfahrensrüge einer detaillierten Begründungspflicht, die überdies immer weiter verschärft wird.<sup>203</sup> Demgegenüber besteht für die Erhebung der Sachrüge im Gegensatz zur Verfahrensrüge keinerlei Begründungspflicht des Revisionsführers. Scheitert die Verfahrensrüge an den Begründungserfordernissen, entsteht für das Revisionsgericht, wie in der Wissenschaft kritisch angemerkt wird, einen weiter Entscheidungsspielraum, wann es korrigierend eingreift oder eine Entscheidung unangetastet lässt.<sup>204</sup>

<sup>197</sup> Aus der neueren Rechtsprechung BGH NStZ-RR 2013, 51; NStZ-RR 2013, 75, 77.

<sup>198</sup> Siehe die Zusammenstellungen bei *Dahs/Müssig*, Revision, Rn. 435 ff.; und SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 128 ff.

<sup>199</sup> BGH NStZ-RR 2003, 206, 207; NStZ-RR 2009, 184 f.; NStZ-RR 2009, 377 f.; NStZ-RR 2013, 51; NStZ-RR 2013, 88, 89; einschränkend BGH StraFo 2010, 386, 387. Siehe dazu SK-StPO-Frisch § 337 Rn. 131 und *El-Ghazi*, Sach- und Verfahrensrüge, S. 29 f. jeweils m.w.N.

<sup>200</sup> Siehe etwa zuletzt BGH StV 2014, 610; StV 2015, 740 f. Aus der Kommentarliteratur Löwe/Rosenberg-Franke, § 337 Rn. 130 ff. m.w.N.

<sup>201</sup> So die Konstellation in BGH StV 1988, 52.

<sup>202</sup> Ausführlich *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 351 f.

<sup>203</sup> Dazu eingehend unten Teil 3 III. A. 3.

<sup>204</sup> In diesem Sinne kritisch *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 351 ff. Siehe ferner *ders.*, Die erweiterte Revision, S. 52, wonach die Revisionsgerichte ein „doppeltes Spiel“ betreiben können, so auch *Barton*, Revisionsrechtsprechung, S. 217 und *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, S. 51 ff.

*d) Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung*

Die beschriebene Möglichkeit, die gerichtliche Untersuchung spätestens im Revisionsverfahren zu beanstanden, wird von der Rechtsprechung wie von der ganz herrschenden Meinung im strafrechtlichen Schrifttum nicht als verfassungsrechtlich verankert angesehen.<sup>205</sup> Nach dem noch immer geltenden verfassungsrechtlichen „Dogma“ beinhaltet Art. 19 Abs. 4 GG – von einigen punktuellen, kaum systematisch erfassbaren Ausnahmen, für die teilweise auch der allgemeine Justizgewährungsanspruch herangezogen wird,<sup>206</sup> abgesehen – kein Recht auf einen Instanzenzug.<sup>207</sup> Denn ein gerichtliches Urteil wird nicht als öffentliche Gewalt i.S. der Rechtsschutzgarantie angesehen. Verfassungsrechtliche Vorgabe für die Revision ist danach lediglich, die Rechtsmittelmöglichkeit, sofern der Gesetzgeber denn eine solche gewährt, effektiv auszugestalten, also den Zugang zum Revisionsgericht nicht unzumutbar zu erschweren.<sup>208</sup> Auch Art. 6 EMRK beinhaltet nach Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kein Recht auf einen Instanzenzug. Zwar sieht Art. 2 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ein Rechtsmittelrecht gegen strafrechtliche Verurteilungen vor; jedoch hat Deutschland dieses Protokoll nicht ratifiziert.<sup>209</sup>

Die skizzierte herrschende Auffassung im Verfassungsrecht überzeugt jedenfalls für das deutsche Strafverfahren nicht. In der – durch den Rahmen dieser Arbeit bedingten – Kürze: Mit der beschriebenen Ausgestaltung als Amtsermittlungsverfahren fungiert das Tatgericht zugleich als Entscheidungs- und *Untersuchungsorgan*. Als solches hat es die Verfahrensherrschaft inne und sorgt, wie beschrieben, selbst für die notwendige Sachverhaltsgrundlage des späteren Urteils. Diese Besonderheit erschließt sich gerade mit rechtsvergleichendem Blick auf das adversatorische Verfahrensmodell.<sup>210</sup> Während das Gericht im dortigen Hauptverfahren die von der Staatsanwaltschaft vorgetragene Sachverhaltshypothese prüft, wird im Amtsermittlungsverfahren der Sachverhalt erst *durch das Gericht selbst* in der Hauptverhandlung erarbeitet. *Schünemann* bezeichnet das deutsche Strafverfahren dementsprechend als „Eingriffsverfahren“ und rechnet das Tatgericht (auch) der

---

<sup>205</sup> Zuletzt aus der Rechtsprechung BVerfGE 104, 221, 231 f.; 107, 395, 404 ff.; 112, 185, 207; aus der Literatur Löwe/Rosenberg-Jesse, Vor § 296 Rn. 10 ff.; Radtke/Hohmann-Radtke, § 296 Rn. 2; SK-StPO-Frisch, Vor §§ 296 ff. Rn. 17 ff. m.w.N.

<sup>206</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395, 404 ff.

<sup>207</sup> Zu dieser Thematik, die hier nur überblicksweise dargestellt werden kann, eingehend Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4 Rn. 96 ff. Grundlegend für die im Vordringen befindliche Gegenansicht *Vobkühle*, Rechtsschutz gegen den Richter.

<sup>208</sup> BVerfGE 112, 185, 208; 130, 1, 31; siehe auch SK-StPO-Frisch, Vor §§ 296 ff. Rn. 17.

<sup>209</sup> Näher Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK Rn. 991 ff.

<sup>210</sup> Zum adversatorischen Verfahren als Modell oben Teil I II. D. 2.; zum US-amerikanischen Verfahren unten Teil 4.

Exekutive zu.<sup>211</sup> In der Kategorisierung *Bäckers* richtet sich die Tätigkeit des amts-ermittelnden Gerichts nicht nur nach Kontroll- sondern auch nach Handlungs-normen;<sup>212</sup> ähnlich differenziert *Haas* zwischen Beurteilungsnormen bzw. dem Urteilsmaßstab auf der einen und Verhaltensnormen auf der anderen Seite.<sup>213</sup>

Wie bereits oben theoretisch hergeleitet, muss der Beschuldigte aber möglicher-weise rechtswidrige Untersuchungshandlungen von Strafverfolgungsorganen bei einem neutralen Dritten beanstanden können. Denn aufgrund des immanenten Ri-sikos eines Fehlurteils muss ein lückenloser Einfluss auf die Gewinnung der Sach-verhaltsgrundlage gewährt werden, was auch die Gewährleistung einer Kontrolle der Rechtmäßigkeit der staatlichen Beweisführung beinhaltet.<sup>214</sup> Auf die Herleitung von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten in der Dogmatik des Grundgesetzes übertragen bedeutet dies: In seiner Funktion als Untersuchungsor-gan kann das Tatgericht, etwa durch unzulässige Beweisführungen oder Sachlei-tungsanordnungen, die sich auf das Strafurteil auswirken, auf rechtswidrige Weise in das Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) eingreifen. Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs ist eine Beanstandungsmöglichkeit notwendig, weil nur auf diese Weise der Beschuldigte mitverantwortlich ist und das – der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten zugänglich gemachte – Schuldprinzip gewahrt bleibt.<sup>215</sup>

Für die Handlungen, die das Gericht als Untersuchungsorgan vornimmt, ist daher im Amtsermittlungsverfahren verfassungsrechtlich eine Beanstandungs- bzw. Kon-trollmöglichkeit gefordert.<sup>216</sup> Mit der Revision besteht jedenfalls im Grundsatz eine solche Kontrollmöglichkeit, auch wenn mit Blick auf die geschilderten Einschrän-kungen des Rügepotenzials der Verfahrensrüge infolge der unzureichenden Doku-mentation in der Hauptverhandlung eine nicht unerhebliche Rechtsschutzlücke zu beklagen ist.<sup>217</sup> Eine hauptverhandlungsinterne Beanstandungsmöglichkeit, wie mit

---

<sup>211</sup> *Schünemann*, FS Geppert, S. 649, 653; *ders.*, StV 2010, 538, 543 Fn. 51. Entspre-chende Ansätze finden sich auch bei *Herrmann*, ZStW 100 (1988), 41, 46 f. – Für den Begriff des Eingriffsverfahrens vgl. auch *Haas*, Strafbegriff, S. 421 ff., der damit nach seiner Konzeption die dem Ermittlungsverfahren entsprechende erste Stufe des Verfahrens beschreibt, in dem die Staatsanwaltschaft einen möglichen staatlichen Strafanspruch unter-sucht und formuliert.

<sup>212</sup> *Bäcker*, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, S. 339, 366.

<sup>213</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 351, 418.

<sup>214</sup> Siehe oben Teil 1 II. B. 2. a).

<sup>215</sup> Zur verfassungsrechtlichen Herleitung der Notwendigkeit von Beteiligung und Pro-zessverantwortung des Beschuldigten aus dem Schuldprinzip als Schranken-Schranke des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG eingehend oben II. A. 2. a).

<sup>216</sup> Vgl. *Bäcker*, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, S. 339, 364 ff., dabei insb. 366 f.; *Schünemann*, FS Geppert, S. 649, 653.

<sup>217</sup> Vgl. MüKo-StPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 394.

§ 238 Abs. 2 StPO vorhanden, wäre als alleinige Umsetzung demgegenüber nicht ausreichend, da das Tatgericht selbst wegen seiner Doppelfunktion nicht als neutraler Dritter gelten kann.<sup>218</sup>

### 3. Inhaltliche Begleitung der gerichtlichen Untersuchung

Zu den Beweisführungsrechten des Beschuldigten zählen weiter solche Rechte, die ihm ermöglichen, die gerichtliche Untersuchung inhaltlich zu begleiten. Hierunter fallen im deutschen Strafverfahrensrecht Erklärungs- und Fragerechte, die eine gewisse Mitgestaltung des Erkenntnisgewinnes von gerichtlich eingeführten Beweisen ermöglichen.

#### a) Erklärungsrechte

Zunächst ist dem Beschuldigten gestattet, an verschiedenen Stellen im Prozess Erklärungen zur Sach- und Rechtslage abzugeben. Bereits während der Beweisaufnahme hat der Beschuldigte nach jeder Beweiserhebung das Recht, eine Erklärung dazu abzugeben (§ 257 Abs. 1 StPO); seinem Verteidiger ist diese Möglichkeit auf Antrag zu gewähren (§ 257 Abs. 2 StPO). Inhaltlich kann sich die Erklärung auf sachliche, materiell-rechtliche oder prozessuale Umstände der jeweiligen Beweiserhebung beziehen, also etwa auch auf die Geltendmachung eines Erhebungs- oder Verwertungsverbots.<sup>219</sup> Darüber hinaus sind dem Beschuldigten für bestimmte Ereignisse im Prozess Erklärungsrechte gewährt.<sup>220</sup> Abgesehen von diesen ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen hat der Beschuldigte in allen Situationen des Prozesses einen Anspruch auf Erteilung des Wortes, solange nicht vorrangiges Prozessgeschehen gestört wird.<sup>221</sup>

Nach Schluss der Beweisaufnahme haben der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger gem. § 258 Abs. 1 StPO die Möglichkeit, einen Schlussvortrag zu halten, in

---

<sup>218</sup> Eingehend zur Definition von Rechtsprechung i.S.v. Art. 92 GG als „Entscheidung über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses durch einen unbeteiligten Dritten“ Haas, Strafbegriff, S. 305 ff., insb. 339.

<sup>219</sup> Zur sog. „Widerspruchslösung“ unten Teil 3 III. A. 2.

<sup>220</sup> Etwa das Recht, nach § 248 Satz 2 StPO vor der Entlassung von Zeugen und Sachverständigen eine Erklärung abzugeben.

<sup>221</sup> *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1011 ff. Mit dem Vorschlag der gesetzlichen Regelung einer Eröffnungserklärung zu Verfahrensbeginn jüngst Empfehlung 12.2 der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 20, 115 ff. Dieser Vorschlag ist im Entwurf der Bundesregierung eines „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ in einem neuen § 243 Abs. 5 Satz 3–4 StPO-E umgesetzt, siehe RegE v. 14.12.2016, abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxistauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [zuletzt abgerufen im Dezember 2016]. – Zum *opening statement* im US-amerikanischen Verfahren unten Teil 4 III. B. 4. b) aa).

dem das gesamte Prozessergebnis umfassend und strukturiert in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewürdigt und mit einem bestimmten Antrag verbunden werden kann. Zudem hat der Beschuldigte gem. § 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO das Recht auf ein letztes Wort, bevor das Gericht über das Urteil berät.

Grundsätzlich sind der Länge der abgegebenen Erklärungen keine zeitlichen Schranken gesetzt.<sup>222</sup> Inhaltlich besteht gerade beim letzten Wort weitgehende Redefreiheit.<sup>223</sup> Missbräuchlichem Agieren beim Vortrag des letzten Worts und beim Schlussvortrag, etwa durch fortwährende Wiederholung oder Weitschweifigkeit, darf allerdings durch sachleitende Maßnahmen des Vorsitzenden i.S.v. § 238 Abs. 1 StPO begegnet werden.<sup>224</sup> Als zulässig werden Abmahnungen sowie, als *ultima ratio*, der Entzug des Worts angesehen. Überdies darf eine Erklärung nach § 257 StPO nicht den Schlussvortrag vorwegnehmen (§ 257 Abs. 3 StPO) oder den Bezug zur jeweiligen Beweiserhebung vermissen lassen.<sup>225</sup> Der Schlussvortrag des Verteidigers darf nach der überwiegenden Ansicht grundsätzlich nur den Inhalt und das Ergebnis der Hauptverhandlung i.S.v. § 261 StPO zum Gegenstand haben.<sup>226</sup> Sein Erklärungsrecht beschränkende oder versagende Anordnungen kann der Beschuldigte gem. § 238 Abs. 2 StPO beanstanden. Zudem kann er die Beschränkung oder die Entziehung seiner Erklärungsrechte in der Revision als Verfahrensfehler rügen.<sup>227</sup>

### b) Fragerechte

Zur Begleitung der richterlichen Beweisführung sind dem Beschuldigten zweitens Fragerechte gegenüber den Beweispersonen gewährt.

#### aa) Rechtliche Ausgestaltung

Gem. § 240 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 StPO hat der Vorsitzende neben den Schöffen und der Staatsanwaltschaft sowohl dem Beschuldigten also auch dem Verteidiger

---

<sup>222</sup> Für den Schlussvortrag: Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 258 Rn. 26; SK-StPO-Velten, § 258 Rn. 24. Für das letzte Wort Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 258 Rn. 25; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 258 Rn. 49; Malek, Hauptverhandlung, Rn. 634; siehe bereits RGSt 64, 57, 58. Für Erklärungen nach § 257 StPO: SK-StPO-Velten, § 257 Rn. 8; Salecker, Äußerungsrecht, S. 66 ff.

<sup>223</sup> BGH StV 1985, 355, 356; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 258 Rn. 25; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 258 Rn. 47 ff.

<sup>224</sup> BGHSt 3, 368, 369; BGH MDR 1964, 72; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257 Rn. 50 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 258 Rn. 26 bzw. 16; für eine Beschränkung auf strafrechtswidriges Verhalten dagegen SK-StPO-Velten, § 258 Rn. 10 ff.

<sup>225</sup> Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257 Rn. 21; näher Salecker, Äußerungsrecht, S. 63.

<sup>226</sup> Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 258 Rn. 27 ff., Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 258 Rn. 13; weiter SK-StPO-Velten, § 258 Rn. 25 ff.

<sup>227</sup> Zur Frage, inwieweit die Revisionsrüge bei unterlassener Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO präkludiert ist, unten Teil 3 III. A. 1.

zu gestatten, selbst Fragen an Zeugen und Sachverständige zu stellen. Zeitpunkt und Reihenfolge der Befragung bestimmt der Vorsitzende im Rahmen seiner Verhandlungsleitung (§ 238 Abs. 1 StPO).<sup>228</sup> Das Fragerecht ergänzt die gerichtliche Befragung (§ 238 Abs. 1, 240 Abs. 1 StPO). Es dient dazu, von der Beweisperson Angaben über bestimmte Tatsachen zu erhalten. Die Produktion eines zusammenhängenden Sachberichts (§ 69 StPO) ist dagegen nicht bezweckt; dies ist vielmehr der Vernehmung des Vorsitzenden überlassen.<sup>229</sup> Von vornherein untersagt ist die unmittelbare Befragung von Mitbeschuldigten durch den Beschuldigten selbst (§ 240 Abs. 2 Satz 2 StPO);<sup>230</sup> bei minderjährigen Zeugen werden die Fragen im Regelfall über den Vorsitzenden gestellt (§ 241a Abs. 2 StPO).

Über die Möglichkeit der ergänzenden Befragung gem. § 240 Abs. 2 StPO hinausgehend ist in § 239 StPO sogar die Möglichkeit der Befragung von Zeugen im Wege des Kreuzverhörs durch die Beteiligten anstelle des Vorsitzenden vorgesehen. Allerdings kann dies aufseiten des Beschuldigten nur vom Verteidiger wahrgenommen werden. Notwendig ist gem. Abs. 1 ein übereinstimmender Antrag von Staatsanwaltschaft und Verteidiger. Die betreffende Beweisperson muss ferner von beiden Beteiligten benannt worden sein, wofür aber auch bloße Anregungen eines der Beteiligten ausreichend ist; nicht in Betracht kommt das Kreuzverhör also bei Beweispersonen, die das Gericht von sich aus geladen hat.<sup>231</sup>

In der Praxis wird diese Möglichkeit kaum wahrgenommen, da es an einem dahingehenden Interesse und einer entsprechenden Vorbereitung der Beteiligten, vor allem der Staatsanwaltschaft, fehlt.<sup>232</sup> Das Kreuzverhör wird daher als parteiprozessualer „Fremdkörper“<sup>233</sup> in der Amtsermittlungsstruktur des deutschen Strafprozesses angesehen, der lediglich als „Experimentierklausel“ aus dem anglo-amerikanischen Verfahren übernommen wurde und ohne größere dogmatische Fundierung Eingang in die StPO fand.<sup>234</sup> Auch Reformvorschläge zur Einführung eines „Wechselverhörs“ konnten sich nicht durchsetzen.<sup>235</sup>

---

<sup>228</sup> BGHSt 16, 67, 70.

<sup>229</sup> KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 5.

<sup>230</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung BVerfG NJW 1996, 3408.

<sup>231</sup> Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 239 Rn. 4; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 5.

<sup>232</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 24; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 239 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Becker, § 239 Rn. 1. MüKo-StPO-Gaede, § 239 Rn. 3 ff.; ders., StV 2012, 51, 55 f. plädiert zur „(Wieder-)Belebung“ des Kreuzverhörs dafür, dass die Staatsanwaltschaft grundsätzlich verpflichtet sein soll, einen solchen Antrag mitzutragen.

<sup>233</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 239 Rn. 1; KK-StPO-Schneider, § 239 Rn. 1; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 239 Rn. 1.

<sup>234</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 24; a.A. Gaede, StV 2012, 51, 55 f.

<sup>235</sup> Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Hauptverhandlung 1985, S. 7 f., 67 ff. Dazu Herrmann, ZStW 100 (1988), 41 ff.; kritisch Schünemann, GA 1978, 161 ff., ders., StV 2000, 159, 164. Dazu auch unten Teil 5 III.

Der Ablehnung von Fragen des Beschuldigten aus materiellen Gründen sind enge Grenzen gezogen. Nach der Vorschrift des § 241 Abs. 2 StPO kann der Vorsitzende Fragen des Beschuldigten oder seines Verteidigers zurückweisen, wenn sie sich als ungeeignet oder nicht zur Sache gehörend darstellen.<sup>236</sup> Ungeeignet sind solche Fragen, die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nichts zur Wahrheitsfindung beitragen können.<sup>237</sup> Letzteres ist anzunehmen, wenn eine Frage die Wahrheitsermittlung nicht auf rechtlich erlaubte Weise fördern kann, etwa wenn Beweisverwertungsverbote entgegenstehen.<sup>238</sup> Auch die durch § 55 StPO gehinderte Frage an einen Zeugen ist in diesem Sinne ungeeignet.<sup>239</sup> Als ungeeignet im tatsächlichen Sinne werden insbesondere Suggestivfragen, etwa durch längere Vorhalte,<sup>240</sup> oder Wiederholungsfragen<sup>241</sup> angesehen. Als nicht zur Sache gehörig sind Fragen definiert, die nicht einmal mittelbar einen Bezug zur angeklagten Tat oder den im Raum stehenden Rechtsfolgen erkennen lassen.<sup>242</sup> Allerdings ist die Beziehung zur Tat weit auszulegen, da zur Überprüfung der Erinnerungsfähigkeit und Glaubwürdigkeit von Zeugen auch ein an sich sachferner Vorgang ein geeigneter Frageninhalt sein kann.<sup>243</sup> Allgemein gilt für die Beurteilung des sachlichen Bezugs der Grundsatz, dass ein präsentés Beweismittel prinzipiell ausgeschöpft werden soll.<sup>244</sup> Daher kann eine Frage nicht bereits mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie nach Meinung des Gerichts auf Grundlage der bisherigen Beweisaufnahme bedeutungslos ist; vielmehr ist das Gericht gehalten, erst die Antwort abzuwarten.<sup>245</sup> Gleiches gilt für die Versagung einer Frage im Wege der Wahrunterstellung der Antwort.

---

<sup>236</sup> Inwieweit diese Kriterien überhaupt trennscharf abgrenzbar sind, mag für die vorliegende Darstellung dahinstehen. Dazu Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 6.

<sup>237</sup> Vgl. BGHSt 13, 252, 254; 21, 334, 360.

<sup>238</sup> Zu beachten sind dabei Spezialregelungen wie §§ 68 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3, 68a. Dazu ausführlich KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 8 ff.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 17 f.

<sup>239</sup> Vgl. BGHSt 50, 318.

<sup>240</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 14; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 11; differenzierend Sommer, StraFo 2010, 102, 105 f.

<sup>241</sup> KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 11; kritisch MüKo-StPO-Gaede, § 241 Rn. 19 f.; ders., StV 2012, 51, 56 f.; Sommer, StraFo 2010, 102, 105.

<sup>242</sup> BGHSt 2, 284, 287; BGH NSTZ 1984, 133 f.; NSTZ 1985, 183, 184; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 241 Rn. 6.

<sup>243</sup> Vgl. BGHSt 2, 284, 288 f.; 13, 252, 255; BGH NJW 2008 1749, 1751; NSTZ-RR 2009, 316 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 8; Sommer, StraFo 2010, 102, 104. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 55 ff. geht gar so weit, dass eine abstrakt-generelle Definition der Sachfremdheit i.S.d. § 241 Abs. 2 StPO aufgrund des im Einzelfall möglichen mittelbaren Bezugs zum Anklagevorwurf, etwa in Verfahren mit politischem Hintergrund, nicht möglich ist.

<sup>244</sup> Dazu BGHSt 2, 284, 288; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 10 f.

<sup>245</sup> BGH NSTZ 1984, 133 f.; NSTZ 1985, 183 f.; NSTZ 2008, 173, 175 [in BGHSt 52, 78 nicht abgedruckt]; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 10; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 241 Rn. 13; Radtke/Hohmann-Britz, § 241 Rn. 12; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 8.



Die Zurückweisung einer Frage als sitzungsleitende Maßnahme des Vorsitzenden kann der Beschuldigte gem. § 238 Abs. 2 StPO rügen und einen gerichtlichen Beschluss darüber herbeiführen. Daneben ist in § 242 StPO eine Beanstandungsmöglichkeit für eventuell unzulässige Fragen geregelt, die indes nur gilt, wenn § 238 Abs. 2 StPO nicht greift, und die daher praktisch kaum relevant ist.<sup>246</sup> In der Revision kann der Beschuldigte die fehlerhafte Zurückweisung einer Frage gem. § 337 StPO und – bei Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses nach § 238 Abs. 2 StPO – auch gem. § 338 Abs. 8 StPO rügen.

#### bb) Speziell: Ausfall des Fragerechts

Nicht selten fällt das Fragerecht des Beschuldigten allerdings komplett aus. Dazu kommt es in Konstellationen, in denen ein Zeuge in der Hauptverhandlung abwesend ist oder seine Aussage verweigert, eine frühere, im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage aber dennoch über Surrogate – im Regelfall die Vernehmung des Vernehmungsbeamten – in das Verfahren eingeführt wird. Oftmals sind in diesen Fällen bereits rein rechtlich keine kompensierenden Befragungsmöglichkeiten gegeben. Dies kann der Fall sein bei

- einer sog. „Sperrerklärung“ für Verdeckte Ermittler oder V-Leute gem. § 96 StPO,<sup>247</sup>
- der Verwertung von Aussagen, die in nichtrichterlichen Vernehmungen ohne Beteiligung des Beschuldigten gewonnen wurden und bei denen der Zeuge nicht mehr in der Hauptverhandlung befragt werden kann, etwa wegen Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung gem. §§ 252, 52 StPO unter gleichzeitiger Billigung der Verwertung der vorangegangenen Aussage<sup>248</sup> oder
- bei der Aussageverweigerung eines Zeugen nach § 55 StPO im Gegensatz zur Vernehmung im Ermittlungsverfahren.<sup>249</sup>

Aber auch wenn solche kompensierenden Befragungsmöglichkeiten grundsätzlich bestehen, im konkreten Fall aber versäumt werden, ist die Verwertung eines Surrogats laut Rechtsprechung nicht gehindert. Hierzu kommt es, wenn im Rahmen einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren (§ 168c Abs. 2 StPO) die rechtzeitige Bestellung bzw. Benachrichtigung des Verteidigers

<sup>246</sup> KK-StPO-Schneider, § 242 Rn. 1.

<sup>247</sup> So in BGHSt 49, 112.

<sup>248</sup> Dazu BGHSt 45, 203; 57, 254, 256; BGH NStZ 2007, 352, 353. Der Zweite Senat des Bundesgerichtshofs hat allerdings die Notwendigkeit einer „qualifizierten“ Zeugenbelehrung durch den Ermittlungsrichter über die Möglichkeit der Verwertung in der Hauptverhandlung gesehen und die Frage im Jahr 2014 dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt, BGH NStZ 2014, 596. – Dieser hat dem aber eine Absage erteilt, BGHSt 61, 221.

<sup>249</sup> So in BGH StV 2015, 142.

bei gleichzeitigem Ausschluss des Beschuldigten (§ 168c Abs. 3 StPO) versäumt wurde.<sup>250</sup>

Diese Konstellationen werden in der Strafrechtswissenschaft seit geraumer Zeit im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK diskutiert. Danach ist das Recht des Beschuldigten, Belastungszeugen selbst zu befragen, als Ausformung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) menschenrechtlich garantiert. Nach der für diese Fälle entwickelten „Beweiswürdigungslösung“ des Bundesgerichtshofs ist die Einführung und die Verwertung einer im Vorfeld getätigten Aussage, die ohne Beteiligung des Beschuldigten bzw. der Verteidigung gewonnen wurde, über Beweissurrogate nicht durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gehindert. Allerdings muss das Surrogat einer besonders strengen Beweiswürdigung unterzogen werden; überdies muss der Inhalt der auf diese Weise eingeführten Aussage durch andere wichtige Gesichtspunkte bzw. sonstige Anzeichen bestätigt werden. Das Maß an weiteren Beweisen ist davon abhängig, inwiefern die fehlende Konfrontationsmöglichkeit dem Staat vorzuwerfen ist.<sup>251</sup> Nach dem etablierten Standard des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte müssen – stark vereinfacht – Beeinträchtigungen des Konfrontationsrechts durch anonyme oder in der Hauptverhandlung abwesende Zeugen demgegenüber durch *counterbalancing procedures*, wie etwa die Befragungsmöglichkeit in einem anderen Verfahrensabschnitt, ausgeglichen werden. Werden keine adäquaten Ausgleichsmaßnahmen getroffen, darf eine Verurteilung nicht entscheidend (*sole or decisive*) auf die über ein Surrogat eingeführten Angaben eines solchen Zeugen gestützt werden.<sup>252</sup>

Der Bundesgerichtshof begründet seine, im Vergleich zur *sole or decisive*-Regel großzügigere Linie mit der nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>253</sup> bei der Ermittlung eines Verstoßes gegen das

---

<sup>250</sup> BGHSt 46, 93; 51, 150. Zu dieser Konstellation nunmehr EGMR *Hümmer v. Deutschland*, Nr. 26171/07, Urt. v. 19.7.2012 = StV 2014, 45, dazu sogleich.

<sup>251</sup> BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 46, 93, 103 ff.; 49, 112, 119 f.; 51, 150, 154 ff.; 55, 70, 74 f.; BGH NJW 2005, 1132; NJW 2007, 237, 239; NSTz 2009, 168, 169; StV 2015, 142, 143; instruktiv die Zusammenfassung bei *Weigend*, FS Wolter, S. 1145, 1157 ff. – Zum eingeschränkten Beweiswert nicht befragter Zeugen vom Hörensagen bereits zuvor BGHSt 17, 382, 385 f.; 29, 109, 111 f.; Dazu auch BVerfGE 57, 250, 292 f.

<sup>252</sup> Für anonyme Zeugen EGMR *Doorson v. Niederlande*, Nr. 20524/92, Urt. v. 26.3.1996, Tz. 76; EGMR *Van Mechelen v. Niederlande*, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, Urt. v. 23.4.1997, Tz. 55; für die verhinderte Befragung an sich EGMR *Unterperfinger v. Österreich*, Nr. 9120/80, Urt. v. 24.11.1986, Tz. 31 ff.; EGMR *Lucà v. Italien*, Nr. 33354/96, Urt. v. 27.2.2001, Tz. 40 = HRRS 2006 Nr. 62; EGMR *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*, Nr. 26766/05, 22228/06, Urt. v. 20.1.2009, Tz. 34 ff. = HRRS 2009, Nr. 459; EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Nr. 9154/10 (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2015, Tz. 123 ff. Eingehend zu dem Themenkomplex *Weigend*, FS Wolter, S. 1145, 1154 Fn. 42.

<sup>253</sup> Siehe etwa EGMR *Brandstetter v. Österreich*, Nr. 11170/84, 12876/87 und 13468/87, Urt. v. 28.8.1991; EGMR *Lüdi v. Schweiz*, Nr. 12433/86, Urt. v. 15.6.1992 = StV 1992,

Recht auf ein faires Verfahren vorzunehmenden Gesamtbetrachtung des Verfahrens.<sup>254</sup> Dies soll Raum schaffen, den strukturellen Unterschieden der Strafverfahren der Mitgliedsstaaten Rechnung zu tragen. Eine solche Gesamtbetrachtung vornehmend stützt sich der Bundesgerichtshof vor allem darauf, dass das deutsche Amtsermittlungsverfahren die gerichtliche Untersuchung durch Berufsrichter als originäres Mittel der Erkenntnisgewinnung vorsieht, wohingegen die Konfrontation von Zeugen durch Prozessparteien ein Fremdkörper sei. Daher könne der Ausfall des Fragerechts im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung adäquat berücksichtigt werden.

Dass diese Praxis konventionskonform ist, kann mittlerweile mehr denn je bezweifelt werden.<sup>255</sup> Bereits im Jahr 2012 verurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Deutschland wegen eines Konventionsverstößes und betonte dabei ausdrücklich, dass die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch einen Ermittlungsrichter und dessen Befragung in der Hauptverhandlung eine Befragung des unmittelbaren Zeugen durch den Beschuldigten nicht ersetzen könne.<sup>256</sup> Demgegenüber gab es zwischenzeitlich Anzeichen dafür, dass der Gerichtshof seinen *sole or decisive*-Standard deutlich flexibler handhaben würde. So sollte nach einer Entscheidung der Großen Kammer aus dem Jahr 2011 (*Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*) die Verwertung der Aussage eines abwesenden Zeugen als einziges und entscheidendes Beweismittel nicht automatisch einen Konventionsverstoß begründen. Vielmehr sei eine Gesamtbewertung des Verfahrens erforderlich, in die auch sonstige Schutzmechanismen zur Sicherstellung der Zuverlässigkeit des Beweismittels als Kompensation berücksichtigt werden können.<sup>257</sup> Gestützt auf diese Rechtsprechung ließ eine Kammer des Gerichtshofs in der Ent-

---

499 (500); EGMR *Jalloh v. Deutschland*, Nr. 54810/00, Urt. v. 11.7.2006 = NJW 2006, 3117, 3122; EGMR *Bykov v. Russland*, Nr. 4378/02, Urt. v. 13.3.2009 = NJW 2010, 213, 215. Siehe dazu auch Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK Rn. 762; *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549, 592 f.

<sup>254</sup> BGHSt 46, 93, 104; 55, 70, 74 f.; BGH NJW 2005, 1132; NJW 2007, 237, 238 f.; BVerfG NJW 2007, 204, 206; NJW 2010, 925, 926. Dazu auch *Volk*, Die Wahrheit vor Gericht, S. 87 f.

<sup>255</sup> Die Konventionskonformität verneinend *Weigend*, FS Wolter, S. 1145, 1157 ff., insb. 1161; *Gerdemann*, Beeinträchtigungen des Fragerechts, S. 388 f.; *Gaede*, StV 2012, 51, 57 f.; für eine Konventionskonformität dagegen *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 939. Zur in dieser Arbeit vertretenen Ansicht unten III. D.

<sup>256</sup> EGMR *Hümmer v. Deutschland*, Nr. 26171/07, Urt. v. 19.7.2012, Tz. 45 ff., insb. 51 = StV 2014, 452, 454 ff. Siehe dazu *Lohse*, JR 2015, 60, 62 Fn. 22; *Weigend*, FS Wolter, S. 1145, 1155.

<sup>257</sup> EGMR *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*, Nr. 26766/05 und 22228/06 (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2011, Tz. 147 = HRRS 2012 Nr. 1. Zumindest die bloße Belehrung der *jury* über den geringen Beweiswert soll allerdings nicht ausreichen (Tz. 164). Instrukтив hierzu die Erläuterungen von *Meyer*, HRRS 2012, 117 ff. – Eine Absenkung des Standards konstatiert *ders.*, HRRS 2012, 117 ff.; in diese Richtung wohl auch *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549, 591 f. Demgegenüber sieht *Radtke*, GA 2012, 187, 196 ff. in der Entscheidung der Großen Kammer eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung.

scheidung *Schatschaschwili v. Deutschland* aus dem Jahr 2014 die „sorgfältige Prüfung“ der Belastungsbeweise durch das Gericht sowie die bloß theoretische Möglichkeit der Teilnahme an einer Befragung im Ermittlungsverfahren gem. § 168c StPO ausreichen, obwohl diese im konkreten Fall wegen Absehens von der Benachrichtigung nach Abs. 5 und mangels Bestellung eines Verteidigers gem. § 141 Abs. 3 StPO völlig leergelaufen war.<sup>258</sup> Dieses Urteil wurde in der – mit neun zu acht Stimmen denkbar knapp ergangenen – Entscheidung der Großen Kammer vom 15.12.2015 allerdings wieder revidiert und mangels Gewährleistung einer Befragungsmöglichkeit für den Beschuldigten oder seinen Verteidiger ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK festgestellt.<sup>259</sup>

### c) Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung

Die dargestellten Erklärungs- und Fragerechte eröffnen dem Beschuldigten die Möglichkeit, den konkreten Erkenntnisgewinn aus den eingeführten Beweisen mitzugestalten.

Etwa verschafft der Schlussvortrag die Gelegenheit, dem Gericht eine geordnete, zusammenhängende Würdigung des gesamten Prozessgeschehens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu unterbreiten. Auch wenn sich die Überzeugung des Gerichts zu diesem Zeitpunkt zumeist schon gebildet haben wird, kann durch einen fundierten Vortrag in Einzelfällen ein gewisser Einfluss auf die Verarbeitung des Prozessstoffs durch das Gericht genommen werden.<sup>260</sup> Mit dem letzten Wort hat der Beschuldigte schließlich Gelegenheit, unmittelbar vor der Urteilsberatung das Momentum des letzten Eindrucks für sich zu nutzen.<sup>261</sup> Wenn auch die Beeinflus-

---

<sup>258</sup> EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Nr. 9154/10, Urt. v. 17.4.2014, Tz. 75 ff. = JR 2015, 95. – Kritisch dazu Minderheitsvotum der Richterin *Power-Forde* zu EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Nr. 9154/10, Urt. v. 17.4.2014, Tz. 9 ff. [in JR 2015, 95 nicht abgedruckt]: „[T]he trial court’s ‚scrutiny‘ of the absent witnesses’ statements and its reference to assessing ‚hearsay‘ carefully — did little, if anything, to compensate for the applicant’s inability to cross-examine [the witnesses]. The trial court’s ‚scrutiny‘ of the statements did not compensate for its inability to observe and assess the demeanour and disposition of their authors.“

<sup>259</sup> EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Nr. 9154/10 (Große Kammer), Urt. v. 15.12.2015, Tz. 152 ff. – In ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung argumentieren die Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris demgegenüber, entsprechend der Maßstäbe aus *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien*, dass mit der Menge an belastenden Beweisen und der vorsichtigen richterlichen Beweiswürdigung ausreichende Mittel vorhanden waren, um die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussagen abzusichern (Tz. 16).

<sup>260</sup> Zu den Möglichkeiten der Verteidigung durch den Schlussvortrag *Malek*, Hauptverhandlung, Rn. 611 ff.; MAH *Strafverteidigung-Krause*, § 7 Rn. 349 f.; skeptischer *Sommer*, *Strafverteidigung*, Kap. 3 Rn. 1653 ff.

<sup>261</sup> Vgl. BGHSt 9, 77, 81; BGH NSTz 1993, 551; StraFo 2009, 109.

sungsmöglichkeit wiederum eher gering ist, kann das letzte Wort im Einzelfall durchaus gewisse Effekte nach sich ziehen.<sup>262</sup>

Das Erklärungsrecht aus § 257 StPO setzt im Unterschied zu Schlussvortrag und letztem Wort an Erkenntnisgewinn und Verarbeitung des einzelnen Beweises während der Beweisaufnahme an. Dem Beschuldigten ist es dadurch ermöglicht, wesentliche Gesichtspunkte für die Verteidigung herauszuarbeiten und hervorzuheben.<sup>263</sup> Auf diese Weise kann er sich rechtzeitig, also schon unmittelbar nach Einführung eines Sachbeweises, gegen eine sich allmählich verfestigende Überzeugung des Gerichts zur Wehr zu setzen, was insbesondere im Hinblick auf den Urteilsperseveranz-Effekt<sup>264</sup> bedeutsam ist.<sup>265</sup>

Ungleich stärker kann der Beschuldigte über das Fragerecht die Erkenntnisse aus einem Beweismittel mitgestalten.<sup>266</sup> Seine Bedeutung erlangt es vor allem bei Belastungszeugen. Die Befragung bietet dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger die Möglichkeit, deren Aussage selbst einem kritischen Test zu unterziehen.<sup>267</sup> Dabei kommt der Rollenunterschied zwischen Beschuldigtem bzw. Verteidiger auf der einen und Gericht auf der anderen Seite in besonderem Maße zum Tragen. Während das Gericht einer objektiven Befragung verpflichtet ist, kann die Verteidigung von Anfang an parteiisch vorgehen und die Belastungszeugen auch konfrontativ i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vernehmen.<sup>268</sup> Das durch eine derartige kritische Vernehmung gewonnene Aussageergebnis kann im Einzelfall erhebliche Unterschiede zur neutralen Befragung durch das Gericht aufweisen.<sup>269</sup> Auch wenn der Belastungszeuge durch eine konfrontative Befragung in den weit überwiegenden Fällen nicht gleich des Irrtums oder gar der Lüge überführt werden wird, kann es durchaus gelingen, die Aussage in ein anderes Licht zu rücken.<sup>270</sup>

Frage- und Erklärungsrechte sind somit wichtige Bausteine, um dem Beschuldigten die Möglichkeit zu geben, sich selbst gegen eine mögliche Fehlverurteilung zur

---

<sup>262</sup> In diesem Sinne *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1665 ff. *Hammerstein*, FS Tröndle, S. 485 ff. beklagt, dass diese „wirksame Verteidigungswaffe“ häufig ungenutzt bleibt.

<sup>263</sup> Vgl. *Leipold*, StraFo 2001, 300.

<sup>264</sup> Siehe oben II. B. 3. b).

<sup>265</sup> SK-StPO-*Velten*, § 257 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257 Rn. 2; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1051 ff.; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 527.

<sup>266</sup> *Brüssow/Gatzweiler-Gatzweiler/Mehle*, § 9 Rn. 349 bezeichnen das Fragerecht als „elementare Möglichkeit, das Ergebnis der Beweisaufnahme im Sinne des Mandanten zu beeinflussen“.

<sup>267</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 623 f.

<sup>268</sup> *Gaede*, StV 2012, 51, 56 f. BGHSt 45, 188, 196 spricht nach *Schünemann*, StV 1998, 391, 399 von „[kommunikativer] Gegenkontrolle“.

<sup>269</sup> *Gaede*, StV 2012, 51, 57; zur Bedeutung des kontradiktorischen Verhörs für die Glaubwürdigkeitsbeurteilung auch BGHSt 46, 93, 106.

<sup>270</sup> *Barton*, Einführung, § 9 Rn. 85; vgl. auch *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 530.

Wehr zu setzen. Sie sind damit notwendige Ausformungen des grundrechtlichen Freiheitsrechts, das über das Schuldprinzip als Schranken-Schranke aufgrund des Fehlurteilsrisikos zur Rechtfertigung der Verurteilung hinreichende Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten auf die Sachverhaltsgrundlage fordert,<sup>271</sup> bzw. des Rechts auf ein faires Verfahren.<sup>272</sup>

#### 4. Ergänzende eigene Beweisführung

Schließlich sind dem Beschuldigten Mitwirkungsrechte gewährt, über die er in Ergänzung zur gerichtlichen Untersuchung die Einführung selbst ausgewählter Beweise in den Prozess veranlassen kann. Hierfür stehen ihm einerseits förmliche Beweisanträge, andererseits aber auch formlose Beweisanregungen oder Beweisermittlungsanträge zur Verfügung.

##### a) *Beweisanträge*

Über förmliche Beweisanträge (in den §§ 244 Abs. 3–5, 245 f. StPO vorausgesetzt) kann der Beschuldigte das Gericht verbindlich zur Erhebung bestimmter Beweise in der Hauptverhandlung veranlassen. Ein erfolgreicher Beweisantrag führt dazu, dass das Gericht das beantragte Beweismittel in das Verfahren einführen und auf seinen Beweisinhalt untersuchen muss. Dem Beschuldigten kommen wiederum nur ergänzende Befragungsmöglichkeiten zu.

Der Beweisantrag ist definiert als „das ernsthafte Verlangen eines Verfahrensbeteiligten an das Gericht, zum Nachweis eines bestimmten, behaupteten Sachverhalts, der den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel Beweis zu erheben“.<sup>273</sup> Aus dieser Definition werden bereits die formellen Anforderungen an die Beweisantragstellung deutlich. Einerseits muss das Beweismittel konkret bezeichnet werden. Des Weiteren muss der Antrag eine konkrete Beweistsache bzw. Beweisbehauptung angeben. Sie muss als bestimmt dargestellt werden.<sup>274</sup> Dabei ist allerdings zulässig, dass der Antragsteller die Tatsache nur vermutet oder für möglich hält.<sup>275</sup> Eine darüber hinausgehende Begründung, etwa warum mit diesem Beweismittel die entsprechende

<sup>271</sup> Vgl. *Walther*, GA 2003, 204, 219 ff. – Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Teilhabe des Beschuldigten am Strafverfahren in Art. 2 Abs. 2 GG über das Schuldprinzip oben II. A. 2. a).

<sup>272</sup> KK-StPO-*Fischer*, Einl. Rn. 281.

<sup>273</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 18 m.w.N.

<sup>274</sup> BGH NJW 1987, 2384, 2385; NJW 1999, 2683, 2684; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 20; KK-StPO-*Krehl*, § 244 Rn. 71.

<sup>275</sup> BGHSt 21, 118, 125; BGH StV 1989, 237, 238; StV 1989, 378; StV 1993, 3; NStZ 2013, 476, 478. Zu Beweisbegehren „aufs Geratewohl“ bzw. „ins Blaue hinein“ unten Teil 3 III. B. 1. a).

Beweistatsache bestätigt werden kann, muss der Antrag nicht enthalten.<sup>276</sup> Auch eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen besteht nicht. Gem. § 246 Abs. 1 StPO können Beweisanträge vielmehr ausdrücklich nicht als verspätet abgelehnt werden. Die Antragstellung ist daher noch bis zum Beginn der Urteilsverkündung zulässig.<sup>277</sup>

Diesen Anforderungen genügende Beweisanträge können vom Gericht nur unter engen Voraussetzungen aus materiellen Gründen abgelehnt werden. Die Ablehnungsmöglichkeit ist auf den abschließenden<sup>278</sup> Kanon der Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 und 5 StPO sowie § 245 StPO beschränkt. Im Einzelnen beinhaltet § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO die Ablehnungsgründe der offenkundigen Überflüssigkeit der Beweiserhebung, der Erwiesenheit der Beweistatsache, der Ungeeignetheit oder Unerreichbarkeit des Beweismittels, der Prozessverschleppung oder der Wahrunterstellung der Beweistatsache. § 244 Abs. 4 StPO erleichtert die Ablehnung des Sachverständigenbeweises; Abs. 5 regelt Erleichterungen für die Ablehnung von Augenscheinnahmen und Auslandszeugen. § 245 StPO erschwert die Ablehnung von Beweisanträgen, die auf präsenzte Beweismittel gerichtet sind.

Die materiellen Ablehnungsgründe für Beweisanträge werden vielfach unter dem Topos des „Verbots der Beweisantizipation“<sup>279</sup> zusammengefasst. Damit wird ausgedrückt, dass sich dem Gericht bei der Entscheidung über Beweisanträge, im Gegensatz zur eigenen Untersuchung von Amts wegen, die Vorabbewertung des Beweisergebnisses und des Beweiswerts vor allem im Hinblick auf die bereits erarbeitete Beweislage verbietet.<sup>280</sup> Allerdings ist diese Formel insoweit unpräzise, als auch die Anwendung der meisten Ablehnungsgründe für Beweisanträge eine Prognose hinsichtlich des zu erwartenden Beweisergebnisses und dessen Bedeutung für das Verfahren erfordert.<sup>281</sup> Dabei wird das zu erwartende Beweisergebnis entweder zum Verfahrensgegenstand allein (etwa: Offenkundigkeit, § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 1 StPO; völlige Ungeeignetheit § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 4 StPO) oder zum bisher ermittelten Tatsachenstoff ins Verhältnis gesetzt (zum Beispiel Bedeutungslosigkeit und Erwiesenheit, § 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 bzw. Var. 3 StPO). Jedoch bestehen für diese Prognosen strenge Maßstäbe; etwa darf die völlige Un-

---

<sup>276</sup> AnwK-StPO-Sommer, § 244 Rn. 51; Jahn, StV 2009, 663; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61. Zum Merkmal der Konnexität unten Teil 3 III. B. 1.

<sup>277</sup> BGH NStZ 2005, 395. Zur „Fristenlösung“ unten Teil 3 III. B. 2.

<sup>278</sup> Vgl. BGHSt 29, 149, 151.

<sup>279</sup> Aus der Rechtsprechung etwa BGHSt 40, 60, 62; BGH StV 1989, 187, 189; NStZ 2014, 469, 470; aus der Literatur Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, § 244 Rn. 46; BeckOK-StPO-Bachler, § 244 Rn. 41; Trüg, StV 2013, 66, 67; Habetha, StV 2011, 239, 241; Schneider, FS Eisenberg, S. 609.

<sup>280</sup> Widmaier, NStZ 1994, 414, 416; Hamm/Hassemer/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 149 ff.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 411 f.

<sup>281</sup> Perron, Beweisantragsrecht, S. 217 f.; Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 56; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 58 und 183.

geeignetheit eines Beweisantrags nicht mit Rückgriff auf das bisherige Beweisergebnis angenommen werden.<sup>282</sup>

Die Bedeutung der Ablehnungsgründe der §§ 244 Abs. 3–5, § 245 StPO liegt somit präziser ausgedrückt darin, dass die Zulässigkeit von Prognosen über eine beantragte Beweiserhebung auf einen engen Bereich beschränkt ist.<sup>283</sup> Liegt keiner dieser Ablehnungsgründe vor, muss das Gericht einem Antrag des Beschuldigten entsprechen, den Beweis also in die Verhandlung einführen und im Urteil würdigen. Insbesondere ist ausgeschlossen, dass das Gericht einen Beweisantrag aufgrund der antizipierenden Wertung ablehnt, die Beweiserhebung sei aussichtslos, weil das Gegenteil bereits erwiesen<sup>284</sup> oder weil eine Bestätigung der Beweistatsache nicht zu erwarten sei.<sup>285</sup> Kennzeichnend für das Beweisantragsrecht ist somit, dass der Beschuldigte das Gericht zu Beweisvorführungen zwingen kann, auch wenn es diese gegebenenfalls selbst für unnötig hält.<sup>286</sup>

Die Ablehnung eines Beweisantrags bedarf der Bescheidung in Form eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO). Die fehlerhafte Ablehnung kann in der Revision gerügt werden. Irrelevant ist dabei, ob der Beweisantrag hypothetisch rechtsfehlerfrei hätte abgewiesen werden können.<sup>287</sup>

#### b) Beweisermittlungsanträge und Beweisanregungen

Des Weiteren kann der Beschuldigte auch ohne Beachtung der formellen Anforderungen des Beweisantrags auf die Erhebung weiterer Beweise dringen. Fehlt dem Verlangen, vom Antragsteller beabsichtigt oder nicht, die Bestimmtheit der Beweistatsache oder des Beweismittels, liegt ein Beweisermittlungsantrag vor.<sup>288</sup> Wird dagegen nur auf die Möglichkeit weiterer Beweismittel hingewiesen und deren Erhebung ins Ermessen des Gerichts gestellt, wird von einer Beweisanregung gesprochen.<sup>289</sup>

Die Ablehnungsgründe aus §§ 244 Abs. 3–5, 245 StPO finden auf Beweisermittlungsantrag und -anregung keine Anwendung. Ob der gewünschte Beweis erhoben

<sup>282</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 232.

<sup>283</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 183.

<sup>284</sup> BGH StV 1986, 418; StV 1989, 187, 189; StV 1993, 621 f.; StV 1993, 622; StV 1994, 62, 63; StV 2001, 95, 96; NStZ-RR 2012, 82, 83.

<sup>285</sup> BGH NStZ 1983, 468 f.; NStZ-RR 1997, 302, 303.

<sup>286</sup> Vgl. BGHSt 21, 118, 124.

<sup>287</sup> KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 223.

<sup>288</sup> Vgl. BGHSt 6, 128, 129; 37, 162, 167; BGH NStZ 1985, 229; NStZ 1991, 547, 548.

<sup>289</sup> KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 103; SSW-StPO-Sättle, § 244 Rn. 145. Mit einer anderen Terminologie Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 244 Rn. 23 ff., wonach die Beweisanregung den Oberbegriff bildet, unter den Beweisermittlungsanträge, „Beweisanregungen in engeren Sinne“ und die – hier als Beweisanregung bezeichneten „Beweiserbieten“ fallen.



werden soll bzw. entsprechende Ermittlungen in diese Richtung vorgenommen werden sollen, hat das Gericht somit nur im Rahmen seiner Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO zu prüfen. Sowohl Beweisermittlungsantrag als auch -anregung sind zu protokollieren.<sup>290</sup> Ein erkennbar als Beweisantrag gestellter Beweisermittlungsantrag ist mit einem Beschluss durch das Gericht nach § 244 Abs. 6 StPO abzuweisen.<sup>291</sup> Ansonsten ist eine Ablehnung durch den Vorsitzenden ausreichend, die erkennen lässt, weshalb das Gericht keinen Anlass zur Beweiserhebung sieht.<sup>292</sup> Dagegen ist die Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO möglich.<sup>293</sup> Das Nichtaufgreifen von Beweisermittlungsantrag bzw. -anregung kann in der Revision dementsprechend nur mit der Aufklärungsrüge beanstandet werden.<sup>294</sup>

### c) Verhältnis zur gerichtlichen Aufklärung

Nach wie vor umstritten ist das Verhältnis zwischen Beweisantragsrecht und Reichweite der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO. Fraglich ist dabei, ob beide deckungsgleich sind oder ob ein Bereich besteht, den nur noch das Beweisantragsrecht abdeckt. Die skizzierte Problematik wird gemeinhin unter dem Meinungsstreit zwischen Einheits- und Trennungstheorie (auch: Inkongruenztheorie) diskutiert. Nach der Trennungstheorie geht das Beweisantragsrecht über den Umfang der gerichtlichen Aufklärungspflicht hinaus, da bei Ersterem im Gegensatz zu Letzterer das Verbot der Beweisantizipation gelte.<sup>295</sup> Nach der noch immer vertretenen Einheitstheorie stellt das Beweisantragsrecht demgegenüber nur eine vom Beschuldigten ausgehende Aktualisierung der gleich weit reichenden Aufklärungspflicht dar.<sup>296</sup> Das Gericht könne über das Beweisantragsrecht nicht zu einer Beweiserhebung gezwungen werden, zu der es gem. § 244 Abs. 2 StPO nicht ohnehin schon verpflichtet wäre.

---

<sup>290</sup> Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 244 Rn. 27; Radtke/Hohmann-Kelnhöfer, § 244 Rn. 90.

<sup>291</sup> BGH StV 1994, 172, 173; zustimmend KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 101; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 166; offengelassen in BGH NSZ 2008, 109, 110.

<sup>292</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 165; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 101 f.

<sup>293</sup> BGH NSZ 2008, 109, 110; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 165. – Zur Frage, ob diese Beanstandung Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aufklärungsrüge ist, unten III. C. 3. a). Im konkreten Fall dafür offenbar Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 165.

<sup>294</sup> KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 102 bzw. 103; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 163 bzw. 170.

<sup>295</sup> BGHSt 21, 118, 124; BGH NSZ 1997, 503, 504; NSZ 2008, 52, 53; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 58; Trüg, StV 2013, 66 f.; Hamm/Sarstedt, Revision, Rn. 528 ff.; Widmaier, NSZ 1994, 414, 415 f.; mit differenzierter Begründung Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 54 ff.

<sup>296</sup> Gössel, JR 1995, 364, 365; ders., 60. DJT, Bd. I, C 17 f.; 65 ff.; Wessels, JuS 1969, 1, 3 f.; Anders, Beweiserhebungskontrollen, S. 130 ff.

Beide Ansichten können die historische Entwicklung für sich geltend machen.<sup>297</sup> Nach der Grundkonzeption der RStPO kam dem Gericht bei der Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht ein durchaus weites Ermessen zu. Nachdem das Beweis-antragsrecht im Jahr 1939 abgeschafft wurde, wurden die bis dahin entwickelten und gesetzlich festgeschriebenen Ablehnungsgründe von der Rechtsprechung zu weiten Teilen in die Amtsermittlungspflicht des Gerichts inkorporiert und über die Einführung der Aufklärungsrüge für den Beschuldigten durchsetzbar gemacht.<sup>298</sup> Auch nach Wiedereinführung des Beweis-antragsrechts ist diese Absicherung für den Beschuldigten beibehalten worden. Im Ergebnis stehen somit Beweis-antragsrecht und die stark ausgebauten, über die Revision durchsetzbare Aufklärungspflicht des Gerichts nebeneinander.

Nach normativer Beurteilung ist in diesem Meinungsstreit allein die Trennungstheorie zutreffend. Zwischen Aufklärungspflicht und Beweis-antragsrecht besteht im Hinblick auf die Zulässigkeit gerichtlicher Vorwegwürdigungen des zu erhebenden Beweises ein wesentlicher Unterschied. Während dem Gericht im Rahmen der Amtsaufklärung eine prognostische Beurteilung des Ertrags eines einzuführenden Beweises gerade auch unter Berücksichtigung des bisherigen Beweisergebnisses erlaubt ist, sind solche Antizipationen bei der Beurteilung von Beweis-anträgen, wie ausgeführt, gerade nicht bzw. sehr eingeschränkt möglich.<sup>299</sup> Relevant wird der Unterschied somit vor allem, wenn die bisher eingeführten Beweise ein relativ einheitliches vorläufiges Beweisergebnis vermitteln. Während das Gericht zur Erhebung eines weiteren Beweises von Amts wegen in diesem Fall nicht verpflichtet ist, kann ein entsprechender Beweis-antrag oft nur bei Nachweis einer Verschleppungsabsicht abgewiesen werden.<sup>300</sup> Umgekehrt sind zudem auch Konstellationen denkbar, in denen ein Beweis-antrag abgelehnt werden könnte, das Gericht aber gleichwohl nach § 244 Abs. 2 StPO zur Beweiserhebung verpflichtet ist.<sup>301</sup>

Dass trotz dieser eindeutigen Bewertung die Einheitstheorie vergleichsweise stark vertreten wurde, deutet darauf hin, dass Fälle, in denen Beweis-anträge jenseits des „Überlagerungsbereichs“<sup>302</sup> von gerichtlicher Aufklärungspflicht und Beweis-antragsrecht gestellt wurden, jedenfalls in den ersten Jahrzehnten bundesdeutscher Justiz eher selten waren. Die Konstellation, dass das Tatgericht über das Beweis-antragsrecht zu einer Beweiserhebung gezwungen wird, die es im Rahmen

---

<sup>297</sup> Perron, Beweis-antragsrecht, S. 136 ff. Zur Historie des Beweis-antragsrechts eingehend auch Schatz, Beweis-antragsrecht, S. 25 ff.; Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 1 ff.

<sup>298</sup> Dazu Perron, Beweis-antragsrecht, S. 138 f.; Schatz, Beweis-antragsrecht, S. 115 ff.

<sup>299</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 58; Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 57. Im Unterschied dazu die Regelung des § 77 Abs. 2 Nr. 1 OWiG für die Ablehnung von Beweis-anträgen im Ordnungswidrigkeitenverfahren, siehe dazu OLG Celle NJW 2010, 3794 f.

<sup>300</sup> Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 57, auch mit weiteren Beispielen.

<sup>301</sup> Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 58; Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 59 ff., jeweils m.w.N.

<sup>302</sup> Hamm/Sarstedt, Revision, Rn. 532.

seiner eigenen Aufklärungspflicht nicht vornehmen würde, ist allerdings in den letzten Jahren viel stärker praxisrelevant geworden.<sup>303</sup>

#### d) Stellenwert und verfassungsrechtliche Fundierung

Auch wenn die dargestellten eigenen Beweisführungsrechte normativ allen Verfahrensbeteiligten gewährt sind, werden sie rein faktisch nur vom Beschuldigten genutzt. Die Staatsanwaltschaft demgegenüber hat als Herrin des Vorverfahrens die Ermittlungen vorgenommen, welche die Grundlage der gerichtlichen Untersuchung bilden. Daher hat sie nur in Ausnahmefällen noch Interesse, zusätzliche Beweise in der Hauptverhandlung einzuführen.<sup>304</sup>

Das Einwirken auf die Tatsachengrundlage durch die Einführung eigener Beweise ist, wie oben geschildert, essenziell für den Beschuldigten. Denn nur auf diese Weise kann er bereits durch Fragen oder Erklärungen aufgeworfene Zweifel der gerichtlichen Beweisführung untermauern und – noch bedeutsamer – eigene alternative Sachverhaltshypothesen aufzeigen, sich also wirksam gegen die mit dem Fehlurteilsrisiko belastete Verurteilung zur Wehr zu setzen.<sup>305</sup> Diese Möglichkeit bietet in der StPO nur das Beweisantragsrecht auf effektive Weise, da der Beschuldigte nur über dieses Instrument Beweisvorführungen erzwingen kann. Dem Beweisantragsrecht kommt daher innerhalb der Mitwirkungsrechte des Beschuldigten herausragende Bedeutung zu.<sup>306</sup> In seiner konkreten gesetzlichen Ausformung kann es somit als wesentlicher verfahrensrechtlicher Ausfluss des materiellen Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG und dem Schuldprinzip als dessen Schranken-Schranke angesehen werden.<sup>307</sup>

In der Strafrechtswissenschaft wird das Beweisantragsrecht darüber hinaus vielfach als Korrektiv zu den strukturellen Defiziten des Amtsermittlungsverfahrens beschrieben. Wie dargestellt, beschafft sich dort das Gericht als Untersuchungsorgan das „Material“ für die Hypothesenbildung selbst, was zum strukturellen Risiko der Voreingenommenheit und in der Folge zur (Selbst-)Bestätigung der gebildeten Hypothesen führt.<sup>308</sup> Das Recht des Beschuldigten, über eigene Beweisanträge

<sup>303</sup> Dazu unten Teil 3 II. B.

<sup>304</sup> In diesem Sinne speziell für das Beweisantragsrecht *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 209; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 449; *Habethal/Trüg*, GA 2009, 406, 410. Siehe auch *Perron*, JZ 1994, 823, 827.

<sup>305</sup> Siehe oben Teil 1 II. A. 2. c).

<sup>306</sup> *Barton*, Einführung, § 9 Rn. 92 spricht vom Beweisantragsrecht als „Königsweg“ der Verteidigung; ähnlich *Tully*, ZRP 2014, 45, 46. Bereits RGSt 22, 225, 336 bezeichnete das Beweisantragsrecht als „wichtigstes aller Parteirechte“.

<sup>307</sup> Vgl. *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 66 ff.; *ders.*, ZStW 108 (1996); *Sachsmurswiek*, Art. 2 Rn. 247a; *Dreier-Schulze-Fielitz*, Art. 2 II Rn. 114; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 206; *MüKo-StPO-Trüg/Habetha*, § 244 Rn. 7.

<sup>308</sup> Siehe oben II. B. 3. b).

unabhängig von der gerichtlichen Untersuchung weitere Alternativen in den Raum zu stellen und damit die gerichtlichen Hypothesen infrage zu stellen, soll diese Voreingenommenheit kompensieren.<sup>309</sup> *Weßlau* beschreibt dies als „interpersonales Kontrollparadigma“.<sup>310</sup> In anderen Arbeiten ist von einem „Element des Parteiprozesses“ oder einem „adversatorischen“ Recht zum Ausgleich der Defizite des inquisitorischen Grundmodells die Rede.<sup>311</sup>

Allerdings ist diese Sichtweise sehr durch die deutsche Verfahrensstruktur geprägt. Zwar wird das Beweisantragsrecht zutreffenderweise als wichtiges Instrument des Beschuldigten gegen die systemimmanente richterliche Voreingenommenheit angesehen, da es ermöglicht, auch entgegen der (vorurteilsbelasteten) Prognose des Gerichts über die Notwendigkeit der Beweiserhebung Beweise ins Verfahren einzuführen. Aber auch über diese strukturspezifischen Fehlerquellen hinausgehend bestehen, wie oben dargestellt, viele weitere Faktoren, die eine absolute Sicherheit der amtlichen Wahrheitsermittlung unerreichbar werden lassen und die eine Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsermittlung als zweite Stütze der Legitimation des Urteils erforderlich machen.<sup>312</sup> Unabdingbare Anforderung an eine solche kompensatorische Beteiligung des Beschuldigten ist das Recht, selbst Beweise einführen zu können.<sup>313</sup> Das Verständnis des Beweisantragsrechts als Korrektiv zur möglicherweise vorurteilsbelasteten gerichtlichen Aufklärung ist „lediglich“ spezifische Ausprägung dessen in der Struktur des Amtsermittlungsverfahrens.

### C. Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten

Auf Grundlage der dargestellten Beteiligungsrechte kann in den nun folgenden Abschnitten ermittelt werden, in welchen prozessualen Obliegenheiten die Prozessverantwortung des Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Verfahrens ausgeformt ist.

---

<sup>309</sup> *Schulz*, StV 1991, 354, 361; *Widmaier*, NSTZ 1994, 414, 416; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 208 f., 216; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 449 f.; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 410; *Trüg*, StV 2013, 66, 67; MüKo-StPO-*Trüg/Habetha*, § 244 Rn. 9 ff.; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 149 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 5 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 139a.

<sup>310</sup> *Weßlau*, FS Fezer, S. 289, 304 f.

<sup>311</sup> *Schulz*, StV 1991, 354, 361; *Widmaier*, NSTZ 1994, 414, 416; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 129 f.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 208 f., *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 410. – Der Begriff der Parteirechte ist aber zumindest missverständlich, da die Beteiligten des deutschen Strafverfahrens keine Parteien sind, siehe oben II. B. 2. a) mit Fn. 78.

<sup>312</sup> Siehe oben Teil I I. B.

<sup>313</sup> Siehe oben Teil I II. B. 2. c).

### 1. Bloße Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren

Wie ausgeführt, ist nach der Konzeption des Amtsermittlungsverfahrens das Gericht verpflichtet, selbstständig den der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt vollständig und rechtmäßig, also unter Wahrung des Verfahrensrechts, zu ermitteln. Dies beinhaltet auch die Untersuchung zur Entlastung des Beschuldigten. Aufgrund der umfassenden gerichtlichen Amtsermittlungspflicht gilt ein zulasten des Beschuldigten unvollständiger oder unrechtmäßig ermittelter Sachverhalt grundsätzlich als prozessuales Versäumnis des Gerichts.

Die Verfahrensbeteiligten können entsprechende gerichtliche Fehler im Wege der Revision im Rechtsmittelverfahren rügen und eine Urteilsaufhebung und eine neue Hauptverhandlung herbeiführen. Gerade die Erwartung einer revisionsgerichtlichen Kontrolle stellt sicher, dass das Gericht die Aufgabe der umfassenden Sachverhaltsermittlung pflichtgemäß wahrnimmt. Zu dieser Funktion des Rechtsmittelverfahrens führt etwa der Bundesgerichtshof aus:

„Eine solche Verfahrensweise [die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Rahmen einer Urteilsabsprache, Anm. d. Verf.] läßt [...] ernsthaft besorgen, daß das Gericht es in der Erwartung, seine Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der [...] notwendigen Sorgfalt bei der prozessordnungsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts, bei seiner Subsumtion unter das materielle Strafrecht und bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe fehlen lassen werde.“<sup>314</sup>

Nimmt das Gericht seine Pflicht zur fehlerfreien Sachverhaltsermittlung unzureichend wahr, werden die Folgen daraus in Form der Urteilsaufhebung dem Tatgericht zugerechnet. Die Urteilsaufhebung durch eine erfolgreiche Revision wirkt somit als eine prozessuale „Sanktion“.<sup>315</sup> Aufgrund dieser Folgenrechnung ist das Tatgericht für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit des Sachverhalts verantwortlich.<sup>316</sup>

Der Beschuldigte ist aufgrund der umfassenden Verantwortlichkeit des Tatgerichts also im Grundsatz nicht gefordert, selbst an der Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken. Trotz entsprechender Möglichkeiten kann er vielmehr zumindest vorerst passiv bleiben und auf die gerichtliche

---

<sup>314</sup> Vgl. dazu BGHSt 50, 40, 56. – Siehe ferner *Schünemann*, FS Geppert, S. 649, 652, der zur Notwendigkeit einer Rechtsmittelinstanz anmerkt: „Wenn ein Mensch in seinen Entscheidungen nicht mehr kontrolliert wird, wenn er also nach seiner eigenen Willkür handeln kann, so gibt es keine Garantie dafür, dass diese Entscheidung allgemein akzeptiert werden kann, weil sie objektiven Richtigkeitskriterien genügt. Wer keiner Kontrolle unterliegt, entwickelt sich zum rücksichtslosen Tyrann [...].“

<sup>315</sup> Zur Urteilsaufhebung als „spezifische Sanktion des Strafprozessrechts“ *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 20. – Zum Verständnis von Verantwortung als Zurechnung und Einstehen-Müssen für die Folgen einer Handlung bereits oben Teil I I. A. 1; zur prozessualen „Sanktion“ oben Teil I I. C. 3.

<sup>316</sup> Vgl. zur Verantwortlichkeit des Tatgerichts für Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsaufklärung *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. G Rn. 9 ff., insb. 16; *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 217.

Ermittlung zu seiner Entlastung und ein entsprechendes Urteil vertrauen. Erst für den Fall, dass das Gericht bei seiner Untersuchung versagt hat, muss der Beschuldigte aktiv werden und den Fehler in der Revision rügen. Im Falle der Unvollständigkeit der Urteilsgrundlage muss der Beschuldigte also die Aufklärungsrüge oder die „Darstellungsrüge“ erheben oder – gegebenenfalls zusätzlich – die unrechtmäßige Abweisung eines Beweisantrags rügen. Waren Teile der Sachverhaltsermittlung unzulässig, muss er die Verletzung der entsprechenden Verfahrensvorschrift, aus der etwa ein Beweisverwertungsverbot resultiert, in der Revision beanstanden.

Einzig wenn der Beschuldigte die Aktivierung dieses Kontrollmechanismus unterlässt, muss er sich eine aus unvollständiger und unrechtmäßig ermittelter Sachverhaltsgrundlage resultierende Fehlverurteilung unmittelbar zurechnen lassen. Ihm kommt im Grundsatz also „nur“ eine Obliegenheit zur Beanstandung der gerichtlichen Versäumnisse im Rechtsmittelverfahren zu. Dabei kann er sogar noch hoffen, dass die Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten (vgl. § 296 Abs. 1 StPO) Rechtsmittel einlegt. Allerdings ist sie dazu nur in eng umrissenen Fällen gehalten. Wenn die Entscheidung „der Sachlage“ entspricht, also nach Einschätzung der Staatsanwaltschaft materiell zutreffend ist, soll ein Rechtsmittel in der Regel auch dann unterbleiben, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.<sup>317</sup>

## **2. Ausnahmsweise bestehende Obliegenheiten zur Mitwirkung in der Hauptverhandlung**

Neben dieser Verantwortungsvermittlung im Wege der Beanstandungsobliegenheit im Rechtsmittelverfahren kommen dem Beschuldigten allerdings in spezifischen Konstellationen auch gewisse Obliegenheiten zur Mitwirkung an einer vollständigen Sachverhaltsermittlung im Hauptverfahren zu.<sup>318</sup>

### *a) Bezugspunkte der Mitwirkungsobliegenheiten*

Für diese speziellen Mitwirkungsobliegenheiten sind drei inhaltliche Bezugspunkte zu unterscheiden.

#### aa) Ausschließlich dem Beschuldigten bekannte Tatsachen und Beweise

Eine Obliegenheit zur Mitwirkung an einer vollständigen Sachverhaltsermittlung besteht zunächst im Hinblick auf entlastende Tatsachen und Beweismittel, die nur dem Beschuldigten bekannt sind.

---

<sup>317</sup> Nr. 147 Abs. 1 RiStBV.

<sup>318</sup> Stark verkürzt die Feststellung bei *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 523, dass die Verfahrensbeteiligten „im Anwendungsbereich der Inquisitionsmaxime [...] keine Beweisführungslast trifft“.

Zu denken ist etwa an den bereits in der Einführung erwähnten Alibi-Zeugen, von dem nur der Beschuldigte weiß. Da das Gericht insoweit keinen Ermittlungsansatz hatte, konnte sich ihm die Beweiserhebung nicht i.S.v. § 244 Abs. 2 StPO „aufdrängen“.<sup>319</sup> Wenn diese Umstände nicht in die Sachverhaltsgrundlage einfließen, kann mangels Verfahrensfehler auch keine Aufklärungsrüge durchgreifen.<sup>320</sup> Mit anderen Worten: Für eine ihm nicht mögliche Sachaufklärung kann das Gericht auch nicht verantwortlich gemacht werden. Gleiches gilt für solche tatsächlichen Umstände, die ein Beweisverwertungsverbot begründen können, die aber wiederum nur für den Beschuldigten erkennbar sind.<sup>321</sup> In diesen Fällen liegt es somit am Beschuldigten, die Tatsachen bzw. Beweismittel in geeigneter Weise, etwa durch Beweisanträge, -ermittlungsanträge oder -anregungen zur Kenntnis des Gerichts zu bringen. Hält das Gericht die Beweiserhebung nicht für erforderlich, kann er es mittels Beweisantrag dazu zwingen. Unterlässt er dies irrtümlich<sup>322</sup> oder bewusst,<sup>323</sup> muss er sich eine daraus resultierende fehlerhafte Verurteilung als unmittelbare Folge seines Versäumnisses selbst zuschreiben.<sup>324</sup> Insoweit bestehen für den Beschuldigten somit unmittelbare Mitwirkungsobliegenheiten.

#### bb) Von der Amtsermittlungspflicht nicht mehr umfasste Beweise

Originäre Mitwirkungsobliegenheiten bestehen für den Beschuldigten ferner in dem Bereich der Sachverhaltsermittlung, der nicht mehr von der gerichtlichen Amtsermittlungspflicht erfasst ist. Weil diesbezüglich ebenso nicht das Risiko der prozessualen Sanktionierung durch eine erfolgreiche Aufklärungsrüge besteht, die Verantwortung des Gerichts für die Vollständigkeit des Sachverhalts also insoweit begrenzt ist, obliegt es dem Beschuldigten, sein weitergehendes Beweisantragsrecht zu nutzen.<sup>325</sup>

---

<sup>319</sup> Zu diesem Kriterium für die Reichweite der gerichtlichen Aufklärungspflicht oben III. B. 1. a).

<sup>320</sup> BGHSt 16, 389, 390 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 362; KMR-StPO-Paulus, § 244 Rn. 369; SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 250; MüKo-StPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 390.

<sup>321</sup> Vgl. Hamm, StV 2010, 418, 421.

<sup>322</sup> In BGHSt 16, 389 ging der Beschuldigte irrigerweise davon aus, eine zweite Tatsacheninstanz zur Verfügung zu haben.

<sup>323</sup> Für ein derartiges „selbsterstörerisches“ Zurückhalten entlastender Tatsachen sind durchaus auch rationale Beweggründe denkbar. Siehe dazu die Beispiele bei Pananis, StraFo 2012, 212 ff.

<sup>324</sup> Es verbleibt dem Beschuldigten dann lediglich die Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO. Diese besteht auch im Fall des bewussten Zurückhaltens von Beweismitteln, OLG Frankfurt StV 1984, 17; LG Saarbrücken NStZ 1989, 546; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 359 Rn. 30.

<sup>325</sup> Zum Verhältnis von Amtsermittlungspflicht und Beweisantragsrecht siehe oben III. B. 4. c).

Notwendig kann dies, wie bereits angedeutet, vor allem in Konstellationen werden, in denen sich durch die Beweisaufnahme für bestimmte Umstände bereits ein weitgehend einheitliches Bild ergeben hat, so dass sich dem Gericht eine weitergehende Beweiserhebung nicht mehr aufdrängen muss. Will der Beschuldigte dieses Bild erschüttern, muss er durch Nutzung seines Beweisantragsrechts selbst tätig werden.

### cc) Beeinflussung der Verarbeitung der gerichtlich erhobenen Beweise

Schließlich obliegt es dem Beschuldigten, an der prozessualen „Verarbeitung“ der Beweismittel mitzuwirken. Wie oben geschildert, bedingt die gesetzliche Konzeption der Revision als Überprüfungsverfahren von Rechtsfehlern, dass die tatgerichtliche Beweismittelwürdigung einer Kontrolle durch die Revision bis auf gewisse „Leitplanken“ entzogen ist. Mit der Rüge, das Tatgericht habe die einvernommenen Beweise zu seinen Lasten „falsch“ bewertet, findet der Beschuldigte somit kein Gehör beim Revisionsgericht.<sup>326</sup>

Aufgrund dessen sollte der Beschuldigte aus Eigeninteresse bereits in der Hauptverhandlung auf eine ihm günstige Beweismittelwürdigung des Tatgerichts hinzuwirken. Ihm obliegt also, den Erkenntnisgewinn aus den in das Verfahren eingeführten Beweismitteln durch Ausübung seiner Beteiligungsrechte zu seinen Gunsten mitzugestalten. Etwa kann es angezeigt sein, über die gerichtliche Zeugenvernehmung hinausgehend eine eigene Befragung durchzuführen, um die Unglaubwürdigkeit von Belastungszeugen herauszuarbeiten, seinen Aussageinhalt in ein anderes Licht zu rücken oder ihn in anderer Weise zu „formen“. Nutzt der Beschuldigte diese Einwirkungsmöglichkeiten nicht, muss er sich ein daraus resultierendes Fehlurteil als unmittelbare Konsequenz zurechnen lassen. Er muss sich also beispielsweise selbst zuschreiben, dass er die Erkenntnisse aus der Aussage von Belastungszeugen durch seine eigene Befragung möglicherweise nicht ausreichend „geformt“ hat.

### b) Ausgestaltung der Mitwirkungsobliegenheiten

Die Wahrnehmung dieser ausnahmsweise bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten wird dem Beschuldigten vergleichsweise leicht gemacht. An die Ausübung der Beweisführungsrechte sind keine komplexen formellen Anforderungen gestellt. An ihre Geltendmachung sind kaum Fristen oder Begründungserfordernisse geknüpft. Besonders deutlich wird dies beim Beweisantragsrecht. Über die Nennung von Beweismitteln und Beweistatsache hinaus muss ein Beweisantrag nicht begründet werden. Zudem besteht nach § 246 Abs. 1 StPO keine Ausschlussfrist für die Stellung von Beweisanträgen. Dementsprechend ist die Einbringung von Beweismitteln für den Beschuldigten nicht mit größeren Vorbereitungslasten verbunden. Auch der Umstand, dass dem Beschuldigten grundsätzlich der vollständige Akten-

<sup>326</sup> Siehe oben III. 3. b) aa).



inhalt zugänglich ist, erleichtert die Ausübung der prozessualen Beteiligungsrechte, da eigene Ermittlungen zu einem gewissen Teil nicht notwendig sind.

Diese Ausgestaltung ist wiederum auf die Grundwertung des deutschen Strafverfahrens zurückzuführen, die Ermittlung eines materiell zutreffenden Sachverhalts vor allem dem inquisitorischen Gericht zu überantworten und die Prozessverantwortung des Beschuldigten auf ein Mindestmaß zu beschränken. Gerade weil ihm eventuell nicht alle relevanten Tatsachen bekannt sein könnten, soll das Tatgericht im Interesse der Wahrheitsermittlung Beiträge des Beschuldigten im Hinblick auf ihre materielle Relevanz für eine vollständige Sachverhaltsaufklärung bewerten und substantiierten Einbringungen grundsätzlich nachgehen. Beweisführungen des Beschuldigten sollen gerade nicht ohne Ansehung des konkreten Inhalts daran scheitern, dass er nicht in der Lage war, die formellen Anforderungen einzuhalten. Exemplarisch kann hierfür wiederum das Beweisantragsrecht angeführt werden. So soll ein Beweisantrag gerade nicht als verspätet zurückgewiesen werden können, da er unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung einen entscheidenden Hinweis für die Wahrheitsfindung liefern kann.<sup>327</sup>

### *c) Wandlung zu Beanstandungsobliegenheiten*

Soweit das Gericht fehlerhafterweise nicht auf die dem Beschuldigten obliegenden Einbringungen eingeht, etwa einen Beweisantrag unrechtmäßig zurückweist, wandelt sich diese Mitwirkungsobliegenheit zu einer Beanstandungsobliegenheit in der Revision.

## **3. Faktische weitere Mitwirkungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung**

Eine Darstellung, die auf Grundlage des Gesetzestexts an diesem Punkt halt macht, würde indes ein nur unvollständiges Bild wiedergeben. Denn die faktische Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens führt zu weiteren Obliegenheiten des Beschuldigten, in der Hauptverhandlung an der Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage mitzuwirken.

### *a) Mitwirkungsobliegenheiten aufgrund der „informellen“ Präklusion der Aufklärungsrüge*

Aufgrund der im Verhältnis zur gerichtlichen Untersuchung zugunsten des Beschuldigten weitgehend deckungsgleichen, „gedoppelten“ Beweisführungsrechte

---

<sup>327</sup> Perron, ZStW 108 (1996), 128, 134 Fn. 23; siehe auch BGH NStZ 2005, 395; Hamm/Hassemer/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 138; Habethal/Trüg, GA 2009, 406, 427; Trüg, StV 2010, 528, 536.

des Beschuldigten könnte eine fehlerhaft zustande gekommene Sachverhaltsgrundlage grundsätzlich auch als Versäumnis des Beschuldigten angesehen werden. Mit dieser Argumentation ließe sich vertreten, dem Beschuldigten die Revisionsmöglichkeit als „prozessuale Sanktionierung“ der verpassten Gelegenheit zu nehmen. Die Folge daraus wäre, dass sich der Beschuldigte bereits im Hauptverfahren aktiv um eine vollständige und rechtmäßige Sachverhaltsgrundlage bemühen müsste, um sich zumindest die Revisionsmöglichkeit zu bewahren. Es bestünde insoweit also eine „indirekte“, durch Versagung der Rechtsmittelinstanz vermittelte Mitwirkungsobliegenheit.

Eine solche Präklusion ist dem deutschen Verfahren nach seiner Grundkonzeption indes fremd. Denn das Tatgericht soll aus eigener Verpflichtung heraus eine möglichst vollständige Sachverhaltsermittlung garantieren. Versäumnisse anderer Verfahrensbeteiligter sind daher grundsätzlich irrelevant.<sup>328</sup> Hat das Gericht seine Untersuchung fehlerhaft durchgeführt, kommt es nach Beanstandung des Beschuldigten somit grundsätzlich zu einer Urteilsaufhebung im Rechtsmittelverfahren. Dem Beschuldigten obliegt es daher grundsätzlich nicht, bereits in der Hauptverhandlung seine Beweisführungsrechte im Interesse seiner Entlastung zu nutzen, um nicht die Möglichkeit zu verlieren, die unvollständige oder unrechtmäßige gerichtliche Sachverhaltsermittlung zu rügen. Mit anderen Worten: Nicht jede Beteiligungsmöglichkeit des Beschuldigten beinhaltet zugleich auch eine entsprechende Obliegenheit zur Mitwirkung in der Hauptverhandlung.<sup>329</sup> Beispielsweise ist die Rüge unrechtmäßiger gerichtlicher Untersuchungshandlungen nicht dadurch gehindert, dass der Beschuldigte während der Hauptverhandlung eine entsprechende Beanstandung unterlassen hat.<sup>330</sup> Die Geltendmachung der Aufklärungsrüge ist nicht deshalb versagt, weil der Beschuldigte ggf. nicht über Beweisanträge, Beweisermittlungsanträge oder Beweisanregungen seinerseits dafür gesorgt hat, die entsprechende Tatsache oder das entsprechende Beweismittel in den Prozess einzuführen.<sup>331</sup>

Dieser Grundsatz wird in der Revisionsrechtsprechung allerdings faktisch nicht stringent durchgehalten. Dies betrifft Konstellationen, in denen der Beschuldigte in der Hauptverhandlung keine Beweis- oder -ermittlungsanträge gestellt hat, in der

---

<sup>328</sup> Etwas anderes kann indes bei der Frage der zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers für Verteidigungsfehler gelten. Bei der Beurteilung der zivilrechtlichen haftungsausfüllenden Kausalität vermag das Amtsermittlungsprinzip, also der Umstand, dass das Gericht selbst verpflichtet gewesen wäre, auf rechtmäßige Weise einen zutreffenden Sachverhalt zu ermitteln, grundsätzlich nicht den Zurechnungszusammenhang zum Verteidigerfehler zu unterbrechen. Dazu näher unten IV. B. 3. b).

<sup>329</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 757.

<sup>330</sup> So etwa für die Verletzung von § 169 Satz 2 GVG ausdrücklich BGHSt 22, 83, 85.

<sup>331</sup> Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 244 Rn. 362; SK-StPO-*Frister*, § 244 Rn. 249; SSW-StPO-*Sättele*, § 244 Rn. 73; *Widmaier*, NSZ 1994, 414, 418.

Revision aber die Aufklärungsrüge erhebt und die unvollständige Sachverhaltsermittlung durch das Tatgericht rügt. Zwar wird an eine solche unterlassene Mitwirkung in der Hauptverhandlung keineswegs ausdrücklich eine Präklusionswirkung geknüpft. Indes hat der Bundesgerichtshof in Einzelfällen den Umstand, dass der Beschuldigte selbst nicht auf eine entsprechende Beweiserhebung hingewirkt hat, bei Prüfung der Begründetheit der Aufklärungsrüge als Indiz dafür gewertet, dass sich auch dem Gericht eine weitere Ermittlung nicht aufdrängen musste.<sup>332</sup> In anderen Entscheidungen wird die unterlassene Mitwirkung des Beschuldigten auch ohne ausdrückliche Annahme einer solchen Indizwirkung zumindest als so erheblich eingeordnet, dass sie in der Begründung des Urteils eigens genannt ist.<sup>333</sup> Entsprechende Stellungnahmen finden sich auch in der Literatur; nach *Paulus* soll etwa die Aufklärungsrüge nicht „dazu dienen, in der Hauptverhandlung versäumte Beweisanträge des Revisionsführers nachzuholen“.<sup>334</sup> In ähnlicher Weise wird teilweise auch die Rüge unzureichender Ausschöpfung eines Beweismittels beurteilt. So soll eine auf die Behauptung gestützte Aufklärungsrüge des Beschuldigten, das Gericht habe eine Auskunftsperson nur ungenügend befragt, mit der Begründung abgewiesen werden können, der Beschuldigte habe selbst ein entsprechendes Fragerecht gehabt und dieses nicht genutzt.<sup>335</sup>

Insgesamt dürften die Erfolgsaussichten einer Aufklärungsrüge in der Praxis also beträchtlich sinken, wenn der Beschuldigte nicht selbst in der Hauptverhandlung über Beweis- oder -ermittlungsanträge aktiv geworden ist.<sup>336</sup> Damit kennt die Revisionsrechtsprechung durchaus eine, in der Terminologie *Basdorfs* „informelle“, Präklusion der Aufklärungsrüge.<sup>337</sup> Auf das Unterlassen der Beweisbeibringung

---

<sup>332</sup> BGH 1 StR 775/84, Urt. v. 14.3.1985, abgedruckt bei *Holtz*, MDR 1985, 629; BGH, Beschl. v. 26.2.1998 – 4 StR 7/98, zitiert nach *Neuhaus*, StV 2002, 43, 44; in diesem Sinne auch *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 986; *Basdorf*, StV 1997, 488 (490); Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 50 und 362, dort insb. Fn. 1777; KMR-StPO-Paulus, § 244 Rn. 369; offengelassen in BGH 1 StR 595/91, Urt. v. 7.1.1992, Tz. 9 [juris]; ablehnend SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 250; MüKo-StPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 390.

<sup>333</sup> Vgl. etwa BGHSt 43, 321, 331.

<sup>334</sup> KMR-StPO-Paulus, § 244 Rn. 593; ähnlich Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 362; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 661; *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 81; *Burhoff*, StV 1997, 432, 438.

<sup>335</sup> In diesem Sinne Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 35; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 24; vgl. auch *Dahs/Müssig*, Revision, Rn. 506. Allerdings stellt sich die Problematik angesichts des Rekonstruktionsverbots der Hauptverhandlung ohnehin nur in seltenen Fällen. Zum revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbot sogleich III. C. 3. b) aa).

<sup>336</sup> Vgl. die Einschätzungen von *Dahs/Müssig*, Revision, Rn. 512; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 661; *Widmaier*, NStZ 1994, 414, 418; *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 762 f.; *Wenske*, in: BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 302, 333. – Aus der Rechtsprechung beispielhaft BGH NStZ 1992, 450, 451; BGH 3 StR 336/96, Beschl. v. 11.9.1996, Tz. 2 [juris].

<sup>337</sup> *Basdorf*, StV 1997, 488, 490. Kritisch SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 249 f.; *Hamm/Sarstedt*, Revision, Rn. 533. Mit dem Vorschlag einer „echten“ Präklusionsregelung *de*

folgt also die „prozessuale Sanktion“ der Abweisung der Aufklärungsrüge auf Begründetheitsebene. Eine entsprechend fehlerhafte Verurteilung müsste sich der Beschuldigte, vermittelt durch den Wegfall der Revisionsmöglichkeit, somit bereits als Ergebnis seiner Untätigkeit in der Hauptverhandlung zurechnen lassen. Daher besteht für den Beschuldigten zumindest faktisch eine gewisse Mitwirkungsobliegenheit in der Hauptverhandlung: Um auf der sicheren Seite zu sein, sollte er alle ihm bekannten Entlastungsbeweise schon in der Hauptverhandlung zur Kenntnis des Gerichts zu bringen.

*b) Mitwirkungsobliegenheiten aufgrund der Ausgestaltung der revisionsrechtlichen Überprüfung*

Des Weiteren entstehen zusätzliche Mitwirkungsobliegenheiten des Beschuldigten in der Hauptverhandlung infolge der konkreten Ausgestaltung der Revision.

Zum einen sind bereits die formellen Anforderungen an eine zulässige Verfahrensrüge so enorm, dass es für den Beschuldigten in vielen Fällen ratsam ist, sich nicht auf die Beanstandungsmöglichkeit in der Revision zu verlassen. Es dürfte sich stattdessen faktisch in vielen Fällen empfehlen, bereits in der Hauptverhandlung mit entsprechenden Beanstandungs- oder Mitwirkungsrechten aktiv zu werden. In eigenem Interesse wird der Beschuldigte also oftmals beispielsweise eine unzulässige Beweisführung oder Sachleitungsanordnung in der Hauptverhandlung beanstanden, anstatt sich den Unwägbarkeiten der Begründung der jeweiligen Revisionsrügen auszuliefern.

Faktische Mitwirkungsobliegenheiten wie diese bestehen auch aufgrund des eingeschränkten Rügepotenzials infolge des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung. Weil die Effektivität des Rechtsmittels der Revision stark vom Einzelfall, etwa von der Protokollierung von Beweiseinvernahmen in der Hauptverhandlung abhängig ist, ist es schwierig, diese Obliegenheiten zu konkretisieren. Um sich beispielsweise dagegen zu wappnen, dass die Revisionsrüge einer unvollständigen amtlichen Ermittlung aufgrund des Rekonstruktionsverbots versagt wird, kann es dem Beschuldigten im Einzelfall obliegen, selbst für die Einführung von Beweisen zu sorgen, anstatt es auf die – ggf. ohnehin schon „informell“ präkludierte<sup>338</sup> – Aufklärungsrüge ankommen zu lassen. Relevant wird dies jedenfalls, sobald das Gericht selbst die erforderliche amtliche Ermittlung für abgeschlossen hält und das bisherige Prozessergebnis nicht eindeutig für den Beschuldigten spricht. Das effektivste prozessuale Instrumentarium hierzu ist das Beweisantragsrecht, mit dem das Gericht über seine Amtsermittlungspflicht hinausgehend zur Beweisaufnahme gezwungen werden kann.

---

*lege ferenda Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 81 f., C 85; dazu unten Teil 3 III. B. 2. a) und IV. B. 3. a) bb).

<sup>338</sup> Siehe oben III. C. 3. a).

Als Konsequenz der eingeschränkten Möglichkeit der „verhandlungswidrigen“ Würdigung eines Beweises erschiene es zunächst möglich, die Verlesung von früheren Vernehmungsprotokollen oder die wörtliche Protokollierung einzelner Aussagen in der Hauptverhandlung gem. § 273 Abs. 3 StPO zu beantragen.<sup>339</sup> Eine solche wörtliche Protokollierung erfolgt indes aufgrund der oben beschriebenen Handhabung dieser Vorschrift<sup>340</sup> äußerst selten, so dass der Protokollierungsantrag von Praktikern als „stumpfe Waffe“ bezeichnet und daher auch kaum gestellt wird.<sup>341</sup> Keine Lösung bietet auch die Abgabe einer Erklärung durch die Verteidigung, in der sie ihr Verständnis von einem bestimmten Aussageinhalt schildert und dies mit der Bitte um einen gerichtlichen Hinweis (§ 265 StPO) verbindet, wenn dieses Verständnis fehlerhaft sein sollte. Denn nach der Rechtsprechung liegt kein Rechtsfehler vor, wenn kein solcher Hinweis ergeht und das Urteil sich gleichwohl auf ein anderes Verständnis stützt.<sup>342</sup> Dementsprechend verbleibt häufig als einziges Mittel, mit sog. „affirmativen Beweisanträgen“ ein bestimmtes Beweisergebnis durch zusätzliche Beweise „festzuschreiben“.<sup>343</sup>

Die oben beschriebenen Erweiterungen der Sachrüge schmälern diese faktischen Mitwirkungsobliegenheiten kaum.<sup>344</sup> Denn im Wege der Sachrüge wird nicht die Fehlerfreiheit der Sachverhaltsermittlung, sondern einzig die Plausibilität der gerichtlichen Sachverhaltsbeschreibung im Urteil geprüft. Ihr Erfolg hängt letztlich von der Fähigkeit des Urteilsverfassers ab, zum Urteilspruch einwandfreie Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigungen zu formulieren.<sup>345</sup> Überdies ist der Erfolg einer Darstellungsrüge nur sehr eingeschränkt vorhersehbar.<sup>346</sup>

Insgesamt sind also die Chancen, Fehler der gerichtlichen Untersuchung im Revisionsverfahren erfolgreich zu beanstanden, in vielen Fällen im Vorfeld kaum

---

<sup>339</sup> *Schlothauer*, StV 1992, 134, 140 f.

<sup>340</sup> Siehe oben III. B. 2. b) cc).

<sup>341</sup> *Malek*, StV 2011, 559, 563; vgl. auch *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 584.

<sup>342</sup> BGHSt 43, 212; dazu *König*, StV 1998, 113 ff.; *ders.*, in: Ziegert (Hrsg.), Grundlagen der Strafverteidigung, S. 155 (213); *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, S. 2. – Siehe aber BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 125 ff., wonach empfohlen wird, die Hinweispflicht aus § 265 StPO auch auf Fälle auszudehnen, in denen sich die rechtliche Bewertung der tatsächlichen Umstände geändert hat oder in denen das Gericht von einer von ihm offengelegten Bewertung der Sach- und Beweislage abweichen will.

<sup>343</sup> BeckOK-StPO-Eschelbach, § 261 Rn. 60; *Schlothauer*, StV 1992, 134, 141; *Junker*, Beweisantragsrecht, Rn. 196 f.; *Dahs/Rettenmaier*, Handbuch, Rn. 660; *Sommer*, Strafverteidigung, Rn. 360.

<sup>344</sup> Vgl. *Eschelbach*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 39, 54: „Die [...] „erweiterte Revision in Strafsachen“ hat [...] im statistischen Ergebnis unbeschadet der Erhöhung des Arbeitsaufwands bei Tat- und Revisionsgerichten nicht zu einer Verbesserung der Beweiskontrolle geführt.“ – Eine kompensierende Wirkung sieht aber anscheinend BVerfGE 122, 248, 276.

<sup>345</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 32.

<sup>346</sup> Siehe oben III. B. 2. b) cc).

abschätzbar.<sup>347</sup> Bei näherem Hinsehen birgt es vielmehr gewaltige Risiken, sich in der Hauptverhandlung auf das Tatgericht und die nachfolgende Kontrollmöglichkeit in der Revision zu verlassen.<sup>348</sup> Die Revision wird daher als ein letztes „Sicherheitsnetz“ beschrieben.<sup>349</sup> Dass die Verantwortung des Beschuldigten in Bezug auf die Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung, von den beschriebenen originären Mitwirkungsobliegenheiten abgesehen, vor allem durch Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren ausgeformt ist, erwiese sich als stark verkürzende Betrachtung.

### c) Mitwirkungsobliegenheiten bei formeller Verteidigung

Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass im Vorangegangenen wohl vor allem die Obliegenheiten des in der Tatsacheninstanz unverteidigten Beschuldigten beschrieben sein dürften. Steht dem Beschuldigten ein engagierter Verteidiger zur Seite, können demgegenüber faktisch weitere Mitwirkungsobliegenheiten hinzukommen. Denn in diesem Fall dürften die staatlichen Strafverfolgungsorgane im Einzelfall dazu neigen, ihre (knappen) Ressourcen<sup>350</sup> nicht im selben Maß auf die Ermittlungs- bzw. Untersuchungspflichten zugunsten des Beschuldigten zu verwenden, als wenn dieser alleine auf sich gestellt wäre.<sup>351</sup> Im Ergebnis dürfte also die oben geschilderte systemimmanente „Doppelung“ der Wahrheitssuche<sup>352</sup> wieder etwas relativiert werden.

## D. Bewertung

Die vorangegangene Darstellung hat einerseits deutlich gemacht, dass dem Beschuldigten in weiten Teilen substanzielle Möglichkeiten zur Verfügung stehen, auf die prozessuale Ermittlung des Sachverhalts einzuwirken. Hervorzuheben ist insbesondere das Beweisantragsrecht, über das er das Gericht auch gegen dessen Einschätzung von der Notwendigkeit weiterer Aufklärung zur Beweiserhebung zwingen kann und das deshalb verbreitet als „adversatorisches“ Recht bezeichnet wird.<sup>353</sup>

Aufgrund der Doppelung der Verteidigung durch Gericht und eigene Verteidigungsrechte besteht die Gefahr, dass die Bedeutung von Beteiligung und Prozess-

---

<sup>347</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Franke, Vor § 333 Rn. 11; in diese Richtung auch Hamm/Sarstedt, Revision, Rn. 12.

<sup>348</sup> Vgl. Sommer, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1809.

<sup>349</sup> MAH Strafverteidigung-Widmaier/Norouzi, § 9 Rn. 1.

<sup>350</sup> Zur Problematik knapper Ressourcen unten Teil 3 II. A. 1.

<sup>351</sup> Vgl. Volk, Die Wahrheit vor Gericht, S. 163. – Zum Verhältnis von gerichtlicher Fürsorgepflicht und formeller Verteidigung siehe unten IV. C.

<sup>352</sup> Siehe oben II. B. 2. b).

<sup>353</sup> Siehe oben Fn. 311.

verantwortung des Beschuldigten für die Legitimation des Strafurteils unterschätzt wird. Am eindrucklichsten zeigt sich dies in der oben behandelten Konstellation, dass die Befragung eines Belastungszeugen durch den Beschuldigten komplett ausfällt, die Aussage aber dennoch über ein Surrogat in die Verurteilung einfließt.<sup>354</sup> Dem Beschuldigten werden seine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sachverhaltsgewinnung in dieser Konstellation im Hinblick auf dieses Beweismittel vollständig verwehrt. Da ihm eine Befragung nicht möglich war, konnte er auch nicht den konkreten Erkenntnisgewinn aus diesem Zeugenbeweis mitgestalten und einer möglichen Fehlerquelle im Urteil selbst entgegenwirken. Es fehlt dann aber für dieses Beweismittel an einer prozessualen Handlungsmöglichkeit des Beschuldigten, die einen Anknüpfungspunkt für die Prozessverantwortung des Beschuldigten bilden könnte.

Die Reduzierung des Beweiswerts des Beweissurrogats allein kann diesen Ausfall nicht ausgleichen. Denn die Befragung durch eine amtliche Ermittlungsperson vermag die eigene Einwirkungsmöglichkeit des Beschuldigten nicht zu ersetzen, auch wenn sie neutral und im Zuge dessen (auch) kritisch im Sinne des Beschuldigten erfolgt ist.<sup>355</sup> Materielle Verteidigung durch das Gericht kann die eigenständige Befragungsmöglichkeit nicht ersetzen.<sup>356</sup> Im Ergebnis darf sich eine strafrechtliche Verurteilung jedenfalls nicht auf ein solches Beweissurrogat als entscheidendes Beweismittel stützen.<sup>357</sup> Angesichts dessen ist zu begrüßen, dass sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wieder von seiner zwischenzeitlichen, in *Al-Khawaja und Tahery v. Großbritannien* geäußerten Tendenz, im Rahmen seines *sole or decisive*-Standards die Frage der Zuverlässigkeit eines Beweismittels von der Befragungsmöglichkeit des Beschuldigten losgelöst zu betrachten und auch sonstige Schutzmechanismen zu berücksichtigen, wieder abgekehrt zu haben scheint.<sup>358</sup>

Was den Stellenwert der Prozessverantwortung als Kehrseite der Beteiligungsrechte betrifft, hat sich im Grundsatz die aus der Verfahrensstruktur gewonnene Erkenntnis bestätigt, dass diese aufgrund der Fokussierung auf die materielle Wahrheitsermittlung neben der amtlichen Untersuchung nur eine geringe Stütze für das Urteil bildet. Dies kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass dem Beschuldigten in der Hauptverhandlung nur wenige ausdrückliche Mitwirkungsobliegen-

---

<sup>354</sup> Siehe oben III. B. 3. b) bb).

<sup>355</sup> Mit ähnlicher Begründung *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 839 ff., insb. 843 f.

<sup>356</sup> *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 468 ff., speziell zum Fragerecht S. 839 ff., insb. 843 f. Dazu bereits oben Teil 1 II. A.

<sup>357</sup> Ablehnend *Weigend*, FS Wolter, S. 1145, 1159 ff., der zwar eine Verankerung des Fragerechts in der Subjektstellung erkennt, aber zugleich – angesichts der Verankerung der Subjektstellung in der Menschenwürde durchaus bedenklich – die Möglichkeit sieht, dass das Fragerecht wiederum durch gleichwertige Interessen im Verfahren, etwa von Opfern, aufgewogen werden könne (S. 1149).

<sup>358</sup> Siehe für eine Bewertung vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des US Supreme Court überdies unten Teil 4 III. E.

heiten auferlegt sind. Die Sicherung einer vollständigen und rechtmäßigen Sachverhaltsgrundlage obliegt ihm allein im Hinblick auf den – kaum anders lösbaren – Fall exklusiv bekannter entlastender Umstände. Das hauptsächliche Vehikel für die Prozessverantwortung des Beschuldigten besteht vordergründig somit in der nachträglichen Beanstandung der gerichtlichen Untersuchung im Rechtsmittelverfahren. Er ist lediglich dafür verantwortlich, bei gerichtlichen Fehlern das Rechtsmittel der Revision als prozessualen Kontrollmechanismus zu aktivieren.

Allerdings hat sich dies bei näherer Betrachtung als stark verkürztes Urteil entpuppt. Zum einen lassen die hohen formellen Anforderungen an die revisionsrechtliche Verfahrensrüge es oftmals für den Beschuldigten als ratsam erscheinen, bereits in der Hauptverhandlung aktiv zu werden. Weil überdies bei Weitem nicht alle Fehler der gerichtlichen Untersuchung auch in der Revision gerügt werden können, muss sich der Beschuldigte bereits in der Hauptverhandlung selbst aktiv um eine vollständige und rechtmäßige Sachverhaltsgrundlage bemühen. Die konkreten Obliegenheiten sind dabei sehr einzelfallabhängig und damit kaum vorhersehbar. Jedenfalls geht die Prozessverantwortung des Beschuldigten aufgrund dieser Ausgestaltungen des Revisionsverfahrens deutlich über bloße Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren hinaus.

#### **IV. Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte**

Bereits in Teil 1 wurde ausgeführt, dass es für die tatsächliche Handhabbarkeit der eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten verfahrensmäßiger Absicherungen bedarf.<sup>359</sup> Im deutschen Strafverfahren bestehen zu diesem Zweck im Wesentlichen zwei Institute: einerseits die Fürsorge des Gerichts (A.) sowie andererseits die formelle Verteidigung durch einen Rechtsanwalt bzw. eine sonstige rechtskundige Person (B.), die in einem einseitigen Ergänzungsverhältnis stehen (C.).

##### **A. Gerichtliche Fürsorge**

Zunächst wird die tatsächliche Handhabbarkeit der materiellen Beschuldigtenrechte durch die gerichtliche Verpflichtung zu einer gewissen Hilfestellung gegenüber dem Beschuldigten abgesichert. Diese wird als gerichtliche Fürsorgepflicht bezeichnet.

---

<sup>359</sup> Siehe oben Teil 1 II. A. und C.



### 1. Die Absicherungsfunktion der gerichtlichen Fürsorge

Zwar besteht weitgehend Einigkeit, dass den Strafverfolgungsorganen gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere dem Gericht gegenüber dem Beschuldigten, eine Fürsorgepflicht zukommt.<sup>360</sup> Allerdings war und ist noch immer weithin umstritten, welcher Inhalt und Umfang, Geltungsgrund und welche verfassungsrechtliche Verankerung sich hinter diesem Begriff verbergen.<sup>361</sup> Am weitesten geht die Ansicht, nach der die Fürsorgepflicht als Sammelbezeichnung alle gerichtlichen Nebenpflichten umfasst, das Verfahren als Ganzes „justizförmig, pfleglich und zweckvoll“ zu gestalten. Dazu gehöre etwa die Überwindung von Kommunikationsschwierigkeiten, der Persönlichkeitsschutz oder auch die Beweissicherung.<sup>362</sup> Nach einer anderen Auffassung ist das Gericht generalklauselartig verpflichtet, allgemein ungerechtfertigte Nachteile vom Angeklagten fernzuhalten und ihn vor dem Missbrauch staatlicher Macht zu schützen.<sup>363</sup> Nach wohl herrschender Ansicht soll die Fürsorgepflicht den Verfahrensbeteiligten eine sachgerechte Wahrnehmung ihrer prozessualen Befugnisse ermöglichen.<sup>364</sup> Umstritten ist zusätzlich, ob die gerichtliche Fürsorgepflicht eine allgemeine Prozessmaxime darstellt<sup>365</sup> oder lediglich Einzelpflichten des *fair trial*-Grundsatzes begrifflich verklammert.<sup>366</sup> Als verfassungsrechtliches Fundament wird zudem oftmals das Sozialstaatsprinzip benannt.<sup>367</sup>

Aus diesem kaum überschaubaren Spektrum an Inhaltsbestimmungen und Herleitungen hat vor allem *Maiwald* herausgearbeitet, dass die Pflicht des Gerichts für gewisse Hilfestellungen als gerichtliche Fürsorgepflicht in der Prozessverantwortung

<sup>360</sup> Aus der Rechtsprechung BVerfGE 56, 185, 186; 57, 250, 280; 63, 380, 392; BGHSt 22, 118, 122; 26, 1, 4; 48, 221, 228; aus der Strafrechtslehre *Mösl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 65.

<sup>361</sup> Nach *Müller*, in: Rüfner (Hrsg.), *Recht und Gesetz im Dialog II*, S. 123 tummeln sich – Stand 1984 – in der wissenschaftlichen Diskussion „begriffliche Mißverständnisse und terminologische Unsicherheiten“; *Plötz*, *Fürsorgepflicht*, S. 17 erkennt ein „augenfälliges dogmatisches Defizit“. Siehe auch die systematisierenden Ausführungen von *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 207, 210 ff.

<sup>362</sup> Siehe dazu die Nachweise bei *Kielwein*, *Fürsorgepflicht*, S. 114 f. Fn. 2–6 und *Müller*, in: Rüfner (Hrsg.), *Recht und Gesetz im Dialog II*, S. 123, 124 Fn. 3; in diesem Sinne anscheinend noch immer *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 155 ff.

<sup>363</sup> Mit Nachweisen zu dieser Auffassung *Müller*, in: Rüfner (Hrsg.), *Recht und Gesetz im Dialog II*, S. 123, 124 f.

<sup>364</sup> OLG Bamberg NSTz-RR 2012, 23; KK-StPO-*Fischer*, Einl. Rn. 165; *Mösl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 65; SSW-StPO-*Beulke*, Einl. Rn. 75; Löwe/Rosenberg-*Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 122.

<sup>365</sup> *Mösl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 65.

<sup>366</sup> *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 763 f.; *Plötz*, *Fürsorgepflicht*, S. 333; *Kielwein*, *Fürsorgepflicht*, S. 106 ff.; *Schneider*, Jura 1997, 132, 137; *ders.*, NSTz 2013, 215, 220; SSW-StPO-*Beulke*, Einl. Rn. 79.

<sup>367</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 2 Rn. 10, § 11 Rn. 11; *Krey*, *Strafverfahrensrecht*, Bd. 1, Rn. 477.

des Beschuldigten begründet ist.<sup>368</sup> Gerade weil dem Beschuldigten als Prozesssubjekt – und in strafverfahrensspezifischer Sicht wegen des unvermeidlichen Fehlurteilsrisikos – eine gewisse eigene Verantwortung für seine Verteidigung zukommt, muss dafür gesorgt werden, dass er seine Verteidigungsrechte auch faktisch wahrnehmen kann.<sup>369</sup> Die Stellung des Beschuldigten soll auf diese Weise an einen „Idealtypus“ angenähert werden, der „die Beschränkung seines Verhaltens durch die Förmlichkeiten des Prozesses ebenso wie seine Möglichkeiten der Mitgestaltung kennt“.<sup>370</sup>

Dass gerade das Tatgericht hierfür eine gewisse Verpflichtung trifft, ist aus den historischen Ursprüngen des Amtsermittlungsverfahrens erklärbar.<sup>371</sup> Im „reinen“ Inquisitionsprozess wurde die Verteidigung des Beschuldigten allein durch das Gericht wahrgenommen, das als Untersuchungsorgan zur umfassenden Ermittlung, also auch zur Entlastung des Beschuldigten verpflichtet war. Auch mit Anerkennung der Subjektqualität des Beschuldigten im reformierten Inquisitionsprozess blieb das Gericht zur umfassenden Ermittlung verpflichtet; die Beschuldigtenrechte traten, wie geschildert, als „doppelte Verteidigung“ hinzu.<sup>372</sup> Das Gericht nimmt im Amtsermittlungsverfahren als Untersuchungsorgan somit bereits materielle Interessen des Beschuldigten wahr.<sup>373</sup> Als mit der Etablierung der eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten die Absicherung ihrer tatsächlichen Handhabbarkeit notwendig wurde, war mit dieser Interessenwahrnehmung folglich bereits ein Anknüpfungspunkt für weitere, „formelle“ gerichtliche Hilfestellungen vorhanden. Zur materiellen Verteidigung durch die umfassende Untersuchung trat somit eine gewisse Absicherungsfunktion des Gerichts hinzu.<sup>374</sup>

In der eigenverantwortlichen Stellung des Beschuldigten findet die gerichtliche Fürsorge zugleich auch ihre Grenzen.<sup>375</sup> Subjektstellung und Abwendung des Fehlurteilsrisikos verlangen gerade ein selbstständiges, autonomes Handeln des Beschuldigten. Damit ist es, wie bereits angedeutet, unvereinbar, wenn das Gericht

---

<sup>368</sup> Vgl. *Maiwald*, FS Lange, S. 745 ff.

<sup>369</sup> Vgl. *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 753 f., 761 ff.; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 118 ff., 134 f.; *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 279 ff.; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 106 ff. *Schneider*, Jura 1997, 132, 137; *ders.*, NStZ 2013, 215, 220.

<sup>370</sup> *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 754.

<sup>371</sup> Dazu *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 761 ff.

<sup>372</sup> Siehe oben II. B. 2. b).

<sup>373</sup> Wie *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 762, es ausdrückt: „Erst das inquisitorische Moment [...] bringt so etwas wie Fürsorge für den Beschuldigten in das Verfahren hinein.“

<sup>374</sup> *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 104 ff., insb. 147 ff., spricht insoweit von einem „Aufgabenzuwachs“ der Justizorgane.

<sup>375</sup> *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 763 f.; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 200 ff.; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 134 f.; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 126; *Schneider*, Jura 1997, 132, 137; *ders.*, NStZ 2013, 215, 220; *Müller*, in: Rübner (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog II, S. 123, 125 f.; *Beckemper*, Verteidigerkonsultationsrecht, S. 282 f.; *SSW-StPO-Beulke*, Einl. Rn. 79; *Sandermann*, Waffengleichheit, S. 165.

über die Fürsorgepflicht einen materiellen Einfluss auf die Verteidigungsbemühungen des Beschuldigten erhält.<sup>376</sup> Es kann etwa nicht Aufgabe der Fürsorge sein, den Beschuldigten an unzweckmäßigen Verteidigungsmaßnahmen zu hindern.<sup>377</sup> Inhaltlich kommt der gerichtlichen Fürsorgepflicht damit lediglich eine begrenzte formelle Sicherstellungsfunktion zu, die sich darauf beschränken muss, dem Beschuldigten „das Tragen von Verantwortung zu ermöglichen“.<sup>378</sup> In Ausformung dessen beinhaltet die gerichtliche Fürsorge verschiedene Hinweis-, Belehrungs-, (Rück-)frage- und Warnpflichten,<sup>379</sup> geht aber auch nicht darüber hinaus.

Die gerichtliche Fürsorgepflicht ist damit weniger als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips bzw. einer besonderen sozialstaatlichen Ausrichtung des deutschen Amtsermittlungsverfahrens zu werten.<sup>380</sup> Vielmehr setzt sie die grundsätzlich bestehende Notwendigkeit der Absicherung der Beschuldigtenposition in strukturspezifischer Weise durch Anknüpfung an die inquisitorische Stellung des Gerichts um. Verfassungsrechtlich fußt die gerichtliche Fürsorgepflicht damit einerseits über die Subjektstellung des Beschuldigten auf dem Recht auf ein faires Verfahren.<sup>381</sup> Vor allem aber ist sie als Absicherung der Abwendungsmöglichkeit des Beschuldigten von Fehlurteilen ein verfahrensrechtlicher Ausfluss des materiellen Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG und des Schuldprinzips als dessen Schranken-Schranke.<sup>382</sup> Von diesem Ausgangspunkt kann die gerichtliche Fürsorgepflicht durchaus als (grundrechtlich fundierte) Prozessmaxime eingeordnet werden: Als ein Leitgedanke des deutschen Amtsermittlungsverfahrens soll die eigenverantwortliche Verteidigung des Beschuldigten auch durch Hilfestellungen des Gerichts abgesichert werden.<sup>383</sup>

## 2. Ausgestaltung der gerichtlichen Fürsorge

Konkret beinhaltet die gerichtliche Fürsorgepflicht, wie bereits angerissen, allein verschiedene, mitunter gesetzlich ausdrücklich normierte Hinweis-, Belehrungs-, (Rück-)frage-, Warn- oder sonstige Schutzpflichten. Teils sind derartige Pflichten

<sup>376</sup> Siehe oben Teil I II. C. 2. a).

<sup>377</sup> Daran ist das Gericht in weiten Teilen freilich auch durch seinen Untersuchungsauftrag gehindert. Dazu *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 763 f.; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 121 f.; *Schneider*, Jura 1997, 132, 137.

<sup>378</sup> *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 764.

<sup>379</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250, 280; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 26; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 202.

<sup>380</sup> So aber *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 147 ff. Zum Verständnis des Amtsermittlungsprozesses als sozialstaatliches Verfahren siehe oben II. C. 2.

<sup>381</sup> Entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Herleitung der Beschuldigtenbeteiligung (siehe oben II. A. 2. a)) allein hierauf abstellend *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 762.

<sup>382</sup> Zu dieser verfassungsrechtlichen Herleitung oben II. A. 2. a).

<sup>383</sup> Zu Begriff und Bedeutung von Prozessmaximen Löwe/Rosenberg-*Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 1 ff.; MüKo-StPO-*Kudlich*, Einl. Rn. 120 ff.

für Prozesssituationen vorgesehen, die den durchschnittlichen Beschuldigten nach typisierender Wertung besonders fordern; teilweise stellen sie auf die Handlungskompetenz des Beschuldigten im konkreten Einzelfall ab.

Inhaltlich lassen sich zu einer solchen Fürsorgepflichten zusammenfassen, die dem Beschuldigten eine angemessene Verteidigung auf veränderte Prozesslagen ermöglichen sollen. Ausdrücklich in § 265 Abs. 1 StPO normiert ist etwa die Hinweispflicht des Gerichts bei der Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts.<sup>384</sup> Darüber hinaus kann das Gericht in derartigen Situationen verpflichtet sein, den Beschuldigten auf die Möglichkeit eines Aussetzungsantrags hinzuweisen,<sup>385</sup> oder gar von Amts die Hauptverhandlung auszusetzen bzw. zu unterbrechen, um eine angemessene Vorbereitung zu ermöglichen (§ 265 Abs. 4 StPO, § 266 Abs. 3 StPO).<sup>386</sup> Aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung kann eine veränderte Prozesslage im Einzelfall einen Hinweis des Gerichts erforderlich machen.<sup>387</sup>

Weitere Hilfestellungen greifen, wenn der Beschuldigte seine Beteiligungsrechte im Prozess einsetzen will. Teilweise muss bereits auf die bloße Möglichkeit der Rechtswahrnehmung hingewiesen werden. § 257 Abs. 1 StPO formuliert etwa als „Soll“-Vorschrift die Pflicht, beim Beschuldigten rückzufragen, ob er eine Erklärung zu einer Beweiserhebung abgeben möchte.<sup>388</sup> Fürsorgepflichten können weiter bei der Ausübung eines Verteidigungsrechts bestehen. Etwa kann das Tatgericht bei unklar, missverständlich oder lückenhaft formulierten Beweisansprüchen verpflichtet sein, durch Auslegung oder Rückfragen darauf hinzuwirken, dass die formellen Anforderungen eingehalten werden.<sup>389</sup> Im Einzelfall muss es gar auf Alternativen zu einem rechtlich aussichtslosen Beweisanspruch hinweisen.<sup>390</sup>

Darüber hinaus bestehen Pflichten zum Hinweis auf sonstige prozessuale Möglichkeiten. Etwa hat das Gericht den Beschuldigten nach § 35a StPO bei befristet anfechtbaren Entscheidungen über seine Rechtsmittelmöglichkeiten zu belehren; gem. § 228 Abs. 3 StPO ist der Beschuldigte bei Nichteinhaltung der Ladungsfrist aus § 217 StPO „mit der Befugnis, Aussetzung der Verhandlung zu verlangen, bekannt[zum]achen“.

<sup>384</sup> KK-StPO-Kuckein, § 265 Rn. 1; SSW-StPO-Rosenau, § 265 Rn. 2; eingehend Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 27; siehe auch BVerfGE 57, 250, 280.

<sup>385</sup> Radtke/Hohmann-Radtke, § 265 Rn. 99 m.w.N.

<sup>386</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250, 280.

<sup>387</sup> BGHSt 48, 221, 228.

<sup>388</sup> Die Einordnung der Rückfrage aus § 257 Abs. 1 StPO als Ausprägung der Fürsorgepflicht findet sich auch bei SK-StPO-Velten, § 257 Rn. 4; Salecker, Außerungsrecht, S. 71.

<sup>389</sup> BGH NSTZ 1994, 483; NSTZ-RR 1996, 336, 337; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 244 Rn. 35; SSW-StPO-Sättle, § 244 Rn. 109; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 115 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 180 f.; Alsberg-Dallmeyer, 1. Teil Rn. 744 ff. Dabei ergeben sich Überschneidungen zum Amtsermittlungsgrundsatz, auf den diese gerichtliche Pflicht ebenfalls teilweise gestützt wird, siehe etwa BGHSt 37, 162, 166.

<sup>390</sup> BGHSt 22, 118, 122: kommissarische Vernehmung im Ausland als Alternative, wenn die Ladung eines im Ausland wohnenden Zeugen ohne Erfolgsaussicht ist.

### 3. Ausfall der gerichtlichen Fürsorge

Fällt die gerichtliche Fürsorge als Absicherungsmechanismus aus, etwa weil das Gericht einen Hinweis versäumt hat, so kann dies in der Revision als Verfahrensfehler gerügt werden.<sup>391</sup> Es gelten die allgemeinen Regelungen; insbesondere muss das Urteil auf der unterlassenen oder fehlerhaften Hilfestellung beruhen (§ 337 StPO).

## B. Formelle Verteidigung

Zweiter Bestandteil der Absicherung der Handhabbarkeit der Beschuldigtenrechte ist die formelle Verteidigung, also der Beistand durch einen Rechtsanwalt.<sup>392</sup>

### 1. Die Absicherungsfunktion der formellen Verteidigung

Die Absicherungsfunktion formeller Verteidigung ist nicht umstritten; allerdings werden ihr in Rechtsprechung und Wissenschaft darüber hinaus noch weitere Funktionen zugeschrieben.

#### a) Absicherung der Handhabbarkeit der Beschuldigtenrechte

Anders als bei der gerichtlichen Fürsorgepflicht<sup>393</sup> ist die Funktion der formellen Verteidigung, die tatsächliche Handhabbarkeit der materiellen Beschuldigtenrechte für den Beschuldigten zu sichern, nicht umstritten. Der Beistand durch einen professionellen Verteidiger soll Defizite in der Handlungskompetenz des Beschuldigten als juristischem Laien ausgleichen und dafür sorgen, dass dessen Beteiligungsrechte nicht nur theoretisch, sondern auch faktisch wahrnehmbar sind.<sup>394</sup> Entsprechend wird der Verteidiger in der Strafrechtswissenschaft als „Prozesssubjektsgehilfe“,<sup>395</sup> „Waffenhelfer“<sup>396</sup> oder „Helfer“<sup>397</sup> bezeichnet, die formelle

---

<sup>391</sup> Für den Fall des unterlassenen Hinweises nach § 265 Abs. 1 StPO SSW-StPO-Rosenau, § 265 Rn. 47.

<sup>392</sup> Zur Begrifflichkeit der formellen Verteidigung siehe bereits oben Teil 1 II. C. 2. b).

<sup>393</sup> Siehe oben IV. A. 1.

<sup>394</sup> Vgl. Müller, NJW 1981, 1801, 1803 f.; Hamm, NJW 1993, 289, 294; Perron, Beweisanztragsrecht, S. 69; Bernsmann, StraFo 1998, 73, 76; ders., StraFo 1999, 226, 230; Wahle, FS Hanack, S. 105, 110; Basdorf, StV 2010, 414; Jahn, StV 2014, 40, 46; Wohlers, FS Paeffgen, S. 621, 633; unter Zugrundelegung der EMRK Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 517, insb. 521.

<sup>395</sup> Vehling, StV 1992, 86, 87; SK-StPO-Wohlers, Vor §§ 137 Rn. 28 ff.; ders., FS Paeffgen, S. 621, 633; Grüner, Mitwirkungspflichten, S. 18 ff.; siehe auch bereits Schmidt, Lehrkommentar, Rn. 71.

<sup>396</sup> Radtke/Hohmann-Reinhart, § 137 Rn. 10.

Verteidigung als „vermittelte Teilhabe“<sup>398</sup> oder „Wahrung der Subjektstellung“<sup>399</sup> beschrieben.

Verfassungsrechtlich stellt die formelle Verteidigung als Absicherungsmechanismus eine essenzielle verfahrensrechtliche Ausprägung des allgemeinen Freiheitsgrundrechts bzw. – je nach Herleitung – des Rechts auf ein faires Verfahren dar.<sup>400</sup>

*b) Sicherung der Justizförmigkeit des Strafverfahrens  
als weitere Funktion formeller Verteidigung?*

Über die Absicherungsfunktion hinausgehend wird der formellen Verteidigung von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Wissenschaft die öffentliche Funktion der Sicherung der Justizförmigkeit des Verfahrens zugesprochen.<sup>401</sup>

Der Sache nach ist diese Frage in die Position des Verteidigers in der deutschen Strafrechtswissenschaft beherrschenden, hauptsächlich seine Rechtsstellung betreffenden<sup>402</sup> Meinungsstreit zwischen Organtheorie<sup>403</sup> und Interessenvertretertheorie<sup>404</sup> einzuordnen. Nach der von Rechtsprechung und herrschender Lehre vertretenen Organtheorie wird der Verteidiger als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) eingestuft. Als solches sei der Verteidiger nicht nur Beistand des Beschuldigten, sondern diene auch im öffentlichen Interesse einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege. Indem er etwa im Interesse des Beschuldigten die Einhaltung der Verfahrensregeln kontrolliert, hilft er zugleich, die Justizförmigkeit des Verfahrens zu sichern.<sup>405</sup> Von den Gegenansichten wird dies demgegenüber lediglich

<sup>397</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 35 ff.

<sup>398</sup> So *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 494, für die formelle Verteidigung in der EMRK. Ähnlich *ders.*, HRRS 2007, 402, 411: Über den Verteidiger wird der Beschuldigte als Prozesssubjekt „erst praktisch handlungsfähig“.

<sup>399</sup> *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23; *Fischer*, Zeit Online v. 5.1.2016; ähnlich *Jahn*, StV 2014, 40, 45 f.

<sup>400</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der formellen Verteidigung bereits oben II. A. 2. b).

<sup>401</sup> So BGHSt 15, 326, 327; AnwK-StPO-Krekeler/Werner, Vor §§ 137 ff. Rn. 2; KK-StPO-Laufhütte/Willnow, Vor § 137 Rn. 5; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 27 ff.

<sup>402</sup> Die zwei Hauptstreitpunkte sind die Unabhängigkeit des Verteidigers im Innenverhältnis sowie die Frage der „oberen Grenzen“ zulässigen Verteidigungsverhaltens, vgl. *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 6 ff.; SK-StPO-Wohlert, Vor §§ 137 Rn. 6 ff.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 107.

<sup>403</sup> BVerfGE 34, 293, 300 f.; 38, 105, 119; 53, 207, 214; 113, 29, 49; BGHSt 9, 20, 22; 12, 367, 369; 15, 326; *Beulke*, Verteidiger, S. 183 ff.; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 1, Rn. 218 ff.; KK-StPO-Fischer, Einl. Rn. 245; KK-StPO-Laufhütte/Willnow, Vor § 137 Rn. 5.

<sup>404</sup> *Eschen*, StV 1981, 365, 367; *Gatzweiler*, StraFo 2001, 187 ff.; *Ostendorf*, NJW 1978, 1345, 1348; *Seelmann*, NJW 1979, 1128, 1130; AK-StPO-Stern, Vor § 137 Rn. 24. Als ausgefeilteste Interessenvertretertheorie gilt die Vertragstheorie *Lüderssens*, siehe Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, Vor § 137 Rn. 33 ff. sowie *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 231 ff.

<sup>405</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 50 ff.; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 27 ff.

als „Schutzreflex“ eingeordnet<sup>406</sup> oder ein Tätigwerden auch im öffentlichen Interesse bestritten.<sup>407</sup> Zumindest kein grundsätzlicher Widerspruch besteht zwischen beiden Positionen, wenn die öffentliche Funktion des Strafverteidigers als Organ gerade in der mit der Stellung als Prozesssubjektsgelieferten verbundenen „Beschaffung von Legitimität“ für das Strafurteil gesehen wird.<sup>408</sup> Indem der Verteidiger die Beteiligungsrechte für den Beschuldigten erst faktisch handhabbar macht, leistet er danach einen essenziellen Beitrag zur im öffentlichen Interesse stehenden Legitimation des Strafurteils.

Trotz der Zuschreibung einer öffentlichen Funktion sieht auch die Organtheorie den Verteidiger als einseitig dem Beschuldigten verpflichteten, im Gegensatz zu Gericht und Staatsanwaltschaft nicht objektiven oder neutralen Prozessakteur an, dessen Beziehung zum Beschuldigten dem staatlichen Zugriff entzogen ist.<sup>409</sup> Die im Kontext dieser Arbeit allein relevante Funktion des Verteidigers als Ausgleich für Defizite in der Handlungskompetenz des Beschuldigten durch eine einseitig tätige, fachkundige Person wird somit auch von der Organtheorie keineswegs anders bewertet.<sup>410</sup> Der Streit um eine der formellen Verteidigung zusätzlich zukommende öffentliche Funktion kann hier daher offenbleiben.<sup>411</sup>

### *c) Aktive Sicherung der Justizförmigkeit des Verfahrens durch prozessuale Mitwirkungspflichten?*

Soweit Teile der Organtheorie aus der Organstellung darüber hinausgehend Mitwirkungspflichten des Verteidigers zur Sicherung der Justizförmigkeit des Strafverfahrens ableiten, kann eine Positionierung im Rahmen dieses Forschungsvorhabens allerdings nicht unterbleiben. So sehen die Vertreter dieser „strengen“ Organtheorie den Verteidiger als verpflichtet an, aktiv dafür zu sorgen, dass das Verfahren in „sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen“ durchgeführt

---

<sup>406</sup> SK-StPO-Wohlers, Vor §§ 137 ff. Rn. 29; Wolf, Strafverteidigung, S. 83 und 370; ähnlich Walther, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 343; Bernsmann, StraFo 1999, 226, 230.

<sup>407</sup> Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, Vor §§ 137 Rn. 72.

<sup>408</sup> In diesem Sinne Vehling, StV 1992, 86, 87, der gleichwohl von einer Unabhängigkeit des Verteidigers vom Mandanten ausgeht (S. 88 f.). Ähnlich Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 9 ff.; Walther, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 343.

<sup>409</sup> Beulke, Verteidiger, S. 40; Dahs, NStZ 2007, 241, 245 f.; Basdorf, StV 2010, 414.

<sup>410</sup> Perron, Beweisantragsrecht, S. 69.

<sup>411</sup> Dem entspricht, dass dem Streit um die Organstellung des Verteidigers mittlerweile von vielen Stimmen eine Aussagekraft zugesprochen wird, die nicht annähernd mit der Vehemenz korreliert, mit der er geführt wird. Siehe etwa Barton, Mindeststandards, S. 33 m.w.N.; ders., Einführung, § 4 Rn. 10 ff.; ähnlich SK-StPO-Wohlers, Vor §§ 137 Rn. 26; Radtke/Hohmann-Reinhart, § 137 Rn. 10 ff.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 107.

wird.<sup>412</sup> Daraus wird vereinzelt eine Pflicht zum Hinweis auf Verfahrensfehler abgeleitet, als deren Ausprägungen die Widerspruchslösung und die Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO benannt werden.<sup>413</sup> Demgegenüber sehen die Vertreter der „eingeschränkten Organtheorie“<sup>414</sup> den Verteidiger nur insoweit der Effektivität der Strafrechtspflege verpflichtet, als er nicht in deren Kernbereich eingreifen darf. Dies soll lediglich das Unterlassen von Verfahrensobstruktion durch missbräuchlichen Einsatz von Verfahrensrechten beinhalten. Eine darüber hinausgehende Pflicht zu aktivem sachdienlichen Verhalten, insbesondere zum Hinweis auf Verfahrensfehler, wird abgelehnt.

Die skizzierte Ansicht dieser „strengen“ Organtheorie offenbart exemplarisch die Defizite der Organtheorie an sich. Abgesehen von der Schwäche des normativen Fundaments<sup>415</sup> erweist sich vor allem der Organbegriff<sup>416</sup> als viel zu abstrakt, um daraus konkrete Erkenntnisse abzuleiten.<sup>417</sup> Daraus gewonnene Aussagen über Inhalt und Grenzen der Verteidigerstellung sind daher regelmäßig von einer gewissen inhaltlichen Beliebigkeit.<sup>418</sup> Bei der Frage der prozessualen Mitwirkungspflichten des Verteidigers hat dies zur Folge, dass ein Rechtsproblem in der Funktion des Verteidigers verortet wird, das dazu überhaupt keinen Bezug hat. Denn ob und inwieweit entsprechende Mitwirkungspflichten – richtig: Obliegenheiten<sup>419</sup> – des Verteidigers bestehen, ist, wie oben dargestellt, allein davon abhängig, inwieweit eine Prozessordnung sie dem Beschuldigten als Kehrseite seiner Handlungsmöglichkeiten auferlegt. Nur dann können auch dem Verteidiger als seinem „Prozess-

---

<sup>412</sup> BGHSt 38, 111, 115; OLG Hamburg NStZ 1998, 586, 587; OLG Hamm NStZ 2007, 238, 239.

<sup>413</sup> *Maatz*, NStZ 1992, 513, 518; *Meyberg*, NStZ 2013, 609; KK-StPO-*Laufhütte/Willnow*, Vor § 137 Rn. 6; *Basdorf*, StV 1995, 310, 318. In der Leitentscheidung zur Widerspruchslösung BGHSt 38, 214, 226 ist indes lediglich von einer „besonderen Verantwortung“ des Verteidigers die Rede, ohne dass auf die Organstellung Bezug genommen wird. – Zu Widerspruchslösung und Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO eingehend unten Teil 3 III. A. 2. bzw. Teil 3 III. A. 1.

<sup>414</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 204 ff.; *ders.*, Strafprozessrecht, Rn. 150; SSW-StPO-*ders.*, Einl. Rn. 162; *Dornach*, Strafverteidiger als Mitgarant, S. 91 ff., insb. 107 ff.; *ders.*, NStZ 1995, 57, 60 f.; *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, Vor § 137 Rn. 1; in diesem Sinne auch *Dahs*, NStZ 2007, 241, 245 f.

<sup>415</sup> Zur Verankerung in § 1 BRAO eingehend *Bernsmann*, StraFo 1999, 226, 228; Löwe/Rosenberg-*Lüderssen/Jahn*, Vor § 137 Rn. 94 ff.; zur Herleitung aus einem Vorverständnis der StPO *Jahn*, StV 2014, 40, 44.

<sup>416</sup> Pointiert spricht *Jahn*, StV 2014, 40, 44 von einem „kurzen und dunklen“ Begriff, *Wolf*, Strafverteidigung, S. 22 von einem „Leerwort“.

<sup>417</sup> *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 10 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 6.; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 180 ff.; Löwe/Rosenberg-*Kühne*, Einl. Abschn. J Rn. 108; SK-StPO-*Wohlers*, Vor §§ 137 Rn. 10 ff.; *Wolf*, Strafverteidigung, S. 25 ff.

<sup>418</sup> Vgl. *Radtke/Hohmann-Reinhart*, § 137 Rn. 3; SK-StPO-*Wohlers*, Vor §§ 137 Rn. 11; Löwe/Rosenberg-*Kühne*, Einl. Abschn. J Rn. 110; in diesem Sinne bereits *Müller*, NJW 1981, 1801, 1802.

<sup>419</sup> Siehe oben Teil 1 I. C. 1.



subjektsgelieferten“ derartige Obliegenheiten zukommen. Maßgeblich ist also allein der Stellenwert der Prozessverantwortung des Beschuldigten in der Verfahrensstruktur. Eine unabhängig von der Beschuldigtenstellung begründete, besondere Mitwirkungspflicht des Verteidigers aufgrund seiner Rechtsstellung gibt es indes nicht.<sup>420</sup>

Inwieweit das Konzept der Organstellung des Verteidigers darüber hinausgehend als Ganzes abzulehnen ist, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher diskutiert werden. Jedenfalls können entgegen der „strengen“ Organtheorie aus dem abstrakten Organbegriff keine aktiven Mitwirkungspflichten des Verteidigers abgeleitet werden.

## 2. Ausgestaltung der formellen Verteidigung

Die konkreten Inhalte der Absicherung durch formelle Verteidigung sind gesetzlich in den §§ 137 ff. StPO geregelt, dort allerdings eher fragmentarisch niedergelegt.<sup>421</sup> Darüber hinaus formuliert Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der formellen Verteidigung.

### a) *Recht auf Verteidigung*

Der Beschuldigte hat gem. § 137 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ein weitgehend unbegrenztes Recht auf Beistand durch einen Verteidiger. In zeitlicher Sicht kann der Beschuldigte gem. § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO in jeder Verfahrenslage einen Verteidiger zu Rate ziehen. Formelle Einschränkungen bestehen darin, dass nur drei Verteidiger zulässig sind (§ 137 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 StPO) und dass der Personenkreis auf Rechtsanwälte, Hochschullehrer oder andere rechtskundige Personen beschränkt ist. Zudem kann ein gewählter Verteidiger in bestimmten Fällen von der Mitwirkung ausgeschlossen werden (§§ 138a ff. StPO).<sup>422</sup>

Gewisse Beschränkungen bestehen überdies bei der Entlohnung des Verteidigers, die im Rechtsanwaltsvergütungsgesetz reguliert ist. Für jede Art der anwaltlichen Tätigkeit für den Beschuldigten sind (Rahmen-)Gebühren festgelegt, nach denen sich die Entlohnung richtet. Allerdings besteht die Möglichkeit, darüber hinausgehende Honorarvereinbarungen zu schließen (§ 3a RVG). Orientierungspunkte

---

<sup>420</sup> Im Ergebnis ebenso *Herdegen*, NStZ 2000, 1, 3; *Jahn*, StV 2009, 663, 667; *Mosbacher*, FS Widmaier, S. 339, 347; siehe ferner *Börner*, Legitimation, S. 409 ff.

Eine Mitwirkungspflicht des Verteidigers für den Spezialfall der Mitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO ablehnend BGH StraFo 2014, 385, 387.

<sup>421</sup> Vgl. *Bernsmann*, StraFo 1999, 226, 227.

<sup>422</sup> Siehe den sog. „Schily-(II)-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 34, 293, der der gesetzlichen Regelung voranging. Lesenswert dazu *Jahn*, StV 2014, 40 ff.

für die Bemessung des Honorars sind neben den gesetzlichen Gebühren vor allem Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit.<sup>423</sup>

### b) Aufgaben des Verteidigers

Wie oben dargestellt, fungiert der Verteidiger als einseitiger, professioneller Helfer des Beschuldigten. Abgesehen von daraus abzuleitenden allgemeingültigen Aufgaben wie der umfassenden rechtlichen Beratung des Beschuldigten sollen in der vorliegenden Arbeit lediglich die spezifischen Ausgestaltungen in der deutschen StPO dargestellt werden.

Im Zentrum der Verteidigungsaufgaben steht die anwaltliche Prozessführung bzw. die Unterstützung des Beschuldigten bei dessen eigenhändiger Prozessführung in der Hauptverhandlung. Der Strafverteidiger kann grundsätzlich die oben dargestellten Verteidigungsrechte in eigenem Namen für den Beschuldigten ausüben.<sup>424</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob sie ihm ausdrücklich parallel zum Beschuldigten gewährt sind,<sup>425</sup> allein den Beschuldigten als Rechteinhaber bezeichnen<sup>426</sup> oder, wie etwa das Beweisantragsrecht, §§ 244 Abs. 3–5, 245 StPO, keinen Verfahrensbeteiligten ausdrücklich benennen.<sup>427</sup> Nur wenige Beteiligungsrechte sind dem Beschuldigten allein überlassen. Eindrücklichstes Beispiel ist das ihm höchstpersönlich gewährte Recht auf das letzte Wort (§ 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO). Auch einzelne besonders folgenschwere Entscheidungen im Prozess sind allein dem Beschuldigten vorbehalten.<sup>428</sup>

Ferner kommt dem Verteidiger in bestimmten Fällen die Aufgabe der – untechnisch gesprochen – Vertretung des Beschuldigten zu.<sup>429</sup> Zum einen sind gewisse prozessuale Rechte nur ihm und nicht dem Beschuldigten gewährt. Wichtigstes

---

<sup>423</sup> Dazu zuletzt BGH NJW 2010, 1364, 1367. Siehe zudem *Burhoff*, RVG, Teil A Rn. 2224 ff. mit Beispielen für zulässige und nicht mehr zulässige Vereinbarungen.

<sup>424</sup> Zur hier nicht weiter relevanten Frage, inwieweit er sich dabei an Weisungen des Beschuldigten zu halten hat, siehe die Diskussion zur Verteidigerfunktion oben unter IV. B. 1. b).

<sup>425</sup> Etwa das Erklärungsrecht, § 257 Abs. 2 StPO.

<sup>426</sup> Beispielsweise das Anhörungsrecht vor Entlassung von Zeugen und Sachverständigen, § 248 Satz 2 StPO.

<sup>427</sup> Dass diese Differenzierung keinen normativen Aussagegehalt hat, ist weitgehend anerkannt. Siehe etwa *Barton*, Einführung, § 5 Rn. 12; Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, § 137 Rn. 25.

<sup>428</sup> Etwa die Zulassung der Nachtragsklage (§ 266 Abs. 1 StPO), die Ablehnung von Richtern wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 24 Abs. 3 Satz 1 StPO) oder die Zustimmung zur Verfahrenseinstellung nach §§ 153 Abs. 2 Satz 1 bzw. 153a Abs. 1 Satz 1 StPO.

<sup>429</sup> Mit dieser Begrifflichkeit auch *Beulke*, Verteidiger, S. 43. Als Vertreter im rechtstechnischen Sinne fungiert der Verteidiger grundsätzlich nicht, siehe *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, § 234 Rn. 1.

Beispiel ist das bereits oben<sup>430</sup> beschriebene Akteneinsichtsrecht, welches der Verteidiger ausdrücklich für den Beschuldigten ausübt.<sup>431</sup> Zu nennen sind weiter die dem Verteidiger vorbehaltene Durchführung des Kreuzverhörs (§ 239 StPO),<sup>432</sup> der Befragung des Mitbeschuldigten (§ 240 Abs. 2 Satz 2 StPO) oder die Begründung der Revision (§ 345 Abs. 2 StPO). Die Gründe für die exklusive Berechtigung des Verteidigers liegen in einem Misstrauen gegenüber dem Beschuldigten bzw. dem besonderen Vertrauen in die Person des Verteidigers<sup>433</sup> sowie in dessen Rechtskundigkeit.<sup>434</sup>

Zum anderen nimmt der Verteidiger die Rechte des Beschuldigten insoweit „vertretungsweise“ wahr, als der Beschuldigte in besonderen Situationen an der eigenen Rechtsausübung gehindert ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Beschuldigte abschnittsweise aus der Hauptverhandlung entfernt (§ 247 StPO) oder die Verhandlung in seiner Abwesenheit durchgeführt wird (§§ 231a ff. StPO),<sup>435</sup> wenn er von Ermittlungshandlungen im Vorverfahren ausgeschlossen wurde (§ 168c Abs. 3, § 168d Satz 2 StPO) oder wenn er sich in Untersuchungshaft befindet.

Schließlich werden eigene Ermittlungen im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens im Regelfall vom Verteidiger für den Beschuldigten wahrgenommen.<sup>436</sup> Der zeitliche Aufwand des Verteidigers und seine Auslagen für notwendige Ermittlungshandlungen sind allerdings nur in engen Grenzen erstattungsfähig.<sup>437</sup> Auch deshalb ist die praktische Bedeutung eigener Ermittlungstätigkeit der Verteidigung im deutschen Strafverfahren eher gering.<sup>438</sup>

---

<sup>430</sup> Siehe oben III. A. 1.

<sup>431</sup> Siehe dazu nur BVerfGE 62, 338, 343. Dazu sowie zur Gegenansicht, die das Akteneinsichtsrecht als eigenes Recht des Verteidigers ansieht, SSW-StPO-Beulke, § 147 Rn. 1.

<sup>432</sup> Siehe bereits oben III. B. 3. b) aa).

<sup>433</sup> Etwa steht hinter dem nur dem Verteidiger gewährten Akteneinsichtsrecht die Furcht vor Verlust der Verfahrensakten in den Händen des Beschuldigten. Zur heutigen Relevanz dieses Arguments zu Recht kritisch SK-StPO-Wohlens, § 147 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, § 147 Rn. 6 ff.; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 82. – Das Verbot der direkten Befragung des Mitbeschuldigten sollte eine besonders emotionsgeladene Situation in der Hauptverhandlung vermeiden und einen reibungslosen Verlauf der Hauptverhandlung garantieren. Zu den Hintergründen dieser Regelung SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 15 ff.; kritisch Radtke/Hohmann-Britz, § 240 Rn. 18.

<sup>434</sup> Dies gilt etwa für Revisionsbegründung, siehe Barton, Einführung, § 5 Rn. 9.

<sup>435</sup> In diesem Fall ist gem. § 234 StPO bei entsprechender Vollmacht auch eine Vertretung im rechtstechnischen Sinne möglich, siehe SK-StPO-Deiters, § 234 Rn. 5; Barton, Einführung, § 5 Rn. 27 ff.

<sup>436</sup> Zur Befugnis zur Vornahme solcher Ermittlungen oben III. A. 1. b).

<sup>437</sup> Ausführlich MAH Strafverteidigung-Neuhaus, § 15 Rn. 18 ff.; siehe zudem Satzger, 65. DJT, Bd. I, C 21; SK-StPO-Wohlens, Vor §§ 137 ff. Rn. 59; zur Einschaltung eines Detektivs Dahs/Rettenmaier, Handbuch, Rn. 321.

<sup>438</sup> Vgl. MAH Strafverteidigung-Neuhaus, § 15 Rn. 17; Bockemühl, FS Beulke, S. 647, 648.

c) *Speziell: Verteidigung mittelloser Beschuldigter – notwendige Verteidigung*

Die Verteidigung von Beschuldigten, die selbst nicht die notwendigen finanziellen Mittel aufbringen können, wird im deutschen Strafprozess mit dem Institut der notwendigen Verteidigung sichergestellt.

aa) Funktionen notwendiger Verteidigung

Die Regelungen zur notwendigen Verteidigung (§§ 140 ff. StPO) schreiben in bestimmten Konstellationen die Mitwirkung eines Verteidigers vor. In diesen Fällen wird dem bisher unverteidigten Beschuldigten gem. § 141 StPO durch das (zukünftig zuständige) Tatgericht ein Verteidiger bestellt (Pflichtverteidiger). Hierbei kommt dem Beschuldigten gem. § 142 Abs. 1 StPO ein Auswahlrecht zu; auch kann sich der bereits im Vorfeld vom Beschuldigten gewählte Verteidiger (Wahlverteidiger) als Pflichtverteidiger bestellen lassen (Wahlpflichtverteidiger).<sup>439</sup> Allerdings besteht kein Rechtsanspruch auf die Bestellung des ausgewählten Verteidigers.<sup>440</sup> Wählt der Beschuldigte keinen Verteidiger, so erfolgt die Auswahl durch das Tatgericht. Notfalls wird dem Beschuldigten auch gegen seinen Willen ein Verteidiger bestellt (sog. „Zwangverteidigung“),<sup>441</sup> ggf. zusätzlich zu einem oder mehreren Wahlverteidigern (sog. „Sicherungsverteidiger“).<sup>442</sup>

Historisch sollten diese Regelungen zunächst dem öffentlichen Interesse der Sicherstellung eines justizförmigen Strafverfahrens dienen,<sup>443</sup> worin, wie oben erläutert, die herrschende Ansicht eine Funktion formeller Verteidigung sieht.<sup>444</sup> Dieser Zweck ist im Lauf der Zeit von der Notwendigkeit überlagert worden, dem Beschuldigten einen staatlich finanzierten Verteidiger zu stellen, wenn er sich diesen aus eigenen Mitteln nicht leisten kann.<sup>445</sup> Die §§ 140 ff. StPO setzen somit das entsprechende verfassungsrechtliche Erfordernis um.<sup>446</sup>

<sup>439</sup> Barton, Einführung, § 4 Rn. 52.

<sup>440</sup> BVerfGE 9, 36, 38 f.; 39, 238, 243; zuletzt BVerfG StV 2006 451.

<sup>441</sup> Mit dieser Terminologie AK-StPO-Stern, Vor § 140 Rn. 3; SK-StPO-Wohlers, Vor § 137 ff. Rn. 42 ff.

<sup>442</sup> BVerfGE 66, 313, 321; BVerfG NStZ 1984, 561; BGHSt 15, 306, 308 f.; BGH NJW 1973, 1985, GA 1971, 367, 368; zustimmend Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 141 Rn. 1a; Beulke, Verteidiger, S. 239; differenzierend SK-StPO-Wohlers, Vor § 137 ff. Rn. 45 f. – Zur Konformität dieser Regelungen mit dem Recht des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, sich selbst zu verteidigen, Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 Rn. 723; für den Sicherungsverteidiger Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 560 ff.

<sup>443</sup> BVerfG NJW 1998, 2205 m.w.N.

<sup>444</sup> Siehe oben IV. B. 1. b).

<sup>445</sup> Zum historisch gewachsenen Verhältnis dieser beiden Funktionen instruktiv Rieß, StV 1981, 460, 461.

<sup>446</sup> Siehe oben II. B. 1. die Nachweise in Fn. 62.

## bb) Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung

Zeitlich erfolgt die Bestellung im Regelfall mit der Anklageerhebung (vgl. § 141 Abs. 1 StPO). Der Verteidiger kann allerdings auf Antrag der Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren bestellt werden (§ 141 Abs. 3 StPO). Der insoweit bestehende Beurteilungsspielraum kann in verschiedenen Situationen auf null reduziert sein. Dies gilt nach konventionskonformer Auslegung des Konfrontationsrechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) etwa, wenn der Beschuldigte selbst von einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen ist und zugleich die Gefahr besteht, dass die Beweisperson in der Hauptverhandlung nicht mehr erscheinen werde, so dass das Konfrontationsrecht leerläuft.<sup>447</sup> Abgesehen von diesen Ausnahmen unterbleibt eine Bestellung im Ermittlungsverfahren im Regelfall.<sup>448</sup>

Die sachlichen Voraussetzungen notwendiger Verteidigung sind im Katalog des § 140 Abs. 1 StPO, der Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO sowie einigen speziellen Normen geregelt. Systematisch können einerseits Konstellationen zusammengefasst werden, die bei der Schwere der möglichen Rechtsfolgen im Prozess ansetzen.<sup>449</sup> In der Praxis besonders bedeutsam ist neben der Verteidigerbestellung im Falle des Vorwurfs eines Verbrechens (§ 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO) die Konstellation einer drohenden Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr.<sup>450</sup> Als zweite Fallgruppe wird an bestimmte Handlungs- und Kompetenzdefizite des Beschuldigten angeknüpft. Etwa wird auf verschiedene prozessuale Situationen abgestellt, die –

---

<sup>447</sup> BGHSt 46, 93, 97 ff.; 47, 233, 236; näher *Zöller*, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), Tendenzen, S. 115, 119 f. Der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ v. 14.12.2016, abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxistauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [zuletzt abgerufen im Dezember 2016] trifft hierfür in § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO-E eine ausdrückliche klarstellende Regelung, sieht überdies aber auch die Möglichkeit vor, dass das Gericht von Amts wegen ohne Antrag der Staatsanwaltschaft tätig werden kann. – Zum Konfrontationsrecht oben III. B. 3. b) bb) und D.

<sup>448</sup> *Zöller*, FS Feigen, S. 399, 409 ff.

<sup>449</sup> Hierunter fallen im Rahmen des § 140 Abs. 1 StPO der Fall des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht (Nr. 1), wenn es ein Verbrechen zum Gegenstand hat (Nr. 2), wenn das Verfahren zu einem Berufsverbot oder einer Unterbringung führen kann (Nr. 6) oder wenn ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird (Nr. 7). Zudem wird auch im Strafbefehlsverfahren (§§ 407 Abs. 2 Satz 2, 408b StPO), im beschleunigten Verfahren (§ 418 Abs. 4 StPO), bei Entscheidungen über die Sicherungsverwahrung (§ 463 Abs. 3 Satz 5 sowie Abs. 8 StPO), im Verfahren der Therapieung und Unterbringung (§ 7 Abs. 1 Satz 1 ThUG) an den Rechtsfolgen angesetzt. Darüber hinaus ist die Schwere der Tat auch ein Kriterium in der Generalklausel des § 140 Abs. 2 Satz 2 StPO.

<sup>450</sup> Das Kriterium der Schwere der Tat gem. § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO wird von der Rechtsprechung in Anlehnung an § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO i.V.m. § 12 Abs. 1 StGB bei einer drohenden Strafe von mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe angenommen, siehe SK-StPO-*Wohlers*, § 140 Rn. 33 m.w.N.

wie die Untersuchungshaft (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO)<sup>451</sup> – die Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten besonders erschweren.<sup>452</sup> Darüber hinaus wird die Notwendigkeit eines Verteidigers zum Teil an bestimmten Kompetenzdefiziten in der Person des Beschuldigten festgemacht.<sup>453</sup> Schließlich bezieht sich die Generalklausel des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO auf die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage<sup>454</sup> sowie auf den Umstand, dass sich der Beschuldigte ersichtlich nicht selbst verteidigen kann.<sup>455</sup>

Allerdings werden die Fälle notwendiger Verteidigung oftmals sehr restriktiv ausgelegt. Beispielsweise wird im Einzelfall noch bei 13 Mitangeklagten eine schwierige Sachlage i.S.v. § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO abgelehnt.<sup>456</sup> Auf Rechtsmittelebene soll trotz der anforderungsreichen Begründungspflicht nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO<sup>457</sup> erst dann eine schwierige Rechtslage i.S.v. § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO gegeben sein, wenn der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (§ 345 Abs. 2 StPO) damit überfordert wäre.<sup>458</sup> Als Grund für diese insgesamt restriktive Handhabung werden fiskalische Erwägungen benannt.<sup>459</sup> In der Literatur wird bereits seit längerer Zeit gefordert, den sachlichen Anwendungsbereich, insbesondere die General-

---

<sup>451</sup> Nach der Neuregelung durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2274) ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers von Beginn der Untersuchungshaft an notwendig und nicht mehr erst nach mindestens drei Monaten Haftvollzug (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO a.F.).

<sup>452</sup> Als ähnliche Regelungen können § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO (Beschuldiger hat sich in Anstalt befunden und wird nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen), § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO (Ausschluss des bisherigen Verteidigers), § 138c Abs. 3 Satz 4 StPO (Beistand während des laufenden Ausschließungsverfahrens gegen den bisherigen Verteidiger) und § 350 Abs. 3 StPO (Untersuchungshaft während einer Revisionshauptverhandlung) angeführt werden. Zu nennen ist ferner § 231a Abs. 4 StPO (Bestellung eines Verteidigers zur Weiterführung der Hauptverhandlung bei selbst herbeigeführter Verhandlungsunfähigkeit).

<sup>453</sup> Nach § 140 Abs. 2 Satz 2 StPO ist zudem dem Antrag hör- oder sprachbehinderter Beschuldigter zu entsprechen. Die §§ 40 Abs. 2 Nr. 3, 53 Abs. 2 Nr. 3 IRG (Auslieferungsverfahren) erfassen Personen unter 18 Jahren gesondert.

<sup>454</sup> Dieses Kriterium findet sich auch im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 364a 364b StPO), im Einziehungsverfahren (§ 434 Abs. 2 StPO) und im Auslieferungsverfahren (§§ 40 Abs. 2 Nr. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 IRG).

<sup>455</sup> Auch §§ 40 Abs. 2 Nr. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2 IRG (Auslieferungsverfahren) nennen dies als Voraussetzung.

<sup>456</sup> AG Tiergarten MDR 1993, 72; kritisch SSW-StPO-Beulke, § 140 Rn. 40.

<sup>457</sup> Siehe oben III. B. 2. b) aa).

<sup>458</sup> So die wohl h.M., siehe etwa KG Berlin NStZ 2007, 663, 664; OLG Koblenz StraFo 2007, 117; OLG Karlsruhe StraFo 2006, 497; OLG Hamm NStZ-RR 2013, 87; aus der Literatur KK-StPO-Laufhütte/Willnow, § 140 Rn. 5. Demgegenüber nimmt OLG Saarbrücken, StraFo 2009, 518 f. eine schwierige Rechtslage bei der Begründung der Verfahrensrüge an. Weitergehend mit Blick auf den ausgedehnten Anwendungsbereich der Sachrüge SK-StPO-Wohlbers, § 140 Rn. 45; BeckOK-StPO-Wessing, § 140 Rn. 80; SSW-StPO-Beulke, § 140 Rn. 45; Graalman-Scheerer, StV 2011, 696, 699. – Dazu auch unten Teil 5 II. D. 1.

<sup>459</sup> AK-StPO-Stern, Vor. § 140 Rn. 5; Herrmann, StV 1996, 396, 397 ff.

klausel in § 140 Abs. 2 StPO, großzügiger auszulegen.<sup>460</sup> Maßgebliches Kriterium soll dabei das Bestehen von Kompetenzdefiziten aufseiten des Beschuldigten sein.<sup>461</sup> Dazu wird auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte abgestellt. So weist *Gaede* darauf hin, dass dieser die Fähigkeit des Beschuldigten, sich selbst effektiv zu verteidigen, als entscheidend ansieht und daher auch bereits bei vergleichsweise geringen Strafandrohungen einen staatlich finanzierten Verteidiger fordert.<sup>462</sup>

### cc) Ausgestaltung notwendiger Verteidigung

Der Pflichtverteidiger hat grundsätzlich dieselben Befugnisse wie der Wahlverteidiger.<sup>463</sup> Gleichwohl bestehen gewichtige Statusunterschiede zwischen den beiden Funktionen. Etwa hat ein Anwalt berufsrechtlich das Mandat zu übernehmen, wenn er zum Verteidiger bestellt worden ist (§ 49 Abs. 1 BRAO) und kann auch nur unter Einhaltung enger Grenzen wieder entpflichtet werden.<sup>464</sup>

Insbesondere ist die Vergütung des Pflichtverteidigers im Regelfall geringer als die des Wahlverteidigers.<sup>465</sup> Seine Festgebühren sind so berechnet, dass sie 80 % der Mittelgebühr der Wahlverteidigung betragen. Bei umfangreichen oder besonders schwierigen Fällen kann zusätzlich eine Pauschgebühr bewilligt werden (§ 51 RVG).<sup>466</sup> Kosten für notwendige eigene Ermittlungen kann sich der Verteidiger nach §§ 46 Abs. 2 Satz 3, 55 RVG ersetzen lassen; die Erfolgsaussichten eines solchen Antrags sind aber sehr gering.<sup>467</sup> Der Entlohnungsanspruch des Pflichtverteidigers richtet sich gegen die Staatskasse (§ 45 Abs. 3 RVG). Werden dem Beschuldigten in der Verurteilung die Kosten und Auslagen des Verfahrens (zumindest teilweise) auferlegt (vgl. §§ 464d ff. StPO), muss er allerdings die staatlich ausgelegte Pflichtverteidigervergütung zurückerstatten (§ 464a Abs. 1 Satz 1 StPO

<sup>460</sup> *Wohlers*, StV 2007, 376, 379; SK-StPO-*ders.*, Vor § 137 ff. Rn. 40; Löwe/Rosenberg-Lüderssen/Jahn, § 140 Rn. 7; *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 55; *Herrmann*, StV 1996, 396, 400.

<sup>461</sup> *Gaede*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 44 f.

<sup>462</sup> *Gaede*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 44 f. m.w.N.

<sup>463</sup> SK-StPO-*Wohlers*, Vor §§ 137 Rn. 39 m.w.N. in Fn. 129.

<sup>464</sup> Näher SK-StPO-*Wohlers*, Vor § 137 ff. Rn. 10 ff.

<sup>465</sup> Vgl. BVerfGE 110, 226, 261, wonach u.a. die „geringere und gesetzlich fixierte Vergütung“ die Stellung des Pflichtverteidigers charakterisiert.

<sup>466</sup> Näher zur Pflichtverteidigervergütung siehe *Mertens/Stuff*, Verteidigervergütung, Rn. 462 ff. – Über die Pflichtverteidigergebühren hinausgehend kann auch eine Honorarvereinbarung geschlossen werden (BGH NJW 1980, 1394); im Fall des Obsiegens kann von der Staatskasse die Wahlverteidigergebühr geltend gemacht werden; schließlich kann der Pflichtverteidiger den Beschuldigten auf die Differenz zu den Wahlverteidigergebühren in Anspruch nehmen (§ 52 Abs. 1 RVG). Fehlt es dem Beschuldigten an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, entfällt ein solcher Anspruch allerdings (§ 52 Abs. 2 Satz 1 RVG).

<sup>467</sup> MAH Strafverteidigung-*Neuhaus*, § 15 Rn. 20.

i.V.m. KV GKG Nr. 9007). Dem steht nach der Rechtsprechung auch nicht Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK entgegen, da danach keine dauerhafte Freistellung von den Verteidigerkosten verlangt wird.<sup>468</sup>

### 3. Ausfall der Verteidigung

Zur Bestimmung der Wirksamkeit des Absicherungsmechanismus „formelle Verteidigung“ ist zuletzt nach den Konsequenzen aus dem Ausfall dieser Absicherung, sei es durch Abwesenheit des Verteidigers oder dessen Schlechtleistung, zu fragen.

#### a) Körperliche Abwesenheit des Verteidigers

Eindeutig geregelt sind die Konsequenzen, wenn die formelle Verteidigung des Beschuldigten durch die Abwesenheit des Verteidigers leerläuft. Ist der i.S.v. § 140 StPO notwendige Verteidiger in der Hauptverhandlung nicht anwesend oder weigert sich, seiner Aufgabe nachzukommen, so hat das Gericht dem Beschuldigten sogleich einen neuen Verteidiger zu bestellen oder das Verfahren auszusetzen (§ 145 StPO). War der notwendige Verteidiger während der Verhandlung gleichwohl abwesend, etwa weil ein Anwendungsfall des § 140 StPO verkannt wurde, ist der absolute Revisionsgrund aus § 338 Nr. 5 StPO gegeben.<sup>469</sup> Dem körperlich abwesenden ist der erkennbar verhandlungsunfähige bzw. geschäftsunfähige Verteidiger gleichgestellt.<sup>470</sup> Nur bei notwendiger Verteidigung wird der Verteidiger als gesetzlich notwendigerweise anwesende Person i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO angesehen, so dass auch nur in diesem Fall das Fehlen des Verteidigers verfahrensrechtliche Konsequenzen hat.

#### b) Fehlerhafte Tätigkeit des Verteidigers

Für den Ausfall der formellen Verteidigung als Absicherungsmechanismus aufgrund der fehlerhaften Leistung des Verteidigers fällt zunächst auf, dass die StPO, anders als die ZPO in § 85 Abs. 2, keine ausdrückliche Zurechnung des Verteidiger-

---

<sup>468</sup> BVerfG NJW 2003, 196; BeckOK-StPO-Valerius, Art. 6 ERMK Rn. 46. Aus der Rechtsprechung des EGMR siehe EGMR *Croissant v. Deutschland*, Nr. 13611/88, Urt. v. 25.9.1992 = EuGRZ 1992, 542, 546 f.

<sup>469</sup> BGH NStZ 2000, 212, 213. Im Regelfall entsteht ein solcher Revisionsgrund, wenn der Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung vom Tatgericht verkannt wurde, vgl. OLG Hamm NStZ 1982, 298; NStZ-RR 1998, 243; NJW 2003, 3286, 3287; OLG Frankfurt StV 1992, 220, 221; OLG Karlsruhe StV 1999, 364; OLG Düsseldorf StV 1999, 588, 589; OLG Hamm StV 2008, 120. – Einschränkend muss die Abwesenheit aber in einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung gefallen sein, siehe etwa BGH 5 StR 472/90, Beschl. v. 30.10.1990 [Orientierungssatz abgedruckt in StV 1991, 197].

<sup>470</sup> Für die Revisionsrüge des § 338 Nr. 5 StPO BGHSt 39, 310, 313 f.; BGH StV 1989, 45 f.; NStZ 2000, 212, 213.



verschuldens vorsieht. Nach § 44 StPO ist dem Beschuldigten sogar die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch dann zu gewähren, wenn allein sein Verteidiger die Säumnis verschuldet hat.<sup>471</sup> Dem Beschuldigten soll ein für ihn „unabwendbarer Zufall“ nicht zum Nachteil gereichen.<sup>472</sup> Für andere Verteidigerfehler ist diese Regelung indes nicht anwendbar.<sup>473</sup>

Abgesehen von dem Antrag auf Wiedereinsetzung für den Spezialfall schuldhafter Fristversäumnis des Verteidigers kennt die StPO indes keine spezifischen Mechanismen, die Folgen schlechter und unzumutbarer Verteidigung für den Beschuldigten zu beseitigen. In ständiger Rechtsprechung wird eine Pflicht des Tatgerichts, die Qualität der Verteidigung zu überwachen und bei Fehlern tätig zu werden, abgelehnt.<sup>474</sup> Ausnahmen soll es nur in – bisher nicht näher benannten – Extremfällen geben.<sup>475</sup> Nach einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2008 wurden die Voraussetzungen dafür zumindest etwas eingegrenzt. Erforderlich sind danach „grobe Pflichtverletzungen, namentlich der Nichteinhaltung von Mindeststandards“, etwa einem Mindestmaß an Bemühungen des gerichtlich bestellten Verteidigers um Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten.<sup>476</sup> Da aber im konkret verhandelten Sachverhalt ein Verstoß abgelehnt wurde und auch seither kein entsprechender Fall bekannt ist, bleibt weiter offen, wann fehlerhafte Verteidigung diese Grenze erreicht.<sup>477</sup> Hieran dürfte auch die jüngste Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart nichts ändern, das eine Gefährdung effektiver Verteidigung angenommen hat, weil einer von zwei beigeordneten Verteidigern nur an knapp der Hälfte der über 100 absolvierten Hauptverhandlungstage teilgenommen hatte.<sup>478</sup>

<sup>471</sup> Dies gilt für Wahl- und Pflichtverteidiger, Löwe/Rosenberg-Graalman-Scheerer, § 44 Rn. 45. Zur Regelung des § 44 StPO instruktiv Barton, Mindeststandards, S. 113 ff.

<sup>472</sup> Löwe/Rosenberg-Graalman-Scheerer, § 44 Rn. 45.

<sup>473</sup> Auch die Entscheidung BGH NStZ-RR 2011, 115 dürfte, wohl entgegen Sommer, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 100 Fn. 109, keine Abweichung hiervon darstellen, da der BGH auch hier allein auf das Versäumen der Revisionsbegründungs- und der Wiedereinsetzungsfrist durch den Pflichtverteidiger abstellte, auch wenn dieser offen zugab, keine „Revisionsbegründung zustande gebracht“ zu haben.

<sup>474</sup> BGH GA 1968, 85; BGH bei Holtz, MDR 1996, 117, 120; NStZ 1998, 311, 312; BGH 5 StR 495/00, Urt. v. 5.4.2001, Tz. 6 f. [juris]; BGH 1 StR 147/06, Beschl. v. 27.7.2006 [bei StraFo 2006, 454 nicht abgedruckt]; BGH HRRS 2007 Nr. 967.

<sup>475</sup> Siehe etwa BGH GA 1968, 85, 86; BGH 5 StR 495/00, Urt. v. 5.4.2001, Tz. 6 f. [juris]; BGH 1 StR 147/06, Beschl. v. 27.7.2006 [bei StraFo 2006, 454 nicht abgedruckt]; siehe zudem die Zusammenfassung bei Barton, Mindeststandards, S. 143 ff. – Nach Maiwald, FS Lange, S. 745, 759 soll ein Extremfall gegeben sein, wenn sich die Tätigkeit des Verteidigers „dem Nullwert annähert“.

<sup>476</sup> BGH NStZ 2009, 465.

<sup>477</sup> Wohlers, FS Frisch, S. 1325, 1328. – Vgl. auch LG Köln, StV 2015, 544: In dem Fall wurde ein Verteidiger, der sich über fünf Monate nicht bei dem in Untersuchungshaft befindlichen Mandanten gemeldet hatte, entpflichtet. Allerdings stützte das Gericht dies auf den daraus erwachsenen Vertrauensverlust des Mandanten.

<sup>478</sup> OLG Stuttgart StV 2016, 479. Anders aber BGH StV 2016, 473, 474. Dazu Barton, StV 2016, 475 ff.; Koch, StV 2016, 482 ff.

Auch die genauen Konsequenzen bei Vorliegen eines solchen Extremfalls sind unklar. Angedacht wurde verschiedentlich die Ablösung eines Pflichtverteidigers bei erkennbar nicht sachgerechter Verteidigung als Ausfluss gerichtlicher Fürsorge.<sup>479</sup> Auch die Bestellung eines „Sicherungsverteidigers“ wurde in Betracht gezogen.<sup>480</sup> Entscheidungsrelevant sind diese Konstellationen indes nie geworden.<sup>481</sup> Strikt abgelehnt wird demgegenüber die Anwendung des absoluten Revisionsgrunds aus § 338 Nr. 5 StPO für schlechte Verteidigungsleistung.<sup>482</sup> Kaum erfolgversprechend ist schließlich auch, bei Verteidigerversäumnissen eine Wiederaufnahme des Verfahrens anzustrengen,<sup>483</sup> wobei der Bundesgerichtshof allerdings unlängst in der speziellen Konstellation der Versäumnis der Revisionsbegründungsfrist durch den Pflichtverteidiger die Wiedereinsetzung von Amts wegen gewährt hat.<sup>484</sup>

Diese Haltung wird in der Rechtsprechung mit der Unabhängigkeit des Verteidigers als Organ der Rechtspflege begründet, mit der eine Überwachung des Verteidigers durch staatliche Strafverfolgungsorgane unvereinbar sei.<sup>485</sup> Ein Stück weit nachvollziehbarer wird diese Ablehnung, wenn die Unabhängigkeit des Verteidigers, wie von der h.L. vertreten, mit der Gefährdung der Autonomie der Verteidigung in Beziehung gesetzt wird.<sup>486</sup> Der Beschuldigte muss, wie oben erläutert, frei von staatlicher Einmischung Einfluss auf das Strafverfahren nehmen können.<sup>487</sup> Nimmt er hierfür einen Verteidiger zu Hilfe, müsse sich das staatliche Einmischungsverbot

---

<sup>479</sup> BGH GA 1968, 85, 86; BGH bei *Holtz*, MDR 1996, 117, 120; BGH 1 StR 147/06, Beschl. v. 27.07. 2006 [bei StraFo 2006, 454 nicht abgedruckt]; BGH HRRS 2007 Nr. 967; BGH StV 2016, 770, 771; OLG Stuttgart StV 2016, 479, 481; in diesem Sinne auch *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 137 f. Siehe auch *Barton*, Mindeststandards, S. 193 ff. m.w.N. aus der älteren Rechtsprechung.

<sup>480</sup> Vgl. *Barton*, Mindeststandards, S. 194 und *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1328 m.w.N. Zum Sicherungsverteidiger bereits oben IV B. 2. c) aa).

<sup>481</sup> Vgl. *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1328. Etwa betreffen OLG Braunschweig, StV 2012, 719 und AG München, StV 2011, 668 die Konstellation, dass die Auswechslung des Pflichtverteidigers auf Initiative des Beschuldigten zurückging.

<sup>482</sup> BGHSt 39, 310, 314; BGH NJW 1964, 1485; StV 1989, 45 f.; NSTz 1992, 292, 293; NSTz 2000, 212, 213. Dazu *Barton*, Mindeststandards, S. 130 ff., der weitere, i.d.R. ältere und nicht veröffentlichte Rechtsprechung referiert.

<sup>483</sup> *Kudlich*, FS Beulke, S. 831, 839 f.

<sup>484</sup> BGH StV 2016, 770, 771.

<sup>485</sup> BGH NJW 1964, 1485; GA 1968, 85, 86; BGH NSTz 1997, 401 mit Verweis auf die jeweils unveröffentlichten Urteile BGH 4 StR 143/67, Urt. v. 19.5.1967 und BGH 1 StR 353/68, Urt. v. 14.3.1969; *Stern*, StV 2000, 404 f. Referierend zu dieser Begründung auch *Barton*, Mindeststandards, S. 119 ff.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 865. – Zur Bewertung dieser Argumentation sogleich unten IV. D.

<sup>486</sup> Vgl. zur folgenden Begründungslinie *Beulke*, Verteidiger, S. 123; *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 757 ff.; *Stern*, StV 2000, 404. Plastisch auch *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 218 ff. mit dem Vergleich der formellen Verteidigung zur kommunalen Selbstverwaltung; darauf zurückgreifend *Neuhaus*, StV 2002, 43, 47.

<sup>487</sup> Siehe oben Teil 1 I. C.

auch in das Verhältnis zum Verteidiger fortsetzen. Dem Staat müsse es daher versagt bleiben, inhaltlich in diese Beziehung einzugreifen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Kontrolle des Verteidigers ein Einfallstor schafft, um unliebsame Verteidigung disziplinieren zu können.<sup>488</sup> Daher vermeide das Gesetz „fast ängstlich“ eine Qualitätskontrolle der Tätigkeit des Verteidigers im Innenverhältnis zum Beschuldigten.<sup>489</sup>

Im Ergebnis gibt es im deutschen Strafverfahren somit „keinen allgemeinen Grundsatz [...], wonach Fehler und Unterlassungen des Verteidigers den Angeklagten nicht belasten dürften“.<sup>490</sup> Abgesehen von der Fristversäumnis fallen Verteidigerfehler vielmehr vollständig dem Beschuldigten zur Last bzw. werden diesem zugerechnet.<sup>491</sup> Konsequenzen kann eine fehlerhafte Verteidigungstätigkeit daher lediglich in Form zivilrechtlicher Haftung haben.<sup>492</sup> Der Beschuldigte kann auf dem Zivilrechtsweg grundsätzlich Schadensersatz für aufgrund der Schlechtleistung des Verteidigers erlittene Vermögenseinbußen erhalten. Haftungsbegründende Pflichtverletzungen wurden von den Zivilgerichten etwa im Hinblick auf die Beratungsverpflichtungen, aber auch die fehlerhafte Begründung von Verfahrensrügen angenommen.<sup>493</sup> Problematisch ist indes der Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Zwar ist diese, wie oben angemerkt,<sup>494</sup> nicht bereits abzulehnen, weil ggf. zugleich entsprechende Pflichten des Gerichts bestanden haben.<sup>495</sup> Allerdings können Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Prozessführung an dem Nachweis scheitern, dass die pflichtgemäße Verteidigung zu einem Freispruch oder einer geringeren Sanktionierung geführt hätte.<sup>496</sup>

<sup>488</sup> *Beulke*, Verteidiger, S. 123; *Neuhaus*, StV 2002, 43, 47. In diese Richtung geht auch die Begründung in BGH StV 1989, 45.

<sup>489</sup> So *Rieß*, Referat für den Strafrechtsausschuss der BRAK vom 20.1.1980, zitiert nach *Barton*, Mindeststandards, S. 120. – Zur Bewertung dieser Argumentation sogleich unten IV. D.

<sup>490</sup> *Roxin*, JZ 1997, 343, 346.

<sup>491</sup> *Maatz*, NStZ 1992, 513, 517 f.; *Widmaier*, NStZ 1992, 519; *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161 ff.; *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398, 426 f.; *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 195; *Dahs*, NStZ 2007, 241, 246; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 406; *ders.*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 45 f.; *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 353; *Bischoff*, NStZ 2010, 77, 79 f.; *Lindemann*, StV 2010, 379, 381; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 97 ff.; *Kudlich*, FS Beulke, S. 831, 837 ff.

<sup>492</sup> Näher SK-StPO-*Wohlers*, Vor §§ 137 ff. Rn. 166 ff.; *Bockemühl-Köllner*, 1. Teil Rn. 113 ff.; *Zwiehoff*, StV 1999, 555 ff.; *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 131 ff. Eingehend zu verschiedenen haftungsbegründenden Fehlleistungen *Barton*, Mindeststandards, S. 259 ff.

<sup>493</sup> *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 133 m.w.N.

<sup>494</sup> Siehe oben Fn. 328.

<sup>495</sup> *Barton*, Mindeststandards, S. 275 ff.; *Zwiehoff*, StV 1999, 555, 588 f. Denn, wie bereits *Zwiehoff* feststellt, ändert die Schadensabwendungspflicht eines Dritten nichts am Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und konkreten Schadensposten.

<sup>496</sup> Eingehend *Zwiehoff*, StV 1999, 555, 558 ff.; *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 133.

### C. Verhältnis der Absicherungen

Gerichtliche Fürsorgepflicht und formelle Verteidigung stehen nach der gesetzlichen Konzeption des deutschen Amtsermittlungsverfahrens in einem einseitigen Ergänzungsverhältnis. In die eine Richtung kann die Mitwirkung eines Verteidigers die Anforderungen an die gerichtliche Fürsorge gewichtig absenken.<sup>497</sup> Denn die inhaltlich notwendigerweise begrenzte Hilfestellung des Gerichts in Form von Hinweisen oder Belehrungen kann im Grundsatz auch durch den Verteidiger als rechtskundigen, allein für den Beschuldigten tätigen Helfer wahrgenommen werden. Beispielsweise spielt bei den von der Rechtsprechung entwickelten, gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Hinweispflichten des Gerichts das Vorhandensein eines Verteidigers in die Beurteilung ihrer Notwendigkeit hinein.<sup>498</sup> Prominentestes Beispiel ist die unten ausführlich besprochene Widerspruchslösung, nach der allein der unverteidigte Beschuldigte auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinzuweisen ist.<sup>499</sup>

Umgekehrt kann die gerichtliche Fürsorge nicht die Notwendigkeit formeller Verteidigung entfallen lassen. Wie oben erläutert, ist die gerichtliche Hilfestellung auf die Schaffung von Rahmenbedingungen für die autonome Wahrnehmung von materiellen Beteiligungsrechten begrenzt, wohingegen der Verteidiger als einseitig tätiger Helfer auch inhaltlich eine umfassende Hilfestellung in allen Prozesslagen leisten kann. Beispielhaft kann das Gericht den Beschuldigten zwar auf die grundsätzliche Möglichkeit seines Erklärungsrechts nach § 257 StPO hinweisen; wie dieses im Einzelfall zweckmäßig wahrzunehmen ist, kann das Gericht dem Beschuldigten aber nicht mitteilen. Das Fehlen eines Verteidigers, aber auch dessen schlechte Leistung kann damit kaum durch die gerichtliche Fürsorgepflicht kompensiert werden.

### D. Grundsatz der Waffengleichheit als weiterer Absicherungsmechanismus?

Neben gerichtlicher Fürsorge und formeller Verteidigung wird in der Diskussion um die Absicherung der Beschuldigtenposition oftmals der aus dem Recht auf ein faires Verfahren hergeleitete<sup>500</sup> Grundsatz der Waffengleichheit genannt. Danach könnte ein Instrument zur Sicherung der Handhabbarkeit der Beschuldigtenrechte

<sup>497</sup> Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 157; *Kielwein*, Fürsorgepflicht, S. 131; *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 213.

<sup>498</sup> *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 261 nennen als Beispiele den Hinweis auf die Antragsmöglichkeit nach § 265 Abs. 3 StPO oder nach § 228 Abs. 3 StPO.

<sup>499</sup> Zur Widerspruchslösung unten Teil 3 III. A. 2.

<sup>500</sup> Auf den Grundsatz der Waffengleichheit wird hauptsächlich zur Begründung der Notwendigkeit formeller Verteidigung rekurriert. Siehe etwa BVerfGE 38, 105, 111; 110, 226, 253; *Beulke*, Verteidiger, S. 37 SSW-StPO-ders., Einl. Rn. 160; § 137 Rn. 1; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 503; *Barton*, Einführung, § 1 Rn. 23.

darin bestehen, Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten auf der einen und den staatlichen Strafverfolgungsorganen auf der anderen Seite herzustellen.

Eine im Wortsinne verstandene Waffengleichheit kann es im deutschen Strafverfahren allerdings nicht geben.<sup>501</sup> Im Verhältnis zum untersuchenden Gericht ist dessen Dominanz gegenüber den anderen Akteuren im Amtsermittlungsverfahren strukturell immanent angelegt.<sup>502</sup> Eine Waffengleichheit zwischen Beschuldigtem und Gericht kommt daher nicht ansatzweise in Betracht.<sup>503</sup> Im Verhältnis zu den anderen Verfahrensbeteiligten wie Staatsanwaltschaft und Neben- oder Privatklage ist zu beachten, dass diesen neben dem inquisitorischen Tatgericht nur ergänzende Funktionen zukommen. Der prozessualen Ausstattung des Beschuldigten kommt dementsprechend kein derart hoher Rang für die faktische Durchsetzbarkeit seiner Beteiligungsrechte zu, wie etwa in adversatorischen Strukturen.<sup>504</sup>

Zutreffend ist aber, dass die tatsächliche Durchsetzbarkeit der materiellen Beschuldigtenrechte durchaus auch vom Verhältnis der prozessualen „Ausstattung“ der einzelnen staatlichen Akteure abhängig sein kann. Dieser Gedanke ist stellenweise auch gesetzlich verankert.<sup>505</sup> In diesem Sinne kann eine eklatante Waffenungleichheit der Akteure Anhaltspunkte dafür liefern, dass formelle Absicherungsmechanismen auszubauen wären. Der Grundsatz der Waffengleichheit ist somit kein selbstständiger Absicherungsmechanismus, sondern kann lediglich zur Konkretisierung der Gewährleistungen von Fürsorge und – vor allem – formeller Verteidigung beitragen.

## E. Bewertung

Zwar nimmt die Prozessverantwortung des Beschuldigten bei der Legitimation des Strafurteils einen untergeordneten Stellenwert im Vergleich zur amtlichen Wahrheitsermittlung ein. Gleichwohl stellt die Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte den Beschuldigten als juristischen Laien auch im deutschen Amtsermittlungsverfahren vor erhebliche Herausforderungen. Daher sind wie in jeder Verfahrensordnung gewisse formelle Absicherungen notwendig.<sup>506</sup> Hauptsächlich werden diese im deutschen Verfahren in Form der formellen Verteidigung zur Verfügung

---

<sup>501</sup> Eingehend zum Grundsatz der Waffengleichheit im deutschen Strafverfahren *Safferling*, NSTZ 2004, 181 ff.

<sup>502</sup> *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 64.

<sup>503</sup> Vgl. BVerfGE 122, 248, 275. Siehe auch *Sandermann*, Waffengleichheit, S. 50.

<sup>504</sup> Vgl. BVerfGE 63, 45, 67; 63, 380, 392 f.; 122, 248, 272 und 275.

<sup>505</sup> Zu nennen ist beispielsweise der mit Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs vom 26.6.2013 (BGBl. I, S. 1805) neu eingefügte § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO. Siehe ferner SSW-StPO-*Beulke*, § 140 Rn. 48 mit weiteren Anwendungsgebieten.

<sup>506</sup> Siehe oben Teil I II. D. 1.

gestellt. Die Amtsermittlungsstruktur mit aktiv untersuchendem Gericht ermöglicht zudem, dem Beschuldigten eine nicht unbeträchtliche gerichtliche Fürsorge zur Unterstützung zukommen zu lassen.

Die zur Verfügung gestellten Absicherungsmechanismen weisen indes eine Reihe von Defiziten auf. Vor allem die gesetzliche Ausgestaltung der notwendigen Verteidigung stellt sich in vielen Punkten als ungenügend dar. Dies beginnt bereits bei ihrem Anwendungsbereich. Der Katalog notwendiger Verteidigung ist entscheidend durch die von der herrschenden Ansicht angenommene (öffentliche) Funktion formeller Verteidigung, ein justizförmiges Verfahren sicherzustellen, geprägt. Zuvorderst wird auf die Schwere der möglichen Sanktionierung abgestellt; an bestehenden Kompetenzdefiziten ist die Regelung dagegen erst nachrangig orientiert.<sup>507</sup> Hinzu kommt die restriktive Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs der notwendigen Verteidigung im Hinblick auf die Schwere der Sach- und Rechtslage.<sup>508</sup> Aufgrund dessen muss der Beschuldigte in Fällen, in denen nicht wegen eines Verbrechens Anklage erhoben wurde oder keine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr im Raum steht, regelmäßig ohne staatlich bestellten Verteidiger auskommen, auch wenn er als juristischer Laie im Regelfall mit der Verteidigung überfordert ist.<sup>509</sup> Die Forderungen der Literatur nach einer großzügigeren Anwendung der sachlichen Anwendungsfälle der notwendigen Verteidigung, orientiert an den Kompetenzdefiziten des Beschuldigten, haben daher durchaus ihre Berechtigung.

Ist der sachliche Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung eröffnet und wählt der Beschuldigte selbst keinen Verteidiger, so ist das Tatgericht für die Auswahl zuständig. Die Befürchtung liegt nahe, dass Gerichte dabei solche Verteidiger, die bekanntermaßen mit ihrer Verteidigung einen großen Arbeitsaufwand verursachen, jedenfalls weniger berücksichtigen werden.<sup>510</sup>

Des Weiteren bietet die Vergütung von Pflichtverteidigern Anlass zu Kritik. Bereits die gesetzlichen Wahlverteidigergebühren und damit erst recht die Pflicht-

---

<sup>507</sup> Allerdings wurde jüngst mit Einfügung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO ein wichtiger neuer Anwendungsfall geschaffen, siehe oben IV. B. 2. Fn. 451.

<sup>508</sup> Siehe oben IV. B. 2. c) bb).

<sup>509</sup> Kritisch *Weigend*, *StraFo* 2013, 45, 51; *Graalman-Scheerer*, in: Goldenstein (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit*, S. 29, 31 und 33; Kritik klingt auch bei *Fischer*, *Zeit Online* v. 5.1.2016 an.

<sup>510</sup> Nach *Schlothauer*, *StV* 1981, 443 ist es „offenes Geheimnis“, dass solchen Verteidigern häufig der Vorzug gegeben wird, die „keine Schwierigkeiten machen“; *Hilbers/Lam*, *StraFo* 2005, 70, 71 sprechen drastisch von „Beiordnungsprostitution“; *Thielmann*, *StraFo* 2006, 358, 359 von der „Aufgabe des Klinkenputzens bei Strafkammer- und Schöffengerichtsvorsitzenden“; nach *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 63 haftet der Bestellpraxis der Gerichte ein „Geschmäckle“ an; laut *Ahmed*, *StV* 2015, 65, 68 f. müssen sich Verteidiger durch „Anti-Konflikt-Verteidigung“ für weitere Bestellungen empfehlen. *Wenske*, *NSStZ* 2010, 479, 484 nimmt an, dass diese Bedenken im Einzelfall berechtigt sein mögen, weist aber darauf hin, dass noch keine empirischen Untersuchungen bestehen.

verteidigergebühren werden zu Recht von vielen Stimmen als vergleichsweise gering angesehen.<sup>511</sup> Dass auf Grundlage der Pflichtverteidigungsgebühren eine umfassende und engagierte Verteidigung für einen Rechtsanwalt auch in wirtschaftlich tragfähiger Weise geleistet werden kann, wird von einigen Stimmen in Wissenschaft und Anwaltschaft für viele Fälle notwendiger Verteidigung angezweifelt.<sup>512</sup> Vielmehr dürften sich die ökonomischen Rahmenbedingungen auf das zeitliche Engagement und auf die Verteidigungsqualität bei Pflichtmandanten auswirken,<sup>513</sup> wobei aber keineswegs die zahlreichen Verteidiger vergessen werden sollen, die aus idealistischen Motiven trotz dessen eine engagierte Verteidigung führen. Insgesamt kann dennoch stark bezweifelt werden, dass – wie von Gesetzgeber und Rechtsprechung gefordert<sup>514</sup> – die Pflichtverteidigung dem Beschuldigten dieselbe Absicherung zukommen lässt wie die Wahlverteidigung und keine Verteidigung „zweiter Klasse“ schafft.<sup>515</sup>

Beispielhaft kann dies an folgender Rechnung gezeigt werden: Für einen inhaftierten Beschuldigten erhöht sich die Grundgebühr für die erstmalige Einarbeitung (Nr. 4100 VV RVG Anhang 1) mit entsprechendem Zuschlag (Vorbemerkung 4 Abs. 4 RVG Anhang 1) von 160 auf 192 EUR (Nr. 4101 VV RVG Anhang 1). Für eine wirtschaftlich sinnvolle Verteidigung wird demgegenüber nach Schätzungen in der Praxis ein Mindeststundensatz von 125 EUR netto angesetzt.<sup>516</sup>

Schließlich fehlt es dem deutschen Strafverfahrensrecht an dem prozessualen Mittel, Konsequenzen aus dem Ausfall der notwendigen Verteidigung zu ziehen. Die Argumentation von Rechtsprechung und Literatur liefert keine überzeugende Begründung für das diesbezügliche Schweigen des Strafverfahrensrechts. Bereits der pauschale Verweis auf die Unabhängigkeit des Verteidigers trägt nicht, da, wie

---

<sup>511</sup> Kritisch *Hannover*, StV 1981, 487 ff.; *Barton*, Mindeststandards, S. 255 ff.; *Leipold*, Anwaltsvergütung, Rn. 86, 258; *Graalmann-Scheerer*, StV 2011, 696, 700; *Perron*, FS Stürmer, S. 875, 880. – Siehe zudem BVerfGE 110, 226, 261, wonach der Verteidiger bei bestehendem Risiko, dass seine vom Mandanten erhaltene Vergütung aus Straftaten herührt, nicht einfach auf die Mandatsbeendigung und Pflichtverteidigerbeordnung verwiesen werden kann, da die Pflichtverteidigung u.a. durch die „geringere und gesetzlich fixierte Vergütung“ charakterisiert ist.

<sup>512</sup> *Leipold*, Anwaltsvergütung, Rn. 258; *Mertens/Stuff*, Verteidigervergütung, Rn. 477; *Graalmann-Scheerer*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 29, 38; *Zöller*, FS Feigen, S. 399, 408.

<sup>513</sup> *Johnigk*, StV 2006, 347, 350; *Leipold*, AnwBl 2004, 683, 684 f. Kritisch auch *Bockemühl-Schwaben*, 11. Teil Rn. 1; *Perron*, FS Stürmer, S. 875, 880.

<sup>514</sup> So etwa BVerfGE 9, 36, 38: „grundsätzlich der gleiche Rechtsschutz“; siehe auch BVerfG NJW 2011, 3079. Siehe zudem BT-Drs. 15/1971, S. 220: „Pflichtverteidigung [ist] nicht Verteidigung zweiter Klasse.“

<sup>515</sup> *Hannover*, StV 1981, 487 ff.; *Barton*, Mindeststandards, S. 257; *ders.*, Einführung, § 4 Rn. 56; *Wolf*, Strafverteidigung, S. 90; *Leipold*, NJW-Spezial 2004, 87; siehe auch *Graalmann-Scheerer*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 29, 39.

<sup>516</sup> *Zöller*, FS Feigen, S. 399, 408 Fn. 44 m.w.N. Mit älteren Zahlen *Barton*, Mindeststandards, S. 256 f. m.w.N.

im Vorangegangenen hinreichend deutlich wurde, die Funktion des Verteidigers gerade in der Gewährleistung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte für den Beschuldigten besteht. Die Unabhängigkeit des Verteidigers ist daher kein Selbstzweck. Dementsprechend wäre es durchaus zulässig, zum Wohl bzw. mit Willen des Beschuldigten auch das Innenverhältnis zum Verteidiger einer Kontrolle zugänglich zu machen.<sup>517</sup> Was die – nicht von der Hand zu weisende – Gefahr einer Disziplinierung der Verteidigung durch staatliche Überwachung betrifft, so rechtfertigt diese nicht die völlige Tabuisierung von Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung, da durchaus Verfahrensgestaltungen denkbar sind, die diese Gefahr vermeiden.<sup>518</sup>

Aufgrund der restriktiven Haltung von Rechtsprechung und herrschender Literatur hat eine Verurteilung selbst in Fällen Bestand, in denen von einer tatsächlichen eigenverantwortlichen Beteiligung des Beschuldigten aufgrund mangelhafter Verteidigung ersichtlich keine Rede sein kann, etwa weil der Verteidiger weder über die Sache noch den Angeklagten informiert ist<sup>519</sup> oder die Möglichkeit zum Mandantengespräch verwehrt bzw. gänzlich uninteressiert und unvorbereitet ist.<sup>520</sup> Auch wenn es sich bei den geschilderten Begebenheiten sicherlich um aufsehen-erregende Einzelfälle handeln dürfte, sind unzureichende Verteidigungsleistungen – was für jedes andere Berufsfeld gleichermaßen gilt – immer wieder anzutreffen.<sup>521</sup> Hierzu dürfte auch die geschildert problematische Vergütung im Rahmen der Pflichtverteidigung beitragen.<sup>522</sup> Diese generelle Unbeachtlichkeit schlechter Verteidigungsleistung stellt eine grundsätzliche Relativierung der formellen Verteidigung als zentralem Absicherungsmechanismus im deutschen Strafverfahren dar. Dass Kompetenzdefizite des Beschuldigten kompensiert werden und von der Prozessverantwortlichkeit des Beschuldigten als Legitimationsstrang des Strafurteils auch tatsächlich ausgegangen werden kann, ist damit gerade nicht sichergestellt.

---

<sup>517</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 885 f.; *SK-StPO-Wohlers*, Vor §§ 137 ff. Rn. 82.

<sup>518</sup> Dazu eingehend unten Teil 5 II. D. 2. a).

<sup>519</sup> BGH NSTZ 2000, 212, zitiert nach *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 79; siehe bereits *Hannover*, StV 1981, 487 mit ähnlichen Beispielen.

<sup>520</sup> BGH, Urt. v. 19.5.1967 – 4 StR 143/67 [unveröffentlicht], zitiert nach *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 79.

<sup>521</sup> Vgl. *Barton*, Mindeststandards, S. 24 ff.; *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 168; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 848.

<sup>522</sup> Vgl. *Barton*, Mindeststandards, S. 254 ff.; *Wächtler*, StV 1997, 111; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 849.



## V. Abschließende Bewertung

Nach der vorangegangenen Beschreibung des Stellenwerts der Prozessverantwortung des Beschuldigten in der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens ergibt sich ein ambivalentes Bild.

Einerseits hat die eindeutige Ausrichtung des deutschen Amtsermittlungsverfahrens auf die gerichtliche Wahrheitsermittlung zur Legitimation des Strafurteils aus Sicht des Beschuldigten durchaus gewisse Vorteile. So ist der Beschuldigte nicht essenziell von eigener Verteidigungstätigkeit abhängig, sondern kann sich in gewissem Maße auch darauf verlassen, dass die gerichtliche Untersuchung allein ein Fehlurteil abzuwenden vermag. Ein Ausfall der Verteidigung – sei es durch Nichtvorliegen eines Falles notwendiger Verteidigung oder durch eine unzureichende Verteidigungsleistung – fällt damit viel geringer ins Gewicht, als wenn sich der Beschuldigte in weiten Teilen selbst um seine Entlastung zu kümmern hätte. Für Beschuldigte, die sich aus wirtschaftlichen Gründen keinen (guten) Verteidiger leisten können, ist diese Verfahrenskonzeption daher durchaus positiv.<sup>523</sup> Zwar ist die Qualität der Verteidigung auch im deutschen Strafverfahren ein wichtiger Faktor. Soziale Ungleichheiten können durch die inquisitorische Aufgabenstellung des Gerichts aber in gewisser Weise aufgefangen werden.<sup>524</sup>

Mit diesen Vorzügen gehen allerdings auch gewichtige Nachteile einher. Zum einen muss die Verteidigung von Beginn an gegen die systemimmanente Voreingenommenheit des aktenkundigen Gerichts ankämpfen. Vor allem aber verleitet das Verfahrensmodell dazu, die Beteiligungsrechte des Beschuldigten, die bereits verfahrensstrukturell aufgrund ihrer teilweisen Deckungsgleichheit mit der gerichtlichen Untersuchung als „Draufgabe“ anmuten,<sup>525</sup> bestenfalls als unnötig, schlechtestenfalls aber als lästigen Störfaktor zu empfinden.<sup>526</sup> Weit verbreitet scheint die Haltung, ein „kluger, besonnener, ehrlicher, allen Verfahrensbeteiligten verpflichteter Richter“ werde „mit Sicherheit auch ein ‚richtiges‘ Urteil fällen“.<sup>527</sup> Die Beteiligung des Beschuldigten an der Sachverhaltsgewinnung wird demgegenüber vor allem in der Justiz verbreitet eher als Quelle einzelner Impulse an das Gericht und

<sup>523</sup> Perron, FS Stürner, S. 875, 879 ff.

<sup>524</sup> Tiedemann, ZRP 1992, 107, 108; Eser, FS Tiedemann, S. 1453, 1461; Eser, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 11, 19 f.

<sup>525</sup> So die kritische Beschreibung von Gaede, StV 2012, 51, 54. Siehe bereits oben II. B. 2. b). Vgl. auch Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 235: „An sich erscheint ein solches Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten neben der umfassenden Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts nach § 244 Abs. 2 StPO überflüssig.“

<sup>526</sup> Vgl. Perron, FS Eser 2015, S. 413, 419.

<sup>527</sup> Ironisierend Beulke, FS Amelung, S. 543, 560. In diesem Sinne beobachtet Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 317, dass die Wahrheitsfindung im Prozess nach dem Verständnis der deutschen Justiz und Strafrechtswissenschaft oftmals deckungsgleich als gerichtliche Wahrheitsermittlung interpretiert wird.

weniger als für die Legitimation des Urteils notwendige Einwirkungsmöglichkeit wahrgenommen.<sup>528</sup>

Beispielhaft dafür stehen die oben skizzierten Fälle der völligen Verwehrgung der Befragung von Belastungszeugen durch den Beschuldigten. Dass die Surrogate derartiger Beweismittel nach der Rechtsprechung der Verurteilung auch in entscheidendem Maße zugrunde gelegt werden dürfen, fußt letztlich allein auf dem Vertrauen, das Gericht werde diese Beweise im Hinblick auf ihren verminderten Beweiswert zutreffend würdigen, und verkennt das auch durch die objektivste und akribischste richterliche Befragung nicht zu beseitigende Fehlurteilsrisiko und die daraus folgende Notwendigkeit der Beteiligung des Beschuldigten.<sup>529</sup>

Vor allem aber zeigt sich diese Sichtweise an den geschilderten Defiziten bei der Absicherung der eigenverantwortlichen Position des Beschuldigten. Auch hier scheint der Gedanke vorzuherrschen, dass die gerichtliche Amtsermittlung, ggf. in Verbindung mit der Fürsorgepflicht, die teilweise deutlich infrage gestellte tatsächliche Wahrnehmbarkeit der Beschuldigtenrechte kompensieren kann.<sup>530</sup> Vereinzelt wird sogar die Notwendigkeit formeller Verteidigung an sich bestritten und argumentiert, das neutrale Gericht übernehme vielmehr die Aufgabe der Verteidigung mit.<sup>531</sup> Damit wird ignoriert, dass formelle Verteidigung eine vom konkret verwirklichten Prozessmodell unabhängige Notwendigkeit ist und sich die Frage ihrer Wirksamkeit und damit auch die Frage der Konsequenzen aus schlechter Verteidigung gleichsam im Amtsermittlungsverfahren stellt.<sup>532</sup>

Zugleich ist keinesfalls festgelegt, dass nur das Amtsermittlungsmodell soziale Verwerfungen im Strafverfahren wirksam auszugleichen vermag.<sup>533</sup> Denn letztlich kommt es dafür, wie oben geschildert, auf das Zusammenspiel von materieller Beteiligung und daraus entstehender Prozessverantwortung und formeller Absiche-

---

<sup>528</sup> Beispielhaft: *Föhrig*, Strafrichter-Brevier, S. 49, versteht als „normale“ Verteidigungsarbeit, „die Kammer auf etwas aufmerksam [zu machen], was sie nicht erkennen konnte, gar, was sie übersehen hatte“.

<sup>529</sup> Vgl. *Gaede*, HRRS 2007, 402, 411: auch der Richter im Amtsermittlungsverfahren müsse sich eingestehen, dass das Verfahren mit oder ohne aktivem Verteidiger möglicherweise nicht mit selben Ergebnis Ende würde.

<sup>530</sup> Das folgende Zitat des BVerfG zum sozialrechtlichen Verfahren scheint daher auch die Haltung im Strafverfahren treffend zu beschreiben: „Die streng durchgeführte Offizial- und Untersuchungsmaxime läßt schon an sich die Bedeutung der Vertretung durch einen Anwalt zurücktreten [...]“. BVerfGE 9, 124, 134 f.

<sup>531</sup> In diesem Sinne äußerte sich etwa noch im Jahr 2009 eine Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, zitiert nach *Thielmann/Groß-Bölting*, HRRS 2011, 151 sowie *Kunz*, FS Schiller, S. 397, 401 f. – Sarkastisch formuliert *Hassemer*, StV 2010, 394, 395, der Beschuldigte scheine in der Amtsermittlungsstruktur mit objektiver Staatsanwaltschaft und umfassend ermittelndem Gericht geradezu „von Verteidigern umstellt“ zu sein. *Hamm*, StV 2010, 418 spricht in ähnlicher Weise vom „Prinzip der überflüssigen Verteidigung“.

<sup>532</sup> Vgl. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 846 ff., 875 f.; *ders.*, HRRS 2007, 402, 411.

<sup>533</sup> Vgl. *Haas*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 23, 29.

nung an.<sup>534</sup> Verfahrensgestaltungen, die dem Beschuldigten mehr Prozessverantwortung auferlegen und die auch über verstärkte Absicherungen verfügen, könnten daher im Grundsatz ebenso als „sozial“ qualifiziert werden.<sup>535</sup> Die kategorische Festlegung auf die Amtsermittlungsstruktur in der deutschen Justiz und weiten Teilen der Wissenschaft dürfte daher weniger von sozialstaatlichen Erwägungen motiviert sein, sondern auf einem historisch tief verwurzelten Vertrauen in die Aufklärungstätigkeit des Tatgerichts gründen.<sup>536</sup> Diese schlägt indes in vielen Fällen in eine Überschätzung des Legitimationspotenzials gerichtlicher Aufklärungstätigkeit um.

---

<sup>534</sup> Siehe oben Teil I II. A. bis C.

<sup>535</sup> Vgl. *Jahn*, *Konfliktverteidigung*, S. 215.

<sup>536</sup> Vgl. *Gaede*, *StV* 2012, 51, 53 f.

## Die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten seit den 1990er-Jahren

### I. Einführung

In Teil 2 wurde erarbeitet, dass dem deutschen Amtsermittlungsverfahren eine Konzeption zugrunde liegt, welche die Prozessverantwortung des Beschuldigten auf ein Mindestmaß konzentriert, und dass sich das Strafurteil weit überwiegend auf die gerichtliche Sachverhaltsermittlung stützt. Wie bereits in der Einführung angesprochen, lassen indes zahlreiche Neuerungen im deutschen Strafprozessrecht vermuten, dass sich das Verhältnis von amtlicher Wahrheitsermittlung auf der einen und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auf der anderen Seite nicht unerheblich verschoben hat. In diesem Abschnitt der Arbeit werden nun die angesprochenen Neuerungen in den Blick genommen. Im Einzelnen bearbeitet werden sollen:

- die Erweiterung der Präklusionsregelung aus § 238 Abs. 2 StPO,
- die sog. „Widerspruchslösung“ für Beweisverwertungsverbote,
- die Schilderung von „Negativtatsachen“ in der Begründungsschrift der Verfahrensrüge nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO,
- das Kriterium der Konnexität im Beweisanztragsrecht,
- die sog. „Fristenlösung“ im Beweisanztragsrecht und
- die gesetzlich geregelten oder neben dem Gesetz stattfindenden konsensualen und kooperativen Verfahrensbeendigungsmöglichkeiten.

Diese Neuerungen sind, wie zu zeigen sein wird, verknüpft durch ihren Regelungszweck: In einer, zeitlich in den 1990er-Jahren einsetzenden Situation, in der vielstimmig eine Krise der Effizienz des deutschen Strafverfahrens diagnostiziert wird, zielen sie darauf ab, das Verfahren zu beschleunigen und ressourcenschonender zu gestalten. Mit diesem Regelungszweck sind sie – allerdings in jeweils unterschiedlicher Zusammensetzung – bereits Gegenstand einer Reihe wissenschaftlicher Bearbeitungen zur jüngeren Entwicklung des Strafprozessrechts gewesen.<sup>1</sup> Der möglicherweise erhobene methodische Einwand der Beliebigkeit oder gar der

---

<sup>1</sup> Eindrücklich etwa die Auswahl der Themengebiete von *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 10 f. zum Thema der Verfahrensbeschleunigung; siehe auch die Zusammenstellung bei *Gaede*, wistra 2010, 210 ff.; *Schünemann*, ZfS 2009, 484, 486; *ders.*, StraFo 2010, 90, 93 f.; *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 595 sowie die Kontextualisierung der Fristenlösung durch andere, der Verfahrensbeschleunigung dienende Neuerungen bei *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 40 ff. – Vgl. auch *Börner*, Legitimation, S. 219 ff., der die im Folgenden unter III. A. 1. und 2. sowie III. B. dargestellten Neuerungen (zuzüglich der „Rügeverkümmerng“) als „wesentlich[e] Problemkonstellation der jüngsten Zeit“ (S. 219) herausgreift.

willkürlichen Auswahl einzelner Themengebiete zum Nachweis einer unter Umständen nicht der Realität entsprechenden Entwicklung kann daher von vornherein zurückgewiesen werden.

Die Darstellung beginnt mit der Schilderung der krisenhaften Ausgangssituation seit den 1990er-Jahren, welche die Rechtsprechung zur Schaffung der neuen Instrumente veranlasst hat (II.). Daran schließt die eingehende Betrachtung der ausgewählten Neuerungen an (III.). Auf Grundlage der in Teil 2 erarbeiteten grundlegenden Verantwortungsverteilung im deutschen Strafverfahren wird dann untersucht, in welchem Maß die Prozessverantwortung des Beschuldigten durch diese Neuerungen angewachsen ist (IV.). Zu ermitteln ist dann unter V., inwieweit der Beschuldigte seiner gewachsenen Verantwortung gerecht werden kann und ob sich damit nicht eine gewisse Überforderung ergibt, die zu einer Aushöhlung seiner Verfahrensrechte führt.

## **II. Die Situation des deutschen Strafverfahrens seit den 1990er-Jahren**

Erster Punkt der Darstellung ist also die Situation des deutschen Verfahrensrechts, in der die Entwicklung der unter III. zu beschreibenden Instrumente ihren Ausgangspunkt nimmt.

### **A. Das deutsche Strafverfahren in der „Krise“**

Diese Ausgangssituation wird als ein von vielen Faktoren beeinflusster Krisenzustand beschrieben, der in einer unzureichenden Verfahrenseffizienz zum Ausdruck kommt (1.), was in verfassungsrechtlicher Perspektive unter dem Stichwort der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ diskutiert wird (2.). Vervollständigt wird die Darstellung der Ausgangssituation durch vorgeschlagene und teilweise umgesetzte Maßnahmen in Reaktion auf diese Krise, die – anders als die unter III. beschriebenen Maßnahmen – nicht an der Stellung des Beschuldigten anknüpfen (3.)

#### **1. Krisensymptom der unzureichenden Verfahrenseffizienz**

Das deutsche Strafverfahren wird seit geraumer Zeit und von vielen Seiten in einer „Krise“ gesehen.<sup>2</sup> Als herausstechendes Symptom dieser Krise wird eine unzureichende Effizienz des Verfahrens ausgemacht. Der Strafjustiz wird nicht mehr zutraut, in einer hinreichenden Zahl von Fällen und in angemessener Zeit zu einer als

---

<sup>2</sup> Vgl. *Jahn*, *Konfliktverteidigung*, S. 32 ff., der referierend den Begriff der Krise mit Anführungszeichen versieht; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. F. Rn. 189 ff., 194, der von einer „krisenhaften Lage des Strafverfahrens“ spricht.

gerecht empfundenen Verfahrensbeendigung zu gelangen.<sup>3</sup> Insbesondere mit Blick auf „Umfangsverfahren“ vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten wird von einer „Überforderung der Hauptverhandlung“ gesprochen.<sup>4</sup> Als eine Ursache für die unzureichende Effizienz wird eine zunehmende Überlastung der Justiz genannt.<sup>5</sup> Der Arbeitsumfang der Gerichte sei in Bezug auf Anzahl und Umfang der Fälle deutlich gestiegen. Mittlerweile wird teilweise von einem „unhaltbaren Zustand“ gesprochen;<sup>6</sup> Tatrichter sehen sich selbst als „Hamster in einem Laufrad mit stetig überhöhter Geschwindigkeit“.<sup>7</sup> Die Strafjustiz wird vermehrt als „knappe Ressource“<sup>8</sup> wahrgenommen, die sorgsam zu nutzen sei.<sup>9</sup>

Für die Überlastung der Justiz werden wiederum verschiedene Gründe angeführt. So spiegele sich die globalisierte Lebenswirklichkeit vor Gericht in komplexen, forensisch nur schwer zu durchdringenden Sachverhalten wider.<sup>10</sup> Auch habe der Gesetzgeber zu gestiegenen Fallzahlen und immer umfangreicheren Fällen beigetragen, indem er das materielle Strafrecht gerade im Wirtschafts-, Umwelt-, Steuer- oder Betäubungsrecht kontinuierlich auf immer vielfältigere Lebensbereiche ausgeweitet habe.<sup>11</sup> Verschiedene, vor allem im Wirtschaftsstrafrecht neu geschaffene Tatbestände erwiesen sich gar als kaum noch justiziabel.<sup>12</sup> Zudem sei das Prozessrecht zunehmend ausdifferenziert und komplex geworden.<sup>13</sup> Trotz dieses

<sup>3</sup> Siehe die Beschreibungen bei *Rieß*, NStZ 1994, 409, 410; *Jahn*, Konfliktverteidigung S. 32 f.

<sup>4</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 16 Rn. 3 ff.

<sup>5</sup> BGHSt 50, 40, 53 f.; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233 ff.; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 18 ff.; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822; *Landau*, NStZ 2015, 665, 666. – Ein drastisches Beispiel wurde Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfG StV 2015, 39: Eine Landgerichtskammer hatte eine Haftfortdauerentscheidung – ausgeschmückt durch umfangreiche Statistiken über die Geschäftsentwicklung der großen Strafkammern am entsprechenden Gericht – allein mit seiner Arbeitsüberlastung begründet und musste sich vom Bundesverfassungsgericht dafür ein „in jeder Hinsicht sachfremdes“ Vorgehen vorhalten lassen. – Gegen die Diagnose einer überlasteten Justiz aber *Fischer*, HRRS-Gedächtnisgabe für Günter Widmaier, S. 101, 109 ff.

<sup>6</sup> *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233.

<sup>7</sup> *Erhard*, StV 2013, 655.

<sup>8</sup> BGHSt 50, 40, 54; BGH NStZ 2009, 168, 169; *Basdorf*, StV 1995, 310, 312 sowie 318; *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 385.

<sup>9</sup> Vgl. *Basdorf*, StV 1995, 310, 318; *ders.*, StV 2010, 414, 415.

<sup>10</sup> BVerfGE 133, 168, 172; *Eser*, ZStW 104 (1992), 361, 371; *Landau*, NStZ 2007, 121, 122; *ders.*, NStZ 2015, 665, 666; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 16 Rn. 6.

<sup>11</sup> BVerfGE 133, 168, 172; *Eser*, ZStW 104 (1992), 361, 371; *Pfister*, StV 2009, 550, 554; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 20 f.; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822 und 828; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 249; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 16 Rn. 6; *Hamm*, StV 2013, 652, 654 f.; *Kunz*, FS Schiller, S. 397, 405 f.; *Tully*, ZRP 2014, 45; *Landau*, NStZ 2015, 665, 666 und 668.

<sup>12</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 20 f.; ähnlich *Schünemann*, StraFo 2010, 90, 94.

<sup>13</sup> BVerfGE 133, 168, 172; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 242 ff., 249 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 16 Rn. 6; *Tully*, ZRP 2014, 45; *Landau*, NStZ 2015, 665, 666.

gestiegenen Aufwands habe sich die personelle Ausstattung der Justizorgane aufgrund fiskalischer Gründe aber verschlechtert oder stagniere zumindest.<sup>14</sup>

## 2. Verfassungsrechtliche Anknüpfung an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für diese Problematik firmiert der Topos der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, die durch die mangelnde Effizienz des deutschen Strafverfahrens in Gefahr gesehen wird.<sup>15</sup>

Das Prinzip der funktionstüchtigen Strafrechtspflege hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.<sup>16</sup> Der Rechtsstaat könne nur verwirklicht werden, „wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden“.<sup>17</sup> Der Topos der funktionstüchtigen Strafrechtspflege beschreibt also eine speziell strafprozessuale Ausprägung der staatlichen Justizgewährungspflicht.<sup>18</sup> Der Staat steht danach in der Pflicht, eine Strafrechtspflege bereitzuhalten, die in der Lage ist, die mit dem Strafrecht verfolgten Ziele auch durchzusetzen.<sup>19</sup> Dogmatisch handelt es sich somit um eine institutionelle Garantie.<sup>20</sup>

Teil dieser Garantie ist auch das Beschleunigungsgebot. Laut Bundesverfassungsgericht beinhaltet eine funktionstüchtige Strafrechtspflege nicht allein die „Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs überhaupt, sondern auch innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens“.<sup>21</sup> Mit der Anknüpfung an die funktionstüchtige Strafrechtspflege steht der Beschleunigungsgrundsatz – neben seiner primären, hier

---

<sup>14</sup> *Pfister*, StV 2009, 550, 554; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 19 f.; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822 und 828; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 235; *Landau*, NSTZ 2015, 665, 666.

<sup>15</sup> Vgl. BGHSt 50, 40, 53 f.; *Landau*, NSTZ 2007, 121 ff.; *Pfister*, StV 2009, 550, 554.

<sup>16</sup> BVerfGE 33, 367, 383; 34, 238, 248 f.; 36, 174, 186; 38, 312, 321; 44, 353, 374; 45, 272, 294 f.; 46, 212, 222 f.; 53, 152, 160; 74, 257, 262; 77, 65, 76; 80, 367, 375; 100, 313, 389; 106, 28, 49; 107, 299, 316; 109, 279, 336. Siehe dazu *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 394 ff. – Nachdem das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz in den 1970er-Jahren begründet hatte, schien er zunächst wieder im Schwinden. Zuletzt hat er aber, etwa in den Entscheidungen zur Rügeverkümmern (BVerfGE 122, 248, 272), zur Fristenlösung im Beweisantragsrecht (BVerfG StV 2010, 113, 114) und zur Verständigung in Strafverfahren (BVerfGE 133, 163, 199 ff.) eine bemerkenswerte Renaissance gefeiert. Zu der Entwicklung *Landau*, NSTZ 2007, S. 121, 123; *Sommer*, StraFo 2014, 441, 443.

<sup>17</sup> BVerfGE 122, 248, 272 f.

<sup>18</sup> Maunz/Dürig-Grzeszick, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 143; *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 5; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. H Rn. 13 und 15; *Meyer*, NJW 2013, 1850, 1853; *Landau*, NSTZ 2015, 666, 670.

<sup>19</sup> *Landau*, NSTZ 2007, 121, 124 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 7.

<sup>20</sup> *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 3; *Umbach/Clemens-Niemöller*, Kap. A 6. Rn. 2.

<sup>21</sup> BVerfG StV 2010, 113, 114; NJW 2012 907, 909; zuvor bereits ähnlich BVerfGE 122, 248, 273.

nicht weiter auszuführenden Ausrichtung auf den Schutz des Beschuldigten<sup>22</sup> – ausdrücklich auch im öffentlichen Interesse. Die öffentlichen Bedürfnisse eines zügigen Verfahrens ergeben sich zum einen aus den generalpräventiven Strafzwecken, wonach „die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen“ können muss.<sup>23</sup> Zum anderen soll auf diese Weise die Wahrheitssuche gesichert werden, da die Qualität von Beweismitteln mit Zeitablauf abnehmen kann.<sup>24</sup> Drittens soll das Beschleunigungsgebot auch das staatliche Interesse an einem kostensparenden Verfahren abbilden.<sup>25</sup> Diesbezüglich wird von einer „verfahrensökonomischen“ oder „ressourcenschonenden“ Dimension des Beschleunigungsgrundsatzes gesprochen.<sup>26</sup>

### 3. Vorgeschlagene und verwirklichte Maßnahmen zur Abhilfe

Angesichts der skizzierten Problematik befassen sich Gesetzgeber, Justiz und Wissenschaft schon seit geraumer Zeit mit Vorschlägen zur Entlastung der Justiz und einer „Beschleunigung“ des Strafverfahrens.<sup>27</sup> Als auf den ersten Blick naheliegender Lösungsansatz wird immer wieder die Verbesserung der personellen und materiellen Ausstattung der Justiz angemahnt.<sup>28</sup> Zumeist wird dies allerdings als von vornherein finanziell unrealistisch angesehen.<sup>29</sup> Vorgeschlagen wird zudem regelmäßig, das materielle Strafrecht zur Senkung der Fallzahlen in der Justiz zurückzuführen.<sup>30</sup> Allerdings erscheinen Forderungen einer Entkriminalisierung, von

---

<sup>22</sup> Diese wird hergeleitet aus den Grundrechten des Beschuldigten und seinem Recht aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Anknüpfungspunkt in den Grundrechten ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das aufgrund des Eingriffscharakters des Strafverfahrens Beachtung finden muss; siehe *Möstl*, HdStR VIII, § 179 Rn. 37 und *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 13 m.w.N.

<sup>23</sup> BVerfGE 122, 248, 273; BVerfG NSTz 2006, 680, 681; StV 2010, 113, 114.

<sup>24</sup> BVerfGE 122, 248, 273; BVerfG NSTz 2006, 680, 681; StV 2010, 113, 114. Dieser Aspekt wird auch unter den Konzentrationsgrundsatz gefasst, siehe *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2471.

<sup>25</sup> Vgl. *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 16 f.; *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2471. – Dazu auch die Entschließung des 60. DJT, Bd. II/1, M 85.

<sup>26</sup> *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2471 sowie *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 16 f.; MüKo-StPO-ders., Einl. Rn. 156, der allerdings nicht zwischen dieser und den anderen öffentlichen Zielsetzungen differenziert.

<sup>27</sup> Dies war etwa die Thematik der strafrechtlichen Abteilung des 68. Deutschen Juristentags 2010, siehe das Referat von *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 1 ff. sowie die Beiträge dazu von *Kühne*, JZ 2010, 821 ff. und *Wohlers*, NJW 2010, 2470 ff.

<sup>28</sup> Siehe etwa den Beschluss des 68. DJT 2010, Bd. II/1, N 50; jüngst *Landau*, NSTz 2015, 666, 671.

<sup>29</sup> Vgl. *Eser*, ZStW 104 (1992), 361, 371 f.; *Wohlers*, NJW 2010, 2470; *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 207; *Tully*, ZRP 2014, 45.

<sup>30</sup> Siehe wiederum den Beschluss des 68. DJT, Bd. II/1, N 50; *Ransiek*, ZIS 2008, 116, 122; *Eschelbach*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 39, 60.



*Kudlich* pointiert als „Deregulierung“ zur Entlastung öffentlicher Institutionen beschrieben, gleichsam als illusorisch.<sup>31</sup>

Der Gesetzgeber hat sich in der Vergangenheit dementsprechend eher auf punktuell entlastende Maßnahmen beschränkt. Hierunter fällt etwa die nach Änderung von § 76 Abs. 2 GVG im Jahr 1993<sup>32</sup> zum Regelfall gewordene, mit § 76 Abs. 2 GVG n.F.<sup>33</sup> noch immer vielfach mögliche Besetzung von großen Strafkammern mit zwei statt drei Berufsrichtern. Auch die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO<sup>34</sup> kann angeführt werden. Schließlich stellt die Schaffung des § 354 Abs. 1a (ggf. i.V.m. Abs. 1b) StPO<sup>35</sup> eine Maßnahme zur Justizentlastung dar. Danach kann das Revisionsgericht dann, wenn sich die Gesetzesverletzung nur bei den Rechtsfolgen auswirkt und die verhängte Rechtsfolge angemessen ist (Abs. 1a Satz 1) oder – auf Antrag der Staatsanwaltschaft – angemessen herabgesetzt werden kann (Abs. 1a Satz 2), selbst eine Sachentscheidung treffen. Auf diese Weise sollen als überflüssig angesehene Zurückverweisungen an die Tatsacheninstanz zur Ressourcenschonung und Verfahrensbeschleunigung vermieden werden.<sup>36</sup>

## **B. Verteidigungsverhalten als (Mit-)Ursache der Krise**

Über die oben beschriebenen Ursachen hinausgehend wird von vielen Stimmen ein verzögerndes oder gar missbräuchliches Verhalten seitens Beschuldigtem oder Verteidiger zumindest als mitursächlich für die Krise des Strafverfahrens angesehen.

### **1. Die Diskussion um verzögerndes und missbräuchliches Verteidigungsverhalten**

Ausgangspunkt findet diese Diagnose in der zunehmenden Professionalisierung und einem gewandelten Berufsverständnis der Strafverteidiger seit den 1970er-

---

<sup>31</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 20 ff.; *Wohlers*, NJW 2010, 2470.

<sup>32</sup> Eingeführt mit dem Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993 (BGBl. I, S. 50).

<sup>33</sup> Eingeführt durch das Gesetz über die Besetzung der großen Straf- und Jugendkammern in der Hauptverhandlung und zur Änderung weiterer gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften sowie des BundesdisziplinarG vom 6.12.2011 (BGBl. I, S. 2554).

<sup>34</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28.10.1994 (BGBl. I, S. 3186, 3191).

<sup>35</sup> Eingeführt mit dem Ersten Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24.8.2004 (1. JuMoG), BGBl. I, S. 2198 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu etwa BGH NJW 2005, 913, 914 sowie *Frisch*, StV 2006, S. 431 ff. Zur Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung siehe den Gesetzentwurf der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 20.5.2003, BT-Drs. 15/999, S. 1, 28 f.

Jahren.<sup>37</sup> Übtten Strafverteidiger ihre Tätigkeit bis zu diesem Zeitpunkt in der Beschreibung *Königs* „überwiegend im Einvernehmen mit dem Gericht und in z.T. [...] demonstrativer Distanz zum Mandanten“ aus, so wurde nun „die Orientierung am Mandanteninteresse propagiert, [h]ohe Anforderungen [...] an die Arbeitsdisziplin formuliert, gründliche Durchdringung des Verfahrensstoffs zur Selbstverständlichkeit erhoben, Professionalisierung durch Fortbildung und wissenschaftliche Fundierung der Berufspraxis betrieben“.<sup>38</sup> Von *Hanack* wurde dies 1987 als ein „neuer Typ von Strafverteidiger“ beschrieben:

„Gemeint ist [...] der Typ eines sehr engagierten und grundsätzlich seriösen, oft höchst kundigen Verteidigers; aber eines Verteidigers, der die weiten und äußersten Möglichkeiten unserer Prozeßordnung, anders als die Generation vor ihm, nicht nur ausnahmsweise ausnutzt; sondern der im Interesse seines Mandanten, auch wenn er ihn für schuldig hält, in alle gesetzlichen Freiräume vorstößt und dabei Verteidigungsstrategien entwickelt, die gerade auch auf die typischen Schwachpunkte unserer Justiz zielen. Es ist der Typ eines Verteidigers, der in der Regel formal durchaus korrekt verfährt, auch das Standesrecht beachtet, sich im Grunde aber dem traditionellen Ziel des Strafverfahrens nicht mehr verpflichtet fühlt oder mindestens doch die Bedeutung dieses Ziels im Spannungsverhältnis zu den Interessen seiner Mandanten kritischer gewichtet als früher; und der zudem (was ein weiteres Phänomen ist) unserer Strafjustiz mit oft geradezu abgrundtiefer Skepsis gegenübersteht.“<sup>39</sup>

Bereits diese Beschreibung *Hanacks* ist von der Befürchtung einer „prozessualen Machtübernahme durch die Verteidigung“ durchdrungen.<sup>40</sup> Tatsächlich wird seither vermehrt Verteidigern die Obstruktion des Verfahrens zur Last gelegt. Vor allem in der Justiz wird das Agieren der Verteidigung als grundlegendes Problem des deutschen Strafverfahrens begriffen. Die Strategie der Verteidigung ziele nicht selten auf Verzögerung des Verfahrensfortgangs, vereinzelt gar auf Sabotage des ganzen Verfahrens an sich ab.<sup>41</sup> Mittlerweile sind Beschreibungen derartigen Verteidigungsverhaltens als „rechtsmissbräuchlich“<sup>42</sup> oder „dysfunktional“<sup>43</sup> gebräuchlich; auch das Schlagwort der „Konfliktverteidigung“<sup>44</sup> ist geläufig, wobei die Begriff-

<sup>37</sup> Dazu *Gatzweiler*, StraFo 2001, 187, 188; *Bernsmann*, StV 2006, 342, 344 ff.; *Hassemer*, StV 2010, 394 f.; *König*, StV 2010, 410 f.

<sup>38</sup> *König*, StV 2010, 410, 411.

<sup>39</sup> *Hanack*, StV 1987, 500, 501 f. Siehe bereits *Hanack*, ZStR 1977, 299, 302.

<sup>40</sup> *Bernsmann*, StV 2006, 342, 345 ff.

<sup>41</sup> *Landau*, NSTZ 2007, 121, 122; *Schlüchter*, GA 1994, 397 ff.; *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 19 f.; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 238 ff.; einschränkend dagegen *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 107: „[...] dürfte allenfalls zum Teil als Reaktion auf ein verändertes Verteidigungsverhalten zu verstehen sein [...]“. Siehe zudem *Grüner*, Mitwirkungspflichten, S. 84 f. m.w.N. – Auch das BVerfGE 133, 168, 172 nennt „extensiv einsetzbare Verfahrensrechte der Verteidigung“ als eine Ursache; siehe außerdem BGH NSTZ 2009, 168, 169.

<sup>42</sup> Zur Definition des Rechtsmissbrauchs eingehend unten II. C. 2.

<sup>43</sup> *Rüping/Dornseifer*, JZ 1977, 417, 418 ff.; *Maatz*, NSTZ 1992, 513, 514; *Landau*, NSTZ 2007, 121, 122; *ders.*, NSTZ 2015, 665, 666.

<sup>44</sup> Zur im Rahmen dieser Arbeit nicht genauer zu erörternden Definition dieses Begriffs *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 61 ff.; siehe ferner die Ansätze bei *Henschel*, Konflikt-

lichkeiten weder exakt umrissen noch deckungsgleich sind.<sup>45</sup> Gegenüber einer solchen Verteidigung wird das Gericht im schlimmsten Fall als „wehr- und hilflos“<sup>46</sup> angesehen; teilweise wird sogar ein „Kollaps der Justiz“ prognostiziert.<sup>47</sup> Zweifelhafte Bekanntheit hat dabei das Landgericht Wiesbaden erlangt, das in einem Fall trotz gegenteiliger Überzeugung auf Freispruch entschied, weil es sich gegenüber der Verteidigungsstrategie als machtlos ansah.<sup>48</sup>

Der neue Verteidigertypus ist mittlerweile auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung angekommen.<sup>49</sup> Beispielhaft hierfür steht die Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs zur sog. „Rügeverkümmern“ aus dem Jahr 2007, in der eine „Änderung des anwaltlichen Ethos“ wahrgenommen wird.<sup>50</sup> Wiederholt wurde der Strafverteidigung bei weiterem Umsichgreifen des Phänomens „Konfliktverteidigung“ das Eingreifen des Gesetzgebers in Aussicht gestellt.<sup>51</sup> Mittlerweile scheint die Justiz nicht nur verbal „aufgerüstet“ zu haben. Symbolisch hierfür steht die vom Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf *Breidling* als „Notfallkoffer“ angebotene Fortbildungsveranstaltung, in der Vorsitzenden Richtern vermittelt werden soll, wie sie sich die „Luftthoheit“ über das Verfahren“ verschaffen und bewahren können.<sup>52</sup> In diese Entwicklung reißen sich auch die Publikationen von *Föhrig*<sup>53</sup> und jüngst *Heinrich*<sup>54</sup> ein.<sup>55</sup>

Die Diagnose der „Konfliktverteidigung“ als Ursache für die zu verzeichnende Verfahrensverzögerung wird demgegenüber von gewichtigen Stimmen aus der

---

verteidigung, S. 43 ff.; *Heinrich*, Konfliktverteidigung, S. 9 ff. – Zur Entwicklung dieser Bezeichnung seit Ende der 1980er-Jahre *Bernsmann*, StV 2006, 342, 346.

<sup>45</sup> Dazu *Senge*, NSTZ 2002, 225 ff.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. H. Rn. 42.

<sup>46</sup> *Landau*, NSTZ 2007, 121, 122.

<sup>47</sup> LG Wiesbaden NJW 1995 409, 410; *Malmendier*, NJW 1997, 227, 235; vgl. auch *Schrader*, NSTZ 1991, 224, 225.

<sup>48</sup> LG Wiesbaden NJW 1995, 409; von *Bernsmann*, StV 2006, 342, 346 als „groteske Blüte“ bezeichnet; nach *Beulke*, FS Amelung, S. 543, 551 steht der Entscheidung die „Absurdität [...] auf [die] Stirn geschrieben“. Eine kurze Zusammenfassung des Verfahrensgangs findet sich bei *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 106 f.

<sup>49</sup> BGHSt 51, 298, 312 f.; BGH NSTZ 2005, 341; NSTZ-RR 2007, 21, 22; NSTZ 2009, 168, 169; NSTZ-RR 2009, 207.

<sup>50</sup> BGHSt 51, 298, 312 f. *Müller*, NJW 2009, 3745, 3746 nimmt die Entscheidung als „Paukenschlag“ wahr; nach *Hassemer*, AnwBl 2008, 413, 419 wurde den Verteidigern „unverblümt Missbrauch und Lüge ins Gesangbuch“ geschrieben.

<sup>51</sup> BGH NSTZ 2009, 168, 169; NSTZ-RR 2009, 207; ähnlich bereits *Basdorf*, StV 1995, 310, 320.

<sup>52</sup> Siehe dazu die Kontroverse zwischen *Gatzweiler*, StraFo 2010, 397 und *Breidling*, StraFo 2010, 398. Dazu ferner *Thielmann/Groß-Börling*, HRRS 2011, 151, 152.

<sup>53</sup> *Föhrig*, Strafrichter-Brevier, unter Mitarbeit von *Harms*, *Basdorf* und *Mosbacher*. Siehe dazu *Becker*, HRRS 2009, 383 ff.

<sup>54</sup> *Heinrich*, Konfliktverteidigung.

<sup>55</sup> In eine Reihe setzt diese Publikationen mit scharfer Kritik auch *Sommer*, StV 2014, 443, 445.

Anwaltschaft, aber auch aus der Wissenschaft durchaus bestritten.<sup>56</sup> So wird etwa darauf hingewiesen, dass es für eine signifikante Verfahrensverlängerung durch Maßnahmen der Strafverteidigung keine statistischen Belege gebe.<sup>57</sup> Angesichts dessen werden stellenweise Organisationsmängel hinter der Überlastung der Justiz vermutet.<sup>58</sup> Zudem mehren sich Stimmen, wonach es der Justiz hauptsächlich um die Beibehaltung ihrer Herrschaft über die Hauptverhandlung im Verhältnis zu aktiver Verteidigung gehe und weniger um die Beschleunigung des Verfahrens.<sup>59</sup>

Auch der Grundsatz der funktionstüchtigen Strafrechtspflege erfährt Kritik. Zwar wird die Einrichtung einer funktionierenden Strafjustiz als Justizgewährungsgarantie nicht in Abrede gestellt.<sup>60</sup> Die Kritik entzündet sich vielmehr am Rückgriff auf das Prinzip funktionstüchtiger Strafrechtspflege als Abwägungskriterium bei der Rechtfertigung von Beschränkungen der Beschuldigtenposition.<sup>61</sup> Tatsächlich findet dieser Grundsatz hauptsächlich Verwendung, um ihren Anwendungsbereich einzuschränken.<sup>62</sup> Befürchtet wird daher, dass die funktionstüchtige Strafrechtspflege als verfassungsrechtliche Fundierung einer zu einseitigen Orientierung an der Verfahrenseffizienz eingesetzt wird. Es sei zu besorgen, dass hierdurch von der Rechtsprechung etablierte Beschuldigtenpositionen, ggf. trotz ausdrücklicher Normierung, allmählich abgebaut würden.<sup>63</sup> *Hassemer* hat dementsprechend von einem „gegenreformatorischen Argumentationstopos“ gesprochen.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> *Ventzke*, StV 1997, 543; *Sommer*, StV 2014, 443, 445. *Beulke*, StV 2009, 554, 555 sieht hinter den Klagen über den Rechtsmissbrauch durch Strafverteidiger „gequälte Richterseelen, die die Justiz am Abgrund wähen und suggerieren, es sei fünf Minuten vor zwölf“.

<sup>57</sup> *Bernsmann*, StV 2006, 342, 346; *Kunz*, FS Schiller, S. 397, 405 f.; StV 2011, 321; *Knauer*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 245, 249. Diese Argumentation relativierend *Basdorf*, StV 1995, 310, 311; *Senge*, NSTZ 2002, 225.

<sup>58</sup> *Strate*, HRRS 2014, 134, 136 f.

<sup>59</sup> So *Weigend* im Rahmen des 60. DJT, siehe den Tagungsverlauf in NJW 1994, 3069, 3071; zustimmend zitiert nach *Kunz*, FS Schiller, S. 397, 405 f.; *Gatzweiler*, StraFo 2010, 397; vgl. auch *Sommer*, StV 2014, 443, 445.

<sup>60</sup> *Sommer*, StraFo 2014, 441, 442.

<sup>61</sup> Etwa beim Entzug des Beweisantragsrechts, BGHSt 38, 111, 114, dazu unten II. C. 1.; bei der „Rügeverkümmern“, BGHSt 51, 298, 308 und 310 mit Bezugnahme auf die Verfahrensbeschleunigung, BVerfGE 122, 248, 273, dazu unten II. C. 1. a); bei der „Fristenlösung für Beweisanträge“, BVerfG StV 2010, 113, 114; dazu unten III. B. 2.

<sup>62</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 16; MüKo-StPO-ders., Einl. Rn. 87; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 406.1; *Kühne*, GA 2008, 361, 368.

<sup>63</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 7; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 406.1; *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387, 399 f.; *Sommer*, StraFo 2014, 441 ff.; für eine Rückführung des Grundsatzes auch *Maunz/Dürig-Schmidt-Abmann*, Art. 103 Abs. 2 GG Rn. 176.

<sup>64</sup> *Hassemer*, StV 1982, 275.

## 2. Anknüpfungspunkte im Verteidigungsverhalten

Als Ansatzpunkte für Verfahrensverzögerung oder -obstruktion durch die Verteidigung werden neben dem Stellen von Ablehnungsgesuchen<sup>65</sup> oder dem Fragerecht<sup>66</sup> vor allem das „Aufsparen“ oder gar „Provozieren“ von Revisionsgründen und die exzessive Ausübung des Beweisantragsrechts hervorgehoben.

Zum einen wird angeführt, das prozessuale Agieren des Verteidigers diene oftmals allein dazu, Verfahrensfehler für die Revision zu provozieren.<sup>67</sup> Beweisangebote oder Ablehnungsgesuche für Richter würden danach oftmals nur in der Hoffnung gestellt, das Tatgericht werde bei ihrer Ablehnung schwerwiegende Fehler machen. Auch das bloße Verschweigen erkannter Verfahrensfehler, um sie anstelle der Beanstandung in der Hauptverhandlung erst in der Revision zu rügen, wird gelegentlich als rechtsmissbräuchlich bezeichnet,<sup>68</sup> zumindest aber als übermäßige Inanspruchnahme von Justizressourcen eingeordnet.<sup>69</sup> Als Beispiele werden etwa die Unterlassung der Rüge von Verletzungen der Öffentlichkeitsvorschriften,<sup>70</sup> die Hinnahme der Einführung von mit einem Verwertungsverbot belasteten Beweisen für die Revisionsrüge<sup>71</sup> und sogar das Unterlassen von Beweisunterlagen zur Sicherung der Aufklärungsrüge<sup>72</sup> angeführt.

Daneben gilt das Beweisantragsrecht als das „klassische Mittel der Konfliktverteidigung“.<sup>73</sup> Anknüpfungspunkt ist der exzessive Gebrauch des Beweisantragsrechts. Seitens der Verteidiger werde häufig eine „Flut von Beweisunterlagen“ gestellt.<sup>74</sup> Dahinter stehe hauptsächlich das Ziel, dem Gericht in Aussicht zu stellen, das Verfahren auf diese Weise zu verzögern oder ganz „platzen zu lassen“,<sup>75</sup> wenn

---

<sup>65</sup> BVerfGE 133, 168, 172; *Senge*, NStZ 2002, 225, 228; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 238.

<sup>66</sup> BVerfGE 133, 168, 172.

<sup>67</sup> *Kuckuk*, NJW 1980, 298; *Schrader*, NStZ 1991, 224 f.; *Maatz*, NStZ 1992, 513, 514; siehe dazu auch *Gaede*, wistra 2010, 210 f.

<sup>68</sup> *Kuckuk*, NJW 1980, 298; *Maatz*, NStZ 1992, 513, 514 f.; *Löwe/Rosenberg-Becker*, § 238 Rn. 46. *KK-StPO-Schneider*, § 238 Rn. 36 spricht immerhin von einem „zweckentfremdete[n] Einsatz des Rechtsmittels der Revision“.

<sup>69</sup> *Basdorf*, StV 2010, 414, 416; *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 367 f.; *KK-StPO-Schneider*, § 238 Rn. 36, 37; siehe auch *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 384 ff.

<sup>70</sup> *Kuckuk*, NJW 1980, 298.

<sup>71</sup> Siehe dazu die Schilderung von *Gaede*, wistra 2010, 210, 211.

<sup>72</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 81.

<sup>73</sup> *Heinrich*, Konfliktverteidigung, S. 47; siehe ferner *Basdorf*, StV 1995, 310, 311; *Schlüchter*, GA 1994, 397, 417; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, S. 233, 238; *Tully*, ZRP 2014, 45; siehe für weitere Nachweise *Perron*, ZStW 108 (1996), 128 Fn. 1.

<sup>74</sup> *Basdorf*, StV 1995, 310, 311; *Landau*, NStZ 2007, 121, 122; besonders blumig die Umschreibungen von *Tully*, ZRP 2014, 45, 46 in Anlehnung an *Niemöller*, JR 2010, 332: „Tsunami-artige Antragswellen“ oder „Geysir-artige Antragsfontänen“.

<sup>75</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 59.

es sich nicht auf eine Urteilsabsprache oder sonstige günstige Zugeständnisse einlasse.<sup>76</sup> Als plakatives Beispiel wird etwa davor gewarnt, ein Verteidiger könnte den Prozess, wenn keine entsprechenden Konzessionen gemacht würden, durchaus auch mal „mit dem Telefonbuch von Istanbul“ führen.<sup>77</sup> Stellenweise werde schließlich darüber hinausgehend das bloße Ziel der Verfahrenssabotage verfolgt.<sup>78</sup> Das Gericht werde in diesem Fall zum „Getriebene[n] der Verteidigung“.<sup>79</sup>

### 3. Strukturbedingte Spielräume für verzögernde oder obstruierende Verteidigungsstrategien

Ob das beschriebene Verteidigungsverhalten in der Hauptverhandlung tatsächlich für Verzögerungen verantwortlich ist und inwieweit in der Praxis tatsächlich verfahrensobstruierende Ziele verfolgt werden, kann aufgrund fehlender empirischer Befunde nicht zuverlässig beurteilt werden.<sup>80</sup> Daher kann in der vorliegenden Arbeit nur eine verfahrensstrukturelle Betrachtung zugrunde gelegt werden. Dabei ist festzustellen, dass das deutsche Strafverfahren im Hinblick auf die oben angeführten Anknüpfungspunkte durchaus Spielräume für entsprechende Verteidigungsstrategien lässt.

#### a) Aufsparen und Provozieren von Revisionsgründen

Die Möglichkeit des Beschuldigten, sich Rechtsfehler des Gerichts für die Revision zu bewahren, resultiert aus der originären Verantwortlichkeit des Gerichts für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsermittlung für das Urteil. Wie oben ausgeführt,<sup>81</sup> ist das Tatgericht für die Ermittlung der vollständigen und rechtmäßigen Sachverhaltsgrundlage in der Hauptverhandlung verpflichtet. Fehler im Urteil werden über die Revision im Grundsatz allein ihm zugerechnet. Dass der Beschuldigte selbst Einwirkungsmöglichkeiten hat, führt – mit den beschriebenen Ausnahmen<sup>82</sup> – zu keinen Konsequenzen und damit auch nicht zu seiner Verantwortlich-

<sup>76</sup> Schrader, NSTZ 1991, 224, 225; Basdorf, StV 1995, 310, 311; Schmitt, GA 2001, 411, 417 f.; Landau, NSTZ 2007, 121, 122; Habethal/Trüg, GA 2009, 406, 412 f.; Trüg, StV 2013, 66, 68 f. – Beispielhaft aus der Revisionsrechtsprechung BGHSt 40, 287, 290; BGH 1 StR 250/09, Beschl. v. 17.6.2009.

<sup>77</sup> Schlüchter, GA 1994, 397, 416 in Anspielung auf den in BGH StV 1989, 234 geschilderten Fall.

<sup>78</sup> Beispielhaft die Schilderung von Wassermann, NJW 1994, 1107 f., von einem Strafverfahren gegen Rechtsextremisten.

<sup>79</sup> Krauß, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 578.

<sup>80</sup> Gewisse Erkenntnisse können anhand der Studien von Perron, Beweisantragsrecht, S. 281 ff. (speziell zum Beweisantragsrecht), Nehm/Senge, NSTZ 1998, 377 ff. und Dölling u.a., S. 217 ff. gewonnen werden.

<sup>81</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 1. und III. 2.

<sup>82</sup> Siehe oben Teil 2 III. C. 2. und 3. a).

keit, Fehler zu verhindern oder zu heilen. Damit besteht für den Beschuldigten eine grundsätzliche, wenn auch im Einzelfall riskante Wahlmöglichkeit, Fehler des Gerichts in der Hauptverhandlung oder erst in der Revision geltend zu machen.

Ein solches Aufsparen von Fehlern für die Revision kann aus Verteidigungsperspektive mitunter durchaus sinnvoll sein. Etwa kann sich der um Revisions- und erneute Tatsacheninstanz verlängerte Zeitablauf zwischen Tat und Verurteilung über die verbesserte Sozialprognose des Beschuldigten strafmindernd auswirken, insbesondere wenn er in der Zwischenzeit überhaupt keine oder jedenfalls keine vergleichbaren Straftaten mehr begangen hat<sup>83</sup> – stellenweise als sog. „Revisionsbonus“ bezeichnet.<sup>84</sup> Weiter kann im Bemühen um Schadenswiedergutmachung in der gewonnenen Zeit ein taktisches Ziel liegen, wie auch in der Kompensation von Verteidigungsfehlern, im Versuch eines Neubeginns nach gestörter Verhandlungsatmosphäre oder in der Hoffnung auf einen Beweiskraftverlust.<sup>85</sup> Allerdings ist die Bedeutung dieses Sammelns von Revisionsgründen ein Stück weit zu relativieren. Danach dürfte ein Verteidiger etwa bei Beweisverwertungsverböten im Regelfall daran interessiert sein, die Einföhrung eines nachteiligen Beweises zu verhindern, anstatt auf den Rechtsverstoß zu setzen und damit eventuell zugleich seiner Verteidigungsstrategie zu schaden.<sup>86</sup> Auch die Stellung von Beweisanträgen dürfte zuvorderst darauf gerichtet sein, auf das Tatgericht einzuwirken, und erst, wenn sich ein unvorteilhaftes Urteil abzeichnet, von taktischen Motiven geprägt sein.<sup>87</sup> Dass auf einen Beweisantrag verzichtet und stattdessen auf die Aufklärungsrüge in der Revision gesetzt wird, ist angesichts der Unwägbarkeiten des Revisionsverfahrens kaum anzunehmen.

Wenn auch im Einzelfall strittig sein dürfte, in welchen Konstellationen die spätere Geltendmachung von Verfahrensfehlern zweckmäßig sein kann, besteht jedenfalls durchaus ein gewisser Raum, die Revisionsrüge in taktischer Weise einzusetzen, indem Verfahrensfehler für die Revisionsinstanz aufgehoben werden oder gar versucht wird, das Gericht dazu zu bringen, Verfahrensfehler zu begehen.

#### *b) Exzessiver Einsatz des Beweisantragsrechts*

Darüber hinaus müssen die Beweisführungsrechte des Beschuldigten aufgrund der deutschen Amtsermittlungsstruktur in einer inhaltlichen Weite gewährt werden,

---

<sup>83</sup> Schönke/Schröder-Kinzig, § 46 Rn. 57 ff. m.w.N.; dies gilt grundsätzlich auch, wenn die lange Verfahrensdauer auch auf Verteidigungsverhalten wie Antragstellungen in der Hauptverhandlung oder Rechtsmitteleinlegung zurückzuführen ist, dazu LK-StGB-Theune, § 46 Rn. 242.

<sup>84</sup> Velten, FS Grünwald, S. 753, 774.

<sup>85</sup> Vgl. Ventzke, StV 1997, 543, 546; Velten, FS Grünwald, S. 753, 774.

<sup>86</sup> Ventzke, StV 1997, 543, 545.

<sup>87</sup> Schlothauer, StV 1988, 542, 544; ders., StV 1989, 466; Ventzke, StV 1997, 543, 545.

dass sie auch missbräuchlich eingesetzt werden können, wie etwa das zahlenmäßig exzessive Nutzen des Beweisantragsrechts zur Erzwingung einer Absprache.

Einerseits verlangen verfahrensökonomische Erwägungen in jeder Verfahrensstruktur eine gewisse inhaltliche Einschränkung der Beteiligungsmöglichkeiten der jeweiligen Akteure. Verfassungsrechtlich sind diese Bedürfnisse über den beschriebenen Grundsatz der funktionstüchtigen Strafrechtspflege abgesichert. Beiträge des Beschuldigten, die keinerlei Bezug zum Verfahrensgegenstand aufweisen oder sonst sinnlos sind, müssen daher begrenzt und, wenn nötig, ganz unterbunden werden können.<sup>88</sup> Auf der anderen Seite muss dem Beschuldigten, wie beschrieben, eine ausreichende Möglichkeit gewährt werden, auf die Tatsachengrundlage im Prozess einzuwirken und selbst dem immanenten Fehlurteilrisiko entgegenzutreten.

Innerhalb dieses Spannungsfelds zwischen funktionsfähiger Strafrechtspflege und Beschuldigtenrechten wirkt sich die Besonderheit der Amtsermittlungsstruktur, wie *Perron* aufgezeigt hat, entscheidend aus. Die Übertragung der Untersuchungsfunktion auf das Gericht hat, wie oben dargestellt, unweigerlich eine gewisse Voreingenommenheit zur Folge.<sup>89</sup> Aufgrund dessen kann das Gericht über Beweisvorbringen des Beschuldigten nicht mehr unbelastet von der eigenen, unbewussten Hypothesenbildung urteilen.<sup>90</sup> Gleichzeitig muss der Beschuldigte über seine Einbringungen die Möglichkeit haben, autonom und eigenverantwortlich die Sachverhaltsgrundlage zu beeinflussen. Dies kann zum einen über eine enge Rechtsmittelkontrolle der tatrichterlichen Entscheidungen über die Beweisvorbringen des Beschuldigten abgesichert werden. Allerdings kann das gegenwärtige Revisionsverfahren keine effektive Kontrolle liefern, da die Beweisaufnahme im Hauptverhandlungsprotokoll nicht inhaltlich erfasst wird.<sup>91</sup> Aufgrund der eingeschränkten Kontrollmöglichkeit auf Rechtsmittelebene muss sich die materielle Ablehnung dieser Einbringungen durch das Tatgericht auf Hauptverhandlungsebene an klaren objektiven Kriterien orientieren. Spielraum für subjektives richterliches Ermessen besteht hingegen kaum.<sup>92</sup> Systemnotwendig muss das Gericht daher in gewissem Maße auch Beweisführungsersuchen des Beschuldigten, die nach seiner Wertung unnützlich sind, zulassen. Das Beweisantragsrecht ist also durchaus eine „scharfe Waffe“<sup>93</sup> der Verteidigung, muss dies innerhalb der Amtsermittlungsstruktur aber auch sein.

---

<sup>88</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 78.

<sup>89</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 3. b).

<sup>90</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 154 f.; *ders.*, ZStW 108 (1996), 128, 136.

<sup>91</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 279 f.; *ders.*, JZ 1994, 823, 829 f.

<sup>92</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 153 ff., insbesondere 158; *ders.*, ZStW 108 (1996), 128, 135 f.

<sup>93</sup> *Trüg*, StraFo 2010, 139, 141.



Besonders eindrücklich kommt dies im gesetzlichen *numerus clausus* der Ablehnungsgründe von Beweisanträgen zum Tragen. Zwar kommt auch das Beweis-antragsrecht, wie oben geschildert, nicht vollends ohne antizipierende subjektive Wertungen des Gerichts aus.<sup>94</sup> Gleichwohl sind derartige subjektive Wertungen auf die Fälle der §§ 244 Abs. 3–5, 245 StPO beschränkt, darüber hinausgehende Antizipationen sind untersagt.<sup>95</sup> Aufgrund dessen kann ein versierter Verteidiger das Tatgericht durchaus mit einer Vielzahl von inhaltlich nur marginal relevanten, rechtlich aber kaum ablehnbaren Beweisanträgen konfrontieren und das Verfahren auf diese Weise in die Länge ziehen oder gar obstruieren.<sup>96</sup>

### C. Strukturelle Grenzen einer materiellen Beschränkung von Beteiligungsrechten des Beschuldigten

Angesichts des Spielraums, den die Verfahrensstruktur für verzögernde Verteidigungsstrategien bietet, und der rechtspolitisch eingeschränkten Möglichkeit anderer Lösungswege verwundert es nicht, dass die Diskussion zur Beschleunigung des Verfahrens zu einem großen Teil um die Verhinderung von als verzögernd oder missbräuchlich bewertetem Verteidigungsverhalten kreist. Neben dem stetigen, im Rahmen dieser Arbeit nicht näher zu thematisierenden Ruf nach der Disziplinierung von Verteidigern<sup>97</sup> wird immer wieder die Eingrenzung von Verteidigungsrechten bis hin zu deren Abschaffung gefordert und teilweise auch umgesetzt.

Allerdings ist – bedingt durch die Amtsermittlungsstruktur – dieser „Lösungsweg“ über eine materielle, also an inhaltliche Kriterien anknüpfende Einschränkung von Verteidigungsrechten von vornherein nur begrenzt oder gar nicht gangbar.

#### 1. Begrenzung oder Abschaffung von Beteiligungsrechten

Die Begrenzung oder gar die Abschaffung missbrauchsanfälliger Rechte scheint auf den ersten Blick als Maßnahme zur Verhinderung von Verfahrensverzögerung oder Rechtsmissbrauch der Verteidigung auf der Hand zu liegen.

---

<sup>94</sup> Siehe Perron, Beweis-antragsrecht, S. 278 f., 476; ders., ZStW 108 (1996), 128, 136.

<sup>95</sup> Dies soll mit der – wie oben in Teil 2 III. 5. a) erläutert: unpräzisen – Formel vom Verbot der Beweisantizipation im Beweis-antragsrecht ausgedrückt werden.

<sup>96</sup> Perron, Beweis-antragsrecht, S. 477; ders., ZStW 108 (1996), 128, 138; ders., FS Stürmer, S. 875, 876 f.

<sup>97</sup> Etwa fordern Stollenwerk, DRiZ 2014, 66 ff. und Heinrich, Konfliktverteidigung, S. 213, richterliche Spielräume auszunutzen, um die Vergütung von als Pflichtverteidigern bestellten „Konfliktverteidigern“ zu kürzen. In diesem Sinne bereits OLG Köln 2 ARs 223/05, Beschl. v. 2.12.2005; OLG Hamm 5 RVGs 65/12, II-5 RVGs 65/12, Beschl. v. 23.7.2012 und 5 RVGs 108/12, Beschl. v. 13.3.2013, wonach bei der Entscheidung über die Pauschgebühr (§ 51 RVG) eine als „Konfliktverteidigung“ eingeordnete Anwaltstätigkeit nicht zu berücksichtigen ist.

a) *Vorgeschlagene bzw. realisierte Maßnahmen*

Die Beschränkung von Beschuldigtenrechten wurde in den 1990er-Jahren *de lege ferenda* vor allem für das als besonders missbrauchsanfällig bewertete Beweisantragsrecht diskutiert. Vorgeschlagen – und punktuell verwirklicht<sup>98</sup> – wurde etwa eine Ausweitung der gesetzlichen Ablehnungsgründe.<sup>99</sup> Auch die vollständige Abschaffung des Beweisantragsrechts war in der Diskussion keineswegs ein Tabuthema.<sup>100</sup> Im Vorentwurf eines Zweiten Rechtspflegeentlastungsgesetzes wurden derartige Vorschläge mit der Abschaffung des Beweisantragsrechts vor dem Strafrichter schließlich auch von der Politik aufgegriffen.<sup>101</sup>

Im Falle der sog. „Rügeverkümmerng“ hat im Jahr 2007 schließlich sogar die Rechtsprechung selbst zu entsprechenden Maßnahmen gegriffen. Auf Vorlage des Ersten Senats<sup>102</sup> hat der Große Strafsenat in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung<sup>103</sup> für zulässig erklärt, das Protokoll auch dann noch nachträglich anhand der Erinnerungen der Urkundspersonen – dem Vorsitzenden und dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 271 Abs. 1 Satz 1 StPO) – zu berichtigen, wenn der Fehler bereits in der erhobenen Revision gerügt wurde und diese dann leerläuft.<sup>104</sup> Dass auf diese Weise einer missbräuchlichen, „bewusst unwahren Protokollrüge“ der Boden entzogen wird, wurde zumindest als günstiger Nebeneffekt der erweiterten Protokollberichtigungsmöglichkeit angesehen.<sup>105</sup> Faktisch kommt diese „Zurücksetzung“<sup>106</sup> der Beschuldigtenposition einer Abschaffung der formellen Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 Satz 1 StPO) für den Beschuldigten gleich.<sup>107</sup>

---

<sup>98</sup> Mit § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO, eingeführt durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 (BGBl. I, S. 50), war im Jahr 1993 bereits ein neuer Ablehnungsgrund für Auslandszeugen geschaffen worden.

<sup>99</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 69 ff.; in diese Richtung auch *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 597.

<sup>100</sup> Vgl. *Schlüchter*, GA 1994, 397, 416 f.; *Basdorf*, StV 1995, 310, 312 f.; *Landau*, NStZ 2007, 121, 129.

<sup>101</sup> Zur vorgeschlagenen Abschaffung des Beweisantragsrechts in Verfahren vor dem Strafrichter *Freund*, ZRP 1995, 268, 270. Dazu und zu weiteren Vorschlägen auch *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 368 f.

<sup>102</sup> BGH StV 2006, 287.

<sup>103</sup> Anders etwa noch BGHSt 34, 11, 12.

<sup>104</sup> BGHSt 51, 298; bestätigt durch BVerfGE 122, 248. Kritisch *Hamm*, NJW 2007, 3166 ff.; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 96 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 51 Rn. 11.

<sup>105</sup> BGHSt 51, 298, 311 ff.; BGH StV 2006, 287, 290.

<sup>106</sup> Vgl. BVerfGE 122, 248, 273.

<sup>107</sup> In diesem Sinne bereits *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 485 ff.; vgl. auch *Börner*, Legitimation, S. 206.

*b) Strukturelle Grenzen dieses Ansatzes*

Allerdings sind diesem Ansatz, ganz abgesehen von der an sich schon problematischen Frage, ob der Vorrang des Gesetzes bei derartigen Initiativen der Rechtsprechung beachtet wird,<sup>108</sup> im Amtsermittlungsverfahren enge Grenzen gesetzt.

Vor allem einer Abschaffung des Beweisantragsrechts stehen offensichtliche Hindernisse entgegen. Zwar besteht im Spannungsfeld zwischen den Bedürfnissen einer funktionsfähigen Strafrechtspflege und den Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten durchaus ein gewisser gesetzgeberischer Spielraum.<sup>109</sup> Wie oben ausgeführt, stellt allerdings gerade die eigene Vorführung von Beweisen einen essenziellen Bestandteil der Einwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten auf die Sachverhaltsermittlung dar.<sup>110</sup> In der StPO wird diese Möglichkeit allein durch Beweisanträge eingeräumt. Spielraum für eine ersatzlose Streichung des Beweisantragsrechts besteht daher nicht. Zumindest müsste eine Abschaffung dadurch kompensiert werden, dass die Ablehnungsgründe, wie bereits nach der Abschaffung im vorigen Jahrhundert,<sup>111</sup> in die revisionsrechtliche Beurteilung der Aufklärungsrüge inkorporiert würden.<sup>112</sup> Zusätzlich müsste über eine Verbesserung der Protokollierung auch ein wirksamer Anwendungsbereich für die Aufklärungsrüge geschaffen werden. Über die drohende Urteilsaufhebung als prozessuale „Sanktionierung“ des Tatgerichts wäre dann zumindest faktisch gesichert, dass der Beschuldigte eigene Beweiserhebungen erzwingen kann.<sup>113</sup> Eine beschleunigende Wirkung wäre mit einer solchen Kompensation freilich kaum mehr zu erwarten.

Auch die Erweiterung der Ablehnungsgründe des Beweisantragsrechts stößt innerhalb des in der StPO verwirklichten Amtsermittlungsmodells an ihre Grenzen. Wie oben dargestellt, sind die Beweisführungsrechte des Beschuldigten aufgrund der systembedingten Voreingenommenheit des Gerichts und der begrenzten Möglichkeiten des Rechtsmittelverfahrens in einer inhaltlichen Weite zu gewähren, die notwendigerweise Raum für missbräuchlichen Einsatz lässt.<sup>114</sup> Bereits die gegenwärtigen Ablehnungsgründe aus §§ 244 Abs. 3–5, 245 StPO erweisen sich vor diesem Hintergrund als teilweise problematisch. Daher besteht für eine isolierte Erweiterung der Ablehnungsgründe kein Spielraum mehr. Inhaltliche weitergehende Ablehnungsmöglichkeiten wären nur dann denkbar, wenn die strukturelle

---

<sup>108</sup> Insbesondere in der Entscheidung des Großen Senats zur Rügeverkümmung wird von einigen Stimmen ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes gesehen, siehe etwa die abweichende Meinung der Richter *Voßkuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* in BVerfGE 122, 248, 282 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 51 Rn. 11.

<sup>109</sup> BVerfG 122, 248, 272 f.; 133, 168, 201.

<sup>110</sup> Siehe oben Teil 1 II. B. 2. c).

<sup>111</sup> Siehe dazu oben Teil 2 III. B. 4. c).

<sup>112</sup> Vgl. *Basdorf*, StV 1995, 310, 312 f.

<sup>113</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 138 f.

<sup>114</sup> Siehe oben II. B. 3. b).

Voreingenommenheit des Gerichts durch einen Systemwechsel in eine adversatorische Struktur vermieden würde oder wenn zumindest das Rechtsmittelverfahren so umstrukturiert würde, dass eine bessere inhaltliche Kontrolle der Ablehnung in der Revision möglich wäre, was wiederum eine umfassende Protokollierung der Hauptverhandlung bedingen würde.<sup>115</sup>

## 2. Eingrenzung missbräuchlichen Beschuldigtenverhaltens

Als materielle Eingrenzungsmöglichkeit wird bis heute zudem diskutiert, im Prozess missbräuchlich eingesetzte Verteidigungsrechte im Einzelfall zurückzuweisen oder für den weiteren Prozessverlauf ganz zu entziehen.

### a) *Vorgeschlagene bzw. realisierte Maßnahmen*

Teilweise sind Eingrenzungen für missbräuchliches Verhalten ausdrücklich gesetzlich geregelt, wie etwa für Ablehnungsgesuche (§ 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO) oder prozessverschleppende Beweisanträge (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 und 245 Abs. 2 Satz 3 Var. 5 StPO).<sup>116</sup> Für die gesetzlich nicht geregelten Fälle hat der Bundesgerichtshof im Jahr 1991 in einer Grundsatzentscheidung ein allgemeines Missbrauchsverbot anerkannt.<sup>117</sup> Wie in anderen Prozessarten sei auch im Strafverfahren der Gebrauch prozessualer Rechte zum Erreichen rechtlich missbilliger Ziele untersagt. Missbräuchlich handle ein Verfahrensbeteiligter, wenn er „die ihm durch die Strafprozeßordnung eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange benutzt, um gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zweck zu verfolgen“.<sup>118</sup>

Für die Schaffung dieses allgemeinen Missbrauchsverbots stand wiederum das Beweisantragsrecht Pate. So wurde in der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs die (angekündigte) Einreichung von ca. 8.500 Beweisanträgen als missbräuchliches Verhalten bewertet, welches dazu berechtige, dem Beschuldigten das Beweisantragsrecht zu entziehen und ihn auf die Antragstellung über seinen Verteidiger zu verweisen.<sup>119</sup> Darüber hinausgehend wurde im Jahr 2005 bei extrem

<sup>115</sup> Perron, JZ 1994, 823, 830.

<sup>116</sup> Weitere Regelungen sind §§ 29 Abs. 2, 137 Abs. 1 Satz 2 sowie § 266 Abs. 3 Satz 1 StPO.

<sup>117</sup> Grundlegend BGHSt 38, 111, 112 ff.; im Anschluss daran BGHSt 51, 88, 92 ff.; OLG Hamburg NJW 1998, 621, 622. Zustimmend *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 68 ff., 124 ff.; *Beulke*, StV 2009, 554, 555; *ders.*, FS Amelung, S. 543, 549; *Pfister*, StV 2009, 550 f.; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 81; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 111; *KK-StPO-Fischer*, Einl. Rn. 79; *Maatz*, NStZ 1992, 513 ff.

<sup>118</sup> BGHSt 38, 111, 113; 51, 88, 93; *KK-StPO-Fischer*, Einl. Rn. 79; *Kröpil*, JZ 1998, 135; ähnlich *MüKo-StPO-Kudlich*, Einl. Rn. 343.

<sup>119</sup> BGHSt 38, 111; zuvor hatte bereits BGH StV 1991, 99, 100 die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Rechtsmissbrauchs nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO gebilligt.

rechtsmissbräuchlichem Einsatz des Beweisantragsrechts die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen erwo-gen.<sup>120</sup> Nach Fristablauf gestellte Beweisanträge sollten in den Urteilsgründen beschieden werden können. Zuletzt hat der Fünfte Strafsenat des Bundesgerichtshofs einen Beweisantrag als missbräuchlichen Scheinbeweisantrag gewertet, nachdem sich die Beweisbehauptung des in der Tatsacheninstanz abgelehnten Beweisantrags nach freibeweislicher Prüfung in der Revision (!) als bewusst unwahr herausgestellt hatte.<sup>121</sup>

Daneben hat der Dritte Senat des Bundesgerichtshofs 2006 im Vorfeld der Entscheidung des Großen Senats zur Verhinderung der „unwahren Protokollrüge“ auf das allgemeine Missbrauchsverbot rekurriert.<sup>122</sup> Als missbräuchlich wurde eingestuft, dass sich die Verteidigung zur Begründung der Verfahrensrüge auf einen aus dem Protokoll hervorgehenden Verfahrensverstoß beruft, obwohl sie sicher weiß, dass er sich nicht ereignet hat. Auch der Umstand, dass er sich dabei auf die formelle Beweiskraft eines fehlerhaften Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 Satz 1 StPO) berufen kann, ändere nichts am Rechtsmissbrauch, selbst wenn der Verteidiger erst nach Revisionserhebung von der Unrichtigkeit erfährt. Eine derartige Verfahrensrüge sei von vornherein als unzulässig zu verwerfen. Freilich ist diese Rechtsprechung nunmehr überholt, da der Große Strafsenat in seiner kurz darauf ergangenen, oben referierten Entscheidung zur „Rügeverkümmern“ die nachträgliche Protokollberichtigung ermöglicht hat.<sup>123</sup>

### b) Strukturelle Grenzen dieses Ansatzes

Allerdings ist die Zurückweisung oder der Entzug von Verteidigungsrechten bei missbräuchlichem Einsatz, ebenso wie die sonstige materielle Begrenzung oder Abschaffung von Verteidigungsrechten, im Amtsermittlungsverfahren nur eingeschränkt möglich. Bei der von der Rechtsprechung geschaffenen Missbrauchsgeneralklausel erweist sich, von der gleichsam aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Problematik der Beachtung des Vorrangs des Gesetzes ganz abgesehen,<sup>124</sup> schon die Grenzziehung zwischen dem bloßen Gebrauch von Verteidigungsrechten und dem Missbrauch zu verfahrensfremden oder verfahrenswidrigen Zwecken als schwierig.<sup>125</sup>

Doch selbst wenn für das allgemeine Missbrauchsverbot die Bestimmung einer jenseits des Gesetzeswortlauts liegenden Regelungsebene der „Anwendungsbedin-

---

<sup>120</sup> BGH NJW 2005, 2466, 2468. Zur „Fristenlösung“ im Beweisantragsrecht unten III. B. 2.

<sup>121</sup> BGH NStZ 2012, 526; dazu *Basdorf*, NStZ 2013, 186; kritisch *Trüg*, StV 2013, 66, 68 f.; *Groß-Börling*, HRRS 2013, 228.

<sup>122</sup> BGHSt 51, 88, 92 ff.; ebenso *Fahl*, Rechtsmissbrauch, S. 665 ff., insbesondere 700 ff.

<sup>123</sup> Siehe oben II. C. 1. a).

<sup>124</sup> Dazu *Jahn/Schmitz*, wistra 2001, 328, 331 f.; *Fezer*, FS Weber, S. 475, 477 f.

<sup>125</sup> Vgl. *Eser*, ZStW 104 (1992), 361, 372. Nach *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 61, kann eine abstrakt-generelle Definition des Missbrauchs von Verteidigungsrechten nicht gefunden werden.

gungen<sup>126</sup> von Beschuldigtenrechten auf rechtssichere Weise gelingen sollte, so bleibt das Problem der Anwendung im Einzelfall. Das Tatgericht müsste die konkrete Zweckrichtung des prozessualen Verhaltens bestimmen und bei der Feststellung verfahrensfremder oder verfahrenswidriger Zwecke ferner beurteilen, ob diese „gezielt“ verfolgt werden. Erforderlich ist folglich der schwierige Nachweis von Absichten und Motiven, also innerer Tatsachen, die sich, in den Worten *Hassemers*, „uneinsehbar hinter [der] Stirn [verbergen]“.<sup>127</sup> Auf rechtsmissbräuchliche Absichten kann nur aus den äußeren Umständen des Prozesses geschlossen werden. Ein solcher Rückschluss ist zwingend mit einer subjektiven Wertung verbunden.

Die Zubilligung eines Beurteilungsspielraums für das Tatgericht erweist sich im Amtsermittlungsverfahren indes als problematisch. Weil das Gericht nicht allein neutraler Entscheidungsträger, sondern verfahrensbeherrschendes Untersuchungsorgan ist, bringt seine Entscheidung über den Missbrauch von Verteidigungsrechten gewichtige Interessenkonflikte mit sich.<sup>128</sup> Etwa hätte das Gericht über Rechtsmissbrauch durch Nichtbeanstandung eigener Fehler in der Hauptverhandlung oder durch ein Ablehnungsgesuch wegen der Besorgnis eigener Befangenheit zu entscheiden. Bei der Entscheidung über die Missbräuchlichkeit der Ausübung von Beweisführungsrechten wirkt sich wiederum die Voreingenommenheit des Gerichts durch seine Vorbefassung mit dem Fall aus.<sup>129</sup> Ob mit einem Beweisantrag (zumindest auch) ein sachdienliches Aufklärungsinteresse verfolgt wird oder allein die Verfahrensobstruktion bezweckt ist, kann das Gericht nicht losgelöst von seinen bisher gebildeten Hypothesen beurteilen. In der Wissenschaft wird diese Problematik in der Befürchtung eines „Mißbrauchs des Mißbrauchsgedankens“ artikuliert.<sup>130</sup>

Aufgrund dieser Risiken muss der Entzug von Verteidigungsrechten wegen Missbrauchs so weit wie möglich auf anhand äußerer Faktoren objektiv zweifelsfrei bestimmbare und über die Rechtsmittelinstanz nachprüfbare Fälle beschränkt bleiben.<sup>131</sup> Über eine allgemeine Missbrauchsgeneralklausel werden daher nur Fälle mit Ausnahmecharakter lösbar sein.<sup>132</sup> Etwa dürfte der Rechtsmissbrauch durch

<sup>126</sup> *Hassemer*, FS Meyer-Goßner, S. 127, 137 f.

<sup>127</sup> *Hassemer*, FS Meyer-Goßner, S. 127, 140. Zur Schwierigkeit solcher Fälle des „subjektiven institutionellen Rechtsmißbrauchs“ bereits *Weber*, GA 1975, 289, 297.

<sup>128</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 791; *Grüner*, Mitwirkungspflichten, S. 110 ff.; *Jahn/Schmitz*, wistra 2001, 328, 330.

<sup>129</sup> Siehe dazu bereits oben II. B. 3. b).

<sup>130</sup> *Rüping*, JZ 1997, 865, 869; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 29; *Fezer*, FS Weber, S. 475, 483; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. H Rn. 60; *Kühne*, JZ 2010, 821, 826 f.; *Strate*, HRRS 2014, 134, 137 f. – BGHSt 51, 88, 93 hält dieses Argument demgegenüber für „dogmatisch wenig gewichtig“, dagegen *Beulke*, FS Amelung, S. 543, 558.

<sup>131</sup> Siehe bereits *Habethal/Trüg*, GA 2009, 406, 413 f. Für § 26 Abs. 1 StPO vgl. BGH NSTZ-RR 2008, 246, 247; KK-StPO-*Scheuten*, § 26a Rn. 9, 11.

<sup>132</sup> Für eine solche Beschränkung auf Ausnahmefälle im Ergebnis auch OLG Hamburg NJW 1998, 621, 622; BayObLG NSTZ 2004, 647; *Beulke*, FS Amelung, S. 543, 557; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 142; zustimmend im Hinblick auf ein Missbrauchsverbot *de lege ferenda* auch *Jahn/Schmitz*, wistra 2001, 328, 330 Fn. 20.

eine zahlenmäßige Fülle von Beweisanträgen in der Größenordnung von BGHSt 38, 111 anzusiedeln sein,<sup>133</sup> da beispielsweise bei Anklagen mit vielen einzelnen Serientaten durchaus eine dreistellige Zahl sachdienlicher Beweisanträge möglich sein kann.<sup>134</sup>

Aufgrund dessen verwundert es nicht, dass das allgemeine Missbrauchsverbot in der Praxis bisher äußerst selten zur Anwendung gelangt ist.<sup>135</sup> Dem entspricht, dass auch der speziell geregelte Beweisantragsablehnungsgrund der Prozessverschleppung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) in der Rechtsprechung bisher vergleichbar zurückhaltend angewandt wurde. Denn auf die Verschleppungsabsicht als innere Seite des Ablehnungsgrunds kann nur aufgrund eindeutiger äußerer Indizien zweifelsfrei geschlossen werden.<sup>136</sup>

### III. Regelungsgehalt der geschaffenen Neuerungen

In dieser Situation haben sich die bereits in der Einführung kurz aufgelisteten Neuerungen entwickelt. Im folgenden Abschnitt soll ihr Regelungsgehalt nun eingehend erarbeitet werden. Orientiert ist die Darstellung an der funktionalen Einteilung der Beweisführungsrechte des Beschuldigten, die oben in Teil I II. B. 2. entwickelt und für das deutsche Verfahren in Teil 2 III. B. angewandt wurde. Zum einen werden danach Neuerungen zusammengefasst, die sich auf die Beanstandung von Fehlern bei der gerichtlichen Untersuchung beziehen (A.). In einem zweiten Komplex folgen Maßnahmen, die mit dem Beweisantragsrecht das gewichtigste der eigenen Beweisführungsrechte des Beschuldigten betreffen (B.). Als für das deutsche Verfahren neue, nicht in das bekannte Schema einzuordnende Entwicklung ist schließlich die Etablierung kooperativer bzw. konsensualer Mechanismen zur Verfahrensbeendigung zu nennen (C.).

Die Bearbeitung der jeweiligen Neuerungen folgt einem einheitlichen Aufbau. Soweit erforderlich, wird zunächst der Prozess der Herausbildung der Regelung bzw. ihr vormaliger Regelungsinhalt beschrieben (a). Sodann wird ihr Regelungs-

---

<sup>133</sup> Zur Einordnung von BGHSt 38, 111 als Extremfall *Fezer*, FS Weber, S. 475, 476; *Strate*, HRRS 2014, 134, 138.

<sup>134</sup> Siehe etwa das Beispiel von *Perron*, nachzulesen bei *Barth*, ZStW 108 (1995), 155, 165; vgl. auch *Trüg*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 458. Siehe ferner BayOLG NSTz 2004, 647, wonach die Ankündigung, „50, 60 Beweisanträge“ zu stellen, für sich allein nicht geeignet ist, eine Missbrauchsabsicht herzuleiten“. In diesem Sinne auch *Beulke*, FS Amelung, S. 543, 557.

<sup>135</sup> Vgl. BGHSt 51, 88, 93; *Pfister*, StV 2009, 550, 552; *Gaede*, wistra 2010, 210; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. H Rn. 63.

<sup>136</sup> Vgl. *Jahn*, JuS 2009, 372; *ders.*, StV 2009, 663, 667; *Beulke/Ruhmannseder*, NSTz 2008, 300, 301. – Zur erleichterten Anwendbarkeit des Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung durch die „Fristenlösung“ im Beweisantragsrecht unten III. B. 2.

inhalt mitsamt ihrer dogmatischen Einbettung erläutert (b). Drittens wird die Neuerung in den Gesamtkontext der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung eingeordnet (c) und schließlich ggf. erhobene verfassungsrechtliche Bedenken thematisiert (d).

## **A. Beanstandung von Fehlern der tatgerichtlichen Untersuchung**

Zunächst werden also die neu entwickelten Regelungen in den Blick genommen, die sich auf die Rechte des Beschuldigten zur Beanstandung der gerichtlichen Untersuchung beziehen. Hierunter fällt auf Hauptverhandlungsebene die Schaffung neuer Präklusionsregelungen für die Rüge gerichtlicher Fehler. Konkret zu nennen sind die Erweiterung der aus § 238 Abs. 2 StPO abgeleiteten Rügepräklusion (1.) sowie die Einführung der Widerspruchslösung als neuartige Präklusionsregelung für Beweisverwertungsverbote (2.). Im Rechtsmittelverfahren ist die Rechtsprechung zu den sog. „Negativtatsachen“ bei der Begründung der Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) anzuführen (3.).

### **1. Die Erweiterung der Präklusionsregelung aus § 238 Abs. 2 StPO**

Als Erstes ist die Erweiterung der Präklusionsregelung des § 238 Abs. 2 StPO durch die Rechtsprechung sowie der auf dieser Grundlage entwickelte, noch viel weitergehende Vorschlag aus Justizkreisen zu thematisieren.

#### *a) Ursprünglicher Regelungsinhalt*

Dies erfordert in einem ersten Schritt, ihren ursprünglichen Regelungsinhalt zu erfassen. Es bietet sich an, zunächst die grundlegenden inhaltlichen Vorgaben zu beschreiben (aa), die unterschiedlichen Ansichten zur dogmatischen Verankerung im deutschen Strafprozesssystem darzustellen (bb) und auf dieser Grundlage den genauen sachlichen Anwendungsbereich zu ermitteln (cc).

#### aa) Inhaltliche Vorgaben

Gem. § 238 Abs. 2 StPO kann der Beschuldigte unzulässige sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung beanstanden.<sup>137</sup> Obwohl dem Wortlaut der Vorschrift über diese Rügemöglichkeit hinausgehend kein weiterer Regelungsgehalt zu entnehmen ist, haben bereits das Reichsgericht und im Anschluss der Bundesgerichtshof sowie die h.M. in der Literatur daraus abgeleitet,

---

<sup>137</sup> Siehe bereits oben Teil 2 III. 2. a).



dass die Rüge einer sachleitenden Anordnung in der Revision präkludiert ist, wenn der Beschuldigte die Beanstandung in der Hauptverhandlung unterlassen hat.<sup>138</sup> Für diese ist keine bestimmte Form oder Frist erforderlich. Allerdings hat der Beschuldigte darzulegen, aus welchen Gründen sich die Unzulässigkeit der Anordnung ergibt.<sup>139</sup> Überdies wird angenommen, dass sich die Beanstandung durch Vollzug erledigt und dadurch unzulässig wird.<sup>140</sup>

Die Präklusionswirkung greift auch für Verhandlungen vor dem Einzelrichter, obwohl hier Vorsitzender und Spruchkörper identisch sind.<sup>141</sup> Allerdings wird die Präklusionswirkung nicht angenommen bei Beschuldigten, die keinen Verteidiger haben und die Beanstandungsmöglichkeit aus § 238 Abs. 2 StPO somit regelmäßig nicht kennen.<sup>142</sup>

### bb) Dogmatische Grundlage

Die Ableitung einer Präklusionsregelung aus § 238 Abs. 2 StPO hat die Rechtsprechung seit ihrer Entwicklung auf unterschiedliche dogmatische Grundlagen gestellt.

Das Reichsgericht stützte sich darauf, bei unterlassener Beanstandung gem. § 238 Abs. 2 StPO beruhe das Urteil nicht mehr auf der Rechtsverletzung des Gerichts.<sup>143</sup> Diese Herleitung wird nach dem heutigen Verständnis allerdings als Ergebnis eines zu engen Beruhensbegriffs angesehen.<sup>144</sup> Denn ob das Urteil auf einem

---

<sup>138</sup> So bereits RGSt 71, 21, 23; RG JW 1930, 760; im Anschluss daran BGHSt 1, 322, 325; 3, 368, 369 f.; 4, 364, 366; 42, 73, 77 f.; BGH, StV 1985, 355 f.; StV 1988, 325; NJW-Spezial 2008, 505; aus der Literatur *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 238 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 20, § 238 Rn. 43; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 2; Radtke/Hohmann-Britz, § 238 Rn. 3; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 701 ff. – Ausdrückliche Präklusionen sieht die StPO im Unterschied dazu etwa für den Einwand der Zuständigkeit besonderer Strafammern (§ 6a Satz 3 StPO) bzw. der örtlichen Unzuständigkeit (§ 16 Satz 3 StPO), Ablehnungsgesuche wegen Befangenheit (§ 25 StPO) oder den Besetzungseinwand (§ 222b StPO) vor.

<sup>139</sup> KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 17; Radtke/Hohmann-Britz, § 238 Rn. 21 f.

<sup>140</sup> MüKo-StPO-Arnoldi, § 238 Rn. 23, zweifelnd *Habetha*, NJW 2016, 3628, 3630 Fn. 34. Auch BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016 sieht keine Fristgebundenheit bei § 238 Abs. 2 StPO.

<sup>141</sup> OLG Koblenz StV 1992, 263, 264; OLG Düsseldorf StV 1996, 252; OLG Düsseldorf StV 1996, 252; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 373; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 238 Rn. 18; *Bischoff*, NStZ 2010, 77, 80; SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 38; a.A. *Ebert*, NStZ 1997, 565, 566. Anders noch OLG Köln NJW 1957, 1373.

<sup>142</sup> OLG Stuttgart NStZ 1988, 240; OLG Koblenz StV 1992, 263, 264; OLG Köln NStZ-RR 1997, 366.

<sup>143</sup> RGSt 71, 21, 23; RG JW 1931 950, 951; JW 1938, 1645, 1646.

<sup>144</sup> *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 765; *Mosbacher*, JR 2007, 387; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 346; *Lindemann*, StV 2010, 379, 381; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 33; SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 51; kritisch zur Herleitung über das Beruhen ferner *Hofmann*, Präklusion, S. 40 f. – Zur heutigen Definition des Beruhens eingehend SK-StPO-Frisch,

Verfahrensfehler beruht, ist allein von der kausalen Beziehung zwischen Fehler und Urteil abhängig, beinhaltet aber keine darüber hinausgehende „objektive Zurechnung des Erfolgs“, also des fehlerhaften Urteils. Dies ist auch dem ähnlichen Ansatz *Schlüchters*,<sup>145</sup> die von einer Zerschlagung des normativen Zusammenhangs ausgeht, entgegenzuhalten.<sup>146</sup>

Die frühe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO hat zunächst ausgeführt, der Beschuldigte bringe mit der unterlassenen Rüge zum Ausdruck, er fühle sich durch den Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift nicht beschwert.<sup>147</sup> In ähnlicher Weise hat die Rechtsprechung später darauf abgestellt, der Beschuldigte verzichte durch die Nichtbeanstandung auf die Einhaltung der jeweiligen Verfahrensnorm.<sup>148</sup> Dies lässt allerdings unberücksichtigt, dass dem bloßen Schweigen grundsätzlich keine Prozessklärung mit einem solchen Erklärungswert entnommen werden kann.<sup>149</sup> Zwar ist dafür nicht stets eine ausdrückliche Erklärung zu fordern; notwendig ist jedenfalls aber ein Verhalten, dem die Absicht, auf ein Verfahrensrecht zu verzichten, eindeutig entnommen werden kann. Ein solcher eindeutiger Verzicht dürfte in der Praxis daher äußerst selten anzunehmen sein.<sup>150</sup>

Zuletzt hat die Rechtsprechung die Rechtsfigur der Verwirkung bemüht. So bringe der Beschuldigte durch das Unterlassen der Rüge in der Hauptverhandlung zum Ausdruck, er sehe in der Anordnung des Vorsitzenden keinen Verfahrensfehler bzw. wolle einen solchen zumindest nicht beanstanden. Daher sei eine spätere Rüge des Verfahrensfehlers in der Revision aufgrund des „treuwidrigen Erkennens und Verschweigens“<sup>151</sup> des Verstoßes verwirkt.<sup>152</sup> Indes ist auch dieser Ansatz mit der h.L. abzulehnen. Einerseits setzt die Verwirkung neben dem Zeitmoment auch ein gewisses Umstandsmoment voraus. Erforderlich ist ein Verhalten, aufgrund

---

§ 337 Rn. 186 ff.; instruktiv auch *Kindhäuser*, NSTZ 1987, 529 f. Zum historischen Begriff des Beruhens in den Materialien der StPO Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 43.

<sup>145</sup> *Schlüchter*, GS Meyer, S. 445, 466.

<sup>146</sup> SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 51; kritisch auch Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 45.

<sup>147</sup> BGHSt 1, 322, 325.

<sup>148</sup> BGH NJW 1978, 1815; BayObLG MDR 1983, 511; zustimmend *Bischoff*, NSTZ 2010, 77, 80.

<sup>149</sup> *Erker*, Beanstandungsrecht, S. 155 ff.; *Herdegen*, NSTZ 2000, 1, 6; *Hofmann*, Präklusion, S. 41 f.; *Mosbacher*, JR 2007, 387; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 346; *Lindemann*, StV 2010, 379, 381; *KK-StPO-Schneider*, § 238 Rn. 33; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 375. Zu den Voraussetzungen für den Verzicht auf die Revisionsrüge SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 212 ff.

<sup>150</sup> SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 52; SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 225. Siehe bereits *Schmid*, Verwirkung, S. 150 ff.

<sup>151</sup> *Dahs*, NSTZ 2007, 241, 243.

<sup>152</sup> BGHSt 51, 144, 148; vgl. auch OLG Koblenz StV 1992, 263, 264; OLG Düsseldorf StV 1996, 252; OLG Köln NSTZ-RR 1997, 366; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 238 Rn. 22; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 702; in diese Richtung auch Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 46 ff.

dessen das Gegenüber auf die beabsichtigte Nichtbeanstandung des Verfahrensfehlers vertrauen darf und das eine spätere Beanstandung in der Revision als illoyal erscheinen lässt.<sup>153</sup> Im bloßen Untätigsein kann ein solches vertrauensauslösendes Umstandsmoment wiederum nicht gesehen werden.<sup>154</sup> Der bloßen Nichtbeanstandung in der Hauptverhandlung kann angesichts dessen, dass selbst der Vorsitzende bzw. das Gericht den Fehler offensichtlich nicht bemerkt haben, noch nicht einmal der Erklärungswert entnommen werden, dass der Beschuldigten den Verfahrensfehler überhaupt wahrgenommen hat.<sup>155</sup> Darüber hinaus fehlt es zwischen Beschuldigtem und Gericht bereits an einer besonderen Rechtsbeziehung, die Loyalitätspflichten, *in concreto* eine Prozessförderungspflicht, als Grundlage für ein vertrauensauslösendes Umstandsmoment begründen könnte.<sup>156</sup> Eine solche kann auch nicht zwischen Gericht und Verteidiger aufgrund dessen Organstellung hergeleitet werden.<sup>157</sup> Selbst wenn der bloßen Nichtbeanstandung ein Erklärungswert beigemessen würde, könnte das Gericht darauf also kein Vertrauen auf die Nichtbeanstandung stützen.

### cc) Sachlicher Anwendungsbereich

Auf Grundlage seiner dogmatischen Herleitung über den Verzicht oder die Verwirkung hat der Bundesgerichtshof für den sachlichen Anwendungsbereich der Rügepräklusion von Beginn an verschiedene Ausnahmefallgruppen geschaffen. Die wichtigste Ausnahme gilt für sog. „zwingendes Verfahrensrecht“.<sup>158</sup> Nur wenn dem Vorsitzenden ein gewisses „Ermessen“<sup>159</sup> oder ein „Entscheidungsspielraum“<sup>160</sup> für eine Verfahrensordnung zugebilligt ist, soll die Präklusionswirkung

---

<sup>153</sup> Zu den Voraussetzungen der Verwirkung im verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahren Schoch/Schneider/Bier-DoldelPorsch, § 70 Rn. 22.

<sup>154</sup> Schlüchter, GS Meyer, S. 445, 462; Hofmann, Präklusion, S. 47; Lindemann, StV 2010, 379, 381; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 33; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 375; SK-StPO-Frister, § 238 Rn. 52.

<sup>155</sup> Die Verwirkung kommt daher auch außerhalb von § 238 Abs. 2 StPO allein in Ausnahmekonstellationen in Betracht. Siehe etwa BGH wistra 2005, 390: Aussetzungsantrag wegen der Notwendigkeit erneuter Pflichtverteidigerbestellung erst nach zehn Verhandlungstagen; BGH StraFo 2005, 343: ungenügende Vorbereitungszeit für das Plädoyer.

<sup>156</sup> Kindhäuser, NStZ 1987, 529, 532; Erker, Beanstandungsrecht, S. 158 ff.; Herdegen, NStZ 2000, 1, 6; Mosbacher, FS Widmaier, S. 339, 346 f.; Lindemann, StV 2010, 379, 381. Anders noch Schmid, Verwirkung, S. 372.

<sup>157</sup> Dazu bereits oben Teil 2 IV. B. 1. c). Wie hier für die konkrete Frage der Verwirkung der Verfahrensrüge Mosbacher, FS Widmaier, S. 339, 347.

<sup>158</sup> Weitere Ausnahmefallgruppen bestehen für Kompetenzüberschreitungen des Vorsitzenden in Bezug auf dem gesamten Spruchkörper überlassene Anordnungen, BGHSt 4, 364, 366; BGH StV 2012, 202 sowie dem Unterlassen einer Anordnung, vgl. BGHSt 21, 288, 290. Diese ergeben sich aber bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes.

<sup>159</sup> BGHSt 38, 260, 261.

<sup>160</sup> BGHSt 42, 73, 78.

greifen.<sup>161</sup> Denn einzig bei einem solchen Entscheidungsspielraum kann einer durch die unterlassene Beanstandung ausgedrückten „Erklärung“, keinen Verfahrensverstöß zu sehen oder jedenfalls nicht dagegen vorgehen zu wollen, überhaupt Relevanz zukommen.

Als zwingendes Verfahrensrecht wurden beispielsweise die Vorschriften des Zeugnisverweigerungsrechts angesehen. Teilt etwa der Vorsitzende auf Grundlage einer rechtsfehlerhaften Beurteilung einem Zeugen mit, er sei zu einer Aussage verpflichtet, weil er von der Schweigepflicht entbunden worden sei, muss der Beschuldigte keine Beanstandung erheben, um die Revisionsmöglichkeit zu erhalten.<sup>162</sup> Gleiches gilt für Anordnungen des Vorsitzenden im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen § 252 StPO.<sup>163</sup> Als Ermessensanordnungen, bei denen die Revisionsrüge bei unterlassener Beanstandung präkludiert ist, zählen demgegenüber etwa sitzungspolizeiliche Maßnahmen<sup>164</sup> oder Anordnungen über den äußeren Ablauf der Verhandlung.<sup>165</sup> Anwendungsfälle sind aber auch die Entlassung von Zeugen,<sup>166</sup> die Entscheidung über die Vereidigung nach § 59 StPO,<sup>167</sup> die Vorbereitungszeit zum Stellen von Beweisanträgen<sup>168</sup> oder die Durchführung des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO.<sup>169</sup>

Mit dieser Ausnahmefallgruppe war die Bedeutung der Präklusionsvorschrift aus § 238 Abs. 2 StPO als vergleichsweise gering einzuordnen. Denn in vielen Fällen wäre die entsprechende Revisionsrüge auf Begründetheitsebene gleichsam daran gescheitert, dass das Ermessen des Vorsitzenden nicht überschritten wurde.<sup>170</sup> *Widmaier* urteilte daher noch im Jahr 1992, die Vorschrift habe „keine nennenswerte reversionseinschränkende Wirkung“.<sup>171</sup>

---

<sup>161</sup> Ausdrücklich BGHSt 38, 260, 261; ebenso 42, 73, 77 f.; BGH NStZ 2007, 353, 354; BGH StV 2012, 202, 203; OLG Hamm NStZ 2003, 107. Vgl. schon OLG Köln NJW 1957, 1373. Siehe auch BGHSt 3, 368, 370; 20, 98, 99; BGH NStZ 1981, 311.

<sup>162</sup> So die Konstellation in BGHSt 42, 73, 77 f.

<sup>163</sup> BGHSt 45, 203, 205; BGH NStZ 2007, 353, 354; NStZ-RR 2012, 212 f.; OLG Hamm NStZ 2003, 107.

<sup>164</sup> BGH NStZ 2008, 582; NStZ 2013, 608: Verweisung von störenden Zuhörern; BGHSt 1, 322: Möglichkeit des Beschuldigten, in der Hauptverhandlung Aufzeichnungen anzufertigen.

<sup>165</sup> Etwa BGH NStZ 2002, 429, 430: Fortsetzung der Verhandlung gem. § 29 Abs. 2 Satz 1 StPO.

<sup>166</sup> BGH StV 1985, 355, 356; StV 1996, 248.

<sup>167</sup> BGHSt 50, 282, 284; BGH NStZ 2009, 647.

<sup>168</sup> BGH 3 StR 175/06, Beschl. v. 29.6.2006.

<sup>169</sup> BGH NStZ 2011, 300 f.

<sup>170</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 18; ähnlich *Hamm/Sarstedt*, Revision, Rn. 1085.

<sup>171</sup> *Widmaier*, NStZ 1992, 519, 522.

*b) Regelungsinhalt nach der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs*

Seither ist die Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO aber immer bedeutsamer geworden. Denn die Rechtsprechung hat den ursprünglich relativ klar umgrenzten Anwendungsbereich nach und nach gewichtig erweitert (aa). Darüber hinausgehend werden im Zuge dessen noch weitergehende Ausweitungstendenzen lauter (bb).

aa) Einebnung der Ausnahmefallgruppe für zwingendes Verfahrensrecht durch die Rechtsprechung

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Rügepräklusion durch die Rechtsprechung lässt sich sachlich als Einebnung der Unterscheidung zwischen zwingenden Verfahrensvorschriften, bei denen die Präklusionswirkung wie geschildert nicht galt, und solchen mit Ermessensspielraum beschreiben.<sup>172</sup>

Den ersten Schritt in diese Richtung stellt die Entscheidung BGH 3 StR 139/06, Urt. v. 16.11.2006, die sog. „Zweite *El Motassadeq*-Entscheidung“, dar.<sup>173</sup> Darin wurde als Gegenstück zum zwingenden Verfahrensrecht neben der bereits bekannten Gewährung von Ermessen auf Rechtsfolgenseite auch die Zuerkennung eines Beurteilungsspielraums bei der Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Verfahrensvorschrift aufgeführt.<sup>174</sup> Im konkreten Fall entschied der Senat, dass die Feststellung, ob ein Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO vorliegt, also ob und in welchem Umfang sich ein Zeuge auf eine Frage selbst belasten müsste, „weitgehend der wertenden Beurteilung des Vorsitzenden nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles“ unterliegt.<sup>175</sup> Daher wurde die aufgrund der Zubilligung des Aussageverweigerungsrechts erhobene Aufklärungsrüge wegen unterlassener Beanstandung gem. § 238 Abs. 2 StPO als unzulässig abgewiesen.<sup>176</sup>

An diese Rechtsprechung knüpfte der Vierte Senat mit BGH 4 StR 606/09, Beschl. v. 9.3.2010 an.<sup>177</sup> Gerügt worden war in diesem Fall die Verletzung von § 252

---

<sup>172</sup> Allerdings wurde die Präklusionswirkung aus § 238 Abs. 2 auch zuvor häufig in Bezug auf Vorschriften angenommen, die ersichtlich keinen Entscheidungsspielraum vermitteln, so etwa für die Verweigerung des Erklärungsrechts aus § 257 Abs. 2 StPO gegenüber dem Verteidiger ohne weitere Begründung, siehe BGH NStZ 2007 234, 235; BGH BeckRS 2011, 16364; KK-StPO-Diemer, § 257 Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 257 Rn. 9; SSW-StPO-Franke, § 257 Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257 Rn. 39. Siehe außerdem BGH NStZ 1992, 346, wonach auch die gerichtliche Ablehnung, Beweisangebote überhaupt anzunehmen, zum Erhalt der Revisionsrüge zu beanstanden ist.

<sup>173</sup> BGHSt 51, 144.

<sup>174</sup> BGHSt 51, 144, 147 f.; zustimmend *Widmaier*, NStZ 2007, 232; *ders.*, NStZ 2011, 305, 309 f.; ablehnend *Radtke/Hohmann-Kelnhöfer*, § 244 Rn. 175.

<sup>175</sup> BGHSt 51, 144, 148.

<sup>176</sup> Kritisch *Widmaier*, NStZ 2007, 232, der nur eine Präklusion der Rüge der Verletzung des § 245 Abs. 1 StPO (i.V.m. § 55 StPO) befürwortet, nicht aber der Aufklärungsrüge.

<sup>177</sup> BGHSt 55, 65; bestätigt von BGH 4 StR 437/13, Beschl. v. 11.2.2014, Tz. 3 [juris].

StPO i.V.m. § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO, weil die im Ermittlungsverfahren getätigte Aussage einer Zeugin, die nach eigenen Angaben mit dem Beschuldigten verlobt war, trotz deren Zeugnisverweigerung in den Prozess eingeführt und verwertet worden war. Der Vorsitzende hatte zuvor das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Verlöbnis abgelehnt. In Anwendung des Kriteriums des Beurteilungsspielraums als Abgrenzung zu zwingenden Verfahrensvorschriften hat der Vierte Senat die Entscheidung über das Bestehen eines Verlöbnisses als wertende Beurteilung des Vorsitzenden aufgefasst.<sup>178</sup> Die „Feststellung“ des Vorsitzenden im Prozess, das Verlöbnis werde „nicht anerkannt“,<sup>179</sup> musste demzufolge gem. § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden. Mit Unterlassung einer solchen Beanstandung ist auch die Revisionsrüge eines aus der rechtsfehlerhaften Beurteilung des Verlöbnisses resultierenden Verstoßes gegen § 252 präkludiert.<sup>180</sup> Da das Bestehen des Verlöbnisses eine eigenständige Vorfrage darstelle, stehe diese Auffassung auch nicht im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung,<sup>181</sup> nach der die Rüge eines Verstoßes gegen § 252 StPO keiner vorigen Beanstandung bedarf.<sup>182</sup>

Ob mit dieser Rechtsprechung die Differenzierung zwischen zwingenden Vorschriften und solchen mit Ermessens- oder nunmehr Beurteilungsspielraum vollständig aufgegeben wird, hat der Dritte Senat in BGH 3 StR 139/06, Beschl. v. 16.11.2006 ausdrücklich offengelassen;<sup>183</sup> ebenso der Erste Senat im Jahr 2011.<sup>184</sup> Dies darf indes nicht über die mit der skizzierten Rechtsprechung bewirkte Einebnung dieser Unterscheidung hinwegtäuschen. Denn die Anwendung von als zwingend angesehenen Verfahrensvorschriften setzt immer die Feststellung der zugrunde liegenden Tatsachen zur Subsumtion unter ihre Voraussetzungen voraus. Dabei bestehen oftmals Tatbestandsvoraussetzungen, die im Wege einer wertenden Beurteilung ermittelt werden müssen.<sup>185</sup> Wird diese Bewertung, wie im dem Beschluss des Vierten Strafsenats zugrunde liegenden Fall, vom Vorsitzenden in einer Art „Zwischenfeststellung“<sup>186</sup> festgehalten, ist der Weg in die Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO eröffnet. *Mosbacher* erkennt daher in der Entscheidung des Vierten Senats mit Beschluss vom 9.3.2010 – 4 StR 606/09 – eine Ausweitung der Rügepräklusion auf zwingende Verfahrensnormen.<sup>187</sup>

---

<sup>178</sup> BGHSt 55, 65, 68 f.; zustimmend *Widmaier*, NStZ 2011, 305, 309 f.; ablehnend *Naegel*, StraFo 2013, 221, 222.

<sup>179</sup> BGHSt 55, 65, 66 bzw. 67.

<sup>180</sup> BGHSt 55, 65, 68 f.; BGH 4 StR 437/13, Beschl. v. 11.2.2014, Tz. 3 [juris].

<sup>181</sup> BGHSt 45, 203, 205; siehe bereits oben III. A. 1. a) cc).

<sup>182</sup> BGHSt 55, 65, 69 f.

<sup>183</sup> BGHSt 51, 144, 147.

<sup>184</sup> BGH StV 2011, 458, 459.

<sup>185</sup> *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 609 f.; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 372.

<sup>186</sup> *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 609 f.; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 372.

<sup>187</sup> *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 609 f.; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 371 f.

Jedenfalls sind mit dieser Rechtsprechung eine Reihe zusätzlicher Anwendungsfälle für die Rügepräklusion möglich. Auch ohne sich ausdrücklich auf die Fallgruppe des Beurteilungsspielraums zu beziehen, hat die Rechtsprechung in einer Reihe weiterer Fälle die Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO als notwendig erachtet. Etwa ist nunmehr nicht nur die Anordnung der Durchführung des Selbstleseverfahrens (§ 249 Abs. 2 StPO) in der Hauptverhandlung, sondern auch die im Beurteilungsspielraum des Vorsitzenden stehende Art und Weise der Durchführung zur Erhaltung der Revisionsmöglichkeit zu rügen.<sup>188</sup> Auch die Vorschriften des § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO sowie § 247 Satz 4 StPO geben dem Vorsitzenden einen gewissen Beurteilungsspielraum und sind damit neuerdings der Präklusionsregelung zugänglich.<sup>189</sup> Offengelassen hat der Bundesgerichtshof die Frage der Präklusion für die Verletzung des § 250 StPO, wenn ein Protokoll vernehmungsersetzend und nicht zur Gedächtnisstütze nach § 253 StPO eingeführt wurde.<sup>190</sup>

Auch die Obliegenheit zur Beanstandung einer „Zwischenfeststellung“ im Sinne von BGH 4 StR 606/09, Beschl. v. 9.3.2010 wurde für weitere Fälle diskutiert. Der Fünfte Strafsenat hat *obiter dictu* als nicht fernliegend angesehen, dass die fehlerhafte „Feststellung des StrK-Vorsitzenden, sämtliche Beweisanträge seien ‚beschieden bzw. anderweitig erledigt worden‘“, zum Erhalt der Rüge der Verletzung von § 244 Abs. 6 StPO in der Revision beanstandet werden müsse.<sup>191</sup> Denkbare Anwendungsfälle sind darüber hinaus in Anlehnung an die Verlöbnisentscheidung des Vierten Senats weitere Zeugnisverweigerungsrechte aus den §§ 52, 53 StPO, deren Voraussetzungen im Wege einer wertenden Betrachtung zu ermitteln sind.<sup>192</sup>

Schließlich unterlegt die beschriebene Rechtsprechung bereits zuvor in Rechtsprechung und Literatur angenommene Präklusionen von Verfahrensrügen mit einer neuen bzw. überhaupt einer Begründung. Etwa kann die Präklusion der Revisionsrüge bei unterlassener Beanstandung einer fehlerhaften Zurückweisung von Fragen als „ungeeignet oder nicht zur Sache gehörend“ (§ 241 Abs. 2 StPO) bzw. die entsprechende Aufklärungsrüge<sup>193</sup> letztlich nur unter Rückgriff auf die Figur des

---

<sup>188</sup> BGH StV 2011, 458, 459.

<sup>189</sup> Für § 247 Satz 4 StPO bereits BGH 5 StR 118/06, Beschl. v. 26.4.2006, abgedruckt bei *Becker*, NSTZ-RR 2008, 65, 66; ebenso BeckOK-StPO-*Berg*, § 247 Rn. 18; Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 247 Rn. 56.

<sup>190</sup> BGH NSTZ 2011, 422, 423. Für eine Präklusion Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 253 Rn. 26.

<sup>191</sup> BGH NSTZ 2009, 649, 650; dazu kritisch *Gaede*, wistra 2010, 210, 212 f.

<sup>192</sup> Vgl. die Beispiele bei *Arnoldi*, StRR 2010, 261, 263.

<sup>193</sup> Ohne weitere Begründung BGH 3 StR 251/06, Beschl. v. 16. 1.2007; aus der Literatur *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 241 Rn. 23; BeckOK-StPO-*Gorf*, § 241 Rn. 21; Radtke/Hohmann-*Britz*, § 241 Rn. 24, allerdings allesamt mit Verweis auf die Entscheidung in BGH NSTZ 2005, 222, wo sich der Sachverhalt indes auf das Fragerecht des Verletztenbeistands, das eindeutig im Ermessen des Vorsitzenden liegt, bezieht und nicht auf das Fragerecht des Beschuldigten. Für die Rügepräklusion in diesem Fall auch SK-StPO-*Frister*, § 241 Rn. 33; Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 241 Rn. 32; KK-StPO-*Schneider*, § 241 Rn. 21;

Beurteilungsspielraums gestützt werden. Gleiches gilt für die Präklusion von Verfahrensritten nach § 238 Abs. 2 StPO, mit denen die Beschränkung von Erklärungsrechten beanstandet wird.<sup>194</sup> Der Annahme einer „Zwischenfeststellung“ kommt schließlich die Konstellation nahe, wonach das Gericht einen abgelehnten oder als wahr unterstellten Beweisantrag missversteht, etwa die Beweistsache sachwidrig einengend auslegt. Nach langjähriger Rechtsprechung muss der Antragsteller diesen gerichtlichen Fehler direkt beanstanden, um sich die entsprechende Aufklärungsrüge zu erhalten.<sup>195</sup>

#### bb) Vorschlag der vollständigen Anwendung auf zwingendes Verfahrensrecht aus Justizkreisen

Über diese Erweiterung hinausgehend ist in Kreisen der Justiz für die vollständige Anwendung der Rügepräklusion auch auf zwingendes Verfahrensrecht plädiert worden. Dies wird auf ein neues dogmatisches Verständnis des § 238 Abs. 2 StPO gestützt, das von *Mosbacher*<sup>196</sup> und ihm zustimmend *Schneider*<sup>197</sup> entwickelt wurde. In einem ersten Schritt wird, Arbeiten von *Bohnert* und *Kindhäuser* aufgreifend, die Beanstandungsmöglichkeit aus § 238 Abs. 2 StPO als „Zwischenrechtsbehelf“<sup>198</sup> gegen fehlerhafte Verfahrensordnungen des Vorsitzenden begriffen.<sup>199</sup> Mit diesem Rechtsbehelf soll der einzelne Verfahrensbeteiligte den gesamten Spruchkörper als „Rechtsmittelinstanz“ anrufen können. Dies wird gegenüber der späteren Verfahrensrüge in der Revision als „sachgerechter (also einfacher, umfas-

---

a.A. MüKo-StPO-*Gaede*, § 241 Rn. 41. – Siehe zur vormaligen Rechtslage Löwe/Rosenberg (25. Aufl.)-*Gollwitzer*, § 241 Rn. 31 m.w.N.

<sup>194</sup> Für die Erklärung nach § 257 StPO ohne weitere Begründung BGH NStZ 2007, 234, 235: „in der Regel“; BGH 1 StR 126/11, Beschl. v. 8.6.2011; KK-StPO-*Diemer*, § 257 Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 257 Rn. 9; auch Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257 Rn. 39; für § 258 KK-StPO-*Ott*, § 258 Rn. 33; Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 258 Rn. 65; *Leipold*, StraFo 2001, 300, 301. – Keine Präklusion soll allerdings für die Nichterteilung des Worts für den Schlussvortrag bzw. des letzten Wortes oder dem gleichkommende Maßnahmen gelten, siehe BGHSt 3, 368, 369 f.; 21, 288, 290; BGH JR 1965, 348. BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 258 Rn. 28 sieht die Begründung darin, dass keine Anordnung, sondern eine Unterlassung des Vorsitzenden gegeben sei; demgegenüber geht Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 258 Rn. 64 wohl davon aus, dass insoweit zwingendes Recht vorliege; ohne weitere Begründung im Ergebnis ebenso KK-StPO-*Ott*, § 258 Rn. 33.

<sup>195</sup> BGH StV 1989, 465; StV 1994, 411, 412; StV 2001, 436; dazu *Maatz*, NStZ 1992, 513, 516 f.; *Basdorf*, StV 1995, 310, 318 f.

<sup>196</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387 ff.; *ders.*, FS Widmaier, S. 339 ff.; *ders.*, NStZ 2011, 606 ff.; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 357 ff.

<sup>197</sup> KK-StPO-*Schneider*, § 238 Rn. 34 ff.; zustimmend *Radtke/Hohmann-Britz*, § 238 Rn. 30 sowie MüKo-StPO-*Arnoldi*, § 238 Rn. 40.

<sup>198</sup> Den von *Niese* bereits 1953 geprägten (dazu *Schlüchter*, GS Meyer, S. 445, 450 Fn. 29) und von *Mosbacher*, JR 2007, 387 wiederbelebten Begriff hat mittlerweile auch der Bundesgerichtshof in dem oben skizzierten Beschluss des Vierten Senats BGH 4 StR 606/09, Beschl. v. 9.3.2010, BGHSt 55, 65, 69 übernommen.

<sup>199</sup> *Bohnert*, NStZ 1983, 344, 347 ff.; *Kindhäuser*, NStZ 1987, 529, 533 ff.



sender schneller oder billiger)<sup>200</sup> angesehen, da der Betroffene sein Rechtsschutzziel, also die Rücknahme der rechtswidrigen Verfahrensordnung, bereits unmittelbar in der Hauptverhandlung erreichen kann.<sup>200</sup> Ergreift ein Rechtsmittelführer ein solches sachnäheres, genauso unproblematisch zugängliches Rechtsmittel nicht, fehlt ihm – so der zweite Gedankenschritt – für einen späteren Rechtsbehelf das Rechtsschutzbedürfnis.<sup>201</sup> Dieses allgemeine Zulässigkeitsersfordernis für ein Rechtsmittel gelte auch für das Strafverfahren.<sup>202</sup> Daher sei bei der Nichtbeanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO als sachnäherer „hauptverhandlungsinterner Rechtsweg“<sup>203</sup> die spätere Geltendmachung des Verfahrensfehlers in der Revisionsrüge ausgeschlossen, das Rechtsmittel unzulässig.<sup>204</sup>

Auf Grundlage seines dogmatischen Ansatzes kommt *Mosbacher* einerseits zu bestimmten Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs der Präklusionswirkung. Die Revision soll nur dann präkludiert sein, wenn der Rechtsbehelf aus § 238 Abs. 2 StPO tatsächlich einen wirksamen Rechtsschutz alternativ zur späteren Revisionsrüge bieten kann. Daher soll es bei der Unanwendbarkeit für den unverteidigten Beschuldigten bleiben, weil einem rechtsunkundigen Beschuldigten ohne Verteidiger kein effektiver und damit sachnäherer Rechtsbehelf zur Verfügung steht.<sup>205</sup> Auch bei der bereits anerkannten Fallgruppe der kompetenzwidrigen Anordnungen bestehe keine Präklusionswirkung, weil es hier an der Möglichkeit des hauptverhandlungsinternen Rechtsmittels fehle.<sup>206</sup> Konsequenterweise wird zudem die Anwendbarkeit vor dem Strafrichter abgelehnt, da bei einer personenidentischen Überprüfungsinstanz nicht von einem Rechtsmittel gesprochen werden könne.<sup>207</sup> Schließlich soll die Nichtbeanstandung keine Präklusion nach sich ziehen, wenn sich ein Rechtsfehler erst aus der Zusammenschau mit dem weiteren Verfahrenslauf ergibt und nicht bereits aus der Anordnung an sich.<sup>208</sup>

<sup>200</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 348.

<sup>201</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388.

<sup>202</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387 ff.; *ders.*, NSTZ 2011, 606, 607; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 365 f.; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 34 unter Verweis auf BVerfG NJW 2003, 1514, 1515. Kritisch BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257 Rn. 22.

<sup>203</sup> *Mosbacher*, FS Widmaier, S. 339 (351); *ders.*, NSTZ 2011, 606; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 34, 37.

<sup>204</sup> Ähnlich bereits der oben in III. A. 1. a) bb) zitierte Ansatz von *Schlüchter*, die von der Zerschlagung des normativen Zusammenhangs ausgeht, weil nicht der für fehlerhafte Verfahrensordnungen primär vorgesehene Rechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO geltend gemacht werde.

<sup>205</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388; KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 39. Zu dieser Fallgruppe bereits oben III. A. 1. a) aa).

<sup>206</sup> KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 35.

<sup>207</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 366 und 371; *ders.*, NSTZ 2011, 606, 607 und 609; anders noch *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 353 sowie KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 38.

<sup>208</sup> *Mosbacher*, NSTZ 2011, 606, 609 mit einem entsprechenden Beispiel.

Vor allem aber verbindet *Mosbacher* mit seinem dogmatischen Konzept eine erhebliche Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Rügepräklusion. So wird – wiederum konsequent – die Ausnahme der Rechtsprechung im Hinblick auf gegen zwingende Vorschriften verstoßende Verfahrensordnungen abgelehnt.<sup>209</sup> Denn auf Grundlage des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses spielt es letztlich keine Rolle, ob nun gegen einen Verstoß gegen zwingendes Recht oder bei einem Entscheidungsspielraum nicht der sachnähere Rechtbehelf ergriffen wurde. Eine Ausnahme wird dabei nur bei unverzichtbaren Prinzipien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens zugelassen.<sup>210</sup> Konsequenz dieses dogmatischen Ansatzes wäre, dass die Rüge nach § 238 Abs. 2 StPO in den Worten *Schneiders* zu einem „zentralen Institut des Revisionsverfahrens“ aufrücken,<sup>211</sup> oder, wie *Widmaier* kritisch festgestellt hat, zu einer „generellen Zulässigkeitsvoraussetzung“ für Verfahrensrügen werden würde.

Diese mit *Mosbacher*, mittlerweile Strafrichter am Bundesgerichtshof, und dem Bundesanwalt *Schneider* bereits prominent vertretene Auffassung ist in der Justiz auf einige Zustimmung gestoßen. Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach in seinen Anträgen die Auffassung vertreten, eine Beanstandung sei auch bei zwingenden Verfahrensvorschriften zum Revisionserhalt notwendig.<sup>212</sup> Der Fünfte Senat<sup>213</sup> und sein Vorsitzender *Basdorf*<sup>214</sup> haben für den Vorschlag Sympathien erkennen lassen, allerdings davon abgesehen, von der Vorlagemöglichkeit gem. § 132 Abs. 2 GVG Gebrauch zu machen.<sup>215</sup> Mittlerweile gehen Dritter und Fünfter Senat anscheinend aber wieder von der Ausnahme für zwingendes Verfahrensrecht aus, so dass eine Rechtsprechungsänderung zumindest nicht mehr unmittelbar bevorzustehen scheint.<sup>216</sup>

---

<sup>209</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 353 f.; *ders.*, FS Rising-van Saan, S. 357, 371 f.; *ders.*, NSTZ 2011, 606; KK-StPO-*Schneider*, § 238 Rn. 37.

<sup>210</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 353 f.

<sup>211</sup> KK-StPO-*Schneider*, § 238 Rn. 37.

<sup>212</sup> So der Antrag des GBA in BGH StV 2009, 342; in BGH StraFo 2009, 152 sowie der Antrag vom 3.1.2005 in BGH 3 StR 500/10, zitiert bei *Widmaier*, NSTZ 2011, 305 f. – Anders aber (wieder) in BGH NSTZ-RR 2012, 212 f.

<sup>213</sup> BGH StraFo 2009, 152; BGH 5 StR 460/08, Anfragebeschluss v. 10.3.2009 = BGH StV 2009, 342; BGH 5 StR 460/08, Vorlagebeschluss v. 11.11.2009 = BGH NJW 2010, 1012, 1012 und 1014.

<sup>214</sup> *Basdorf*, StV 2010, 414, 416. Diese Einschätzung äußert *Widmaier*, NSTZ 2011, 305, 306.

<sup>215</sup> Siehe BGH StraFo 2009, 152; BGH 5 StR 460/08, Anfragebeschluss v. 10.3.2009 = BGH StV 2009, 342; BGH 5 StR 460/08, Vorlagebeschluss v. 11.11.2009 = BGH NJW 2010, 1012.

<sup>216</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des Dritten Senats BGH NSTZ-RR 2011, 151 f.; BGH StV 2012, 202, 203; zum Fünften Senat siehe BGH StV 2010, 562. Auch der 68. Deutsche Juristentag 2010 hat eine „Intensivierung“ des Zwischenrechtsbehelfs aus § 238 Abs. 2 StPO abgelehnt, siehe 68. DJT, Bd. II/1, N 50.

*c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung*

Die geschilderten Erweiterungen des sachlichen Anwendungsbereichs der an sich schon lang anerkannten Präklusionswirkung aus § 238 Abs. 2 StPO stehen in eindeutigen Zusammenhang zu Zwecken der Verfahrensbeschleunigung und der Ressourcenschonung durch Eindämmung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens durch den Beschuldigten.

Zu dieser Zielsetzung hat sich der Bundesgerichtshof in seinen oben dargestellten Entscheidungen ausdrücklich bekannt. So diene die Beanstandungsmöglichkeit nach § 238 Abs. 2 StPO dazu,

„die Gesamtverantwortung des Spruchkörpers für die Rechtsförmigkeit der Verhandlung zu aktivieren, hierdurch die Möglichkeit zu eröffnen, Fehler des Vorsitzenden im Rahmen der Instanz zu korrigieren und damit Revisionen zu vermeiden, durch die ein Fehler des Vorsitzenden nur auf Kosten einer mehr oder weniger langen Verzögerung des Verfahrensabschlusses ausgeräumt werden könnte [...]. Dieser Zweck der Vermeidung würde verfehlt, wenn es im unbeschränktem Belieben des um die Möglichkeit des § 238 Abs. 2 StPO wissenden Verfahrensbeteiligten stünde, ob er eine für unzulässig erachtete verhandlungsleitende Maßnahme des Vorsitzenden über den Rechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO zu beseitigen sucht oder stattdessen hierauf im Falle eines ihm nachteiligen Urteils in der Revision eine Verfahrensrüge stützen will. Er hat daher grundsätzlich auf Entscheidung des Gerichts anzutragen; unterlässt er dies, kann er in der Revisionsinstanz mit einer entsprechenden Rüge, durch die er sich in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen würde, nicht mehr gehört werden.“<sup>217</sup>

Bezweckt ist somit, es erst gar nicht zu einer Revision und darauf folgenden Urteilsaufhebung und Rückverweisung kommen zu lassen, wenn eine Beanstandung des Fehlers bereits in der Tatsacheninstanz möglich gewesen wäre und der entsprechende Aufwand ressourcenschonend durch einen Beitrag des potenziellen Revisionsführers hätte vermieden werden können.

Die Vorschläge von *Mosbacher* und *Schneider* sind nach eigenem Bekenntnis gar erst von verfahrensökonomischen Zielsetzungen inspiriert worden. Ausgangspunkt des dogmatischen Ansatzes *Mosbachers* war nach eigenen Angaben die Beobachtung, dass die mit der Präklusionsregelung erzielten verfahrensökonomischen Effekte, in den Worten *Schneiders* deren „ressourcenschonende Wirkung“,<sup>218</sup> einerseits eine erwünschte Folge darstellen und dass andererseits die bisher vertretenen dogmatischen Herleitungen nicht zu überzeugen vermögen. Im Sinne einer „affirmativen Strafrechtsdogmatik“ sollte die „praktisch als sinnvoll erlebte“ Rügepräklusion daher mit einem „vernünftigen“ dogmatischen Fundament unterlegt werden.<sup>219</sup> Auch der Generalbundesanwalt hat in seinen Anträgen, in denen er sich die

---

<sup>217</sup> BGHSt 51, 144, 147; fast wortgleich BGHSt 55, 65, 67 f.; ähnlich drückt sich Löwe/Rosenberg-Becker, § 238 Rn. 45 aus.

<sup>218</sup> KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 37.

<sup>219</sup> *Mosbacher*, NSTZ 2011, 606 f. Dazu kritisch BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257 Rn. 22; Börner, Legitimation, S. 399, 431 f.; *Habetha*, NJW 2016, 3628, 3632.

Auffassung *Mosbachers* zu eigen gemacht hat, ausdrücklich auf den „Grundsatz der Prozessökonomie“ verwiesen.<sup>220</sup>

Zusammenfassend zielen die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO durch die Rechtsprechung bzw. die weitergehenden Vorschläge aus der Justiz darauf ab, das oben beschriebene,<sup>221</sup> als verzögernd oder gar missbräuchlich vermutete Aufsparen von Verfahrensfehlern für die Revision zu verhindern.<sup>222</sup> Hierzu wird eine – untechnisch gesprochen – Rügepflicht bereits auf Ebene der Hauptverhandlung geschaffen, deren Versäumnis zum Wegfall der Revision führt. Auf diese Weise soll eine daraus möglicherweise resultierende Urteilsaufhebung und erneute Hauptverhandlung erspart und die entsprechenden Ressourcen geschont werden.<sup>223</sup> *Gaede* hat dies treffend als „Missbrauchsvorsorge“ beschrieben.<sup>224</sup> Statt auf die Kenntnis des Verteidigers vom Verfahrensfehler und das missbräuchliche Unterlassen der sofortigen Beanstandung abzustellen, werde „vorbeugend“ eine Präklusionsregelung geschaffen.

#### d) Verfassungsmäßigkeit

In der Strafrechtswissenschaft wurden gelegentlich Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit der Auslegung von § 238 Abs. 2 StPO im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>225</sup> geäußert.<sup>226</sup> Diese Kritik hat sich hinsichtlich des dogmatischen Ansatzes *Mosbachers* und der daraus folgenden Ausweitung weiter verstärkt.<sup>227</sup> Die Auslegung durch die Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings mehrmals, zuletzt im Jahr 2007, als verfassungskonform gebilligt.<sup>228</sup>

<sup>220</sup> Antrag vom 3.1.2011 in BGH 3 StR 500/10, zitiert bei *Widmaier*, NSStZ 2011, 305 f.

<sup>221</sup> Siehe oben II. B. 2.

<sup>222</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 774.

<sup>223</sup> Vgl. *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 386 ff.

<sup>224</sup> *Gaede*, wistra 2010, 210 ff., für § 238 Abs. 2 StPO insbesondere 216; siehe auch *ders.*, StV 2012, 51, 52 f.

<sup>225</sup> Zur Bindung der Judikative an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG, v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20 Rn. 285 ff.

<sup>226</sup> *Hofmann*, Präklusion, S. 31 ff.; *Ebert*, NSStZ 1997, 565, 566.

<sup>227</sup> *Widmaier*, NSStZ 2011, 305, 307; siehe auch *Ignor/Bertheau*, NSStZ 2013, S. 188 ff. Die Erweiterung der Präklusionswirkung auf zwingendes Verfahrensrecht auf Grundlage der gegenwärtigen Fassung des § 238 Abs. 2 StPO hält auch MüKo-StPO-Arnoldi, § 238 Rn. 43 für verfassungsrechtlich nicht gangbar.

<sup>228</sup> BVerfG StV 2000, 3; BVerfG 2 BvR 403/01, Beschl. v. 21.3.2001; BVerfG JR 2007, 390.

## 2. Die Widerspruchslösung

Als zweites neu entwickeltes Instrument zur Fehlerbeanstandung ist die Widerspruchslösung zu nennen, eine von der Rechtsprechung in den 1990er-Jahren speziell für die Beanstandung von Beweisverwertungsverböten geschaffene Präklusionsregelung.

### a) *Herausbildung der Widerspruchslösung*

Ins Leben gerufen wurde die Widerspruchslösung mit der Entscheidung BGH 5 StR 190/91, Beschl. v. 27.2.1992, worin der Fünfte Senat für die unterlassene Beschuldigtenbelehrung in der polizeilichen Vernehmung (§§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO) erstmals<sup>229</sup> ein Verwertungsverbot anerkannte, dessen Wirksamkeit aber an einen rechtzeitigen Widerspruch des Verteidigers knüpfte.<sup>230</sup> Der Fünfte Senat und einige Stimmen in der Strafrechtswissenschaft weisen zwar zutreffend darauf hin, dass das Reichsgericht<sup>231</sup> und im Anschluss daran der Bundesgerichtshof<sup>232</sup> zuvor bereits vereinzelt auf einen Widerspruch des Beschuldigten in der Hauptverhandlung abgestellt haben.<sup>233</sup> Allerdings hatten diese Entscheidungen lediglich den Spezialfall zum Gegenstand, dass das Protokoll einer außerhalb der Hauptverhandlung durchgeführten Zeugenvernehmung verlesen wurde. Vor allem aber war das Widerspruchserfordernis nicht mit einer zeitlichen Vorgabe an die Geltendmachung in der Hauptverhandlung geknüpft, dessen Versäumnis eine Präklusionswirkung auslöst.<sup>234</sup>

### b) *Regelungsinhalt*

Die Widerspruchslösung wurde seither in zahlreichen Gerichtsentscheidungen immer weiter verfeinert. Ihr Regelungsinhalt lässt sich nun wie folgt beschreiben.

#### aa) *Inhaltliche Vorgaben*

Nach den Vorgaben der Widerspruchslösung muss die Verteidigung der Verwertung eines einem Verwertungsverbot unterliegenden Beweises in der Hauptverhandlung ausdrücklich widersprechen. Unterlässt sie den Widerspruch, ist eine

---

<sup>229</sup> Anders noch BGHSt 31, 395, 399 f.

<sup>230</sup> BGHSt 38, 214, 225 f.

<sup>231</sup> RGSt 50, 364, 365; 58, 90 f.; 58, 100, 101.

<sup>232</sup> BGHSt 1, 284, 285 f.; 9, 24, 28; 31, 140, 144 f.; BGH NStZ 1987, 132, 133; NStZ 1989, 282 f.

<sup>233</sup> BGHSt 38, 214, 226; 42, 15, 23; *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 259; *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66 f.

<sup>234</sup> *Schlieffen*, FS AG Strafrecht DAV, S. 801, 802.

spätere Rüge der Verwertung des Beweises in der Revision unzulässig. Wie bei § 238 Abs. 2 StPO soll die Präklusionswirkung allerdings nur beim verteidigten Beschuldigten greifen. Hat der Beschuldigte keinen Verteidiger, steht vielmehr das Tatgericht in der Pflicht, über ein im Raum stehendes Beweisverwertungsverbot aufzuklären und den Beschuldigten nach seiner Zustimmung oder seinem Widerspruch zur Beweisverwertung zu befragen.<sup>235</sup> Der erfolgte Widerspruch ist als wesentliche Förmlichkeit nach § 273 Abs. 1 Satz 1 StPO zu protokollieren.<sup>236</sup> Ein gerichtlicher Zwischenbescheid, in dem sich das Gericht auf den Widerspruch hin zum Bestehen des Verwertungsverbots äußern müsste, ist allerdings nicht notwendig.<sup>237</sup>

Der bisherigen Rechtsprechung ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob das Gericht ohne erfolgten Widerspruch von Amts wegen ein Beweisverwertungsverbot annehmen darf. Die neuere Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte geht, auf Grundlage einer neuen dogmatischen Begründung der Widerspruchslösung, ausdrücklich davon aus, dass es dem Tatgericht in diesem Fall verwehrt ist, von Amts wegen von einem Verwertungsverbot auszugehen.<sup>238</sup> Dem stehen allerdings ein Urteil des Bundesgerichtshofs und einige Literaturstimmen entgegen.<sup>239</sup> Allerdings soll bereits bei der Entscheidung über einen hinreichenden Tatverdacht vor der Hauptverhandlung zu berücksichtigen sein, dass mit der Erhebung eines Widerspruchs und damit dem Verbot der Beweisverwertung zu rechnen ist.<sup>240</sup>

Zeitlich muss der Widerspruch in der Frist des Rechts aus § 257 Abs. 2 StPO erfolgen, also spätestens in der Erklärung enthalten sein, die der Verteidiger im Anschluss an diejenige Beweiserhebung abgibt, auf die sich das Verwertungsverbot bezieht.<sup>241</sup> Als Grund für die Frist wird ausdrücklich die Verfahrensförderung be-

---

<sup>235</sup> BGHSt 38, 214, 226.

<sup>236</sup> OLG Celle StV 1997, 68 f.; BayObLG StV 1997, 66, 67; OLG Stuttgart NStZ 1997, 405; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 427a; Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66, 68; Meyer-Gößner/Appl, StraFo 1998, 258, 263.

<sup>237</sup> BGH NStZ 2007, 719.

<sup>238</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; OLG Bamberg 3 Ss 14/11, Urt. v. 22.3.2011, Tz. 70 [juris]; dazu unten III. a. 2. b) bb) (4). In diesem Sinne auch *El-Ghazi/Merold*, HRRS 2013, 412, 415.

<sup>239</sup> Nach BGHSt 51, 1, 4 kann das Tatgericht bei Bedenken gegen die Verwertbarkeit, die allerdings nicht eine Kernbereichsverletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts besorgen lassen, auf das Beweismittel verzichten; die Verfahrensbeteiligten müssen die Einführung dann gesondert beantragen. Für die Möglichkeit der Berücksichtigung von Amts wegen auf Grundlage einer eigenen dogmatischen Grundlage siehe *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 373 ff.; *ders.*, NStZ 2011, 606, 610 f.; dazu unten III. A. 2. b) bb) (4). Kritisch zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte äußert sich auch *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 117 f.; SSW-StPO-Beulke, Einl. Rn. 276.

<sup>240</sup> AG Kehl StV 2017, 23, 25.

<sup>241</sup> BGHSt 38, 214, 225 f.; 42, 15, 23; 50, 272, 274. Diese Frist infrage stellend indes jüngst BGH 2 StR 46/15, Urt. V. 6.10.2016.

nannt.<sup>242</sup> Sie rechtfertigt sich zudem auch daraus, dass der Widerspruch jederzeit zurückgenommen werden kann.<sup>243</sup> Zulässig – und aus Sicht der Verteidigung im Regelfall auch vorzugswürdig<sup>244</sup> – ist, den Widerspruch bereits zu Beginn der Hauptverhandlung zu erklären, ohne dass er dann nach Einführung des betreffenden Beweises nochmals erklärt werden müsste.<sup>245</sup> Nicht ausreichend ist allerdings der allein im Ermittlungsverfahren oder im Hauptverfahren vor Beginn der Hauptverhandlung erklärte Widerspruch; vielmehr muss in diesem Fall in der Hauptverhandlung nochmals widersprochen werden.<sup>246</sup> Ist der Widerspruch in einer ersten Hauptverhandlung nicht oder verspätet erklärt worden, gilt er auch in späteren Hauptverhandlungen, also für die Berufung oder die erneute Verhandlung nach Rückverweisung in der Revision, als verspätet und die entsprechende Revisionsrüge als präkludiert.<sup>247</sup> Nach Aussetzung des Verfahrens soll ein erneuter Widerspruch allerdings nicht mehr nötig sein.<sup>248</sup>

Über diese zeitlichen Vorgaben hinausgehend hat unlängst *Wenske* als Mitglied der Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens 2015 mit seinem Vorschlag zur Reform des Zwischenverfahrens noch engere Anforderungen angeregt. Danach sollen Verwertungsverbote – und weitergehend auch Verfahrenshindernisse, die Besorgnis der Befangenheit sowie unzulässige staatsanwaltschaftliche oder gerichtliche Sachbehandlungen – bereits im Zwischenverfahren gerügt werden

---

<sup>242</sup> BGHSt 42, 15, 23.

<sup>243</sup> BGHSt 42, 15, 23; für *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 69 wird damit der Zweck der raschen Herbeiführung von Rechtsklarheit wiederum konterkariert.

<sup>244</sup> MAH Strafverteidigung-*Widmaier/Norouzi*, § 9 Rn. 192; MAH Strafverteidigung-*Krause*, § 7 Rn. 184; *Burhoff*, Handbuch Hauptverhandlung, Rn. 3504.

<sup>245</sup> BGHSt 60, 38, 40.

<sup>246</sup> Für den im Ermittlungsverfahren erklärten Widerspruch BGH NStZ 1997, 502 f.; BGHSt 50, 272, 274; OLG Hamm, NStZ-RR 2010, 148, 149; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; für den zu Beginn des Hauptverfahrens erhobenen Widerspruch OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45, 46; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; OLG München 4 StRR 0018/11, Beschl. v. 21.2.2011, Tz. 18 [juris]. Siehe aus der Literatur *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 25; anders noch *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 262; *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 69 f. Ablehnend *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 116; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376. Ebenso ablehnend, allerdings auf anderer dogmatischer Grundlage (dazu unten III. A. 2. c) cc) (4)) *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 377 f.; *ders.*, NStZ 2011, 606, 611.

<sup>247</sup> BGHSt 50, 272, 274, OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2601; OLG Hamm, NStZ-RR 2010, 148, 149; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45; OLG Celle NStZ 2014, 118, 119; so bereits zuvor BayObLG NStZ 1997, 99; OLG Celle StV 1997, 68 f.; OLG Oldenburg StV 1996, 416; *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 263. Ablehnend *Fezer*, JZ 2006, 474, 475; *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 117; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376 f.; *Hamm*, StV 2010, 418, 421. – Dies gilt auch, wenn der Beschuldigte in erster Instanz freigesprochen wurde, OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 14212; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48. Ablehnend MüKo-StPO-*Kudlich*, Einl. Rn. 478; *ders.*, HRRS 2011, 114, 117; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376 f.

<sup>248</sup> OLG Stuttgart StV 2001, 388, 389; OLG Celle StV 2011, 82, 83; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 427a.

müssen, wenn die sie begründenden Tatsachen bereits in diesem Verfahrensstadium „bekannt“ oder „erkennbar“ sind. Andernfalls soll die Rüge entsprechender Rechtsfehler ebenso präkludiert sein.<sup>249</sup> Der Vorschlag fand indes in der Expertenkommission keine Mehrheit.<sup>250</sup>

Des Weiteren hat der Bundesgerichtshof neuerdings enge Voraussetzungen für die Begründung des Widerspruchs formuliert. Diese muss, in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung zur Revisionsbegründung,<sup>251</sup> die „Angriffsrichtung“ des Widerspruchs erkennen lassen.<sup>252</sup> Erforderlich ist demnach, dass der Begründung zu entnehmen ist, unter welchem Gesichtspunkt ein Beweisverwertungsverbot vorliegen soll. Dadurch werde der Prüfungsumfang des Tatgerichts sachgerecht umgrenzt, so dass dem verfassungsrechtlichen Gebot der straffen Verhandlungsführung entsprochen würde.<sup>253</sup> Bezieht sich der Widerspruch demnach auf eine Reihe von für die Verwertung irrelevanten Rechtsverletzungen, ohne den tatsächlich vorliegenden Grund für das Verwertungsverbot zu benennen, ist die Verfahrensrüge dementsprechend wie beim verspäteten oder unterlassenen Widerspruch präkludiert.<sup>254</sup>

#### bb) Dogmatische Grundlage

Die Widerspruchslösung ist von der Rechtsprechung nur rudimentär mit einer dogmatischen Begründung unterlegt worden. *Fezer* führt die Widerspruchslösung als ein „Hauptbeispiel für [höchstrichterliche] Begründungsdefizite“ an.<sup>255</sup> Pointiert spricht er zudem von einer „völlig freischwebenden richterrechtlichen Rechts-

---

<sup>249</sup> *Wenske*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 302, 321 ff., insbesondere 330, 334. Ähnlich auch *Bockemühl-Groß-Bölting/Kaps*, 2. Teil 4. Kap. Rn. 177. Dazu auch *Meyer*, StV 2015, 790, 794, der allerdings zutreffend die Gefahr einer Aushöhlung der Beschuldigtenposition sieht und fordert, dass entsprechende Neuerungen mit einer adäquaten Stärkung der Beschuldigtenrechte einhergehen müssen.

<sup>250</sup> BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 99 ff.

<sup>251</sup> Siehe dazu oben Teil 2 III. B. 2. b) aa) und unten III. A. 3.

<sup>252</sup> BGHSt 52, 38, 42 f.; 52, 48, 53 f.; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 386; NStZ-RR 2010, 148, 149; NJW 2011, 468, 469; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45 f. Kritisch *Bauer*, StV 2010, 635 ff.; *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 322.

<sup>253</sup> BGHSt 52, 38, 42 f.; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45, 46; kritisch zu dieser Begründung SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 77 Fn. 341.

<sup>254</sup> Vgl. BGHSt 52, 38, 42 f., wo der Widerspruch die letztlich entscheidende Unterlassung der Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) nicht benannte. Für *Bauer*, StV 2010, 635 kommt in der Entscheidung das Bedürfnis zum Ausdruck, eine begründete Verfahrensrüge für unzulässig zu erklären.

<sup>255</sup> *Fezer*, HRRS 2010, 281, 282 f. Kritisch auch *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405; *ders.*, wistra 2010, 210, 212; *Schlieffen*, FS AG Strafrecht DAV, S. 801, 802 f.; *Jahn*, StraFo 2011, 117, 123; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 429; BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257 Rn. 22; MÜKo-StPO-Kudlich, Einl. Rn. 479.



fortbildung<sup>64</sup>, die „den Eindruck eines bloßen ergebnisorientierten Machtspruches“ erwecke.<sup>256</sup> Soweit erkennbar, werden in der Rechtsprechung und der Wissenschaft im Wesentlichen die folgenden dogmatischen Ansätze vertreten.

#### (1) Anwendung der bzgl. § 238 Abs. 2 StPO bekannten Ansätze

In ihren frühen Entscheidungen zum Widerspruchserfordernis bei der Protokollverlesung rechtsfehlerhaft zustande gekommener Vernehmungen außerhalb der Hauptverhandlung<sup>257</sup> hat die Rechtsprechung auf dieselben dogmatischen Figuren abgestellt, die sie auch für die Herleitung der Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO ins Auge gefasst hatte. Etwa wurde argumentiert, die jeweils verletzten Verfahrensnormen seien dem Verzicht zugänglich.<sup>258</sup> Auch eine Verwirkung der Revisionsrüge wurde angenommen.<sup>259</sup> Gegen ein solches Verständnis des Widerspruchs als „Schutzerklärung“<sup>260</sup> gegen einen möglichen Rügeverlust durch Verzicht oder Verwirkung sprechen indes dieselben, oben dargestellten Gründe wie bei § 238 Abs. 2 StPO.<sup>261</sup> Gleiches gilt für die vereinzelt vertretene Auffassung,<sup>262</sup> mangels Widerspruch sei ein Beruhen des Urteils auf der Rechtsverletzung abzulehnen.<sup>263</sup>

#### (2) Der Widerspruch als Tatbestandsvoraussetzung

In der Leitentscheidung BGH 5 StR 190/91, Beschl. v. 27.2.1992 und in einigen späteren Entscheidungen findet sich die Formulierung, ohne den Widerspruch bestehe das Beweisverwertungsverbot nicht bzw. sei nicht entstanden.<sup>264</sup> Auch wenn bereits zweifelhaft erscheint, ob damit ein eigener dogmatischer Ansatz formuliert

<sup>256</sup> Fezer, StV 1997, 57, 58.

<sup>257</sup> Siehe oben III. A. 2. a).

<sup>258</sup> RGSt 58, 90 f.; 58, 100, 101; sinngemäß, ohne ausdrücklich auf den Verzicht abzustellen RGSt 50, 364, 365; OLG Celle NZV 1993, 42, 43 f.

<sup>259</sup> BGHSt 9, 24, 27 und 28; aus neuerer Zeit OLG Celle NZV 1993, 42, 43 f.; BayObLG StV 1997, 66, 67; OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 14212; Neuhaus, NSTZ 1997, 312, 316.

<sup>260</sup> Mit diesem Begriff Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66, 67; Dudel, Widerspruchserfordernis, S. 183.

<sup>261</sup> Vgl. Dudel, Widerspruchserfordernis, S. 186 ff. bzw. 199 ff.; Kudlich, HRRS 2011, 114, 115; Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66, 68; Tolksdorf, FS Graßhof, S. 255, 261 f.; Becker, 67. DJT, Bd. II/1, L 52 f.; Löwe/Rosenberg-Gleiß, § 136 Rn. 83; Hegmanns, ZIS 2016, 404, 414; zum Verzicht auch SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 78; Meixner, Widerspruchserfordernis, S. 34 ff. Zu den Einwänden bei § 238 Abs. 2 StPO oben III. A. 1. a) bb).

<sup>262</sup> BGHSt 31, 284, 286.

<sup>263</sup> Vgl. Tolksdorf, FS Graßhof, S. 255, 261; Becker, 67. DJT, Bd. II/1, L 51; Heinrich, ZStW 112 (2000), 398, 409.

<sup>264</sup> BGHSt 38, 214, 225 bzw. BGHSt 42, 15, 22; in letzterem Sinne bereits BGH NSTZ 1987, 132, 133. So auch jüngst wieder BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016.

werden sollte,<sup>265</sup> wurde dies in der Vergangenheit von Teilen der Literatur so verstanden, dass der Widerspruch eine Tatbestandsvoraussetzung des Beweisverwertungsverbots sein sollte.<sup>266</sup> Auf Grundlage dessen ist stellenweise versucht worden, hieraus ein dogmatisches Konzept zu entwickeln.

Als ein solcher Ansatz kann etwa die Auffassung *Hamm*<sup>267</sup> für die der Leitentscheidung zur Widerspruchslösung zugrunde liegende Konstellation, die unterlassene Beschuldigtenbelehrung, angesehen werden. Die Widerspruchslösung wird dabei als eine Art Verlängerung der Aussagefreiheit in die Hauptverhandlung hinein verstanden. Ausgangspunkt ist, dass der Beschuldigte bereits bei der Vernehmung im Ermittlungsverfahren die Wahl hat, auszusagen und daraus ggf. Vorteile zu ziehen, oder nicht. Soweit er nicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt wurde und von seiner Aussagefreiheit auch nicht anderweitig wusste, ist seine Selbstbelastungsfreiheit beeinträchtigt, so dass grundsätzlich ein Verwertungsverbot der Aussage anzunehmen wäre.<sup>268</sup> Zugleich soll die vorenthaltene bzw. beeinträchtigte Wahlmöglichkeit über die Aussage nachträglich in der Hauptverhandlung gewährt werden. So wie bei der rechtsfehlerfrei zustande gekommenen Vernehmung das Entstehen oder Nichtentstehen der Aussage als Beweismittel von einem Willensakt des Beschuldigten – der Entschluss, auszusagen – abhängt, soll das Verwertungsverbot bei nicht gewährleisteteter Aussagefreiheit durch einen solchen Willensakt entstehen. Auch einer Entscheidung des Zweiten Strafsenats aus dem Jahr 2016 liegt ein solcher Ansatz zugrunde: Weil der Beschuldigte seine früheren Angaben erläutern und durch eine weitere Sacheinlassung ersetzen oder dementieren kann, sei es nachvollziehbar, ihm auch die Disposition über die Verwertbarkeit über die früheren Angaben zu überlassen.<sup>269</sup>

Eine weitere Spielart des Verständnisses des Widerspruchs als Tatbestandsvoraussetzung verortet diese Überlegungen in der allgemeinen Abwägung, die bei der Entscheidung über die Annahme eines Beweisverwertungsverbots nach h.M. anzustellen ist.<sup>270</sup> Danach bewirkt die Kenntnis des Beschuldigten von seiner Aussagefreiheit als Abwägungskriterium, dass keine Schutzbedürftigkeit und daher kein Verwertungsverbot anzunehmen ist. Daher soll auch die nachträgliche Zustimmung bzw. Unterlassung des Widerspruchs ein solches abwägungsrelevantes Kriterium

<sup>265</sup> *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 88 f.; siehe auch *Meixner*, Widerspruchserfordernis, S. 19.

<sup>266</sup> *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 67; *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 261 f.; in diese Richtung auch *Widmaier*, NSTZ 1992, 519, 520 f.; *Basdorf*, StV 1997, 488, 491; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376; MAH Strafverteidigung-*Widmaier/Norouzi*, § 9 Rn. 181.

<sup>267</sup> *Hamm*, NJW 1996, 2185, 2187, dazu *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 87 f.

<sup>268</sup> BGHSt 38, 214, 220 ff.

<sup>269</sup> BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016.

<sup>270</sup> Zur Abwägungslehre bei Beweisverwertungsverboten BVerfGE 130, 1; BGHSt 44, 243; dazu in der Literatur *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 55a; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 30 ff.

sein, das zugunsten der Verwertung den Ausschlag gibt.<sup>271</sup> In eine ähnliche Richtung geht die Überlegung von *Maul/Eschelbach*, der Verstoß sei durch den nicht erhobenen Widerspruch geheilt.<sup>272</sup>

Beide Herleitungen vermögen aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Sie stehen bereits im Gegensatz zur Rechtsprechung, dass ein vor der Hauptverhandlung erklärter Widerspruch keine Wirkung entfalten soll.<sup>273</sup> Auch das Begründungserfordernis beißt sich mit dem Verständnis als Tatbestandsmerkmal.<sup>274</sup> Vor allem aber fingieren beide Ansätze die Zustimmung des Beschuldigten zu der Verwertung. Die Variante der „verlängerten Aussagefreiheit“ stellt für die Zulässigkeit der Verwertung darauf ab, dass die Nichterhebung des Widerspruchs Ergebnis einer bewussten Entscheidung ist. Gleichsam kann nur ein bewusst unterlassener Widerspruch bei der Entscheidung über ein Verwertungsverbot für die Abwägung überhaupt relevant werden.<sup>275</sup> Damit erweist sich die Interpretation als Tatbestandsmerkmal letztlich als modifiziertes Verständnis des Widerspruchs als Verzicht, das den unterlassenen Widerspruch lediglich im Sinne eines „negativen Tatbestandsmerkmals“ in ein Beanstandungserfordernis umetikettiert. Diese Ansätze sind den dazu bereits formulierten Bedenken<sup>276</sup> ausgesetzt: Allein das Nichtstun kann keinen Erklärungswert beinhalten.<sup>277</sup>

Der Ansatz *Hamms* scheitert überdies daran, dass er allein auf die Fälle der Belehrungsfehler in der Beschuldigtenvernehmung wie in der Leitentscheidung passt. Für die seither hinzugekommene Fülle weiterer Anwendungsfälle (dazu sogleich), insbesondere die Ausdehnung auf den Sachbeweis, bietet er demgegenüber keine hinreichende Erklärung.<sup>278</sup>

### (3) Der Widerspruch als prozessuale Einrede

Eine dritte, neuere Variante scheint den Widerspruch als eine Art prozessuale Einrede zu begreifen.<sup>279</sup> Ausgangspunkt ist die Auffassung, dass Beweisverwer-

<sup>271</sup> Vgl. *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 255, 263 f.

<sup>272</sup> *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 68 f.

<sup>273</sup> Vgl. *Börner*, Legitimation, S. 393; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376. So gehen etwa *Meyer-Goßner/Appl*, StraFo 1998, 258, 263 auf Grundlage ihres Verständnisses des Widerspruchs als Tatbestandsmerkmal noch ohne Weiteres davon aus, dass der Widerspruch auch bereits im Ermittlungsverfahren erklärt werden kann.

<sup>274</sup> *Schlieffen*, FS AG Strafrecht DAV, S. 801, 806 f.

<sup>275</sup> *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 255, 263 f.; zweifelnd auch *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 68.

<sup>276</sup> Siehe bereits oben unter III. A. 1. a) bb) zu § 238 Abs. 2 StPO.

<sup>277</sup> Vgl. *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 262 ff.

<sup>278</sup> Vgl. *BeckOK-StPO-Eschelbach*, § 257 Rn 21; *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 42 f. Insoweit konsequent indes BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016, worin eine Anwendung auf den Verstoß gegen § 105 StPO abgelehnt wird.

<sup>279</sup> Zu diesem Ansatz bereits *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 119 ff.

tungsverbote für den Beschuldigten grundsätzlich disponibel sein sollen, da er auch ein Interesse an der Verwertung haben könne.<sup>280</sup> Dies gelte jedenfalls, soweit die verletzten Rechtspositionen uneingeschränkt der Disponibilität des Beschuldigten unterliegen,<sup>281</sup> was etwa nicht der Fall sein soll, wenn bei einer Wohnungsdurchsuchung auch noch Rechte Dritter betroffen sein können.<sup>282</sup>

Der Widerspruch stellt auf Grundlage dessen ein „prozessuales Gestaltungsrecht“<sup>283</sup> dar, über das der Beschuldigte das Verwertungsverbot geltend machen kann. Dem gängigen Verständnis von Gestaltungsrechten – die Rechtsposition, einseitig auf ein bestehendes Schuldverhältnis einzuwirken<sup>284</sup> – entsprechend werde durch Unterlassen des Widerspruchs die Rechtslage in der Hauptverhandlung „dauerhaft umgestaltet“.<sup>285</sup> Deshalb müsse der Beschuldigte den Widerspruch erheben, sobald es ihm erstmals möglich ist, und sich ansonsten an dem nicht erklärten Widerspruch in der ersten Hauptverhandlung festhalten lassen.<sup>286</sup> Bei unterlassenenem Widerspruch sei es dem Gericht aufgrund der umgestalteten Rechtslage verwehrt, von einem Verwertungsverbot auszugehen.<sup>287</sup> Damit wird der Widerspruch, wie in der Wissenschaft bereits bei Einführung der Widerspruchslösung kritisch angemerkt, zu einer Art „Beweiseinrede“.<sup>288</sup>

Wer den Widerspruch als prozessuales Gestaltungsrecht ansieht, muss allerdings begründen, weshalb gerade der Nichtgebrauch dieses Gestaltungsrechts eine Änderung der Rechtslage herbeiführen soll. Analog zu den zivilrechtlichen Gestaltungsrechten müsste eher die Gestaltungserklärung selbst und nicht deren Unterlassen die Verwertbarkeit des Beweises als „umgestaltete Rechtslage“ nach sich ziehen.<sup>289</sup> Als Gestaltungsrecht könnte der Verwertungswiderspruch in dogmatisch kohärenter Weise daher überhaupt nur verstanden werden, wenn von vornherein kein Ver-

---

<sup>280</sup> BGHSt 51, 1, 3 f.; 51, 285, 296 f.; BGH NStZ 2010, 157, 158; StraFo 2014, 20; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2601; OLG Bamberg 3 Ss 14/11, Urt. v. 22.3.2011, Tz. 70 [juris]. – Auch das Bundesverfassungsgericht hat bei seiner Billigung der Widerspruchslösung auf das „Interesse des Angeklagten an einer weitreichenden Dispositionsbefugnis“ abgestellt, BVerfGE 130, 1, 31.

<sup>281</sup> BGHSt 51, 285, 296 f. BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016 stellt dies auch für staatlich erfasste Sachbeweise wie Urkunden oder Augenscheinsobjekte infrage.

<sup>282</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2600; dazu *Prittowitz*, StV 2008, 486, 493.

<sup>283</sup> BGHSt 50, 272, 275; OLG Celle StV 2011, 82, 83; NStZ 2014, 118 f. Kritisch zu der Begrifflichkeit *Fezer*, JZ 2006, 474, 475.

<sup>284</sup> Vgl. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 29 ff.

<sup>285</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; OLG Celle StV 2011, 82, 83; OLG Bamberg 3 Ss 14/11, Urt. v. 22.3.2011, Tz. 70 [juris].

<sup>286</sup> BGHSt 50, 272, 275; OLG Celle StV 2011, 82, 83; NStZ 2014, 118 f.

<sup>287</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; OLG Bamberg 3 Ss 14/11, Urt. v. 22.3.2011, Tz. 70 [juris]; in diesem Sinne auch *El-Ghazi/Merold*, HRRS 2013, 412, 415; kritisch SSW-StPO-*Beulke*, Einl. Rn. 276. Dazu bereits oben III. A. 2. b) aa) mit Fn. 238.

<sup>288</sup> Zu diesem Begriff *Bohlander*, NStZ 1992, 504, 505; SK-StPO-*Rogall*, Vor § 133 ff. Rn. 182; SK-StPO-*ders.*, § 136 Rn. 78.

<sup>289</sup> Vgl. *Fezer*, JZ 2006, 474, 475; ähnlich *Börner*, Legitimation, S. 392.

wertungsverbot gälte, es vielmehr erst mit dem Widerspruch entstände. In diesem Sinne kann die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs allerdings kaum verstanden werden.<sup>290</sup>

Jedenfalls steht das Verständnis des Widerspruchs als Gestaltungsrecht aber in klarem Gegensatz zum Amtsermittlungsgrundsatz aus § 244 Abs. 2 StPO.<sup>291</sup> Die gerichtliche Aufklärungspflicht umfasst grundsätzlich die amtliche Ermittlung aller für den Anklagevorwurf relevanten Umstände inklusive der verfahrenserheblichen Tatsachen. Unter Letztere fallen auch die den Beweisverwertungsverböten zugrunde liegenden Tatsachen.<sup>292</sup> Das Verständnis des Widerspruchs als Gestaltungsrecht schafft somit eine Ausnahme zu dieser gesetzlichen Regelung. Eine solche Abweichung von einem tragenden Prinzip des deutschen Strafprozesses dürfte im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung indes kaum zulässig sein. Vielmehr müsste die Widerspruchslösung auf Grundlage eines solchen dogmatischen Fundaments dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

#### (4) Der Widerspruch als Zwischenrechtsbehelf nach *Mosbacher*

Als weitere dogmatische Begründung ist schließlich *Mosbacher's*, zur Präklusion aus § 238 Abs. 2 StPO entwickelter Ansatz zu nennen. Wie oben dargestellt, soll der Zwischenrechtsbehelf aus § 238 Abs. 2 StPO die sachnähere Rechtsschutzmöglichkeit gegen rechtswidrige sachleitende Anordnungen des Vorsitzenden sein.<sup>293</sup> Wird diese Möglichkeit nicht wahrgenommen, so ist die Revisionsrüge wegen Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses zu versagen. Diese Begründung soll nach *Mosbacher* auf sämtliche in der StPO vorgesehene Zwischenrechtsbehelfe anwendbar sein.<sup>294</sup> Als ungeschriebener bzw. von der Rechtsprechung entwickelter Zwischenrechtsbehelf „eigener Art“ wird auch der Widerspruch gegen die Beweisverwertung angesehen.<sup>295</sup> Später hat *Mosbacher* präzisierend vom Widerspruch als „Unterfall des § 238 Abs. 2 StPO“ gesprochen,<sup>296</sup> wobei sich der Widerspruch als

---

<sup>290</sup> BGHSt 38, 214 geht nach dem Aufbau der Argumentation vielmehr davon aus, dass aus der unterlassenen Belehrung in der Beschuldigtenvernehmung grundsätzlich ein Verwertungsverbot in der Hauptverhandlung folgt, es sei denn, beim verteidigten Beschuldigten erfolgt kein Widerspruch.

<sup>291</sup> *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 119 ff.; vgl. auch *Bockemühl-Groß-Bölting/Kaps*, 2. Teil 4. Kap. Rn. 174.

<sup>292</sup> Siehe oben Teil 2 III. B. 1. a) mit den Nachweisen in Fn. 138.

<sup>293</sup> Siehe oben III. A. 1. c).

<sup>294</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 388 f.; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 348.

<sup>295</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 389; *ders.*, NJW 2007, 3686, 3688; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 349 f. Mit dieser Bezeichnung auch OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2601, ohne allerdings die dogmatische Begründung *Mosbacher's* zu teilen.

<sup>296</sup> *Mosbacher*, JR 2007, 387, 389; *ders.*, NJW 2007, 3686, 3688; *ders.*, FS Widmaier, S. 339, 349 f. Auch *Becker*, 67. DJT, Bd. II/1, L 56 f. sieht die gesetzliche Grundlage in § 238 Abs. 2 StPO.

Rechtsbehelf gegen die Anordnung des Vorsitzenden zur Verwertung des kontaminierten Beweises richte.<sup>297</sup>

Gestützt auf diese dogmatische Grundlage kommt *Mosbacher* im Vergleich zur Rechtsprechung teilweise zu gewichtigen Unterschieden bei der konkreten Rechtsanwendung. Vor allem wird konsequent aus der Einordnung des Widerspruchs als Rechtsbehelf gefolgert, dass dem Tatgericht keineswegs verwehrt ist, das Beweisverwertungsverbot von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen.<sup>298</sup> Dies gilt allgemein für alle staatlichen Strafverfolgungsorgane und alle Verfahrensstadien; die Staatsanwaltschaft kann somit bei der Entscheidung über die Anklage auch ohne Widerspruch ein Verwertungsverbot annehmen.<sup>299</sup> Des Weiteren könne der Widerspruch in jeder Hauptverhandlung neu erhoben werden.<sup>300</sup> Zudem stehe er als Rechtsbehelf allen Verfahrensbeteiligten, nicht allein dem Beschuldigten zu.<sup>301</sup>

### cc) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Widerspruchslösung ist seit ihrer Schaffung kontinuierlich um weitere Fälle erweitert worden.<sup>302</sup> Abgesehen vom ursprünglichen Anwendungsfall der verletzten Benachrichtigungspflichten bei Vernehmungen außerhalb der Hauptverhandlung<sup>303</sup> wurde das Widerspruchserfordernis zunächst hauptsächlich für Verwertungsverbote aufgrund von Verstößen bei der Beschuldigtenvernehmung angenommen.<sup>304</sup> Neben dem Ausgangsfall der unterlassenen Belehrung über die Aussagefreiheit nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO<sup>305</sup> wurde die Widerspruchslösung etwa angewandt bei fehlender Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht aus derselben Vorschrift,<sup>306</sup>

<sup>297</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 360 ff.

<sup>298</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 373 ff.; *ders.*, NStZ 2011, 606, 610 f. Anders noch in den früheren Arbeiten, wie etwa *ders.*, JR 2007, 387, 389; *ders.*, NJW 2007, 3686, 3688. Dazu bereits oben III. A. 2. b) aa).

<sup>299</sup> *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 611. In diesem Sinne für das Zwischenverfahren *Wenske*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 302, 318 f.

<sup>300</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 377 f.; *ders.*, NStZ 2011, 606, 611.

<sup>301</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 377.

<sup>302</sup> *Widmaier*, StraFo 2010, 310, 312 spricht von einer „inflationshaften Vermehrung“. Vgl. zum Folgenden auch die Übersicht bei MAH Strafverteidigung-*Widmaier/Norouzi*, § 9 Rn. 183 ff.

<sup>303</sup> Neben den oben in Fn. 231 und 232 genannten Altfällen wurde die Widerspruchslösung seit der Leitentscheidung vor allem bei unterlassener Benachrichtigung des Beschuldigten oder des Verteidigers nach § 168c Abs. 5 Satz 1 StPO angewandt, siehe BGH NJW 1996, 2239, 2241 [in BGHSt 42, 86 nicht abgedruckt]; BGHSt 53, 191, 193 f.

<sup>304</sup> So noch der Stand bei *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 260.

<sup>305</sup> BGHSt 38, 214 ff. sowie BGHSt 39, 349, 352: wenn der Beschuldigte infolge seines geistig-seelischen Zustands die Belehrung nicht verstanden hat.

<sup>306</sup> BGHSt 47, 172, 173; dazu *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 93; *Burhoff*, Handbuch Hauptverhandlung, Rn. 3497.

oder wenn der Beschuldigte nicht hinreichend effektiv bei der Konsultation eines Verteidigers unterstützt worden war.<sup>307</sup> Auf das Widerspruchserfordernis stellte der Bundesgerichtshof zudem bei der zu spät erteilten Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK ab.<sup>308</sup> Auch auf die Angaben eines nicht belehrten Strafgefangenen im Disziplinarverfahren wurde die Widerspruchslösung übertragen.<sup>309</sup> Schließlich wurde bei Umgehung der Belehrung in der Konstellation der sog. „Hörfälle“ grundsätzlich vom Widerspruchserfordernis ausgegangen.<sup>310</sup> *Obiter dictu* hielt der Fünfte Strafsenat die Anwendung der Widerspruchslösung zudem für ein Verwertungsverbot aufgrund der Fernwirkung eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 StPO bei verbotenen Vernehmungsmethoden für erwägenswert.<sup>311</sup>

Als weitere Fallgruppe ist ein Widerspruch nunmehr vermehrt auch bei der Verwertung von Erkenntnissen aus rechtswidrigen Ermittlungsmaßnahmen erforderlich. Zu nennen sind einerseits heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie die rechtswidrig angeordnete Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO,<sup>312</sup> die Verwertung von Zufallskenntnissen aus einer sonst gesetzeskonform ausgeführten Telekommunikationsüberwachung<sup>313</sup> sowie der rechtswidrige Einsatz eines Verdeckten Ermittlers nach § 110a StPO.<sup>314</sup> Auch bei Verletzung des Richtervorbehalts in § 81a Abs. 2 StPO haben verschiedene Oberlandesgerichte in den vergangenen Jahren ein mögliches Beweisverwertungsverbot vom Widerspruch des Beschuldigten abhängig gemacht.<sup>315</sup> Des Weiteren hat der Bundesgerichtshof für die Verwertung einer DNA-Probe, die unter Verletzung der Schriftform für die Einwilligung (§ 81g Abs. 3 Satz 1 StPO) erlangt wurde, einen Widerspruch gefordert.<sup>316</sup> Offengelassen hat der Fünfte Senat die Frage bei einem Verstoß gegen

---

<sup>307</sup> BGHSt 42, 15, 22 ff. Unter diese Fallgruppe sind auch die Konstellationen in BGH NStZ 1997, 502 f. und BGH StV 2015, 144, 146 zu fassen.

<sup>308</sup> BGHSt 52, 38, 41 f.; anders aber BGHSt 52, 48, 53 f., wonach ein Widerspruchserfordernis aufgrund dessen, dass die Belehrung aus Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK in diesem Fall nie nachgeholt wurde, abgelehnt wurde. – Vorausschauend kritisch aus völkerrechtlicher Perspektive bereits *Walther*, HRRS 2004, 126, 130 f. Fn. 37.

<sup>309</sup> BGH NStZ 1997, 614.

<sup>310</sup> BGH StV 1996, 242, 247.

<sup>311</sup> BGH StV 1996, 360, 361; zustimmend *Basdorf*, StV 1997, 488, 491; kritisch *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 263; *Fezer*, StV 1997, 57 f.; anders jüngst BGH StV 2016, 772.

<sup>312</sup> BGH StV 2008, 63, 65; StV 2016, 771, 772.

<sup>313</sup> BGH StV 2001, 545; BGHSt 51, 1, 3 f.

<sup>314</sup> BGH StV 1996, 529: Nichtbeachtung des Richtervorbehalts; BGH bei *Becker*, NStZ-RR 2001, 257, 260: fehlender Anfangsverdacht.

<sup>315</sup> OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2600 f.; OLG Hamm, NJW 2009, 242 f.; NStZ-RR 2010, 148, 149; OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 14212; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 46, 48; OLG München 4 StRR 0018/11, Beschl. v. 21.2.2011, Tz. 18 [juris]. Kritisch BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257 Rn. 21.

<sup>316</sup> BGH NStZ 2010, 157, 158.

Richtervorbehalt bei der Wohnungsdurchsuchung (§ 102 StPO),<sup>317</sup> wohl weil die Betroffenheit eines anderen Grundrechtsinhabers in Rede stand.<sup>318</sup> Demgegenüber hat sich jüngst der Zweite Senat gegen die Anwendung der Widerspruchslösung auf solche Fälle ausgesprochen.<sup>319</sup>

Über diese Fallgruppen hinausgehend wurde die Widerspruchslösung auch für das Verwertungsverbot aus § 252 StPO diskutiert.<sup>320</sup> Im konkreten Fall war die Zeugin verweigernde Zeugin in der ermittelungsrichterlichen Vernehmung noch als Beschuldigte vernommen worden. Zudem hat der Bundesgerichtshof – allerdings vor der Verständigungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>321</sup> – bei einer inhaltlich rechtswidrigen Verständigung *obiter dictu* einen Widerspruch gegen die unzulässigen Verständigungsinhalte gefordert.<sup>322</sup>

### c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung

Auch die Widerspruchslösung steht im Zeichen der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung. Der Bundesgerichtshof hat dazu vereinzelt angeführt, das Widerspruchserfordernis diene einer „gebotenen Verfahrensförderung“.<sup>323</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht betont, dass mit der Widerspruchslösung Verwertungsverbote „noch während der Hauptverhandlung geprüft werden können, damit rechtzeitig Klarheit“ geschaffen wird. Für das Erfordernis der Widerspruchsbegründung wird mit der Begrenzung des Prüfungsumfangs des Tatgerichts explizit auf verfahrensökonomische Gesichtspunkte abgestellt.<sup>324</sup> Abgesehen davon hat sich die Rechtsprechung indes noch nicht zu einem eindeutigen Bekenntnis zur ressourcenschonenden Zielsetzung der Widerspruchslösung hinreißen lassen.

Ausdrücklich wird demgegenüber in der Literatur die Verhinderung von Verfahrensverzögerungen durch „unnötige“ Revisionen, ähnlich der Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO,<sup>325</sup> als Zielsetzung der Widerspruchslösung herausgestellt.<sup>326</sup>

<sup>317</sup> BGHSt 51, 285, 296 f.; für Anwendung der Widerspruchslösung *Mosbacher*, NJW 2007, 3686, 3687.

<sup>318</sup> Mit dieser Deutung OLG Hamburg, NJW 2008, 2597, 2600; dazu *Prittitz*, StV 2008, 486, 493 f.

<sup>319</sup> BGH 2 StR 46/15, Urt. v. 6.10.2016.

<sup>320</sup> BGHSt 42, 391, 397.

<sup>321</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>322</sup> BGH NStZ 2010, 293. Ablehnend Löwe/Rosenberg-*Stucken*berg, § 257c Rn. 75.

<sup>323</sup> BGHSt 42, 15, 23; 52, 38, 42 f.

<sup>324</sup> BGHSt 52, 38, 42 f.; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45, 46.

<sup>325</sup> Siehe oben III. A. 1. c).

<sup>326</sup> Vgl. *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 595; *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 386 ff.; *Gaede*, wistra 2010, 210, 211 f.

*Nagel*, StraFo 2013, 221, 222 spricht ausdrücklich von einer „revisionsabwehrenden Zwecksetzung“.



Bezweckt ist danach wiederum, die auf die Revision folgende Urteilsaufhebung und Zurückverweisung der Sache zu vermeiden, weil eine Behandlung der Problematik durch einen entsprechenden Beitrag des potenziellen Revisionsführers bereits in der Tatsacheninstanz möglich wäre.<sup>327</sup> In den Blick genommen ist damit wiederum das verzögernde oder gar missbräuchliche Zurückhalten oder Provozieren von Verfahrensfehlern für die Rüge auf Revisionsebene. Dieses soll verhindert werden, indem schon in der Tatsacheninstanz eine entsprechende Rügeobliegenheit geschaffen wird. Nach der pointierten Formulierung von *Gaede* liegt wiederum eine Regelung zur Missbrauchsvorsorge vor, wobei die Widerspruchslösung geradezu deren „Prototyp“ darstellt:<sup>328</sup> Durch eine vorbeugende Rügepräklusion wird schon die Möglichkeit des verzögernden Zurückhaltens von Verfahrensfehlern ausgeschlossen, ohne dass auf eine tatsächlich beabsichtigte Verzögerung abgestellt werden muss.

Daneben wird teilweise auch die Gewährung einer Dispositionsfreiheit für den Beschuldigten als Ziel der Widerspruchslösung genannt.<sup>329</sup> Es sei für den Beschuldigten vorteilhafter, selbst über die Geltung eines Beweisverwertungsverbots zu entscheiden, anstatt dass dies stets unabhängig von seinem Willen angenommen werde, da er bei für ihn günstigen Erkenntnissen durchaus Interesse an der Verwertung haben könnte. Weil ein derartiger Zweck nicht von der konkreten Ausgestaltung als Widerspruchserfordernis abhängig ist und die Dispositionsfreiheit durch andere Regelungen deutlich besser gewährleistet werden könnte,<sup>330</sup> kann darin indes kein tragendes Ziel der Widerspruchslösung gesehen werden.

#### d) Verfassungsmäßigkeit

Auch gegen die Widerspruchslösung werden in der Literatur gelegentlich verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Die Präklusion der Rüge in der Revision wird als ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG angesehen.<sup>331</sup> Überdies wird in der Widerspruchslösung eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung und damit ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes gesehen.<sup>332</sup>

---

<sup>327</sup> Vgl. *Gaede*, wistra 2010, 210, 211 f.; *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 595; *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 386 ff.; *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 44.

<sup>328</sup> *Gaede*, wistra 2010, 210, 211 f.; *ders.*, StV 2012, 51, 52 f.

<sup>329</sup> Ausdrücklich stellt etwa BVerfGE 130, 1, 31 auf beide Gesichtspunkte ab. Die Dispositionsfreiheit des Beschuldigten betonen des Weiteren die in Fn. 280 genannten Entscheidungen.

<sup>330</sup> Insbesondere könnte die Disposition des Beschuldigten auch über die sog. „Zustimmungslösung“ gewährleistet werden. Dazu *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376, 377. Zur Zustimmungslösung unten Teil 5 I. A. 2. b).

<sup>331</sup> *El-Ghazi/Merold*, HRRS 2013, 412 ff.; BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257 Rn. 22; *Eschelbach/Geipel/Weiler*, StV 2010, 325, 331.

<sup>332</sup> BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257 Rn. 22; *Jahn*, 67. DJT, Bd. I, C 112; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34. – Zur Bindung der

Dagegen wird angeführt, die Rechtsprechung könne, wenn sie neue Beweisverwertungsverbote *extra legem scriptam* schaffe, diese auch an neue Anforderungen knüpfen.<sup>333</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat im Jahr 2011 das Widerspruchserfordernis für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten.<sup>334</sup> Dabei hat es Parallelen zur Verfahrensrüge im Revisionsverfahren gezogen. Deren Erforderlichkeit sei auch unbedenklich, soweit an ihre Begründung keine „überspannten Anforderungen gestellt werden“.<sup>335</sup>

### 3. Erhöhte Begründungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (die sog. „Negativtatsachen“)

In dem Komplex der Neuerungen in Bezug auf die Beanstandung von Fehlern bei der gerichtlichen Untersuchung ist schließlich auf Revisionsebene die Verschärfung der Begründungsanforderungen für die Verfahrensrüge in der Revision durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu nennen.

#### a) Bisherige Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge

Wie oben geschildert, werden an die Erhebung der Verfahrensrüge gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO seit Anbeginn gewichtige Begründungserfordernisse gestellt.<sup>336</sup> Die Revisionsbegründungsschrift hat den gerügten Mangel anzugeben. Dem Revisionsgericht muss eine „Schlüssigkeitsprüfung“ ermöglicht werden, d.h. das Gericht muss die Zulässigkeit und Begründetheit der Revision allein anhand dieser Begründung prüfen können. Schriftstücke oder Aktenstellen sowie die darin in Bezug genommenen Unterlagen müssen im Wortlaut der Revisionsbegründungsschrift selbst enthalten sein.<sup>337</sup>

#### b) Die neuen Anforderungen zum Vortrag von Negativtatsachen

Seit den 1990er-Jahren hat die Rechtsprechung diese Anforderungen nochmals erheblich verschärft. Diese Entwicklung wird mit dem Stichwort der Pflicht zum Vortrag sog. „Negativtatsachen“ beschrieben. Dieser Begriff und damit auch die daran geknüpften zusätzlichen Begründungsanforderungen werden in der Recht-

---

Judikative an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG siehe bereits den Nachweis oben in III. A. 1. d) Fn. 225.

<sup>333</sup> Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66, 67; Meyer-Göfner/Appl, StraFo 1998, 258, 261.

<sup>334</sup> BVerfGE 130, 1, 31.

<sup>335</sup> BVerfGE 130, 1, 31.

<sup>336</sup> Siehe oben Teil 2 III. B. 2. b) aa).

<sup>337</sup> Siehe SK-StPO-Frisch, § 344 Rn. 48 f. m.w.N.

sprechung und Wissenschaft überaus uneinheitlich verwendet.<sup>338</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung sind darunter zwei Konstellationen zu fassen.<sup>339</sup>

aa) Negativtatsachen als „negative Tatbestandsmerkmale“

Der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen liegt zum einen die Erkenntnis zugrunde, dass viele Verfahrensverstöße nicht aus der Verletzung einzelner Ge- oder Verbotsnormen resultieren, sondern die verletzte Norm oftmals Teil eines „mehrschichtigen Regel-Ausnahme-Systems“<sup>340</sup> ist. Exemplarisch wird der Verstoß gegen § 250 StPO, die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen durch die Verlesung eines Protokolls, angeführt, wofür in den §§ 251, 253 ff. StPO umfangreiche Erlaubnistatbestände existieren.<sup>341</sup> Auf Grundlage dessen verlangt die Rechtsprechung nunmehr, dass der Revisionsvortrag auch die Darstellung dieser Negativtatsachen enthält. Vorgetragen werden muss somit, entsprechende Ausnahmevorschriften seien nicht einschlägig gewesen. Mit dem Begriff der Negativtatsachen sind also zum einen die „negativen Tatbestandsmerkmale“ eines Verfahrensverstößes gemeint, die einem positiv dargelegten Verfahrensmangel wieder seine Grundlage entziehen können. Dies soll nach der Rechtsprechung allerdings nur erforderlich sein, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls eine dem geltend gemachten Fehler entgegenstehende Verfahrenslage ernsthaft in Betracht kommt.<sup>342</sup>

Erforderlich ist nunmehr beispielsweise, im Rahmen der Rüge einer vernehmungsersetzenden Protokollverlesung (§ 250 StPO) in der Revisionschrift darzulegen, dass keine Ausnahme aus § 251 StPO, etwa das allseitige Einverständnis nach § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO, vorliegt.<sup>343</sup> Wird die Unzulässigkeit der Beschlagnahme von Unterlagen als Verletzung des § 97 Abs. 1 StPO gerügt, muss auch zur Frage des Fortfalls der Beschlagnahmefreiheit nach § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO vorge-  
tragen werden.<sup>344</sup> Weiteres Beispiel ist die Konstellation, dass eine Urkunde nicht verlesen und damit nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung gemacht wurde. Hier muss sich der Revisionsführer für eine zulässige Rüge mit der Möglichkeit aus-

<sup>338</sup> Siehe zum Meinungsspektrum *Güntge*, JR 2005, 496.

<sup>339</sup> Im Ergebnis wie hier bereits *Ritter*, Begründungsanforderungen, S. 137; *El-Ghazi*, Sach- und Verfahrensrüge, S. 62 ff.; *SK-StPO-Frisch*, § 344 Rn. 57 ff.; *ders.*, FS Fezer, S. 353, 364.

<sup>340</sup> *Hamm/Sarstedt*, Revision, Rn. 224; *Radtke/Hohmann-Nagel*, § 344 Rn. 18; *Güntge*, JR 2005, 496, 497.

<sup>341</sup> *Güntge*, JR 2005, 496, 498.

<sup>342</sup> BGHSt 37, 245, 248; BGH NSTZ 2000, 49, 50; *Sander*, NSTZ-RR 2005, 1, 3; *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 438.

<sup>343</sup> BGH StV 1990, 345 [red. Leitsatz]; StV 1996, 530, 531; offengelassen indes BGH NSTZ 2000, 49, 50. Zur neueren Entscheidung des Fünften Senats des BGH sogleich.

<sup>344</sup> BGHSt 37, 245, 248.

einandersetzen, ob der Urkundeninhalt stattdessen auf andere Weise, zum Beispiel im Wege des Selbstleseverfahrens gem. § 249 Abs. 2 StPO, zum Gegenstand des Verfahrens wurde.<sup>345</sup>

Vereinzelte neuere Entscheidungen scheinen von den skizzierten Anforderungen wieder etwas abzurücken. Im Jahr 2013 hat sich der Fünfte Senat des Bundesgerichtshofs offenbar gegen die bisherige Rechtsprechung zum Rügevortrag bei einer Verletzung des Verlesungsverbots aus § 250 StPO gestellt.<sup>346</sup> Zur Rüge der Verletzung eines Beweisverwertungsverbots aus § 252 StPO hat der Zweite Senat keinen Vortrag zu einer eventuellen Gestattung der Verwertung durch den Zeugen für notwendig erachtet, weil diese Ausnahme sehr eng auszulegen sei, da andernfalls die Regelung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO überdehnt würde.<sup>347</sup> Ob dies lediglich Einzelfälle sind oder darin die allgemeine Tendenz einer gewissen Entschärfung der Anforderungen an die Darlegung von Negativtatsachen in der Rechtsprechung begründet ist, kann noch nicht beurteilt werden.<sup>348</sup>

bb) Negativtatsachen als hinzutretende, einem Verfahrensfehler entgegenstehende Umstände

Neben dem Eingreifen solcher „negativer Tatbestandsmerkmale“ kann aber das Hinzutreten prozessualer Umstände in der Hauptverhandlung gegen die Annahme eines Verfahrensfehlers sprechen. In Übertragung der Anforderungen zum Nichtvorliegen „negativer Tatbestandsmerkmale“<sup>349</sup> verlangt die Rechtsprechung daher auch die Schilderung des dem Verfahrensfehler möglicherweise entgegenstehenden Prozessgeschehens, um dem Revisionsgericht die Prüfung der Begründetheit anhand der Revisionsbegründungsschrift zu ermöglichen. Statt des Fehlens bestimmter Merkmale handelt es sich bei dieser Fallgruppe somit um tatsächliches Prozessgeschehen. Angesichts dessen wird der Literatur mitunter vorgeschlagen, besser nicht von Negativtatsachen zu sprechen,<sup>350</sup> was vorliegend aber dahinstehen soll.

Was den „sachlichen Anwendungsbereich“ dieser Regelung betrifft, so hat der Bundesgerichtshof derartige hinzutretende Umstände, die im Revisionsvortrag enthalten sein müssen, oftmals bei Verstößen gegen § 247 StPO, etwa durch Entfernung des Beschuldigten auch während der Verhandlung über die Entlassung des

<sup>345</sup> BGH wistra 1990, 197; StraFo 2014, 23; NSTz 2014, 604, 605; OLG Hamm NSTz 2004, 166, 167; verfassungsrechtlich gebilligt in BVerfGE 112, 185. Eingehend zu dieser Fallkonstellation *Ritter*, Begründungsanforderungen, S. 145 ff.

<sup>346</sup> BGH StV 2013, 5; dazu *Ventzke*, StV 2013, 6 f.

<sup>347</sup> BGHSt 57, 254, 256.

<sup>348</sup> Vgl. *Kudlich*, JA 2012, 873, 874; *Theile*, ZJS 2013, 128, 131; eher zweifelnd *Ventzke*, StV 2013, 6, 7.

<sup>349</sup> Vgl. SK-StPO-Frisch, § 344 Rn. 59.

<sup>350</sup> So *Sander*, NSTz-RR 2005, 1, 2; *Cirener*, NSTz-RR 2011, 134, 136.

Zeugen, erkannt. In der Revision muss danach etwa geschildert werden, inwieweit der Beschuldigte durch besondere technische Vorkehrungen nicht doch in die Entlassungsverhandlung eingebunden war.<sup>351</sup> In einem anderen Fall hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, der Revisionsbegründung fehlten Ausführungen zur nach zwischenzeitlicher Unterrichtung des Beschuldigten (§ 247 Satz 4 StPO) durchgeführten ergänzenden Zeugenbefragung, da nur durch Kenntnis deren Inhalts beurteilt werden könne, ob der Beschuldigte nicht im Voraus auf weitere Fragen verzichtet hatte.<sup>352</sup> Bereits im Jahr 1992 hat der Bundesgerichtshof angedeutet, dass bei der Rüge einer rechtsfehlerhaften Beweisantragsablehnung wegen Unerreichbarkeit auch solche Umstände zu benennen sind, die „den behaupteten Rechtsfehler widerlegen könnten“, im konkreten Fall die Anstrengungen des Tatgerichts, eine Aussage des betreffenden Auslandszeugen im Prozess zu ermöglichen.<sup>353</sup>

Einen wichtigen Unterfall stellt die nachträgliche Heilung eines Verfahrensfehlers durch späteres Prozessgeschehen dar. Im Falle des Verstoßes gegen § 247 StPO ist daher auch der Vortrag zu einer möglichen Heilung durch Wiederholung des betreffenden Teils der Hauptverhandlung erforderlich.<sup>354</sup> Die Rüge, das Gericht habe eine Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) nicht eingehalten, muss sich dazu verhalten, ob das Gericht im späteren Verfahrensverlauf von der Wahrunterstellung erkennbar wieder abgerückt ist oder, wenn sich das Gericht danach nochmals mit den Beweisanträgen befasst hat, der Antrag mit einer anderen als der ursprünglichen Ablehnungsbegründung zurückgewiesen wurde.<sup>355</sup> Wird eine (protokollierte) Zeugenaussage im Urteil nicht erörtert, muss die Rüge der Verletzung von § 261 StPO auch darlegen, dass sich die Beweiserheblichkeit der Aussage im Lauf des Prozesses nicht geändert hat.<sup>356</sup>

Unklar ist, ab welchen Anzeichen für eine solche nachträgliche Heilung ein Vortrag dazu erforderlich ist. Teilweise ist dies auch gefordert worden, ohne dass der Prozess Anzeichen hierfür geboten hätte.<sup>357</sup> Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 zu einer vergleichbaren Konstellation jedenfalls dann keine Notwendigkeit gesehen, hierauf in der Revisionsbegründung einzugehen, wenn für eine solche Heilung keine Anhaltspunkte bestehen.<sup>358</sup>

---

<sup>351</sup> BGH StV 2011, 520.

<sup>352</sup> BGH NSTZ 2000, 328, 329.

<sup>353</sup> BGH NSTZ 1993, 50; dazu *Dahs*, StraFo 1995, 41, 44.

<sup>354</sup> Etwa BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Abwesenheit 2; BGH NSTZ-RR 1999, 107 f.; StV 2004, 305, 306; dazu eingehend SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 59 und *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 438 m.w.N.

<sup>355</sup> BGH StV 1994, 5 f.; dazu *Dahs*, StraFo 1995, 41, 44. Siehe außerdem *Widmaier*, StraFo 2006, 437 f. mit der Schilderung eines ähnlichen Beispiels.

<sup>356</sup> BGH StV 2002, 354 f.

<sup>357</sup> OLG Hamm NJW 2006, 1449.

<sup>358</sup> BGH NSTZ 2007, 717; zustimmend SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 59 Fn. 318.

## cc) Speziell: Rügepräklusionen

Als spezielle Unterfallgruppe der hinzutretenden Umstände sind unterlassene bzw. fehlerhafte Beanstandungen von Normverletzungen einzustufen, die eine Präklusion der Verfahrensrüge und damit die Unerheblichkeit der Normverletzung nach sich ziehen. Die Revisionsbegründung muss die Darstellung enthalten, inwieweit entsprechende Beanstandungen in der Hauptverhandlung form- und fristgerecht erhoben wurden, um dem Revisionsgericht die Prüfung allein anhand der Revisionsbegründungsschrift zu ermöglichen.<sup>359</sup> Als Anwendungsfälle in Betracht kommen neben den gesetzlichen Präklusionsregelungen<sup>360</sup> insbesondere die Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO<sup>361</sup> und die Widerspruchslösung.<sup>362</sup>

Die entsprechenden Begründungsanforderungen sollen beispielhaft anhand der Widerspruchslösung erläutert werden. Nach den ursprünglichen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sind die Tatsachen zu schildern, aus denen sich die konkrete Rechtsverletzung und das daraus resultierende Verwertungsverbot ergeben. Bei Verletzung der Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO erfordert dies die Mitteilung der Umstände, aus denen die Belehrungspflicht folgt, die Mitteilung des Inhalts der verwerteten Aussage und der Umstände, aus denen sich die Verwertung der Aussage ergibt.<sup>363</sup>

Als Negativtatsache ist nun zunächst zu schildern, dass der Verwertung widersprochen wurde.<sup>364</sup> Bei mehrdeutigen prozessualen Erklärungen, etwa einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO, sind die Umstände näher zu beschreiben, weil das Revisionsgericht selbstständig beurteilen können muss, ob die Erklärung als Widerspruch ausgelegt werden kann.<sup>365</sup> Darüber hinaus muss der Zeitpunkt des Widerspruchs dargelegt werden, um die Möglichkeit eines verspäteten Widerspruchs nicht auszuschließen.<sup>366</sup> Zudem muss angegeben werden, dass es sich nicht um eine erneute Hauptverhandlung nach Rückverweisung in der Revision handelte.<sup>367</sup> Bei der Revision gegen Berufungsurteile ist zudem vorzutragen, dass der Widerspruch in der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung erhoben wurde.<sup>368</sup>

---

<sup>359</sup> KK-StPO-*Gericke*, § 344 Rn. 43; SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 59.

<sup>360</sup> Siehe oben Fn. 138.

<sup>361</sup> Siehe oben III. A. 1.

<sup>362</sup> Siehe oben III. A. 2.

<sup>363</sup> BGH NJW 1993, 2125, 2127.

<sup>364</sup> BGH NSTZ 1997, 614; StV 2001, 545; NSTZ 2010, 157, 158; OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2600; OLG Celle StV 2011, 82, 83; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2011, 45.

<sup>365</sup> BGH StV 2008, 63, 65; StraFo 2014, 20.

<sup>366</sup> BGH NSTZ 1997, 614; BGH BeckRS 2013, 02639; OLG Celle StV 2011, 82, 83; OLG Frankfurt NSTZ-RR 2011, 45.

<sup>367</sup> *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 1987.

<sup>368</sup> OLG Hamburg NJW 2008, 2597, 2600; vgl. OLG Celle NSTZ 2014, 118 f.; *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 1987.

Auch die Begründung des Widerspruchs, aus der die Angriffsrichtung hervorgehen muss, ist zu nennen.<sup>369</sup> Zuletzt ist in der Revisionsbegründung zu schildern, dass der Widerspruch nicht zurückgenommen wurde.<sup>370</sup>

### c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung

Hinter der grundsätzlichen Begründungspflicht aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO stehen Verfahrensökonomie und die Ressourcenschonung als tragende Gründe. Bezweckt ist die Entlastung des Revisionsgerichts, das nicht von Amts wegen die Einhaltung prozessualer Vorschriften prüfen und dazu die Akten durchforsten müssen soll.<sup>371</sup> Bereits der historische Gesetzgeber hatte diesbezüglich festgehalten, es könne nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts sein, „die Akten behufs Auffindung solcher Tatsachen durchzusehen, welche der aufgestellten Rüge etwa zur Grundlage dienen könnten“.<sup>372</sup> Eine solche „allgemeine Verfahrensrüge“ wird als „praktisch nicht handhabbar“ angesehen.<sup>373</sup> Daher ist es durchaus zutreffend, wenn ausgeführt wird, dass mit § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in begrenztem Umfang die Verhandlungs- bzw. Dispositionsmaxime Eingang in das Verfahren gefunden hat.<sup>374</sup>

Über die bloße Begründungspflicht hinausgehend soll das Revisionsgericht aber auch lückenhafte Vorträge nicht durch eigenes Aktenstudium vervollständigen müssen. Das Erfordernis, die Tatsachen, aus denen sich Zulässigkeit und Begründetheit der Revision ergeben, so in der Revisionsschrift zu schildern, dass dem Revisionsgericht eine Prüfung der Schlüssigkeit allein daraus möglich ist, zielt somit auf eine noch weitergehende Ressourcenschonung am Revisionsgericht ab.<sup>375</sup> In den Anforderungen an die Schilderung von Negativtatsachen hat diese Zielsetzung ihren derzeitigen Höhepunkt erreicht. Diese Rechtsentwicklung wird dementsprechend gleichfalls im Geiste des „ressourcen-ökonomischen Prinzips“, an dem § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO orientiert ist, gesehen.<sup>376</sup>

<sup>369</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 45 f.

<sup>370</sup> *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 1985.

<sup>371</sup> BVerfG StV 1985, 1; BVerfGE 63, 45, 70; 112, 185, 211 f.; SK-StPO-Frisch, § 344 Rn. 45; KK-StPO-Gericke, § 344 Rn. 32; SSW-StPO-Momsen, § 344 Rn. 35; *Basdorf*, StV 1997, 488, 489; *Weider*, StraFo 2000, 328, 331; *Widmaier*, StraFo 2006, 437; *Schnarr*, FS Nehm, S. 327, 329; *Mosbacher*, NStZ 2008, 262, 263; *El-Ghazi*, ZStW 125 (2014), 862, 868.

<sup>372</sup> Zitiert nach BVerfGE 112, 185, 210.

<sup>373</sup> *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 342. Vgl. auch *Widmaier*, StraFo 2006, 437.

<sup>374</sup> So bereits *Beling*, JW 1924, 909 f.; dazu *Ventzke*, StV 1992, 338, 340; *Bauer*, StV 1999, 622; *ders.*, NStZ 2012, 191, 193.

<sup>375</sup> *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 385; *Mosbacher*, NStZ 2008, 262, 263. – Zu der Anforderung der Ermöglichung einer „Schlüssigkeitsprüfung“ oben Teil 2 III. B. 2. b) aa).

<sup>376</sup> *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 386.

#### d) *Verfassungsmäßigkeit*

Gegen die skizzierten Anforderungen der Rechtsprechung werden vereinzelte verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Bezugspunkt ist einerseits ein möglicher Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes durch Überschreitung der Grenzen zulässiger Normauslegung; andererseits die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat die Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO indes mehrfach verfassungsrechtlich gebilligt.<sup>377</sup> Zuletzt hat es im Jahr 2005 auch die Anforderungen der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen im Sinne „negativer Tatbestandsmerkmale“ als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet.<sup>378</sup>

#### aa) Vorrang des Gesetzes

Zum einen wird bezweifelt, dass sich die Auslegung von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO überhaupt noch in den Grenzen zulässiger Normauslegung bewegt, also den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) einhält.<sup>379</sup>

Teilweise wird vertreten, bereits die Anforderung der Ermöglichung einer „Schlüssigkeitsprüfung“ könne aus dem Wortlaut nicht abgeleitet werden.<sup>380</sup> Jedenfalls wird die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen als nicht mehr von der gesetzlichen Grundlage gedeckt angesehen.<sup>381</sup> Dem hält das Bundesverfassungsgericht, zumindest im Hinblick auf die hier als negative Tatbestandsmerkmale bezeichneten Negativtatsachen entgegen, dass sich der Wortlaut mit der Formulierung „die den Mangel enthaltenden Tatsachen“ auf alle erforderlichen Tatsachen bezieht, die das Ergebnis der richtigen Anwendung einer Rechtsnorm tragen können.<sup>382</sup>

Des Weiteren wird gerügt, die Rechtsprechung stelle „übersteigerte Anforderungen“<sup>383</sup> an die Handhabung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, die nicht mehr mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar sei. So gehe die Gestaltung mittlerweile klar über das Ziel der Vorschrift, die Vermeidung der allgemeinen Verfahrensrüge, hinaus.<sup>384</sup> Für einen eindeutigen Prüfungsauftrag an das Revisionsgericht reichten die

<sup>377</sup> BVerfGE 63, 45, 70 f.; BVerfG StV 1985, 1; NStZ 2002, 487, 488.

<sup>378</sup> BVerfGE 112, 185, 208 ff. Zustimmung in der Literatur SK-StPO-Frisch, § 344 Rn. 44; Mosbacher, NStZ 2008, 262, 263; SSW-StPO-Momsen, § 344 Rn. 63; Güntge, JR 2005, 496, 498 f.

<sup>379</sup> Zur Bindung der Judikative an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG siehe bereits den Nachweis oben in III. A. 1. d) Fn. 225.

<sup>380</sup> Bauer, StV 2010, 120, 121; El-Ghazi, ZStW 125 (2014), 862, 868 ff.

<sup>381</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 47; Schünemann, ZIS 2009, 484, 487.

<sup>382</sup> BVerfGE 112, 185, 209 f.; zustimmend Güntge, JR 2005, 496, 499.

<sup>383</sup> Weider, StraFo 2000, 328, 329; Rieß, FS Hanack, S. 397, 409; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 47.

<sup>384</sup> Fezer, FS Hanack, S. 331, 342; SK-StPO-Frisch, § 344 Rn. 64; Weider, StraFo 2000, 328, 331; Rieß, FS Hanack, S. 397, 409; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 1070.



räumlich-zeitliche Beschreibung des Verfahrensvorgangs und die Hervorhebung des Fehlers aus.<sup>385</sup> Eine messbare entlastende Wirkung für das Revisionsgericht gehe mit den zusätzlichen Anforderungen nicht mehr einher.<sup>386</sup> Vielmehr müsse das Revisionsgericht schon jetzt bei einer genügend individualisierten Verfahrensrüge die im Einzelfall für die Begründetheitsprüfung erheblichen Verfahrenstat-sachen aus den Akten herausarbeiten und dann mit der Revisionsbegründungs-schrift vergleichen.<sup>387</sup> Vereinzelt wird aus diesem Grund bereits unabhängig von der Problematik der Negativtatsachen die Vorgabe der Ermöglichung einer Schlüs-sigkeitsprüfung als nicht vereinbar mit dem Zweck des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO angesehen.<sup>388</sup> Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht eine Übereinstim-mung mit dem Telos des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erkannt, den es allerdings be-reits darin gesehen hat, „das Revisionsgericht in die Lage zu versetzen, allein an-hand der Revisionsbegründung über die Schlüssigkeit einer Verfahrensrüge zu befinden“.<sup>389</sup> Es hat also die Ermöglichung der Schlüssigkeitsprüfung quasi als Selbstzweck eingestuft, ohne auf die dahinterstehenden Gründe einzugehen.

Vor allem werden gegen die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen systemati-sche Bedenken angeführt. Gegenstand der Zulässigkeitsprüfung der Revision ist da-nach allein die Behauptung eines Verstoßes gegen eine Verfahrensvorschrift unter Darlegung der den Verstoß begründenden Tatsachen. Ob sich die Normverletzung gar nicht ausgewirkt hat, weil der Verstoß etwa geheilt wurde, sei demgegenüber Teil der Beruhensfrage (§ 337 StPO) und damit Gegenstand der dem Revisionsge-richt zugewiesenen Begründetheitsprüfung.<sup>390</sup> Die Rechtsprechung zu den Negativ-tatsachen verpflanze somit systemwidrig Begründetheitsfragen in die Zulässigkeits-prüfung.<sup>391</sup> Auf diese Weise würden nunmehr Revisionen, die eigentlich begründet wären, weil ein Beruhen des Fehlers nicht ausgeschlossen werden könnte, als unzu-lässig verworfen.<sup>392</sup> *Frisch* nimmt dabei allerdings die oben als „negative Tat-bestandsmerkmale“ zusammengefasste Fallgruppe aus: In diesen Fällen beziehe sich der erwartete Revisionsvortrag in sich logisch allein auf den Verfahrensfehler.<sup>393</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat, wiederum jedenfalls für diese Fallgruppe, keine „sys-temwidrige Verlagerung von Begründetheitserwägungen in die Zulässigkeitsprü-fung“ festgestellt.<sup>394</sup> Vielmehr setze § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO für die Zulässigkeit

---

<sup>385</sup> SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 64;

<sup>386</sup> *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 327; zweifelnd *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 386.

<sup>387</sup> *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 327.

<sup>388</sup> *El-Ghazi*, Sach- und Verfahrensrüge, S. 74 ff.

<sup>389</sup> BVerfGE 112, 185, 211 f.; zustimmend *Güntge*, JR 2005, 496, 499.

<sup>390</sup> *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 345 f.; SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 63.

<sup>391</sup> *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 345 f.

<sup>392</sup> SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 63; vgl. auch *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 438.

<sup>393</sup> SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 64. Allerdings gelten nach *Frisch* für diese Fallgruppe dann die bereits beschriebenen teleologischen Einwände.

<sup>394</sup> BVerfGE 112, 185, 211.

der Revision schon von vornherein nicht allein auf formale Kriterien, sondern eben auch auf die Angabe der die Begründetheit der Revision tragenden Tatsachen.<sup>395</sup>

#### bb) Garantie effektiven Rechtsschutzes

In den Anforderungen zur Begründung der Verfahrensrüge wird von einigen Stimmen in der Strafrechtswissenschaft zugleich eine Verletzung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG bzw. dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG<sup>396</sup> gesehen. Negativtatsachen, also Ausnahmetatbestände oder Prozessgeschehen, das einen Normverstoß ungeschehen macht, seien in vielerlei Weise denkbar. Für den Revisionsführer stelle es eine große Herausforderung dar, alle möglichen Ausnahmeregelungen zu einem Normverstoß zu bedenken und in der Revisionsbegründung zu thematisieren.<sup>397</sup> Zusätzlich bemerkt etwa *Dahs*, dass die in Betracht kommenden Ausnahmekonstellationen oftmals kaum rekonstruierbar sind.<sup>398</sup> Dies gilt in besonderem Maße für die Verteidigung. Etwa im oben beschriebenen Fall<sup>399</sup> der Rüge der Loslösung des Gerichts von einer Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) muss die Verteidigung gar nicht unbedingt von den Bemühungen des Tatgerichts zur Vernehmung des entsprechenden Zeugen erfahren haben, welche für ein Abrücken von der Wahrunterstellung sprechen könnten und daher in der Revisionsbegründungsschrift zu schildern waren.<sup>400</sup> Hinzu kommen die unklaren Konturen der Rechtsprechung, die sich weder durch „Klarheit noch durch innere Logik“ auszeichneten,<sup>401</sup> weshalb der notwendige Umfang des Vortrags zu Negativtatsachen im Vorfeld kaum zu überblicken sei.<sup>402</sup> Insgesamt sei die Verfahrensrüge durch die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen mittlerweile mit Hürden versehen, die den Zugang zur Rechtsmittelinstanz unzumutbar bzw. unerfüllbar erschwerten.<sup>403</sup>

<sup>395</sup> BVerfGE 112, 185, 211 mit Verweis auf *Kukuk*, Negativtatsachen, S. 254 ff.

<sup>396</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet die Rechtsschutzgarantie, entsprechend seiner Dogmatik zu Art. 19 Abs. 4 GG (dazu bereits oben Teil 2 III. B. 2. d)), aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und nicht Art. 19 Abs. 4 GG ab. Dazu BVerfGE 112, 185, 207 f.

<sup>397</sup> *Theile*, ZJS 2013, 128, 131; *El-Ghazi*, ZStW 125 (2014), 862, 868.

<sup>398</sup> *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45.

<sup>399</sup> Siehe oben III. A. 3. b) bb) mit Fn. 355.

<sup>400</sup> *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45.

<sup>401</sup> *Ritter*, Begründungsanforderungen, S. 156 ff.

<sup>402</sup> Vgl. *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 349 Fn. 85; *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45; *Hamm/Sarstedt*, Revision, Rn. 226; SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 62.; *El-Ghazi*, Sach- und Verfahrensrüge, S. 66 f.; *Schlothauer/Weider*, Revisionsverfahren, Rn. 69; vgl. *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 167; *Weider*, StraFo 2000, 328, 332. Nach *Bauer*, StV 2010, 120, 121 gleicht das Revisionsverfahren für den Rechtsmittelführer daher der „Teilnahme an einem Roulettespiel“.

<sup>403</sup> *Weider*, StraFo 2000, 328, 331; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 47; kritisch auch *Schnarr*, FS Nehm, S. 327, 333 ff.; *Dahs*, StraFo 1995, 41, 44 f.

Das Bundesverfassungsgericht hat indes die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen auch im Hinblick auf den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gebilligt. Allerdings hat es in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 betont, dass an den Zugang zur Rechtsmittelinstanz in formeller Sicht keine überspannten Anforderungen gestellt werden dürften. Andernfalls könnte das Rechtsmittel ineffektiv werden und für den Beschwerdeführer „leerlaufen“. <sup>404</sup> Die Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nach Auslegung der Rechtsprechung würden diesem Maßstab aber gerecht. <sup>405</sup>

Einige Stimmen in der Literatur haben diese Passagen des Urteils trotz der grundsätzlichen Billigung der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen als Mahnung an die Revisionsrechtsprechung verstanden, diese Anforderungen nicht weiter auszudehnen. <sup>406</sup> Ob die oben geschilderten entschärfenden Entscheidungen aus den letzten Jahren <sup>407</sup> auf diese Mahnung zurückzuführen sind, ist allerdings spekulativ.

## B. Eigene Beweisführung des Beschuldigten

In einer zweiten Fallgruppe sind Neuerungen zusammenzufassen, welche die formellen Anforderungen an die Geltendmachung der Beweisführungsrechte des Beschuldigten in der Hauptverhandlung erhöhen. Sie betreffen das Beweisantragsrecht, das, wie gezeigt, als besonders „missbrauchsanfällig“ gilt. <sup>408</sup> Zum einen werden unter dem Stichwort der „Konnexität“ neue Anforderungen an einen Beweisantrag gestellt (1.); zweitens können nach den Bestimmungen der sog. „Fristlösung“ Beweisanträge leichter abgelehnt werden (2.).

### 1. Das Merkmal der Konnexität im Beweisantragsrecht

Die unter dem Stichwort der Konnexität erhobenen Anforderungen setzen bereits bei der Anerkennung eines Beweisbegehrens als förmlichem Beweisantrag an.

#### a) *Herausbildung des Konnexitätsanfordernisses*

Das Merkmal der Konnexität hat sich schrittweise in den 1990er-Jahren etabliert. Der Prozess seiner Herausbildung stellt sich als sehr unübersichtlich dar, so dass

---

<sup>404</sup> BVerfGE 112, 185, 208; *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 326; SK-StPO-*Frisch*, § 344 Rn. 44.

<sup>405</sup> BVerfGE 112, 185, 212. Allerdings erkannte das Gericht in der Anwendung im konkreten Fall einen verfassungsrechtlichen Verstoß, da die geforderten zusätzlichen Darlegungen in keinem Zusammenhang mit der gerügten Rechtsverletzung stünden.

<sup>406</sup> Vgl. etwa *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 440. Löwe/Rosenberg-*Franke*, § 344 Rn. 80 wertet die Entscheidung gar als „Einschnitt“.

<sup>407</sup> Siehe oben III. A. 3. a) aa).

<sup>408</sup> Siehe oben II. B. 2.

die einzelnen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Folgenden vergleichsweise detailliert betrachtet werden sollen.

Den Ausgangspunkt bildet die Entscheidung BGH 5 StR 279/93, Urt. v. 6.7.1993.<sup>409</sup> Darin betonte das Gericht, dass ein auf die Vernehmung eines Zeugen gerichteter Beweisantrag erfordert, die konkrete, vom Zeugen unmittelbar wahrgenommene Beweistatsache zu benennen. Die Angabe eines dahinter stehenden Beweisziels, etwa eines daraus zu folgernden Geschehens, sei daher im Regelfall nicht ausreichend.<sup>410</sup> Im konkreten Fall genüge es nicht für eine hinreichend bestimmte Beweistatsache, die Nichtanwesenheit des Beschuldigten an einem Ort an sich unter Beweis stellen zu wollen; statt dessen müsse der Beweisantrag benennen, ob diese Folgerung darauf beruht, dass die Zeugin etwa mit dem Beschuldigten woanders war, oder ihn an dem relevanten Ort gerade nicht gesehen hat. Ansonsten sei dem Gericht die Anwendung der Ablehnungsgründe nicht möglich.

Dieses Erfordernis hat *Widmaier* in seiner Urteilsbesprechung als „Konnex“ zwischen Beweismittel und Beweistatsache bezeichnet.<sup>411</sup> Der Beweisantrag müsse, wie es in der Praxis ohnehin selbstverständlich sei, auf Qualität und „Beweiskompetenz“ des Zeugen eingehen. Gemeint war damit die „Beziehung des Zeugen zu der unter Beweis gestellten Tatsache“,<sup>412</sup> also etwa, ob es sich um einen Augenzeugen des Geschehens oder – insbesondere relevant für die Beurteilung als bedeutungslos (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 2 StPO) – bloß um einen Zeugen vom Hörensagen handele. Dies griff der Bundesgerichtshof in BGH 3 StR 446/93, Urt. v. 8.12.1993 auf und sprach einem Beweisbegehren die Beweisantragsqualität ab, weil kein solcher Konnex erkennbar sei.<sup>413</sup> Es sei nicht klar geworden, ob die benannten Zeugen bei dem antragsgegenständlichen Vorgang unmittelbar zugegen waren oder etwa von Dritten darüber unterrichtet worden waren. Konkret ergab sich diese Unklarheit daraus, dass die Vernehmung dreier Zeugen zum Beweis zweier Sachverhaltskomplexe beantragt wurde, aber dem Antrag schon keine Zuordnung zwischen Zeuge und Sachverhaltskomplex entnommen werden konnte.<sup>414</sup>

In BGH 3 StR 114/97, Urt. v. 28.11.1997, hat der Dritte Strafsenat schließlich das Erfordernis eines Konnexes als formal eigenständige dritte Voraussetzung des

---

<sup>409</sup> BGHSt 39, 251.

<sup>410</sup> BGHSt 39, 251, 253 f.

<sup>411</sup> *Widmaier*, NStZ 1993, 602. Später sprach *Widmaier* angesichts der Fortentwicklung (dazu sogleich) freilich davon, dass er „die Geister“, die er rief, „nicht mehr los“ werde, *ders.*, StraFo 2010, 310, 314; dazu bereits *Jahn*, StV 2009, 663.

<sup>412</sup> Rückblickend *Widmaier*, StraFo 2010, 310, 314.

<sup>413</sup> BGHSt 40, 3, 6.

<sup>414</sup> Diesen Umstand betonen *Rose*, NStZ 1998, 633, 634; *ders.*, NStZ 2014, 128, 129 f.; *Herdegen*, NStZ 1999, 176, 180; *Habethal/Trüg*, GA 2009, 406, 418 f. und *Kröpil*, Jura 2012, 459, 461. Nach der hiesigen Lesart des Urteils mit seinem Verweis auf *Widmaier*, NStZ 1993, 602 ist der für den BGH entscheidende Umstand für die fehlende Beweisantrags-eigenschaft die daraus folgende nicht genau bezeichnete Wahrnehmungssituation.

Beweisantrags angesehen.<sup>415</sup> Zugleich hat er die inhaltlichen Anforderungen auf die Formel gebracht, dass ein Beweisantrag erkennen lassen muss, „weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden“ kann.<sup>416</sup> Angegeben werden muss danach beispielsweise, dass der Zeuge am Tatort war, in der Nachbarschaft wohnt oder eine Akte gelesen hat. Dieser, nunmehr als „Konnexität“ bezeichnete Zusammenhang zwischen Beweistatsache und Beweismittel ergebe sich in manchen Fällen zwar von selbst; in anderen Fällen seien jedoch noch gesonderte Ausführungen erforderlich.

### b) Regelungsinhalt

Der Regelungsinhalt des auf diese Weise etablierten Konnexitätsanfordernisses hat sich schrittweise weiterentwickelt.<sup>417</sup> Auf diese Weise entstanden unterschiedliche Verständnisse des Konnexitätsanfordernisses, die bis in die heutige wissenschaftliche Diskussion hineinwirken.

#### aa) Verständnis als Konnexität „im engeren Sinne“

Noch nach der Entscheidung BGH 3 StR 114/97, Urt. v. 28.11.1997, die wie geschildert das Merkmal der Konnexität als eigenes Element des Beweisantrags etablierte, wurde zunächst in Zweifel gezogen, dass mit dem Konnexitätsanfordernis überhaupt eine inhaltliche Erweiterung im Vergleich zu den bisherigen Anforderungen an die Beweisantragstellung einherging.

Dies ließ sich darauf stützen, dass in den bisherigen Entscheidungen allein auf die Art der Wahrnehmung an sich (am Tatort, vom Hörensagen, aus Akten) abgestellt wurde. Die Formel, „,warum‘ der Zeuge überhaupt etwas wahrnehmen konnte“, konnte sich dementsprechend auch auf die bloße Angabe der Wahrnehmungssituation beziehen.<sup>418</sup> Eine entsprechende Schilderung war aber ohnehin für die Konkretisierung der Beweistatsache notwendig. In diesem Sinne ging der Dritte Senat noch im Jahr 2009 davon aus, dass mit der konkreten Angabe des Gegenstands der Wahrnehmung auch hinreichend dargetan ist, „warum“ der Zeuge die

---

<sup>415</sup> BGHSt 43, 321, 329; daran anschließend der Erste Senat in BGH NStZ 2011, 169; die Frage des selbstständigen Elements des Beweisantrags offen lässt dagegen der Dritte Senat in BGH NStZ 2009, 171, 172. Ablehnend *Basdorf*, FS Widmaier, S. 51, 57 f.

<sup>416</sup> BGHSt 43, 321, 329 f.; dem folgend BGH NStZ 1999, 522; 2000, 437, 438; BGHSt 52, 284, 287 f. Ähnlich zuvor schon BGH NStZ 1998, 97.

<sup>417</sup> Nach *Widmaier*, StraFo 2010, 310, 314 und *Ventzke*, NStZ 2011, 301 hat das Merkmal der Konnexität mittlerweile ein gewisses „Eigenleben“ entfaltet.

<sup>418</sup> In diese Richtung BGH NStZ 2006, 585, 586 mit Verweis auf BGHSt 43, 321, 329 f. Mit diesem Verständnis wohl auch MAH Strafverteidigung-*Widmaier/Norouzi*, § 9 Rn. 37 ff. Anders aber die Einschätzung von *Fezer*, FS Meyer-Goßner, S. 629, 636, wonach nicht nur die konkrete Art der Wahrnehmung sondern darüber hinausgehend auch gemeint sei, weshalb ihm diese Wahrnehmung möglich war.

Wahrnehmung habe machen können.<sup>419</sup> Die Konnexität wurde somit zumindest teilweise noch in einem „engeren Sinne“ verstanden.<sup>420</sup>

bb) Weiterentwicklung zur Konnexität „im weiteren Sinne“

Schon bald wurde in einigen Folgeentscheidungen allerdings ein inhaltlich weiteres Verständnis der Konnexität deutlich. In einer Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahr 2001 wurde eine ausreichende Darlegung der Konnexität abgelehnt, weil keine konkreten Tatsachen dafür vorgetragen worden seien, dass der – unstreitig im Raum anwesende – Zeuge den Inhalt der antragsgegenständlichen Kommunikation wahrnehmen konnte.<sup>421</sup> Im Jahr 2005 ließ der Dritte Senat in einer Entscheidung offen, ob für das Merkmal der Konnexität die Angabe ausgereicht hätte, dass die Zeugen am Tatort waren, oder ob darüber hinaus auch die Angabe notwendig gewesen wäre, dass sie eine besonders gute Beobachtungsposition innehatten.<sup>422</sup>

Mittlerweile hat sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Deutung durchgesetzt, dass die Formel, „,warum‘ der Zeuge überhaupt etwas wahrnehmen konnte“, als eine „Konnexität im weiteren Sinne“<sup>423</sup> zu verstehen ist. Gefordert ist danach die Darlegung einer gewissen Plausibilität für das Gelingen der Beweiserhebung.<sup>424</sup> Über die bloße Angabe der Beziehung des Zeugen zur Beweistatsache (Augenzeuge, Zeuge vom Hörensagen, Kenntnis aus den Akten) hinaus muss vorgetragen werden, warum es dem Zeugen in der konkreten Situation möglich gewesen ist, eigene Wahrnehmungen zu machen.<sup>425</sup> Hierfür müssen „nachvollziehbare Gründe“ angegeben werden; die Möglichkeit ist dem Tatgericht „plausibel“ zu machen.<sup>426</sup> Zur Veranschaulichung wird oftmals auf das „Oktoberfestbeispiel“ zu-

---

<sup>419</sup> BGH 3 StR 557/08, Beschl. v. 22.1.2009; ebenso der Senatsvorsitzende *Becker* in seiner Kommentierung zu § 244 StPO, Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 244 Rn. 113. Noch in BGH NStZ 2015, 295 f. hat der Dritte Senat offengelassen, ob es sich bei der Konnexität um ein selbstständiges Merkmal oder eine präzisierende Darstellung der Beweistatsache handelt. In diesem Sinne versteht auch SK-StPO-*Frister*, Rn. 55 das Konnexitätserfordernis als Angabe, „wie [der Zeuge] von der behaupteten Tatsache Kenntnis erlangt haben will“.

<sup>420</sup> Vgl. zur Terminologie *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 419; *Trüg*, StV 2013, 66, 67; MüKo-StPO-*Trüg/Habetha*, § 244 Rn. 135; *Rose*, NStZ 2014, 128, 129.

<sup>421</sup> BGH NStZ 2001, 604, 605.

<sup>422</sup> BGH NStZ 2006, 585, 586.

<sup>423</sup> Mit dieser Terminologie *Trüg*, StV 2013, 66, 67; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 454; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 419; *Habetha*, StV 2011, 239, 240; MüKo-StPO-*Trüg/Habetha*, § 244 Rn. 136; *Rose*, NStZ 2014, 128, 129 f.; *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609 ff.; zu dieser Begrifflichkeit auch BGH NStZ 2013, 476, 477; BGH NStZ 2014, 282, 283.

<sup>424</sup> BGHSt 52, 284, 287; siehe auch *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 610 und 620.

<sup>425</sup> BGHSt 52, 284, 287; BGH NStZ 2011, 169, 170; BGH NStZ 2011, 1299, 1300; BGH NStZ 2013, 476, 477; BGH NStZ 2014, 282, 283; BGH NStZ 2014, 351, 353; *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 625.

<sup>426</sup> BGH NStZ 2011, 169, 170.

rückgegriffen: Beantragt der Beschuldigte zum Beweis der Tatsache, dass er zum Tatzeitpunkt nicht am Tatort, sondern in einem Bierzelt auf dem Oktoberfest gewesen ist, die Vernehmung einer Servicekraft, müssen für eine plausible Behauptung besondere Umstände wie die persönliche Bekanntschaft oder ein außergewöhnlicher Vorfall geschildert werden.<sup>427</sup>

Die Darlegung einer derartigen Plausibilität soll allerdings nur erforderlich sein, wenn „nach Lage der Dinge völlig offen bleibt, weshalb ein Zeuge die Beweistatsache bekunden können soll“.<sup>428</sup> Bezugspunkt der Schilderung soll allein die Wahrnehmungssituation des Zeugen sein; Ausführungen zur inhaltlichen Plausibilität sind demgegenüber nicht erforderlich.<sup>429</sup> Ausreichend ist, wenn sich dies auch unter Hinzuziehung der Akten ergibt.<sup>430</sup> Die Tatsachen, welche die Plausibilität einer eigenen Wahrnehmung des Zeugen begründen, müssen als bestimmt geschildert werden.<sup>431</sup>

Zur Begründung des Konnexitätskriteriums in diesem weiter verstandenen Sinne wird auf die Korrespondenz zwischen Beweisantragstellung und Anwendung der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO verwiesen. Erst nach Darlegung der Konnexität im weiteren Sinne könne die Frage beantwortet werden, ob die Wahrnehmung des Zeugen ausgehend von seinen Fähigkeiten nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine Reproduktion des Wahrgenommenen erwarten lässt.<sup>432</sup> Im Vordergrund steht also der Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit.<sup>433</sup>

### cc) Weiterentwicklung zur „qualifizierten“ Konnexität

Die skizzierten Anforderungen der Konnexität im weiteren Sinne sind vom Fünften Senat in BGH 5 StR 38/08, Urt. v. 10.6.2008 nochmals im Sinne einer „qualifizierten Konnexität“<sup>434</sup> verschärft worden.<sup>435</sup> Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme

<sup>427</sup> Vgl. *Widmaier*, NStZ 1993, 602, 603; siehe auch *Trüg*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 454.

<sup>428</sup> BGH NStZ 2014, 282, 283; vgl. auch BGH NStZ 2014, 351, 353 f.

<sup>429</sup> BGH NStZ 2013, 476, 477.

<sup>430</sup> BGH NStZ 2014, 282, 283; so bereits *Widmaier*, NStZ 1993, 602, 603.

<sup>431</sup> BGH NStZ 2011, 169, 170. Laut *Junker*, Beweisantragsrecht, Rn. 49b geht damit eine weitere inhaltliche Verschärfung der Anforderungen des Konnexitätskriteriums im Sinne einer erschöpfend detaillierten Schilderung der Wahrnehmungssituation des Zeugen einher. Hierfür besteht zumindest nach der zitierten BGH-Entscheidung allerdings kein Anhaltspunkt.

<sup>432</sup> BGHSt 52, 284, 287 f.; so bereits BGH NStZ 1999, 522.

<sup>433</sup> BGH NStZ 2013, 476, 477; vgl. auch *Fezer*, HRRS 2008, 457, 458; *Trüg*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 454.

<sup>434</sup> Mit dieser Terminologie *Jahn*, StV 2009, 663, 664; *Trüg*, StV 2013, 66, 67; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 454. *Ventzke*, NStZ 2011, 301 spricht von Konnexität „im noch weiteren Sinn“; *Junker*, Beweisantragsrecht, Rn. 49a von „erweiterter Konnexität“.

<sup>435</sup> Grundlegend BGHSt 52, 284, 288 ff.; bestätigt in BGH 5 StR 238/08, Beschl. v. 24.6.2008; BGH JZ 2011, 958, 959 [in BGHSt 56, 174 nicht abgedruckt]; BGH NStZ 2012, 526.

soll in die Darlegung der Plausibilität des Gelingens der Beweiserhebung auch das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme einzubeziehen sein. Die Argumentation gründet darauf, dass ein neues Beweismittel nach Fortschreiten der Beweisaufnahme nur die Bestätigung oder Widerlegung des bisherigen, vorläufigen Ergebnisses zum Gegenstand haben könne. Ob der Beweis dafür geeignet sei, ob also der Antragsablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit angewandt werden kann, hänge daher davon ab, dass die Wahrnehmungssituation des Zeugen im Verhältnis zu den bisher einvernommenen Beweisen dargelegt werde.

Diese Rechtsprechung zielt somit vor allem auf Beweisanträge ab, mit denen das Gegenteil des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme bewiesen werden soll.<sup>436</sup> In BGH 5 StR 38/08, Urt. v. 10.6.2008 sollte der Zeuge laut Beweisbegehre eine Äußerung bezeugen, die zwei zuvor vernommene, ebenso anwesende Zeugen nicht bestätigt hatten und die der Nebenkläger darüber hinaus als wahrheitswidrig bestritten hatte. In Anwendung der dargestellten Grundsätze verlangte der Fünfte Senat konkrete Angaben zur Wahrnehmungssituation des Zeugen, etwa dass die Äußerung gefallen sei, als andere Teilnehmer den Raum verlassen hatten oder dass sie von den anderen überhört worden wäre.<sup>437</sup> Einer einschränkenden späteren Entscheidung des Fünften Senats zufolge soll eine solche Darlegung nur erforderlich sein, wenn das bisherige Beweisergebnis die in Rede stehende Beweisbehauptung „ausschließt“ oder „von vornherein als unrealistisch“ erscheinen lässt.<sup>438</sup>

Nach Auffassung des Fünften Senats würden durch diese Anforderungen „legitime Aufklärungsinteressen“ des Beschuldigten nicht eingeschränkt. Denn durch den ablehnenden Beschluss des Gerichts erhalte der Antragsteller die Möglichkeit, sein Beweisbegehren sachgerecht nachzubessern.<sup>439</sup> Insoweit träten Gericht und Antragsteller „in eine Art Dialog über die Eignung und die Notwendigkeit der erstrebten Beweiserhebung“.<sup>440</sup> Bei Hilfsbeweisanträgen könne der Fairnessgrundsatz deshalb einen entsprechenden Hinweis in der Beweisaufnahme erfordern.<sup>441</sup>

Die Haltung der anderen Strafsenate des Bundesgerichtshofs gegenüber der Rechtsprechung des Fünften Senats zum qualifizierten Konnexitätserfordernis ist uneinheitlich. Der Dritte Senat hat die Anforderungen für „sehr weitgehend“ befunden.<sup>442</sup> Der Vierte Senat hat die Frage ausdrücklich offengelassen.<sup>443</sup> Zugleich hat er indes betont, dass ein Beweisantrag nur unter Bezugnahme auf das Beweis-

---

<sup>436</sup> Vgl. *Ferber*, NSTZ 2014, 354, 355.

<sup>437</sup> BGHSt 52, 284, 289.

<sup>438</sup> BGH NSTZ 2014, 351, 354.

<sup>439</sup> BGHSt 52, 284, 288; siehe auch *Basdorf*, FS Widmaier, S. 51, 56.

<sup>440</sup> BGHSt 52, 284, 288 f. Mit dieser Wortwahl bereits zuvor der Senatsvorsitzende *Basdorf*, FS Widmaier, S. 51, 56.

<sup>441</sup> BGHSt 52, 284, 288 f.

<sup>442</sup> BGH NSTZ 2009, 171, 172.

<sup>443</sup> BGH StraFo 2010, 152, 153.



mittel selbst ohne Rückgriff auf das bisherige Beweisergebnis als völlig ungeeignet abgelehnt werden darf.<sup>444</sup> Der Erste Senat hat sich demgegenüber nicht ausdrücklich zur qualifizierten Konnexität geäußert. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 hat er aber – durchaus im Sinne des Fünften Senats – einem Beweisbegehren die Beweisantragsqualität abgesprochen, weil es keine Anhaltspunkte dafür gebe, weshalb der Geschädigte gegenüber der Zeugin – wie im Beweisantrag behauptet – das Gegenteil dessen bekundet haben soll, was er ihr zuvor schriftlich mitgeteilt hatte.<sup>445</sup> In der Strafrechtswissenschaft wird die Verschärfung, soweit ersichtlich, durchweg kritisch gesehen.<sup>446</sup>

#### dd) Verhältnis zu anderen Bestimmungen des Beweisverfahrens

Abschließend stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Figur der Konnexität zu den übrigen Bestimmungen des Beweisverfahrens steht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass ein Beweisbegehren, dem es an der Konnexität fehlt und das damit nicht als Beweisantrag anerkannt wird, sich nach der gerichtlichen Amtsermittlungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO bemisst.<sup>447</sup> Die Erfolgsaussichten sind aus Sicht des Antragstellers allerdings denkbar gering.<sup>448</sup> Soweit ersichtlich, wurde in allen revisionsgerichtlichen Entscheidungen, in denen es an dem Merkmal der Konnexität fehlte, auch eine Aufklärungspflicht des Gerichts von Amts wegen aus denselben Plausibilitäts Gesichtspunkten abgelehnt.<sup>449</sup> Darüber hinaus ist in diesen Fällen unwahrscheinlich, dass die Aufklärungsrüge den Begründungsanforderungen genügt.<sup>450</sup> Zudem ist bereits fraglich, ob die Aufklärungsrüge überhaupt erhoben wird, wenn ursprünglich die Ablehnung eines Beweisantrags gerügt wird.

Überdies ergeben sich Überschneidungen der Konnexität im weiteren bzw. qualifizierten Sinne zur ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelten Figur der Beweisbegehren „ins Blaue hinein“. Hierunter sind Beweisbehauptungen zu verstehen, die „ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung aufs Geratewohl/ins Blaue hinein aufgestellt“ werden.<sup>451</sup> Diesen wird von der

---

<sup>444</sup> BGH StraFo 2010, 152, 153; NStZ 2013, 467, 477.

<sup>445</sup> BGH NStZ 2011, 169, 170.

<sup>446</sup> Siehe nur *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 21; *KK-StPO-Krehl*, § 244 Rn. 82; *Fezer*, HRRS 2008, 457, 458 f.; *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 629 f.; *Trüg*, StV 2013, 66, 67 f.

<sup>447</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 1299, 1300; NStZ 2013, 476.

<sup>448</sup> Vgl. *KK-StPO-Krehl*, § 244 Rn. 82.

<sup>449</sup> Vgl. BGHSt 43, 321, 331; 52, 284, 290; BGH NStZ 2001, 604, 605; *Radtke/Hohmann-Kelnhöfer*, § 244 Rn. 78.

<sup>450</sup> BGH NStZ 1998, 97 f.

<sup>451</sup> BGH NJW 1997, 2762, 2764; NStZ 2002, 383; NStZ 2008, 52, 53 f.; KG Berlin NStZ 2015, 419, 421.

Rechtsprechung ebenfalls die Anerkennung als Beweisantrag versagt. Mittlerweile wird beobachtet, dass die – nur restriktiv angewandte – Fallgruppe der Beweisbegehren „ins Blaue hinein“ nun von dem Konnexitätserfordernis abgedeckt wird.<sup>452</sup>

### c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung

Die Rechtsprechung hat sich zur Begründung des Konnexitätsmerkmals ausschließlich auf das Prinzip der strukturellen Korrespondenz zwischen Beweisbehauptung und Ablehnungsgründen bezogen und darüber hinausgehend keine weitgehenden Erwägungen angestellt. Die tiefergehenden Bearbeitungen in der wissenschaftlichen Literatur sehen das Erfordernis der Konnexität allerdings eindeutig im Zeichen von Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung. Nach *Schneider* wird mit dem Konnexitätskriterium die Aufteilung, welcher Prozessakteur die Lasten unpräziser Beweisbegehren tragen soll, im Sinne einer „sachgerechten Ausbalancierung der Kräfte“ neu geordnet. Denn es sei nicht einsehbar, dass die Lasten nicht näher erläuteter Beweisbegehren „allein die Gesellschaft“ durch „aufwendige Erhebung des Beweises oder nicht minder belastende freibeweisliche Ermittlung seiner Grundlagen“ tragen soll.<sup>453</sup> Ziel ist also, das Tatgericht vor dem Aufwand nach Sach- und Aktenlage wahrscheinlich erfolgloser Beweiserhebungen zu schützen.<sup>454</sup> Auf diese Weise dient das Konnexitätskriterium, so *Mosbacher*, dem Interesse, das Strafverfahren in seiner jetzigen gesetzlichen Form praktisch handhabbar zu halten.<sup>455</sup>

Darüber hinaus wird das Merkmal der Konnexität auch in den Kontext der Verhinderung missbräuchlicher Beweisanträge gesetzt.<sup>456</sup> Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass von der Konnexität nun die Fallgruppe der Beweisbehauptungen „ins Blaue hinein“ mit abgedeckt wird.<sup>457</sup> In den Blick genommen werden somit Beweisbegehren, die nicht plausibel erscheinen und denen aufgrund dessen zumindest der Anschein der missbräuchlichen Verzögerungsabsicht anhaftet.<sup>458</sup>

---

<sup>452</sup> *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 610 f.; MüKo-StPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 133; Trüg, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 456; vgl. auch *Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 58, 59 und 62; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 113; *Kröpil*, Jura 2012, 459, 460 f.

<sup>453</sup> *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 626. Ferner sieht *Kröpil*, Jura 2012, 459, 461, das Konnexitätserfordernis allein durch den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt.

<sup>454</sup> So die kritische Betrachtung von *Habetha*, StV 2011, 239, 244.

<sup>455</sup> *Mosbacher*, NStZ-Sonderheft 2009, 20, 24.

<sup>456</sup> *Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 58, 62; *Senge*, NStZ 2002, 225, 230 f.; *Knauer*, StraFo 2012, 473, 475 und 478; *ders.*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 245, 248; *Trüg*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 454; MüKo-StPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 138.

<sup>457</sup> Siehe dazu oben III. B. 1. a).

<sup>458</sup> Zur Verfahrensverzögerung durch exzessive Beweisantragstellung oben II. B. 3. b).

#### d) *Verfassungsmäßigkeit*

Gegen die Rechtsprechung zur Konnexität werden vereinzelt verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Nach *Jahn* ist das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) betroffen. Danach müsse ein Antragsteller bei Annahme einer fehlenden Konnexität durch das Tatgericht die Möglichkeit erhalten, seinen Vortrag entsprechend zu substantzieren. Eine solche Gelegenheit zur Anhörung werde allerdings nach den Vorgaben der Rechtsprechung nicht gewährt, wenn die Begründung für die Verneinung des Vorliegens eines Beweisantrags im Revisionsverfahren ausgetauscht wird, etwa von einer Beweisbehauptung „aufs Geratewohl“ hin zu fehlender Konnexität.<sup>459</sup> Auch unabhängig davon schränke die Rechtsprechung zur Konnexität das Gehörsgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG laut *Jahn* im Einzelfall unverhältnismäßig ein.<sup>460</sup> Zudem sind in der Wissenschaft Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes erhoben worden.<sup>461</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Kammerbeschluss im Jahr 2005 – also noch vor der Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesgerichtshofs zur „qualifizierten Konnexität“ – keine Bedenken gegen das Erfordernis der Konnexität geäußert.<sup>462</sup>

### 2. Die Fristenlösung im Beweisantragsrecht

Als zweite Neuerung kann die sog. „Fristenlösung“ gelten, mit der nun erstmals ein zeitliches Kriterium Einzug in das Beweisantragsrecht erhalten hat.

#### a) *Herausbildung der Fristenlösung*

Die Einführung einer echten Frist für die Beweisantragstellung *de lege ferenda* war bereits in den 1990er-Jahren von verschiedenen Seiten ins Spiel gebracht worden.<sup>463</sup> Zu nennen ist der Vorschlag von *Gössel* in seinem Gutachten für den 60. Deutschen Juristentag, der eine präklusionsbewährte Pflicht zur Stellung von Beweisanträgen schon vor der Hauptverhandlung vorsah.<sup>464</sup> Die Mehrheit des Juristentags hat sich für eine im Vergleich dazu abgeschwächte Präklusionsregelung

<sup>459</sup> *Jahn*, StV 2009, 663, 665.

<sup>460</sup> *Jahn*, StV 2009, 663, 665.

<sup>461</sup> *Rose*, NSTZ 2014, 128, 134; auch *Herdegen*, NSTZ 1999, 176, 181; *Habethal/Trüg*, GA 2009, 406, 421 sprechen von einer Figur *contra legem*. Skeptisch dazu aber *Jahn*, StV 2009, 663, 664; keine Probleme sieht *Kröpil*, Jura 2012, 459, 462. – Zur Bindung der Judikative an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 GG siehe den Verweis oben III. A. 1. d) in Fn. 225.

<sup>462</sup> BVerfG 2 BvR 2144/04, Beschl. v. 10.5.2005.

<sup>463</sup> Siehe auch die umfassende Darstellung bei *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 54 ff.

<sup>464</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 61 ff.

ausgesprochen. Nach Schluss der Beweisaufnahme sollte über Beweisvorbringen der Verfahrensbeteiligten allein nach Maßgabe der gerichtlichen Amtsaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO entschieden werden.<sup>465</sup> Im Vorentwurf eines zweiten Rechtspflegeentlastungsgesetzes wurde vorgeschlagen, durch Änderung des § 246 StPO Verfahrensbeteiligte zur frühestmöglichen Antragstellung zu verpflichten und dem Gericht eine Ablehnung verspäteter Anträge nach Maßgabe der Amtsermittlungspflicht zu ermöglichen.<sup>466</sup>

Seit Scheitern dieser Vorhaben werden immer wieder vergleichbare Vorschläge gemacht.<sup>467</sup> Zuletzt hat eine vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eingesetzte Expertenkommission die Einführung einer abgeschwächten Fristenregelung gefordert, die nach Fristablauf eine Ablehnungsentscheidung im Urteil zulässt.<sup>468</sup> Dieser Vorschlag ist nunmehr von der Bundesregierung im Entwurf eines „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ der Bundesregierung aufgegriffen worden.<sup>469</sup>

Die Fristenlösung der Rechtsprechung verwirklicht im Unterschied dazu ein „materielles“ Fristenmodell,<sup>470</sup> indem sie die Fristversäumnis in den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) integriert. Sie geht auf ein *obiter dictum* des Ersten Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2007<sup>471</sup> und eine daran anschließende, im Wesentlichen ebenfalls als *obiter dictum* ergangene Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2008<sup>472</sup> zurück.<sup>473</sup> Die anderen Senate haben dem Vorstoß weitgehend zugestimmt.<sup>474</sup>

<sup>465</sup> 60. DJT, Bd. II/1, M 90 f. Ähnlich die Vorschläge von *Basdorf*, StV 1997, 488, 490; *ders.*, StV 1995, 310, 314 f.

<sup>466</sup> Siehe dazu *Freund*, ZRP 1995, 268, 271; *Scheffler*, GA 1995, 449, 460 f.; *Jahn*, StV 2009, 663, 667.

<sup>467</sup> Siehe etwa *Niemöller*, JR 2010, 332, 327 f.; *Erhard*, StV 2013, 655, 659 f.; *Fischer*, StraFo 2009, 177, 188.

<sup>468</sup> BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Empfehlung 15, S. 17 f., 143 ff. Eingehend dazu *Krauß*, in BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 1, S. 578 ff.

<sup>469</sup> RegE v. 14.12.2016, abrufbar unter [http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxistauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [zuletzt abgerufen im Dezember 2016]. Zum Referentenentwurf eingehend *Börner*, StV 2016, 681 ff., zum Verhältnis der geplanten Neuregelung zur bestehenden Fristenlösung S. 683.

<sup>470</sup> Mit dieser Begrifflichkeit *Börner*, StV 2016, 681, 682.

<sup>471</sup> BGHSt 51, 333, 344 f.

<sup>472</sup> BGHSt 52, 355, 359 ff.; bestätigt in BGH NSTz 2010, 161 f. *Fezer*, HRRS 2009, 17 mutmaßt, der Grund für das erneute *obiter dictum* liege darin, dass der Senat der Entscheidung vom 9.5.2007, BGHSt 51, 333, 334 f., möglichst rasch eine Grundsatzentscheidung folgen lassen wollte, allerdings nicht die Geduld hatte, auf ein „passendes“ Ausgangsverfahren zu warten. Nach *Hamm*, StV 2010, 418, 420 durfte sich das vorinstanzliche Tatgericht durch BGHSt 51, 333 „geradezu ermuntert fühlen, [die Fristsetzung] doch einmal auszuprobieren“.

b) *Regelungsinhalt*

Wie erläutert, setzt die Fristenlösung bei der Prozessverschleppung (§ 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO) an. Dieser Ablehnungsgrund setzt nach gefestigter Rechtsprechung objektiv eine fehlende Sachdienlichkeit des Antrags und eine durch antragsgemäße Beweiserhebung entstehende wesentliche Verzögerung des Verfahrens voraus; subjektiv muss der Antrag allein in der Absicht der Prozessverschleppung gestellt sein.<sup>475</sup> An der Verschleppungsabsicht, also der subjektiven Seite des Ablehnungsgrunds,<sup>476</sup> setzt die Fristenlösung an: Das Verstreichen der Frist wird als Indiz für eine solche Absicht gewertet.

Nach dem konkreten Regelungsinhalt der Fristenlösung kann das Gericht den Verfahrensbeteiligten nach Abschluss der für geboten gehaltenen Beweiserhebungen eine Frist für die (weitere) Beweisantragstellung setzen. Die Befugnis zur Fristsetzung folgt aus der Sachleitung des Vorsitzenden (§ 238 Abs. 1 StPO).<sup>477</sup> Sie soll „namentlich“, also regelhaft und keineswegs ausschließlich,<sup>478</sup> in länger dauernden Hauptverhandlungen, also solchen mit mehr als zehn Verhandlungstagen (§ 229 Abs. 2 StPO), möglich sein.<sup>479</sup> Nach der Rechtsprechung des Fünften Senats müssen im bisherigen Verteidigungsverhalten zudem Anzeichen für Verschleppungsabsicht erkennbar sein.<sup>480</sup> Die Fristsetzung ist nach § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO zu protokollieren; zudem empfehle es sich, den Grund für die Anordnung und die Angemessenheit der Frist darzulegen.<sup>481</sup> Eine Frist von weniger als 24 Stunden soll offensichtlich nicht mehr angemessen sein.<sup>482</sup> Schließlich muss das Gericht auf die Folgen der Antragstellung nach Fristablauf hinweisen.<sup>483</sup>

<sup>473</sup> Zur zuvor schon vom Fünften Strafsenat in BGH NJW 2005, 2466, 2468 erörterten Möglichkeit der Fristsetzung in Extremfällen bereits oben II. C. 2. a).

<sup>474</sup> Dritter Senat: BGH NSTz 2007, 716; StV 2011, 646, 647; Fünfter Senat: BGH StV 2009, 581, 582 f. [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt].

<sup>475</sup> KK-StPO-Kreihl, § 244 Rn. 175 ff. m.w.N.

<sup>476</sup> Rechtsprechung und Literatur unterscheiden begrifflich oftmals nicht präzise zwischen Prozessverschleppung und Verschleppungsabsicht. Überwiegend wird der Begriff der Verschleppungsabsicht auch für den Ablehnungsgrund als Ganzes benutzt. Daraus können sich im Hinblick auf die hier besonders relevante subjektive Seite Missverständnisse ergeben. In der vorliegenden Arbeit umschreibt der Begriff der Prozessverschleppung daher den Ablehnungsgrund als Ganzes, die Verschleppungsabsicht dagegen die subjektive Seite des Ablehnungsgrundes.

<sup>477</sup> BGHSt 52, 355, 362. Zur Sachleitungsbefugnis bereits oben Teil 2 III. B. 1. b).

<sup>478</sup> Siehe Kudlich, 68. DJT, Bd. I, C 76; Trüg, StV 2010, 528, 535.

<sup>479</sup> BGHSt 51, 333, 344; 52, 355, 362; BGH StV 2009, 581, 582 f.

<sup>480</sup> BGH StV 2009, 581, 582 [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt]. Siehe dazu Gaede, BLJ 2009, 107, 109; Junker, Beweisantragsrecht, Rn. 144b.

<sup>481</sup> BGHSt 52, 355, 363; BGH StV 2009, 581, 582.

<sup>482</sup> BGH StV 2009, 581, 582.

<sup>483</sup> BGHSt 52, 355, 359 und 363.

Auf Rechtsfolgenseite wirkt sich der Fristablauf, wie dargestellt, als Indiz für die subjektive Verschleppungsabsicht aus. Bereits vor der Fristenlösung konnte der späte Zeitpunkt der Antragstellung ein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Absicht des Antragstellers als inneres Kriterium darstellen. Allerdings musste das Gericht eine entsprechende Absicht anhand äußerer Umstände sicher nachweisen.<sup>484</sup> Hierfür galt der Zeitpunkt der Antragstellung für sich genommen nicht als ausreichend.<sup>485</sup> Nach Maßgabe der Fristenlösung hat der Beweisantragsteller nunmehr bei nach Fristablauf gestellten Anträgen die Verschleppungsabsicht durch eine substantiierte Darlegung der Gründe für die Verspätung zu widerlegen. Erscheinen diese nach Überzeugung des Gerichts nicht nachvollziehbar, kann es grundsätzlich von Verschleppungsabsicht ausgehen.<sup>486</sup> Denn wenn es dem Antragsteller möglich war, den Antrag auch innerhalb der Frist zu stellen, sei grundsätzlich kein anderer Grund für die Verspätung denkbar.<sup>487</sup> Von einem redlichen Antragsteller könnten vielmehr Maßnahmen zur Sicherstellung der Fristwahrung erwartet werden.<sup>488</sup>

Einhergehend mit der Fristsetzungsmöglichkeit hat der Erste Senat in Abänderung der bisherigen Rechtsprechung das Erfordernis einer wesentlichen Verfahrensverzögerung als objektive Voraussetzung des Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung restriktiver ausgelegt.<sup>489</sup> So sei die gewachsene Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes zu berücksichtigen. Der bisherige Maßstab für die Wesentlichkeit, der etwa aus der Obergrenze für Unterbrechungen (§ 229 Abs. 1 StPO) abgeleitet wurde,<sup>490</sup> könne nicht mehr zugrunde gelegt werden, da nunmehr auch kürzere Verfahrensverzögerungen relevant seien. Als systematisches Argument wird vorgebracht, dass der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung auch für präsenzte Beweismittel gilt (§ 245 StPO), für die derart lange Verzögerungen aber kaum denkbar sind.

An der gerichtlichen Bescheidspflicht gem. § 244 Abs. 6 StPO hat die Rechtsprechung im Rahmen der Fristenlösung demgegenüber auch für nach Fristablauf gestellte Beweisanträge im Grundsatz festgehalten.<sup>491</sup> Ein nach Fristablauf gestell-

---

<sup>484</sup> Zu den strukturbedingt hohen Anforderungen an einen entsprechenden subjektiven Rückschluss bereits oben II. C. 2. b).

<sup>485</sup> BGHSt 21, 118, 123 f.; BGH NStZ 1982, 41; StV 1984, 144, 145; NStZ 1986, 519; anders BGH NStZ 1990 350, 351: Untätigbleiben über 20 Monate bei zugleich erdrückender Beweislage.

<sup>486</sup> BGHSt 51, 333, 344; 52, 355, 363; BGH NStZ 2010, 161, 162.

<sup>487</sup> Vgl. BGHSt 51, 333, 344.

<sup>488</sup> BGHSt 52, 355, 361.

<sup>489</sup> BGHSt 51, 333, 342 ff.; zustimmend BGH StV 2008, 9, 10; BGHSt 52, 355, 360. Anders aber noch BGH NStZ-RR 2009, 21. Zustimmung in der Literatur *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 588; *Löwe/Rosenberg-Becker*, § 244 Rn. 275; weitergehend gar *Niemöller*, JR 2010, 332, 335; ablehnend *KK-StPO-Krehl*, § 244 Rn. 178; *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 50 ff.

<sup>490</sup> Siehe BGH NStZ 1982, 391 (zur Zehn-Tagesfrist aus § 229 Abs. 1 a.F.).

<sup>491</sup> BGHSt 52, 355, 363; BGH NStZ 2010, 161 f.; StV 2011, 646, 647.

ter Hilfsbeweisantrag kann allerdings im Urteil abgelehnt werden.<sup>492</sup> Dies hatte die Rechtsprechung für den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung bisher abgelehnt, um dem Antragsteller noch in der Hauptverhandlung die Möglichkeit zu geben, den Verschleppungsvorwurf zu widerlegen.<sup>493</sup> Nach der Rechtsprechung zur Fristlösung besteht hierfür aber keine Notwendigkeit mehr. Denn wenn durch Fristsetzung und entsprechende Hinweise klargelegt sei, dass der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung zum Tragen kommen kann, könne ein Verfahrensbeteiligter schon bei Antragstellung zur Entkräftung des Verschleppungsvorwurfs aktiv werden.<sup>494</sup>

Für die Revisionsrüge der Nichtbescheidung des Beweisantrags ist nicht nötig, die Fristsetzung gem. § 238 Abs. 2 StPO zu beanstanden, da es sich um eine dem gesamten Spruchkörper zugewiesene Entscheidung handelt.<sup>495</sup> Die Revisionsrüge einer zu kurzen Fristsetzung dürfte aber, entsprechend den Anforderungen der Rechtsprechung an § 238 Abs. 2 StPO,<sup>496</sup> eine Beanstandung in der Hauptverhandlung voraussetzen, da die Fristsetzung im Ermessen des Vorsitzenden liegt.<sup>497</sup> Dass sich eine daraus folgende Präklusion auch auf die Rüge der fehlerhaften Annahme des Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung oder gar die Aufklärungsrüge erstreckt, erscheint angesichts der Rechtsprechung zu § 238 Abs. 2 StPO keineswegs ausgeschlossen.

### c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung

Auch die Fristlösung steht eindeutig im Kontext von Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung.<sup>498</sup> Die Rechtsprechung stellt zur Begründung ausdrücklich auf die bezweckte Beschleunigung der Hauptverhandlung ab. Die weitere Gestaltung der Beweisaufnahme solle gefördert, eine „hinreichend straffe Verhandlungsführung“<sup>499</sup> bzw. eine „zielgerichtete Führung des Strafprozesses“<sup>500</sup> ermöglicht werden. Dabei rekurriert der Bundesgerichtshof sogar auf das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot in seiner den Beschuldigten schützenden

<sup>492</sup> BGHSt 52, 355, 361.

<sup>493</sup> BGHSt 22, 124 f.; BGH NStZ 1986, 372; StV 1990, 394; NStZ-RR 1998, 14.

<sup>494</sup> BGHSt 52, 355, 361. Ablehnend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 28.

<sup>495</sup> BGH StV 2011, 646 f. Zu dieser Ausnahmefallgruppe bereits oben III. A. 1. a) cc).

<sup>496</sup> Siehe oben III. A. 1.

<sup>497</sup> In BGH StV 2009, 581, 582 f. [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt] musste dies nicht entschieden werden, da über die Angemessenheit der Frist im Rahmen einer Befangenheitsrüge entschieden wurde.

<sup>498</sup> Vgl. *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 44.

<sup>499</sup> BGHSt 52, 355, 362.

<sup>500</sup> BVerfG StV 2010, 113, 115.

Dimension.<sup>501</sup> Dies ist allerdings schon deshalb „paradox“, weil die Verfahrensverzögerung durch die Stellung und Bescheidung von Beweisanträgen gerade keinen kompensationspflichtigen Verstoß des Staates darstellen kann.<sup>502</sup>

Zudem soll dem „dysfunktionale[n] Einsatz des Beweisantragsrechts zur Prozessverschleppung“ entgegengetreten werden.<sup>503</sup> Verhindert werden soll, dass der Beschuldigte in der Weise Einfluss auf Umfang und Dauer des Verfahrens nehmen könnte, dass die Beschleunigung des Verfahrens gefährdet wäre.<sup>504</sup> In den Blick genommen wird somit der Rechtsmissbrauch durch exzessiven Gebrauch des Beweisantragsrechts.<sup>505</sup> Dazu werden alle Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, unabhängig von ihrer konkreten Intention mit der starken Indizwirkung der Prozessverschleppungsabsicht belegt und auf diese Weise unter eine Art „Generalverdacht“<sup>506</sup> gestellt, der nur mit überzeugender Begründung erschüttert werden kann. Wie bereits Rügeobliegenheit nach § 238 Abs. 2 StPO und Widerspruchslösung setzt also auch die Fristenlösung „vorbeugend und großflächig“<sup>507</sup> im Vorfeld des befürchteten Rechtsmissbrauchs an.<sup>508</sup> Folgerichtig spricht *Gaede* daher gleichsam von einem Instrument der Missbrauchsvorsorge.<sup>509</sup>

#### d) Verfassungsmäßigkeit

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Fristenlösung bestehen im Hinblick auf den Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>510</sup> Die Einhaltung des Gesetzesvorrangs wird vor allem in Zweifel gezogen, weil die Fristenlösung als unvereinbar mit der Regelung des § 246 StPO, wonach ein Beweisantrag nicht als verspätet abgelehnt werden darf,<sup>511</sup> angesehen wird.

<sup>501</sup> BGHSt 52, 355, 362; BGH StV 2009, 581, 582 [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt]. Zum Beschleunigungsgrundsatz als Teil der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege bereits oben II. A. 2.

<sup>502</sup> *Beulke*, StV 2009, 554, 556; vgl. auch *Trüg*, StV 2010, 528, 536; *Eidam*, JZ 2009, 318, 319.

<sup>503</sup> BGH StV 2009, 581, 582 [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt].

<sup>504</sup> BVerfG StV 2010, 113, 115; in diese Richtung auch *Wabnitz/Janovsky-Krause*, 26. Kap. Rn. 111.

<sup>505</sup> Siehe oben II. B. 3. b).

<sup>506</sup> *Gaede*, NJW 2009, 608; *Eidam*, JZ 2009, 318, 319 f.

<sup>507</sup> *Gaede*, BLJ 2009, 107, 112.

<sup>508</sup> Vgl. *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 84; *Gaede*, BLJ 2009, 107, 112; *ders.*, wistra 2010, 210, 216; *Trüg*, StV 2010, 528, 535. Auch nach *Wabnitz/Janovsky-Krause*, 26. Kap. Rn. 111 geht es darum, „Missbräuchen vorzubeugen“.

<sup>509</sup> *Gaede*, BLJ 2009, 107, 112; *ders.*, wistra 2010, 210, 216.

<sup>510</sup> Zur Bindung der Judikative an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 GG siehe den Verweis oben in Fn. 225.

<sup>511</sup> Dazu bereits oben Teil 2 III. B. 4. a).



Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zur Fristenlösung von Beginn an ausdrücklich keinen Konflikt zu dieser Regelung gesehen. § 246 Abs. 1 StPO verbiete allein die Präklusion von Beweisanträgen aufgrund Zeitablaufs.<sup>512</sup> Nach Maßgabe der Fristenlösung werde die Ablehnung des Beweisantrags aber nicht allein an die verspätete Antragstellung geknüpft.<sup>513</sup> Vielmehr seien nach Fristablauf lediglich „signifikante Indizien“ für eine Verschleppungsabsicht gegeben.<sup>514</sup> Zusammenfassend wird somit argumentiert, dass auch die Fristenlösung keinen formellen Ablehnungsgrund einer Ausschlussfrist schafft, sondern allein den Nachweis des materiellen Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung erleichtert. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Fristenlösung in einem Nichtannahmebeschluss im Jahre 2009 gebilligt.<sup>515</sup> Dabei ist es im Wesentlichen dem Bundesgerichtshof gefolgt, wonach die Verfristung nur als ein maßgebliches Indiz zum Nachweis der Verschleppungsabsicht eingesetzt werde. Tatsächlich werde der Beweisantrag wegen Prozessverschleppung, nicht wegen Verspätung abgelehnt. Hierin sei keine § 246 StPO zuwiderlaufende richterliche Rechtsfortbildung zu erkennen. Die Pflicht, die Verspätung des Beweisantrags darzulegen, folge aus der Prozessverantwortung des Beschuldigten.<sup>516</sup>

Nach der überwiegenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft und einhelliger Meinung in der Strafverteidigung ist die Fristenlösung demgegenüber nicht mit § 246 StPO in Einklang zu bringen. Es können zwei Argumentationsstränge unterschieden werden. Zum einen wird § 246 StPO ein weitergehender Gewährleistungsgehalt zugesprochen als nach dem Verständnis von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht. Der Beschuldigte soll danach auch taktisch über den Zeitpunkt des Beweisantrags bestimmen können.<sup>517</sup> Ihm könne daher kein Zeitpunkt für die Antragstellung vorgeschrieben werden, so dass es keinen „verspäteten“ Beweisantrag bzw. eine entsprechende Rechtfertigungspflicht gibt. Dies werde mit der Fristenlösung konterkariert.

In einer zweiten Argumentationslinie wird die Fristenlösung in faktischer Sicht als eine „verkappte Präklusion“<sup>518</sup> wahrgenommen, aufgrund derer nach Fristablauf gestellte Beweisanträge ohne oder ohne hinreichende Rechtfertigung des Antragstellers für die Verzögerung entgegen § 246 StPO doch aufgrund Zeitablaufs abgelehnt werden könnten. Wie oben dargestellt, kann bereits die Fristversäumnis an

---

<sup>512</sup> BGHSt 52, 355, 362 f.

<sup>513</sup> BGHSt 51, 333, 345; BGH StV 2009, 581, 582 [in BGHSt 54, 39 nicht abgedruckt].

<sup>514</sup> BGHSt 52, 355, 362 f. Zustimmung Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 273; Wabnitz/Janovsky-Krause, 26. Kap. Rn. 111.

<sup>515</sup> BVerfG StV 2010, 113, 114 ff.

<sup>516</sup> BVerfG StV 2010, 113, 115.

<sup>517</sup> SK-StPO-Frister, § 244 Rn. 179; Jahn, JuS 2009, 372, 373; ders., StV 2009, 663, 668; Kudlich, 68. DJT, Bd. I, C 79 f.; Lamshöft, Fristenlösung, S. 95 ff.

<sup>518</sup> Beulke/Ruhmannseder, NStZ 2008, 300, 302.

sich das Tatgericht eine Prozessverschleppungsabsicht vermuten lassen, wenn sie vom Antragsteller nicht widerlegt wird. Der Fristablauf alleine trage somit den Nachweis der Verschleppungsabsicht.<sup>519</sup> Präzisierend weist *Kudlich* darauf hin, dass damit nur die innere Seite des Ablehnungsgrunds als gegeben angesehen wird.<sup>520</sup> Für die Ablehnung des Beweisantrags insgesamt müssen die fehlende Sachdienlichkeit und – nunmehr eingeschränkt – die Verfahrensverzögerung als objektive Voraussetzungen des Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung noch hinzutreten. Hierin sieht *Kudlich* allerdings keine großen Hürden; insbesondere lasse das Kriterium der fehlenden Sachdienlichkeit, anders als sonst bei der Beweisantragsablehnung, die antizipierende Wertung der Beweisaufnahme als nicht ergiebig zu.<sup>521</sup>

Dass die Fristversäumnis allein maßgeblich für die Antragsablehnungsmöglichkeit ist, werde, wie *König* zusätzlich anmerkt, auch anhand der Zulässigkeit der Ablehnung des Hilfsbeweisantrags im Urteil deutlich.<sup>522</sup> Weil die Rechtsprechung diesbezüglich nur auf die (bestehende) Verteidigungsmöglichkeit gegen die aus dem Fristablauf geschlossene Verschleppungsabsicht abstellt, werte sie die Fristversäumnis offenbar als alleinigen tragenden Grund für die Antragsablehnung. Hätte der Fristablauf demgegenüber, wie propagiert, allein indizielle Bedeutung, müsste auch hinsichtlich der weiteren Umstände der Prozessverschleppung eine Widerlegungsmöglichkeit eingeräumt werden.

Die Möglichkeit des Antragstellers, die Ablehnung abzuwenden, indem er die Gründe für die verspätete Antragstellung nachvollziehbar darlegt, ändere an der faktischen Präklusion nichts. Einerseits sei bereits unklar, welche Anforderungen an diese Darlegungsobliegenheit zu stellen sind.<sup>523</sup> Zum anderen könne der Beschuldigte dadurch genötigt werden, seine Verteidigungstaktik preiszugeben.<sup>524</sup> Beispielsweise müsste er ggf. offenbaren, dass er sich die Ladung eines Zeugen so lange aufgespart hat, weil er sich nicht sicher war, ob dieser ihn nicht zumindest teilweise belasten werde.<sup>525</sup> Dementsprechend wird sich der Beschuldigte an die gesetzte Frist gleichsam wie an eine Ausschlussfrist halten.<sup>526</sup>

---

<sup>519</sup> Vgl. *Gaede*, BLJ 2009, 107, 109 f.; *König*, StV 2009, 171, 173; *Eidam*, JZ 2009, 318, 319 f.; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 427 f.; *Duttge/Neumann*, HRRS 2010, 34, 35. – Nicht sehr verwunderlich ist daher, wenn, wie im BGH NSTZ 2010, 161 zugrunde liegenden Fall, ein Tatgericht einen Beweisantrag nach Fristablauf gar nicht mehr bescheidet, vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 69c.

<sup>520</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 78 f.

<sup>521</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 79. Vgl. dazu auch *Jahn*, StV 2009, 663, 668, der die Indizwirkung der Fristversäumnis als „sich selbst erfüllende[...] Prophezeiung“ bezeichnet.

<sup>522</sup> *König*, StV 2009, 171, 173.

<sup>523</sup> *Gaede*, NJW 2009, 608; *ders.*, BLJ 2009, 107, 109 f.

<sup>524</sup> *Gaede*, BLJ 2009, 107, 109 f.; *König*, StV 2009, 171, 172; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 145 f.

<sup>525</sup> Vgl. *König*, StV 2009, 171, 172; *Jahn*, StV 2009, 663, 668; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 145.

<sup>526</sup> *Gaede*, NJW 2009, 608; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 146.

Auch unabhängig von der Vereinbarkeit mit § 246 StPO wird die Fristenlösung in der Strafrechtswissenschaft als unzulässige richterliche Rechtsfortbildung angesehen. So liefe die Fristenlösung letztlich auf die Schaffung einer „kleinen Strafprozessordnung“ mit detailliert ausdifferenzierenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen hinaus.<sup>527</sup> Dies sei aber allein dem Gesetzgeber vorbehalten. Zusätzlich wird darauf verwiesen, dass ganz ähnlich ausgestaltete Vorhaben *de lege ferenda*, wie oben dargestellt, im parlamentarischen Verfahren gescheitert sind.<sup>528</sup> Nach der Allegorie *Jahns* dürfe „wer auf der Vordertreppe zum Parlament nicht eingelassen wird, [...] nicht durch die Hintertür richterrechtlicher Reduktion des § 246 Abs. 1 StPO zum selben Ergebnis gelangen“.<sup>529</sup>

### C. Konsensuale und kooperative Verfahrensbeendigungen

Als Drittes komplettiert die Möglichkeit konsensualer und kooperativer Verfahrensbeendigungen die in der Einleitung genannten Neuerungen im deutschen Strafverfahren.

#### 1. Vorbemerkung

Das Konsensprinzip wird in dieser Arbeit, wie bereits oben ausgeführt und hier nochmals klarstellend erwähnt, als Beweisprinzip verstanden. Eine Möglichkeit, den Konsens des Beschuldigten für die Legitimation einer strafrechtlichen Sanktionierung zu berücksichtigen, besteht danach ausschließlich im Hinblick auf die Erforderlichkeit (weiterer) amtlicher Untersuchungen, nicht aber im Hinblick auf die Disposition über einen Teil des Tatvorwurfs. Im Unterschied dazu beinhalten kooperative Verfahrensformen keine förmliche Zustimmungsklärung zum bisher ermittelten Sachverhalt, sondern sehen spezielle Möglichkeiten für den Verzicht auf die streitige Ausübung bestimmter Verfahrensrechte vor.<sup>530</sup>

Entsprechend dieser Definition kennt die StPO bereits seit geraumer Zeit als konsensuale Verfahren einzuordnende Verfahrensbeendigungen. Zu nennen ist zum einen das Strafbefehlsverfahren, das ermöglicht, im Wege eines schriftlichen Verfahrens eine Verurteilung auszusprechen, die vom Beschuldigten angefochten werden kann. Zum anderen kann dem Beschuldigten durch eine Verfahrenseinstellung

---

<sup>527</sup> So die Formulierung bei *Beulke*, StV 2009, 554, 556; siehe auch *Gaede*, BLJ 2009, 107, 110; *Jahn*, StV 2009, 663, 668 f.; in diese Richtung auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 244 Rn. 69b.

<sup>528</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, NSTZ 2008, 300, 302; *Fezer*, HRRS 2009, 17, 18 f.; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 79 f.; *Kempf*, StraFo 2010, 316, 318 f.

<sup>529</sup> *Jahn*, StV 2009, 663, 669; vgl. auch *Beulke*, StV 2009, 554, 556.

<sup>530</sup> Zum Begriff des Konsenses bzw. des Konsensprinzips und zur Abgrenzung vom Begriff der Kooperation siehe oben Teil I II. B. 3.

nach § 153a StPO gegen Zustimmung die Erfüllung von Auflagen und Weisungen auferlegt werden.<sup>531</sup> Mittlerweile machen diese beiden Beendigungsmöglichkeiten einen beträchtlichen Teil aller Verfahrensabschlüsse aus.<sup>532</sup> Von der Praxis werden sie dementsprechend als unentbehrlich eingestuft.<sup>533</sup> In einem ersten Schritt soll daher zunächst auf diese beiden Verfahrensinstitute eingegangen werden (2.). Hinzu kommt die seit 2009 als sog. „Verständigung“, in der zentralen Regelung des § 257c StPO kodifizierte kooperative Verfahrensbeendigungsmöglichkeit, der eine jahrzehntelange außergesetzliche Praxis kooperativer oder konsensualer Absprachen in der Justiz voranging (3.) Gemeinsam mit dem Strafbefehl und der Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO bildet sie einen nicht immer trennscharf abgrenzbaren Bereich konsensualer oder kooperativer Verfahrensbeendigungen.<sup>534</sup>

Dass im deutschen Strafverfahren in diesem Sinne konsensuale Verfahrensarten bestehen, wird nicht selten noch immer bestritten. Beispielhaft lässt die Begründung zum Verständigungsgesetz verlauten:

„[F]ür die Verständigung im Strafverfahren [ist] keine neue – dem deutschen Strafprozess bislang unbekannte – Form einer konsensualen Verfahrenserledigung, die die Rolle des Gerichtes, insbesondere bei seiner Verpflichtung zur Ermittlung der materiellen Wahrheit, zurückdrängen würde, wünschenswert.“<sup>535</sup>

In dieses Bild fügt sich die bereits oben angesprochene unzureichende Berücksichtigung von Strafbefehl und Einstellung gem. § 153a StPO im Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ein.<sup>536</sup> Aus diesem Grund wird bei der unter 2. anschließenden Darstellung dieser beiden bereits langjährig etablierten konsensualen Beendigungsformen jeweils unter Punkt bb) gesondert die Legitimation über das Konsensprinzip nach der hier vertretenen Auffassung aufgezeigt.

<sup>531</sup> Aufgrund dieser belastenden Rechtsfolge ist die Einstellung gem. § 153a StPO trotz der entsprechenden gesetzlichen Anbindung strikt von der Einstellung gem. § 153 StPO zu trennen. Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 153a Rn. 1a; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 39; *SK-StPO-dies*, § 153a Rn. 2; *Löwe/Rosenberg-Beulke*, § 153a Rn. 1 f.; *Saliger*, GA 2005, 155, 164 ff.

<sup>532</sup> Im Jahr 2012 wurde in 11,7 % aller Erledigungen durch die Staatsanwaltschaft ein Antrag auf Strafbefehl gestellt (zum Vergleich: der Anteil der Anklageerhebungen liegt bei 10 %). Rechnet man die Einstellungen nach § 170 Abs. 2 und nach §§ 153b ff. StPO heraus, ergeben sich sogar rund 24 %. Siehe dazu Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.6 2013, S. 28. – Der Anteil der Einstellungen nach § 153a StPO machte bei den staatsanwaltschaftlichen Erledigungen im Jahr 2013 etwa 4 % aus. Rechnet man indes die Einstellungen nach § 170 Abs. 2 und nach §§ 153b ff. StPO heraus, ergeben sich bereits rund 8 %. Siehe dazu Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.6 2013, S. 30. Der Anteil der Einstellungen nach § 153a Abs. 2 StPO liegt gleichsam bei rund 8 % aller vor dem Amtsgericht erledigten Verfahren, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3 2013, S. 26.

<sup>533</sup> *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, Vor § 407 Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 68 Rn. 2. Siehe auch BT-Drs. 10/1313, S. 13. Gesondert zu § 153a StPO Radtke/Hohmann-Radike, § 153a Rn. 7; *Löwe/Rosenberg-Beulke*, § 153a Rn. 15.

<sup>534</sup> Für *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg*, § 257c Rn. 19 ein „trauriges Trio“.

<sup>535</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 8.

<sup>536</sup> Siehe oben Teil 2 II. A. 1. b).

## 2. Etablierte Möglichkeiten zur konsensualen Verfahrensbeendigung

Zunächst richtet sich der Blick also auf das Strafbefehlsverfahren und die Einstellung gem. § 153a StPO als bereits bestehende konsensuale Beendigungsmöglichkeiten.

### a) Strafbefehlsverfahren

Das Strafbefehlsverfahren geht in seinen Ursprüngen bereits auf die RStPO von 1879 zurück. Nunmehr ist es in den §§ 407 ff. StPO geregelt.<sup>537</sup>

#### aa) Regelungsinhalt und Regelungszweck

Im Strafbefehlsverfahren kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft bei Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) eine Strafe durch Erlass eines Strafbefehls ohne Hauptverhandlung festsetzen. Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 407 Abs. 1 Satz 2 StPO verpflichtet, das Strafbefehlsverfahren zu wählen, wenn sie eine Hauptverhandlung für entbehrlich hält. Dies ist anzunehmen, wenn eine Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht zu einem anderen Ergebnis als die bisherigen Ermittlungen führen würde.<sup>538</sup> Der Strafbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft steht der Anklageerhebung gleich (§ 407 Abs. 1 Satz 4 StPO). Die Entscheidung des Gerichts ergeht dementsprechend auf Grundlage der übersandten Verfahrensakten (vgl. § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO).

Das Gericht kann, sofern es sich für zuständig erachtet (§ 408 Abs. 1 StPO), den Antrag bei fehlendem hinreichenden Tatverdacht zurückweisen (§ 408 Abs. 2 StPO) oder eine Hauptverhandlung anberaumen, wenn es dies für erforderlich hält (§ 408 Abs. 3 Satz 2 StPO). Der Anteil der zurückgewiesenen Strafbefehlsanträge ist allerdings sehr gering.<sup>539</sup> Andernfalls hat es dem Antrag zu entsprechen (§ 408 Abs. 3 Satz 1 StPO). Es darf dabei nicht vom Antrag der Staatsanwaltschaft abweichen, muss also insbesondere auch die beantragte Strafe als angemessen ansehen.<sup>540</sup>

Mit dem Strafbefehl kann höchstens eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgesetzt werden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird (§ 407 Abs. 2

---

<sup>537</sup> Zur Historie des Strafbefehlsverfahrens SK-StPO-Weßlau, Vor §§ 407 ff. Rn. 10.

<sup>538</sup> BeckOK-StPO-Temming, § 407 Rn. 12; KK-StPO-Maur, § 407 Rn. 4. Siehe dazu auch Nr. 175 RiStBV.

<sup>539</sup> SK-StPO-Weßlau, Vor §§ 407 Rn. 5 m.w.N.; Dubber, 49 Stan. L. Rev. 547, 559 (1997).

<sup>540</sup> Zur Bedeutung dieses Prinzips übereinstimmender Beurteilung des Falls von Staatsanwaltschaft und Gericht Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, Vor § 407 Rn. 1; KK-StPO-Maur, § 408 Rn. 16.

Satz 2 StPO).<sup>541</sup> Erwägt das Gericht, einen Strafbefehl mit dieser Rechtsfolge zu erlassen, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor (§§ 408b StPO). Gegen den Strafbefehl steht dem Beschuldigten gem. § 410 Abs. 1 und 2 StPO der Rechtsbehelf des Einspruchs innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung zu. Ohne Einspruchserhebung steht der Strafbefehl einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Abs. 3 StPO).<sup>542</sup> Der rechtskräftige Strafbefehl führt allerdings gem. § 373a StPO zu einem nur eingeschränkten Strafklageverbrauch.<sup>543</sup>

Das Strafbefehlsverfahren erspart somit bei Nichterhebung eines Einspruchs die Durchführung der Hauptverhandlung und das ggf. anschließende Rechtsmittelverfahren. Auf diese Weise hat es großes Potenzial, das Verfahren zu beschleunigen und die Justiz zu entlasten.<sup>544</sup> Das Strafbefehlsverfahren steht damit ganz im Zeichen der Schonung der Justizressourcen.<sup>545</sup> Es ist daher nicht verwunderlich, dass immer wieder die Erweiterung seines Anwendungsbereichs diskutiert wird.<sup>546</sup>

#### bb) Einordnung als konsensuales Verfahren

Mit dem soeben skizzierten Strafbefehlsverfahren kennt das deutsche Strafverfahren seit geraumer Zeit eine konsensuale Beendigungsmöglichkeit, deren konsensuales Element in der Einspruchsmöglichkeit nach § 410 Abs. 1 StPO besteht. Allerdings ist die Einordnung des Strafbefehlsverfahrens als konsensuales Verfahren in der Strafrechtswissenschaft alles andere als unumstritten.

Eng verwoben mit dieser Streitfrage ist die zum Strafbefehlsverfahren seit Anbeginn geführte Kontroverse zwischen „Überzeugungstheorie“ und „Unterwerfungstheorie“.<sup>547</sup> Im Ausgangspunkt unterscheiden sich die beiden Ansätze hinsichtlich des notwendigen Grades an Gewissheit, den das Gericht bei Erlass eines Strafbefehls haben muss. Laut Unterwerfungstheorie ist, mit Verweis auf § 408

---

<sup>541</sup> Die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe wurde (wieder-)eingeführt mit Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 (BGBl. I, S. 50). Zuvor war sie durch Art. 21 Nr. 104 EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469) abgeschafft worden.

<sup>542</sup> In zwei Dritteln aller Fälle wird kein Einspruch erhoben, siehe *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 84.

<sup>543</sup> Zum Strafklageverbrauch nach § 373a StPO BGHSt 48, 331, 338; KK-StPO-Schmidt, § 373a Rn. 4.

<sup>544</sup> Vgl. BGHSt 28, 69.

<sup>545</sup> Vgl. SSW-StPO-Momsen, § 407 Rn. 1.

<sup>546</sup> Konkret wird etwa schon seit längerer Zeit die Erweiterung auf Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren auf Bewährung gefordert. Siehe etwa die Initiative des Bundesrats aus dem Jahre 2006, BR-Drs. 660/06 sowie neuerdings *Caspari*, DRiZ 2014, 82, 83.

<sup>547</sup> Vgl. SK-StPO-Weblau, Vor §§ 407 ff. Rn. 14: „Diese Kontroverse berührt nicht nur die Interpretation einzelner Vorschriften des Strafbefehlsverfahrens [...]. Vielmehr wird hier die auch in der wissenschaftlichen Grundlagendiskussion bisher wenig geklärte Problematik aktuell, ob [...] einer Legitimation durch Erkenntnis das Konsensprinzip als weitere Legitimationsquelle gegenübergestellt werden kann.“

Abs. 2 Satz 1 StPO, nur ein hinreichender Tatverdacht erforderlich.<sup>548</sup> Anhänger der wohl herrschenden Überzeugungstheorie gehen demgegenüber davon aus, dass der Erlass eines Strafbefehls, entsprechend einer im Anschluss an eine streitige Hauptverhandlung ergehende Verurteilung, eine volle richterliche Überzeugung, nicht einen bloßen Verdacht voraussetzt.<sup>549</sup> Denn das Gesetz kenne als Kriterium für den Schuldnachweis nur die gerichtliche Überzeugung. Auf einen bloßen Verdacht könne eine Kriminalstrafe nicht gestützt werden. Der einzige Unterschied des Strafbefehlsverfahrens zum Normalverfahren liege darin, dass die richterliche Überzeugung aus den in den Akten dokumentierten Ermittlungsergebnissen des Vorverfahrens gewonnen werde.

Auf Grundlage der Überzeugungstheorie entsteht somit von vornherein keine Notwendigkeit, das im Strafbefehlsverfahren ergangene Urteil mit dem Konsens auf eine zusätzliche Legitimationsgrundlage zu stellen. Die Einspruchsmöglichkeit nach § 410 Abs. 1 StPO wird daher lediglich als Gewährleistung rechtlichen Gehörs<sup>550</sup> oder Indiz für die materielle Richtigkeit der Entscheidung<sup>551</sup> gewertet.

Auch die Vertreter der Überzeugungstheorie müssen freilich anerkennen, dass die Sachverhaltsaufklärung im Strafbefehlsverfahren als „summarisches Verfahren“<sup>552</sup> jedenfalls deutlich eingeschränkt ist.<sup>553</sup> Sie beschränkt sich lediglich auf die Ermittlungsergebnisse des Vorverfahrens und die Prognose des Gerichts im Anschluss an die Staatsanwaltschaft, an dem Resultat werde sich durch eine Beweisaufnahme in einem streitigen Verfahren nichts mehr ändern. Die Prognose stützt sich im Vergleich zur entsprechenden Beurteilung bei Abschluss der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung somit auf eine schriftliche, also deutlich verminderte Tatsachengrundlage und ist damit auch erheblich fehleranfälliger.<sup>554</sup> Dies berücksichtigt auch das Gesetz, indem der Strafklageverbrauch des im Wege des Strafbefehls ergangenen Urteils gem. § 373a StPO deutlich eingeschränkt ist. Eine

---

<sup>548</sup> *Schünemann*, 58. DJT, Bd. 1, B 69 f.; SSW-StPO-Momsen, § 407 Rn. 3; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, Vor § 407 Rn. 1; BeckOK-StPO-Temming, § 407 Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 68 Rn. 7; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 527; *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 64; siehe auch BRAK, Verfassungsbeschwerden gegen § 257c, S. 14.

<sup>549</sup> *Fezer*, ZStW 106 (1994), 1, 20 f.; *Löwe/Rosenberg-Gössel*, Vor § 407 Rn. 25; *KK-StPO-Maur*, § 408 Rn. 15; *KMR-StPO-Metzger*, Vor § 407 Rn. 24; *AK-StPO-Loos*; Vor § 407 Rn. 7; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 139.

<sup>550</sup> BVerfGE 3, 248, 253; *AK-StPO-Loos*, Vor § 407 Rn. 8.

<sup>551</sup> *Greco*, GA 2016, 1, 11.

<sup>552</sup> So bereits BVerfGE 3, 248, 253.

<sup>553</sup> *Pointiert Volk*, Die Wahrheit vor Gericht, S. 305 f.: „Auch diese ehrenwerte Ansicht muss allerdings einräumen, dass die Strafbefehlswahrheit eine andere ist als eine Schwurgerichtswahrheit, eine Wahrheit nämlich auf schmaler Grundlage, keinem Belastungstest ausgesetzt, nie kontrovers diskutiert, einseitig für plausibel gehalten – Wahrheit light eben, im besten Falle.“

<sup>554</sup> Eingehend *SK-StPO-Wefßlau*, Vor §§ 407 ff. Rn. 18 f. Vgl. zur erhöhten Fehleranfälligkeit auch BVerfGE 3, 248, 253.

richterliche Überzeugung, die qualitativ der Situation in § 261 StPO entspricht, kann zusammenfassend auf solch einer defizitären Erkenntnisbasis nicht gebildet werden.

Diesem Einwand wird teilweise pauschal entgegnet, dass in Bagatellfällen sehr wohl eine derart qualitative Überzeugung im Wege eines schriftlichen Verfahrens gewonnen werden könnte.<sup>555</sup> Teilweise wird darauf abgestellt, dass dies jedenfalls für einfach gelagerte Fällen gelte.<sup>556</sup> Solchen Argumenten wird allerdings zu Recht entgegengehalten, dass sie den Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme per se die Relevanz für die Zuverlässigkeit der Sachverhaltsermittlung abspricht.<sup>557</sup> Überdies sind sie rechtstatsächlich unzutreffend. Der Verweis auf Bagatellfälle verfährt bereits im Hinblick auf den möglichen Sanktionsrahmen nach § 407 Abs. 2 StPO nicht.<sup>558</sup> Darüber hinaus werden Strafbefehle in der Praxis regelmäßig auch bei nicht eindeutigen Beweislagen erlassen.<sup>559</sup> Beispielhaft ist die Staatsanwaltschaft gem. Nr. 175 Abs. 3 Satz 2 RiStBV gehalten, einen Strafbefehl zu beantragen, selbst wenn mit einem Einspruch des Beschuldigten zu rechnen ist – wenn also der Beschuldigte aller Wahrscheinlichkeit nach die Tatbegehung bereits im Ermittlungsverfahren bestritten hat, so dass mindestens zwei Sachverhaltsversionen vorliegen.<sup>560</sup>

Die Unterwerfungstheorie, aber auch einige Stimmen aus dem Lager der Überzeugungstheorie,<sup>561</sup> erkennen vor diesem Hintergrund die defizitäre Tatsachengrundlage des Strafbefehlsverfahrens ausdrücklich an. Unabhängig von der Bezeichnung des erforderlichen Gewissheitsgrades des Gerichts als „Verdacht“ oder „Überzeugung“ gehen diese Stimmen von der Notwendigkeit einer zusätzlichen Legitimation der auf rechtskräftigem Strafbefehl fußenden Verurteilung aus. Diese wird in der Einspruchsmöglichkeit nach § 410 StPO als Element des Konsenses gesehen.<sup>562</sup> Bei Erlass des Strafbefehls wird also die Nichterhebung des Einspruchs antizipiert und als (konkludente) Zustimmung gewertet.<sup>563</sup> Als zweiter Faktor der

<sup>555</sup> Löwe/Rosenberg-Gössel, Vor § 407 Rn. 28 ff.; in diese Richtung auch Fezer, ZStW 106 (1994), 1, 20 f.; KMR-StPO-Metzger, Vor § 407 Rn. 24.

<sup>556</sup> So etwa Müller, Strafbefehlsverfahren, S. 143 f. In diese Richtung anscheinend auch BVerfGE 133, 168, dazu eingehend unten III. C. 3. d) aa).

<sup>557</sup> Vgl. Weßlau, Konsensprinzip, S. 58 ff.

<sup>558</sup> Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, Vor § 407 Rn. 1. Siehe auch Schünemann, 58. DJT, Bd. 1, B 69 f. mit Fn. 167.

<sup>559</sup> Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 159; Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 665 mit Fn. 48; vgl. auch Feigen, Rudolphi-Symposium, S. 161, 170 f.

<sup>560</sup> Vgl. BeckOK RiStBV-Temming, Nr. 175 RiStBV Rn. 5.

<sup>561</sup> Beispielsweise KK-StPO-Maur, § 408 Rn. 15.

<sup>562</sup> Vgl. KK-StPO-Maur, § 408 Rn. 15; Kubiciel, HRRS 2014, 204, 208; SK-StPO-Weßlau, Vor §§ 407 ff. Rn. 19; dies, Konsensprinzip, S. 200 ff. Schünemann, 58. DJT, Bd. 1, B 69 f. mit Fn. 167 spricht von einer „Unterwerfung“.

<sup>563</sup> Vgl. Jahn, GA 2014, 588, 592; BRAK, Verfassungsbeschwerden gegen § 257c, S. 14. – Herrmann, 53 U. Pitt. L. Rev. 755, 761 (1991) stellt den Vergleich mit einem *plea*



Legitimation kompensiert er die zurückgefahrne Sachverhaltsermittlung.<sup>564</sup> In der Praxis wird der Konsens oftmals, vor allem für die Rechtsfolge der Bewährungsstrafe, nicht nur antizipiert, sondern im Wege einer Absprache zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung im Vorfeld sogar tatsächlich hergestellt.<sup>565</sup>

Dieser Einordnung ist zuzustimmen. Präzisierend ist allerdings anzumerken, dass sich die Notwendigkeit des Konsenses als zweiter Legitimationsstrang nach hiesigem Verständnis nicht erst aus der gegenüber dem streitigen Verfahren zurückgefahrenen amtlichen Wahrheitsermittlung ergibt. Beteiligung und Prozessverantwortung sind vielmehr auch bei umfassender amtlicher Aufklärung im streitigen Verfahren aufgrund des auch dort bestehenden Fehlurteilsrisikos als zweite Legitimationsgrundlage erforderlich.<sup>566</sup> Die Verurteilung im Wege des rechtskräftigen Strafbefehls kann sich, entgegen einzelnen Vertretern der Überzeugungstheorie, bereits deshalb nicht allein auf die aus den Verfahrensakten gewonnene Überzeugung des Gerichts stützen. Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten sind im Strafbefehlsverfahren in der Einspruchsmöglichkeit gem. § 410 StPO ausgeformt. Weil der Beschuldigte durch die Nichterhebung des Einspruchs ausdrücklich die Mitverantwortung für den ermittelten Sachverhalt übernimmt, können – aber erst in einem zweiten, darauf aufbauenden Schritt – die Defizite der ersten Legitimationsgrundlage des Urteils, der erheblich zurückgefahrenen amtlichen Sachverhaltserforschung, kompensiert werden.<sup>567</sup>

#### b) *Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO*

Als zweite konsensuale Regelung ist die Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO zu nennen, die 1974 eingeführt worden ist.<sup>568</sup>

##### aa) *Regelungsinhalt und Regelungszweck*

Gem. § 153a Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einstellen und dem Beschuldigten stattdessen die Erfüllung von Auflagen oder

---

*of nolo contendere* (siehe dazu unten Teil 4 III. C. 1. a) an; ebenso *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 84; vgl. auch *Langbein*, Comparative criminal procedure, S. 96 ff. *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 170 f. spricht vom Strafbefehlsverfahren als „gesetzlich institutionalisierte[m] Deal zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft“.

<sup>564</sup> Eingehend *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 200 ff. speziell für das Strafbefehlsverfahren; allgemein S. 197 ff.; siehe auch *SK-StPO-dies*, Vor §§ 407 ff. Rn. 19.

<sup>565</sup> Vgl. *Herrmann*, 53 U. Pitt. L. Rev. 755, 761 f. (1991); *SSW-StPO-Momsen*, § 407 Rn. 5; *Dubber*, 49 Stan. L. Rev. 547, 559 f. (1997); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 110.

<sup>566</sup> Siehe oben Teil 1 I. B. 2.

<sup>567</sup> Siehe dazu bereits oben Teil 1 II. B. 3.

<sup>568</sup> Art. 21 Nr. 44 EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I, S. 469).

Weisungen auferlegen.<sup>569</sup> Nach Anklageerhebung kann eine solche Verfahrenseinstellung durch das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§ 153a Abs. 2 Satz 1 StPO) erfolgen. Stets ist die Zustimmung des Beschuldigten erforderlich (§ 153a Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 StPO). Der Anwendungsbereich des § 153a StPO ist eröffnet, wenn es sich um ein Vergehen handelt (§ 12 Abs. 2 StGB), das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch Auflagen und Weisungen beseitigt werden kann und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Die seit 1993 geltende Fassung der letztgenannten Voraussetzung stellt gegenüber der ursprünglichen Formulierung eine erhebliche Erweiterung dar,<sup>570</sup> die der schon zuvor gängigen Praxis nachfolgte.<sup>571</sup> § 153a StPO umfasst damit neben der kleinen auch die mittlere Kriminalität.<sup>572</sup> Die mit Abstand am meisten ausgesprochene Auflage aus dem offenen Katalog des § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–6 StPO ist die Geldzahlung.<sup>573</sup> Zur Höhe der Geldauflage trifft das Gesetz keinerlei Vorgaben.<sup>574</sup>

Das Kriterium der nicht entgegenstehenden Schuld bedingt, dass der Tatvorwurf ausermittelt sein muss; Zweifel über eine Rechtsfrage hindern die Anwendung des § 153a StPO.<sup>575</sup> Als Verdachtsgrad erforderlich ist bei der Einstellung im Ermittlungsverfahren, dem Zwischenverfahren sowie zu Beginn der Hauptverhandlung ein hinreichender Tatverdacht.<sup>576</sup> Bei einer Einstellung nach abgeschlossener Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung muss der hinreichende Tatverdacht noch vorliegen und prognostisch nicht durch weitere Beweiserhebungen zerstört werden können.<sup>577</sup> Die Einstellung nach § 153a StPO ist kein formeller Schuldspruch; auch eine Eintragung ins Bundeszentralregister erfolgt nicht. Die Entscheidung muss

---

<sup>569</sup> Gem. § 153a Abs. 1 Satz 7 i.V.m. § 153 Abs. 1 Satz 2 StPO kann auch bei der Einstellung im Ermittlungsverfahren die Zustimmung des für die Eröffnung der Hauptverhandlung zuständigen Gerichts erforderlich werden.

<sup>570</sup> Vor der Änderung durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 (BGBl. I, S. 50) war § 153a StPO auf Fälle geringer Schuld begrenzt.

<sup>571</sup> *Sinn*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 145, 149; *ders.*, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), Tendenzen, S. 197, 202; NK-WSS-Wimmer, § 153a StPO Rn. 1.

<sup>572</sup> BT-Drs. 12/1217, S. 34. Dazu Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 32; Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 24.

<sup>573</sup> Siehe Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 29; 98 % der von der Staatsanwaltschaft verhängten Auflagen; siehe ferner SSW-StPO-Schnabl/Vordermayer, § 153a Rn. 14.

<sup>574</sup> Kritisch Kudlich, ZRP 2015, 10, 11 f. Für die Einführung einer Obergrenze Weigend, StraFo 2013, 45, 52; Beulke, FS von Heintschel-Heinegg, S. 33, 42 ff.

<sup>575</sup> Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 153a Rn. 2; MüKo-StPO-Peters, § 153a Rn. 8. Aus diesem Grund kritisch zur Einstellung des LG Bonn im Verfahren gegen Altkanzler Kohl, die – entgegen der sonstigen Praxis – begründet und in NJW 2001, 1736 veröffentlicht wurde, Saliger, GA 2005, 155 ff.; Kempf, StV 2009, 269, 273; Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, Rn. 87.

<sup>576</sup> BVerfG NStZ-RR 1996, 168; SK-StPO-Weßlau, § 153a Rn. 14 f.; *dies*, Konsensprinzip, S. 45; Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 39 f.; Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 29 ff.; KK-StPO-Diemer, § 153a Rn. 11.

<sup>577</sup> Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 40; Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 31.

nicht begründet werden.<sup>578</sup> Sie ist nur stark eingeschränkt mit Rechtsmitteln anfechtbar.<sup>579</sup> Die rechtskräftige Einstellung führt zu einem beschränkten Strafklageverbrauch (§ 153a Abs. 1 Satz 5, ggf. i.V.m. Abs. 2 Satz 2 StPO).

Bei Schaffung der Norm standen Zwecke der Entkriminalisierung von Kleinkriminalität neben Aspekten der Prozessökonomie.<sup>580</sup> Der Entlastungseffekt ergibt sich daraus, dass (zumindest teilweise) die Durchführung einer Hauptverhandlung und ein ggf. anschließendes Rechtsmittelverfahren erspart werden.<sup>581</sup> In der Erweiterung auf mittlere Kriminalität kommt zum Ausdruck, dass die prozessökonomische Zielsetzung mittlerweile vorherrschend ist.<sup>582</sup>

#### bb) Einordnung als konsensuales Verfahren

Auch die Einordnung der Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO als konsensuales Verfahren ist nicht unumstritten. Die Schwierigkeiten sind Folge der Besonderheiten dieser Verfahrensbeendigungsform. So verzichtet § 153a StPO auf einen Tatnachweis und belässt es stattdessen – im Gegensatz zum Strafbefehlsverfahren ausdrücklich<sup>583</sup> – bei der bloßen Feststellung eines hinreichenden Tatverdachts. Infolgedessen werden als Sanktion nicht echte Kriminalstrafen, sondern nur Auflagen und Weisungen erteilt. Diese im deutschen Strafverfahren einmalige Konstruktion wird in Rechtsprechung und Teilen der Literatur nebulös als „Unterwerfungsverfahren“,<sup>584</sup> „kooperative Verfahrensbeendigung“<sup>585</sup> oder „neuartiger Verfahrenstyp“<sup>586</sup> bezeichnet, ohne aber näher auf ihre Legitimationsgrundlagen einzugehen. Teilweise wird die Charakterisierung als konsensuales Verfahren ganz abgelehnt.<sup>587</sup>

Grundsätzlich bedeutungslos für die Einstufung als konsensuales Verfahren ist, dass es sich bei den mit Einstellung gem. § 153a StPO ausgesprochenen Rechtsfolgen nicht um echte Kriminalstrafen handelt. Denn unabhängig von einer konkreten

---

<sup>578</sup> Kritisch *Saliger*, GA 2005, 155, 176; *Kudlich*, ZRP 2015, 10, 12; MüKo-StPO-Peters, § 153a Rn. 6.

<sup>579</sup> Näher Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 87 ff.

<sup>580</sup> Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 3; Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 1; *Saliger*, GA 2005, 155, 159. Noch allein auf Entkriminalisierung abstellend BGHSt 28, 69, 70.

<sup>581</sup> Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 2.

<sup>582</sup> Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 3; a.A. Radtke/Hohmann-Radtke, § 153a Rn. 3.

<sup>583</sup> Zum Streit zwischen Unterwerfungs- und Überzeugungstheorie im Rahmen des Strafbefehlsverfahrens bereits oben III. C. 2. a) bb).

<sup>584</sup> BGHSt 28, 174, 176.

<sup>585</sup> Löwe/Rosenberg-Beulke, § 153a Rn. 2, 10; SSW-StPO-Schnabl/Vordermayer, § 153a Rn. 1; *Saliger*, GA 2005, 155, 166 ff.

<sup>586</sup> KK-StPO-Diemer, § 153a Rn. 3.

<sup>587</sup> *Greco*, GA 2016, 1, 11 mit Verweis darauf, dass keine echten Kriminalstrafen verhängt werden.

Klassifizierung handelt es sich dabei jedenfalls um die Zufügung eines Übels durch den Staat, die rechtfertigungsbedürftig ist.<sup>588</sup> Schwerer wiegt allerdings, dass das Verfahren nach § 153a StPO keine Schuldfeststellung beinhaltet. Die amtliche Sachverhaltsaufklärung endet somit, anders als das Strafbefehlsverfahren oder das Strafurteil, nicht mit einem „Wahrspruch“, auf den sich eine Sanktionierung stützen könnte; stattdessen wird der zugrunde liegende „wahre“ Sachverhalt ausdrücklich offengelassen.<sup>589</sup> Dies liefert nach *Weßlau* aber keine hinreichende Legitimation für die Verhängung von Sanktionen.<sup>590</sup> Die Auferlegung von Auflagen oder Weisungen im Rahmen von § 153a StPO sei vielmehr zumindest primär durch die Zustimmung des Beschuldigten legitimiert.<sup>591</sup> Offenbleiben müsse, inwiefern das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts zur Legitimation beiträgt.<sup>592</sup> In einem ähnlichen Ansatz begreift *Kunz* den Konsens des Beschuldigten als „unmittelbaren Anlaß und [...] Legitimationsgrundlage“, für die der hinreichende Tatverdacht nur notwendige Voraussetzung sei.<sup>593</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich die Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO trotz dieser Besonderheiten in das Legitimationsschema aus amtlicher Sachverhaltsermittlung auf der einen und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auf der anderen Seite einordnen, das bereits oben theoretisch erläutert<sup>594</sup> und beim Strafbefehlsverfahren angewandt wurde.<sup>595</sup> Mit dem Erfordernis eines hinreichenden Tatverdachts stützt sich auch die Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO auf die – in ihrem Umfang begrenzte – amtliche Ermittlung des zugrunde liegenden Sachverhalts. Dass das Ergebnis der amtlichen Sachverhaltsermittlung weiterhin als (offengelassener) Verdacht und nicht als festgestellte Wahrheit bezeichnet wird, erscheint daher eher willkürlich.

Dies wird etwa dadurch deutlich, dass mit dem ermittelten hinreichenden Tatverdacht eine vergleichbare Aufklärungstiefe besteht wie beim Erlass eines Strafbefehls. Dementsprechend regelt auch das Gesetz auf Rechtsfolgenseite Konsequenzen, die nicht mit einem bloßen Verdacht vereinbar wären, wie etwa die Auflage der ernsthaften Bemühung um einen Täter-Opfer-Ausgleich in § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 StPO.<sup>596</sup> Auch folgt aus der Einstellung gem. § 153a StPO ein beschränkter Strafklageverbrauch, der durchaus mit der Hürde für die Wiederaufnahme im Strafbefehlsverfahren vergleichbar ist. Dass am Ende der Einstellung

---

<sup>588</sup> Vgl. *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 208.

<sup>589</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 46 f.

<sup>590</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 51.

<sup>591</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 52 f.; vgl. auch *dies*, ZStW 116 (2004), 150, 155.

<sup>592</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 53.

<sup>593</sup> *Kunz*, Bagatellprinzip, S. 74 f.

<sup>594</sup> Siehe oben Teil 1 II. B. 3.

<sup>595</sup> Siehe oben III. C. 2. a) bb).

<sup>596</sup> *Brüning*, ZIS 2015, 586, 589 f. m.w.N.

gem. § 153a StPO kein „Wahrspruch“ steht, kann im Ergebnis daher nicht dazu führen, das bekannte Schema zu verlassen und alleine auf den Konsens des Beschuldigten abzustellen.

Somit stützt sich die Legitimation der Einstellung gem. § 153a StPO aufseiten der amtlichen Wahrheitsermittlung auf den hinreichenden Tatverdacht. Als legitimierendes Element der Beteiligung und Prozessverantwortung kommt allein die Zustimmung des Beschuldigten zur Einstellung nach § 153a Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 1 StPO in Betracht. Der Zustimmung kommt somit eine den Sanktionsanspruch mit legitimierende Funktion zu. Weil der Beschuldigte dadurch ausdrücklich eine Mitverantwortung für den (bis dahin ermittelten) Sachverhalt übernimmt, kann die amtliche Ermittlung hinter den Anforderungen in einem streitigen Verfahren zurückbleiben. Zusammenfassend legitimiert sich die Sanktionsverhängung im Rahmen des § 153a StPO durch die amtliche Wahrheitsermittlung in Form eines hinreichenden Tatverdachts und der formalen Zustimmung des Beschuldigten.<sup>597</sup>

### 3. Die Verständigung nach § 257c StPO

Neben diesen, auf kleine und mittlere Kriminalität beschränkten Regelungen kennt die StPO nunmehr auch die in diesem Abschnitt darzustellende Möglichkeit einer generell anwendbaren „Verständigung“ im Verfahren. Bereits an dieser Stelle sei allerdings darauf hingewiesen, dass die Darstellung der Regelungen zur Verständigung bzw. der vorangegangenen Absprachenpraxis aufgrund der mittlerweile unüberschaubaren Fülle an Bearbeitungen und der dreistelligen Anzahl an Entscheidungen des Bundesgerichtshofs allein seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes<sup>598</sup> nur stark verkürzt erfolgen kann.

#### a) Herausbildung der Verständigungsregelung

Die Verständigung im Strafverfahren hat sich, wie keine andere Regelung in der StPO, in wesentlichen Teilen in der Praxis aufgrund der dortigen Entlastungsbedürfnisse herausgebildet. Die Entwicklung kann in drei Schritten nachvollzogen werden.

##### aa) Entwicklung der Absprachenpraxis bis 2009

Der Schaffung des Verständigungsgesetzes ging eine weit verbreitete Absprachenpraxis vor den Tatgerichten jenseits gesetzlicher Regelungen voraus. Diese

---

<sup>597</sup> In diese Richtung auch *Schünemann*, 58. DJT, Bd. 1, B 94 f. mit Fn. 256; *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 208; *Radtke/Hohmann-Radtke*, § 153a Rn. 4, allerdings mit der Einschränkung, dass darin aufgrund des begrenzten Anwendungsbereichs des § 153a StPO keine „grundsätzliche Anerkennung des Konsensprinzips als zweites Fundamentalprinzip des deutschen Strafverfahrens neben dem der Amtsaufklärung“ zum Ausdruck komme.

<sup>598</sup> Vgl. *Kudlich*, ZRP 2015, 10.

Praxis setzte etwa Beginn der 1970er-Jahre ein und wurde in den 1980er-Jahren Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion.<sup>599</sup> Als ursächlich werden einerseits die immer aufwendigeren und häufigeren Wirtschafts- und Betäubungsmittelstrafverfahren angesehen; andererseits dürfte auch die Einführung des § 153a StPO die Entwicklung konsensualer Erledigungsformen für diese Kriminalitätsbereiche befeuert haben.<sup>600</sup>

Ein solcher „Deal“ gestaltete sich in den meisten Fällen in der Weise, dass das Gericht eine (milde) Strafe ohne weitere Beweisaufnahme zusagte, wenn der Beschuldigte im Gegenzug ein (pauschales) Geständnis ablegte und regelmäßig zudem auf Rechtsmittel verzichtete.<sup>601</sup> Die amtliche Aufklärung durch das Tatgericht war also stark reduziert; im Gegenzug stimmte der Beschuldigte der strafrechtlichen Verurteilung durch Abgabe eines „schlanken“ Geständnisses, mehr eine Prozesshandlung,<sup>602</sup> zu. Das Urteil stützte sich somit auf den Akteninhalt und die Zustimmung des Beschuldigten nach der äußeren Form eines Geständnisses.<sup>603</sup> Faktisch hatte die Praxis damit ein konsensuales Abspracheverfahren für alle Kriminalitätsstufen geschaffen. Dieses beinhaltete allerdings, über das hier vertretene Verständnis des Konsenses als Beweisprinzip hinausgehend, oftmals auch Vereinbarungen über den Sachverhalt bzw. die Subsumtion.<sup>604</sup>

Die Rechtsprechung hat diese Absprachenpraxis weitgehend vergeblich einzugrenzen versucht. Das Bundesverfassungsgericht war erstmals im Jahr 1987 mit der Thematik befasst. In seinem Kammerbeschluss schloss es die Möglichkeit von Absprachen nicht grundsätzlich aus, setzte aber gleichzeitig gewisse Rahmenbedingungen.<sup>605</sup> Der Bundesgerichtshof versuchte in zwei Grundsatzurteilen, zum einen des Vierten Senats aus dem Jahr 1997,<sup>606</sup> zum anderen des Großen Senats aus dem Jahr 2005,<sup>607</sup> die Absprachenpraxis mit bestimmten, den Anforderungen des späteren Verständigungsgesetzes weitgehend entsprechenden Vorgaben zu reglementie-

---

<sup>599</sup> Als Startschuss gilt der vielzitierte Beitrag von *Weider* unter dem Pseudonym „Detlef Deal aus Mauschelhausen“ in StV 1982, 545.

Zur Historie Niemöller/Schlothauer/*Weider-Niemöller*, Teil A Rn. 2 ff.; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 36 ff.

<sup>600</sup> Vgl. *Schünemann*, 58. DJT, Bd. 1, B 16; *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 20; BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257c Rn. 1; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1617; *Weigend*, FS Damaška, S. 39, 50 ff.; aus US-amerikanischer Perspektive *Dubber*, 49 Stan. L. Rev. 547, 549 f. (1997).

<sup>601</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 8; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 106 f.; *Fezer*, NSTZ 2010, 177, 179; *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 150, 165.

<sup>602</sup> Vgl. *Malek*, StV 2011, 559, 565 f.

<sup>603</sup> Vgl. *Trüg*, StV 2010, 528, 532.

<sup>604</sup> Nach *Weßlau*, StraFo 2007, 1, 4 und 7 folgten diese Absprachen eher dem Prinzip *do ut des*; *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 210 sprechen von „Konzession“ statt Konsens.

<sup>605</sup> BVerfG NJW 1987, 2662.

<sup>606</sup> BGHSt 43, 195.

<sup>607</sup> BGHSt 50, 40.

ren. Betont wurde insbesondere die auch bei Absprachen bestehende Verpflichtung des Gerichts zur amtlichen Sachverhaltsaufklärung. Das abgegebene Geständnis müsse daher auf seine Glaubwürdigkeit überprüft und sich hierzu aufdrängende Beweise erhoben werden.<sup>608</sup> Die Absprachenpraxis hatte sich aber, wie unten näher auszuführen ist, gerade aufgrund der damit verbundenen Reduzierung der gerichtlichen Amtsermittlung entwickelt.<sup>609</sup> In der Praxis wurden diese Richtlinien von den Tatgerichten daher vielfach missachtet.<sup>610</sup>

In seinem Urteil aus dem Jahr 2005 rief der Große Senat des Bundesgerichtshofs den Gesetzgeber angesichts dessen auf, eine gesetzliche Regelung für Verfahrensabsprachen zu schaffen.<sup>611</sup> Der Versuch, Urteilsabsprachen unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumente ohne Bruch in die gegenwärtige Amtsermittlungsstruktur einzupassen, könne nur unvollkommen gelingen und führe die obergerichtliche Rechtsprechung zudem stets an die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung. Ausdrücklich wies der Große Senat dabei auf den großen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum hin. Es wurde somit angedeutet, dass ein eigenes Verständigungsverfahren jenseits der Amtsermittlungsstruktur ratsam und eine bloße Kodifizierung der Leitlinien der Rechtsprechung untauglich wäre.<sup>612</sup>

#### bb) Schaffung des Verständigungsgesetzes

Diesen Andeutungen zum Trotz hat der Gesetzgeber mit dem 2009 in Kraft getretenen Verständigungsgesetz<sup>613</sup> im Wesentlichen die richterrechtlichen Vorgaben in Gesetzesform gegossen.<sup>614</sup> Dementsprechend ist die Regelung von der Konzeption geprägt, die Verständigung in die unverändert bleibende Amtsermittlungsstruktur der StPO zu integrieren. Das Verständigungsgesetz soll keine Form einer konsensualen Verfahrenserledigung normieren. Vielmehr soll die Aufgabe des Ge-

<sup>608</sup> BGHSt 43, 195, 204; 50, 40, 48.

<sup>609</sup> Siehe unten III. C. 3. c).

<sup>610</sup> *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 332 ff.; *Altenhain* u.a., NStZ 2007, 71 ff. insb. 76; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 328; *SK-StPO-Velten*, Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 1; *Löwe/Rosenberg-Stuckenberg*, § 257c Rn. 1; *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 368 m.w.N.; *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 208; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 179 Fn. 29 m.w.N. In Ansätzen vom Bundesgerichtshof selbst eingestanden in BGHSt 50, 40, 51.

<sup>611</sup> BGHSt 50, 40, 63 f. *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 362. *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2626 und *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2474 sprechen von einem „Hilferuf“.

<sup>612</sup> *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 328.

<sup>613</sup> Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2353. Zur Gesetzgebungshistorie SSW-StPO-*Ignor*, § 257c Rn. 4 ff.

<sup>614</sup> *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2474; *Fezer*, NStZ 2010, 177, 178 und 180; *Radtke/Hohmann-Ambos/Ziehn*, § 257c Rn. 9. Nach *SK-StPO-Velten*, § 257c Rn. 8 kommt der Gesetzgeber damit seiner Aufgabe nicht nach; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327 sprechen von einer „verweigerten Reform“. Vorgeifend kritisch bereits *Rieß*, JR 2005, 435, 438.

richts, die materielle Wahrheit umfassend zu ermitteln, nicht zurückgedrängt werden.<sup>615</sup> Ausdrücklich ist in § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO geregelt, dass der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) unberührt bleibe. Grundlage des Urteils könne daher niemals die Verständigung an sich sein.<sup>616</sup> Dies soll sogar sprachlich durch den Begriff der „Verständigung“ im Kontrast zur „Absprache“ zum Ausdruck gebracht werden.<sup>617</sup>

Diese gesetzgeberische Konzeption wurde in der Strafrechtswissenschaft als „widersprüchlich“ angesehen.<sup>618</sup> Der Sinn einer Absprache bestehe gerade darin, eine an sich notwendige Aufklärung zu verkürzen. Das Gesetz schaffe somit einerseits die Möglichkeit, dass einverständliche Elemente in das Strafverfahren einfließen, postuliere mit der Fortgeltung des § 244 Abs. 2 StPO aber das genaue Gegenteil.<sup>619</sup> Aufgrund dieses Widerspruchs wurde von einigen Stimmen in Justiz und Strafrechtswissenschaft davon ausgegangen, dass im Verfahren nach § 257c StPO die Amtsermittlungspflicht jedenfalls faktisch außer Kraft gesetzt ist und ein Konsensprinzip in gewissem Maße Eingang in das Gesetz gefunden hat.<sup>620</sup> Im Wege einer, von *Jahn* schon zuvor vorgeschlagenen „konsenthetoretischen Deutung des Amtsermittlungsgrundsatzes“<sup>621</sup> war dieses Ergebnis schon zuvor auf Grundlage des § 244 Abs. 2 StPO allein zu erreichen versucht worden;<sup>622</sup> diese Lesart wurde nunmehr teilweise zur Auslegung des § 257c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO herangezogen.<sup>623</sup>

Ohne eine derartige Auflösung dieses Widerspruchs im Verständigungsgesetz blieb somit, wie schon zuvor, die Problematik, dass mit Befolgung der Vorgaben an die amtliche Aufklärung durch das Tatgericht prozessökonomische Effekte weit-

<sup>615</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 8; BVerfGE 133, 168, 204.

<sup>616</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 13.

<sup>617</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 8. Kritisch *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2626 f.; Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 7.

<sup>618</sup> *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2631; *Jahn*, StV 2011, 497, 504; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 123; *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385; *Radtke/Hohmann-Ambos/Ziehn*, § 244 Rn. 17; *Fischer*, StraFo 2009, 177, 181.

<sup>619</sup> So die treffende Formulierung von *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 60.

<sup>620</sup> *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 257c Rn. 3 bezeichnet § 257c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO (noch immer) als gesetzgeberisches „Lippenbekenntnis“; zustimmend *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 329 Fn. 31; ähnlich *Trüg*, StV 2010, 528, 532; *Fezer*, NSTZ 2010, 177, 182. *Hettinger*, JZ 2011, 292, 299 spricht insoweit von einer „Angstklausele“; *Volk*, Die Wahrheit vor Gericht, S. 327 von „ängstliche[r] Irrlichterei“.

<sup>621</sup> *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 61.

<sup>622</sup> *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427, 441 ff.; dazu *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 61; MüKo-StPO-Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 41 ff. Kritisch *Weßlau*, StraFo 2007, 1, 4 Fn. 26; *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 364 Fn. 37.

<sup>623</sup> *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2631; *Jahn*, StV 2011, 497, 504 f. In diese Richtung auch *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 61 f., 64 ff.



gehend zunichte gemacht wurden.<sup>624</sup> In Anbetracht dessen wurde die Einhaltung des Verständigungsgesetzes von vornherein als unrealistisch eingeschätzt.<sup>625</sup> Diese Prognose hat sich für den Zeitabschnitt zwischen Inkrafttreten und Urteil des Bundesverfassungsgerichts nachweislich bestätigt. Eindrücklich zeigt dies die von *Altenhain* für das Verständigungsurteil<sup>626</sup> verfasste Studie.<sup>627</sup> Daraus ergab sich etwa, dass über die Hälfte der befragten Richter mehr Absprachen außerhalb der gesetzlichen Anforderungen als entsprechend den Vorgaben des Verständigungsgesetzes trafen.

### cc) Urteil des Bundesverfassungsgerichts und Ausblick

Dieser Handhabung in der Praxis hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Verständigungsgesetz (2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11 v. 19.3.2013)<sup>628</sup> mit deutlichen Worten einen Riegel vorgeschoben. Nach gesetzgeberischer Konzeption solle die richterliche Sachverhaltsaufklärung unangetastet bleiben und jede Disposition über den Umfang der Amtsaufklärung ausgeschlossen sein.<sup>629</sup> Ausdrücklich sei der Justiz untersagt, das gesetzlich normierte Strafverfahren in eine vertragsähnliche Erledigungsform umzudeuten.<sup>630</sup> Damit verbleibt für die Verständigung, wie auch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkennt,<sup>631</sup> von vornherein nur ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich.<sup>632</sup> Möglich bleibt allein eine offene und kommunikative Verhandlungsführung, in deren Rahmen Verfahrensstand, Beweislage und die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses in gewissem Umfang verbindlich diskutiert werden können.<sup>633</sup> Darüber hinaus kann eine gewisse Abkürzung der förmlichen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung durch die Nutzung der gesetzlichen Ausnahmeregelungen zu Unmittel-

---

<sup>624</sup> Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 11; *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2474; *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 328 f.; *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385, 1401.

<sup>625</sup> *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2631; *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2474; *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385, 1401. Nach Einschätzung von *Schlothauer*, StraFo 2011, 477, 497 sollte die Herausnahme des Schuldspruchs ein Programmsatz bleiben.

<sup>626</sup> BVerfGE 133, 168, 194 ff., 233.

<sup>627</sup> *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, S. 36 ff. Zusammenfassend *Sinn*, in: *Schroeder/Vries* (Hrsg.), Tendenzen, S. 197, 212 ff.

<sup>628</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>629</sup> BVerfGE 133, 168, 206 ff.

<sup>630</sup> BVerfGE 133, 168, 227 f.

<sup>631</sup> BVerfGE 133, 168, 210.

<sup>632</sup> *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 215; *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665, 673; *Hamm*, StV 2013, 652, 654; nach *Meyer*, NJW 2013, 1850 ist die Grundidee der Verfahrensab-sprache nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls normativ tot; ähnlich *Kudlich*, NSStZ 2013, 379, 380.

<sup>633</sup> BVerfGE 133, 168, 228; *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 202 f.; in diese Richtung auch *Globke*, JR 2014, 9, 12, die § 257c StPO als eine besondere Form der Beweisaufnahme begreift.

barkeit und Mündlichkeit erzielt werden.<sup>634</sup> Letztlich regelt das Verständigungsgesetz danach also eine eher eingeschränkte Form eines kooperativen Verfahrens.<sup>635</sup>

Den „in erheblichem Maße defizitäre[n] Vollzug“ des Verständigungsgesetzes sah der Senat indes nicht als immanente Folge der gesetzlichen Ausgestaltung im Wege der Integration der Absprachen in die Amtsermittlungsstruktur an. Es verpflichtete den Gesetzgeber allerdings zur Beobachtung der Praxis und ggf. zu deren Nachbesserung.<sup>636</sup> Zudem hat es die Teilnahme an einer gesetzeswidrigen Absprache in die Nähe strafbaren Verhaltens gerückt.<sup>637</sup>

Angesichts dieser deutlichen Warnsignale dürfte für die Zukunft davon auszugehen sein, dass zumindest die „offiziellen“ Verständigungen weitgehend unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durchgeführt werden.<sup>638</sup> Allerdings dürfte es aufgrund des nur noch sehr eingeschränkten prozessökonomischen Potenzials zu einem Rückgang solcher gesetzeskonformen Verständigungen kommen.<sup>639</sup> Die die Verständigungsdiskussion beherrschende Problematik der Diskrepanz zwischen den gesetzlichen, ehemals höchstrichterlichen Anforderungen und einer Praxis, die sich ein Ventil für zumindest nach eigener Diagnose bestehende Überlastung sucht, bleibt aber bestehen. Hinzu tritt infolge der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ein weiterer Mehraufwand für die Tatgerichte bei der Befolgung von Mitteilungs- und Dokumentationspflichten.<sup>640</sup>

In der Praxis dürfte daher auch nach dem Verständigungsurteil mit neuen „kollusiven Vermeidungsstrategien“<sup>641</sup> zu rechnen sein.<sup>642</sup> Etwa wird prognostiziert, dass

---

<sup>634</sup> SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 26.

<sup>635</sup> Zum Begriff des kooperativen Verfahrens bereits oben Teil I II. B. 3.

<sup>636</sup> BVerfGE 133, 168, 233 ff.

<sup>637</sup> BVerfGE 133, 168, 213. Dazu näher *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, S. 321, 323 f.

<sup>638</sup> Vgl. die Einschätzung von *Norouzi* im Interview mit *Janisch*, SZ v. 19.2.2015; siehe auch *Bubrowski*, FAZ v. 5.3.2015.

<sup>639</sup> Siehe dazu die Untersuchung des Allensbach-Instituts, veröffentlicht als „Roland Rechtsreport 2014, Sonderbericht: das deutsche Rechts- und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten“, S. 30. Abrufbar unter [https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen\\_1/ROLAND\\_Rechtsreport\\_2014\\_Sonderbericht\\_Richter\\_und\\_Staatsanwaelte.pdf](https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2014_Sonderbericht_Richter_und_Staatsanwaelte.pdf)

<sup>640</sup> *Meyer*, NJW 2013, 1850, 1852; *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 205; a.A. NK-WSS-Lammer, § 257c StPO Rn. 62, der meint, die Einhaltung der Vorgaben stelle „niemanden vor unüberwindliche Probleme“ und die Verständigung biete „nach wie vor all die Vorteile für alle Beteiligten, die bei der Entstehung dieser Art der Verfahrenserledigung ursächlich und bestimmend waren“.

<sup>641</sup> KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 5d.

<sup>642</sup> Siehe dazu die entsprechenden Einschätzungen von *Fezer*, HRRS 2013, 117, 119; *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 205; *Duttge*, FS Schünemann, S. 875, 876 f.; skeptisch auch *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 219; *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 673; siehe ferner die Schilderung von *Fischer*, HRRS-Gedächtnisgabe für Günter Widmaier, S. 101, 123 ff.

sich die Absprache von § 257c StPO in die Erörterungen des Verfahrensstandes gem. §§ 160b, 202a, 212, 257b StPO verlagern könnte, indem das Tatgericht etwa „zwischen den Zeilen“ signalisiert, seine Strafmaßvorstellungen unabhängig von der Zustimmung der Anklagebehörde und einer förmlichen Verständigung einzuhalten.<sup>643</sup> Als möglich angesehen wird auch die Rückkehr der Absprache ganz in die „Hinterzimmer der Justiz“.<sup>644</sup> Bei mittlerer Kriminalität dürfte zudem die ungleich weniger regulierte Einstellung gem. § 153a StPO genutzt werden,<sup>645</sup> gleiches gilt für das Strafbefehlsverfahren.<sup>646</sup> Zudem dürften Forderungen nach der Erweiterung des Anwendungsbereichs von Strafbefehl und Einstellung nach § 153a StPO *de lege ferenda* (noch) lauter werden.<sup>647</sup>

Dass auch in Zukunft jenseits von Strafbefehl und Einstellung nach § 153a StPO konsensuale Verfahrensbeendigungen im deutschen Strafverfahren Platz greifen werden, ist dementsprechend durchaus möglich. Als sicher kann daher lediglich gelten, dass das Verständigungsgesetz auf lange Sicht nicht den Schlusspunkt der Reformdiskussion darstellen dürfte.<sup>648</sup>

#### b) Regelungsinhalt

Die gesetzliche Regelung in der zentralen Vorschrift des § 257c StPO ist somit maßgeblich von der Grundkonzeption als kooperatives Verfahren innerhalb der Amtsermittlungsstruktur geprägt. Bei der Gesetzesanwendung ist ferner zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Verständigungsurteil einige Vorgaben des Verständigungsgesetzes im Wege einer „präzisierenden Auslegung“<sup>649</sup> näher ausgestaltet hat.

<sup>643</sup> Vgl. KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 5d; König/Harrendorf, AnwBl 2013, 321, 324; Meyer, StV 2015, 790, 791.

<sup>644</sup> KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 5d.

<sup>645</sup> Kudlich, ZRP 2015, 10, 11 f.; Beulke, FS von Heintschel-Heinegg, S. 33, 40 f.; MüKo-StPO-Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 35 und 57; siehe auch Bubrowski, FAZ v. 5.3.2015. Angesichts dieser Perspektive fordert etwa Kudlich, ZRP 2015, 10, 12 f. eine „vorsichtige Angleichung“ der rechtlichen Grenzen des § 153a StPO entsprechend der Verständigung in § 257c StPO.

<sup>646</sup> Vgl. MüKo-StPO-Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 35 sowie Caspari, DRiZ 2013, 6, 8, der bereits vor dem Verständigungsurteil des BVerfG die Dokumentationspflichten des Tatgerichts im Verständigungsverfahren in den Überschneidungsbereichen mit dem Strafbefehlsverfahren bemängelte.

<sup>647</sup> Vgl. Meyer, NJW 2013, 1850, 1852. Zu Forderungen zur Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens bereits oben III. C. 2. a).

<sup>648</sup> Anders noch im Jahr 2009 die Einschätzung von Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2631; so immer noch Kubiciel, HRRS 2014, 204, 206 Fn. 35 m.w.N.

<sup>649</sup> BVerfGE 133, 168, 203 f. Die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts zu einer solchen Auslegung infrage stellend Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 216.

## aa) Gegenstand der Verständigung

Als Folge ihrer Integration in die Amtsermittlungsstruktur ist der zulässige Gegenstand der Verständigung sehr eingeschränkt.<sup>650</sup> Dem Gericht ist die Verständigung über den Schuldspruch, also eine Disposition über die Subsumtion des erkannten Sachverhalts<sup>651</sup> unter die materielle Strafnorm sowie über den Sachverhalt selbst,<sup>652</sup> gem. § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO verwehrt. Laut Bundesverfassungsgericht bedingt dies, dass auch über eine Strafraumenverschiebung keine Verständigung getroffen werden kann.<sup>653</sup> Unzulässig sind – über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend – zudem Verständigungen über die Anwendung von Maßregeln. Seitens des strafverfolgenden Staats kann eine verbindliche Zusage gegenüber dem Beschuldigten somit in erster Linie über die Rechtsfolgen, also den Strafausspruch gegeben werden (§ 257c Abs. 2 Satz 1 StPO). Statthaft ist allein das Inaussichtstellen einer Ober- und Untergrenze der Strafe (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO); sog. „Punktstrafen“ können nicht Gegenstand der Verständigung sein.<sup>654</sup> Des Weiteren können die zu den Rechtsfolgen gehörigen Beschlüsse, also solche nach §§ 268a und 268b StPO sowie Verfahrenseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO von der Verständigung umfasst sein,<sup>655</sup> nicht hingegen, aufgrund der fehlenden Kompetenz des Gerichts, Entscheidungen nach § 154 Abs. 1 StPO.<sup>656</sup>

Seitens des Beschuldigten kommt als Gegenstand der Verständigung zunächst sein Prozessverhalten in Betracht. Denkbar ist etwa das Unterlassen von Befangenhitsanträgen bzw. Unterbrechungs- oder Aussetzungsanträgen oder das Einverständnis zu einer erleichterten Beweisaufnahme nach § 245 Abs. 1 Satz 2, § 251 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 3 oder nach § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO.<sup>657</sup> Insbesondere kommt der Verzicht auf die Ausübung von Mitwirkungsrechten, wie etwa von Fragen, Erklärungen oder Beweisanträgen, in Betracht.<sup>658</sup> Beweisanträge können wegen § 257c Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO allerdings nur in dem Umfang Gegenstand der Verständigung werden, in dem sie nicht der Amtsermittlungs-

---

<sup>650</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168, 210; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 29; *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385, 1391 ff.

<sup>651</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 1526; BGH StV 2011, 78, 79; BGH StV 2012, 134.

<sup>652</sup> SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 11; Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 78 ff.

<sup>653</sup> BVerfGE 133, 168, 210 ff. Dazu *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665 f.

<sup>654</sup> BGHSt 51, 84, 86; BGH NStZ 2010, 650; StV 2011, 75, 76; StV 2011, 78, 79; StV 2011, 338 f.; NStZ 2011, 170.

<sup>655</sup> Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 33; *Schneider*, NStZ 2014, 252, 261 f.

<sup>656</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 13; BVerfGE 133, 168, 214; KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 15.

<sup>657</sup> KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 22.

<sup>658</sup> SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 47.

pfligt des Gerichts unterliegende Umstände betreffen.<sup>659</sup> Hinsichtlich dieses „kooperativen“ Verhaltens stellt sich zudem die Frage, inwieweit es überhaupt aufseiten der Strafzumessung zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt werden kann.<sup>660</sup>

Gegenstand jeder Verständigung „soll“ zudem nach Möglichkeit ein Geständnis des Beschuldigten sein (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO). Das Geständnis muss aufgrund der gem. § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO fortgeltenden gerichtlichen Amtsermittlungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zwingend durch weitere Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung überprüft werden; ein Abgleich mit der Aktenlage genügt laut Bundesverfassungsgericht nicht.<sup>661</sup> Verständigungsbasierte Geständnisse sind allerdings auch nicht strenger zu prüfen als ein auf herkömmliche Weise abgegebenes Geständnis.<sup>662</sup> Insbesondere kann die Überprüfung durch die Verlesung von Beweismitteln oder im Wege sonstiger Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erfolgen.<sup>663</sup> Bloße „Formalgeständnisse“ und in aller Regel auch „schlanke“ Geständnisse ermöglichen eine solche Überprüfung nicht und sind daher nicht ausreichend.<sup>664</sup>

Ein Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten ist, anders als nach der bis dato geltenden Rechtsprechungspraxis,<sup>665</sup> gem. § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO nach vorangegangener Verständigung unwirksam.<sup>666</sup>

<sup>659</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 13; BVerfGE 133, 168, 208. Daher dürften Beweisanträge nach KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 22 selten Gegenstand der Verständigung sein.

<sup>660</sup> Kritisch KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 22; BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257c Rn. 17; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 257c Rn. 14; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 43; Murmann, FS Roxin 2011, S. 1385, 1393 f. Für eine strafmildernde Berücksichtigung Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 100 f., sofern dadurch ein Beitrag zur Verfahrensabkürzung geleistet wird.

<sup>661</sup> BVerfGE 133, 168, 209 f.; daran anknüpfend BGH NSTZ 2014, 170; anders noch BGHSt 50, 40, 49 sowie BT-Drs. 16/12310, S. 14. Dazu Mosbacher, NZWiSt 2013, 201, 202; Deiters, GA 2014, 701 ff. Einen Abgleich mit den Ermittlungsakten auch nach BVerfGE 133, 168 als ausreichend ansehend dagegen Leitmeier, HRRS 2013, 362, 363 f. Nach Ausführungen des Berichterstatters Landau scheint dies in Ausnahmefällen möglich zu sein, dazu Landau, NSTZ 2014, 425, 430; in diesem Sinne auch Deiters, GA 2014, 701 ff.

<sup>662</sup> BVerfGE 133, 168, 209; BGH NSTZ 2013, 727.

<sup>663</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168, 209 f.; kritisch Jahn, NSTZ 2014, 170 f.

<sup>664</sup> BVerfGE 133, 168, 209; BGHSt 50, 40, 49; BT-Drs. 16/12310, S. 14; Radtke/Hohmann-Ambos/Ziehn, § 244 Rn. 9; SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 53.

<sup>665</sup> Zur entsprechenden Kontroverse im Gesetzgebungsverfahren SK-StPO-Velten, Vor §§ 257b–257c ff. Rn. 8.

<sup>666</sup> Nach BGHSt 55, 82, 84 ff. kann eine Rechtsmittelrücknahme allerdings auch nach einer Verständigung erfolgen. Allerdings wäre eine im Rahmen der Verständigung „vereinbarte“ Rücknahme des noch einzulegenden Rechtsmittels als Umgehung des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO unzulässig. Ob die Rechtsmittelrücknahme in einem Verfahren Gegenstand einer Verständigung in einem anderen Verfahren sein kann, wurde in BGH NSTZ 2016, 177 offengelassen.

## bb) Ablauf und Anforderungen an das Verständigungsverfahren

§ 257c Abs. 1 Satz 1 StPO spricht dem Gericht die Befugnis zu, in „geeigneten Fällen“ eine Verständigung zu initiieren.<sup>667</sup> Die anderen Verfahrensbeteiligten können eine Verständigung anregen; einen Anspruch darauf haben sie indes nicht.<sup>668</sup> Das Gericht gibt, in der Regel nach in der Hauptverhandlung (§ 257b StPO) oder in davor liegenden Verfahrensabschnitten (§§ 202a, 212 StPO) erfolgter Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den Verfahrensbeteiligten, einen Vorschlag zum möglichen Inhalt der Verständigung ab (§ 257c Abs. 3 Satz 1 StPO). Die Beteiligten erhalten sodann ein Recht zur Stellungnahme (§ 257c Abs. 3 Satz 3 StPO). Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag zustimmen (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO).

Ein hoher Stellenwert kommt Mitteilungs- und Dokumentationspflichten zu. Sie dienen einerseits dazu, den Beschuldigten zuverlässig und nachprüfbar über Ablauf und Inhalt der Verständigungsgespräche in seiner Abwesenheit zu informieren.<sup>669</sup> Des Weiteren sollen sie eine möglichst vollumfängliche Kontrolle verständigungsbasierter Urteile durch das Rechtsmittelgericht sicherstellen.<sup>670</sup> Gem. § 243 Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO muss der Vorsitzende nach Verlesung des Anklagesatzes zum nächsten Zeitpunkt mitteilen, ob im Vorfeld der Hauptverhandlung oder in der Hauptverhandlung selbst Erörterungen stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist. Dies beinhaltet als sog. „Negativmitteilung“ auch, dass keine solchen Gespräche stattgefunden haben.<sup>671</sup> Im Protokoll sind wesentlicher Ablauf, Inhalt und Ergebnis einer Verständigung sowie die Beachtung der Mitteilungspflicht anzugeben. Auch der Fall, dass keine Verständigung stattgefunden hat (sog. „Negativtest“), ist zu protokollieren (§ 273 Abs. 1a Satz 3 StPO).

Unter Verletzung dieser Mitteilungs- und Dokumentationspflichten zustande gekommene „informelle“ Verständigungen sind aufgrund des hohen Stellenwerts der Transparenzvorschriften rechtswidrig.<sup>672</sup> Hält sich das Tatgericht gleichwohl an die

---

<sup>667</sup> Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 47; BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257c Rn. 26.

Nicht geeignet sind im Regelfall Jugendstrafverfahren (vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 9 f.) oder Fälle, in denen die Schuldfähigkeit des Angeklagten nicht feststeht, vgl. BGH StV 2011, 647, 648; NStZ-RR 2012, 140, 141.

<sup>668</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 13; Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 47.

<sup>669</sup> BGHSt 58, 310, 314.

<sup>670</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168, 221 ff.

<sup>671</sup> BVerfG NStZ 2014, 592, 593 f.; anders noch BGHSt 58, 315, 316 ff.; BGH 5 StR 310/13, Beschl. v. 28.8.2013.

<sup>672</sup> BVerfGE 133, 168, 232 f. Das BVerfG spricht insoweit von einer „untrennbaren Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten“, BVerfGE 133, 168, 222.

Verständigung, soll laut Bundesverfassungsgericht das Urteil regelmäßig auf diesem Gesetzesverstoß beruhen.<sup>673</sup> Weil bei einem Verstoß gegen die Negativmitteilung bzw. den Negativtest im Regelfall nicht ausschließbar sein wird, dass eine „informelle“ Verständigung stattgefunden hat, beruht das Urteil laut Bundesverfassungsgericht auch grundsätzlich auf diesem Fehler.<sup>674</sup> Dies gilt einzig dann nicht, wenn das Revisionsgericht zweifelsfrei schließen kann, dass die geführten Gespräche nicht auf die Herbeiführung einer gesetzeswidrigen Absprache gerichtet waren.<sup>675</sup> Die Rüge der Verletzung von Mitteilungs- und Dokumentationspflichten ist auch nicht präkludiert, wenn der Verteidiger die Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO unterlassen hat.<sup>676</sup>

Unterschiedlich bewertet wird, ob die Aufnahme von Verständigungsgesprächen zugleich einen Fall notwendiger Verteidigung darstellt. Der Gesetzgeber hat bei Schaffung der Verständigungsregelungen, ausdrücklich (auch) um den Realitäten vor den Amtsgerichten Rechnung zu tragen, bewusst nicht zwischen verteidigtem und unverteidigtem Beschuldigten unterschieden.<sup>677</sup> Demgegenüber spricht sich ein beachtlicher Teil der Strafrechtswissenschaft und neuerdings auch das Oberlandesgericht Naumburg bei Aufnahme von Verständigungen aufgrund der Komplexität und Fehleranfälligkeit der Regelungen für einen Fall notwendiger Verteidigung i.S.v. § 140 Abs. 2 StPO aus.<sup>678</sup> Dies wird wiederum von anderen Stimmen aus der Wissenschaft sowie dem Oberlandesgericht Bamberg insbesondere mit Verweis auf die neutrale Stellung des Tatgerichts zurückgewiesen.<sup>679</sup>

---

<sup>673</sup> BVerfGE 133, 168, 221 ff.; näher zur dogmatischen Konstruktion *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201, 202; kritisch *Stuckenberger*, ZIS 2013, 212, 215.

<sup>674</sup> BVerfGE 133, 168, 223 f.; BGHSt 58, 310, 313 f. Anders noch § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO BGH StV 2011, 202, 203 f.; OLG Celle, NStZ 2012, 285 f. – Damit hat das BVerfG diese Fehler nach eigenem Bekunden „in die Nähe absoluter Revisionsgründe gerückt“, BVerfG NStZ 2014, 528, 529, abschwächend aber BVerfG NStZ 2015, 170, 172.

<sup>675</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 172 unter Aufrechterhaltung von BGH 1 StR 200/13, Beschl. v. 27.2.2014.

<sup>676</sup> Dies aus dem Schutzzweck ableitend BGH NStZ 2014, 601, 602 f.; im Ergebnis ebenso *Schneider*, NStZ 2014, 252 mit der Begründung, es handele sich bei der Mitteilung um eine bloße Wissensentscheidung. – Demgegenüber hat BGH StV 2010, 673, 674 noch offengelassen, „ob ein Verfahrensbeteiligter, der nach eigener Kenntnis an einer gesetzeswidrigen informellen Absprache [...] teilgenommen hat, das Urteil ohne weiteres dennoch mit der Verfahrensrüge dieses Verstoßes anfechten kann“.

<sup>677</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 2.

<sup>678</sup> OLG Naumburg NStZ 2014, 116 f.; in diese Richtung bereits *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2627; SSW-StPO-*Beulke*, § 140 Rn. 44; SSW-StPO-*Ignor*, § 257c Rn. 32; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535; *Theile*, NStZ 2012, 666, 670; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 30; SK-StPO-*Velten*, § 257c Rn. 9; *Graalmann-Scheerer*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 29, 34 f.; enger *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 66.

<sup>679</sup> OLG Bamberg, StraFo 2015, 67 f.; *Wenske*, NStZ 2014, 117; eingehend *Schneider*, NStZ 2014, 252, 260 f.: Das OLG Naumburg „projiziert“ mit seiner Rechtsprechung die Komplexität der Verständigungsregelungen, mit der Richter konfrontiert seien, ohne Wei-

## cc) Bindungswirkung und Rückabwicklung

Das Gericht ist nur eingeschränkt an die Verständigung gebunden. Gem. § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO entfällt die Bindung, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen wurden oder sich neu ergeben haben.<sup>680</sup> Dies ist wiederum Folge der Grundentscheidung des Gesetzgebers für die Integration der Verständigung in das Amtsermittlungsmodell: Aufgrund seiner Verpflichtung zur vollständigen Wahrheitsermittlung soll sich das Gericht von einer Verständigung lösen können, wenn der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist.<sup>681</sup> Letztlich sollen einzig schlichte Meinungsänderungen des Gerichts für das Lösen der Verständigung nicht ausreichend sein.<sup>682</sup> Das Gericht hat die Beendigung der Verständigung gem. § 257c Abs. 4 Satz 4 StPO unverzüglich mitzuteilen; dies ist gem. § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO zu protokollieren. Das Berufungsgericht ist, wie auch das Tatgericht nach Verfahrensaussetzung bzw. nach Rückverweisung durch die Revision, von vornherein nicht an die Verständigung gebunden.<sup>683</sup>

Nach § 257c Abs. 5 StPO ist der Beschuldigte über die Möglichkeit der Loslösung von der Verständigung und ihre Folgen vorab zu belehren. Dies soll angesichts der besonderen Anreiz- und Verlockungssituation der Verständigungsmöglichkeit noch eine autonome Entscheidungsmöglichkeit über die Mitwirkung an einer Verständigung sicherstellen.<sup>684</sup> Laut Bundesverfassungsgericht führt ein Verstoß gegen diese Belehrungspflicht in aller Regel zur Urteilsaufhebung.<sup>685</sup> Eine

---

teres auf die Ebene des Beschuldigten; zudem müsse das Gericht dem unverteidigten Beschuldigten die einzelfallspezifischen Verteidigungsmöglichkeiten ohnehin „stimulierungsneutral“ erläutern. Mit einer zustimmenden Besprechung auch *Ruhs*, NSTz 2016, 706, 708 ff., der gar eine „Missbrauchsgefahr“ darin sieht, dass der Beschuldigte andernfalls eine Verständigung anregen und dadurch eine Situation notwendiger Verteidigung „erzwingen“ könnte. Dabei wird freilich verkannt, dass die Initiative für eine Verständigung gem. § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO vom Gericht ausgeht, so dass sich die Gefahr eines solchen missbräuchlichen Verhaltens von vornherein nicht stellt.

<sup>680</sup> Nach § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO entfällt die Bindung selbstverständlich auch, wenn der Angeklagte sich im Prozess anders verhält als in der Verständigung angekündigt.

<sup>681</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 14; BVerfGE 133, 168, 208; *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385, 1396; KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 28.

<sup>682</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/13095, S. 10. Dazu ausführlich *Murmann*, FS Roxin 2011, S. 1385, 1397 ff.

<sup>683</sup> Zur Berufungsinstanz OLG Düsseldorf StV 2011, 80, 81 f.; zustimmend KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 37; ablehnend SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 29; zur Rückverweisung nach der Revision BGH NSTz-RR 2013, 373.

<sup>684</sup> BVerfGE 133, 168, 224; BVerfG StV 2013, 674; BGH NSTz-RR 2013, 350.

<sup>685</sup> BVerfGE 133, 168, 225; BVerfG StV 2013, 674; BVerfG NSTz 2014, 721, 722. Wiederum sieht das BVerfG hier eine Nähe zu absoluten Revisionsgründen, BVerfG NSTz 2014, 528, 529. Anders noch BGH StV 2011, 75, 76; BGH 1 StR 443/10, Beschl. v. 8.10.2010; BGH 1 StR 469/10, Beschl. v. 2.11.2010; BGH 1 StR 449/10, Beschl. v. 3.11.2010; BGH StV 2010, 675.



Ausnahme besteht einzig, wenn das Geständnis ohnehin abgegeben worden wäre.<sup>686</sup> Hierfür sind allerdings konkrete Feststellungen erforderlich.<sup>687</sup>

Der Beschuldigte selbst ist an die Verständigung nicht gebunden (vgl. § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO). Die Erfüllung seiner im Rahmen der Verständigung getätigten Zusagen stellt lediglich eine Obliegenheit dar.<sup>688</sup> Auch seine Rechtsmittelmöglichkeiten bleiben uneingeschränkt erhalten. Insbesondere führt die Verständigung nicht dazu, dass die Rechtsmitteleinlegung als missbräuchliches Prozessverhalten präkludiert wäre.<sup>689</sup> Auch ist die Mitwirkung an der Verständigung im Einzelfall nicht als konkludente Rücknahme von Beanstandungen in der Hauptverhandlung zu werten.<sup>690</sup> Laut einer – vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ergangenen – Entscheidung des Bundesgerichtshofs muss der Beschuldigte allerdings in der Hauptverhandlung einen Widerspruch erheben, um die Unzulässigkeit des Verständigungsinhalts in der Revision zu rügen.<sup>691</sup>

Nach gerichtlicher Loslösung von der Absprache kommt es mangels Vertragscharakters der Verständigung nicht zur „Rückabwicklung“ der gewährten „Leistungen“ durch Rückversetzung des Verfahrens in den Zustand vor der Verständigung.<sup>692</sup> Allein für das auf Grundlage der Verständigung abgegebene Geständnis sieht § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO – als gegenüber der Rechtsprechungspraxis neu hinzugekommene Regelung – ein Verwertungsverbot vor.<sup>693</sup> Dieses wird von der h.M. auf Vertrauensschutzerwägungen als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren gestützt.<sup>694</sup> Bindet eine Verständigung aufgrund ihrer inhaltlichen Rechtswidrigkeit oder ihrer Informalität das Tatgericht von Beginn an nicht, besteht laut

<sup>686</sup> BVerfGE 133, 168, 225.

<sup>687</sup> Siehe zu diesen Anforderungen die Entscheidung BVerfG NStZ 2014, 721, 722, die aufgrund der insoweit unzureichenden Feststellungen zur Aufhebung von BGH NStZ 2013, 728 f. führte.

<sup>688</sup> SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 31; SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 89.

<sup>689</sup> BGHSt 57, 3, 6 f.; BGH StV 2009, 680; NStZ 2010, 289, 290; NStZ-RR 2010, 383, 384; offengelassen noch in BGHSt 50, 40, 52. Anders noch BGH NJW 2009, 690 f.; BGH StraFo 2009, 73.

<sup>690</sup> BGHSt 57, 3, 4 f. Differenzierend aber KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 67.

<sup>691</sup> BGH NStZ 2010, 297; tendenziell zustimmend KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 68. Zur Widerspruchslösung bereits oben III. A. 2.

<sup>692</sup> Vgl. Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 131 ff.; a.A. SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 105 f.

<sup>693</sup> Zur Entstehungsgeschichte Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 143 f. Zur Kritik des Bundesrates an der erst im Gesetzgebungsverfahren eingeführten Regelung BT-Drs. 16/12310, S. 19.

<sup>694</sup> Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2630; Murmann, FS Roxin 2011, S. 1385, 1396; siehe auch BT-Drs. 16/12310, S. 14. – Demgegenüber stellt SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 48; dies, StV 2012, 172, 175 f. auf die Kompensation der Gefährdung der autonomen Entscheidung des Beschuldigten über seine Verteidigung durch die verbindliche Strafmaßzusage im Wege der Verständigung ab; ähnlich, allerdings über den Grundsatz des Vertrauensschutzes, Meyer, HRRS 2011, 17, 21.

Rechtsprechung kein Verwertungsverbot.<sup>695</sup> Im Unterschied dazu plädiert ein beträchtlicher Teil der Literatur für eine entsprechende Anwendung des § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO.<sup>696</sup> Eklatante Fälle der unzulässigen Veranlassung zu einer Verständigung werden jedenfalls von § 136a StPO erfasst.<sup>697</sup> Umstritten ist ferner, ob das Verwertungsverbot aus § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO nach Verfahrensaussetzung in der ersten Instanz, im Berufungsverfahren oder nach Rückverweisung in der Revision, wo das Gericht nicht (mehr) an die Verständigung gebunden ist,<sup>698</sup> analog anzuwenden ist.<sup>699</sup> Auch ob dem Verwertungsverbot eine Fernwirkung zukommt, ist unklar.<sup>700</sup>

Abgesehen vom Verwertungsverbot für Geständnisse regelt das Gesetz keine Folgen für gescheiterte Verständigungen oder vom Beschuldigten abgelehnte Offerten. Insbesondere wird der Spruchkörper nach gescheiterter Verständigung nicht ausgetauscht.<sup>701</sup> Auch bei der Annahme eines Befangenhheitsgrundes ist die Rechtsprechung sehr zurückhaltend; die Erörterung einer Verständigung allein lässt danach keine Befangenhheit besorgen.<sup>702</sup>

---

<sup>695</sup> Für inhaltlich rechtswidrige Verständigungen BGH NJW 2011, 1526 f.; BGH StV 2012, 134 f.; StV 2011, 74, 75; für informelle Verständigungen BGH StraFo 2012, 234, 235 f.; BGH StV 2012, 649, 652; NSTz 2013, 353, 355. Zustimmend KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 44; in diese Richtung auch Jahn, StV 2011, 497, 500 f.

<sup>696</sup> Für ein Verwertungsverbot aus § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO analog KG Berlin, StV 2012, 654, 655; SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 48 f.; dies., StV 2012, 172, 174 ff.; SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 124; angedacht auch von Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 77. Das Verwertungsverbot im Falle informeller Absprachen auf den Grundsatz des fairen Verfahrens stützend OLG Düsseldorf StV 2011, 80, 81 f.; Meyer, HRRS 2011, 17, 19 ff.

<sup>697</sup> SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 50; Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 77.

<sup>698</sup> Dazu soeben mit Fn. 683.

<sup>699</sup> Für ein Verwertungsverbot gem. § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO analog nach Berufung durch die Staatsanwaltschaft zur Erzielung einer über der zugesagten Obergrenze liegenden Strafe OLG Düsseldorf StV 2011, 80, 81 f.; OLG Nürnberg, StV 2012, 590, 591; Jahn, StV 2011, 497, 501; ablehnend KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 38. Ein Verwertungsverbot nach § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO analog wird für die Rechtsmitteleinlegung des Angeklagten ganz überwiegend abgelehnt, siehe BGH StV 2010, 470; NJW 2011, 1526 f.; KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 38. Zum Streitstand insgesamt MüKo-StPO-Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 175 ff.

<sup>700</sup> Ablehnend Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 257c Rn. 28; Niemöller/Schlothauer/Weider-Niemöller, Teil B § 257c Rn. 150; befürwortend SK-StPO-Velten, § 257c Rn. 48 f.; für eine Fernwirkung, wenn Entfallen der Bindungswirkung auf Gericht zurückgeht Schlothauer/Weider, StV 2009, 600, 605; ähnlich Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2629; Jahn, StV 2011, 497, 501; SSW-StPO-Ignor, § 257c Rn. 110; Kudlich, 68. DJT, Bd. I, C 54.

<sup>701</sup> Kritisch Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 16 und 66; für einen Austausch des Spruchkörpers *de lege ferenda* Schönemann, ZIS 2009, 484, 494; ders., in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 106; ders., StraFo 2015, 177, 185; siehe auch bereits Herrmann, 53 U. Pitt. L. Rev. 755, 773 ff. (1991).

<sup>702</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/11736 S. 10 f.; BGH NSTz 2008, 172, 173; NSTz 2011, 590; zustimmend Knauer/Lickleder, NSTz 2012, 366, 371; KK-StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 84.

c) Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung

Die Absprachenpraxis und die in der Folge geschaffene Verständigungsregelung sind wie keine andere der besprochenen Neuerungen Kind der Bestrebungen zur Beschleunigung des Verfahrens und zur Schonung der Justizressourcen. Angesichts der oben beschriebenen Krise des deutschen Strafverfahrens und der (selbst-)diagnostizierten Zwänge der Ressourcenknappheit wurde die Absprache von der Justiz in einem Akt der „Selbsthilfe“ oder als „Notstandshandlung“<sup>703</sup> entwickelt. Mit der mitunter radikalen Abkürzung der Hauptverhandlung und Vermeidung eines Rechtsmittelverfahrens birgt die Absprache ein offensichtliches Beschleunigungspotenzial.<sup>704</sup>

Seit ihrer Entwicklung haben Verfahrensabsprachen rasant zugenommen.<sup>705</sup> Schon bald wurden die Absprachen für die Aufrechterhaltung der Strafjustiz als unabdingbar,<sup>706</sup> die Entwicklung der Absprachenpraxis als unumkehrbar angesehen.<sup>707</sup> Wie keine andere Verfahrensinstitution stützte die Absprachenregelung ihre Berechtigung damit auf ihre faktische Notwendigkeit. Die Anerkennung dieser „unüberwindlichen Faktizität“<sup>708</sup> dürfte die Akteure der Absprache zu der oben angesprochenen, mehr oder weniger offenen Missachtung höchstrichterlicher und gesetzlicher Vorgaben ermutigt haben. Dies lässt es umso fraglicher erscheinen, dass diese normative Kraft des Faktischen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts durch die „faktische Kraft des Normativen“<sup>709</sup> zurückgedrängt wird.

d) Verfassungsmäßigkeit

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Absprachenpraxis sind von Beginn an starke Bedenken formuliert worden. Diese wurden bezüglich der gesetzlichen Verständigungsregelung in § 257c StPO weitgehend aufrechterhalten. Verfassungsrechtliche Einwände bestehen etwa in Bezug auf den Öffentlichkeitsgrundsatz, die Selbstbelastungsfreiheit, die Unschuldsvermutung oder den Gleichheitsgrund-

<sup>703</sup> Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 2 Fn. 39 m.w.N.

<sup>704</sup> Nach *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 30 ist die tatsächlich beschleunigende Wirkung von Absprachen „evident“ und kann ohne empirische Vergleichsdaten unterstellt werden.

<sup>705</sup> Siehe hierzu die Untersuchungen von *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 53 ff. und *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, S. 28 ff. *Kempf*, StV 2009, 269, 272 zitiert eine Einschätzung *Tolksdorfs* aus dem Jahre 2009, wonach die Urteile in etwa zwei Dritteln auf eine Absprache zurückgingen, bewertet diese aber als zu hoch angesetzt.

<sup>706</sup> BGHSt 50, 40, 53 f.; siehe die Untersuchung von *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 331.

<sup>707</sup> *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 341; ähnlich *Rieß*, JR 2005, 435, 437.

<sup>708</sup> Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 2.

<sup>709</sup> *Meyer*, NJW 2013, 1850.

satz.<sup>710</sup> Vorliegend soll allerdings nur erörtert werden, ob und inwieweit konsensuale Verfahrensbeendigungen im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Erfordernis einer zuverlässigen Ermittlung der materiellen Wahrheit<sup>711</sup> zulässig sind bzw. wären.

#### aa) Das Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts

Wie bereits dargestellt, hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Schuldprinzip eine Pflicht des Tatgerichts zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit abgeleitet.<sup>712</sup> Hiervon dürfe sich das Verfahren nicht entfernen; die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sei insoweit eingeschränkt.<sup>713</sup> Aufgrund dessen sei ausgeschlossen, dass die Verfahrensbeteiligten oder das Gericht über die Handhabung der Wahrheitserforschung oder die rechtliche Subsumtion disponieren. Es sei dem Gericht untersagt, die Pflicht zur Wahrheitserforschung preiszugeben und im Wege eines „Handels mit der Gerechtigkeit“ Vereinbarungen über eine bestimmte Strafe oder einen bestimmten Schuldspruch zu treffen.<sup>714</sup>

In Einhaltung dieser Vorgaben sei es dem Gesetzgeber „nicht schlechthin verwehrt“,<sup>715</sup> die Möglichkeit einer Verfahrensverständigung vorzusehen. Zulässig seien unverbindliche Erörterungen der Beurteilung der Sach- und Rechtslage zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten.<sup>716</sup> Diese Anforderungen halte die gesetzliche Regelung in der präzisierenden Auslegung durch das Verfassungsgericht in ausreichender Weise ein.<sup>717</sup> Insbesondere stelle das Gesetz sicher, dass eine Verfahrensverkürzung um den Preis der Erforschung der materiellen Wahrheit ausgeschlossen ist.<sup>718</sup>

Ungleich bedeutsamer ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts wegen der daraus abzuleitenden Erkenntnisse hinsichtlich des gesetzgeberischen Spielraums bei Schaffung von konsensualen Verfahrensbeendigungsformen *de lege ferenda*. Denn soweit ein unabänderliches Erfordernis der bestmöglichen Wahrheitsermittlung postuliert wird, sind Verfahrensgestaltungen, in denen die amtliche Sachverhaltsermittlung des Gerichts zurückgefahren ist und dies durch den Konsens des Beschuldigten kompensiert wird, nicht denkbar. Für konsensuale Verfahrensbeendigungen besteht dann keinerlei Raum.<sup>719</sup>

<sup>710</sup> Siehe auf diese Punkte eingehend Löwe/Rosenberg-Stuckenberg, § 257c Rn. 14 ff.

<sup>711</sup> Siehe oben Teil 2 II. A. 1. a).

<sup>712</sup> Siehe oben Teil 2 II. A. 1. b).

<sup>713</sup> BVerfGE 133, 168, 225 f.

<sup>714</sup> BVerfGE 133, 168, 227 f.

<sup>715</sup> BVerfGE 133, 168, 228.

<sup>716</sup> BVerfGE 133, 168, 227.

<sup>717</sup> BVerfGE 133, 168, 229 ff.

<sup>718</sup> BVerfGE 133, 168, 230.

<sup>719</sup> Stuckenberg, ZIS 2013, 212, 216 und 218; Meyer, NJW 2013, 1850 f.; Fezer, HRRS 2013, 117, 119; Beulke/Stoffer, JZ 2013, 662, 664; Kudlich, ZRP 2013, 162.

Mit dieser rigiden Haltung bringt sich das Bundesverfassungsgericht aber in die Situation, die Verfassungsmäßigkeit der beiden etablierten konsensualen Erledigungsformen, dem Strafbefehlsverfahren und der Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO, begründen zu müssen. Denn es ist offensichtlich, dass das Strafbefehlsverfahren mit einer tatgerichtlichen Pflicht zur bestmöglichen Wahrheitsermittlung kaum in Einklang steht. Gleiches gilt für § 153a StPO, wobei unerheblich ist, dass als Rechtsfolge mit den Auflagen und Weisungen keine Strafe im engeren Sinne vorgesehen ist. Bei konsequenter Anwendung der eigenen Vorgaben im Verständigungsurteil würde sich also die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Beendigungsformen besonders laut stellen.<sup>720</sup>

Eine Lösung gelingt dem Gericht nur mit einer „rechtstatsächlich fragwürdigen“<sup>721</sup> Argumentation. In Bezug auf das Strafbefehlsverfahren führt es an, dass für einfach gelagerte Fälle und eindeutige Sachverhalte auch ohne Hauptverhandlung eine tragfähige Grundlage für eine Schuldfeststellung gewonnen werden könne.<sup>722</sup> Die Anwendungsfälle des Strafbefehlsverfahrens betreffen aber, wie gezeigt,<sup>723</sup> gerade nicht nur solche einfachen Fälle, in denen eine „die Ermittlungsergebnisse deckende geständige Einlassung“ oder ein „auf frischer Tat angetroffener Beschuldiger“ vorliegt.<sup>724</sup> Im Ergebnis macht sich das Bundesverfassungsgericht somit die bereits oben verworfene These zu eigen, dass im Strafbefehlsverfahren trotz seiner Ausgestaltung als schriftliches Überprüfungsverfahren eine richterliche Überzeugung gebildet werden könne, die einer solchen nach streitiger Verhandlung gem. § 261 StPO in nichts nachsteht. Was die Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO betrifft, so bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Fälle „geringfügiger Kriminalität“, bei denen von Strafe abgesehen werden könne.<sup>725</sup> Als „Ausnahmen“ vom verfassungsrechtlichen Schuldprinzip bedürften sie aber einer „eigenständigen Legitimation“. Worin diese liegen soll, wird nicht weiter ausgeführt.

Insgesamt zeigt sich deutlich das Dilemma, in das sich das Bundesverfassungsgericht mit der verfassungsrechtlichen Verankerung einer Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit manövriert hat. Für den Spagat, sich nicht mit der Möglichkeit konsensualer Verfahren bzw. der Legitimationswirkung des Konsenses auseinandersetzen zu müssen, zugleich aber das Strafbefehlsverfahren und die

---

<sup>720</sup> Vgl. *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665; nur für das Strafbefehlsverfahren *Leitmeier*, HRRS 2013, 362, 364. – *Meyer*, NJW 2013, 1850 f.; *ders.*, StV 2015, 790, 796 bilanziert, dass die Einstellung nach §§ 153 ff. StPO und das Strafbefehlsverfahren das gerade noch zulässige Maximum an Erledigungsformen sein dürften, die Abstriche vom Postulat der bestmöglichen materiellen Wahrheitsermittlung zulassen.

<sup>721</sup> Vgl. *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 665 mit Fn. 48.

<sup>722</sup> BVerfGE 133, 168, 227.

<sup>723</sup> Siehe oben III. C. 2. a).

<sup>724</sup> BVerfGE 133, 168, 226 f.

<sup>725</sup> BVerfGE 133, 168, 226.

Verfahrenseinstellung gem. § 153a StPO verfassungsrechtlich zu halten, muss es auf eine rechtstatsächlich unzutreffende Argumentationslinie zurückgreifen.

bb) Verfassungsrechtlicher Spielraum für konsensuale  
Verfahrensbeendigungen

Entgegen dem Verständigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ist dem Strafverfahrensgesetzgeber auch nach den Vorgaben des Grundgesetzes ein gewisser Spielraum für die Einführung konsensualer Verfahrensbeendigungen überlassen.

Wie oben geschildert, ist auch auf Grundlage des Grundgesetzes eine Verurteilung nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass staatliche Strafverfolgungsorgane hinreichende Anstrengungen zur Ermittlung der Wahrheit über den strafrechtlichen Vorwurf unternommen haben. Über amtliche Ermittlungen allein ist es nicht möglich, mit absoluter Sicherheit die Wahrheit über die in Rede stehende Tat herauszufinden und die Verwirklichung des Schuldprinzips als Schranken-Schranke des Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten zu sichern. Vielmehr ist für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung auch notwendig, dass dem Beschuldigten Möglichkeiten zur Einwirkung auf die prozessuale Sachverhaltsermittlung gewährt werden, über die ihm eine Mitverantwortung für die Einhaltung des Schuldprinzips zuteilwird.<sup>726</sup> Der amtlichen Wahrheitsermittlung kann daher, entgegen der Wertung des Bundesverfassungsgerichts, kein absoluter Geltungsanspruch zukommen. Vielmehr besteht auch auf Grundlage des Grundgesetzes ein gesetzgeberischer Spielraum, wie beide Elemente zu gewichten sind.<sup>727</sup>

Die Einwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten als zweite Stütze des Urteils können auch im deutschen Verfahren grundsätzlich in Form eines formal erklärten Konsenses anstelle der streitigen Ausübung seiner Mitwirkungsrechte zur Widerlegung des Anklagevorwurfs ausgestaltet werden. Weil im Konsens ein vergleichsweise starkes Element der Übernahme von Mitverantwortung für das Verfahrensergebnis zum Ausdruck kommt, ist dieser Spielraum keinesfalls überschritten, wenn im Gegenzug die amtliche Sachverhaltsermittlung ein Stück weit zurückgefahren ist.<sup>728</sup> Allerdings scheidet, wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend festhält, eine völlig freie Disposition der staatlichen Organe über den Sachverhalt und dessen Subsumtion unter die materiellstrafrechtlichen Normen aus. Die staatlichen Organe sind aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Schuldprinzip verpflichtet, die Ermittlung der materiellen Wahrheit in einem hinreichenden Umfang zu sichern.

---

<sup>726</sup> Siehe bereits oben Teil 2 II. A 2.

<sup>727</sup> Siehe bereits oben Teil 2 II. A. 3.

<sup>728</sup> Siehe bereits oben Teil 1 II. B. 3.

Dies schließt aus, sich im Wege konsensueller Beendigungen über eigene Erkenntnisse hinwegzusetzen. Einigungen über den Sachverhalt oder die Subsumtion des erkannten Sachverhalts unter die materiellstrafrechtlichen Tatbestände sind daher ausgeschlossen. Wie oben erläutert, kann das Konsensprinzip als Beweisprinzip nur den vorzeitigen Abbruch von Ermittlungen beinhalten.<sup>729</sup>

Seit geraumer Zeit werden konsensuale Verständigungsregelungen für das deutsche Verfahren vorgeschlagen, die diesem Ansatz entsprechen. Gemäß den skizzierten verfassungsrechtlichen Vorgaben sehen sie eine Kombination aus zurückgefahrener amtlicher Ermittlung und einem Konsenselement des Beschuldigten vor. Etwa schlägt *Kubiciel* die Schaffung „hybrid-konsensueller Erledigungsformen“ vor.<sup>730</sup> In diese Richtung geht auch die Idee eines auf dem Strafbefehlsverfahren aufbauenden „Strafbescheidverfahrens“.<sup>731</sup> Zu nennen sind ferner die von *Meyer-Gößner* und *Altenhain*, *Hagemeier* und *Haimerl* erdachten Unterwerfungsmodelle.<sup>732</sup> Im Kern beinhalten diese Vorschläge die allein im Ermessen des Beschuldigten stehende Unterwerfungsmöglichkeit unter die Anklage im Zwischenverfahren durch formale Erklärung, die zu einer gesetzlich festgelegten Strafrahmennildereung führt. In diese Richtung geht auch der Entwurf des Strafrechtausschusses der BRAK aus dem Jahr 2005.<sup>733</sup> Da danach einerseits eine geständige Einlassung des Angeklagten vorgesehen ist, aber auch ein bloßes Nichtbestreiten des Anklagevorwurfs genügen soll, beinhaltet dieser Vorschlag allerdings eine gewisse Vermischung konsensueller und kooperativer Elemente.

#### IV. Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten infolge der neuen Regelungen

Nach Darstellung der Neuerungen im deutschen Strafprozess kann nun untersucht werden, inwieweit die Prozessverantwortung des Beschuldigten im Verhältnis zur amtlichen Wahrheitsermittlung angewachsen ist (B.). Zuvor soll die Steigerung der Prozessverantwortung in den Kontext der beschriebenen Krisensituation des deutschen Verfahrens gesetzt werden (A.).

---

<sup>729</sup> Siehe bereits oben Teil I II. B. 3.

<sup>730</sup> *Kubiciel*, HRRS 2014, 204, 207 f.

<sup>731</sup> *Schünemann*, 58. DJT, Bd. 1, B 162 f.; mit gewichtigen Modifizierungen *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 258 ff.; daran anschließend *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 327, 337.

<sup>732</sup> *Meyer-Gößner*, NStZ 2007, 425, 431 f.; *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NStZ 2007, 71, 76 und 78 f.; *Altenhain* u.a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, S. 341 f.

<sup>733</sup> Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, ZRP 2005, S. 235.

## **A. Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten als Ausweg aus der Krise des deutschen Strafverfahrens**

Wie oben dargelegt, befindet sich das deutsche Strafverfahren nach verbreiteter Ansicht in einer „Krise“, die sich in der unzureichenden Effizienz des Verfahrens äußert. Als gewichtige Ursache wird ein verzögerndes und mitunter gar als missbräuchlich eingestuftes Verteidigungsverhalten eingeordnet. Die Verfahrensstruktur verhindert es indes, die Beschuldigtenrechte materiell einzugrenzen. Einerseits ist für eine Beschneidung der Beschuldigtenrechte kein Raum. Andererseits können konkret missbräuchlich eingesetzte Verteidigungsrechte vom Gericht aufgrund dessen systembedingter Vorbelastung nur in offensichtlichen Extremfällen versagt werden.<sup>734</sup> Verfahrensverzögerndes oder rechtsmissbräuchliches Verteidigungsverhalten lässt sich somit kaum durch verpflichtende Ge- oder Verbote abstellen. Es scheint daher allein die Möglichkeit zu verbleiben, dem Beschuldigten für ein zügigeres, nicht missbräuchliches Agieren im Prozess Anreize zu geben, um sein Verteidigungsverhalten im Sinne einer konstruktiven Mitarbeit zu steuern.

Alle unter III. beschriebenen Neuerungen schaffen derartige Anreize. Für Verteidigungsverhalten, das als verzögernd oder gar missbräuchlich angesehen wird, und damit „unerwünscht“ ist, werden negative Anreize geschaffen, also Nachteile für den Beschuldigten in Aussicht gestellt. Etwa hat die Rechtsprechung mit § 238 Abs. 2 StPO und der Widerspruchslösung für die unterlassene (rechtzeitige) Beanstandung von Verfahrensfehlern in der Hauptverhandlung die Versagung der Revisionsmöglichkeit als nachteilige Folge geschaffen, um den Beschuldigten zur frühzeitigen Geltendmachung des Verfahrensfehlers zu motivieren. Mit Versagung der Anerkennung als Beweis Antrag bei Fehlen des Konnexitätserfordernisses bzw. der erleichterten Ablehnungsmöglichkeit im Wege der Fristenlösung wurden Nachteile für als verzögernd oder gar missbräuchlich eingeordnete Beweis Anträge eingeführt. Im Falle der konsensualen bzw. kooperativen Verfahrensbeendigungen wird als Anreiz demgegenüber eine gewisse „Belohnung“ für ein verkürzendes und somit erwünschtes Agieren der Verteidigung entwickelt. Für die Vermeidung bzw. Verkürzung der Hauptverhandlung wird dem Beschuldigten eine verbindliche und im Regelfall niedrigere Strafe bzw. ein entsprechender Strafrahmen in Aussicht gestellt. Sobald sich das Verhältnis zwischen streitigem Verfahren als Regelfall und konsensualer bzw. kooperativer Beendigung als Ausnahme umkehrt, müsste eine solche Belohnung freilich eher als Vorenthaltung eines Nachteils bewertet werden.

Mit diesem Schema der „Anreizschaffung“ geht automatisch eine Steigerung der Prozessverantwortung einher. Denn bei den negativen Anreizen handelt es sich letztlich um nichts anderes als die bereits oben angeführten „prozessualen Sanktionen“, welche die grundlegenden Obliegenheiten des Beschuldigten näher ausfor-

---

<sup>734</sup> Zu alledem oben II.



men.<sup>735</sup> Die Schaffung derartiger Anreize besteht letztlich darin, dass auf neue formelle Anforderungen an die Rechtsausübung bekannte „prozessuale Sanktionen“ folgen, dass neue „prozessuale Sanktionen“ eingeführt werden oder dass beides kombiniert wird. Beispielhaft wird im Fall des neuen Erfordernisses der Konnexität des Beweisantrags die bekannte Sanktionierung der Aberkennung der Beweis-antragseigenschaft mit einer neuen Begründungsanforderung gekoppelt. Bei der Widerspruchslösung wird eine neue formelle Anforderung – der frist- und formge-rechte Verwertungswiderspruch – mit der neuen „prozessualen Sanktion“ der Prä-klusion der Rechtsmittelrüge verbunden. Will der Beschuldigte nicht diese nachteilhaften Sanktionen erleiden, muss er sein Verteidigungsverhalten entsprechend anpassen. Über die Sanktionierung mit einem (teilweisen) Rechtsverlust werden also neue prozessuale Obliegenheiten geschaffen oder bestehende verschärft.<sup>736</sup>

Speziell im Falle der konsensualen und kooperativen Verfahrensbeendigungen ist der „Umweg“ über prozessuale Sanktionen gar nicht notwendig. Vielmehr wirkt sich der geschaffene Anreiz unmittelbar im Verfahrensergebnis des Beschuldigten aus: Will der Beschuldigte nicht das streitige Verfahren und damit möglicherweise eine höhere Strafe riskieren, will er also keine höhere Bestrafung als „echte Sanktion“ erfahren, muss er sich – unabhängig von seiner tatsächlichen Schuld – zumindest mit einer angebotenen konsensualen oder kooperativen Beendigung auseinandersetzen. Ihm obliegt dann, die Zustimmung zur konsensualen Beendigung mit der Chance auf ein – ggf. zutreffendes – milderer Urteil im streitigen Verfahren abzuwägen.

Darauf aufbauend stellt sich nun die Frage, welche neuen bzw. verschärften Obliegenheiten dieses Regelungsmuster der „Anreizschaffung“ hervorgebracht hat und wie sich diese auf die grundlegende Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auswirkt.

## **B. Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im Einzelnen**

Im Folgenden soll also ergründet werden, wie die unter III. dargestellten Neuerungen die Prozessverantwortung des Beschuldigten im Vergleich zur Grundkonzeption des deutschen Verfahrens gesteigert haben. Die Darstellung orientiert sich dabei an dem oben in Teil 2 III. D. zur Beschreibung der bereits bestehenden Obliegenheiten gewählten Aufbau.

---

<sup>735</sup> Siehe oben Teil 1 I. C. 3.

<sup>736</sup> Vgl. dazu *Führ*, Eigen-Verantwortung, der insbesondere im Verwaltungsrecht ein Regelungsmuster der „Eigen-Verantwortung“ identifiziert, auf das der Rechtsstaat für die Bewältigung seiner Steuerungsaufgaben zurückgreift und das nicht in Form von strikten Pflichten, sondern durch „unvollkommene Pflichten“ und andere „Anreizmechanismen“ ausgestaltet ist.

### **1. Neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung und verschärfte Beanstandungsobliegenheiten in der Revision**

Zunächst ist zu verzeichnen, dass gegenüber der Grundkonzeption des deutschen Verfahrens neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung geschaffen wurden (a); zusätzlich wurden die bereits bestehenden Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren verschärft (b).

#### *a) Schaffung neuer Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung*

Zum einen schaffen die oben unter III. A. 1. und 2. beschriebenen Präklusionsregelungen der Widerspruchslösung und der Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung, so dass dem Beschuldigten abschnittsweise nunmehr die Verantwortung für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage zukommt.

#### aa) Neue Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung und dadurch bewirkte Verantwortungsverschiebung

Bereits vor der Erweiterung der Präklusionsregelung des § 238 Abs. 2 StPO und vor Schaffung der Widerspruchslösung hatte der Beschuldigte, wie erläutert, schon immer die Möglichkeit, bereits in der Hauptverhandlung unrechtmäßige Untersuchungshandlungen zu beanstanden. Diesbezüglich bestand allerdings keine Obliegenheit, da er unabhängig davon den Verfahrensfehler im Revisionsverfahren rügen konnte.<sup>737</sup>

Dies hat sich nun geändert. Aufgrund der Regelung des § 238 Abs. 2 StPO und der Widerspruchslösung hat eine unrechtmäßige sachleitende Anordnung des Vorsitzenden bzw. die Missachtung eines Beweisverwertungsverbots durch den ganzen Spruchkörper keine nennenswerten Konsequenzen mehr für das Tatgericht. Dies zeigt sich besonders eindrücklich bei der Widerspruchslösung. Versäumt der Verteidiger des Beschuldigten den Widerspruch, ist die entsprechende Verfahrensrüge in der Revision präkludiert, so dass dem Gericht aus dem Fehler keinerlei negative Folgen erwachsen. Bei erfolgtem Widerspruch erhält das Gericht die Gelegenheit, sich (nochmals) mit der Frage der Rechtmäßigkeit des Beweismittels auseinanderzusetzen und auf begründete Bedenken des Beschuldigten einzugehen. Einzig wenn sich das Gericht über den Widerspruch hinwegsetzt, kann es noch zur Aufhebung des Urteils in der Revision kommen, sofern der Beschuldigte die Begründungsanforderungen der Verfahrensrüge einzuhalten weiß. Auf diese Weise lädt

---

<sup>737</sup> Siehe oben Teil 2 III. C. 1.

die Widerspruchslösung, wie es *Gaede* formuliert, das Tatgericht dazu ein, stets nur noch die Verteidigung „kommen zu lassen“, während eigene Rechtmäßigkeitsprüfungen nur noch durchgeführt werden, wenn ein Fehler ins Auge springt.<sup>738</sup>

Verfahrensfehler des Vorsitzenden durch eine rechtswidrige Anordnung bzw. des Tatgerichts durch Verwertung eines kontaminierten Beweises führen somit nur bei einem erneuten Verfahrensfehler – der Abweisung der Beanstandung – zur Urteilsaufhebung in der Revision. Es fehlt dementsprechend an dem Mechanismus der „prozessualen Sanktionierung“ des Tatgerichts. Verantwortung ist aber gerade durch die Zurechnung der Folgen eines Fehlers und das „Einstehenmüssen“ dafür gekennzeichnet.<sup>739</sup> Der Vorsitzende bzw. das Tatgericht ist somit von der Verantwortung für die Beachtung der Rechtmäßigkeit sachleitender Anordnung bzw. von Beweisverwertungsverboten weitgehend freigestellt.<sup>740</sup> Stattdessen fallen die negativen Folgen aus dem Verfahrensverstoß beim Beschuldigten an. Wiederum für die Widerspruchslösung: Wird das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots in der Hauptverhandlung von keinem Beteiligten bemerkt, fällt dies mit der Präklusion der Revisionsrüge und der daraus folgenden Festschreibung der Verwertung des Beweises im Urteil allein ihm zur Last. Will er eine Beweisverwertung verhindern, obliegt es ihm daher, selbst auf das Vorliegen etwaiger Verwertungsverbote zu achten und entsprechend zu beanstanden.

Mit dieser „Überbürdung des Fehlerrisikos“<sup>741</sup> wird die Verantwortung für ein rechtmäßiges Verfahren im Geltungsbereich von Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO auf den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger verschoben.<sup>742</sup> Das Tatgericht wird demgegenüber in gleichem Maße aus seiner Verantwortung entlassen. *Gaede* spricht diesbezüglich pointiert von einem „Outsourcing“ auf den Verteidiger als erzwungenen „Subunternehmer der Justiz“.<sup>743</sup>

---

<sup>738</sup> *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405.

<sup>739</sup> *Widmaier*, NStZ 2011, 305, 308 Fn. 26. Zum Verantwortungsbegriff bereits oben Teil I I. A. 1.

<sup>740</sup> Für die Widerspruchslösung *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 255, 265; *Schlothauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 223; allgemein *Lindemann*, StV 2010, 379, 382; *Gaede*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 48.

<sup>741</sup> So auf die Widerspruchslösung bezogen treffend *Ventzke*, StV 1997, 543, 548.

<sup>742</sup> Für die Widerspruchslösung *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 429; SSW-StPO-*Beulke*, Einl. Rn. 276; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34; *Salecker*, Äußerungsrecht, S. 130; *Bohlander*, StV 1999, 562, 563; *Roxin*, FS Hanack, S. 1, 22; *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 116; *Schlothauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 223. – Für § 238 Abs. 2 StPO entsprechend SK-StPO-*Frister*, § 238 Rn. 47 ff.; SK-StPO-*Frisch*, § 337 Rn. 217; *Erker*, Beanstandungsrecht, S. 168 f.; *Hofmann*, Präklusion, S. 78. – Allgemein *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 95 f.; *ders.*, FS *Beulke*, S. 831, 838 f.; *Börner*, Legitimation, S. 456 f.; *Ventzke*, StV 1997, 543, 544.

<sup>743</sup> *Gaede*, HRRS 2007, 402, 406.

bb) Keine Verantwortungsverschiebung aufgrund fortbestehender Verpflichtungen des Gerichts?

Diese, durch Widerspruchslösung und erweiterte Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO bewirkte Verantwortungsverschiebung wird allerdings von einigen Stimmen in Zweifel gezogen. So argumentieren *Mosbacher* und *Schneider*, dem Beschuldigten werde einzig die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs in der Hauptverhandlung und nicht mehr in der Revision aufgegeben.<sup>744</sup> Die Beanstandungsmöglichkeit nach § 238 Abs. 2 StPO entbinde den Vorsitzenden aber nicht von der Pflicht, selbst für einen rechtmäßigen Sachverhalt zu sorgen, also rechtswidrige Verfahrensordnungen zu unterlassen oder ggf. zu korrigieren.<sup>745</sup> Im Hinblick auf die Widerspruchslösung hat das Tatgericht zumindest nach *Mosbacher* ein kontaminiertes Beweismittel auch ohne Widerspruch von Amts wegen nicht zu verwerten.<sup>746</sup> Es komme daher nicht zu einer Verantwortungsverschiebung, vielmehr behalte das Tatgericht seine Verantwortung.<sup>747</sup>

Hinsichtlich der Widerspruchslösung steht diese Auffassung indes bereits in offenem Gegensatz zur Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte, wonach Beweisverwertungsverbote ohne Widerspruch des Verteidigers nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind.<sup>748</sup> Ausgehend hiervon könnte von einer bloßen zeitlichen Vorverlegung des Rechtsbehelfs schon von Anfang an keine Rede sein.

Doch auch unabhängig von einer Pflicht zur Berücksichtigung von Beweisverwertungsverbotten von Amts wegen ist der Einwand zurückzuweisen. Denn eine solche – zumindest hinsichtlich § 238 Abs. 2 StPO weiter bestehende – *Verpflichtung* kann, entgegen *Mosbacher* und *Schneider*, nicht mit einer entsprechenden *Verantwortung* des Vorsitzenden bzw. des Tatgerichts gleichgesetzt werden. Folgt auf die Verletzung einer Verpflichtung, wie vorliegend durch Wegfall des Risikos der Urteilsaufhebung in der Revision, keine Folgenanlastung (mehr), so kann nicht von Verantwortung gesprochen werden.<sup>749</sup> Muss im Gegenzug der Beschuldigte durch die Präklusion der Verfahrensrüge für die Folge aus dem Verfahrensverstoß eintreten, liegt deren Vermeidung nunmehr in seiner Verantwortung. Dies verkennt ausdrücklich *Schneider*, dem zufolge „der Ausschluss von Verfahrensrügen [...] nicht die Zurechnung von Fehlern zu einzelnen Verfahrensbeteiligten, sondern

<sup>744</sup> So für Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO und Widerspruchslösung gleichermaßen *Mosbacher*, FS Widmaier, S. 339, 351 f.; *ders.*, NSTz 2011, 606, 608 f.

<sup>745</sup> KK-StPO-*Schneider*, § 238 Rn. 39.

<sup>746</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 373 ff.; *ders.*, NSTz 2011, 606, 610 f. Siehe bereits III. A. 2. b) cc) (4).

<sup>747</sup> Auch MüKo-StPO-*Arnoldi*, § 238 Rn. 41 kann eine „Asymmetrie der Verantwortlichkeiten“ nicht erkennen.

<sup>748</sup> Siehe oben III. A. 2. b) cc) (3).

<sup>749</sup> Zum Verantwortungsbegriff oben Teil 1 I. A. 1.

allein deren Revisibilität“ betrifft.<sup>750</sup> Es handelt sich somit mitnichten um eine bloße zeitliche Verschärfung der bereits bestehenden Beanstandungsobliegenheit; vielmehr wird mit dem Tatgericht ein staatlicher Prozessakteur im Geltungsbereich der Präklusionsregelungen vollständig aus seiner Verantwortung entlassen, und diese stattdessen dem Beschuldigten aufgebürdet.

Weitere, davon zu unterscheidende Einwände gegen eine Verantwortungsverschiebung scheint *Hamm* geltend zu machen. Speziell in Bezug auf den Ausgangsfall der Widerspruchslösung, das Verwertungsverbot aufgrund von Belehrungsfehlern,<sup>751</sup> wendet er ein, Informationen darüber lägen in der Regel der Verteidigung, nicht aber dem Gericht vor.<sup>752</sup> Kern dieser Argumentation ist somit, dass dann bereits eine originäre Mitwirkungsobliegenheit des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers besteht, diese zur Sprache zu bringen, weil sie allein über die nötigen Kenntnisse verfügten. In diese Richtung kann auch die ursprüngliche Ansicht *Widmaiers*, der Widerspruch bei Verwertungsverboten betreffe den „Bereich originärer und ausschließlicher Eigenverantwortlichkeit des Verteidigers“, verstanden werden.<sup>753</sup> Unabhängig von der grundsätzlichen Stichhaltigkeit dieses Arguments – im konkreten Fall wissen auch die Strafverfolgungsbehörden um die Belehrungsfehler – greift es jedenfalls mittlerweile nicht mehr. Denn im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Erweiterung des Anwendungsbereichs der Widerspruchslösung kann von einem exklusiven Wissen der Verteidigung nicht mehr die Rede sein; auf die Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO passt die Argumentation ohnehin nicht.

#### cc) Einordnung im Hinblick auf die Legitimation des Strafurteils

Mit Widerspruchslösung und Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO betritt das deutsche Strafverfahren bei der Gewichtung der Legitimationsgrundlagen für das Strafurteil Neuland. Denn im Ausgangspunkt stellt das Amtsermittlungsverfahren die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit des Sachverhalts, der dem Strafurteil zugrunde gelegt werden soll, vollständig in die Verantwortung des Gerichts. Die Prozessverantwortung des Beschuldigten knüpft vielmehr erst an der Obliegenheit zur Beanstandung im Rechtsmittelverfahren an. Mitwirkungsobliegenheiten ergeben sich – wie bei allein dem Beschuldigten bekannten Entlastungsmomenten – entweder aus der Natur der Sache oder erst auf den zweiten Blick infolge „informeller“ Präklusionen oder aufgrund von Widrigkeiten des Rechtsmittelrechts.

---

<sup>750</sup> KK-StPO-Schneider, § 238 Rn. 39. Dazu bereits überzeugend *Widmaier*, NStZ 2011, 305, 308 Fn. 26.

<sup>751</sup> BGHSt 38, 214.

<sup>752</sup> *Hamm*, NJW 1993, 289, 295 f.; *ders.*, NJW 1996, 2185, 2187 f.; *ders.*, StV 2010, 418, 421.

<sup>753</sup> *Widmaier*, NStZ 1992, 519, 521.

Mit der Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO als ausdrücklichen Präklusionsregelungen entsteht nunmehr im Gegensatz dazu eine alleinige Verantwortung des Beschuldigten in Form einer Beanstandungsobliegenheit in der Hauptverhandlung, die anstelle der gerichtlichen Verantwortung und der Obliegenheit des Beschuldigten im Revisionsverfahren, Fehler dabei zu beanstanden, tritt. Dementsprechend werden etwa Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO verbreitet als der bisherigen Amtsermittlungsstruktur widersprechend angesehen.<sup>754</sup> Folgt man dem wohl herrschenden Verständnis der Widerspruchslösung, wonach das Tatgericht ein Verwertungsverbot ohne Widerspruch des Verteidigers nicht berücksichtigen darf,<sup>755</sup> so tritt diese Friktion noch offener zutage. Denn in diesem Fall müsste das Gericht, wenn es ein Verwertungsverbot erkannt hat, trotz dessen sehenden Auges ein fehlerbehaftetes Urteil fällen. Deshalb wird die Widerspruchslösung von vielen Stimmen in der Literatur nicht zu Unrecht als Element des Parteiprozesses angesehen.<sup>756</sup> Insgesamt verschieben Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO das Gewicht bei der Legitimation des Strafurteils nicht unerheblich von amtlicher Sachverhaltsermittlung hin zu mehr Prozessverantwortung des Beschuldigten als Kehrseite seiner Beteiligungsrechte.

Allerdings ist bei der Bewertung der Widerspruchslösung zu berücksichtigen, dass sie mit Beweisverwertungsverboten einen relativ eng umgrenzten Teil der Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage betrifft. Beweisverwertungsverbote werden in der Praxis des deutschen Strafprozesses (noch) vergleichsweise selten relevant. Hinzu kommt, dass der Stellenwert von Beweisverwertungsverboten für die „Rechtmäßigkeit“ des Verfahrensergebnisses sehr umstritten ist,<sup>757</sup> weshalb die Fehlerhaftigkeit eines Urteils, welches ein Beweisverwertungsverbot unberücksichtigt lässt, teilweise sogar angezweifelt wird.<sup>758</sup> Dies missachtet indes, dass Beweisverwertungsverbote die „eigentlich gesollte Rechtslage“ beschreiben,<sup>759</sup> indem sie den Ausschnitt der rechtlich zulässigen Erkenntnisse bzw. Erkenntnisquellen fest-

<sup>754</sup> Vgl. SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 78; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 429; Tolksdorf, FS Graßhof, S. 255, 265; Schünemann, ZIS 2009, 484, 486 f.

<sup>755</sup> Siehe oben III. B. 2. b) aa) und bb) (3).

<sup>756</sup> Maul/Eschelbach, StraFo 1996, 66, 70; Ignor, FS Rieß, S. 185, 193; Bohlander, StV 1999, 562, 563 und 566 f.; Gaede, HRRS 2007, 402, 405; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 429; ähnlich Tolksdorf, FS Graßhof, S. 255, 265.

Vgl. dazu die ähnliche Argumentation der „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ zur Einführung einer Beanstandungsobliegenheit für Verfahrenshindernisse im Zwischenverfahren, BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 2, S. 66 ff.

<sup>757</sup> Siehe dazu oben Teil I I. B. 1. a) bb).

<sup>758</sup> Dies kommt vor allem in den unterschiedlichen Deutungen des Widerspruchs als Tatbestandsvoraussetzung des Verwertungsverbots zum Ausdruck. Siehe dazu oben III. A. 2. b) cc) (2).

<sup>759</sup> Kudlich, HRRS 2011, 114, 118.

legen. Ihre Missachtung führt daher unabhängig von der Wahrhaftigkeit des ausgeschlossenen Beweises zu einem fehlerhaften Urteil.<sup>760</sup>

Die in Form der Beanstandungsobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO mit der Einebnung der Differenzierung zwischen zwingenden Verfahrensvorschriften und solchen mit Beurteilungs- und Ermessensspielraum neu entstandene Verantwortung des Beschuldigten dürfte demgegenüber sehr praxisrelevant sein. Die Beanstandungsobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO dehnt die Verantwortungsverschiebung zudem auf den Bereich der Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage aus. Denn die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden nach § 238 Abs. 1 StPO, an die der Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO anknüpft, umfasst, wie dargestellt, auch substantielle Teile der Beweisaufnahme. Bei Versäumnis der Beanstandung einer sachleitenden Anordnung ist auch die daraus resultierende Unvollständigkeit der Beweiserhebung nicht mehr rüfbar, da, wie im Urteil des Bundesgerichtshofs 3 StR 139/06, Urt. v. 16.11.2006 entschieden,<sup>761</sup> auch die Aufklärungsrüge präkludiert ist. Auf diese Weise kann, wie in der soeben zitierten Entscheidung, bei der fehlerhaft extensiven Gewährung des Aussageverweigerungsrechts aus § 55 StPO eine Verantwortung des Beschuldigten für die Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage in Form der Obliegenheit zur Beanstandung der zugrunde liegenden Sachleitungsanordnung des Vorsitzenden erwachsen. Gleiches gilt für die verkürzte Aufklärung durch fehlerhafte Beurteilung des Zeugnisverweigerungsrechts. Weil mit der Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung die grundlegende Verantwortung des Tatgerichts im Amtsermittlungsmodell betroffen ist, kann die neu geschaffene Verantwortung des Beschuldigten in diesem Bereich als besonders systemfremd eingestuft werden.<sup>762</sup>

Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass einer Erweiterung des Verantwortungsbereichs des Beschuldigten angesichts der weitgehend rudimentären dogmatischen Fundierung beider Figuren als Zwischenrechtsbehelf bzw. jedenfalls aufgrund des Fehlens eines geschlossenen dogmatischen Fundaments keine Grenzen gesetzt sind.<sup>763</sup> Im Rahmen von § 238 Abs. 2 StPO zeigt sich dies bereits in der oben beschriebenen schleichenden Einebnung der Grenzen zwischen zwingenden und im Beurteilungsspielraum bzw. Ermessen des Vorsitzenden stehenden verfahrensrechtlichen Entscheidungen.<sup>764</sup> Mit dem daran anknüpfenden Vorschlag *Mosbacher* einer grundsätzlichen Anwendbarkeit auf jegliches zwingende Verfahrens-

---

<sup>760</sup> Siehe dazu oben Teil I II. B. 2. a).

<sup>761</sup> BGHSt 51, 144.

<sup>762</sup> Vgl. Radtke/Hohmann-Kelnhöfer, § 244 Rn. 175.

<sup>763</sup> Ewa kann die Widerspruchslösung nach *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 70 auf alle unselbstständigen Beweisverwertungsverbote ausgedehnt werden. „Ausdehnungstendenzen“ sieht auch BeckOK-StPO-*Eschelbach*, § 257 Rn. 22.

<sup>764</sup> Siehe oben III. A. 1. b) aa).

recht<sup>765</sup> würde das Tatgericht weiter entlastet und die Prozessverantwortung des Beschuldigten nochmals beträchtlich anwachsen.<sup>766</sup>

*b) Verschärfung der Beanstandungsobliegenheiten in der Revision*

Mit der unter III. A. 3. dargestellten Rechtsprechung zu den sog. „Negativtatsachen“ vollzieht sich eine nicht unerhebliche Verschärfung der Beanstandungsobliegenheiten des Beschuldigten in der Revision. Bereits die bislang geltenden Vorgaben der Rechtsprechung stellen hohe Anforderungen an die Revisionsbegründung. Diese werden mit der Obliegenheit zur Darstellung der Negativtatsachen noch weiter erhöht. Selbst *Basdorf*, der die verfahrensökonomische Notwendigkeit der Vorschrift hervorhebt, konzidiert, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO werde „zuweilen nahezu erbarmungslos ausgelegt“.<sup>767</sup>

Die Verteidigung hat nunmehr zum einen alle negativen Tatbestandsmerkmale einer Normverletzung zu nennen, um überhaupt die Hürde der Zulässigkeit der Revision zu überspringen und das Revisionsgericht zu einer sachlichen Prüfung zu veranlassen. Zum anderen muss sie sich auch mit möglichen – untechnisch gesprochen – Heilungen des zu rügenden Rechtsfehlers auseinandersetzen und dies in der Begründungsschrift darlegen. Zugleich geht mit den erhöhten Darlegungslasten eine Entlastung des Revisionsgerichts einher. Ob alle „negativen Tatbestandsvoraussetzungen“ eines Verfahrensfehlers ebenso erfüllt sind und ob ein Ausnahmesachverhalt vorliegt, der einen geschehenen Verfahrensfehler wieder heilt, muss das Gericht nun nicht mehr selbst ermitteln und ggf. in der abweisenden Revisionsentscheidung begründen. Vielmehr kann und muss es sich mit der Abweisung der Verfahrensrüge als unzulässig begnügen.

Besonders bedeutsam erweist sich die Verschärfung der Begründungsanforderungen im Zusammenspiel mit der erweiterten Auslegung des § 238 Abs. 2 StPO und der Widerspruchslösung. Es obliegt dem Beschuldigten danach nicht allein, den jeweiligen Zwischenrechtsbehelf zu erheben und einen gerichtlichen Fehler zu beanstanden. Nach dessen erfolgloser Erhebung in der Hauptverhandlung muss die Beanstandung im Rechtsmittelverfahren zusätzlich den Anforderungen der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen im Hinblick auf die frist- und formgerechte Geltendmachung des Zwischenrechtsbehelfs genügen. Die dadurch bereits neu auferlegte Verantwortung des Beschuldigten für die Rechtmäßigkeit und teilweise auch Vollständigkeit der Hauptverhandlung setzt sich im Revisionsverfahren also mit gesteigerten Darlegungslasten fort.

---

<sup>765</sup> Siehe oben III. A. 1. b) bb).

<sup>766</sup> Vgl. *Gaede*, *wistra* 2010, 210, 215; *Widmaier*, *NSZ* 2011, 305, 308.

<sup>767</sup> *Basdorf*, *StV* 1997, 488, 489.



Damit geht eine bedeutende Erhöhung der Prozessverantwortung des Beschuldigten einher. Zwar waren die mit der Beanstandungsobliegenheit in der Revision verbundenen Darlegungsobliegenheiten auch zuvor, wie beschrieben, nicht gering. Mit der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen haben sie sich indes nochmals erheblich gesteigert. Dies zeigt sich besonders eindrücklich darin, dass Verfahrensrügen, die aufgrund Unerweislichkeit oder Fehlens von Ausnahmekonstellationen nach Stand der Prüfung des Gerichts im Zulässigkeitsstadium begründet wären, nun aufgrund der formalen Hürde des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO als unzulässig abzuweisen sind.<sup>768</sup> Das Revisionsgericht hat also ggf. sehenden Auges eine voraussichtlich nicht rechtmäßig zustande gekommene Entscheidung zu halten, weil der Beschuldigte nicht die formellen Begründungsanforderungen einhalten konnte. Ob ein fehlerhaftes Urteil Bestand hat, hängt damit noch entscheidender von der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Beanstandungsobliegenheiten des Beschuldigten ab.

Diese Verschärfung der Beanstandungsobliegenheit des Beschuldigten zur Rechtsmitteleinlegung ist für die Legitimation des Strafurteils von grundlegender Bedeutung. Wie oben beschrieben, ist die Beanstandungsobliegenheit des Beschuldigten nach der Grundkonzeption des deutschen Strafverfahrens das – von ausnahmsweise bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten abgesehen – hauptsächliche Vehikel, um den Beschuldigten überhaupt für ein unvollständiges oder unrechtmäßig zustande gekommenes Urteil mitverantwortlich zu machen.<sup>769</sup> Die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen setzt somit beim zentralen Element der Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren an. Die Erhöhung der formellen Anforderungen an die Zulässigkeit der Revision führt damit zu einer bedeutsamen Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten insgesamt.

## **2. Verschärfung der Mitwirkungsobliegenheiten des Beschuldigten**

Die neuen formellen Anforderungen an das Beweisantragsrecht, die unter III. B. dargestellt wurden, führen zu einer Verschärfung der bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten.

### *a) Schaffung neuer Darlegungs- und Ermittlungsobliegenheiten*

Die Verschärfung äußert sich in neuen Darlegungs- und Ermittlungsobliegenheiten des Beschuldigten bei der Beweisantragstellung.

---

<sup>768</sup> Vgl. *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 364; SK-StPO-*ders.*, § 344 Rn. 64; *Widmaier*, StraFo 2010, 310, 315.

<sup>769</sup> Siehe oben Teil 2 III. C. 1.

## aa) Konnexitätskriterium

Das Konnexitätskriterium schafft für die Beweisantragstellung ein neues Begründungserfordernis. Der Antragsteller hat nunmehr darzulegen, weshalb es plausibel ist, dass das beantragte Beweismittel die in Aussicht gestellte Beweisbehauptung erbringen werde. Ohne solche Begründung fehlt dem Beweisbegehren die Antragsqualität und es wird daher nur als Beweisermittlungsantrag oder -anregung behandelt. Mit der „prozessualen Sanktion“ der Herabstufung zum bloßen Beweisermittlungsantrag entsteht also eine neue Darlegungsobliegenheit des Beschuldigten.<sup>770</sup> Auf der Kehrseite wird das Tatgericht von seiner Begründungspflicht bei der Ablehnung eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 6 StPO entlastet.<sup>771</sup> Denn bei Fehlen der Darlegungen zur Konnexität kann das zum Beweisermittlungsantrag herabgestufte Beweisbegehren mit dem einfachen Hinweis auf die nicht bestehende amtliche Aufklärungspflicht anstelle einer ausführlichen Begründung abgewiesen werden. Die Pflicht des Tatgerichts zur Begründung einer Antragsablehnung wandelt sich somit zur Darlegungsobliegenheit des Beschuldigten, dass keine entsprechenden Ablehnungsgründe vorliegen. Hierin liegt im Übrigen ein signifikanter Unterschied zur durch das Konnexitätskriterium weitgehend abgelösten Ablehnung von Beweisbegehren „ins Blaue hinein“.<sup>772</sup>

Die nunmehr bestehende Darlegungsobliegenheit des Beschuldigten ist immens.<sup>773</sup> Er hat bei der Antragstellung darzulegen, inwiefern es plausibel ist, dass die benannte Beweisperson die in Rede stehende Beweistatsache aussagen werde. Aufzuführen ist etwa, dass ein Augenzeuge im Vergleich zu anderen Zeugen eine besonders gute Beobachtungsposition hatte, oder dass und warum sich das Aussageverhalten eines Zeugen nunmehr gegenüber dem Ermittlungsverfahren verändert hat, so dass er die in Aussicht gestellte Tatsache tatsächlich bezeugen werde.<sup>774</sup> In Sinne der „qualifizierten“ Konnexität ist in diese Darlegung darüber hinausgehend noch das bisher bisherige Beweisergebnis mit einzubeziehen. Der Beweisantragsteller hat zu erläutern, weshalb plausiblerweise das bisher entgegengesetzte Beweisergebnis durch den beantragten Beweis infrage gestellt werden könnte, etwa wie die Widersprüche zwischen dem bisherigen Beweisergebnis und der in Aussicht gestellten Beweistatsache zu erklären sind.<sup>775</sup>

---

<sup>770</sup> Vgl. *Schneider*, FS Eisenberg, S. 609, 625; von einer Obliegenheit sprechen auch *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486 und *Hamm*, StV 2010, 418, 421.

<sup>771</sup> *Trüg*, StraFo 2010, 139, 143; *Lamshöft*, Fristenlösung, S. 49; vgl. auch *Radtke/Hohmann-Kelnhofer*, § 244 Rn. 79.

<sup>772</sup> *Trüg*, FS von Heintschel-Heinegg, S. 447, 456; *MüKo-StPO-Trüg/Habetha*, § 244 Rn. 138.

<sup>773</sup> Vgl. *Trüg*, StraFo 2010, 139, 143.

<sup>774</sup> Siehe oben III. B. 1. b) bb) und cc).

<sup>775</sup> Vgl. dazu die detaillierten Überlegungen des Senats in BGHSt 52, 284, 289 f. für den zugrunde liegenden konkreten Fall.

Zur Erfüllung der neuen Darlegungsobliegenheiten benötigt der Beweisantragsteller somit ein beträchtliches Detailwissen. Dieses kann er im Regelfall nur in einer eigenen Befragung der beantragten Beweisperson im Vorfeld erwerben.<sup>776</sup> Angesichts der eingeschränkten Möglichkeiten der Teilhabe an amtlichen Ermittlungshandlungen im Vorverfahren muss der Verteidiger somit oftmals eigene Ermittlungen führen, um einen zulässigen Beweisantrag stellen zu können.<sup>777</sup> Die gesteigerte Darlegungsobliegenheit führt damit zugleich dazu, dass der Beschuldigte seine Beweisbegehren schon im Vorfeld gründlich vorbereiten muss.<sup>778</sup> Zusammenfassend sind die oben dargestellten Mitwirkungsobliegenheiten des Beschuldigten durch das Konnexitätskriterium nunmehr mit einer Darlegungsobliegenheit verbunden, mit der wiederum oftmals die Obliegenheit einhergeht, eigene Ermittlungen durchzuführen.

#### bb) Fristenlösung

Trotz der Anbindung an den materiellen Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung verschärft auch die Fristenlösung die formellen Anforderungen an die Beweisantragstellung.

Einerseits tritt mit der Fristenlösung ein Zeitmoment in das Beweisantragsrecht, das, wie in der Strafrechtswissenschaft bereits überzeugend dargelegt wurde, letztlich für die Beweisantragsablehnung entscheidend sein dürfte.<sup>779</sup> Hält der Beschuldigte die Frist nicht ein, ist es für das Gericht ohne größere Probleme möglich, den Antrag wegen Prozessverschleppung abzuweisen. Dies kann der Beschuldigte nur verhindern, indem er die Gründe für die Fristversäumnis nachvollziehbar darlegt. Das Zeitmoment wandelt sich mit Fristablauf somit in eine Darlegungsobliegenheit, die Verspätung zu rechtfertigen. Der Beschuldigte ist nach der Fristenlösung bei der Beweisantragstellung somit wahlweise mit einer faktischen Frist oder einer neuen Darlegungsobliegenheit konfrontiert. Zugleich wird das Gericht von seiner Pflicht zur eingehenden Begründung eines Ablehnungsbeschlusses wegen Prozessverschleppung entlastet.<sup>780</sup> Hält der Beschuldigte die Frist ohne weitere Begründung nicht ein, kann die Antragsablehnung ohne Weiteres darauf gestützt werden. Reicht die abgegebene Darlegung der Verspätungsgründe nicht aus, kann sich die Ablehnung entscheidend hierauf beziehen.

---

<sup>776</sup> AnwK-StPO-Sommer, § 244 Rn. 52; Fezer, HRRS 2008, 457, 459; Jahn, StV 2009, 663, 664; vgl. auch Junker, Beweisantragsrecht, Rn. 49b.

<sup>777</sup> Vgl. Fezer, HRRS 2008, 457, 459; Jahn, StV 2009, 663, 664.

<sup>778</sup> Allgemein zu den Konsequenzen formeller Anforderungen an Beweisbegehren *Peron*, Beweisantragsrecht, S. 93 ff.

<sup>779</sup> Siehe oben III. B. 2. d) aa).

<sup>780</sup> Vgl. Niemöller, JR 2010, 332, 334; Lamshöft, Fristenlösung, S. 49, die allerdings missverständlich von einer „Umkehr der Beweislast“ sprechen.

Wegen der mit der Rechtfertigung der Verspätung verbundenen Unsicherheit und der ggf. bestehenden Notwendigkeit einer Offenbarung der Verteidigungsstrategie dürfte sich der Beschuldigte aus Eigeninteresse ohnehin im Regelfall um die Fristeinhaltung bemühen.<sup>781</sup> Damit verschärft sich die in den oben geschilderten Fällen bestehende, mittels Beweisanträgen wahrgenommene Mitwirkungsobliegenheit des Beschuldigten. Liegt die Einführung von entlastenden Beweismitteln danach in seinem Verantwortungsbereich, hat er nunmehr faktisch zeitliche Grenzen zu beachten. Dadurch entsteht eine größere Notwendigkeit, Beweisvorbringen schon im Vorfeld gründlich vorzubereiten.<sup>782</sup> Auch eigene Ermittlungen schon vor der Hauptverhandlung können notwendig werden.

Anzuerkennen ist aber freilich, dass die Fristsetzungsmöglichkeit und damit auch die Vorbereitungslast des Beschuldigten bzw. des Verteidigers deutlich hinter anderen Vorschlägen, etwa *Gössels* Entwurf einer umfangreichen Präklusionsfrist bereits im Zwischenverfahren *de lege ferenda*, zurückbleibt.<sup>783</sup> Gleichwohl erschwert das neue Zeitmoment der Fristenlösung die Wahrnehmung der bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten jedenfalls im Vergleich zur Rechtslage zuvor um ein nicht zu vernachlässigendes Maß.

#### b) Einordnung im Hinblick auf die Legitimation des Strafurteils

Die dargestellte Verschärfung der Mitwirkungsobliegenheiten kann im Hinblick auf die Legitimation des Strafurteils als grundlegender Paradigmenwechsel bewertet werden.<sup>784</sup>

Wie oben beschrieben, kommen dem Beschuldigten nach der Grundkonzeption des Verfahrens nur eingeschränkt ausdrückliche Mitwirkungsobliegenheiten zu. Im Hinblick auf die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage sind die Mitwirkungsobliegenheiten infolge der umfassenden gerichtlichen Verantwortlichkeit zur Sicherung der Wahrheitsermittlung zumindest normativ auf ein Mindestmaß reduziert. Echte Mitwirkungsobliegenheiten bestehen hauptsächlich im Hinblick auf die Beeinflussung der Verarbeitung der (vollständigen und rechtmäßig ermittelten) Sachverhaltsgrundlage. Freilich kommen aufgrund der faktischen Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens und der „informellen“ Präklusion der Aufklärungsrüge weitere Mitwirkungsobliegenheiten hinzu.

---

<sup>781</sup> Siehe oben III. B. 2. d) aa).

<sup>782</sup> Vgl. für den Fall einer Ausschlussfrist nach Ende der Beweisaufnahme *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 89 f.

<sup>783</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 62 ff. Vgl. zu *Gössels* Vorschlägen *Perron*, JZ 1994, 823, 827. Allgemein zur Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten durch Ausschlussfristen zum Ende des Zwischenverfahrens bzw. Beginn der Hauptverhandlung *ders.*, Beweisantragsrecht, S. 87 ff.

<sup>784</sup> *Jahn*, StV 2009, 633 spricht beiden Neuerungen gar ein „systemveränderndes Potential“ zu.

Zugleich kann der Beschuldigte diesen Mitwirkungsobliegenheiten grundsätzlich ohne größere Probleme gerecht werden, da die formellen Anforderungen an die Ausübung seiner Beteiligungsrechte vergleichsweise gering sind. Auch dies ist, wie ausgeführt, Folge der Fokussierung auf eine umfassende amtliche Wahrheitsermittlung zur Legitimation des Urteils. Soweit dem Beschuldigten obliegt, die gerichtliche Sachverhaltsermittlung durch eigene Beweisbegehren zu unterstützen, soll dies im Interesse eines materiell zutreffenden Verfahrensergebnisses nicht daran scheitern, dass er zur form- oder fristgerechten Nutzung seiner Mitwirkungsrechte nicht in der Lage war. Es soll ihm also möglichst leicht gemacht werden, seine Verantwortung wahrzunehmen.

Dies hat sich für den Beweisantrag geändert. Statt der bloßen Benennung von Beweismittel und Beweisbehauptung trifft der Beschuldigte mit dem Konnexitäts-erfordernis nunmehr auf eine Art Begründungserfordernis, mit dem er das Gelingen der Beweiserhebung hinreichend plausibel machen muss. Mit der Fristenlösung ist er mit einem Zeitmoment konfrontiert, das sich mit Fristablauf in ein Rechtfertigungserfordernis wandelt. Dass dem Beschuldigten die Ausübung des Beweisantragsrechts möglichst leicht gemacht werden soll, lässt sich damit nicht mehr feststellen. Für die Gewichtung der Prozessverantwortung als Legitimationsgrundlage des Strafurteils hat dies zur Folge, dass dem Beschuldigten ein fehlerhaftes Urteil nicht mehr allein mit dem Argument angelastet werden kann, er habe jede Möglichkeit gehabt, durch Ausnutzung seiner Beweisführungsrechte ein solches Fehlerurteil zu verhindern. Stattdessen kann ihm nunmehr vorgehalten werden, dass er nicht in der Lage war, sein Beweisantragsrecht formell ordnungsgemäß auszuüben und er sich das Verfahrensergebnis bereits deshalb mit zuschreiben muss.

*c) Speziell: Einfluss des Fortbestehens der Amtsermittlungspflicht des Gerichts*

Der beschriebenen Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten lässt sich schließlich nicht entgegenhalten, dass die gerichtliche Amtsermittlungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO auch bei einem wegen fehlender Konnexität oder wegen Prozessverschleppung nach Fristablauf abgelehnten Beweisantrag bestehen bleibt. Eine solche Argumentation kann sowohl für das Konnexitätserfordernis,<sup>785</sup> als auch vor allem für die Fristenlösung verzeichnet werden.<sup>786</sup>

Dies verkennt allerdings, dass die (auch) dem Beschuldigten zugutekommende amtliche Ermittlung des Gerichts als „materielle Verteidigung“ die eigenverantwortliche Beteiligung des Beschuldigten, wie oben erläutert, nicht ersetzen kann.<sup>787</sup> Unabhängig von der staatlichen Untersuchung muss der Beschuldigte stets die Möglichkeit zur eigenen Einwirkung auf den Sachverhalt haben, aufgrund derer er

---

<sup>785</sup> Tully, ZRP 2014, 45, 46.

<sup>786</sup> Caspari, DRiZ 2013, 6, 9; Erhard, StV 2013, 655, 660.

<sup>787</sup> Siehe oben Teil I II. A.

für das Verfahrensergebnis mitverantwortlich wird. Werden die Anforderungen an die Ausübung der bestehenden Mitwirkungsrechte erhöht, auf der Kehrseite also die Mitwirkungsobliegenheiten des Beschuldigten wie hier durch Darlegungs- und Vorbereitungsobliegenheiten verschärft, so steigert sich die Prozessverantwortung des Beschuldigten unabhängig von der Fortgeltung der – auch zugunsten des Beschuldigten wirkenden – staatlichen Ermittlungspflicht. Die entsprechende Argumentation kann vielmehr als ein weiteres Beispiel für die bereits oben festgestellte Tendenz vor allem in der Justiz eingeordnet werden, die Amtsermittlungspflicht und die Rolle des Gerichts zu überschätzen.<sup>788</sup>

Freilich wäre im Fall einer Regelung, wonach die an der Konnexität scheiternden Beweisbegehren des Beschuldigten für die Amtsermittlungspflicht des Gerichts irrelevant wären oder die Amtsermittlungspflicht im Rahmen der Fristenlösung mit Fristablauf enden würde, eine noch viel weitergehende Steigerung der Prozessverantwortung zu verzeichnen. Dies zeigt sich besonders anschaulich am Vorschlag *Gössels*, wonach die Geltendmachung der Aufklärungsrüge einen nicht präkludierten Beweisantrag voraussetzen sollte.<sup>789</sup> Bei einer solchen Regelung müsste sich das Gericht ohne rechtzeitigen Beweisantrag nicht um die Aufhebung des Urteils aufgrund unzureichender Ermittlung sorgen, gewärtigte also nach Durchführung der nach eigenem Ermessen für erforderlich gehaltenen Aufklärung keinerlei „prozessuale Sanktion“. Entsprechend der oben für die Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO geschilderten „Überbürdung des Fehlerrisikos“<sup>790</sup> würde sich die Verantwortung für die Vollständigkeit des Sachverhalts insoweit auf die Verteidigung verlagern.<sup>791</sup>

### **3. Erhöhte Prozessverantwortung durch konsensuale bzw. kooperative Verfahrensbeendigungen**

Auch die unter III. C. erläuterten konsensualen bzw. kooperativen Verfahrensbeendigungen führen zu einer erhöhten Prozessverantwortung des Beschuldigten, wobei diese Entwicklung die grundlegende Ausgestaltung der Prozessverantwortung in Form von Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten erheblich modifiziert.

---

<sup>788</sup> Vgl. *Beulke/Ruhmannseder*, NStZ 2008, 300, 302; *Beulke*, StV 2009, 554, 556; *Trüg*, StV 2010, 528, 536.

<sup>789</sup> *Gössel*, 60. DJT, Bd. I, C 81 f., C 85. Zur „informellen“ Präklusion der Rechtsprechung in diesen Fällen bereits oben Teil 2 III. C. 3. a).

<sup>790</sup> Siehe oben IV B. 1. a) aa).

<sup>791</sup> Eingehend zu den Konsequenzen des Vorschlags von *Gössel Perron*, JZ 1994, 823, 826 f.

a) *Verantwortung für die Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage durch konsensuale Verfahrensbeendigungen*

Wie oben erläutert, ist bei konsensualen Verfahrensbeendigungen das Maß an amtlicher Sachaufklärung durch das Tatgericht gegenüber § 244 Abs. 2 StPO deutlich reduziert. Ganz überwiegend stützt sich die gerichtliche Entscheidung auf den Akteninhalt, also das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens. Das Zurückfahren der amtlichen Sachaufklärung wird durch die Zustimmung des Beschuldigten – beim Strafbefehlsverfahren in Form der antizipierten Nichterhebung eines Einspruchs – als ein starkes Element der Prozessverantwortung kompensiert. Zu einer darüber hinausgehenden Untersuchung ist das Gericht nicht verpflichtet. Im Vergleich zu einer erschöpfenden amtlichen Ermittlung im streitigen Verfahren wird daher ein beträchtlich erhöhtes Risiko eingegangen, bei der Sachverhaltsermittlung einen Fehler zu begehen.<sup>792</sup>

Dass das Gericht im über seine reduzierte Aufklärungspflicht hinausgehenden Bereich einen entscheidenden Entlastungsbeweis übersehen hat, kann ihm später nicht mehr angelastet werden.<sup>793</sup> Diese Folge trägt vielmehr allein der Beschuldigte in Form der fehlerhaften Sanktionierung, für die er sich durch seine Zustimmung ausdrücklich mitverantwortlich zeigt. Für den über die abgesenkte Schwelle hinausgehenden Teil der Vollständigkeit des Sachverhalts trägt somit nunmehr der Beschuldigte die Verantwortung.<sup>794</sup> *Weßlau* beschreibt dies treffend damit, dass die Verantwortung für den Abbruch weiterer Untersuchungen auf den Beschuldigten abgewälzt wird.<sup>795</sup>

Der Beschuldigte muss daher die Chance, dass eine weitergehende Untersuchung im streitigen Verfahren für ihn entlastende Tatsachen und Beweise hervorbringen würde, mit der im konsensualen Beendigungsangebot in Aussicht gestellten Strafe, die jedenfalls unter der nach streitigem Verfahren zu erwartenden Strafe liegt, abwägen. Für diese Entscheidung benötigt er eine ausreichende Informationsgrundlage.<sup>796</sup>

---

<sup>792</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 257.

<sup>793</sup> Die beiden gesetzlich geregelten konsensualen Verfahrensbeendigungen der StPO, Strafbefehl und Einstellung nach § 153a StPO, sehen freilich überhaupt kein solches Rechtsmittel vor, über das die konsensuale Verfahrensbeendigung überprüfbar wäre – das Strafbefehlsverfahren wird nach dem Einspruch in eine neue, erstinstanzliche Verhandlung überführt; die Einstellung nach § 153a StPO ist gar nicht anfechtbar. Siehe dazu oben III. C. 2.

<sup>794</sup> Vgl. *Weßlau*, StraFo 2007, 1, 4 ff.

<sup>795</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 257; kritisch *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 559: „Die Verantwortung für die „Richtigkeit“ [...] der strafrechtlichen Inpflichtnahme des Beschuldigten ist [...] der Kontrolle der dafür zuständigen Organe effektiv entzogen und anstelle dessen dem willkürlichen Belieben und der Fähigkeit des Betroffenen zur Verteidigung überantwortet.“

<sup>796</sup> Vgl. *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 391 f.

Es obliegt ihm, bereits im Vorfeld das Potenzial möglicher Entlastungsbeweisen zu eruieren und die Qualität von Belastungsbeweisen zu überprüfen. Neben dem Studium der Verfahrensakten, die den hauptsächlichsten Bestand der amtlichen Sachverhaltsermittlung bei den konsensualen Beendigungsformen ausmachen, kann dies die aktive Teilhabe an der Sachverhaltsgewinnung bereits im Ermittlungsverfahren erforderlich machen. Auch die Vornahme eigener Ermittlungshandlungen kann notwendig werden. Über die bloße Informationsverschaffung hinaus obliegt es dem Beschuldigten zudem, sich für die „Verhandlungen“ über die konsensuale Verfahrensbeendigung eine gute „Ausgangsposition“ zu verschaffen. Insoweit bestehen Obliegenheiten für eine gewisse Mitgestaltung des Ermittlungsverfahrens. Will er etwa strafmildernde Umstände in die Beendigungsentscheidung einfließen lassen, muss er bereits in diesem Verfahrensstadium dafür Sorge tragen, dass die entsprechenden Beweise erhoben werden und Eingang in die Verfahrensakten finden, um in den Beendigungsvorschlag des Gerichts einzufließen.<sup>797</sup> Die graduelle Verantwortung für die Vollständigkeit des Sachverhalts ist somit vor allem in Mitwirkungs- und Ermittlungsobliegenheiten im Vorverfahren sowie sonstigen Vorbereitungsobliegenheiten ausgeformt.

Für die Legitimation der strafrechtlichen Verurteilung stellen die konsensualen Verfahrensbeendigungen einen großen Schritt weg von der Grundkonzeption der StPO dar. Nochmals: Die Verantwortung des Beschuldigten für die Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage wird nach der ursprünglichen Verantwortungsverteilung vor allem durch die Obliegenheit zur nachträglichen Beanstandung in der Revision vermittelt, weil für die vollständige Urteilsgrundlage zur Sicherung der materiellen Wahrheitsermittlung fast ausschließlich das Gericht verantwortlich ist. Dies ändert sich mit der Einführung konsensualer Beendigungsformen gewaltig. Das Gericht ist nur noch bis zu einem gewissen Punkt für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich; ab dieser Schwelle obliegt es allein dem Beschuldigten, für eine vollständige Sachverhaltsgrundlage zu sorgen. Das im Wege eines konsensualen Verfahrens entstandene Urteil stützt sich somit im Vergleich zur Verurteilung nach streitiger Hauptverhandlung in deutlich geringerem Maße auf die amtliche Sachverhaltsermittlung und stattdessen erheblich mehr auf die Prozessverantwortung des Beschuldigten.<sup>798</sup>

Rein normativ betrifft diese Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils zwar allein die konsensualen Verfahrensbeendigungen im Wege des Strafbefehlsverfahrens sowie der Einstellung nach § 153a StPO, wobei Letztere zudem nur strafähnliche Sanktionen nach sich ziehen. Allerdings haben diese beiden Regelun-

---

<sup>797</sup> Weigend, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 389 f.

<sup>798</sup> Vgl. Schönemann, ZIS 2009, 484, 491: Das alte Konzept der RStPO „Wahrheitsfindung in der [...] Hauptverhandlung“ wird durch das neue Konzept „Wahrheitsfindung aufgrund des vom Angeklagten anerkannten Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens“ ersetzt.



gen, wie oben dargestellt, einen großen Anteil an den Verfahrensbeendigungen in der Strafjustiz.<sup>799</sup> Vor allem aber hat sich daneben eine ungesetzliche Absprachenpraxis als Typus der konsensualen Verfahrensbeendigung entwickelt, deren Weiterführung in gewandelter Form auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht unwahrscheinlich erscheint.<sup>800</sup> Daher ist diese Neuerung auch quantitativ für das deutsche Strafverfahren von kaum zu unterschätzender Bedeutung.

*b) Sonderfall kooperative Verfahrensbeendigung nach § 257c StPO*

Bei kooperativen Verfahrensbeendigungen, wie sie in § 257c StPO vorgesehen sind, kann es aufgrund der gem. § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO – zumindest normativ – unbeschränkt fortbestehenden Amtsermittlungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO zu keiner Verantwortungsverschiebung kommen. Vielmehr bleibt das Gericht grundsätzlich in dem oben in Teil 2 beschriebenen Maße für die Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage verantwortlich.<sup>801</sup>

Gleichwohl steigert sich auch hier die Prozessverantwortung des Beschuldigten. Mit § 257c StPO erhält der Beschuldigte für das streitige Verfahren eine neue Möglichkeit, seine Mitwirkungsobliegenheiten bzw. Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung wahrzunehmen. Nunmehr kann er auf die Ausübung seiner Rechte weitgehend verzichten und sich allein auf die amtliche Sachverhaltsaufklärung verlassen. Über die Revisionsmöglichkeit kann diese Entscheidung nicht mehr korrigiert werden. Er steht somit vor einer Entscheidung von erheblicher Tragweite über die Art seiner Verteidigung. Freilich hatte der Beschuldigte diese Handlungsoption zuvor schon ohne die Regelung des § 257c StPO. Allerdings erhält er mit der Inaussichtstellung eines Strafrahmens nunmehr eine ausdrückliche „Gegenleistung“ hierfür; es wird also ein ausdrücklicher Anreiz dazu gesetzt, so dass diese Handlungsoption ungleich attraktiver ist. Diese „Gegenleistung“ und den „Wert“ der streitigen Ausübung seiner Beteiligungsrechte gilt es für den Beschuldigten nunmehr abzuwägen.<sup>802</sup>

Dies führt im Ergebnis zu einer ähnlichen Situation wie bei echten konsensualen Verfahrensbeendigungen. Um die Entscheidung, sich auf eine kooperative Verhandlungsführung einzulassen, treffen zu können, muss der Beschuldigte abschätzen, ob und inwieweit eine streitige Verhandlungsführung zu zusätzlichen Entlastungsmomenten für ihn führen würde. Zwar muss er dabei, anders als bei konsensualen Verfahrensbeendigungen, nicht die komplette weitergehende amt-

---

<sup>799</sup> Siehe oben III. C. 1.

<sup>800</sup> Siehe oben III. C. 3. a) cc).

<sup>801</sup> Vgl. *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 34. Siehe oben Teil 2 III. D. 1.

<sup>802</sup> SK-StPO-*Velten*, § 257c Rn. 48; *dies*, StV 2012, 172, 175 f. spricht aufgrund dieses institutionalisierten Anreizes von einer Gefährdung der autonomen Entscheidung des Beschuldigten über seine Verteidigung.

liche Sachaufklärung antizipieren. Allerdings muss er Inhalt und Erfolg seiner eigenen potenziellen Beweisbehren und seiner Interventionen im Hinblick auf belastende Beweise in der Hauptverhandlung im Vorfeld beurteilen und ins Verhältnis zur in Aussicht gestellten (milden) Strafober- und Strafuntergrenze setzen. Dementsprechend führt auch die kooperative Verfahrensbeendigung nach § 257c StPO zu gewissen Mitwirkungs- und Ermittlungsobliegenheiten im Vorfeld der Hauptverhandlung. Weil eine Verständigung i.S.v. § 257c StPO auf unzulässige Inhalte keine Wirkung entfaltet und nach oben geschilderter Rechtsprechung auch kein Beweisverwertungsverbot nach § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO für das abgegebene Geständnis besteht,<sup>803</sup> obliegt es dem Beschuldigten zudem, selbst darauf zu achten, dass der Verständigungsinhalt gesetzeskonform ist. Ansonsten bliebe das Geständnis verwertbar, ohne dass dem Beschuldigten die Bindungswirkung der Verständigung zugutekäme.

Abschließend ist zu berücksichtigen, dass der Übergang zwischen konsensualen und kooperativen Verfahrensbeendigungen, wie bereits erläutert, insbesondere im Hinblick auf „schlanke Geständnisse“ fließend ist.<sup>804</sup> Inwieweit die Praxis die Vorgaben des § 257c StPO einhalten oder sich diesen fließenden Übergang zunutze machen wird, ist, wie oben beschrieben, derzeit noch nicht absehbar.<sup>805</sup> Je nach faktischer Ausgestaltung des normativ kooperativen Verfahrens nach § 257c StPO kann das Maß an Prozessverantwortung durchaus an die konsensualen Verfahrensbeendigungen heranreichen.

### C. Zwischenergebnis

Wie sich gezeigt hat, ist die Prozessverantwortung des Beschuldigten durch die besprochenen Neuerungen beträchtlich angewachsen. Zugleich ist die amtliche Sachverhaltsermittlung teilweise deutlich zurückgefahren worden.

Dies zeigt sich besonders eindrücklich an Widerspruchslösung und erweiterter Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO. Zwar konnte in Teil 2 festgestellt werden, dass im deutschen Amtsermittlungsverfahren schon zuvor in gewissem Umfang Präklusionsregelungen angewandt wurden. Allerdings zeigt bereits die Bezeichnung als „informelle“ Präklusion, dass den Akteuren die Systemwidrigkeit dieser Konstruktion durchaus bewusst war. Mit Widerspruchslösung und erweiterter Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO bestehen demgegenüber jetzt ausdrückliche Präklusionsregelungen, die die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und die Vollständigkeit des Sachverhalts innerhalb ihres Geltungsbereichs offensichtlich vom Tatgericht auf den Beschuldigten verschieben.

---

<sup>803</sup> Siehe oben III. C. 3. b) cc).

<sup>804</sup> Siehe bereits oben III. C. 3. a) aa) und Teil I II. B. 3.

<sup>805</sup> Siehe oben III. C. 3. a) cc).

Auch bei den Änderungen im Beweisantragsrecht zeigt sich die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten deutlich. Sollten Beweisanträge zuvor von formellen Beschränkungen weitgehend frei bleiben, um die Ausdehnung der gerichtlichen Untersuchung auf Einbringungen des Beschuldigten zu sichern, werden nunmehr erhebliche Anforderungen gestellt, welche die bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten stark verschärfen.

Schließlich wird das Tatgericht bei den konsensualen, eingeschränkt auch bei den kooperativen Beendigungsmöglichkeiten, ausdrücklich von seiner Pflicht zur vollständigen Untersuchung befreit. Im verbleibenden Bereich ist nunmehr allein der Beschuldigte verantwortlich, die Ergebnisse einer weitergehenden Untersuchung abzuschätzen, um nicht seine Chancen für ein günstigeres Verfahrensergebnis gegen einen nachteilhaften vorzeitigen Verfahrensabschluss einzutauschen. Diese Verantwortungsverschiebung unterscheidet sich zugleich substantziell von der oben beschriebenen Verschiebung durch Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO. Dort bleibt außerhalb des Geltungsbereichs der Rügepräklusionen das Gericht für die Rechtmäßigkeit und auch Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage des Urteils verantwortlich; es handelt sich somit um eine „partielle“ Verantwortungsverschiebung. Bei den konsensualen Beendigungsformen gibt das Gericht seine Verantwortlichkeit ab einem gewissen Ermittlungs- bzw. Verdachtsgrad dagegen komplett ab. Es handelt sich also um eine Verantwortungsverschiebung ab einer bestimmten Ermittlungsgrenze, die sich dann aber auf alle Umstände der Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage bezieht.

Zusammenfassend haben sich die Gewichte zwischen amtlicher Ermittlung und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten in einem erheblichen Umfang verschoben. Dementsprechend gewinnt der bereits oben angeführte Grundsatz, dass das „Recht für die Wachen“ da ist, auch im deutschen Strafverfahren mehr und mehr an Bedeutung.<sup>806</sup> Von vielen Stimmen wird die geschilderte Entwicklung daher als gegen „wesentliche Grundsätze unseres geltenden Strafverfahrens“ verstoßende, „inakzeptable Überdehnung des Verantwortungsbereichs“ der Verteidigung kritisiert.<sup>807</sup> Allerdings folgt die Aufteilung von amtlicher Wahrheitsermittlung auf der einen und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auf der anderen Seite aus den Regelungen des Prozessrechts *de lege lata*, das nunmehr eben Regelungen wie Widerspruchslösung und § 238 Abs. 2 StPO und die daraus folgenden Beanstandungsobliegenheiten vorsieht. Den Ansatzpunkt für die weitere Untersuchung sollte daher besser die Frage bilden, ob und

---

<sup>806</sup> Mit Verweis auf diesen Grundsatz *Widmaier*, NStZ 1992, 519, 523; in Bezug auf die Widerspruchslösung *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 262; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 1137. Kritisch *Gaede*, StV 2012, 51, 52.

<sup>807</sup> So für Widerspruchslösung und Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO *Dornach*, Strafverteidiger als Mitgarant, S. 182 f.; *ders.*, NStZ 1995, 57, 62. Vgl. für die Widerspruchslösung auch *Maiberg*, Widerspruchsabhängigkeit, S. 207 f.; für die Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO vgl. *SK-StPO-Frister*, § 238 Rn. 47.

wie der Beschuldigte bzw. der Verteidiger mit ihrer gesteigerten Verantwortung umgehen können, um hieraus rechtliche Folgerungen abzuleiten.<sup>808</sup>

## V. Aushöhlung der Beschuldigtenrechte infolge der Steigerung der Prozessverantwortung

Wie bereits in der Einleitung angerissen, lässt der soeben festgestellte Anstieg der Prozessverantwortung eine Überforderung des Beschuldigten besorgen. Denn diese kann im Ergebnis zu einer Aushöhlung seiner Beteiligungsrechte führen. Nach einer abstrakten Schilderung dieses Risikos an sich (A.) soll im folgenden Abschnitt daher ermittelt werden, ob sich eine solche Gefahr infolge der geschilderten Neuerungen im deutschen Strafverfahren realisiert hat (B.).

### A. Das Risiko der Aushöhlung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten

Grundsätzlich ist eine Verschiebung der Gewichte bei der Legitimation des Strafurteils hin zu mehr Prozessverantwortung des Beschuldigten nicht zu beanstanden. Wie oben beschrieben, besteht insoweit ein nicht unbeträchtlicher Gestaltungsspielraum,<sup>809</sup> den auch das Grundgesetz grundsätzlich anerkennt.<sup>810</sup> Der deutsche Strafverfahrensgesetzgeber kann daher durchaus die Legitimation des Strafurteils stärker auf Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten stützen und die amtliche Wahrheitsermittlung entsprechend zurückfahren. Davon zu trennen ist freilich die Frage, ob die Rechtsprechung, wie in der Entwicklung des deutschen Strafverfahrensrechts teilweise geschehen, selbst das Heft des Handelns in die Hand nehmen und angesichts als fehlend empfundener gesetzgeberischer Aktivität eigenhändig entsprechende Neuerungen in die Wege leiten darf.

Wenn aber die Gewichte in der Prozessordnung hin zu mehr Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten verschoben werden, muss sichergestellt werden, dass der Beschuldigte davon nicht überfordert wird.<sup>811</sup> Wie oben beschrieben, setzen Beteiligung und Prozessverantwortung als Legitimationsgrundlage für das Urteil voraus, dass der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, seine Verantwortung wahrzunehmen. Dies wird vor allem mittels formeller Verteidigung abge-

---

<sup>808</sup> Dazu sogleich unter V.

<sup>809</sup> Siehe oben Teil 1 II. D. 1.

<sup>810</sup> Siehe oben Teil 2 II. A. 3.

<sup>811</sup> Vgl. *Perron*, JZ 1994, 823, 827; *ders.*, in: Perron (Hrsg.), *Beweisaufnahme*, S. 549, 605.

sichert. Wird nun die Prozessverantwortung des Beschuldigten erhöht, wird sich im Regelfall die Notwendigkeit ergeben, diese Verlagerung in gleichem Maße bei den materiellen Beteiligungsrechten des Beschuldigten und vor allem den formellen Absicherungsmechanismen nachzuvollziehen. Die rechtliche Ausgestaltung der Beschuldigtenposition muss an eine verantwortungsvollere Rolle angepasst werden.<sup>812</sup> In diese Richtung ist auch die Kritik *Velten* zu interpretieren, die das Konzept der Prozessverantwortung einerseits grundsätzlich verwirft, andererseits aber parteiprozessuale Verfahrensgestaltungen bei entsprechender Stärkung der Verteidigung nicht an sich ablehnt.<sup>813</sup>

Würden für den Beschuldigten neue Obliegenheiten geschaffen, die für ihn aufgrund unzureichender Absicherungen aber nicht handhabbar wären, käme die Steigerung der Prozessverantwortung im Ergebnis einer Aushöhlung der materiellen Beteiligungsrechte des Beschuldigten gleich.<sup>814</sup> Von ihnen bliebe schlimmstenfalls nur eine bloße normative Hülle, die in der Prozessrealität aber keinerlei Substanz mehr aufwiese. Die Prozessverantwortung des Beschuldigten könnte in diesem Fall keine substantielle Legitimation für das Strafurteil bilden. Derartige Bestrebungen müssten sich zu Recht vorwerfen lassen, ihr Ausgangspunkt des autonomen und eigenverantwortlichen Beschuldigten beruhe auf einer Fiktion.<sup>815</sup> Die oben beschriebene Gefahr einer Instrumentalisierung der Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten für staatliche Legitimationsinteressen wäre dann Realität.<sup>816</sup>

Das Risiko einer Aushöhlung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten besteht in der gegenwärtigen Situation knapper Justizressourcen besonders deutlich. Wie oben beschrieben, sind materielle Kürzungen von Beweisführungsrechten zur Verfahrensbeschleunigung nur innerhalb rasch erschöpfter Spielräume möglich; zudem sind sie auch rechtspolitisch wenig populär. Eine schrittweise Steigerung der Prozessverantwortung ohne entsprechend verstärkte Absicherung der Beschuldigtenposition könnte dabei als ein willkommener Ausweg angesehen werden. Faktisch würde über die Aushöhlung von Beteiligungsrechten eine Kürzung der Beweisführungsrechte erzielt, zugleich aber normativ der Bestand an Verteidigungsrechten gewahrt. Die Anknüpfung an die Prozessverantwortung des Beschuldigten wäre damit lediglich das „wohlfeile“ Etikett einer materiellen Kürzung der Beschuldigtenrechte.<sup>817</sup>

---

<sup>812</sup> In Umkehrung der Aussage von *Bittmann*, ZRP 2001, 441, 443: Je mehr Verantwortung die Verteidigung übernimmt, desto mehr Rechte muss sie auch erhalten.

<sup>813</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.

<sup>814</sup> *Führ*, Eigen-Verantwortung, S. 21 spricht von einer Aushöhlung von Rechtspositionen auf „sanftem Wege“; siehe auch *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486.

<sup>815</sup> Vgl. *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.

<sup>816</sup> Siehe oben Teil I I. B. 2. c) und II. A.

<sup>817</sup> Zur Kürzung von Solidarleistungen unter Rückgriff auf den positiv konnotierten Begriff der „Eigenverantwortung“ bereits oben Teil I I. A.

Eine solche Aushöhlung von Beschuldigtenrechten würde sich besonders bei Beschuldigten mit von vornherein geringen Kompetenzen zur Handhabung ihrer Beteiligungsrechte auswirken. Wie oben beschrieben, setzt die Wahrnehmung der Prozessverantwortung des Beschuldigten eine gewisse soziale Handlungskompetenz voraus. Notwendig ist aufgrund fehlender juristischer Kompetenz überdies der Beistand durch einen qualifizierten Verteidiger, was wiederum ausreichende finanzielle Ressourcen erfordert.<sup>818</sup> Von einer erhöhten Prozessverantwortung ohne hinreichende prozessuale Ausbalancierung wären dementsprechend in erster Linie solche Beschuldigte betroffen, die nicht ausreichend über die entsprechenden Kompetenzen oder Ressourcen verfügen. Die Auswirkungen sozialer Disparitäten zwischen einzelnen Beschuldigten würden im Verfahren also erheblich gesteigert.<sup>819</sup> Eine strafrechtliche Verurteilung darf aber gerade nicht entscheidend von den Kompetenzen und Ressourcen des Beschuldigten abhängen. Ein präventiv wirksames Strafjustizsystem muss vielmehr versuchen, den Einfluss individueller Rahmenbedingungen des Beschuldigten auf das Verfahrensergebnis möglichst gering zu halten.<sup>820</sup> Die Anpassung der Absicherungen des Beschuldigten muss daher insbesondere die hinsichtlich Kompetenzen und Ressourcen schwach ausgestatteten Beschuldigten ausreichend berücksichtigen. Mit *Roxin* gilt in Abwandlung des bereits mehrfach zitierten Grundsatzes,<sup>821</sup> dass im Strafprozess das Recht nicht nur „für die Wachen“, sondern auch „für die Schwachen“ da sein muss.<sup>822</sup>

Allerdings ist zu konzedieren, dass den Auswirkungen von kompetenziellen und finanziellen Unterschieden nur begrenzt begegnet werden kann. Der liberale Strafprozess bedingt die Beteiligung und die Prozessverantwortung des Beschuldigten als Legitimationsgrundlage des Urteils. Damit erhalten aber auch die Risiken einer liberalen Gesellschaft Einzug in das Strafverfahren.<sup>823</sup> Kompetenzunterschiede bei Beschuldigten können nicht vollständig nivelliert, eine faktische Chancengleichheit kann nicht vollständig garantiert werden. In der drastischen Formulierung *Basdorfs* ist es unvermeidlich, dass sich „der schlauere Beschuldigte im allgemeinen besser verteidigen kann als der dümmere“.<sup>824</sup> Gleiches gilt für den Einfluss finanzieller

---

<sup>818</sup> Siehe oben Teil I II. C.

<sup>819</sup> Vgl. zur Problematik der gleichen Behandlung unterschiedlich kompetenter „Typen von Angeklagten“ *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.

<sup>820</sup> Vgl. *Volk*, Wahrheit, S. 17. Vgl. zur vom BVerfG aus Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) abgeleiteten Pflicht, die „prozessuale Stellung von Bemittelten und Unbemittelten weitgehend anzugleichen“ BVerfGE 22, 83, 86; 9, 124, 129 f.; 10, 264, 270 f.; 22, 83, 86; 51, 295, 302; 56, 139, 143 f.; 63, 380, 394; 78, 104, 117; 81, 347, 356; 117, 163, 187 und 197; eingehend *Sachs*, HdStR VIII, § 183 Rn. 110.

<sup>821</sup> Siehe oben Teil I I. A. 2. b) und soeben IV. C.

<sup>822</sup> *Roxin*, FS Hanack, S. 1, 22.

<sup>823</sup> Vgl. *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 195 f.; *Kudlich*, FS Beulke, S. 831, 841.

<sup>824</sup> *Basdorf*, StV 1997, 488.

Ressourcen von Beschuldigten auf ihre Verteidigungsmöglichkeiten.<sup>825</sup> Insoweit ist *Basdorfs* Analogie zwischen der Absicherung durch formelle Verteidigung und der Versorgung von Privatpatienten bzw. gesetzlich Versicherten im Medizinsektor<sup>826</sup> nicht völlig fernliegend. Freilich ändert dies nichts daran, dass hinreichende Absicherungen für mittellose Beschuldigte geschaffen werden müssen, um zumindest ein vergleichbares Niveau sicherzustellen.<sup>827</sup>

## B. Verwirklichung des Risikos im Einzelnen

Es stellt sich die Frage, inwieweit sich das Risiko der Aushöhlung der Beschuldigtenrechte mit den besprochenen Neuerungen im deutschen Strafverfahren verwirklicht hat. Soweit sich dies nicht bereits aus der bloß normativen Betrachtung der Verfahrensstruktur ableiten lässt, müsste dieser Frage in einer empirischen Untersuchung nachgegangen werden. Weil dies den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde, soll hier auf die Einschätzungen Praxis zurückgegriffen werden, wie sie in der wissenschaftlichen Literatur beschrieben sind.

### 1. Aushöhlung der revisionsrechtlichen Verfahrensrüge

Was die unter III. A. 1. und 2. beschriebene Ausweitung des Anwendungsbereichs der Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO und die Schaffung der Widerspruchslösung sowie die unter III. A. 3. dargestellten neuen Anforderungen der Rechtsprechung an die Begründung der Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) betrifft, so deutet vieles darauf hin, dass damit eine Aushöhlung der revisionsrechtlichen Verfahrensrüge des Beschuldigten einhergeht. Diese Aushöhlung stellt sich als Folge einer Überforderung der Verteidigung mit den neuen Obliegenheiten dar.

#### *a) Überforderung der Verteidigung mit den Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung*

Die Verteidigung wird von vielen Stimmen aus der Praxis mit den aus § 238 Abs. 2 StPO und der Widerspruchslösung resultierenden Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung als im Regelfall überfordert angesehen.

Diagnostiziert wird zunächst eine situative Überforderung bei Geltendmachung der Beanstandungsrechte. *Widmaier* verweist insoweit auf die (nunmehr in ihrem

---

<sup>825</sup> Vgl. BVerfGE 78, 104, 117 zur zivilprozessualen Prozesskostenhilfe: „Die Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten [...] kann dabei keine vollständige sein“.

<sup>826</sup> *Basdorf*, StV 1997, 488 f.; vgl. auch *Kudlich*, FS Beulke, S. 831, 841.

<sup>827</sup> *Basdorf*, StV 1997, 488, 489 spricht von der Gewährleistung von „Mindeststandards“.

Anwendungsbereich reduzierte) Dreierbesetzung des Landgerichts in der ersten Instanz (vgl. § 76 GVG). Deren Zweck liege gerade darin, neben dem verhandlungsleitenden Vorsitzenden und dem „protokollierenden“ Berichterstatter einen dritten Richter allein für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme abzustellen. Mit § 238 Abs. 2 StPO werde dem Verteidiger somit eine Aufgabe aufgelegt, die bei Gericht auf zwei oder drei Personen verteilt sei. An den Verteidiger werden dementsprechend höhere Anforderungen gestellt als an das Gericht.<sup>828</sup> Auch die Vorgaben der Widerspruchslösung könne ein Verteidiger in der spontanen Situation der Hauptverhandlung vielfach nicht erfüllen.<sup>829</sup> Dies gelte umso mehr im Hinblick darauf, dass die Präklusion bereits nach Einvernahme des Beweismittels an sich eintritt und nicht erst nach abschließender Behandlung des gesamten Beweisthemas, also bevor sich der Verteidiger Gewissheit über die Berechtigung einer Intervention verschaffen konnte.<sup>830</sup>

Abgestellt wird weiter auf die Kompetenz von Verteidigern. Zumindest ein „Allround-Verteidiger“ dürfte, so die Befürchtung, den Anforderungen der Widerspruchslösung, anders als die Spitzenkräfte der Verteidigung oder Fachanwälte, nicht gewachsen sein.<sup>831</sup> Jedenfalls wird die Qualität der Verteidigung nach vielfacher Einschätzung zur „entscheidenden Weichenstellung“<sup>832</sup> – nach der Wertung *Feigens* in „nicht mehr hinzunehmender Weise“.<sup>833</sup> Nicht zufällig wird der bereits oben angeführte Ausspruch, dass das „Recht für die Wachen“ da ist, vor allem in Zusammenhang mit § 238 Abs. 2 StPO oder der Widerspruchslösung bemüht.<sup>834</sup> Zwar halten einige Stimmen dem entgegen, dass die neuen Beanstandungsobliegenheiten die Verteidiger nicht vor überzogene Anforderungen stellen sollten.<sup>835</sup> Entrüstet fragt etwa *Hamm*, „welches Bild von Strafverteidigung“ einer solchen

<sup>828</sup> *Widmaier*, NStZ 2011, 305, 308 f.; vgl. auch *Habetha*, NJW 2016, 3628, 3633.

<sup>829</sup> *Schlothauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 223; vgl. auch *Meyer-Mews*, StraFo 2009, 141, 143.

<sup>830</sup> *Leipold*, StraFo 2001, 300, 302 f.; *Schlothauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 223.

<sup>831</sup> *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 590; ähnlich *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 783; *Roxin*, FS Hanack, S. 1, 22. Nach SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 78 setzt die Widerspruchslösung eine „entsprechende Professionalisierung der Strafverteidigung“ voraus.

Vgl. dazu die ähnliche Argumentation der „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ zur Einführung einer Beanstandungsobliegenheit für Verfahrenshindernisse im Zwischenverfahren, BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 99 ff. sowie die Diskussion über diesen Punkt, BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 2, S. 66 ff.

<sup>832</sup> *Gaede*, HRRS 2007, 402, 412; vgl. *Wolter*, FS Feigen, S. 383, 385; *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 190; *Püschel/Sommer*, AnwBl 2013, 168, 171.

<sup>833</sup> *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 166.

<sup>834</sup> *Widmaier*, NStZ 1992, 519, 523; in Bezug auf die Widerspruchslösung *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 262; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, Rn. 1137.

<sup>835</sup> Für § 238 Abs. 2 StPO *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 608; KK-StPO-*Schneider*, § 238 Rn. 38; für die Widerspruchslösung *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 261 f.; *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 195; *Hamm*, StV 2010, 418, 421.



Auffassung aus der Strafrechtswissenschaft zugrunde liege.<sup>836</sup> Diese Position fußt allerdings, wie stellenweise ausdrücklich hervorgehoben wird, auf dem „normativen Leitbild“ eines rechtskundigen und sorgfältig vorbereiteten Verteidigers.<sup>837</sup> Dass jenseits dieses normativen Leitbildes die Verfahrensrealität durchaus anders aussehen könnte, wird also auch von dieser Auffassung letztlich nicht in Abrede gestellt.<sup>838</sup> Überdies weist *Ventzke* darauf hin, dass „alle Verteidiger unter den Bedingungen des Berufsalltags Fehler machen können“.<sup>839</sup>

Infolge der Überforderung der Verteidigung kommt es nach Dafürhalten vieler Stimmen vor allem aus der Verteidigerschaft oftmals dazu, dass eine Beanstandung von Beweisverwertungsverböten oder rechtswidrigen Sachleitungsanordnungen in der Hauptverhandlung versäumt oder nicht in der notwendigen Form vorgenommen wird. Als Konsequenz steht dem Beschuldigten die jeweilige Verfahrensrüge nicht mehr zur Verfügung. Das Versäumnis des Verteidigers wird somit, wie sonst im Verfahren,<sup>840</sup> dem Beschuldigten angelastet. Im Unterschied zu vielen sonstigen Verteidigerversäumnissen sind derartige Verteidigerfehler mit der Abweisung der Verfahrensrüge als unzulässig aber sehr eindeutig identifizierbar. Aus dieser offenen Erkennbarkeit lässt sich erklären, dass – wie gezeigt, in der Sache unzutreffend<sup>841</sup> – im Hinblick auf die Rügepräklusion aus § 238 Abs. 2 StPO sowie die Widerspruchslösung von einer systemwidrigen Zurechnung von Verteidigerfehlern gesprochen wird.<sup>842</sup>

Ergebnis dieser Überforderung der Verteidigung, die dem Beschuldigten zugerechnet wird, ist somit, dass die revisionsrechtliche Kontrollmöglichkeit des Beschuldigten ausgehöhlt und faktisch materiell beschnitten wird.<sup>843</sup> Aufgrund der entscheidenden Rolle der Qualität formeller Verteidigung dürfte sich diese Aushöhlung vor allem bei solchen Beschuldigten auswirken, denen nur wenige Ressourcen für eine qualitativ hochwertige Verteidigung zur Verfügung stehen.

---

<sup>836</sup> *Hamm*, NJW 1993, 289, 296. Dazu *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 167 f.; *Ventzke*, StV 1997, 543, 548.

<sup>837</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 369 f.; *ders.*, NSTZ 2011, 606, 608; ähnlich *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 195.

<sup>838</sup> Vgl. *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 168; *Ventzke*, StV 1997, 543, 548.

<sup>839</sup> *Ventzke*, StV 1997, 543, 548.

<sup>840</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 3. b).

<sup>841</sup> So auch *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 163.

<sup>842</sup> Zu § 238 Abs. 2 StPO: *Dornach*, NSTZ 1995, 57, 62 f.; *ders.*, Strafverteidiger als Mitgarant, S. 184 f.; *Hofmann*, Präklusion, S. 58 f.; vgl. *Scheffler*, GA 1996, 44; zur Widerspruchslösung *Bernsmann*, StraFo 1998, 73, 76; *Meyer-Mews*, StraFo 2009, 141, 144; *Salecker*, Äußerungsrecht, S. 130; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 429; BeckOK-StPO-Eschelbach, § 257 Rn. 22; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 95 f.; *ders.*, HRRS 2011, 114, 116.

<sup>843</sup> Zu § 238 Abs. 2 StPO *Widmaier*, NSTZ 2011, 305, 309; *Bauer*, NSTZ 2012, 191; zur Widerspruchslösung *Leipold*, StraFo 2001, 300, 302 f.; *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486 f.; *ders.*, StraFo 2010, 90, 93 f. Vgl. auch *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 405.

b) *Überforderung der Verteidigung mit den Darlegungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren*

Auch mit der Handhabung der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen im Rahmen der Begründungsanforderungen nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO wird die Verteidigung als überfordert angesehen.

Die Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge waren bereits von Anbeginn an immens. Dementsprechend werden strafrechtliche Revisionen traditionell in großem Umfang von besonders erfahrenen Spezialisten bearbeitet. Nach der Verschärfung der Begründungsanforderungen unter dem Stichwort der Negativtatsachen und den damit einhergehenden Unklarheiten können nach Einschätzung vieler Stimmen in der Strafrechtswissenschaft selbst anerkannte Revisionsrechtsspezialisten nicht mehr sicher sein, den Anforderungen stets zu genügen.<sup>844</sup> Dem „durchschnittlich versierten“<sup>845</sup> Revisionsführer fehle umso eher der „hohe revisionsrechtliche Durchdringungsgrad, der zunehmend erforderlich ist, um eine Verfahrensrüge zulässig zu erheben“.<sup>846</sup> Für Protokollbeamte der Geschäftsstelle (vgl. (§ 345 Abs. 2 StPO) dürfte die Erhebung einer zulässigen Verfahrensrüge jedenfalls kaum mehr möglich sein.<sup>847</sup>

Fehler des Verteidigers werden, wie allgemein im deutschen Verfahren, dem Beschuldigten zugerechnet.<sup>848</sup> Die Überforderung der Verteidigung mit den aus der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen resultierenden Darlegungsobliegenheiten wird daher gleichsam als eine faktische Einschränkung der revisionsrechtlichen Möglichkeiten des Beschuldigten angesehen;<sup>849</sup> wie für die neuen Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung wird auch insoweit von einer „Auslöschung“ der Beschuldigtenposition gesprochen.<sup>850</sup> Wiederum dürften dann die finanziellen Ressourcen des Beschuldigten für eine hinreichend qualifizierte Verteidigung besonders relevant werden.

---

<sup>844</sup> *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 349; *Ritter*, Begründungsanforderungen, S. 158; *Wohlerts*, FS Frisch, S. 1325, 1341 Fn. 101. – Auch *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45 verspürt bei der Lektüre einzelner Revisionsentscheidungen „Erleichterung [...], daß man es nicht selbst gewesen ist, der mit seiner Revision an dieser hohen Rechtshürde gescheitert ist.“

<sup>845</sup> *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45.

<sup>846</sup> *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 167. In diesem Sinne auch *Burhoff*, StV 1997, 432, 438; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 852; *Tully*, ZRP 2014, 45, 47.

<sup>847</sup> *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 349 Fn. 85; *Schnarr*, FS Nehm, S. 327, 338; vgl. auch *Dahs*, StraFo 1995, 41, 44.

<sup>848</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 3. b).

<sup>849</sup> *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 364; *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 167. *Weßlau*, FS Frisch, S. 1289 spricht von einer „Marginalisierung der Verfahrensrüge“.

<sup>850</sup> *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486 f.; *ders.*, StraFo 2010, 90, 93 f.

*c) Speziell: Aushöhlung der Verfahrensrüge als durchaus gewünschter Effekt*

In der Aushöhlung der Verfahrensrüge wird verbreitet sogar der eigentliche Zweck der Beanstandungsobliegenheiten gesehen. Nicht nur soll die Beanstandung zur Ressourcenschonung bereits in der Hauptverhandlung erfolgen, vielmehr werde darauf spekuliert bzw. jedenfalls in Kauf genommen, dass eine rechtzeitige und formgerechte Beanstandung versäumt wird und in der Folge – ggf. noch ressourcenschonender – eine Urteilsaufhebung und eine neue Hauptverhandlung erspart werden kann.<sup>851</sup> Der Zweck der Widerspruchslösung wird dementsprechend als ein „an institutioneller Effizienz orientierte Einschränkung der Ergebnisrelevanz hoheitlicher Verfahrensfehler“<sup>852</sup> beschrieben; beabsichtigt sei, „unnötige Revisionen“ zu verhindern<sup>853</sup> bzw. „fehlerhafte Urteile gegen Revision zu immunisieren und dadurch das Verfahren zu beschleunigen“.<sup>854</sup>

Es scheint sich also die oben angesprochene Gefahr der besonderen „Attraktivität“ des Lösungswegs der erhöhten Prozessverantwortung zur Verfahrensbeschleunigung verwirklicht zu haben: Die Verfahrensrüge in der Revision wird formal nicht abgeschafft oder materiell eingegrenzt, sondern an formelle Anforderungen geknüpft, die ihre Wahrnehmung in der Prozessrealität leerlaufen lassen. Dies fassen *Trüg* und *Jahn* in Bezug auf die Widerspruchslösung treffend zusammen: Diese ermögliche es, Verwertungsverbote „an sich“ aufrechtzuerhalten, also Beschuldigtenrechte formal anzuerkennen, gleichzeitig aber in der konkreten Rechtsanwendung „die Effizienz des justiziellen Verfahrens rücksichtslos durchzusetzen“.<sup>855</sup> In diesem Sinne urteilt auch *Prittwitz*: „Man kann die Widerspruchslösung als einen [...] Weg ansehen, rechtsstaatliche Gesinnung in jeder Hinsicht folgenlos zu demonstrieren.“<sup>856</sup>

Dass auf diese Weise mancherlei Verfahrensrügen „unter den Tisch fallen“, wird in der Justiz mitunter sogar offen begrüßt. So führt etwa *Mosbacher* aus, dass durch die Präklusionswirkung des § 238 Abs. 2 StPO einem Revisionsrecht entgegengewirkt werde, in dem „nur noch hochgezüchtete ‚Spezialisten‘ im Nachhinein Verfahrensfehler erkennen, die den in der Hauptverhandlung tätigen Verfahrensbeteiligten sämtlichst vorborgen geblieben sind und [niemand] beanstandenswert fand“.<sup>857</sup> Die Diagnose einer gewissen Reduktion der Verfahrens-

---

<sup>851</sup> Vgl. zu § 238 Abs. 2 StPO *Bauer*, NStZ 2012, 191, 193; zur Widerspruchslösung *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405; *Trüg*, StV 2010, 528, 537; vgl. auch *Widmaier*, NStZ 2011, 305, 309. Dagegen dezidiert allerdings *Meyer-Göfner/Appl*, StraFo 1998, 258, 264: Die Widerspruchslösung sei keine „Geheimwaffe aus dem Giftschränk des BGH, um unliebsame Revisionen ‚abzuwürgen‘“.

<sup>852</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 429.

<sup>853</sup> *Püschel/Sommer*, AnwBl 2013, 168.

<sup>854</sup> *Meyer-Mews*, StraFo 2009, 141, 144; *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 323 f.

<sup>855</sup> *Trüg*, StV 2010, 528, 537; *Jahn*, StraFo 2011, 117, 123.

<sup>856</sup> *Prittwitz*, StV 2008, 486, 493.

<sup>857</sup> *Mosbacher*, NStZ 2011, 606, 609 f.

rüge wird also durchaus nicht bestritten, diese wird allerdings eher als Rückführung auf „sinnvolle“ Rügen bewertet.

Auch hinter der Rechtsprechung zu den Negativtatsachen wird die Aushöhlung der Verfahrensrüge als insgeheimer Zweck vermutet. Mit den komplexen formellen Anforderungen an die Zulässigkeit der Rüge solle dem Revisionsgericht gerade ermöglicht werden, ansonsten begründete Verfahrensrügen scheitern lassen zu können, wenn das Urteil sachlich als „richtig“ oder zumindest akzeptabel eingeschätzt wird.<sup>858</sup> Wie bei Widerspruchslösung und Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO sollen somit „unnötige“ Urteilsaufhebungen und Rückverweisungen vermieden werden. In diesem Sinne bemerkt etwa *Widmaier* bisweilen aufseiten des eigentlich zu entlastenden Revisionsgerichts einen „Bienenfleiß“, mit dem es „Akten durcharbeitet, um irgendwelche versteckten Details zu finden, die die Revision eigentlich hätte vortragen sollen, aber nicht vorgetragen hat“.<sup>859</sup> Damit lässt sich die verschärfte Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in die bereits geschilderte Tendenz einordnen: Die mit den Präklusionsregelungen auf tatgerichtlicher Ebene verfolgte „Immunsierung gerichtlicher Verfahrensfehler gegen die Revision zur Ressourcenschonung“<sup>860</sup> wird auf Rechtsmittelebene fortgesetzt.<sup>861</sup>

## 2. Aushöhlung des Beweisantragsrechts

Die Anforderungen des Konnexitätskriteriums und der Fristenlösung führen zu einer Aushöhlung des Beweisantragsrechts.

### a) Überforderung der Verteidigung mit den Anforderungen an die Beweisantragstellung

Zunächst wird zum Teil eine Überforderung der Verteidigung auch mit der Handhabe des Konnexitätskriteriums diagnostiziert. Wie oben erläutert, führt dieses zu immensen neuen Darlegungsobliegenheiten bei der Stellung des Beweisantrags. Die Anforderungen an die Darlegung sind gerade auch im Hinblick auf die uneinheitliche Rechtsprechung nicht ohne Weiteres zu erfüllen. Ob ein durch-

<sup>858</sup> Vgl. *Bauer*, NStZ 2012, 191, 193; *ders.*, StV 2010, 120, 121; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1813; *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 440; *Gaede*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 46; dazu auch *Rieß*, FS Hanack, S. 397, 409.

<sup>859</sup> *Widmaier*, StraFo 2006, 437, 439. Ähnlich *ders.*, StraFo 2010, 310, 315; *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 3 Rn. 1842; *Weider*, StraFo 2000, 328, 331.

<sup>860</sup> Siehe oben Fn. 854.

<sup>861</sup> Vgl. *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 349 ff.; *Gaede*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 46. – Zu weiteren, neben Ressourcenschonung und Verfahrensbeschleunigung ursächlichen geistigen und politischen Strömungen hinter der Einschränkung der Verfahrensrüge siehe *Frisch*, FS Fezer, S. 353, 376 ff.

schnittlicher Verteidiger damit zurechtkommt, wird teilweise deutlich infrage gestellt. Drastisch formuliert *Tully*:

„Über Konnexitäterfordernisse im engeren und weiteren Sinne, über ‚Konnexität bei fortgeschrittener Beweisaufnahme‘ oder über die (Un-)Zulässigkeit der Ablehnung einer Beweisbehauptung ‚ins Blaue hinein‘ kommunizieren bundesweit nur eine Handvoll ‚Eingeweihter‘. Der durchschnittliche Verteidiger scheitert regelmäßig bereits daran, dass er seine Beweisbehauptung mit einer sprachlichen ‚Ob-Wendung‘ entwertet oder unzulässiger Weise negativ formuliert.“<sup>862</sup>

Dies betreffe laut *Tully* vor allem die finanziell schlechtergestellten und unzureichend Verteidigten. Zugleich würden – als „inhärente strafprozessuale Ungerechtigkeit“ bezeichnet – solche Beschuldigten privilegiert, die sich hochpreisige Verteidiger leisten könnten.<sup>863</sup>

*b) Strukturelle Defizite aufgrund unzureichender Informationsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren*

Vor allem aber erweisen sich bestimmte strukturelle Defizite des deutschen Verfahrens als problematisch. Konnexitäterfordernis und Fristenlösung ziehen, wie oben beschrieben, neue Vorbereitungsobliegenheiten des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers im Vorfeld der Beweisantragstellung nach sich.<sup>864</sup> Etwa können im Einzelfall durchaus umfangreiche eigene Ermittlungen im Vorfeld der Hauptverhandlung erforderlich werden. Zur Erfüllung dieser Obliegenheiten fehlen der Verteidigung zu einem gewissen Teil aber die nötigen rechtlichen Instrumente.<sup>865</sup> Zwar ist die Verteidigung durchaus befugt, eigene Ermittlungen, insbesondere auch Zeugenbefragungen im Ermittlungsverfahren, vorzunehmen. Hierfür stehen ihm aber keine Zwangsmittel zur Verfügung, so dass eine ertragreiche Befragung letztlich vom Wohlwollen des jeweiligen Zeugen abhängig ist.<sup>866</sup> Aufgrund dessen lässt sich für den Verteidiger oft kaum mehr herausfinden, als dass ein Zeuge ein bestimmtes Wissen hat.<sup>867</sup> Ins Gewicht fällt zudem, dass eigene Verteidigungsermittlungen im deutschen Verfahren derart selten und ungewöhnlich sind, dass etwa von der Verteidigung zuvor vernommenen Zeugen noch immer ein schlechter Leumund anhaftet.<sup>868</sup>

Soweit das Verfahren entsprechende rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung stellt, kommt hinzu, dass ausreichende finanzielle Ressourcen vorhanden sein müs-

---

<sup>862</sup> *Tully*, ZRP 2014, 45, 46 f.

<sup>863</sup> In diesem Sinne für das Erfordernis der Konnexität *Tully*, ZRP 2014, 45, 46 f.

<sup>864</sup> Siehe oben IV. B. 3. a).

<sup>865</sup> Vgl. zur Notwendigkeit der entsprechenden rechtlichen Instrumente *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 94 f.

<sup>866</sup> Eindrücklich zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten im Verfahren vor dem IStGH *Kirsch*, StV 2003, 636, 639 f.

<sup>867</sup> Vgl. *Jahn*, StV 2009, 663, 664; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 94 f.

<sup>868</sup> *Fezer*, HRRS 2008, 457, 459; *Bockemühl*, FS Beulke, S. 647, 648.

sen, damit diese wahrgenommen werden können.<sup>869</sup> Für die notwendige Verteidigung stellt sich das Problem, dass Auslagen und Zeitaufwand für die Vorbereitung von Beweisanträgen durch eigene Ermittlungen nur sehr eingeschränkt ersetzbar sind.<sup>870</sup> Dementsprechend müsste der Beschuldigte hierfür auf eigene Mittel zurückgreifen; stehen solche nicht zur Verfügung, muss er auf eine hinreichende Vorbereitung verzichten. Hinzu kommt, dass im Vorverfahren im Regelfall noch gar kein notwendiger Verteidiger bestellt ist (vgl. § 141 Abs. 1 StPO).<sup>871</sup>

Angesichts dieser strukturellen Defizite können die neu aufgebürdeten Vorbereitungs- und Darlegungsobliegenheiten des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers dazu führen, dass das Beweisantragsrecht in der Prozessrealität leerläuft. Dementsprechend wird auch in Bezug auf das Beweisantragsrecht von einer Aushöhlung durch die Auferlegung nur eingeschränkt handhabbarer Obliegenheiten gesprochen.<sup>872</sup>

### **3. Aushöhlung der Beschuldigtenposition insgesamt durch konsensuale oder kooperative Verfahrensbeendigungen**

Die neue Verfahrenssituation bei konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigungen führt schließlich zu einer Aushöhlung der Beschuldigtenposition insgesamt.

#### *a) Strukturelle Defizite aufgrund unzureichender Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren*

Wie oben beschrieben, führen die konsensualen und in eingeschränktem Maße auch die kooperativen Verfahrensbeendigungen zu gewissen Vorbereitungsobliegenheiten im Ermittlungsverfahren, um eine fundierte Entscheidung über das Eingehen einer solchen Verfahrensbeendigung treffen zu können, sowie zu bestimmten Mitwirkungsobliegenheiten in diesem Verfahrensstadium, um sich eine gute Ausgangsposition für die „Verhandlungen“ über eine solche Beendigungsmöglichkeit zu verschaffen.

Wiederum bestehen strukturelle Defizite. So läuft das Ermittlungsverfahren, wie oben beschrieben, weitgehend „inquisitorisch“ ab, ohne dass dem Beschuldigten

---

<sup>869</sup> Vgl. zur Notwendigkeit ausreichender finanzieller Mittel *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 95.

<sup>870</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 2. b).

<sup>871</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 2. c) bb).

<sup>872</sup> Vgl. dazu in Bezug auf das Konnexitätserfordernis *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 486 f.; *ders.*, StraFo 2010, 90, 93 f.; allgemein *Jahn*, JuS 2009, 372; vgl. auch *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 405.

hinreichende Mitgestaltungsmöglichkeiten zustehen würden.<sup>873</sup> Die Defizite im Hinblick auf eigene Ermittlungen wurden bereits oben angesprochen: Aufgrund fehlender rechtlicher Möglichkeiten ist es dem Beschuldigten nur schwer möglich, eigens Beweise zu erheben.<sup>874</sup> Des Weiteren ist der Beschuldigte bzw. der Verteidiger in weiten Teilen nicht an der Sammlung des Prozessstoffs im Ermittlungsverfahren beteiligt, sondern kann den Ermittlungsvorgang lediglich hinterher in den Verfahrensakten nachvollziehen. Zwar werden dem Beschuldigten diese Ermittlungsakten – zumindest wenn er einen Verteidiger hat – lückenlos und unproblematisch zur Verfügung gestellt. Die Aktenkenntnis kann aber bei Weitem nicht die eigene Wahrnehmung und Mitgestaltung ersetzen. Dies zeigt sich beispielhaft darin, dass in der Praxis die Aktenvermerke über polizeiliche Vernehmungen nicht den tatsächlichen Gang der Vernehmung wiedergeben, sondern die Vernehmung lediglich aus Sicht des Verfassers zusammenfassen.<sup>875</sup> Der genaue Wortlaut der Antworten, Gestik und Eindruck der Vernehmungsperson sind von einem schriftlichen Vermerk demgegenüber nicht erfasst.

Aufgrund dieser Mängel fehlt es dem Beschuldigten bereits nach der Ausgestaltung des Vorverfahrens an entsprechenden rechtlichen Mitteln, um sich selbst ein hinreichendes Bild über den strafrechtlichen Vorwurf zu machen und über die Möglichkeit einer konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigung zu entscheiden.<sup>876</sup> *Schünemann* spricht angesichts der Schwäche der Verteidigung im Ermittlungsverfahren von einer „strukturellen Wehrlosigkeit“.<sup>877</sup> Insgesamt steht angesichts dieser Strukturdefizite die legitimatorische Wirkung des Konsenses im Sinne einer autonomen Übernahme von Mitverantwortung für den bisher ermittelten Sachverhalt<sup>878</sup> erheblich in Zweifel.<sup>879</sup> Die Eingehung einer konsensualen oder kooperativen Beendigung stellt sich vielmehr in vielen Fällen als eine bloße Unterwerfung des Beschuldigten unter die staatliche Straffestsetzung dar.<sup>880</sup> Dementsprechend ist die Beschuldigtenposition als Ganzes gefährdet.

---

<sup>873</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 262.

<sup>874</sup> Siehe oben V. B. 2.

<sup>875</sup> Vgl. *Malek*, StV 2011, 559, 563; *Hof*, HRRS 2015, 277, 282 m.w.N.; siehe auch *Janisch*, SZ v. 17.5.2015.

<sup>876</sup> Vgl. *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 491; *ders.*, FS Fezer, S. 555, 574; *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 105; *ders.*, StraFo 2015, 177, 184; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 262 f.

<sup>877</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 32. Vgl. auch *Sinn*, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), Tendenzen, S. 197, 208.

<sup>878</sup> Siehe oben Teil I II. A. 3.

<sup>879</sup> Vgl. *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 491; *ders.*, StraFo 2015, 177, 183.

<sup>880</sup> Vgl. *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 491.

b) Strukturelle Defizite bei der formellen Verteidigung

Stehen unabhängig von den soeben geschilderten strukturellen Mängeln rechtliche Instrumente zur Verfügung, ist für deren Handhabung in großem Maße die Hinzuziehung eines Verteidigers erforderlich. Allerdings erweist sich die Ausgestaltung der notwendigen Verteidigung an vielen Stellen als unzureichend.

Dies beginnt bereits beim Zugang zur Möglichkeit einer konsensualen bzw. kooperativen Verfahrensbeendigung. Speziell für die Verständigung nach § 257c StPO wird beobachtet, dass ein Beschuldigter, der, wenn keine notwendige Verteidigung vorliegt, nicht auf eigene Faust einen Verteidiger beauftragt, vom Gericht schon oftmals gar kein Verständigungsangebot erhalten wird, da er nicht als kompetenter „Verhandlungspartner“ wahrgenommen wird.<sup>881</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine notwendige Verteidigung bei Verständigungen, motiviert zur Vermeidung einer „Zwei-Klassen-Justiz“,<sup>882</sup> scheint daher faktisch eher ihr Gegenteil zu bewirken.<sup>883</sup> Für die Einstellung nach § 153a StPO hat eine Studie von *Kaiser* und *Meinberg* bereits im Jahr 1984 gezeigt, dass die Beschuldigten viel häufiger als durchschnittlich anwaltlich vertreten waren.<sup>884</sup> Zum Strafbefehlsverfahren hat der Beschuldigte demgegenüber auch ohne anwaltliche Vertretung Zugang. Allerdings ist mit *Stratenwerth* zu bezweifeln, ob ohne Verteidigung ein „erheblicher Teil der Adressaten den Inhalt eines Strafbefehls überhaupt versteht“.<sup>885</sup> Soweit kein seltener Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, muss sich der Beschuldigte im Strafbefehlsverfahren also unabhängig davon, ob ihm dies finanziell möglich ist, selbst um einen Verteidiger kümmern, um überhaupt ein Verständnis von dem nach Zeitablauf in Rechtskraft erwachsenden Beendigungsvorschlag zu erhalten.

Weiter ist für die fundierte Einschätzung von konsensualen bzw. kooperativen Beendigungsmöglichkeiten, wie oben beschrieben, eine umfassende Informationsbeschaffung durch Mitwirkung im Ermittlungsverfahren sowie durch eigene Ermittlungstätigkeit notwendig. Auf diese Weise verschafft sich der Beschuldigte zudem eine gewisse „Verhandlungsmasse“.<sup>886</sup> Auch dies kann letztlich nur von einer juristisch versierten Person geleistet werden. Allerdings wird im Rahmen notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren bereits regelmäßig noch kein Verteidiger bestellt, so dass die Wahrnehmung der Informations- und Teilnahme-

---

<sup>881</sup> *Murmann*, ZIS 2009, 523, 535; SK-StPO-*Paeffgen*, § 202a Rn. 21; *Schünemann*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 105 f.; *ders.*, StraFo 2015, 177, 185; vgl. auch *Weichbrodt*, Konsensprinzip, S. 164.

<sup>882</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 2.

<sup>883</sup> Vgl. dazu *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535.

<sup>884</sup> *Kaiser/Meinberg*, NSTZ 1984, 343, 346 f.

<sup>885</sup> *Stratenwerth*, GA 2013, 111, 113; so bereits *Scheffler*, GA 1995, 449, 456.

<sup>886</sup> Siehe oben IV. B. 4. a).



rechte bereits auf diese Weise gehindert ist.<sup>887</sup> Weiter erfordern die Teilnahme und die Mitwirkung des Verteidigers an Ermittlungshandlungen im Vorverfahren wie auch die Durchführung eigener Ermittlungstätigkeit erhebliche zeitliche Kapazitäten der Verteidigung.<sup>888</sup> Die Gebühren der notwendigen Verteidigung lassen hierfür aber kaum finanziellen Spielraum. Mangels Ersetzbarkeit solcher Auslagen muss somit der Beschuldigte die finanziellen Mittel hierfür selbst aufbringen oder bei Fehlen dieser Mittel auf die entsprechenden Tätigkeiten des Verteidigers verzichten. Bei einfach gelagerten Sachverhalten mag sich das Fehlen eines Verteidigers noch nicht signifikant auswirken, da der Beschuldigte dann in vielen Fällen auch ohne besondere Vorbereitung die Sachlage noch überschauen und auch auf sich gestellt eine hinreichend substanziierte Entscheidung treffen kann. Bei komplizierteren Konstellationen, die, wie beschrieben, durchaus auch in den Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens oder der Einstellung nach § 153a StPO fallen können,<sup>889</sup> ist die Annahme einer angebotenen konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigung durch den Beschuldigten ohne die Wahrnehmung entsprechender Vorbereitungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten demgegenüber zu einem großen Teil von spekulativen Überlegungen getragen.<sup>890</sup>

Schließlich ist für die Sondierung einer konsensualen oder kooperativen Beendigungsmöglichkeit ein gewisses Geschick erforderlich, über das letztlich nur ein Verteidiger verfügt.<sup>891</sup> Bereits für das schlichte Verständnis eines auf Initiative des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft zurückgehenden Beendigungsvorschlags ist in den meisten Fällen juristische Fachexpertise notwendig. In die andere Richtung ist das Signalisieren von Verständigungsbereitschaft durch den Beschuldigten von großer Tragweite, da dies für das Gericht schon einen *point of no return* darstellen kann, der einer auf Freispruch abzielenden Verteidigungsstrategie dauerhaft den Weg versperren könnte.<sup>892</sup>

Die Entscheidung kann daher nur auf Grundlage einer fachlichen Einschätzung des Verteidigers getroffen werden. In der Praxis wird ein Beschuldigter daher kaum von sich aus eine konsensuale oder kooperative Beendigung initiieren. Wenn demgegenüber in Bezug auf die Verständigung nach § 257c StPO auf Belehrungsvorschriften oder Hinweispflichten, mithin die gerichtliche Fürsorgepflicht, verwiesen wird, aufgrund derer von einer „strukturellen Unterlegenheit des Angeklag-

---

<sup>887</sup> Zöller, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), Tendenzen, S. 115, 120 spricht insoweit von einer „Zwei-Klassen-Justiz“.

<sup>888</sup> Vgl. dazu Weßlau, Konsensprinzip, S. 262; Ignor/Matt, StV 2002, 102, 106.

<sup>889</sup> Siehe oben III. C. 2.

<sup>890</sup> Vgl. Weßlau, Konsensprinzip, S. 262.

<sup>891</sup> Vgl. Perron, FS Eser 2015, S. 413, 420 f.

<sup>892</sup> MAH Strafverteidigung-Ignor, § 13 Rn. 15 m.w.N.

ten im Verständigungsverfahren [...] nicht ausgegangen werden [kann]“,<sup>893</sup> so kann dies – wie weiter oben schon allgemein für das Verhältnis von Fürsorgepflicht und formeller Verteidigung ausgeführt – nicht überzeugen.<sup>894</sup>

Im Ergebnis führen also auch diese Defizite zu der Gefahr, dass der Konsens bei finanziell schwachen Beschuldigten noch weniger als bereits aufgrund der strukturellen Mängel des Verfahrens eine hinreichende Legitimation für das Strafurteil bilden kann. Nach *Murmann* kann sich der Beschuldigte bei der Verständigung nach § 257c StPO „allenfalls in die Hand des Gerichts begeben – seine Position ist dann aber keine andere als bei bedingungsloser Ablegung eines Geständnisses“. <sup>895</sup> Viele Kritiker sehen in den konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigungen daher eine nicht unerhebliche Bevorzugung finanzkräftiger Beschuldigter, insbesondere in Wirtschafts- und Strafverfahren.<sup>896</sup>

Dem ließe sich zuletzt auch nicht entgegenhalten, dass die konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigungen nur eine zusätzliche Option für Beschuldigte darstellen. Eine Benachteiligung von Beschuldigten mit schwachen Ressourcen könnte danach zu verneinen sein, weil für sie weiterhin das „normale“ streitige Verfahren zur Verfügung steht, in dem ihre Unschuld bewiesen werden könnte.<sup>897</sup> Ein derartiger Einwand griffe zu kurz. Denn notwendige Konsequenz wäre die offene Anerkennung erheblicher sozialer Disparitäten in der Prozessrealität. Konsensuale und kooperative Beendigungen wären dann Verfahrensarten, die tatsächlich nur solchen Beschuldigten offenstünden, die über die notwendigen Kompetenzen und Ressourcen verfügen, um den damit verbundenen prozessualen Obliegenheiten nachzukommen. Alle anderen Beschuldigten wären entweder auf das streitige Verfahren verwiesen oder müssten sich auf der oben beschriebenen spekulativen Grundlage auf die konsensuale oder kooperative Beendigungsmöglichkeit einlassen. Eine derartig tiefgreifende, an einzelnen Verfahrensarten eindeutig ablesbare unterschiedliche Behandlung von Beschuldigten in Abhängigkeit ihrer Kompetenzen und Ressourcen dürfte indes erhebliche negative Auswirkungen auf das Präventionspotenzial der Strafjustiz haben und abgesehen davon auch kaum mit den Gleichheitsgarantien des Grundgesetzes übereinstimmen.

---

<sup>893</sup> *Ruhs*, NStZ 2016, 706, 709.

<sup>894</sup> Siehe oben Teil 2 IV. C.

<sup>895</sup> *Murmann*, ZIS 2009, 526, 535.

<sup>896</sup> In diesem Sinne kritisch zur Verständigung nach § 257c StPO *Fischer*, StraFo 2009, 177, 183; *Nešković*, ZRP 2010, 70; *Landau*, NStZ 2011, 537, 540; zu § 153a StPO *Prelle*, KritV 2011, 331, 358; zu konsensualen Verfahren an sich *Paeffgen*, ZStW 122 (2010), 435, 445 mit Fn. 20; *Stratenwerth*, GA 2013, 111 ff. Auch *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 111 sieht in konsensualen Verfahrensarten die Gefahr einer „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ im Strafprozeßrecht“.

<sup>897</sup> Mit einer solchen Ansicht die Minderheit des US Supreme Court in *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376 (2012) zur Frage der Anwendbarkeit der Rüge der *ineffective assistance of counsel* im *plea bargaining*-Verfahren. Dazu unten Teil 4 IV. 3. b) bb).

### C. Zwischenergebnis

Die Risiken einer Aushöhlung von Beschuldigtenrechten haben sich mit den Neuerungen des deutschen Strafprozesses in einem beträchtlichen Umfang realisiert.

Eine ganz eindeutige Wertung lassen die identifizierten strukturellen Defizite zu. Gerade die konsensualen und kooperativen Verfahrensarten legen dem Beschuldigten Obliegenheiten auf, die er gegenwärtig schon normativ kaum erfüllen kann. So sind ihm im Ermittlungsverfahren nicht ausreichend Rechte gewährt, um sich mit den notwendigen Informationen zu versorgen, die er für die Entscheidung über die Zustimmung zu einer konsensualen Lösung benötigt. Er ist dafür allein auf die Einsichtnahme in die Verfahrensakten beschränkt; eine aktive Teilnahme an staatsanwaltschaftlichen Ermittlungshandlungen oder gar eigene Ermittlungen sind nur eingeschränkt möglich. Dadurch kann es genauso wenig gelingen, günstige Umstände zur Kenntnis der Akten zu bringen, um sie in die konsensuale Beendigung einfließen zu lassen. Beschuldigte, die auf Pflichtverteidigung angewiesen sind, können mangels entsprechender finanzieller Möglichkeiten bei der notwendigen Verteidigung zudem bereits die bestehenden Möglichkeiten nicht effektiv nutzen. Das Fehlen hinreichender Informations- und Mitwirkungsrechte im Ermittlungsverfahren führt überdies dazu, dass auch die Einhaltung der neuen Anforderungen des Beweisantragsrechts in vielen Fällen zu einer Überforderung des Beschuldigten führt.

Was das Risiko einer Aushöhlung von Beschuldigtenrechten durch Überforderung der Verteidigung betrifft, so ist die vorliegende Arbeit, wie bereits oben angesprochen, auf die Einschätzungen aus Strafrechtswissenschaft und Praxis angewiesen. Im Hinblick auf die Widerspruchslösung und die erweiterte Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO hat sich allerdings vergleichsweise deutlich herauskristallisiert, dass nicht wenige Verteidiger damit überfordert sein dürften. Stellenweise wird darin sogar der eigentliche Zweck dieser Regelungen gesehen.<sup>898</sup> Und wenn sogar ein Befürworter dieser Präklusionsregelungen als positiven Effekt anführt, dass manche Revisionsrügen nunmehr „unter den Tisch fallen“,<sup>899</sup> spricht einiges dafür, dass in der Praxis tatsächlich eine solche Überforderung zu gewärtigen ist. Für die Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge unter dem Stichwort der Negativtatsachen lässt das eindeutige Votum namhafter Revisionsexperten im deutschen Strafprozessrecht einen vergleichsweise klaren Schluss auf eine Überforderung der Verteidigung zu. Unstreitig ist jedenfalls, dass die Qualität der Verteidigung mit den genannten Regelungen einen deutlich höheren Stellenwert im deutschen Strafverfahren bekommen hat.

---

<sup>898</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 855 und 856.

<sup>899</sup> Siehe den Nachweis in Fn. 857.

## VI. Zusammenfassung und Ausblick

Das deutsche Strafverfahren hat seit den 1990er-Jahren eine beachtliche Entwicklung genommen. Von einer Grundkonzeption ausgehend, in der sich die Legitimation des Strafurteils zum ganz überwiegenden Teil aus einer erschöpfenden amtlichen Untersuchung durch das Tatgericht ableitete, hat es sich in eine Richtung bewegt, in der Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten mehr und mehr Bedeutung für die Legitimation des Urteils erhalten. Jede der oben beschriebenen Maßnahmen für sich genommen lässt eine solche Wertung unter Umständen noch nicht direkt zu. Die Gesamtheit der beschriebenen Neuerungen zeigt allerdings eine eindeutige Entwicklung.

Dementsprechend ist der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger nun mehr und mehr gefordert, ein fehlerhaftes Urteil selbst abzuwenden. Er kann sich diesbezüglich nicht mehr im selben Maße wie zuvor auf die staatlichen Strafverfolgungsorgane verlassen. Es zeigen sich insoweit Parallelen zu einer im Verwaltungsverfahren<sup>900</sup> festzustellenden Tendenz ausgeweiteter Deregulierung und gesteigerter Eigenverantwortung des Einzelnen.<sup>901</sup> Ob darin eine rechtsgebietsübergreifende allgemeine Entwicklung erkannt werden kann, soll an dieser Stelle offenbleiben. Weil im Strafverfahren mit der erstrebten Verfahrensbeschleunigung und der Verhinderung von missbräuchlicher Verteidigung sehr spezifische Ursachen für die gesteigerte Eigenverantwortung des Beschuldigten auszumachen sind, erscheinen insoweit allerdings Zweifel angebracht.

Schließlich konnte festgestellt werden, dass die prozessualen Mechanismen, die für eine tatsächliche Handhabbarkeit für die Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten sorgen, nicht entsprechend mitgewachsen sind. Dadurch wirkt sich, wie gezeigt, die Erhöhung der Prozessverantwortung an vielen Stellen wie eine materielle Kürzung von Beteiligungsrechten des Beschuldigten aus. Dies gilt vor allem für Beschuldigte, die keine ausreichenden finanziellen Ressourcen für eine qualitativ hinreichende formelle Verteidigung haben und daher mit ihrer gestiegenen Verantwortung im Verfahren umso mehr überfordert sind. Das deutsche Amtsermittlungsverfahren scheint seine oben diagnostizierten Vorzüge bei der Einebnung sozialer Unterschiede und der Verwirklichung von Chancengleichheit<sup>902</sup> ein Stück weit wieder eingebüßt zu haben.

Ob die beschriebene Entwicklung akzeptabel ist, hängt somit davon ab, dass die Stellung des Beschuldigten besser abgesichert werden kann. Einige erste Ansätze

---

<sup>900</sup> Instruktiv zu den entsprechenden Tendenzen im Verwaltungsrecht am Beispiel des Bauordnungsrechts *Kaiser*, Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *BesVerwR* Bd. 2, § 41 Rn. 1, 21 f.

<sup>901</sup> In diesem Sinne im Hinblick auf die Widerspruchslösung *Ventzke*, *StV* 1997, 543, 547; allgemein für Präklusionsregelungen *Velten*, *FS Grünwald*, S. 753, 794; für Verfahrensabsprachen bereits *Schünemann*, 58. *DJT*, Bd. I, B 63.

<sup>902</sup> Siehe oben Teil 2 V.

hierfür sollen zum Abschluss dieser Arbeit in Teil 5 entwickelt werden. Zuvor wird die Untersuchung im folgenden Teil 4 allerdings um eine rechtsvergleichende Betrachtung des US-amerikanischen Strafverfahrens ergänzt, um die daraus gewonnenen Erkenntnisse für eine anschließende Erarbeitung von Lösungsvorschlägen fruchtbar zu machen.

#### *Teil 4*

## **Rechtsvergleichende Perspektive – Prozessverantwortung im US-amerikanischen Strafverfahren**

### **I. Einführung**

Der vorliegende Teil 4 der Arbeit widmet sich einer vergleichenden Betrachtung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren. Einführend sollen Ziel und Gegenstand dieses vergleichenden Abschnitts dargelegt (A.) und die Vorgehensweise (B.) erläutert werden. Zudem bietet sich es an, bereits an dieser Stelle einige Strukturelemente des US-amerikanischen Verfahrens herauszugreifen und zu erläutern, die nicht mit der vorliegenden Fragestellung in Verbindung stehen, aber dennoch auf den Vergleichsgegenstand ausstrahlen (C.).

#### **A. Ziel und Gegenstand der Vergleichung**

Für die in Teil 5 vorgesehene Erarbeitung von Lösungsmöglichkeiten zum Ausbalancieren der gesteigerten Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Verfahren verspricht eine rechtsvergleichende Perspektive besonders gewinnbringend zu sein. So wurde in Teil 2 deutlich, dass das deutsche Amtsermittlungsverfahren, ausgehend von seiner Grundstruktur, fast schon als Versuch gelten kann, eine Verfahrensordnung zu gestalten, in der die Prozessverantwortung des Beschuldigten auf ein Mindestmaß reduziert ist. In vielen ausländischen Prozessordnungen wird dem Beschuldigten demgegenüber schon von Anfang an ein höheres Maß an Prozessverantwortung auferlegt. Dies gilt, wie oben bereits angedeutet, vor allem für Verfahrensordnungen, die einem adversatorischen Ansatz folgen.<sup>1</sup>

Aus diesem Grund drängt sich die vergleichende Betrachtung einer adversatorischen Verfahrensordnung geradezu auf. Denn es erscheint naheliegend, dass adversatorisch strukturierte Prozessordnungen die tatsächliche Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte des Beschuldigten auch ungleich stärker absichern. Die rechtsvergleichende Betrachtung verspricht daher Erkenntnisgewinne, die bestenfalls als Lösungsansätze für die Problematik des deutschen Verfahrens fruchtbar gemacht werden können. Abgezielt wird somit auf die klassische Funktion (straf-)rechtsvergleichender Forschung, bereits praktizierte Instrumente fremder Rechtsordnungen auf ihre Tauglichkeit als „Lösungsvorrat“ für die eigene Rechtsordnung zu

---

<sup>1</sup> Siehe oben Teil 1 II. D. 2.

untersuchen.<sup>2</sup> Klarzustellen ist freilich, dass eine unkritische „Verpflanzung“ ganzer Regelungskomplexe oder rechtlicher Institutionen in die eigene Verfahrensordnung damit nicht gemeint ist.<sup>3</sup>

Der Gegenstand der vergleichenden Betrachtung ist mit der beschriebenen Zielsetzung bereits klar definiert. Es soll, entlang der in Teil I erarbeiteten und in Teil 2 auf das deutsche Verfahren angewandten funktionalen Parameter,<sup>4</sup> untersucht werden, welche Beteiligungsmöglichkeiten dem Beschuldigten in einem adversatorischen Strafverfahren an die Hand gegeben sind, welche Prozessverantwortung ihm daraus erwächst und auf welche Weise abgesichert wird, dass er seiner Verantwortung in der Prozessrealität auch gerecht werden kann. Mit der Ausrichtung auf dieses „soziale Problem“ bzw. Sachproblem verfolgt der Vergleich methodisch den Ansatz einer funktionalen Strafrechtsvergleichung.<sup>5</sup>

Aus der Vielzahl am adversatorischen Modell orientierter Verfahrensordnungen wird das US-amerikanische Verfahren gewählt. Diese Auswahl erfolgt ausdrücklich nicht im Gefolge eines „Triumphmarsch[es] des amerikanischen Strafverfahrens in die Welt“;<sup>6</sup> sie fußt also nicht auf einer tatsächlichen oder vermeintlichen besonderen Attraktivität dieser Verfahrensordnung und ihrer Rezeption.<sup>7</sup> Das US-amerikanische Verfahren drängt sich für den vorliegend angestrebten Vergleich vielmehr auf, weil es, der verbreiteten Einschätzung in der Strafrechtswissenschaft zufolge, im Vergleich etwa zum englischen Verfahren einen besonders strikten adversatorischen Ansatz verwirklicht.<sup>8</sup> Daher sind auch besonders ausgeprägte Absicherungsmechanismen zu erwarten.<sup>9</sup> Um Teil 5 vorzugreifen, spricht für das US-

---

<sup>2</sup> Vgl. zu dieser Funktion der Rechtsvergleichung *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 761, 764 f.; *Eser*, FS Kaiser, S. 1499, 1510 ff., 1517, 1522; FS Tiedemann, S. 79, 95 f.; *Engelhart*, Sanktionierung, S. 14 ff.

<sup>3</sup> Zu solchen *legal transplants* instruktiv *Langer*, 45 Harv. Int'l L. J. 1 ff (2004).

<sup>4</sup> Siehe dazu die Zusammenfassung in Teil I III.

<sup>5</sup> Näher zur funktionalen Strafrechtsvergleichung *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 761, 772 f., der sogar die „Sicherung der Rechtsstellung des Beschuldigten“ exemplarisch als Sachproblem benennt; *Eser*, FS Kaiser, S. 1499, 1521; FS Tiedemann, S. 79, 112 ff.; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1603 ff.; *Engelhart*, Sanktionierung, S. 19 ff. Allgemein zur Methodik funktionaler Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33.

<sup>6</sup> *Schünemann*, FS Fezer, S. 555. Zur weltweit gestiegenen Verbreitung adversatorischer Strukturen im Strafverfahren auch *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 755 ff.; *Weßlau*, ZIS 2014, 558. *Malek*, StV 2011, 559, 566 spricht gar von einer „Art Wettbewerb um internationale Marktanteile“ zwischen kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischem Strafverfahren.

<sup>7</sup> Interessanterweise scheint demgegenüber in den USA mitunter der Eindruck zu bestehen, dass nur dort der adversatorische Gedanke vorherrsche, wohingegen der Rest der Welt zum großen Teil eine inquisitorische Verfahrensordnung gewählt habe. Siehe etwa *Sward*, 64 Ind. L. J. 301 (1988–1989); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2155 (2012–2013).

<sup>8</sup> Vgl. *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 388; *Luna/Wade*, 67 Wash. & Lee L. Rev. 1413, 1503 ff. (2010).

<sup>9</sup> Allgemein zu den Kriterien bei der Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnung *Jung*, JuS 1998, 1, 3 f.; *Engelhart*, Sanktionierung, S. 24 ff.

amerikanische Verfahren als Vergleichsgegenstand zudem, dass einige der in Deutschland diskutierten Lösungsansätze ausdrücklich vom US-amerikanischen Verfahren inspiriert sind.<sup>10</sup>

Eine Vergleichung des englischen Strafverfahrens zusätzlich zum US-amerikanischen Verfahren verspricht zwar noch weitergehenden Erkenntnisgewinn, muss aber an dieser Stelle unterbleiben, um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen.

## B. Vorgehensweise bei der Vergleichung

Weil das Straf- und Strafverfahrensrecht im föderalen Rechtssystem der USA vor allem in die Kompetenz der Einzelstaaten fällt,<sup>11</sup> einschließlich des Strafverfahrens im Bund und im District of Columbia also 52 Verfahrensordnungen existieren, muss die Perspektive noch weiter verengt werden. Die folgende vergleichende Betrachtung konzentriert sich in erster Linie auf das Bundesstrafverfahren. Auch wenn der weit überwiegende Teil der Strafverfahren in der einzelstaatlichen Justiz durchgeführt wird,<sup>12</sup> bietet sich dieses Vorgehen an, weil viele einzelstaatliche Verfahrensordnungen an den Regelungen des Bundesstrafverfahrens zumindest orientiert sind.<sup>13</sup> Die für die Vergleichung relevanten gesetzlichen Regelungen sind damit vor allem die Federal Rules of Criminal Procedure (FRCP)<sup>14</sup> und die Federal Rules of Evidence (FRE).<sup>15</sup> Bedeutsam sind auch die Garantien der Zusatzartikel zur US-amerikanischen Verfassung (Amendments). Bei der Betrachtung standesrechtlicher Pflichten von Staatsanwaltschaft bzw. Verteidigung werden überdies die Modellregelungen der American Bar Association einbezogen.<sup>16</sup>

Neben dem Strafverfahren des Bundes wird stellenweise zur Erläuterung einzelstaatlicher Besonderheiten auf das Verfahrensrecht des Bundesstaats New York

---

<sup>10</sup> Dies gilt vor allem für Vorschläge einer Rechtsmittelrüge unzureichender Verteidigung, dazu unten Teil 5 II. D.

<sup>11</sup> Zum föderalen Strafrechts- und Strafverfahrenssystem der USA *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.2; *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 28; *Schmid*, Strafverfahren, S. 20 f.

<sup>12</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.2 (b); *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 705.

<sup>13</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.2 (f); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 34; speziell für das Beweisrecht *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 454 m.w.N.

<sup>14</sup> Die FRCP sind im Jahr 1946 in Kraft getreten; soweit nicht anders gekennzeichnet, werden sie dieser Arbeit nach ihrem Stand von Dezember 2015 zugrunde gelegt.

<sup>15</sup> Die FRE sind im Jahr 1975 in Kraft getreten. In dieser Arbeit werden sie auf dem Stand von Dezember 2015 zugrunde gelegt.

<sup>16</sup> Dies sind zum einen die ABA Model Rules of Professional Conduct (ABA Model Rules), zum anderen die ABA Standards for Criminal Justice (ABA Standards), die als unverbindliche Richtlinien allerdings keine Rechtskraft haben.



eingegangen.<sup>17</sup> Die relevanten gesetzlichen Bestimmungen finden sich im New York Criminal Procedure Law (N.Y. CPL). Bei besonderen Abweichungen werden zudem auch die Regelungen anderer Bundesstaaten berücksichtigt.

Der Gang der Vergleichung ist durch die in Teil 1 erarbeiteten und in Teil 2 auf das deutsche Verfahren angewandten funktionalen Parameter vorgegeben. Zunächst werden die Verfahrensstruktur und die darin angelegte grundsätzliche Gewichtung von amtlicher Wahrheitsermittlung auf der einen und Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten auf der anderen Seite ermittelt (II.). Auf diesem strukturellen Gerüst aufbauend werden die materiellen Beteiligungsrechte und die sich daraus ergebende Prozessverantwortung des Beschuldigten in ihrer konkreten Ausformung als Obliegenheiten erarbeitet (III.). Zuletzt wird untersucht, wie die Wahrnehmung der Prozessverantwortung des Beschuldigten formell abgesichert ist (IV.).

Auf eine „vor die Klammer gezogene“ Darstellung der einzelnen Abschnitte des US-amerikanischen Strafverfahrens wird bewusst verzichtet. Mittlerweile stehen eine Reihe umfangreicher Bearbeitungen in der deutschsprachigen rechtsvergleichenden Literatur zur Verfügung,<sup>18</sup> so dass Ausführungen hierzu nur einen begrenzten Erkenntnisgewinn versprechen. Für weitergehende Informationen über die jeweiligen Verfahrensabschnitte wird an den betreffenden Stellen der Darstellung auf die bereits vorliegenden Werke verwiesen.

### **C. Für die Vergleichung relevante weitere Strukturelemente neben dem adversatorischen Beweisverfahren**

Wenn auch auf eine separate Darstellung des Verfahrensgangs im US-amerikanischen Verfahren verzichtet werden kann, erscheint es doch sinnvoll, eine Betrachtung ausgewählter Strukturelemente der Verfahrensordnung gesondert voranzustellen. Denn neben seiner – für die vorliegende vergleichende Betrachtung ausschlaggebenden – adversatorischen Struktur wird das Beweisverfahren in ähnlichem Umfang von weiteren, davon unabhängigen Strukturmerkmalen geprägt. Daher bietet es sich an, einige dieser Prinzipien zu erläutern, bevor die konkrete Vergleichung vorgenommen wird. Dies ermöglicht, bereits an dieser Stelle verschiedene Besonder-

---

<sup>17</sup> Grund für die Wahl New Yorks ist zum einen, dass dieser Bundesstaat als eine Art legislatives Leitbild in den USA gilt, siehe *Stauder*, Defenses, S. 39 f. Überdies konnte der Verf. im Rahmen eines Forschungsaufenthalts in Buffalo, N.Y. einige Kenntnisse über diese Verfahrensordnung erlangen.

<sup>18</sup> Siehe etwa *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 498 ff.; *Geisler*, Anklageprinzip, S. 15 ff.; *Jeßberger*, Kooperation, S. 162 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 37 ff.; *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 706 ff. Mit einer eingehenden Darstellung des in weiten Teilen ähnlich ablaufenden Verfahrens für die Strafbarkeit von Unternehmen *Engelhart*, Sanktionierung, S. 226 ff.

heiten des US-amerikanischen Verfahrens als Ausprägungen dieser Strukturelemente zu identifizieren und von der weiteren Betrachtung weitgehend auszuklammern.

### 1. Entscheidung über die Schuldfrage durch ein Geschworenengremium (*jury*)

Als charakteristisches Strukturmerkmal des US-amerikanischen Verfahrens neben dem adversatorischen Prinzip der Beweiserhebung gilt vor allem, dass die Entscheidung über die Schuldfrage auf ein Laiengremium, die *jury*, übertragen ist. Der Berufsrichter (*judge, justice*) entscheidet demgegenüber nur über Verfahrensfragen und die Strafzumessung.<sup>19</sup> Das Recht auf ein *jury*-Verfahren ist im Amendment VI zur US-amerikanischen Verfassung garantiert.<sup>20</sup> Die Beteiligung der Geschworenen zielt zuvorderst darauf ab, die Strafrechtsprechung auf die Bürger anstelle staatlicher Institutionen zu übertragen. Sie ist somit vor allem „eine Entscheidung gegen die Berufsrichter und ein Misstrauensvotum gegen den Staat und seine Organe“.<sup>21</sup> Zudem fließt der Gedanke des *local government* ein, wonach staatliche Institutionen vornehmlich auf Bezirks- bzw. Gemeindeebene organisiert werden sollen: Die Geschworenen sollen die Bevölkerung eines Bezirks repräsentieren und dabei auch die örtlichen Vorstellungen von Gerechtigkeit zur Geltung bringen.<sup>22</sup> Dies zeigt sich besonders anschaulich daran, dass eine *jury* den Beschuldigten trotz unwiderlegten Schuldbeweisen und klarer Anweisung durch den Berufsrichter freisprechen, also die Anwendung eines Strafgesetzes verweigern kann (*jury nullification*).<sup>23</sup>

<sup>19</sup> In vielen Verfahrensordnungen ist auch die Strafzumessung auf die *jury* übertragen, insbesondere die Verhängung der Todesstrafe. Näher *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 26.2 (b).

<sup>20</sup> Zum näheren Inhalt der Garantie auf ein *jury*-Verfahren aus Amendment VI, insbesondere zu den Ausnahmen für Kleinkriminalität (*petty offenses*) *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 22.1; *Schmid*, Strafverfahren, S. 51 f. – Bereits in Art. 3, Section 2 Subsection 3 der US-Verfassung ist die Entscheidung durch die *jury* für alle Strafverfahren genannt, näher dazu *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 317 mit Fn. 1032; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 12.

<sup>21</sup> *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 819 f.; *Rosenkranz*, ZfRV 2012, 83, 90. Siehe dazu auch *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.4 (g); *Singer*, Criminal Procedure II, S. 162; *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1157 f. (2014); *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 316 f.; *Perron*, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld, S. 291 f. – Nach der Formulierung des Supreme Court in *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 156 (1968) ist die *jury* ein „safeguard against the corrupt or overzealous prosecutor and against the compliant, biased or eccentric judge“; siehe auch *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296, 313 (2004).

<sup>22</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.4 (g); *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713, 723; *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozess im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 137 f.; *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev., 1099, 1158 ff. (2014). – Näher zum Gedanken des *local government* sogleich unten I. B. 2.

<sup>23</sup> *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713, 723. Näher zur *jury nullification* *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 22.1 (g), § 24.10 (a); *Mehren/Murray*, Das Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 267 f.; *Rosenkranz*, ZfRV 2012, 83, 89.

Die Übertragung der Entscheidung über die Schuldfrage auf eine *jury* prägt das US-amerikanische Verfahren auf vielfache Weise. Etwa kommt der Auswahl der Geschworenen (FRCP 24) große Bedeutung zu. Über die Jahre hat sich hierfür ein kompliziertes Regelwerk entwickelt, so dass die Geschworenenauswahl mittlerweile zu einem aufwendigen eigenen Verfahrensabschnitt angewachsen ist. Große Relevanz kommt ferner den Instruktionen des Berufsrichters (*jury instructions*) zu, mit denen er die *jury* in ihre Beratung entlässt (FRCP 30).<sup>24</sup>

Vor allem wirkt sich die Einschaltung der *jury* aber auf den Ablauf und die Gestaltung des Beweisverfahrens aus. So sucht das US-amerikanische Beweisrecht „auf geradezu ängstliche Weise“ zu vermeiden, dass Beweise vor die Geschworenen gelangen, deren Beweiswert eher gering und deren Potenzial für eine emotionale Beeinflussung vergleichsweise groß ist.<sup>25</sup> Deshalb steht es im Ermessen des Gerichts, solche Beweismittel aus dem Verfahren auszuschließen, um die Geschworenen vor einer unsachlichen Einflussnahme zu schützen. Dies betrifft gem. FRE 403 Beweise, deren voraussichtlicher Beweiswert (*probative value*) klar hinter der Gefahr zurückbleibt, die Geschworenen unfair zu vereinnahmen (*unfair prejudice*)<sup>26</sup> oder Sachfragen zu vermischen und die *jury* dadurch irreführen (*confusion of the issues and misleading the jury*).<sup>27</sup> Gem. FRE 404 (a) sind der Staatsanwaltschaft ferner keine Beweisvorführungen über den Charakter des Beschuldigten erlaubt, um das Handeln entsprechend einer bestimmten Neigung zu beweisen. Grund dafür ist, dass die *jury* schlechte Charaktereigenschaften überbewerten könnte.<sup>28</sup> Es soll vermieden werden, dass der Tatnachweis anhand einer „Täterpersönlichkeit“ und nicht anhand der relevanten Tatsachen geführt wird. Gem. FRE 404 (b) ist auch die Einführung von Vorstrafen des Beschuldigten zu

<sup>24</sup> Vgl. Schmid, Strafverfahren, S. 74 f.

<sup>25</sup> Perron, FS Stürmer, S. 875, 878. Umfassend zu den entsprechenden Regelungen *Imwinkelried*, Courtroom Criminal Evidence, § 313; *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; siehe auch *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 157, 165 f. (2003).

<sup>26</sup> Damit soll der Gefährdung einer sachlichen Abwägung der Beweislage durch die *jury* vorgebeugt werden, die durch Beweise entstehen könnte, die bei den Geschworenen Sympathien für oder Antipathien gegen den Beschuldigten oder einen Zeugen hervorrufen können. Klassisches Beispiel ist die Vorführung besonders eindringlicher Fotos des Opfers. Siehe dazu *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 403.3; *Imwinkelried*, Courtroom Criminal Evidence, § 313; *Perron*, Beweisanspruchsrecht, S. 460; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 369 mit Fn. 206.

<sup>27</sup> Auf diese Weise soll die *jury* davor geschützt werden, durch Nebensächlichkeiten zu einer unsachlichen Entscheidung verleitet zu werden. Näher *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; *Imwinkelried*, Courtroom Criminal Evidence, § 313; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 403.4; *Perron*, Beweisanspruchsrecht, S. 460 f.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 370.

<sup>28</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 408; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 404.4. Zulässig sind solche Beweisführungen der Staatsanwaltschaft aber, wenn und soweit der Beschuldigte Beweise für positive charakterliche Eigenschaften einführt (FRE 404 (a) (2) (A)). Ausnahmen bestehen auch nach FRE 413 und 415 für Sexualdelikte.

diesem Zweck untersagt.<sup>29</sup> Ungleich weniger eingeschränkt sind Beweisführungen über den Charakter von Zeugen, um ihre Glaubwürdigkeit zu stützen oder in Zweifel zu ziehen (FRE 608 und 609).<sup>30</sup> Bei einem *bench trial*, also einem Verfahren vor dem Berufsrichter unter Verzicht auf ein *jury*-Verfahren (FRCP 23 (a) (1)), werden diese Regelungen insgesamt deutlich weniger strikt angewandt.<sup>31</sup>

Die Übertragung der Entscheidung über die Schuldfrage auf ein Geschworenengremium ist keineswegs untrennbar mit der Wahl einer adversatorischen Verfahrensstruktur verbunden.<sup>32</sup> Vielmehr ist ein adversatorisches Beweisverfahren, wie die Variante des *bench trial* zeigt, auch vor einem oder mehreren Berufsrichtern denkbar.<sup>33</sup> Eine solche Verfahrensgestaltung war auch im Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien umgesetzt.<sup>34</sup> Umgekehrt wäre im Amtsermittlungsverfahren ein Geschworenengremium nicht von vornherein ausgeschlossen, auch wenn einige praktische Erwägungen gegen eine solche Gestaltung sprechen.<sup>35</sup> In der vorliegenden Arbeit sollen die skizzierten Ausprägungen des *jury*-Verfahrens daher nicht tiefergehend erörtert werden.

## 2. Weites Anklageermessen der Staatsanwaltschaft

Als weiteres Strukturprinzip des US-amerikanischen Verfahrens ist das weite Anklageermessen der Staatsanwaltschaft (*prosecutorial discretion*) zu nennen. Im Ermessen der Staatsanwaltschaft steht, ob überhaupt eine Anklage erhoben werden soll und wenn ja, welche Delikte angeklagt werden.<sup>36</sup> Über das verfassungsrecht-

<sup>29</sup> Gem. FRE 404 (b) (2) gilt dies aber nicht, um subjektive Merkmale wie Vorsatz oder das Fehlen von Irrtümern zu beweisen. Dazu *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 404.15.

<sup>30</sup> Dazu näher unten III. B. 3. b).

<sup>31</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 60; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 460 f.

<sup>32</sup> *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 159 ff.; *Damaška*, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 564 (1972); *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713, 717; *Damaška*, in: Dressler (Hrsg.), Encyclopedia of crime & justice, S. 25, 30; *Jung*, FS Waltosia, S. 27, 31 f.; *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 165 (2003); *Langer*, Am. J. Comp. L. 835, 844 (2005); *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 814 f.; *Grande*, FS Damaška, S. 145; 146; *Rosenkranz*, ZfRV 2012, 83, 89; *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 11, 12 und 13; *Bohlander*, in: Schroeder/Vries (Hrsg.), Tendenzen, S. 167, 173 f.; *Billis*, Die Rolle des Richters, S. 130 f. Anders *Lagodny*, FS Jung, S. 499, 503 ff.

<sup>33</sup> *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 814 f.

<sup>34</sup> Dazu *Eser*, FS Jung, S. 167, 177 f.

<sup>35</sup> Etwa weist *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 558 Fn. 10 darauf hin, dass kaum alle Geschworenen den gesamten Bestand an Akten lesen könnten; ähnlich *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 165 Fn. 22 (2003). – *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 814 f. führt als Beispiel für eine solche Verfahrensordnung Belgien an.

<sup>36</sup> Siehe *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364 (1977); *Wayte v. U.S.*, 470 U.S. 598, 607 (1985): „[S]o long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute [...] generally rests entirely in his discretion. Aus der Literatur *LaFave/Israel/King*, Crimi-

liche Verbot der *selective prosecution* im Amendment XIV ist lediglich ein diskriminierender Ermessensgebrauch untersagt.<sup>37</sup>

Zurückzuführen ist das weite Anklageermessen auf die Organisationsform der Staatsanwaltschaft. Traditionell wird die Ausübung von Staatsgewalt über zentrale, hierarchisch aufgebaute Verwaltungsapparate in den USA mit Skepsis gesehen. Stattdessen wird in vielen Bereichen auf lokale, direkt gewählte Strukturen und die demokratische Rückbindung an die Wählerschaft gesetzt (*local government*).<sup>38</sup> Infolge der direkten demokratischen Legitimation ist den einzelnen Amtsträgern ein weites Ermessen bei der Amtsführung eingeräumt. Die Schaffung einer über die einzelnen lokalen Einheiten hinausgehenden Einheitlichkeit der Verwaltungsentscheidungen hat demgegenüber keine Priorität.

Dementsprechend ist auch die Staatsanwaltschaft größtenteils nicht als hierarchisch aufgebaute Behörde ausgestaltet, sondern auf lokaler Ebene organisiert und den einzelnen Einheiten ein großer Ermessensspielraum gewährt. In den Einzelstaaten, in denen, wie erläutert, die weit überwiegende Zahl von Strafverfahren stattfindet, wird die Anklagevertretung von voneinander unabhängigen Bezirksstaatsanwälten (*district attorneys*) wahrgenommen, die zumeist direkt von der Bevölkerung des Bezirks für zwei bis vier Jahre gewählt werden.<sup>39</sup> Die *district attorneys* unterstehen nicht den Leitungsbefugnissen des Generalstaatsanwalts (*attorney general*) des jeweiligen Bundesstaates.<sup>40</sup> Auf Bundesebene werden die U.S. Attorneys vom Präsidenten mit Zustimmung des Senats ernannt.<sup>41</sup> Sie unterstehen dem U.S. Attorney General, der dem Justizministerium (Federal Department of Justice) vorsteht und dementsprechend, ohne formal Minister zu sein, den Rang eines Kabinettsmitglieds hat. Zwar besteht ein Weisungsrecht des U.S. Attorney General

---

nal Procedure, § 13.1; *Walther*, 8 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. 283, 289 f. (2000); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 89.

<sup>37</sup> Dazu *Schmid*, Strafverfahren, S. 41; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 13.4; *Singer*, Criminal Procedure II, S. 41 ff.

<sup>38</sup> Zur lokalen Organisation von Staatsgewalt in den USA im Kontrast zum „hierarchischen“ kontinentaleuropäischen Modell *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713, 722 ff., der die Struktur der staatlichen Machtausübung als entscheidendes Unterscheidungskriterium zwischen anglo-amerikanischen und kontinentaleuropäischen Strafverfahren ansieht. Dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 135.

<sup>39</sup> Näher *Schmid*, Strafverfahren, S. 40; *Weigend*, Anklagepflicht, S. 98 f.; *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 191 f.; *ders.*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 136 f.

<sup>40</sup> *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 136 f.; *Schmid*, Strafverfahren, S. 40; *Walther*, 8 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. 283, 285 (2000).

<sup>41</sup> Zur Organisation der Staatsanwaltschaft auf Bundesebene aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 191; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 88; *Reinbacher*, Strafrechtssystem USA, S. 171 f.; *Neumann*, Vertikale Kompetenzverteilung, S. 101 ff.; *Walther*, 8 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. 283, 286 (2000).

gegenüber den U.S. Attorneys; dieses wird allerdings sehr selten wahrgenommen. Überdies bestehen jährliche Berichtspflichten gegenüber dem Kongress.

Mittlerweile wird das Anklageermessen zusätzlich mit pragmatischen Erwägungen gerechtfertigt. Angesprochen wird einerseits die Mittelknappheit der Strafverfolgungsbehörden, für die das Anklageermessen vor allem zur Bewältigung von Massenkriminalität als systemimmanente Lösung angesehen wird.<sup>42</sup> Zudem wird auf das aus unterschiedlichen Normsetzungsebenen stammende, oft unsystematische und sich überschneidende materielle Strafrecht verwiesen, das eine Auswahlentscheidung auf prozessualer Ebene erforderlich mache.<sup>43</sup>

Die Ausübung des staatsanwaltschaftlichen Anklageermessens wird vor allem auf politischem Wege durch die Rückbindung an das Wahlvolk kontrolliert.<sup>44</sup> Ein Staatsanwalt muss eine professionelle und erfolgreiche Amtsführung aufweisen, um für eine weitere Amtszeit wiedergewählt zu werden.<sup>45</sup> Schwere Verbrechen nicht zu verfolgen, kann er sich kaum leisten. Dass auf der anderen Seite die Gefahr besteht, dass der auf Staatsanwälten lastende politische Druck gerade in aufsehenerregenden Fällen zu unbegründeten Anklagen führt, wird als weniger schädlich angesehen als das Risiko der Ineffektivität oder der Missbrauchsanfälligkeit verwaltungsinterner Kontrolle.<sup>46</sup> Zudem wird – neben den Anklageüberprüfungsverfahren<sup>47</sup> – auf das adversatorische Prinzip als Schutz vor strafrechtlicher Verfolgung auf dünner Beweisgrundlage verwiesen: Staatsanwaltschaften werden davon abgehalten, solche Fälle anzuklagen, weil sie nicht als Verlierer aus dem Rechtsstreit gehen wollen.<sup>48</sup> Durch die direkte Rückbindung an das Wahlvolk wird die Staatsanwaltschaft schließlich angehalten, bei ihrer Amtsführung auch die ört-

---

<sup>42</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 13.2 (a) (2); *Lawless*, Prosecutorial misconduct, § 3.04; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 139; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 95 ff.; *Dengler*, Richterliche Kontrolle, S. 172 f.; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 742; *Reinbacher*, Strafrechtssystem USA, S. 172.

<sup>43</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 13.2 (a) (1); *Lawless*, Prosecutorial misconduct, § 3.05; *Pizzi*, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1339 (1993); *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1132 (2014). Aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 637, 651; *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 139; *Walther*, 8 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. 283, 293 (2000); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 92; *Dengler*, Richterliche Kontrolle, S. 174 ff.; *Dubber*, Einführung, S. 9; *Bachmaier Winter*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 39, 53; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 742 f.

<sup>44</sup> *Pizzi*, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1337 f. (1993); *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1134 ff. (2014); siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Weigend*, Anklagepflicht, S. 99; *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 637, 651; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 96 f.

<sup>45</sup> *Pizzi*, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1344 f. (1993).

<sup>46</sup> Eindrücklich *Pizzi*, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1337 f. (1993).

<sup>47</sup> Dazu näher unten III. A. 1. c).

<sup>48</sup> *Pizzi*, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1349 ff. (1993).

lichen Bedürfnisse und Gepflogenheiten zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Oftmals wird bereits mit einer Kandidatur für das Amt des Staatsanwalts die Ansage verbunden, auf welche Kriminalitätsbereiche sich die Strafverfolgungstätigkeit schwerpunktmäßig konzentrieren soll.<sup>50</sup>

Inwieweit eine adversatorische Verfahrensstruktur zwingend die Zubilligung eines weiten Anklageermessens mit sich bringt, ist umstritten.<sup>51</sup> Einerseits erscheint es naheliegend, der Staatsanwaltschaft die Entscheidungshoheit über die anzuklagenden Taten an sich zu überlassen, wenn ihr auch die Beibringung des Tatsachenstoffs obliegt. Andererseits hindert dies nicht, entgegen der Praxis im US-amerikanischen Verfahren ermessensbegrenzende Regelungen zu schaffen und deren Einhaltung verwaltungsintern oder auch über entsprechende Rechtsbehelfsmöglichkeiten zu kontrollieren.<sup>52</sup> In der vorliegenden Arbeit werden die Ausprägungen des weiten Anklageermessens der Staatsanwaltschaft daher weitgehend von der Betrachtung ausgenommen.

### 3. Beweisverwertungsverbote zur Disziplinierung der Polizei

Schließlich ist auf den Geltungsgrund und die daraus folgende Bedeutung von Beweisverwertungsverböten (*exclusionary rule*) einzugehen. Das US-amerikanische Beweisrecht kennt eine beachtliche Anzahl unterschiedlicher Beweisverwertungsverböte, die vom Supreme Court aus der Verletzung der verfassungsrechtlichen Garantien der Bill of Rights abgeleitet wurden.<sup>53</sup> Verwertungsverböte bestehen etwa für aus illegalen Durchsuchungen und Beschlagnahmen erlangte Beweise (Amendment IV),<sup>54</sup> für Einlassungen während unzulässiger Haft (Amendment IV),<sup>55</sup> für Einlassungen nach unterlassener Belehrung (die sog. „*Miranda war-*

---

<sup>49</sup> Pizzi, 54 Ohio St. L. J. 1325, 1343 f. (1993); Herrmann, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 136; Bickel, Das Geständnis im US-amerikanischen Strafprozeß, S. 48 Fn. 77; Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 89.

<sup>50</sup> Herrmann, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 139.

<sup>51</sup> Siehe etwa Lynch, in: Dressler (Hrsg.), Encyclopedia of crime & justice, S. 1246 sowie im Anschluss daran Neumann, Vertikale Kompetenzverteilung, S. 101, die einen Grund für das Anklageermessen in dem Ziel des adversatorischen Verfahrens, einen Streit beizulegen und nicht so sehr die Wahrheit zu erforschen, erkennen.

<sup>52</sup> Vgl. Lüderssen, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld, S. 19, 20 und 22, wonach die Ablösung des Legalitätsprinzips keineswegs Voraussetzung für die Einführung eines adversatorischen Verfahrens in Deutschland wäre.

<sup>53</sup> Der Beginn dieser Entwicklung wird im Allgemeinen an der Entscheidung *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914) festgemacht, siehe Schmid, Strafverfahren, S. 118.

<sup>54</sup> Siehe etwa *Bond v. United States*, 529 U.S. 334 (2000); *Florida v. J.L.*, 529 U.S. 266 (2000).

<sup>55</sup> *Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982).

nings“)<sup>56</sup> über das Aussageverweigerungsrecht im Polizeigewahrsam (Amendment V),<sup>57</sup> für unzulässige Identifizierungsprozeduren im Ermittlungsverfahren (Amendment V),<sup>58</sup> ggf. ohne Beisein des Verteidigers (Amendment VI)<sup>59</sup> oder für Beweise aus illegaler elektronischer Überwachung (Amendment IV bzw. 18 U.S.C. §§ 2510 ff.).<sup>60</sup> Aus der Verletzung der genannten verfassungsrechtlichen Garantien folgt, anders als im deutschen Verfahren, grundsätzlich ein Verwertungsverbot.<sup>61</sup> Im Regelfall kommt diesem zudem eine Fernwirkung zu (*fruit of the poisonous tree*-Doktrin).<sup>62</sup>

Der Grund für die Vielzahl von Beweisverwertungsverböten und ihre enorme Reichweite liegt in der Funktion, die ihnen im US-amerikanischen Verfahren zukommt. Als Sanktion für illegale Ermittlungsarbeit sollen sie ausdrücklich der Disziplinierung der Polizei dienen. In der Kontrolle der Polizei wird gemeinhin ein großes Bedürfnis gesehen. Denn wie bei den Anklagebehörden fehlt es in den Polizeibehörden mangels eines hierarchischen Verwaltungsaufbaus an einer nennenswerten innerdienstlichen Aufsicht. Daher wird die in Aussicht gestellte Gefahr, aufgrund von Beweisverwertungsverböten um die Früchte der Ermittlungsarbeit gebracht zu werden, von der herrschenden Auffassung in den USA als notwendiger Anreiz angesehen, damit solche illegalen Maßnahmen unterbleiben.<sup>63</sup> Dementsprechend sind Beweisverwertungsverböte im US-amerikanischen Verfahren ungleich bedeutsamer als in Deutschland.<sup>64</sup>

<sup>56</sup> Benannt nach der Leitentscheidung des Supreme Court *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

<sup>57</sup> Dazu eingehend *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 416 ff.

<sup>58</sup> *Foster v. California*, 394 U.S. 440 (1969).

<sup>59</sup> *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967); allerdings aufgeweicht in *Kirby v. Illinois*, 406 U.S. 682 (1972) und *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973). Näher *Israell Kamisar/LaFave*, Constitution, Ch. 7.

<sup>60</sup> Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 408 Fn. 9; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 406 ff.

<sup>61</sup> Zu den Ausnahmen von der *exclusionary rule* *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 408; *Schmid*, Strafverfahren, S. 120 ff.

<sup>62</sup> Keine Fernwirkung besteht etwa bei Verletzung der *Miranda*-Rechte, *United States v. Patane*, 542 U.S. 630, 636 f. (2004).

<sup>63</sup> Vgl. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 217–222 (1960); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 908 f. (1984); *Herring v. United States*, 555 U.S. 135, 141 mit Fn. 2 (2009); *Davis v. United States*, 131 S.Ct. 2419, 2426 f. (2011). Dazu aus der Wissenschaft *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 408; *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 803 (1999–2000); *Lynch*, 23 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 711 ff. (2000); *Kamisar*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 119 ff. (2003); aus dem deutschen Schrifttum *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 140 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 387 ff. – Allerdings wird die Praxis der Beweisverwertungsverböte von einer verbreiteten Strömung in der US-Strafrechtswissenschaft als Hindernis für die Wahrheitssuche kritisiert, siehe etwa *Pizzi*, Trials without truth, S. 25 ff.; *Calabresi*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 111 ff. (2003); *Findley*, 56 N.Y.L. Sch. L. Rev. 912, 917 (2011–2012); kritisch auch *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1162 ff. (2014).

<sup>64</sup> Wobei gelegentlich diagnostiziert wird, dass Deutschland und andere Länder am Aufholen sind, siehe etwa *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev., 785, 803 f. (1999–2000).



Die materielle Wahrheitsermittlung ist mit dem Ziel der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden vergleichsweise stark durch außerprozessuale Interessen überformt.<sup>65</sup> Ein Zusammenhang zur adversatorischen Ausgestaltung des Beweisverfahrens kann darin freilich nicht erkannt werden.<sup>66</sup> Aus der Reichweite und Fülle der Beweisverwertungsverbote entstehende Probleme des US-amerikanischen Verfahrens sollen in der vorliegenden Arbeit daher nicht näher berücksichtigt werden.

## II. Verfahrensstruktur und Legitimation des Strafurteils

In einem ersten Schritt soll also die grundlegende, in der Verfahrensstruktur angelegte Gewichtung zwischen amtlicher Wahrheitsermittlung und Prozessverantwortung als Legitimationsgrundlagen der strafrechtlichen Verurteilung ermittelt werden.

### A. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Hierzu soll zunächst gefragt werden, inwieweit die adversatorische Verfahrensstruktur verfassungsrechtlich vorgegeben ist. Die US-amerikanische Verfassung enthält in ihren 1791 in Kraft getretenen ersten zehn Amendments, der sog. „Bill of Rights“, eine Reihe grundrechtlicher Garantien (*fundamental rights*). Neben Kommunikationsfreiheiten sind hauptsächlich spezifisch strafprozessuale Rechte garantiert.<sup>67</sup> Regelungsgegenstand ist beispielsweise der Schutz vor willkürlicher Festnahme und Beschlagnahme (Amendment IV), die Selbstbelastungsfreiheit (Amendment V) und das Recht auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen in Amendment VI, das Recht auf Vorbringen von Entlastungszeugen auch mittels Zwang sowie das Recht auf einen Verteidiger.

Die hohe strafprozessuale Regelungsdichte hat historische Gründe. In der Kolonialzeit in Nordamerika wurde das Strafrecht vor allem als Mittel der politischen Unterdrückung durch den englischen Staat erlebt.<sup>68</sup> Mit Erlass konkreter prozessualer

---

<sup>65</sup> Dazu oben Teil I I. B. 1. a) bb).

<sup>66</sup> Anders wohl aber Pizzi, *Trials without truth*, S. 35 ff., der in der Bedeutung der *exclusionary rule* eine Ausprägung der „*adversary mentality*“ erkennt. – Siehe auch Trüg, *Lösungskonvergenzen*, S. 384 Fn. 262; Weigend, 26 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 157, 168 (2003); Eckstein, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 219, 227, die vertreten, eine weitreichende Geltung von Beweisverwertungsverböten werde durch einen adversatorischen Ansatz jedenfalls begünstigt.

<sup>67</sup> Vgl. Hay, *US-amerikanisches Recht*, Rn. 705: „Die ersten acht Zusatzartikel der Verfassung enthalten 12 verschiedene, den Strafprozess berührende Garantien.“

<sup>68</sup> *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 2.1.

Beschuldigtenrechte in der Bill of Rights sollte dem staatlichen Machtmissbrauch durch Strafverfolgung begegnet werden.<sup>69</sup> Ursprünglich war die Bill of Rights nur auf den bundesstaatlichen Prozess anwendbar. Mittlerweile entfaltet sie über das „Hineinlesen“ (*incorporation*) in die *due process*-Garantie des im Jahr 1868 erlassenen Amendment XIV zum überwiegenden Teil auch für die einzelstaatlichen Verfahren Geltung.<sup>70</sup> Im Lauf der Zeit hat der Supreme Court, insbesondere in der liberalen Zusammensetzung der 1960er-Jahre unter Führung des Chief Justice *Warren*, aus der Bill of Rights überdies umfangreiche weitere strafprozessuale Rechte abgeleitet.<sup>71</sup>

Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Strafverfahrensrecht ist also sehr groß. Traditionell wird das Verfassungsrecht als wichtigste Quelle des Strafprozessrechts verstanden.<sup>72</sup> Im Unterschied zu den Vorgaben des deutschen Grundgesetzes für die Verfahrensstruktur – dogmatisch aus der Verfahrensdimension des allgemeinen Freiheitsgrundrechts gewonnene Ansprüche des Beschuldigten, die umfassend verstandene Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens stellen – handelt es sich bei den Garantien der Bill of Rights aber um konkrete, nicht oder nur ansatzweise systematisierte und lückenhafte Mindeststandards.<sup>73</sup>

Trotz dieser Regelungstechnik ist in den Verfassungszusätzen eine grundsätzliche Entscheidung für eine adversatorische Verfahrensstruktur angelegt.<sup>74</sup> Teilweise wird die Verankerung des adversatorischen Modells aus einer ablehnenden Haltung der Bill of Rights gegenüber einem inquisitorischen Verfahren abgeleitet. Eine solche Argumentation kommt etwa in der Entscheidung *Crawford v. Washington*

---

<sup>69</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 13.

<sup>70</sup> *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 69. Eingehend zu der Debatte, inwieweit die Bill of Rights insgesamt (*total incorporation*) oder nur teilweise („*fundamental fairness*“-Ansatz sowie *selective incorporation*-Ansatz) in den Einzelstaaten gilt, *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 2.2–§ 2.6; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 34 ff.

<sup>71</sup> *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 2.1; *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 704; *Mehren/Murray*, Das Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 257.

<sup>72</sup> *Israel/Kamisar/LaFave*, *Constitution*, Ch. 1 Sec. 1 (3); siehe auch *Schmid*, Strafverfahren, S. 97. – Die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Strafverfahren wird auch anhand von Lehrbüchern zum Strafprozessrecht deutlich, die sich nur mit verfassungsrechtlichen Garantien befassen, vgl. *Schmid*, Strafverfahren, S. 97 m.w.N. Anschaulich wird der Einfluss des Verfassungsrechts überdies in der Schaffung von Professuren für Verfassungs- und Strafprozessrecht, wie etwa für den bekannten Rechtswissenschaftler und Strafverteidiger *Alan M. Dershowitz*.

<sup>73</sup> Vgl. *Israel/Kamisar/LaFave*, *Constitution*, Ch. 1 Sec. 1 (3). Zu den Vorgaben des Verfassungsrechts für das deutsche Strafverfahren oben Teil 2 II. A.

<sup>74</sup> So bereits *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 25; zustimmend *Bachmaier Winter*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 39, 50 f.; für eine verfassungsrechtliche Verankerung implizit auch *Flowers*, 37 B.C. L. Rev. 923, 934 ff. (1995–1996); *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1118 (2014);

zum Konfrontationsrecht aus Amendment VI zum Ausdruck.<sup>75</sup> Danach ist das Konfrontationsrecht nach dem Ansinnen der Väter der US-amerikanischen Verfassung ausdrücklich gegen geheime außerprozessuale Zeugeneinvernahmen ohne Beteiligung des Beschuldigten gerichtet, wie sie in politischen Prozessen der englischen Kolonien vor der Unabhängigkeit stattfanden. Deren Ursprünge sieht das Gericht wiederum im damaligen inquisitorischen Verfahren Kontinentaleuropas. Unabhängig davon, ob ein solcher Einfluss historischer europäischer Inquisitionsverfahren tatsächlich bestanden hat,<sup>76</sup> legt eine solche Grundhaltung den Gesetzgeber noch nicht auf eine adversatorische Struktur fest. Denn wie oben zum deutschen Amtsermittlungsverfahren gezeigt, sind derartige Auswüchse mittlerweile auch in den heutigen, reformiert inquisitorischen Verfahrensordnungen beseitigt, so dass ein solches Verfahren jedenfalls aus dem heutigen Blickwinkel durchaus in Betracht käme.<sup>77</sup>

Eine gewisse Festlegung auf einen adversatorischen Verfahrenstypus ergibt sich allerdings daraus, dass einige der Garantien der Bill of Rights nur in einem adversatorischen Prozess tatsächlich Sinn ergeben. Deutlich kommt dies in dem Recht auf *compulsory process* des Amendment VI zum Ausdruck, das dem Beschuldigten garantiert, dass er wichtige Zeugen notfalls mit staatlichen Zwangsmitteln zum Erscheinen im Prozess veranlassen kann.<sup>78</sup> Hierfür besteht letztlich nur ein sinnvoller Anwendungsbereich, wenn die Beweisaufnahme nicht von einem inquisitorischen Organ vorgenommen wird, das diese Beweise dann bereits selbst heranschaffen würde.<sup>79</sup> Die Verfassungszusätze setzen also ohne genauere Benennung eine adversatorische Struktur voraus.<sup>80</sup> Zahlreiche, später aus der Bill of Rights abgeleitete Garantien, wie etwa die aus der Due Process Clause des Amendment VI bzw. XIV abgeleitete, ausnahmsweise bestehende Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Offenlegung entlastender Beweise,<sup>81</sup> verfestigen diesen Eindruck, wobei freilich zu berücksichtigen ist, dass sie auf Grundlage des bestehenden adversatorischen Verfahrens entwickelt wurden.

Mit der indirekten Festlegung auf eine adversatorische Struktur ist in gewissem Umfang bereits ein dementsprechend höherer Stellenwert von Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten vorbestimmt. Genauere Vorgaben trifft das US-amerikanische Verfassungsrecht aufgrund seiner Regelungstechnik freilich nicht.

---

<sup>75</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 43 ff. (2004). Dazu eingehend unten III. B. 3. a). Eine instruktive Erläuterung der Entscheidung bietet *Sklansky*, 122 Harv. L. Rev. 1634, 1648 ff. (2008).

<sup>76</sup> Insoweit kritisch *Sklansky*, 122 Harv. L. Rev. 1634, 1670 ff. (2008).

<sup>77</sup> Vgl. auch *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 25 Fn. 78.

<sup>78</sup> Dazu eingehend unten III. B. 4. a).

<sup>79</sup> Vgl. *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 25.

<sup>80</sup> Vgl. *Flowers*, 37 B.C. L. Rev. 923, 934 ff. (1995–1996).

<sup>81</sup> Dazu eingehend unten III. A. 1. b).

## B. Einfachgesetzliche Ausgestaltung

In einem zweiten Schritt werden nun die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Verfahrensstruktur und die sich daraus ergebende Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils erarbeitet.

### 1. Das adversatorische US-amerikanische Strafverfahren

Das US-amerikanische Strafverfahren folgt – wie verfassungsrechtlich vorausgesetzt – einem adversatorischen Ansatz. Dementsprechend wird das US-amerikanische Verfahren von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem bzw. Verteidigung als gegnerischen Parteien betrieben. Beide Seiten wählen die für ihr Prozessziel nützlichen Beweise aus und führen sie in die Hauptverhandlung ein. Auf diese Weise stellen Staatsanwaltschaft und Verteidigung in dialektischer Weise jeweils ihre Version des Geschehens, ihren *case* gegenüber.<sup>82</sup> Die jeweils von der Gegenseite präsentierten Beweise können sie einer kritischen Prüfung unterziehen (*adversary testing*). Bei Zeugen geschieht dies klassischerweise über das Kreuzverhör (*cross-examination*). Zudem obliegt ihnen, unzulässige Beweisvorbringen des Prozessgegners zu beanstanden. Grundlage des Urteils sind somit nur Tatsachen und Beweise, die von den Parteien eingeführt werden (Verhandlungsmaxime, Beibringungsmaxime).<sup>83</sup> Die Verfahrensherrschaft, verstanden als die Herrschaft über Inhalt und Umfang des Prozessstoffs, liegt somit bei den Parteien.<sup>84</sup>

Neben dem Prozessstoff können die Parteien in gewissem Umfang auch über das Verfahren an sich verfügen. Die Staatsanwaltschaft kann die Anklage ganz oder teilweise wieder zurücknehmen. Der Beschuldigte kann den Anklagevorwurf formlos im Wege eines Schuldbekenntnisses anerkennen.<sup>85</sup> Auf diese Weise steht strukturimmanent eine konsensuale Verfahrensbeendigungsmöglichkeit zur Verfügung. Dabei ist zulässig, dass Beschuldigter und Staatsanwaltschaft über die Abgabe eines Schuldbekenntnisses verhandeln (*plea bargaining*).<sup>86</sup>

Das Gericht, wie beschrieben, bestehend aus *jury* und Berufsrichter, beschränkt sich im Grundsatz auf eine Rolle als passiver Zuhörer. Die Aufgabe des Berufsrichters ist hauptsächlich, die Verhandlung zu leiten und bei Meinungsverschiedenheiten zwischen beiden Parteien über beweis- oder verfahrensrechtliche Fragen zu entscheiden. Allerdings kann der Berufsrichter durchaus auch aktiv an der Beweis-

<sup>82</sup> Vgl. Herrmann, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 152 f.; Jeßberger, Kooperation, S. 159 f.

<sup>83</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 6.

<sup>84</sup> Tiedemann, ZRP 1992, 107, 108. Zur Verfahrensherrschaft als Unterscheidungskriterium zwischen adversatorischem und inquisitorischem Verfahren bereits oben, siehe Teil I II. D. 2.

<sup>85</sup> Näher dazu unten III. C. 1. a).

<sup>86</sup> Dazu näher unten III. C. 1. b).

aufnahme teilnehmen, indem er etwa selbst Fragen an Beweispersonen stellt oder eigene Beweise erhebt. In einigen Verfahrensordnungen kann der Berufsrichter im Einzelfall sogar der *jury* erlauben, Fragen an Zeugen stellen zu lassen.<sup>87</sup>

Ähnlich dem deutschen Verfahren<sup>88</sup> haben die Strukturprinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit einen prägenden Einfluss auf die Beweisaufnahme. Diese Grundsätze kommen vor allem im Verbot von Beweisen vom Hörensagen (*hearsay evidence*) als allgemeine Beweisregel zum Ausdruck.<sup>89</sup> Umfasst sind alle schriftlichen, verbalen oder nichtverbalen Äußerungen, die nicht unmittelbar in der Hauptverhandlung abgegeben werden und die für den Beweis des Äußerungsinhalts eingeführt werden sollen.<sup>90</sup> Gestützt wird die Regelung darauf, dass bei Beweisen vom Hörensagen die Glaubwürdigkeit des Zeugen bzw. die Glaubhaftigkeit der Aussage nicht zuverlässig beurteilt werden kann.<sup>91</sup> Die zahlreichen Ausnahmen des Verbots von *hearsay evidence* werden dementsprechend mit der dennoch bestehenden Glaubwürdigkeit eines Zeugen gerechtfertigt.<sup>92</sup>

## 2. Gewichtung der Legitimationsgrundlagen des Strafurteils

Nach der oben formulierten Grundannahme stützt sich die strafrechtliche Verurteilung in einer adversatorisch orientierten Verfahrensstruktur ungleich stärker auf die Prozessverantwortung des Beschuldigten und deutlich reduzierter auf die amtliche Wahrheitsermittlung als in einem stärker inquisitorisch geprägten Verfahren.<sup>93</sup> Dies zeigt sich eindrücklich an der US-amerikanischen Verfahrensstruktur.

---

<sup>87</sup> Für das Bundesstrafverfahren *United States v. Rawlings* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), 522 F.3d 403, 407 f. (2008); *United States v. Richardson* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 233 F.3d 1285, 1288 f. (2000); *United States v. Collins* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 226 F.3d 457, 461 (2000); dazu auch *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 416. Zu den unterschiedlichen einzelstaatlichen Regelungen *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 8 mit Fn. 31 ff.

<sup>88</sup> Siehe oben Teil 2 III. B. 1.

<sup>89</sup> Zur in diesem Zusammenhang ebenfalls zu nennenden, praktisch aber kaum mehr relevanten Unzulässigkeit sekundärer Beweismittel (*best evidence rule*) *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 508 f.

<sup>90</sup> FRE 801 (a) und (c); zu dieser Definition *McCormick*, Evidence, Vol. 2, § 246; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 509.

<sup>91</sup> Zu den Hintergründen der *hearsay*-Regelung eingehend *McCormick*, Evidence, Vol. 2, § 245. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 344 f. – Mit diesem Schutzzweck ist die *hearsay*-Regelung streng von der Garantie der Confrontation Clause zu unterscheiden, die im Strafverfahren für den Beschuldigten einen speziellen, noch weitergehenden Schutz garantiert. Dazu unten III. B. 3. a).

<sup>92</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 2, § 245; *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 21-4; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 519 f. – Beispielhaft als Ausnahmen zu nennen sind Aussagen eines Sterbenden (*dying declaration*, FRE 804 b (2)) oder selbstinkriminierende Aussagen (*declarations against interest*, FRE 804 b (3)).

<sup>93</sup> Siehe oben Teil I II. D. 2.

a) *Amtliche Wahrheitsermittlung durch die Staatsanwaltschaft*

Die strafrechtliche Verurteilung ist im US-amerikanischen Strafverfahren im Vergleich zum Amtsermittlungsverfahren zunächst in deutlich geringerem Maße durch die amtliche Wahrheitsermittlung legitimiert. Anders als in einer inquisitorischen Struktur wird die Aufgabe der amtlichen Wahrheitsermittlung im Hauptverfahren nicht vom Gericht als Untersuchungsorgan wahrgenommen, sondern ist der Staatsanwaltschaft als Verfahrenspartei übertragen. Als solche hat sie im Prozess die klare Aufgabe, die Anklage zu vertreten und dieser entsprechend eine Verurteilung des Beschuldigten zu erreichen. Infolgedessen führt sie nur die belastenden, den Anklagevorwurf stützenden Beweise in die Hauptverhandlung ein.

Dabei ist der Begriff der Prozesspartei allerdings nicht in dem Sinne misszuverstehen, dass die Verhandlungsführung der Staatsanwaltschaft völlig willkürlich allein auf die Verurteilung des Beschuldigten abzielen würde.<sup>94</sup> Vielmehr ist sie als Vertretung der Öffentlichkeit eine objektive, zur Ermittlung des materiell zutreffenden Sachverhalts verpflichtete Partei. In den vielfach zitierten Worten des Supreme Court:

„The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer.“<sup>95</sup>

Diese Stellung als objektive Partei manifestiert sich in einigen verfassungsrechtlich verankerten Pflichten und darüber hinausgehend in einer Reihe standesrechtlicher Regelungen,<sup>96</sup> die das einseitige Agieren der Staatsanwaltschaft im Prozess überformen. Bereits die Entscheidung über eine Anklageerhebung muss die Staatsanwaltschaft auf die objektive Prognose stützen, ob der Beschuldigte anhand zuläs-

---

<sup>94</sup> Dass der Parteistatus nicht an die Parteilichkeit, sondern an die Befugnis, über Prozessstoff und -gegenstand zu verfügen, anknüpft, betont nachdrücklich *Haas*, *Strafbegriff*, S. 37 ff. Dazu bereits oben Teil 2 Fn. 82. Dieser Fehlschluss unterläuft allerdings etwa dem Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, *AE Hauptverhandlung 1985*, S. 7, 68 sowie *Schöch*, in: Schreiber (Hrsg.), *Strafprozess und Reform*, S. 52, 64 f.; kritisch dazu *Herrmann*, *ZStW 100* (1988), 41, 48 ff.

<sup>95</sup> *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935). Zum Einfluss dieser Entscheidung eingehend *Gershman*, 42 *Loy. U. Chi. L.J.* 177 ff. (2010–2011). – Zur Objektivität der Staatsanwaltschaft im US-amerikanischen Verfahren aus dem deutschen Schrifttum *Herrmann*, *Hauptverhandlung*, S. 193 ff.; *ders.*, *ZStW 100* (1988), 41, 49 f.; *ders.*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 133, 153; *Pfeiffer*, *JA 2004*, 754 f.; *Bachmaier Winter*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Vorverfahren*, S. 39, 50 f.; allgemein für das adversatorische Strafverfahrensmodell *Haas*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Vorverfahren*, S. 23, 26.

<sup>96</sup> ABA Standard 3-1.2; der Justice beschreibt in einer Art Generalklausel die Staatsanwaltschaft als „minister of justice“ und ihren Auftrag als „to seek justice within the bounds of the law, not merely to convict“. Ähnlich der Comment zu ABA Model Rule 3.8 (a).

siger Beweise überführt werden kann.<sup>97</sup> Zwar beinhaltet dies keine Pflicht, gezielt Entlastungsbeweise zu erheben. Um aber eine solche Anklageprognose stellen zu können, muss die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt gleichwohl auch in entlastender Hinsicht abwägen und konkreten entlastenden Anhaltspunkten nachgehen. Ihr kommt insoweit eine Funktion als neutraler Aufklärer zu.<sup>98</sup> Dies setzt sich in der verfassungsrechtlich verankerten Verpflichtung fort, die bei Sachaufklärung festgestellten entlastenden Beweismittel der Verteidigung offenzulegen, so dass diese sie nach eigener Abwägung in den Prozess einbringen kann.<sup>99</sup> In den Worten *Herrmanns* gehen auf diese Weise „Aufklärungspflicht und Offenbarungspflicht des Anklägers [...] ineinander über“.<sup>100</sup>

Hat sich die Staatsanwaltschaft auf dieser objektiven Grundlage für eine Anklageerhebung entschieden, betreibt sie das Verfahren zwar ausdrücklich mit dem Ziel einer Verurteilung und mit einem dementsprechend rigorosen Verhandlungsstil.<sup>101</sup> Allerdings bleibt sie auch dabei objektiven Bindungen unterworfen. So darf die Staatsanwaltschaft keine Beweise in das Verfahren einführen bzw. deren Einführung fortsetzen, die sie für falsch hält.<sup>102</sup> Ihr ist auch verwehrt, Beweise zu präsentieren oder Einzelfragen zu stellen, von denen sie weiß, dass sie unzulässig sind.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> Die Anforderungen der einzelnen Regelungen variieren beträchtlich: Nach ABA Model Rule 3.8 (a) muss die Anklage lediglich von einem *probable cause* gestützt sein; so auch bereits *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 686 (1972). Weitergehend verlangen die ABA Standards 3-4.3 (a) und (b), 3-4.6 (a) die vernünftige Prognose, dass die Schuld des Beschuldigten anhand zulässiger Beweismittel *beyond reasonable doubt* festgestellt werden kann; in diesem Sinne auch Sec. 9-27.220 des U.S. Attorneys' Manual. Nach ABA Standard 3-4.3 (d) soll die Staatsanwaltschaft eine Anklage zudem nur erheben, wenn sie von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist. – Näher zu den unterschiedlichen Anforderungen *Gershman*, 14 Geo. J. Legal Ethics 309, 337 ff. (2000–2001); *Mos-teller*, 76 Fordham L. Rev. 1337, 1366 ff. (2007–2008); *Green*, 2003 U. Ill. L. Rev. 1573, 1587 ff. (2003).

<sup>98</sup> *Flowers*, 37 B.C. L. Rev. 923, 934 ff. (1995–1996). Allgemein zum Ermittlungsverfahren in den USA *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171, 181 Fn. 2 (1991): „Our system of justice is, and has always been, an inquisitorial one at the investigatory stage [...]“.

<sup>99</sup> Abgeleitet aus der *due process*-Klausel der Amendments V bzw. XIV. Grundlegend *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963). Eine standesrechtliche Umsetzung findet sich in ABA Model Rule 3.8 (d); ABA Standard 3-5.4.

<sup>100</sup> *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 210 f. – Den Zusammenhang zwischen Offenlegungspflicht und Rolle der Staatsanwaltschaft als objektive Partei, deren Aufgabe es ist, materiell zutreffende Verfahrensergebnisse zu erzielen, wird eindrücklich betont in *Cone v. Bell*, 556 US 449, 469 (2009); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668, 694 und 696 (2004); *Strickler v. Greene*, 527 U.S. 263, 281 (1999); *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 439 (1995); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 675 Fn. 6 (1985); *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 110 f. (1976). – Näher zum Inhalt der Offenlegungspflicht unten III. A. 1. b).

<sup>101</sup> *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 194 f.; *ders.*, ZStW 100 (1988), 41, 49 f.; *ders.*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 154; *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733, 749 f.

<sup>102</sup> Näher dazu unten III. B. 1. b).

<sup>103</sup> Näher dazu unten III. B. 1. b).

Der einzelne Staatsanwalt im Prozess soll auch nicht die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu schwächen versuchen, wenn er die Aussage für glaubhaft hält.<sup>104</sup>

Punktuell trägt überdies das Gericht zur amtlichen Wahrheitsermittlung bei. Wie beschrieben, kann sich der Berufsrichter durchaus aktiv mit Fragen an Zeugen beteiligen. Die Ausschöpfung des Beweismittels soll nicht vollständig den Parteien überlassen bleiben für den Fall, dass diese etwa aufgrund schlechter Vorbereitung oder Unerfahrenheit keine hinreichende Beweispräsentation erzielen können.<sup>105</sup> Das Ermessen des Berufsrichters, selbst Zeugen zu laden, dient ebenso der unterstützenden Wahrheitsermittlung.<sup>106</sup> Auch bei der Verfahrensbeendigung im Wege einer Absprache nimmt das Gericht Funktionen amtlicher Wahrheitssicherung wahr, indem es die tatsächliche Grundlage (*factual basis*) des Anklagevorwurfs zu prüfen hat, bevor es das Schuldbekennnis anerkennen darf.<sup>107</sup>

Insgesamt wird deutlich, dass die amtliche Ermittlung der Sachverhaltsgrundlage des Urteils im US-amerikanischen Verfahren im Vergleich zum Amtsermittlungsverfahren deutlich zurückgefahren ist: Die amtlich ermittelten Beweise, auf die sich das Urteil stützt, sind damit in aller Regel die belastenden, zum Nachweis des Anklagevorwurfs eingeführten Beweise der Staatsanwaltschaft und nicht die Ergebnisse einer umfassenden, neutralen Untersuchung des Gerichts.

#### b) Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten

Im Gegenzug kommt der Beteiligung des Beschuldigten an der Ermittlung des prozessualen Sachverhalts und der daraus resultierenden Prozessverantwortung ein viel höherer Stellenwert für die Legitimation des Strafurteils zu. Wie beschrieben, führt die Staatsanwaltschaft nur die belastenden, die Anklage tragenden Beweise in das Verfahren ein und präsentiert sie mit der Intention, den Beschuldigten zu überführen. Die Einbringung entlastender Tatsachen und Beweise ist demgegenüber dem Beschuldigten vorbehalten. Anders als im deutschen Amtsermittlungsverfahren sind die Beweisführungen des Staates – also des inquisitorischen Gerichts bzw. der Staatsanwaltschaft – und des Beschuldigten also nicht „gedoppelt“.<sup>108</sup> Statt-

<sup>104</sup> ABA Standard 3-6.7 (b).

<sup>105</sup> Vgl. *United States v. Evans* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 994 F.2d 317, 323 (1993); siehe ferner *United States v. Scott* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 26 F.3d 1458, 1464 (1994); *United States v. Stone* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 833 F.2d 595, 597 (1987). Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure § 416.

<sup>106</sup> So ausdrücklich *United States v. Karnes* (United States Court of Appeals, Fourth Cir.), 531 F.2d 214, 216 f. (1976); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 418; *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 8.

<sup>107</sup> Zur Wahrheitssicherungsfunktion des Gerichts durch Überprüfung einer *factual basis* Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 177 f. Dazu eingehend unten III. C. 1. a).

<sup>108</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 2. b).



dessen besteht eine trennscharf abgegrenzte Aufgabenverteilung zwischen den beiden Parteien.

Die Einführung eines – möglicherweise entscheidenden – Entlastungsbeweises oder der Nachweis der Unglaubwürdigkeit von Belastungszeugen ist also allein vom Beschuldigten abhängig. Ein anderer Prozessakteur, der hierfür ebenso verantwortlich wäre, ist nicht vorhanden. Gleiches gilt für den Ausschluss unzulässiger Beweisvorbringen der Staatsanwaltschaft, die der Beschuldigte selbst aufdecken und rügen muss. Versäumnisse des Beschuldigten bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben fallen daher in Form einer ungünstigen oder fehlerhaften Verurteilung allein auf ihn zurück. In den Worten des Supreme Court:

„In an inquisitorial system, the failure to raise a legal error can in part be attributed to the magistrate, and thus to the state itself. In our system, however, the responsibility for failing to raise an issue generally rests with the parties themselves.“<sup>109</sup>

Das US-amerikanische Verfahren stützt sich somit entscheidend auf das (vermutete) Eigeninteresse des Beschuldigten, seine rechtlichen Möglichkeiten, die Anklage zu widerlegen, bestmöglich wahrzunehmen, um am Ende nicht der Leidtragende zu sein. Wie es *Damaška* formuliert, setzt das Verfahren darauf, dass erwachsene Menschen wissen, was für sie am besten ist, und in der Lage sind, ihre eigene Sache angemessen zu führen.<sup>110</sup> Eine auf ein Schuldbekennnis des Beschuldigten gestützte Verurteilung wird dementsprechend zu weiten Teilen damit legitimiert, dass sich ein eigenverantwortlicher und vernünftiger Mensch nicht grundlos schuldig bekennen werde.<sup>111</sup> *Herrmann* bezeichnet die Eigenverantwortung des Beschuldigten daher treffend als kennzeichnendes Prinzip des US-amerikanischen Strafverfahrens.<sup>112</sup>

### c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis stützt sich das Strafurteil im adversatorisch geprägten US-amerikanischen Verfahren also zu weitgehend gleichen Teilen auf die amtliche Ermittlung des zugrunde liegenden Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft und die Beteiligung und Prozessverantwortung des Beschuldigten. Es setzt darauf, dass beide Parteien, ihrem Eigeninteresse folgend, beherzt für ihr jeweiliges Prozessziel eintreten.

<sup>109</sup> *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331, 357 (2006):

<sup>110</sup> *Damaška*, ZStW 87 (1975), 713, 737.

<sup>111</sup> *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 133, 149; *Pfeiffer*, JA 2004, 754, 758.

<sup>112</sup> *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 133, 143 ff. Siehe auch die *concurring opinion* von Justice *Scalia* in *Castro v. United States*, 540 U.S. 375, 385 (2003): „Our adversary system is designed around the premise that the parties know what is best for them, and are responsible for advancing the facts and arguments entitling them to relief.“

Das Produkt, besser: die Summe dieser beiden Faktoren ergibt den prozessualen Sachverhalt, auf den sich das Urteil stützt.<sup>113</sup>

### 3. Strukturimmanente Vorzüge und Defizite

Wie dem Amtsermittlungsverfahren der deutschen StPO können auch dem adversatorischen Verfahren der USA verschiedene systemimmanente Vor- und Nachteile zugeordnet werden.

#### a) Keine systemimmanente Voreingenommenheit des Gerichts

So wie in der deutschen Strajustiz und Strafrechtswissenschaft das Amtsermittlungsverfahren verbreitet als die beste Methode für die Ermittlung des Sachverhalts angesehen wird,<sup>114</sup> gehen auch ihre US-amerikanischen Gegenüber von einer derartigen Überlegenheit des adversatorischen Verfahrens aus. Etwa hat der Supreme Court ausgeführt: „[T]ruth is best discovered by powerful statements on both sides of a question.“<sup>115</sup> Tatsächlich ist ein gewichtiger, bereits im Vorangegangenen teilweise angeklungener<sup>116</sup> Vorteil der adversatorischen Struktur darin zu sehen, dass sich das Problem der systemimmanenten Voreingenommenheit des Entscheidungsorgans von vornherein nicht stellt.<sup>117</sup> Das Gericht ist während des Verfahrens hauptsächlich als neutrale Schlichtungsinstanz tätig und hat nur einen ergänzenden eigenen Untersuchungsauftrag. Dementsprechend muss es sich nicht in die Verfahrensakte einarbeiten, um die Hauptverhandlung zu strukturieren und zu leiten. Aufgrund dessen kommt es auch nicht in die Situation, bereits im Vorfeld eigene Hypothesen zu bilden, die in die Bewertung neuer Tatsachen und Beweise unbewusst einfließen. Vielmehr kann es sich weitgehend unbelastet auf die Argumentation der Parteien einlassen.

#### b) Defizite bei der Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung

Allerdings besteht im US-amerikanischen Verfahren das systemimmanente Risiko, dass wichtige zulässige Beweismittel nicht Eingang in das Verfahren finden.

<sup>113</sup> Vgl. Perron, FS Eser 2015, S. 413, 415.

<sup>114</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 3. a).

<sup>115</sup> *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648, 655 (1984); *Penson v. Ohio*, 488 U.S. 75, 84 (1988).

<sup>116</sup> Siehe oben Teil 3 II. C. 1. b).

<sup>117</sup> *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 818 ff. (1999–2000); vgl. auch *Langbein*, *Comparative criminal procedure*, S. 150 f. Aus der deutschen Strafrechtswissenschaft *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 15 Rn. 7; *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1459; *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), *Hauptverhandlung*, S. 11, 17; *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 756; *Perron*, FS Stürmer, S. 875, 878.

## aa) Grundsätzliche Ausrichtung des adversatorischen Verfahrens auf eine bloß formelle Wahrheit?

Über dieses sogleich zu erörternde Defizit hinausgehend wird adversatorischen Strukturen vor allem in der deutschen Strafrechtswissenschaft noch immer abgesprochen, überhaupt auf die Ermittlung materieller Wahrheit abzielen, so dass zunächst dieser weitergehende Einwand zu erörtern ist. Dieser Auffassung zufolge soll, so wie das inquisitorische Prinzip mit der materiellen Wahrheit gleichgesetzt wird,<sup>118</sup> die Überantwortung der Tatsachengrundlage an Parteien zwingend in der Konstruktion einer bloß „formellen“ Wahrheit resultieren.<sup>119</sup> Als Sachverhalt werde der Verurteilung zugrunde gelegt, was sich allein aus der Beibringung durch die Parteien, aus ihrem Bestreiten bzw. Zugestehen, ja sogar aus ihrem Aushandeln als Wahrheit ergibt, unabhängig davon, ob dies mit der historischen Wirklichkeit übereinstimme.<sup>120</sup> Zur Veranschaulichung wird das US-amerikanische Verfahren, vor allem im Hinblick auf Schuldbekennnis und Verfahrensabsprachen, mit dem deutschen Zivilprozess gleichgesetzt.<sup>121</sup> Anderen Stimmen zufolge zielt das adversatorische Verfahren im Allgemeinen bzw. das US-amerikanische Verfahren im Speziellen auf eine „formalisierte“<sup>122</sup> oder „prozessuale“ bzw. „prozedurale“ Wahrheit<sup>123</sup> ab. Unabhängig davon, ob diese Begriffe deckungsgleich mit dem formellen Wahrheitsbegriff sein sollen, wird damit jedenfalls ebenso zum Ausdruck gebracht, dass es sich im Vergleich zur materiellen Wahrheit, an der das deutsche Strafverfahren orientiert sei, um ein Aliud handeln soll.

Diese Auffassungen sind indes zurückzuweisen. Ihr Fehlschluss zeigt sich besonders anschaulich anhand eben dieser Gleichsetzung mit dem deutschen Zivilverfahren. Denn bei der Staatsanwaltschaft als „(An-)Klägerin“ im adversatorisch organisierten *Strafverfahren* handelt es sich nicht um eine gewöhnliche private Streitpartei.<sup>124</sup> Sie ist vielmehr die Vertretung des Staates, der seiner Aufgabe der

---

<sup>118</sup> Siehe oben Teil I I. B. 1. a) aa) mit Fn. 44.

<sup>119</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 10; *Stamp*, Wahrheit, S. 17, 149 und 208; *Klug*, ZRP 1999, 288, 290; *Dengler*, Richterliche Kontrolle, S. 158; *Lagodny*, FS Jung, S. 499; *Hettinger*, JZ 2011, 292, 293; vgl. auch *Sommer*, Strafverteidigung, Kap. 1 Rn. 56 ff. – Vgl. zu dieser Gleichsetzung *Weflauer*, ZIS 2014, 558, 559 f.

<sup>120</sup> Instruktiv zum Begriff der formellen Wahrheit *Weflauer*, ZIS 2014, 558, 559; *Weichbrodt*, Konsensprinzip, S. 82 ff.

<sup>121</sup> *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 565; *ders.*, StraFo 2015, 177, 179 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 6; *Stamp*, Wahrheit, S. 17.

<sup>122</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 66 ff.; *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 195 ff.; *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 346 ff.

<sup>123</sup> So etwa *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 208 f.; *Heger*, Strafprozessrecht, Rn. 225 f.; BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 99; *Swoboda* in: BMJV, Expertenkommission StPO 2015, Anlage 2, S. 67 f.

<sup>124</sup> In diesem Sinne bereits *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 158; vgl. auch *Mahler*, Konfrontative Befragung, S. 25; für adversatorische Verfahren an sich *Safferling*, Towards an international criminal procedure, S. 221.

Strafverfolgung nachgeht. Dementsprechend ist sie, wie oben für das US-amerikanische Verfahren gezeigt, objektiv, auf die Ermittlung materieller Wahrheit abzielenden Bindungen unterworfen.<sup>125</sup> Bei der (An-)Klageerhebung ist sie an die objektiv zu beurteilende Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung gebunden, weshalb die Entscheidung auf einer weitreichenden Ermittlung in alle Richtungen beruhen muss. Sie muss sich bei ihrer Strafverfolgungstätigkeit stets an dem „wirklichen“ Geschehen orientieren und kann ihrer Tätigkeit gerade nicht einen bloß fiktiven Sachverhalt zugrunde legen. Wie es *Ransiek* ausdrückt, kann die Staatsanwaltschaft kaum „irgendwelche Anschuldigungen [...] fabrizieren“, um einen Fall zu gewinnen.<sup>126</sup> In der Hauptverhandlung unterliegt ihr Prozessieren schließlich, im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Streitpartei, zahlreichen weiteren Beschränkungen wie der Sicherung der Wahrheitsgemäßheit der Aussagen von Zeugen und der Pflicht, nur zulässige Beweise zu verwenden. Auch in diesem Verfahrensstadium darf es ihr nicht darum gehen, um jeden Preis zu obsiegen.

Aufgrund dieser normativen Stellung der Staatsanwaltschaft als objektiv gebundene Partei ist eine „privat(autonome)“<sup>127</sup> Sachverhaltsbildung also gerade nicht möglich. Die Bindungen der Staatsanwaltschaft lassen es nicht zu, über zur freien Disposition stehende Prozessbeiträge einen von der Wirklichkeit völlig losgelösten Sachverhalt auszuhandeln. Vielmehr erfolgt durch den Modus, „wie der Staat als Partei von seiner Beibringungsobliegenheit Gebrauch macht“,<sup>128</sup> eine Anbindung der Sachverhaltsformung an die materielle Wahrheit. Auf diese Weise wird die im Zusammenspiel zweier Parteien entstehende formelle Wahrheit in einem „Grenzfall“ zur materiellen, mit dem wirklichen Geschehen übereinstimmenden Wahrheit.<sup>129</sup>

Auch adversatorische Verfahrensordnungen zielen also auf die Ermittlung materieller Wahrheit ab.<sup>130</sup> Dabei kann es sich freilich nur um den Versuch einer Annäherung handeln, da eine hundertprozentige Ermittlung der historischen Wahrheit, wie schon in Teil 1 festgehalten, an vielerlei Hindernissen scheitert.<sup>131</sup> Daher führt im Übrigen die Beschreibung des US-amerikanischen Wahrheitsverständnisses als

<sup>125</sup> Siehe oben II. B. 2. a).

<sup>126</sup> *Ransiek*, ZIS 2008, 116. Ähnlich *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733, 738; für adversatorische Verfahren an sich *Safferling*, Towards an international criminal procedure, S. 221.

<sup>127</sup> *Trüg/Kerner*, FS Böttcher, S. 191, 195.

<sup>128</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 122. Siehe auch *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 23, 26.

<sup>129</sup> *Haas*, Strafbegriff, S. 122.

<sup>130</sup> Für adversatorische Strafverfahren im allgemeinen *Jung*, JZ 2009, 1129, 1130; *Weigend*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 398 f. (2010–2011); *Stuckenberger*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 46 f.; *Billis*, Die Rolle des Richters, S. 95 ff.; vgl. auch *Weßlau*, ZIS 2014, 558, 562 ff., die allerdings von einem anderen Begriff der materiellen Wahrheit ausgeht; vgl. auch *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, S. 79 ff. Für das US-amerikanische Verfahren im Besonderen *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 637, 657; *Ransiek*, ZIS 2008, 116; *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 158; *Hertel*, ZJS 2010, 198, 206; *Mahler*, Konfrontative Befragung, S. 27.

<sup>131</sup> Siehe oben Teil 1 I. B. 1. b).

„formalisiert“ bzw. „prozedural“<sup>132</sup> von vornherein nicht weiter, da alle Verfahrensordnungen bzw. -strukturen letztlich nur eine prozessual ermittelte, sich vom historischen Geschehen unterscheidende Wahrheit erreichen können.<sup>133</sup> Adversatorische Modelle verfolgen bei der Annäherung an die materielle Wahrheit allein eine andere Methode. Das Verfahren versucht nicht, durch ein inquisitorisches Organ eine umfassende Sachverhaltsermittlung zu erreichen. Vielmehr ist die Schaffung der Tatsachengrundlage den Parteien überantwortet. Mit der Ausstattung einer dieser Parteien mit objektiven Bindungen lässt sich, wie dargestellt, aber auch mit dieser Methode eine Annäherung an die materielle Wahrheit sicherstellen.

Hiervon zu trennen ist freilich die Frage, wie eine Verfahrensordnung in der Praxis dieses normative Leitbild umsetzt. Im Vorgriff zu den unten folgenden Ausführungen<sup>134</sup> soll bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass sich das US-amerikanische Strafverfahren, vor allem was die Praxis des *plea bargaining* betrifft, teilweise erheblich von dem Anspruch entfernt hat, das wahre Geschehen abzubilden. Im Einzelfall liegt den Absprachen vielmehr offen zumindest in Teilen eine Sachverhaltsfiktion zugrunde. Das generalpräventive Potenzial eines Urteilspruchs leidet in diesen Fällen erheblich.<sup>135</sup>

#### bb) Risiko der Unvollständigkeit des Sachverhalts

Auch wenn die Zuschreibung eines formellen Wahrheitsverständnisses also zurückzuweisen ist, kann ein gewisses strukturelles Defizit adversatorischer Strafverfahren, also auch des US-amerikanischen Verfahrens, in Form des Risikos einer unvollständigen Ermittlung des Sachverhalts festgestellt werden.

Wie beschrieben, sind in der adversatorischen Struktur die Parteien für die Beibringung der Tatsachen und Beweise verantwortlich. Dabei stellt sich allerdings das Problem, dass sich manche Beweismittel oder bestimmte Beweistatsachen nicht trennscharf in das prozessuale Interesse der Staatsanwaltschaft oder in das Interesse der Verteidigung einordnen lassen. Beispielsweise können Zeugen sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen offenbaren. Dies kann dazu führen, dass Staatsanwaltschaft und Verteidigung oft übereinstimmend nicht das Risiko eingehen wollen, einen solchen Zeugen für den Prozess zu benennen. Als weiteres Beispiel kann die Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten angeführt werden.<sup>136</sup> Diese ist im US-amerikanischen Strafverfahren als klassische Verteidigungseinrede

---

<sup>132</sup> Siehe oben Fn. 122 und 123.

<sup>133</sup> Diese Begrifflichkeiten daher zu Recht ablehnend *Weßlau*, ZIS 2014, 558, 559.

<sup>134</sup> Siehe unten III. C. 1. b).

<sup>135</sup> Vgl. *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 751 f.; *ders.*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 391 f. (2010–2011) mit Bezug auf die *Alford plea*; siehe auch *ders.*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 172 (2003).

<sup>136</sup> Vgl. *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 171 (2003); *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 49.

(*insanity defense*) ausgestaltet (vgl. FRCP 12.2). Oftmals hat der Beschuldigte verständlicherweise allerdings keinerlei Interesse, sich hierauf zu berufen. Daher kann es im Einzelfall dazu kommen, dass diese Tatsache von den Parteien nicht in den Prozess eingebracht wird. Die Problematik besteht zusammenfassend also darin, dass sich die für das (streitige) Verfahren konstitutiv entgegengesetzten Interessen der beiden Parteien ausnahmsweise neutralisieren können.<sup>137</sup>

Dies könnte beispielsweise dadurch kompensiert werden, dass die jeweiligen Beweiserhebungen, etwa hinsichtlich der Schuldfähigkeit des Beschuldigten, vom Gericht vorgenommen würden. In der US-amerikanischen Praxis nimmt der Berufsrichter seine entsprechenden Mitwirkungsmöglichkeiten allerdings ganz überwiegend nicht wahr. Der Grund dafür liegt hauptsächlich im *jury*-Verfahren. US-amerikanische Richter versuchen in erster Linie, darauf zu achten, dass ihre Prozessführung nicht die Geschworenen in ihrer Urteilsbildung beeinflusst. Im Regelfall enthalten sie sich daher eigener Fragen oder gar Beweiserhebungen.<sup>138</sup> Überdies müsste das Gericht für eigene Beweiserhebungen überhaupt erst Kenntnis von dem entsprechenden Beweismaterial erlangen.

Aufgrund des Zusammenwirkens dieser Umstände kann es im US-amerikanischen Verfahren durchaus dazu kommen, dass wichtige Beweismittel oder Tatumstände nicht in das Verfahren einfließen und das Urteil dementsprechend auf einer signifikant unvollständigen Grundlage ergeht.<sup>139</sup> *Weigend* diagnostiziert, „dass sich [...] aus zwei Halbwahrheiten [nicht] von selbst die ganze Wahrheit herausbildet“.<sup>140</sup> Auch in der US-amerikanischen Wissenschaft wird die Passivität des Berufsrichters im Hinblick auf die Unvollständigkeit des Sachverhalts vereinzelt als Problem wahrgenommen. Um dem zu begegnen, schlägt etwa *Fraser* vor, dem Berufsrichter zumindest das entlastende Beweismaterial, das die Staatsanwaltschaft der Verteidigung gemäß den verfassungsrechtlichen Vorgaben offenlegen muss,<sup>141</sup> zur Verfügung zu stellen.<sup>142</sup>

<sup>137</sup> *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 562 f. spricht von einem „Dilemma zwischen Strategie [der Parteien] und Wahrheitsfindung“. Vgl. *Sward*, 64 Ind. L. J. 301, 312, 317 f. (1988–1989).

<sup>138</sup> *Paulsen*, ZStW 77 (1965), 637, 660; *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 320 ff., 323; *ders.*, ZStW 100 (1988), 41, 51 f.; *ders.*, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, S. 133, 154 f.; *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1465 f.; *Mehren/Murray*, Das Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 296 f.; *Weigend*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 398 Fn. 42 (2010–2011); *Safferling*, Towards an international criminal procedure, S. 371. – Siehe beispielsweise *United States v. Trapnell* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 512 F.2d 10, 12 (1975); *United States v. Adedoyin* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 369 F.3d 337, 343 (2004).

<sup>139</sup> *Eser*, FS Jung, S. 167, 179 f.; *Eser*, FS Tiedemann, S. 1453, 1459 und 1465.

<sup>140</sup> *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 758; ähnlich *ders.*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 159 (2003); *ders.*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 407 (2010–2011).

<sup>141</sup> Dazu bereits oben II. 2. a) sowie eingehend unten III. A. 1. b).

<sup>142</sup> *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 831 ff. (1999–2000). Weitergehend *Pizzi*, Trials without truth, S. 141 f., 222, der nahelegt, dem Gericht eine *investigative file* zur Verfügung zu stellen. Dies bedingt indes wiederum das Risiko der Voreingenommenheit des Richters, kritisch daher *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 833 (1999–2000).

### C. Verfahrensstruktur und zugrunde liegendes Staatsverständnis

Das adversatorische Verfahren wird traditionell als „liberaler“ Strafprozess bezeichnet.<sup>143</sup> Für das ihm zugrunde liegende Staatsverständnis wird insbesondere die Philosophie *Lockes* als prägend angesehen: Dem Staat wird vor allem mit einer misstrauischen Grundhaltung begegnet; staatliche Machtausübung soll auf ein Mindestmaß zurückgedrängt sein und der Staat sich möglichst aus den Angelegenheiten der Bürger heraushalten.<sup>144</sup>

In Ausprägung dieser liberalen Grundhaltung wird der Strafprozess vor allem an dem Ziel ausgerichtet gesehen, den Beschuldigten vor ungerechtfertigter oder gar missbräuchlich eingesetzter staatlicher Strafverfolgung zu schützen.<sup>145</sup> Dazu wird er mit umfassenden Beteiligungsrechten ausgestattet, die es ihm ermöglichen sollen, der Anklage effektiv entgegenzutreten. Die Staatsanwaltschaft als Vertreterin des Staates findet sich auf gleicher Stufe mit diesem „waffengleichen“ Beschuldigten wieder und muss sich mit ihm auf Augenhöhe vor einem neutralen Gericht auseinandersetzen.<sup>146</sup> Darüber hinaus soll sich der Staat möglichst aus der Organisation der Verteidigung heraushalten. Über das Risiko des missbräuchlichen Einsatzes von Strafjustiz hinausgehend wird daher auch die Übernahme von Verteidigungsfunktionen durch den Staat als paternalistische Bevormundung abgelehnt. Stattdessen wird auf die „Selbstbehauptungskraft“<sup>147</sup> des Einzelnen vertraut, der auf Grundlage eigener Fähigkeiten das Gericht von seiner Unschuld überzeugen kann.<sup>148</sup>

Auch im Deutschland des 19. Jahrhunderts genoss das adversatorische System, wie bereits oben erläutert, aufgrund dieses Staatsverständnisses viel Sympathie.<sup>149</sup> Noch heute wird von einigen Stimmen betont, dass nur ein adversatorisches Verfahren mit einem liberalen und demokratischen Staat in Einklang zu bringen ist, wohingegen ein inquisitorisches Verfahren mit einer obrigkeitstaatlichen Staatsausrichtung verbunden sei.<sup>150</sup>

<sup>143</sup> *Tiedemann*, ZRP 1992, 107, 108; *Langer*, 45 Harv. Int'l L. J. 1, 19 (2004) m.w.N.

<sup>144</sup> *Damaška*, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 565 (1972); *Wangerin*, 9 Ohio St. J. on Disp. Resol. 203, 224 (1993–1994); *Grande*, FS Damaška, S. 145, 151 f.

<sup>145</sup> *Grande*, 48 Am. J. Comp. L. 227, 232 (2000); *Damaška*, 121 U. Pa. L. Rev. 506, 564 f. (1972); *Flowers*, 37 B.C. L. Rev., 923, 946 (1995–1996) m.w.N.; *Dengler*, Richterliche Kontrolle, S. 159.

<sup>146</sup> Vgl. *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 157, 159 (2003); *ders.*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 406 (2010–2011).

<sup>147</sup> *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 758 f.

<sup>148</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 1.5 (c) mit Verweis auf *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975): „The adversary system recognizes [...] the inestimable worth of free choices.“

<sup>149</sup> Siehe oben Teil 2 II. C. 1.

<sup>150</sup> Vgl. oben die Nachweise in Teil 2 Fn. 114.

In der US-amerikanischen Literatur werden in neuerer Zeit zudem Parallelen zum marktliberalen Wirtschaftssystem gezogen.<sup>151</sup> Grundannahme beider Ordnungen sei, dass der Einzelne von einem Eigeninteresse und dem Streben nach Verwirklichung des eigenen Vorteils angetrieben werde. Das Strafverfahren sei danach, wie auch das ökonomische Marktgeschehen, als Wettkampf zwischen entgegengesetzten Interessen organisiert, bei dem sich die Streitpartei mit den besseren Argumenten durchsetze, so dass ein gerechtes Urteil zustande komme.<sup>152</sup> So wie die ursprünglich obrigkeitstaatliche Prägung des deutschen Amtsermittlungsverfahrens mit einem sozialstaatlichen Staatsverständnis unterfüttert wird,<sup>153</sup> wird also auch das adversatorische Verfahren in eher wirtschaftspolitische Kategorien zu fassen versucht.

### III. Materielle Beteiligungsrechte des Beschuldigten und daraus resultierende Obliegenheiten

In einem zweiten Schritt sind nunmehr die Beteiligungsrechte des Beschuldigten darzustellen und die daraus erwachsenden Obliegenheiten zu ermitteln. Wie bei der Darstellung des deutschen Verfahrens werden dazu zunächst die Informationsmöglichkeiten des Beschuldigten aufgezeigt (A.). Daran schließt die Beschreibung der Beweisführungsrechte des Beschuldigten im streitigen Verfahren (B.) sowie speziell auch im konsensualen Verfahren (C.) an. Auf dieser Grundlage werden die einzelnen Obliegenheiten, in denen die Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren ausgeformt ist, erarbeitet (D.).

#### A. Informationsrechte zur Vorbereitung von Beweisführungen

Bei den Informationsrechten des Beschuldigten kann, wie auch im deutschen Verfahren, zwischen Zugangsrechten zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden (1.) und der Berechtigung zu eigener Informationsbeschaffung (2.) unterschieden werden.

---

<sup>151</sup> *Wangerin*, 9 Ohio St. J. on Disp. Resol. 203, 224 (1993–1994); *Flowers*, 37 B.C. L. Rev. 923, 939 mit Fn. 109 (1995–1996) m.w.N.

<sup>152</sup> Kritisch *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733, 747: „Mag sein, daß der anglo-amerikanische Glaube an die produktive Potenz des freien Spiels der Kräfte auch hier eine ‚invisible hand‘ am Werke sieht, die aus der Eigensucht der Parteien die Wahrheit hervorbringt.“ Auch *Stuckenberg*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 39, 49 sieht in adversatorischen Strukturen ein Vertrauen auf die „Kräfte des Marktes“.

<sup>153</sup> Siehe oben Teil 2 II. C. 2.



### 1. Zugang zu Informationen der Strafverfolgungsbehörden

Dem Beschuldigten stehen einerseits verschiedene Informationsquellen der Strafverfolgungsbehörden offen. Es können das Akteneinsichtsrecht (a) und die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Offenlegung entlastender Beweise, die sog. „Brady-Regelung“ (b) unterschieden werden. Zudem kann die Durchführung des Anklageüberprüfungsverfahrens (*preliminary hearing*) zu Erkenntnissen führen (c).

#### a) Akteneinsichtsrecht (*discovery and disclosure*)

Der Beschuldigte ist auf Antrag zur Einsicht in bestimmte Teile der Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft berechtigt (*discovery*). Das Akteneinsichtsrecht hat sich in den US-amerikanischen Verfahrensordnungen erst ab Mitte des 20. Jahrhunderts durchgesetzt. Zuvor bestanden, der Tradition des Common-Law-Verfahrens folgend, nur in Ausnahmen Einsichtsrechte. In den 1950er- und 1960er-Jahren nahm indes die Auffassung überhand, dass umfangreichere Akteneinsichtsrechte zu einer Reduzierung taktisch überraschender Schachzüge der beiden Parteien (*trial by surprise*) und damit zu einem faireren Verfahren und einer verbesserten Wahrheitsermittlung beitragen könnten.<sup>154</sup> Noch immer wird das allgemeine Akteneinsichtsrecht aber nicht als verfassungsrechtlich vorgegeben angesehen.<sup>155</sup>

Mit der beschriebenen Zielsetzung lässt sich allerdings genauso begründen, dass umgekehrt auch der Staatsanwaltschaft ein Akteneinsichtsrecht zuzubilligen wäre.<sup>156</sup> Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten korrespondiert dementsprechend in allen Prozessordnungen mit reziproken Offenlegungspflichten gegenüber der Staatsanwaltschaft. Jedenfalls soweit die Akteneinsicht der Staatsanwaltschaft, wie im Bundesstrafverfahren, von der Ausübung des Akteneinsichtsrechts des Beschuldigten abhängig ist, wird darin keine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit aus Amendment V gesehen, da in der Antragstellung des Beschuldigten ein konkludenter Verzicht auf das Selbstbelastungsprivileg zum Ausdruck komme.<sup>157</sup>

Die Reichweite des Akteneinsichtsrechts divergiert stark innerhalb der Prozessordnungen des Bundes und der Einzelstaaten. Die bundesstaatliche Regelung kann im Vergleich zu dem Querschnitt der einzelstaatlichen Prozessordnungen eher als zurückhaltend gelten. Im Gegensatz dazu haben fünf Bundesstaaten eine uneinge-

<sup>154</sup> Zur Entwicklung des Akteneinsichtsrechts siehe *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 251; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.1 (a)–(c); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 330. Aus der Rechtsprechung *Dennis v. United States*, 384 U.S. 855 (1966); *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 81 f. (1970).

<sup>155</sup> *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 559 (1977).

<sup>156</sup> Speziell zu diesem Verständnis des Akteneinsichtsrechts als eine „two-way street“: *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.1 (d).

<sup>157</sup> Siehe *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 260 sowie aus der deutschsprachigen Literatur *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 330, jeweils m.w.N.

schränkte *open file*-Regelung festgeschrieben.<sup>158</sup> Zu dem uneinheitlichen Bild trägt zudem bei, dass der einzelne District Attorney nach seinem Ermessen auch über die gesetzlichen Mindestvorgaben hinaus Einsichtsrechte gewähren kann. Auch einzelne Staatsanwälte gewähren daher ein vollständiges Akteneinsichtsrecht.<sup>159</sup>

Nach der Regelung für das Bundesstrafverfahren in FRCP 16 bezieht sich das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten zunächst auf dokumentierte Einlassungen des Beschuldigten und dessen Vorstrafenregister (FRCP 16 (a) (1) (A)–(D)). Des Weiteren darf in Urkunden, Augenscheinsobjekte und Sachverständigengutachten (FRCP 16 (a) (1) (E) und (F)) eingesehen werden. Dem Prinzip der Gegenseitigkeit folgend bestehen aber auch Einsichtsrechte der Staatsanwaltschaft in die entsprechenden Unterlagen der Verteidigung (FRCP 16 (b) (1)). Für den Fall, dass eine der Parteien ihren Verpflichtungen nicht nachkommt, stellt FRCP 16 (d) (2) (B) ins Ermessen des Gerichts, dies mit dem Ausschluss des betreffenden Beweismittels aus dem Verfahren zu sanktionieren.<sup>160</sup> Des Weiteren regelt FRCP 26.2 Offenlegungspflichten speziell für Protokolle von im Vorfeld der Hauptverhandlung getätigten Zeugenaussagen.<sup>161</sup> Nachdem ein Zeuge in der Hauptverhandlung ausgesagt hat, sind diese Protokolle der jeweiligen Gegenpartei zur Durchführung des Kreuzverhörs auf Antrag zur Verfügung zu stellen. Das Gericht kann gem. FRCP 26.2 (d) auf Antrag eine Verfahrensunterbrechung zur Vorbereitung der Befragung gewähren. In der Praxis einigen sich Staatsanwaltschaft und Verteidigung aber regelmäßig über eine frühere Offenlegung.<sup>162</sup> Zudem regeln einige Einzelstaaten Offenlegungspflichten zu einem früheren Zeitpunkt im Rahmen der regulären Akteneinsicht.<sup>163</sup> Die Verletzung der Pflicht nach FRCP 26.2 kann damit sanktioniert werden, dass die Aussage aus dem Hauptverhandlungsprotokoll zu streichen ist.

Über diese reziproken Einsichtsrechte von Beschuldigtem und Staatsanwaltschaft hinausgehend kennt das US-amerikanische Verfahrensrecht spezifische Regelungen, wonach der Beschuldigte mitzuteilen hat, welche Verteidigungseinreden er in der Hauptverhandlung zu erheben beabsichtigt. Im Gegenzug ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, die Beweise offenzulegen, mit denen sie die jeweilige Verteidigungseinrede zu widerlegen plant (siehe etwa FRCP 12.1 (b), 12.3 (a) (4) (C)). Weil dies hauptsächlich die Rechte des Beschuldigten zur Einführung eigener Beweise betrifft, werden diese Regelungen unten bei diesem Themenkomplex erläutert.<sup>164</sup>

<sup>158</sup> Dies sind Alaska, Florida, Minnesota, New Jersey und North Carolina. Siehe *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 438 f.

<sup>159</sup> *Hollander* u.a., Wharton's criminal procedure, § 12.1 m.w.N. in Fn. 4.

<sup>160</sup> Siehe *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 264.

<sup>161</sup> Zum Ursprung dieser, auf den sog. „Jencks Act“, 18 U.S.C. § 3500 zurückgehenden Regelung *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 189 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 331 f.

<sup>162</sup> *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 209 f.

<sup>163</sup> So beispielsweise N.Y. CPL § 240.45.

<sup>164</sup> Siehe unten III. B. 4. b) dd).

b) *Staatsanwaltschaftliche Verpflichtung zur Offenlegung entlastender Beweise (sog. „Brady-Regelung“)*

Neben dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht besteht, wie bereits oben angesprochen, die einseitige Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten erhobenes Entlastungsmaterial offenzulegen. Benannt nach dem wegweisenden Urteil *Brady v. Maryland* aus dem Jahr 1963,<sup>165</sup> wird diese Pflicht als „Brady-Regelung“, die entsprechenden Beweismittel als „Brady-Material“ bezeichnet. Wie bereits ausgeführt, folgt diese Verpflichtung aus der Rolle der Staatsanwaltschaft als objektive Partei, die dazu verpflichtet ist, materiell zutreffende Prozessergebnisse zu erzielen. Zur eigenhändigen Einführung entlastender Beweise soll die Staatsanwaltschaft nicht gezwungen werden; zugleich soll aber auch gesichert werden, dass die entsprechenden Beweise Eingang in den Prozess finden können. Die im Vorverfahren bestehende Aufklärungspflicht setzt sich somit als Offenlegungspflicht fort.<sup>166</sup> Es besteht daher ein gewichtiger funktioneller Unterschied zu den bereits besprochenen allgemeinen Akteneinsichtsrechten bzw. Offenlegungspflichten.<sup>167</sup>

Welche Offenlegungspflichten bestehen, kann am besten anhand der Verletzung der Vorgaben nach *Brady* erläutert werden. Für die Feststellung eines Verstoßes bestehen drei Voraussetzungen.<sup>168</sup> Zunächst müssen die Beweismittel den Beschuldigten begünstigen. Hierzu zählen neben entlastenden Beweisen und Tatsachen selbst (*exculpatory evidence*) auch Tatsachen, die zur Erschütterung der staatsanwaltlichen Beweisführung beitragen können (*impeachment evidence*).<sup>169</sup> Für eine Verletzung der *Brady*-Regelung müssen solche Beweismittel – zweitens – von der Staatsanwaltschaft zurückgehalten werden. Ob dies vorsätzlich geschieht, spielt keine Rolle;<sup>170</sup> ebenso kommt es nicht auf das Wissen und die Intention des jeweiligen Staatsanwalts der Hauptverhandlung an.<sup>171</sup> Die Offenlegungspflichten nach *Brady* sind dementsprechend auch nicht von einem Antrag des Beschuldigten abhängig.<sup>172</sup> Zeitlich soll die Offenlegung frühestmöglich erfolgen. Ein Verstoß ist

<sup>165</sup> *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963); mit einer Schilderung des zugrunde liegenden Falles *Geisler*, Anklageprinzip, S. 103 f.

<sup>166</sup> Siehe bereits oben Fn. 100 und den dazugehörigen Text.

<sup>167</sup> Dazu *United States v. Beasley* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 576 F.2d 626, 630 (1978): „[...] Brady is not a discovery rule but a rule of fairness and minimum prosecutorial obligation“; *United States v. Higgs* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 713 F.2d 39, 42 (1983).

<sup>168</sup> *Strickler v. Green*, 527 U.S. 263, 281 f. (1999); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668, 691 (2004); dazu eingehend *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 29 ff.

<sup>169</sup> *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 676 (1985); *Strickler v. Green*, 527 U.S. 263, 280 (1999).

<sup>170</sup> *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963); *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150, 153 (1972).

<sup>171</sup> *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 437 f. (1995).

<sup>172</sup> Vgl. *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 106 f. (1976); *Strickler v. Green*, 527 U.S. 263, 280 (1999); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668, 695 f. (2004); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 256 mit Fn. 39.

aber erst gegeben, wenn die Verteidigung das Beweismaterial nicht mehr sinnvoll in der Hauptverhandlung nutzen kann.<sup>173</sup> Es ist auch nicht verfassungsrechtlich gefordert, *Brady*-Material vor Abschluss einer Verfahrensabsprache offenzulegen.<sup>174</sup> Ein Verfassungsverstoß liegt drittens nur vor, wenn es sich um entscheidungserhebliche Beweise (*material evidence*) handelt. Dies ist laut Rechtsprechung der Fall, wenn nach vernünftigen Ermessen die Wahrscheinlichkeit (*reasonable probability*) besteht, dass sie das Verfahrensergebnis verändert hätten.<sup>175</sup> Sind diese drei Voraussetzungen gegeben, wird die Verurteilung dennoch nicht aufgehoben, wenn es dem Beschuldigten mit der notwendigen Sorgfalt möglich gewesen wäre, selbst an das entlastende Beweismaterial zu gelangen.<sup>176</sup> Zutreffend bezeichnet *Trüg* dies als „Verschulden gegen sich selbst“;<sup>177</sup> aus Perspektive des Rechtsmittelverfahrens könnte auch von einer „informellen Präklusion“ gesprochen werden.

Orientiert an Rule 3.8 (d) der ABA Model Rules of Professional Conduct haben viele Bundesstaaten in ihren standesrechtlichen Vorschriften Offenlegungspflichten der Staatsanwaltschaft geregelt, die auch die *Brady*-Regelung beinhalten.<sup>178</sup> Vielfach beschränken sich die Offenlegungspflichten dabei nicht auf entscheidungserhebliche Beweise.<sup>179</sup>

---

<sup>173</sup> *Nassar v. Sissel* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 792 F.2d 119, 121 (1986); aus der neueren Rechtsprechung *United States v. Todd* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 424 F.3d 525, 534 (2005); *U.S. v. Almendares* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 397 F.3d 653, 664 (2005).

<sup>174</sup> *U.S. v. Ruiz*, 536 U.S. 622, 629 (2002): Die Staatsanwaltschaft hat keine Pflicht zur Offenlegung von Beweisen für ein *impeachment* (dazu unten III. B. 3. b)) vor Abgabe eines Schuldbekennnisses; *U.S. v. Conroy* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 567 F.3d 174, 179 (2009): generell keine derartige Pflicht, nicht nur im Hinblick auf Beweise für ein *impeachment*. Insgesamt offengelassen in *Robertson v. Lucas* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 753 F.3d 606, 621–622 (2014). – Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 256; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Pfeiffer*, JA 2004, 754, 758 ff.

<sup>175</sup> *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 678 ff. (1985); *Strickler v. Green*, 527 U.S. 263, 280 (1999); anders noch *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 111 ff. (1976): Die zurückgehaltenen Informationen müssen vernünftige Zweifel wecken, die vorher nicht bestanden. Zu dieser Entwicklung *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 256; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Geisler*, Anklageprinzip, S. 109 ff.; *Pfeiffer*, JA 2004, 754, 756 ff. Zur Frage, ob hierunter auch unzulässiges Beweismaterial fällt, *Noisi*, 83 Fordham L. Rev. 1499 (2014–2015).

<sup>176</sup> Siehe etwa *United States v. Ladoucer* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 573 F.3d 628, 636 (2009) sowie jeweils mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 256 Fn. 13 und *Geisler*, Anklageprinzip, S. 115 f.

<sup>177</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 340 f.

<sup>178</sup> Siehe die Auflistung bei *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 351 Fn. 6.

<sup>179</sup> Siehe ABA Standing Committee on Ethics and Professional Conduct, Formal Opinion 09-454, S. 3 und 5 (2009); dazu aus der Literatur *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 352; *Noisi*, 83 Fordham L. Rev. 1499, 1514 f. (2014–2015).

c) Durchführung des Anklageüberprüfungsverfahrens (*preliminary hearing*)

Schließlich kann auch das Anklageprüfungsverfahren des *preliminary hearing* (FRCP 5.1) als Informationsquelle genutzt werden. Hauptsächlich dient es der Prüfung, ob sich die Anklage auf einen ausreichenden Verdacht (*probable cause*) stützt. Hierzu muss die Staatsanwaltschaft vor einem Richter in Anwesenheit des Beschuldigten einen gewissen Teil ihrer Beweise vorführen, wobei Zeugen auch von der Verteidigung befragt werden können (FRCP 5.1 (e)). Der Beschuldigte lernt auf diese Weise als „Nebeneffekt“ also in gewissem Umfang die Beweismittel der Gegenseite kennen.<sup>180</sup>

Die Entscheidung, ob das *preliminary hearing* als Informationsquelle genutzt werden soll, ist von vielfältigen taktischen Überlegungen abhängig. Zunächst muss entschieden werden, ob nicht stattdessen eine Zurückweisung der Anklage erreicht werden soll. Beide Ziele schließen sich zumeist aus, da die Beweisführung zum Ziel der Klageabweisung darauf gerichtet sein muss, die Beweise der Staatsanwaltschaft möglichst klein zu halten.<sup>181</sup> Des Weiteren hängt der Nutzen des *preliminary hearing* als Informationsquelle davon ab, wie weit die jeweiligen Regelungen zum Akteneinsichtsrecht reichen. Von besonderer Bedeutung ist auch, wie viele Beweise die Staatsanwaltschaft im Einzelfall vorführt bzw. vorführen muss. Regelmäßig wird sie versuchen, mit möglichst wenigen Beweisen auszukommen, um ihre Prozessstrategie nicht zu entblößen.<sup>182</sup> Weil in den meisten Verfahrensordnungen wie in FRE 1101 die strengen Beweisregeln der Hauptverhandlung im *preliminary hearing* nicht gelten,<sup>183</sup> kann sich die Staatsanwaltschaft zur Darlegung der *probable cause* theoretisch auch ganz auf *hearsay evidence* beschränken, etwa in Form der Vernehmung des leitenden Ermittlungsbeamten der Polizei.<sup>184</sup> Überdies kann die Befragung von Belastungszeugen im Wege des Kreuzverhörs teilweise stark begrenzt werden.<sup>185</sup> Schließlich muss die Verteidigung darauf achten, bei der Zeugenbefragung nicht ihre Verteidigungsstrategie preiszugeben.<sup>186</sup> Oftmals verzichtet die Verteidigung aus diesen Gründen ganz auf das *preliminary hearing*.<sup>187</sup>

Das alternativ oder kumulativ<sup>188</sup> zum *preliminary hearing* stattfindende Anklageüberprüfungsverfahren, der *grand jury review*, verfassungsrechtlich in Amendment V

<sup>180</sup> *Hollander* u.a., Wharton's criminal procedure, § 8.3 m.w.N. in Fn. 5.

<sup>181</sup> *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 3.18.

<sup>182</sup> *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 3.18; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 41.

<sup>183</sup> Dazu eingehend *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 14.4 (b).

<sup>184</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 14.1 (b); *Schnabl*, O. J. Simpson, S. 73.

<sup>185</sup> *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 501 Fn. 55 mit Verweis auf die Regelung in Kalifornien, Cal. Penal Code § 866.

<sup>186</sup> *Frase*, 3 Buff. Crim. L. Rev., 785, 811 (1999–2000).

<sup>187</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 425 f.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 42.

<sup>188</sup> Zum Verhältnis zwischen *preliminary hearing* und *grand jury review* *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 14.2 (a) und (b); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 45 f.

garantiert, kann demgegenüber nicht als Informationsquelle genutzt werden, da es in Abwesenheit der Verteidigung und unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet (vgl. FRCP 6).<sup>189</sup> Lediglich im Wege der normalen Akteneinsicht kann der Beschuldigte in eingeschränktem Maße Beweismittel aus dem *grand jury*-Verfahren erhalten.<sup>190</sup> Auch zur Teilnahme an staatsanwaltschaftlichen Untersuchungshandlungen, wie etwa Zeugenbefragungen, ist der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger nicht berechtigt,<sup>191</sup> so dass darin keine Informationsmöglichkeiten des Beschuldigten begründet sind.

## 2. Informationsverschaffung durch eigene Ermittlungen

Bereits aus diesem eingeschränkten Zugang zu staatsanwaltschaftlichen Informationsquellen ergibt sich, dass der eigenen Informationsverschaffung ein ungleich höherer Stellenwert als im deutschen Verfahren zukommt.<sup>192</sup>

Dass der Beschuldigte das Recht hat, selbst Ermittlungshandlungen vorzunehmen, etwa selbst Zeugen ausfindig zu machen und zu befragen, steht im US-amerikanischen Verfahrensrecht außer Frage.<sup>193</sup> Die Ermittlungstätigkeit wird ganz überwiegend vom Verteidiger für den Beschuldigten wahrgenommen, der wiederum häufig einen privaten Ermittler beauftragt. Die damit verbundenen rechtlichen Fragestellungen werden in der Rechtsprechung und der Strafprozessrechtsliteratur daher hauptsächlich unter dem Topos der Verteidigeraufgaben bzw. deren Nichterfüllung diskutiert.<sup>194</sup> Neben der möglichst umfassenden Informationsverschaffung zielen die eigenen Ermittlungshandlungen angesichts dessen, dass der Beschuldigte grundsätzlich für die Einführung von Entlastungsbeweisen selbst zuständig ist, auch auf die Beschaffung und möglichst die Sicherung von Beweismaterial ab. Gegenstand eigener Ermittlungen sind im Einzelnen also Zeugenbefragungen, insbesondere auch des Geschädigten oder der ermittelnden Polizeikräfte, die Einholung von Informationen über einzelne Zeugen, das Verschaffen von Dokumenten oder Augenscheinsobjekten, das Inauftraggeben von Sachverständigengutachten oder gar die Durchführung von Observierungen.<sup>195</sup>

Die Staatsanwaltschaft darf Ermittlungshandlungen der Verteidigung nicht sabotieren oder sonst behindern.<sup>196</sup> Über das bloße Gewährenlassen hinausgehende

<sup>189</sup> Zum *grand jury*-Verfahren aus dem deutschsprachigen Schrifttum Schmid, Strafverfahren, S. 54 ff.; Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 42 ff.; Dengler, Richterliche Kontrolle, S. 205 ff.

<sup>190</sup> Cary/Singer/Latcovich, Federal criminal discovery, S. 292 f.

<sup>191</sup> *United States v. Ash*, 413 U.S. 300 (1973).

<sup>192</sup> Vgl. Perron, Beweisantragsrecht, S. 413.

<sup>193</sup> Vgl. McCormick, Evidence, Vol. 1, § 3.

<sup>194</sup> Siehe unten IV B. 2. b) und IV B. 3. b) aa).

<sup>195</sup> Vgl. Perron, Beweisantragsrecht, S. 414 m.w.N.; Thaman, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 536.

<sup>196</sup> ABA Standard 3-3.1 (d). Siehe auch McCormick, Evidence, Vol. 1, § 3 mit Fn. 3.

staatliche Unterstützung erhält die Verteidigung bei ihrer Ermittlung nur ganz eingeschränkt. Für Urkunden, Datenträger und Augenscheinsobjekte besteht die Möglichkeit, die Herausgabe durch Dritte auf gerichtliche Anordnung (*subpoena duces tecum*) zu erwirken (FRCP 17 (c)).<sup>197</sup> Die *subpoena duces tecum* dient indes nach ihrer ursprünglichen gesetzlichen Konzeption nicht der Informationsverschaffung im Vorverfahren.<sup>198</sup> Daher muss für eine Herausgabe vor der Hauptverhandlung ein überzeugender Grund dargelegt werden.<sup>199</sup> Für Zeugen wird eine vollstreckbare Vorladung ausschließlich für die Hauptverhandlung, das *preliminary hearing* oder Voranhörungen gewährt (FRCP 17 (a)), nicht aber für die Befragung im Vorverfahren.<sup>200</sup> In Bezug auf Zeugen ist die *subpoena* also kein originäres Instrument zur Informationsverschaffung.<sup>201</sup>

Für die Befragung potenzieller Zeugen kann aber das Beweissicherungsverfahren (*deposition*) eine gewisse Hilfestellung bieten. Nach FRCP 15 können Zeugen auf Antrag von Staatsanwaltschaft und Verteidigung vom Gericht zum Erscheinen vor einer zur Abnahme von Eiden befugten Stelle verpflichtet werden, um sich – unter Mitwirkung der jeweiligen Gegenseite und ggf. auch audiovisueller Protokollierung – befragen zu lassen.<sup>202</sup> Im Bundesstrafverfahren und in den meisten Einzelstaaten wird die *deposition* allerdings nur als Instrument der Beweissicherung eingesetzt (vgl. FRCP 15 (a)). Der Antragsteller muss daher begründen, warum das Risiko besteht, dass der Zeuge im Hauptverfahren für eine Aussage nicht mehr erreichbar sein könnte.<sup>203</sup> Nur in einer Minderheit von Staaten steht die *deposition* dem Beschuldigten als reguläres Instrument zur Informationsverschaffung zur Verfügung.<sup>204</sup>

Insgesamt kann die Verteidigung in den meisten Verfahrensordnungen potenzielle Zeugen also nicht verpflichten, sich befragen zu lassen. Der Beschuldigte ist, neben der Kooperation der Zeugen, vor allem auf das Geschick seines Verteidigers bzw. des privaten Ermittlers angewiesen.<sup>205</sup>

---

<sup>197</sup> Zu dieser Funktion von FRCP 17 (c) *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 698 (1974); *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 7–8.

<sup>198</sup> *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 217.

<sup>199</sup> *United States v. Iozia* (United States District Court S. D. New York), 13 F.R.D. 335, 338 (1952); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 699 (1974); umfassend *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 275; *Cary/Singer/Latcovich*, Federal criminal discovery, S. 218 f., 244 f.

<sup>200</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 272 mit Fn. 5.

<sup>201</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 272 mit Fn. 7.

<sup>202</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.2 (e); *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 419.

<sup>203</sup> Verwirklicht sich dieses Risiko, könnte das Vernehmungsprotokoll, in Ausnahme der *hearsay*-Regelung (siehe unten III. B. 1.), gem. FRCP 15 (f) i.V.m. FRE 804 (b) (1) als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

<sup>204</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.2 (e) mit Fn. 82; *Frase*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 811 (1999–2000).

<sup>205</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 417 f.; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 536.

## B. Beweisführungsrechte des Beschuldigten im streitigen Verfahren

Aufbauend auf diese Informationsrechte steht dem Beschuldigten eine Reihe von Beweisführungsrechten im streitigen Verfahren zur Verfügung. Die Darstellung erfolgt anhand der in Teil 1 gebildeten funktionalen Fallgruppen.<sup>206</sup> Wie die deutsche Amtsermittlungsstruktur modifiziert auch das adversatorische Verfahren die dort gebildeten Kategorien. Die Beanstandung unzulässiger Beweisführungen richtet sich klar gegen die auf Verurteilung abzielende *Beweisführung der Staatsanwaltschaft* (2.). Die Mitgestaltungsmöglichkeiten der staatlichen Beweisführung wiederum stellen sich als *inhaltliche Überprüfung bzw. Erschütterung der von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Belastungsbeweise* dar (3.). Die Einführung eigener Beweise schließlich ist als Möglichkeit ausgeformt, der *Anklage einen eigenen alternativen Geschehensablauf entgegenzusetzen* (4.). Die Beweisführungsrechte des Beschuldigten sind ihrem Zweck nach somit klar zweigeteilt: Zum einen wird dem Beschuldigten ermöglicht, der Beweisführung der Staatsanwaltschaft entgegenzutreten; andererseits ist er mit Möglichkeiten ausgestattet, der staatsanwaltlichen Beweisführung einen eigenen *case* als Alternative entgegenzusetzen.

Aufgrund der Strukturprinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit sind die Beweisführungsrechte ausschließlich auf Ebene der Hauptverhandlung angesiedelt. Das Ermittlungsverfahren enthält, mit Ausnahme des soeben geschilderten Beweissicherungsverfahrens, keinen Vorgriff auf die Bildung des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts. Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass die Ausübung einzelner Beweisführungsrechte vor dem Beginn der Hauptverhandlung (*pretrial*) erfolgen muss, wie beispielsweise die Geltendmachung von Beweisverwertungsverboten. Es handelt sich dabei lediglich um eine zeitliche Vorverlagerung einzelner Entscheidungen über Verfahrensfragen aus praktischen bzw. verfahrensökonomischen Gründen.<sup>207</sup>

Des Weiteren soll nachfolgend das Strafzumessungsverfahren (*sentencing*) ohne Berücksichtigung bleiben. Denn mit Ausnahme der im Raum stehenden Verhängung der Todesstrafe hat der Beschuldigte in diesem Verfahrensabschnitt keinen Anspruch, mit seinen Beweisvorbringen gehört zu werden; die Durchführung einer Beweisaufnahme steht vielmehr im Ermessen des – insoweit grundsätzlich inquisitorisch tätigen – Richters.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Siehe oben Teil 1 II. B.

<sup>207</sup> Siehe unten III. 3. a) aa).

<sup>208</sup> Grundlegend *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, 244 ff. (1949); dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 26.4 (a). Aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 401 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 58. – Zu Verfahren mit möglicher Todesstrafe *Singer*, Criminal Procedure II, S. 320 ff. mit Verweis auf *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978); *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 112 ff. (1982); *Skipper v. South Carolina*, 476 U.S. 1, 4 ff. (1986).



### 1. Ausgangspunkt: Die staatsanwaltschaftliche Beweisführung

Vor der Darstellung der Beweisführungsrechte des Beschuldigten soll zunächst wiederum<sup>209</sup> auf ihren Bezugspunkt, die staatliche Beweisführung, eingegangen werden. Diese wird weit überwiegend durch die Überführungsbemühungen der Staatsanwaltschaft erbracht. Zwar sind, wie erläutert, auch dem Gericht einzelne Beweiserhebungen gestattet.<sup>210</sup> Weil es diese aber, wie bereits oben geschildert,<sup>211</sup> sehr selten wahrnimmt, sollen sie im Folgenden von der Betrachtung ausgenommen werden.

#### a) Gegenstand der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung

Ziel der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung ist, den Beschuldigten entsprechend der Anklage zu überführen, so dass keine vernünftigen Zweifel mehr verbleiben (*proof beyond reasonable doubt*). Diese Schwelle wird verfassungsrechtlich aus der Due Process Clause des Amendment V bzw. XIV abgeleitet.<sup>212</sup> Welche Beweise die Staatsanwaltschaft zur Erreichung der Beweisschwelle einführt, unterliegt grundsätzlich ihrem Ermessen. Sie kann die Vorführung des Beweismaterials etwa an prozessökonomischen Erwägungen ausrichten, muss also nicht alle in der Anklageschrift genannten oder sonst verfügbaren Zeugen aufrufen.<sup>213</sup>

Eine Pflicht zur Einführung entlastender Beweise kommt der Staatsanwaltschaft nicht zu.<sup>214</sup> Wie bereits oben angesprochen, ist sie aber verfassungsrechtlich aus der Due Process Clause der Amendments V und XIV verpflichtet, dem Beschuldigten bei der Aufklärung des Tatverdachts im Vorverfahren erhobene Entlastungsbeweise offenzulegen, damit dieser sie ggf. in das Verfahren einführen kann.<sup>215</sup>

Materiell-rechtliche Bezugspunkte sind laut Supreme Court die strafbegründenden Elemente des angeklagten Straftatbestands (*every fact necessary to constitute the crime*).<sup>216</sup> Diese – eher unklare<sup>217</sup> – Definition umfasst zunächst die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale. Auch für *defenses*, in Anlehnung an zivilrechtliche

<sup>209</sup> Siehe zur entsprechenden Vorgehensweise bei Bearbeitung des deutschen Verfahrens oben Teil 2 III. B. 1.

<sup>210</sup> Siehe oben II. B. 1.

<sup>211</sup> Siehe oben II. B. 3. b) bb).

<sup>212</sup> In re Winship, 397 U.S. 358, 361 ff. (1970).

<sup>213</sup> Herrmann, Hauptverhandlung, S. 215 ff. m.w.N.

<sup>214</sup> Ausdrücklich *Commonwealth v. Sacco* (Supreme Court of Massachusetts), 156 N.E. 57, 61 (1927); *Cenedella v. United States* (United States Court of Appeals, First Cir.), 224 F.2d 778, 783 (1955).

<sup>215</sup> Siehe oben III. A. 1. b).

<sup>216</sup> In re Winship, 397 U.S. 358, 364 (1970).

<sup>217</sup> Vgl. *Stuckenber*g, Unschuldsumutung, S. 329; *Stauder*, Defenses, S. 61.

Terminologie als „Verteidigungseinreden“ zu verstehen,<sup>218</sup> liegt die Beweislast im Ausgangspunkt bei der Staatsanwaltschaft. Allerdings ist hier zu differenzieren. Legt der Beschuldigte das Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmals dar, wie etwa durch Einführung eines Alibis, obliegt es der Staatsanwaltschaft, dadurch aufgetretene Zweifel wieder zu zerstreuen.<sup>219</sup> Etwas anderes kann allerdings für Verteidigungseinreden gelten, mit denen der Beschuldigte die Tatbestandsverwirklichung grundsätzlich nicht bestreitet, sondern zusätzliche, zur Straflosigkeit führende Umstände ins Feld führt. Neben Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründen kann dies auch Umstände betreffen, die nach dem deutschen Verständnis eher als (dann: negative) objektive oder subjektive Tatbestandsmerkmale gelten würden. Für das Vorliegen solcher Merkmale kann dem Beschuldigten über eine bloße Last der schlüssigen Darlegung hinausgehend eine bestimmte Beweislast auferlegt werden (*affirmative defenses*).<sup>220</sup> Es kann sogar zulässig sein, ein Tatbestandsmerkmal durch Gesetzesänderung in eine *affirmative defense* umzuwandeln.<sup>221</sup> Allerdings ist die Beweisschwelle in diesen Fällen deutlich geringer als der Standard *beyond reasonable doubt*.<sup>222</sup>

#### b) Grenzen der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung

Bereits oben wurde erläutert, dass die Staatsanwaltschaft als objektive Partei eine Reihe besonderer Vorgaben bei ihrer Beweisführung zu beachten hat.<sup>223</sup> Es ist ihr danach verboten, wissentlich unwahre Tatsachen in den Prozess einzuführen oder

<sup>218</sup> *Etzel*, Notstand, S. 61. Ähnlich *Dubber*, Einführung, S. 139, der von „Verteidigungsmöglichkeiten“ spricht.

<sup>219</sup> Zur Alibi-*defense* *United States v. Simon* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 995 F.2d 1236, 1243 (1993); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 403 mit Fn. 57.

<sup>220</sup> Das Strafverfahrensrecht von New York definiert *affirmative defenses* ausdrücklich anhand dieser Beweislastverteilung, N.Y. Penal Law § 25.00. Dazu *Stauder*, Defenses, S. 57 ff. – Der Begriff der *affirmative defense* wird teilweise aber auch materiell-rechtlich als diejenigen Verteidigungseinreden definiert, die nicht das Vorliegen des Tatbestands als solches bestreiten. So *Lee/Harris*, Criminal law, Introduction to Chapter 10; *Dubber*, Einführung, S. 140; *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 34.1.

<sup>221</sup> Siehe dazu *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 210 f. (1977) für das Merkmal einer besonderen emotionalen Notlage, die den Tatbestand des Mordes zum Totschlag wandeln würde. Nicht möglich ist es aber, das Merkmal eines (noch) gültigen Common-Law-Tatbestands einfach umzudefinieren, *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975).

<sup>222</sup> Beispielsweise muss der Beschuldigte im Bundesstrafverfahren den Schuldausschließungsgrund der Unzurechnungsfähigkeit (*insanity defense*) gem. 18 U.S.C. § 17 (b) mit „deutlichen und überzeugenden Beweisen“ (*clear and convincing evidence*) nachweisen; in einigen Einzelstaaten gilt der Standard eines „Übergewichts an Beweisen“ (*preponderance of the evidence*), so etwa in N.Y. Penal Law § 25.00 (2). Zur Ausnahme einer Schwelle *beyond reasonable doubt*: *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 796 ff. (1952).

<sup>223</sup> Siehe oben II. B. 2. a).

erkannte Falschaussagen von Belastungszeugen zuzulassen.<sup>224</sup> Dies gilt auch, wenn die Staatsanwaltschaft erst nachträglich davon Kenntnis erhält.<sup>225</sup> Des Weiteren darf sie keine Beweise in den Prozess einführen, die sie für unzulässig hält.<sup>226</sup> Zeitlich umfasst dies auch die Bezugnahme auf Beweise im Eröffnungs- und im Schlussvortrag.<sup>227</sup> Während des Prozesses hat sich die Staatsanwaltschaft unzulässiger prozessualer Erklärungen zu enthalten, wie etwa einer negativen Bewertung der Aussageverweigerung des Beschuldigten im Verfahren.<sup>228</sup> Bestehen Zweifel über die Zulässigkeit von Beweisen, soll die Staatsanwaltschaft im Vorfeld der Hauptverhandlung die Meinung des Gerichts ohne Anwesenheit der Geschworenen einholen.<sup>229</sup> Solange die Frage der Zulässigkeit nicht geklärt ist, muss sie von der Thematisierung solcher Beweise Abstand nehmen.<sup>230</sup>

## 2. Beanstandung der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung

Zunächst kann der Beschuldigte die Beweisführung der Staatsanwaltschaft als rechtsfehlerhaft beanstanden.

### a) Beanstandung unzulässiger Beweisführungen

Der Beschuldigte kann zum einen einzelne Beweisführungen der Staatsanwaltschaft als unzulässig beanstanden. Wie zuvor bereits an unterschiedlichen Stellen

---

<sup>224</sup> Verfassungsrechtlich gründet dieses Verbot in der *due process*-Klausel der Amendments V bzw. XIV, *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 103 (1935); *Alcorta v. Texas*, 355 U.S. 28 (1957); *Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264, 269 (1959). Das Verbot gilt nach *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972) auch, wenn nur ein Staatsanwalt innerhalb der Behörde von der Falschheit der Aussage weiß. Standesrechtlich finden sich die entsprechenden Pflichten in ABA Standard 3-6.6 (a) und (c). Näher *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 11-2 (b) (1) m.w.N.

<sup>225</sup> *Napue v. Illinois*, 360 U.S. 264, 269 (1959); *United States v. Glover* (United States Court of Appeals, Second Cir.), 588 F.2d 876 (1978). Siehe aus dem Standesrecht ABA Standard 3-6.6 (c).

<sup>226</sup> Aus der Rechtsprechung *United States v. Schindler*, 614 F.2d 227, 228 (1980); *United States v. Ince* (United States Court of Appeals, Fourth Cir.), 21 F.3d 576, 582 (1994); *United States v. Eason* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 920 F.2d 731, 738 (1990); aus der Literatur *Henning*, 77 Wash. U. L. Q. 713, 728 (1999). Siehe aus dem Standesrecht ABA Model Rules 3.4 (c), (e) und 3.5 (a); ausdrücklich geregelt zudem in ABA Standard 3-6.6 (d).

<sup>227</sup> *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 11-2 (a) (1) m.w.N. Siehe aus dem Standesrecht ABA Standard 3-6.5 (b); dazu *Bowman*, 49 Ga. L. Rev. 309, 323 mit Fn. 57 (2014–2015).

<sup>228</sup> *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965). Siehe aus dem Standesrecht ABA Standard 3-6.6 (d).

<sup>229</sup> Siehe ABA Standard 3-6.5 (d).

<sup>230</sup> *United States v. Hernandez* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 779 F.2d 456, 459 (1985); *United States v. Adams* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 74 F.3d 1093, 1097 (1996); näher *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 11-2 (a).

der Arbeit gezeigt, bietet das komplexe US-amerikanische Beweisrecht eine Reihe von Anknüpfungspunkten für entsprechende Rügen. Zu denken ist etwa an die Fülle von Beweisverwertungsverböten,<sup>231</sup> den Ausschluss an sich zulässiger Beweise zur Verhinderung einer unlauteren Beeinflussung der *jury*,<sup>232</sup> die Einführung unwahrer Tatsachen oder Beweise oder die Präklusion von Beweisen als Sanktionierung der Verletzung von Offenlegungspflichten.<sup>233</sup>

#### aa) Beanstandungsrechte in bzw. vor der Hauptverhandlung

Der Beschuldigte kann einzelne Beweisführungen der Staatsanwaltschaft wie auch ausnahmsweise vom Gericht vorgenommene Beweisführungen als unzulässig beanstanden. Hierfür muss er das Gericht anrufen. Nach Art der in Rede stehenden Rechtsverletzung bestehen unterschiedliche zeitliche Vorgaben.

Unzulässige Beweisvorführungen der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung werden mittels Einspruch (*objection*) beanstandet. Bereits aus taktischen Gründen erfolgt eine *objection* im Regelfall so zeitig, dass der unzulässige Beweis möglichst nicht Eingang in das Verfahren findet.<sup>234</sup> Richtet die Staatsanwaltschaft an eine Beweisperson eine unzulässige Frage, etwa indem sie auf Einführung eines die *jury* unzulässig beeinflussenden Beweises abzielt, wird die Verteidigung den Einspruch also sofort im Anschluss an die Frage erheben. Ließ die Fragestellung nicht erkennen, dass die Antwort des Zeugen einen unzulässigen Gegenstand betreffen werde, kann sich die Beanstandung darauf beziehen, die Antwort aus dem Protokoll zu streichen (*motion to strike*).<sup>235</sup>

Die Entscheidung, einen Einspruch in der Hauptverhandlung zu erheben, hängt in hohem Maße von taktischen Erwägungen ab.<sup>236</sup> Es ist daher nicht unüblich, dass eine Partei trotz eines rechtlich validen Beanstandungsgrunds davon Abstand nimmt. Allem voran steht zu besorgen, dass die Geschworenen den Umstand, dass ein Beweis von ihr ferngehalten wird, als Behinderung der Wahrheitsermittlung auffassen. Es wird daher empfohlen, die Gründe für den Einspruch gerade auch *für die Geschworenen* zu erläutern.<sup>237</sup> Zudem besteht die Gefahr, dass diese einem Beweis umso genauere Aufmerksamkeit schenken, wenn ein Einspruch abgewiesen wird. Bei der Beanstandung von Beweisführungshandlungen des Gerichts kann sich die Verteidigung überdies die besondere Missgunst der *jury* einhandeln. Daher

<sup>231</sup> Siehe oben I. B. 3.

<sup>232</sup> Siehe oben I. B. 1.

<sup>233</sup> Siehe oben III. A. 1. a).

<sup>234</sup> *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 11.04.

<sup>235</sup> Dazu *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52; *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 11.04.

<sup>236</sup> Dazu eingehend *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52.

<sup>237</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52.

sieht das Beweisrecht des Bundes die Möglichkeit vor, mit dem Einspruch bis zum Zeitpunkt der nächsten Abwesenheit der *jury* abzuwarten.<sup>238</sup> Für den Beschuldigten gilt es bei unzulässigen gerichtlichen Beweisführungen also, den Schaden eines einmal in den Prozess eingeführten, aber aus dem Verhandlungsinhalt „gestrichenen“ unvorteilhaften Beweises mit dem schlechten Eindruck, den ein Einspruch möglicherweise bewirken könnte, abzuwägen. Schließlich wird die Einspruchsmöglichkeit auch als taktisches Mittel eingesetzt, um den Beweisvortrag des Prozessgegners zu stören und diesen aus dem Konzept zu bringen.<sup>239</sup> Einige Verfahrensordnungen verbieten aus diesem Grund Beanstandungen während des Schlussvortrags der Gegenseite.<sup>240</sup>

Grundsätzlich kann eine Entscheidung über die Zulässigkeit eines bestimmten Beweises schon vor Beginn der Hauptverhandlung (*pretrial*) im Wege einer *pretrial motion* beantragt werden (FRCP 12 (b) (1)). Für bestimmte Rechtsfehler schreiben die meisten Prozessordnungen sogar eine solche frühzeitige Beanstandung verbindlich vor. Die Vorverlagerung dient dazu, Verfahrensfragen aus der Hauptverhandlung herauszuhalten und Unterbrechungen der Verhandlung zu vermeiden.<sup>241</sup> Für den Beschuldigten ist zudem vorteilhaft, dass die Beweissituation in der Hauptverhandlung ein Stück weit vorhersehbarer wird und das eigene Prozessverhalten darauf abgestimmt werden kann.<sup>242</sup> Zudem verhindert diese Verfahrensgestaltung, dass Anträge in Anwesenheit der *jury* gestellt werden, so dass die soeben beschriebenen Risiken vermieden werden.<sup>243</sup>

Im Bundesstrafverfahren ist eine solche frühzeitige Beanstandung beispielsweise für Fehler in der Anklageschrift (FRCP 12 (b) (3) (B)) oder bei der Gewährung des Akteneinsichtsrechts (FRCP 12 (b) (3) (E)) vorgesehen. Vor allem aber muss – dieser Punkt ist für die vorliegende Arbeit besonders relevant – auch der Ausschluss von Beweisen aufgrund von Verwertungsverböten oder sonstiger Unzulässigkeit (*suppression of evidence*) gem. FRCP 12 (b) (3) (C) schon im *pretrial* geltend gemacht werden. Befürchtet der Beschuldigte die Verwendung eines verbotenen Beweismittels durch die Staatsanwaltschaft, muss er somit bereits vor der Hauptverhandlung beantragen, das betreffende Beweismittel aus der Hauptverhandlung herauszuhalten (*pretrial motion to suppress evidence*). In Abhängigkeit

---

<sup>238</sup> FRE 614 (c) für Fragen des Gerichts und FRCP 30 (d) für gerichtliche *jury*-Instruktionen. Näher dazu *Wright/Henning*, *Federal Practice and Procedure*, § 842.

<sup>239</sup> *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 66.1.

<sup>240</sup> *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 24.7 (g).

<sup>241</sup> *United States v. Gomez* (United States Court of Appeals, First Cir.), 770 F.2d 251, 253 (1985) mit Verweis u.a. auf *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338, 342 (1939); *Jones v. United States*, 362 U.S. 257, 264 (1960).

<sup>242</sup> *McCormick*, *Evidence*, Vol. 1, § 52; zu obligatorischen Anträgen im Vorverfahren vgl. auch *Trüg*, *Lösungskonvergenzen*, S. 460.

<sup>243</sup> *McCormick*, *Evidence*, Vol. 1, § 52.

von dem jeweiligen Beweisverwertungsverbot kann die Beweislast für die Rechtsverletzung dabei beim Beschuldigten liegen.<sup>244</sup>

Das Gericht kann für die Stellung derartiger Anträge eine Frist setzen; ohne Fristsetzung gilt der Beginn der Hauptverhandlung als letztmöglicher Zeitpunkt (FRCP 12 (c)).<sup>245</sup> Pretrial motions müssen schriftlich bei Gericht eingereicht und begründet werden (vgl. FRCP 12 (b) (1) i.V.m. FRCP 47 (b)). Ggf. ist neben dem originären Beweismittel auch der Ausschluss der „Früchte“ daraus zu beantragen.<sup>246</sup> Das Gericht hat bis auf begründete Ausnahmen vor der Hauptverhandlung über die Anträge zu entscheiden (FRCP 12 (d)). Im Regelfall findet ein Anhörungsverfahren (*hearing*) statt; die Entscheidung des Gerichts, hierauf zu verzichten, wird nur auf Ermessensfehler hin überprüft.<sup>247</sup>

Es steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten die beabsichtigte Verwendung einzelner Beweismittel anzukündigen, um ihm die Gelegenheit zu geben, bereits frühzeitig den Ausschluss eines Beweismittels zu beantragen (FRCP 12 (b) (4) (A)).<sup>248</sup> Nach dem Anklageeröffnungsverfahren (*arraignment*) kann der Beschuldigte selbst einen entsprechenden Auskunftsantrag stellen, der sich indes nur auf Beweise beziehen darf, für die er auch ein Akteneinsichtsrecht hätte (FRCP 12 (b) (4) (B)). Besonders praxisrelevant ist dabei die Klärung der Frage, ob und inwieweit die Staatsanwaltschaft das Vorstrafenregister des Beschuldigten verwenden darf, um die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten im Kreuzverhör infrage zu stellen. Die Entscheidung des Gerichts kann ausschlaggebend für die Entscheidung sein, ob der Beschuldigte in der Hauptverhandlung aussagen oder sich besser auf sein Schweigerecht berufen soll.<sup>249</sup>

#### bb) Rügepräklusion bei unterlassener Beanstandung (*raise-or-waive rule*)

Ohne Beanstandung ist die Rüge eines Verfahrensfehlers im Rechtsmittelverfahren bzw. – etwa bei den obligatorischen *pretrial motions* – im weiteren Hauptverfahren

---

<sup>244</sup> Eingehend mit Fokus auf Verwertungsverbote aufgrund eines Verstoßes gegen Amendment IV *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 10.3; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 462 ff.

<sup>245</sup> Demgegenüber gilt etwa im Bundesstaat New York eine Frist von 45 Tagen ab dem *arraignment*, N.Y. CPL § 255.20 (1) i.V.m. § 255.10, § 710.

<sup>246</sup> *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 26.31. Zur *fruit of the poisonous tree*-Doktrin bereits oben I. B. 3.

<sup>247</sup> *United States v. Hall* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 171 F.3d 1133, 1142 ff. (1999); *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 194.

<sup>248</sup> Dazu *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 195.

<sup>249</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52 mit Fn. 16. Eindrücklich dazu die Fallschilderung bei *Dershowitz*, The Best Defense, S. 392 ff. – Im Bundesstaat New York hat sich für einen solchen Antrag nach der Leitentscheidung *People v. Sandoval* (Court of Appeals of New York), 34 N.Y. 2d 371 (1974) die Bezeichnung „*Sandoval-motion*“ etabliert.

grundsätzlich präkludiert. Die Präklusionswirkung entsteht bei vollständig unterlassenen, zu späten oder bei nicht spezifisch begründeten Beanstandungen. Zugleich kommt es im Regelfall auch zur Präklusion, wenn sich der Beschuldigte nach anfänglicher Beanstandung ohne weitere Erklärung auf eine vom Gericht vorgeschlagene Vorgehensweise einlässt.<sup>250</sup>

Diese als *raise-or-waive rule* bezeichnete allgemeine Verfahrensregel ist im Bundesstrafverfahren in FRCP 51 (b) normiert. Für den Einspruch in der Hauptverhandlung trifft FRCP 51 (b) i.V.m. FRE 103 genauere Vorgaben. Zeitlich muss der Einspruch erfolgen, sobald der Beanstandungsgrund ersichtlich war, damit die Rüge im Rechtsmittelverfahren nicht präkludiert ist (vgl. FRE 103 (a) (1) (A)).<sup>251</sup> Daneben muss sowohl die *objection* als auch die *motion to strike* den Beanstandungsgrund (*specific ground*) nennen, um der Präklusionswirkung zu entgehen (FRE 103 (a) (1) (B)). Es ist darzulegen, auf welche Vorschriften sich der beantragte Ausschluss von Beweismitteln bzw. Teilen davon stützt. Ein genereller Einspruch oder die Begründung mit anderen, nicht entscheidenden Erwägungen vermag daher das Rügerecht im Rechtsmittelverfahren nicht aufrechterhalten.<sup>252</sup> Eine *pretrial motion to suppress evidence* gilt bei Verstreichen der gerichtlich gesetzten Frist als verspätet (FRCP 12 (c) (3)). Zwar steht es im Ermessen des Gerichts, von der Präklusionswirkung abzusehen, wenn die Partei einen wichtigen Grund (*good cause*) für das Versäumnis darlegt (FRCP 12 (c) (3)). Allerdings wird dies eher selten gewährt.<sup>253</sup>

Die *raise-or-waive rule* greift generell nicht, wenn eine Partei keine Gelegenheit zur rechtzeitigen Rüge in der Hauptverhandlung hatte (FRCP 51 (b)).<sup>254</sup> Diese

---

<sup>250</sup> Eindrückliche Beispiele hierfür finden sich im Urteil des Rechtsmittelgerichts in *Alabama Miller v. State* (Court of Criminal Appeals of Alabama), 63 So. 3d 676, 692 ff. (2010). In diesem Verfahren hatte der Verteidiger beispielsweise eine *motion to suppress evidence* hinsichtlich eines bestimmten Beweises erhoben und aufrechterhalten, um sich ausdrücklich nicht der generellen Rügemöglichkeit der Beweiseinführung zu begeben. Zugleich hatte er sich aber einverstanden erklärt, dass über die Frage zu einem späteren Zeitpunkt im Prozess entschieden wird. Dies führte dazu, dass die Beanstandung der späteren ablehnenden Entscheidung an sich wie auch der Bezugnahme auf diesen Beweis im Eröffnungsvortrag der Staatsanwaltschaft auf Rechtsmittelebene präkludiert war. Eingehend zu diesem Fall insgesamt *Perron*, FS Stürner, S. 875, 884 ff.

<sup>251</sup> Zu dieser Auslegung von FRE 103 (a) (1) (A) *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52 Fn. 3; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 101.3 und *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 11.04 mit einer Reihe von Rechtsprechungsnachweisen.

<sup>252</sup> *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 11.04; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 101.3; *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52 mit einem Überblick über die relevanten Ausnahmen. – Beispielhaft wiederum *Miller v. State* (Court of Criminal Appeals of Alabama), 63 So. 3d 676, 697 f. (2010): Die Verteidigung hatte hinsichtlich der Verwertung von Äußerungen des Beschuldigten nur die Verletzung der *Miranda*-Rechte (Amendment V) gerügt, nicht aber die Verletzung des Rechts auf formelle Verteidigung (Amendment VI).

<sup>253</sup> *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 193 mit Fn. 27 ff.

<sup>254</sup> Näher *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 842.

Ausnahme wird in der Praxis allerdings sehr eng ausgelegt.<sup>255</sup> Grundsätzlich ist es für die Abwendung der Präklusion nicht notwendig, eine einmal erhobene Beanstandung im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung zu erneuern.<sup>256</sup> Für Einsprüche wird dies in FRE 103 (b) ausdrücklich geregelt. Auch die *pretrial motion to suppress evidence* muss nicht in der Hauptverhandlung wiederholt werden.<sup>257</sup> Diese vergleichsweise strikte Regelung wird ausdrücklich mit verfahrensökonomischen Erwägungen begründet. Wie es der Supreme Court ausdrückt:

„[T]he contemporaneous-objection rule prevents a litigant from ‚sandbagging‘ the court – remaining silent about his objection and belatedly raising the error only if the case does not conclude in his favor.“<sup>258</sup>

Verhindert werden soll also, dass es zu einem aufwendigen Rechtsmittelverfahren und einem neuen Hauptverfahren kommt, wenn die Frage bereits in der ersten Instanz hätte geklärt werden können.<sup>259</sup> Wie bei der Zielsetzung der neuen Präklusionsregelungen im deutschen Verfahren<sup>260</sup> wird dabei vor allem das Zurückhalten von Rechtsfehlern durch den Beschuldigten für den Fall eines ungünstigen Verfahrensergebnisses in den Blick genommen.

#### cc) Ausnahmen von der Präklusionswirkung bei schweren Verfahrensfehlern (*plain error*)

Eine wichtige Ausnahme von der *raise-or-waive rule* besteht für schwerwiegende Verfahrensfehler (*plain error*). Danach ist eine Rechtsmittelrüge trotz Unterlassen der rechtzeitigen bzw. formgerechten Beanstandung möglich, wenn wichtige Beschuldigtenrechte (*substantial rights*) betroffen sind. Die *plain error*-Regelung ist in den einzelnen US-amerikanischen Verfahrensordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltet.<sup>261</sup> Zum Teil sind etwa bestimmte Verfahrensfehler katalogartig als *plain error* legaldefiniert,<sup>262</sup> die Prozessordnung Louisianas stellt darauf ab, ob der Fehler ohne Betrachtung der genauen Beweisinhalt sichtbar wird,<sup>263</sup> wieder eine

<sup>255</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 10.2 (a).

<sup>256</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 52.

<sup>257</sup> Einige Einzelstaaten weichen hiervon allerdings ab. Näher siehe *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 10.2 (b).

<sup>258</sup> *Puckett v. United States*, 556 U.S. 129, 134 (2009), entnommen bei *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 842. Zu dieser Zielsetzung auch *United States v. Escalante-Reyes* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 689 F.3d 415, 422 (2012).

<sup>259</sup> So ausdrücklich *State v. Applegate* (Court of Appeals of Oregon), 591 P.2d 371, 373 (1979); *United States v. Vonsteeen* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 950 F.2d 1086, 1090 (1992); *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (c).

<sup>260</sup> Dazu oben Teil 3 III. A. 1. c) und 2. c).

<sup>261</sup> Dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d).

<sup>262</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d).

<sup>263</sup> Louisiana Code of Criminal Procedure Art. 920: „by a mere inspection of the pleadings and proceedings without inspection of the evidence.“



andere verlangt, dass auch bei rechtzeitiger Beanstandung in der Hauptverhandlung das Gericht nicht mehr hätte abhelfen können.<sup>264</sup> In der Wissenschaft wird, vereinzelt unter Rückgriff auf den sog. „Stewart-Test“ („I know it when I see it“),<sup>265</sup> sogar die Möglichkeit der Bildung einer abstrakt-generellen Definition an sich bestritten.<sup>266</sup>

Für die Auslegung der im Bundesstrafverfahren in FRCP 52 (b) enthaltenen Regelung hat der Supreme Court vier Voraussetzungen aufgestellt.<sup>267</sup> Zunächst muss es sich um einen *error* handeln. Dies ist nicht der Fall, wenn Verfahrensbeteiligte, beispielsweise durch Rücknahme einer Beanstandung, auf ein Recht bewusst verzichtet haben. Das fahrlässige Unterlassen einer Beanstandung schließt die Überprüfung des Urteils auf einen *plain error* dagegen nicht aus. Diese Differenzierung wird mit dem Begriffspaar des *waiver* für den bewussten Verzicht und der *forfeiture*<sup>268</sup> für das nachlässige Unterlassen zum Ausdruck gebracht.<sup>269</sup>

Uneinigkeit besteht im Bundesstrafverfahren allerdings bei der Anwendung dieser Unterscheidung auf die unbewusst unterlassene *pretrial motion to suppress evidence*. Während einige Circuits des United States Court of Appeals hierin entsprechend der skizzierten Grundsätze eine *forfeiture* sehen,<sup>270</sup> gehen andere Circuits

<sup>264</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d).

<sup>265</sup> Benannt nach der Formel des Justice *Stewart* aus seiner *concurring opinion* zu *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964) zur Unmöglichkeit einer Definition von „hardcore pornography“.

<sup>266</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 856 mit Fn. 9; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d). Dazu aus der Rechtsprechung *United States v. Blackwell* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), 694 F.2d 1325, 1341 Fn. 23 (1982); *United States v. Bamberger* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 456 F.2d 1119, 1131 Fn. 9 (1972).

<sup>267</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 732 ff. (1993); daran anschließend *Johnson v. United States*, 520 U.S. 461 466 f. (1997); *United States v. Cotton*, 535 U.S. 625, 631 f. (2002); *Puckett v. United States*, 556 U.S. 129, 135 (2009); *United States v. Marcus*, 130 S.Ct. 2159, 2164 (2010). Näher zu den folgenden Erläuterungen *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 856; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d).

<sup>268</sup> Die deutsche Übersetzung der *forfeiture* lautet „Verwirkung“. Gegen die Verwendung der deutschen Rechtsfigur der Verwirkung im Kontext der Rügepräklusion für schlichtes Untätigsein wurden bereits oben Bedenken geäußert. Im Folgenden wird daher stattdessen das sinngemäß gemeinte nachlässige Unterlassen als deutsche Bezeichnung verwendet.

<sup>269</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 733 f. (1993): „Waiver is different from forfeiture. Whereas forfeiture is the failure to make the timely assertion of a right, waiver is the ‚intentional relinquishment or abandonment of a known right.‘ “ – Daran anknüpfend *United States v. Lewis* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 492 F.3d 1219, 1222 (2007); *United States v. Teague* (United States Court of Appeals, Tenth Cir.), 443 F.3d 1310, 1314 (2006); *Government of Virgin Islands v. Rosa* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 399 F.3d 283, 291 (2005).

<sup>270</sup> *United States v. Johnson* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 415 F.3d 728, 730 (2005); *U.S. v. Buchanon* (United States Court of Appeals, First Cir.), 72 F.3d 1217, 1226 f. (1995).

von einem *waiver* aus, so dass ein Fehler der Überprüfung auf einen *plain error* entzogen ist.<sup>271</sup> Letztgenannte Ansicht stützt sich auf die bis 2014 geltende Fassung von FRCP 12 (e), die das Unterlassen der *pretrial motion to suppress evidence*, ohne zwischen intendiertem oder fahrlässigem Verhalten zu differenzieren, als *waiver* bezeichnete. Argumentiert wird, dass FRCP 12 (e) a.F. gegenüber dem beschriebenen Regelungsgehalt des FRCP 52 (b) gegenstandslos gewesen wäre, wenn nicht auch das fahrlässige Unterlassen die *plain error*-Überprüfung sperren würde.<sup>272</sup> Dem wird entgegengehalten, dass die Formulierung von FRCP 12 (e) a.F. eher gegen eine solche Zielsetzung sprach.<sup>273</sup> Jedenfalls dürfte dem Streit nach Abschaffung von FRCP 12 (e) [a.F.] und Neuformulierung in FRCP 12 (c) (3) das Fundament entzogen sein.

Als zweite Voraussetzung muss der Fehler *plain*, also eindeutig oder offensichtlich sein.<sup>274</sup> Drittens müssen substanzielle Rechte des Beschuldigten betroffen sein. Dies beinhaltet, dass der Fehler sich nachteilig (*prejudicial*) für den Beschuldigten auf das Verfahrensergebnis ausgewirkt haben muss.<sup>275</sup> Die Darlegungslast liegt dabei beim Beschuldigten. Sind diese Voraussetzungen gegeben, steht es im Ermessen des Gerichts, einen *plain error* anzunehmen. Ein Verfahrensfehler soll dann korrigiert werden, wenn er – viertens – die Fairness, die Integrität oder das öffentliche Ansehen des Verfahrens ernsthaft infrage stellt.<sup>276</sup> Auch wenn dies ausdrücklich nicht nur auf Fälle tatsächlicher Unschuld beschränkt sein soll,<sup>277</sup> stellt sich angesichts der Spruchpraxis doch die Frage, welches Vorbringen daneben überhaupt erfolversprechend sein könnte.<sup>278</sup>

---

<sup>271</sup> *United States v. Brooks* (United States Court of Appeals, Tenth Cir.), 438 F.3d 1231, 1239 f. (2006); *United States v. Lopez-Lopez* (United States Court of Appeals, First Cir.), 282 F.3d 1, 10 (2002); *United States v. Weathers* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), (186 F.3d 948, 955 ff. (1999)); *United States v. Anderson* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 472 F.3d 662, 668 ff. (2006); *United States v. Chavez-Valencia* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 116 F.3d 127, 129 ff. (1997). Offengelassen in *United States v. Nunez Lopez* (United States Court of Appeals, First Cir.), 19 F.3d 719, 723 Fn. 10 (1994); *United States v. Perez-Gonzalez* (United States Court of Appeals, First Cir.), 445 F.3d 39, 44 (2006).

<sup>272</sup> Ausdrücklich *United States v. Weathers* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), (186 F.3d 948, 955 ff. (1999)); *United States v. Anderson* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 472 F.3d 662, 668 (2006).

<sup>273</sup> *United States v. Johnson* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 415 F.3d 728, 730 (2005); zustimmend *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure § 193.

<sup>274</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 734 (1993).

<sup>275</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 734 f. (1993).

<sup>276</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 736 (1993): „The Court of Appeals should correct a plain forfeited error affecting substantial rights if the error ‚seriously affect[s] the fairness, integrity or public reputation of judicial proceedings.‘“ Ähnlich *Johnson v. United States*, 520 U.S. 461 (1997); *United States v. Cotton*, 535 U.S. 625 (2002); *United States v. Marcus*, 130 S.Ct. 2159, 2164 (2010).

<sup>277</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 736 (1993).

<sup>278</sup> In diesem Sinne *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.5 (d).s

dd) Keine Urteilsaufhebung bei einem geringfügigen Fehler (*harmless error*)

Wenn und soweit keine Präklusionswirkung eintritt, führen überdies nur Rechtsfehler zur Urteilsaufhebung, die nicht als geringfügig anzusehen sind (*harmless error*). Ausgeschlossen werden sollen Rechtsverletzungen, die den Beschuldigten nicht signifikant benachteiligt haben.

Auf Bundesebene (vgl. FRCP 52 (a)) wenden die Rechtsmittelgerichte den Maßstab an, ob der Fehler die Geschworenen bzw. den Berufsrichter bei der Urteilsfindung beeinflusst hat.<sup>279</sup> Dieser Entscheidung müssen alle Beweise des Verfahrens zugrunde gelegt werden.<sup>280</sup> Im Unterschied zur *plain error*-Regelung<sup>281</sup> liegt die Nachweislast bei der Staatsanwaltschaft.<sup>282</sup> Die *harmless error*-Regelung gilt, wie vom Supreme Court nach der Ausdehnung verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien durch den *Warren*-Court entschieden, auch für die Verletzung von Verfassungsrecht.<sup>283</sup> Als schärferer Maßstab muss aber *beyond a reasonable doubt* ausgeschlossen sein, dass der Fehler zu der Verurteilung beigetragen hat.<sup>284</sup> In den landesrechtlichen Verfahrensordnungen können der anzulegende Maßstab und die Verteilung der Beweislast demgegenüber variieren.<sup>285</sup>

Relevantester Faktor bei der Anwendung dieser Vorgabe ist naturgemäß, wie stark die Beweise der Staatsanwaltschaft sind.<sup>286</sup> Zu berücksichtigen ist auch die Möglichkeit einer Heilung des Fehlers, etwa indem die Geschworenen vom Gericht instruiert wurden, ein eingeführtes unzulässiges Beweisstück nicht zu berücksichtigen.<sup>287</sup> Insgesamt wird die *harmless error*-Regelung sehr weit ausgelegt. Auch wenn nicht präkludiert, führen viele Rügen des Beschuldigten daher nicht zur Urteilsaufhebung.<sup>288</sup>

---

<sup>279</sup> Grundlegend *Kotteakos v. United States*, 328 U.S. 750, 765 (1946); siehe ferner *United States v. Mechanik*, 475 U.S. 66, 72 (1986). – Diese Frage lässt sich im *bench trial* für den geübten Berufsrichter selbstverständlich leichter beantworten als für die Geschworenen, *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 854 mit Fn. 45.

<sup>280</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 854 mit Fn. 15 m.w.N.

<sup>281</sup> Siehe oben III. B. 2. a) cc).

<sup>282</sup> *United States v. Olano*, 507 U.S. 725, 734 (1993). Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 854.

<sup>283</sup> Näher *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 27.6 (c).

<sup>284</sup> *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1971).

<sup>285</sup> *Bowman*, 49 Ga. L. Rev. 309, 348 f. (2014–2015) m.w.N.

<sup>286</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 854.

<sup>287</sup> *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123, 129 (1968). Kritisch Justice *Jackson, concurring opinion* zu *Krulwich v. United States*, 336 U.S. 440, 453 (1949); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 854: Es erscheine naiv zu glauben, dass dadurch die Einführung des Beweises wieder ungeschehen gemacht werde.

<sup>288</sup> Kritisch zur Anwendung der *harmless error*-Regelung in der Praxis bei unzulässiger Beweisführung durch die Staatsanwaltschaft *Gershman*, 53 U. Pitt. L. Rev. 393, 425 (1992); *Bowman*, 49 Ga. L. Rev. 309, 351 f. (2014–2015).

b) *Beanstandung einer nicht tragfähigen Beweisführung*

Mit einem speziellen Antrag, der *motion for a judgment of acquittal*, kann der Beschuldigte überdies rügen, dass die staatsanwaltschaftliche Beweisführung nicht ausreicht, um eine Verurteilung zu stützen (*insufficient to sustain a conviction*). Rechtsfolge eines erfolgreichen Antrags ist der Freispruch durch den Berufsprichter (*judgment of acquittal*).<sup>289</sup> Klassischer Anwendungsfall ist, dass ein Tatbestandsmerkmal des angeklagten Delikts nicht nachgewiesen wurde. Aber auch die Frage, ob die Beweisführung die Schwelle *beyond reasonable doubt* nimmt, kann auf diese Weise geklärt werden, etwa wenn die Glaubwürdigkeit zentraler Belastungszeugen durch das Kreuzverhör der Verteidigung substantiell gemindert wurde. Die Schwelle für einen solchen Freispruch ist sehr hoch. Maßgeblich ist, ob jeder vernünftige Tatrichter, bzgl. der Schuldfrage also im Regelfall die *jury*, nach Würdigung aller Beweise im für die Staatsanwaltschaft günstigsten Sinne die einzelnen Tatbestandsmerkmale *beyond reasonable doubt* als gegeben ansehen darf.<sup>290</sup>

Nach der Regelung im Bundesstrafverfahren kann die Antragstellung im Anschluss an die Beweisführung der Staatsanwaltschaft erfolgen, (FRCP 29 (a)), bleibt aber auch nach der Beweisaufnahme insgesamt (FRCP 29 (b)) oder im Wege einer *post-trial motion* gar bis zu zwei Wochen nach Entlassung der *jury* (FRCP 29 (c) (1)) möglich. Wird eine *motion for a judgment of acquittal* vom Berufsprichter abgelehnt, kann dies zum Gegenstand eines Rechtsmittels gemacht werden.

An das Unterlassen des Antrags können Präklusionswirkungen anknüpfen. Stellt der Beschuldigte im Hauptverfahren keinen Antrag, kann die Rüge, dass die Beweisgrundlage für eine Verurteilung unzureichend war, im Rechtsmittelverfahren nicht mehr vorgebracht werden.<sup>291</sup> Dies gilt, obwohl nach FRCP 29 (a) der Richter von sich aus (*on its own*) auf Freispruch mangels hinreichender Beweise entscheiden kann.<sup>292</sup> Die Präklusionswirkung tritt überdies auch ein, wenn der Beschuldigte, nachdem er seine eigenen Beweise präsentiert hat, den im Anschluss an die Beweisführung der Staatsanwaltschaft erhobenen Antrag (FRCP 29 (a)) nicht erneuert.

---

<sup>289</sup> Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 461.

<sup>290</sup> *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307, 319 (1979): „[T]he relevant question is whether after viewing the evidence in the light most favorable to the prosecution, any rational trier of fact could have found the essential elements of the crime beyond a reasonable doubt.“ Zum anzulegenden Prüfungsmaßstab in der Literatur *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.7 (c); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 467.

<sup>291</sup> *United States v. Whitow* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 381 F.3d 679 (2004); *United States v. McCormack* (United States Court of Appeals, First Cir.), 371 F.3d 22, 27 (2004); *United States v. Luciano* (United States Court of Appeals, First Cir.), 329 F.3d 1, 5 (2003); *United States v. Clark* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 294 F.3d 791, 793 (2002).

<sup>292</sup> Kritisch *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 469 mit Fn. 17, die aufgrund dessen einen gerichtlichen Rechtsfehler annehmen, der zulässigerweise im Rechtsmittelverfahren gerügt werden könne.

Denn dies wird als Verzicht (*waiver*) der zuvor erhobenen Beanstandung gewertet.<sup>293</sup> Eine Ausnahme soll aber bei Verfahren ohne *jury* gelten, weil dann das Bekenntnis „not guilty“ bereits eine *motion for a judgment of acquittal* beinhaltet.<sup>294</sup>

Bei der präkludierten Rüge findet eine Überprüfung auf Rechtsmittelebene nur im Hinblick auf grobe Fehler statt. Teilweise wird hierfür die *plain error*-Regelung aus FRCP 52 (b) als Prüfungsstandard angesetzt,<sup>295</sup> teilweise wird auch mit anderen Anforderungen wie einem *manifest miscarriage of justice* gearbeitet.<sup>296</sup>

### 3. Inhaltliche Überprüfung und Entkräftung der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung

Des Weiteren hat der Beschuldigte ein Recht auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen, um die staatsanwaltschaftliche Beweisführung inhaltlich zu überprüfen und zu entkräften.

#### a) Verfassungsrechtliche Garantie des Konfrontationsrechts in Amendment VI

Wie bereits oben erwähnt, garantiert das Amendment VI zur US-amerikanischen Verfassung dem Beschuldigten das Recht auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen (Confrontation Clause).<sup>297</sup> Über Amendment XIV gilt diese Garantie gemäß der Inkorporations-Doktrin auch in einzelstaatlichen Verfahren.<sup>298</sup> Inhaltlich garantiert die Confrontation Clause vor allem das Recht, mit Belastungszeugen in

---

<sup>293</sup> *United States v. Flanders* (United States Court of Appeals, Tenth Cir.), 491 F.3d 1197, 1207 f. (2007); *United States v. Thompson* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), 279 F.3d 1043, 1050 f. (2002); *United States v. Van Horn* (United States Court of Appeals, Tenth Cir.), 277 F.3d 48, 54 (2001). Eingehend *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 463 und § 469.

<sup>294</sup> *Hall v. United States* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 286 F.2d 676, 677 (1960); *U.S. v. Kilpatrick* (United States District Court, District of Nebraska), 347 F. Supp. 2d 693, 700 Fn. 13 (2004).

<sup>295</sup> So etwa *United States v. Flanders* (United States Court of Appeals, Tenth Cir.), 491 F.3d 1197, 1207 f. (2007). Zur *plain error*-Regelung oben III. B. 2. a) cc).

<sup>296</sup> Beispielhaft *United States v. Luciano* (United States Court of Appeals, First Cir.), 329 F.3d 1, 5 (2003); *United States v. Clark* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 294 F.3d 791, 793 (2002). – Weil aber der fehlende Nachweis einzelner Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich als ein grober Fehler gilt, zweifeln *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 469 daran, ob darin im Vergleich zu den – hohen – Anforderungen bei regulären Rechtsmitteln tatsächlich ein höherer Prüfungsstandard verbunden ist.

<sup>297</sup> Amendment VI: „In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him [...].“ Dazu bereits oben II. A.

<sup>298</sup> *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 403 ff. (1984). Zur Inkorporations-Doktrin bereits oben II. A.

der Hauptverhandlung ein Kreuzverhör durchführen zu können.<sup>299</sup> Umfasst ist aber auch, den Belastungszeugen dabei von Angesicht zu Angesicht gegenüber zu treten,<sup>300</sup> wobei bei Kindern (*child witnesses*) Ausnahmen zulässig sein können.<sup>301</sup> Die Gewährleistungen des Amendment VI überschneiden sich in vielen Fällen mit dem beweisrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz, ausgeformt durch das Verbot von *hearsay evidence*.<sup>302</sup> Nicht selten wurden bzw. werden beide Rechtsinstitute daher nicht trennscharf abgegrenzt oder gar gleichgesetzt.<sup>303</sup> Etwa wurde in der Rechtsprechung lange vertreten, dass das Amendment VI kein Verbot beinhaltet, frühere Vernehmungen nunmehr unerreichbarer Zeugen über Surrogate in den Prozess einzuführen, wenn andere Indizien für ihre Glaubwürdigkeit vorhanden sind. Als solche Indizien wurden auch anerkannte Ausnahmen vom Verbot des *hearsay evidence* angesehen.<sup>304</sup>

Im Jahr 2004 hat der Supreme Court in der grundlegenden Entscheidung *Crawford v. Washington* den Schutzbereich der Confrontation Clause richtungsweisend neu definiert und seine Konturen geschärft.<sup>305</sup> Danach ist das Konfrontationsrecht in Amendment VI nach dem Ansinnen der Väter der US-amerikanischen Verfassung ausdrücklich gegen geheime, außerprozessuale Zeugeneinvernahmen gerichtet, wie sie in politischen Prozessen der englischen Kolonien vor der Unabhängigkeit praktiziert worden waren.<sup>306</sup> Ob deren Ursprünge wiederum tatsächlich im kontinentaleuropäischen inquisitorischen Verfahren zu finden sind, wie das Gericht meint, scheint fraglich, kann hier aber dahinstehen.<sup>307</sup> Jedenfalls sollte die Verwendung von ohne Beteiligung des Beschuldigten erhobenen Beweisen im

---

<sup>299</sup> *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 315 f. (1974); *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, 678 f. (1986); *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39, 53 (1987).

<sup>300</sup> *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988); *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39, 53 (1987).

<sup>301</sup> Die Befragung von Kindern kann in einem separaten Raum durch Staatsanwalt und Verteidiger vorgenommen und per Video in den Gerichtssaal zu Beschuldigtem und *jury* übertragen werden, siehe *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 851 ff. (1990). In Anschluss an die Entscheidung ist im Jahr 1990 das Child victims' and child witnesses' rights Statute 18 U.S.C. § 3509 (b) erlassen worden. Dazu umfassend *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 416 mit Fn. 14 ff.; *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 21-5 (a) (1) (i); *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 515 f.

<sup>302</sup> Dazu bereits oben III. B. 1.

<sup>303</sup> Siehe etwa *California v. Green*, 399 U.S. 149, 155 (1970): „Confrontation Clause and hearsay rules are generally designed to protect similar values“. Zu dieser Rechtsprechung *Friedman*, FS Damaška, S. 261, 265; *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 190.

<sup>304</sup> *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 66 (1980). Dazu *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 190; zusammenfassend *Mahler*, Konfrontative Befragung, S. 31 f.

<sup>305</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 43 ff. (2004); daran anschließend *Davis v. Washington* und *Hammon v. Indiana*, 547 U.S. 813, 835 (2006); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305, 324 (2009); *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344 (2011).

<sup>306</sup> Abgestellt wird etwa auf das bekannte Verfahren gegen Sir *Walter Raleigh* aus dem Jahre 1603 wegen Hochverrats, *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 44 (2004).

<sup>307</sup> Dazu bereits oben II. A.

neuen US-amerikanischen Strafprozess nicht mehr erlaubt sein. Amendment VI zielt also darauf ab, dem Beschuldigten – in der Terminologie der vorliegenden Arbeit – die Möglichkeit der Mitwirkung an diesem Teil der Sachverhaltsbildung zu sichern.

Auf dieser Grundlage hat der Supreme Court den sachlichen Anwendungsbereich des Konfrontationsrechts entscheidend präzisiert. Danach versagt die Confrontation Clause, eine Erklärung eines Zeugen gegenüber Strafverfolgungsbehörden zu verwerten, die aus einer Befragung resultiert, bei der dem Beschuldigten keine Mitwirkungsmöglichkeiten gewährt waren und die gerade auf die Gewinnung einer Aussage zu Beweis Zwecken abgezielt hatte. Für letzteres Merkmal wurde der Begriff des *testimonial statement* geprägt, was als „zeugenschaftliche Erklärung“ übersetzt werden kann. Ein *testimonial statement* definierte der Supreme Court als „[a] solemn declaration of affirmation made for the purpose of establishing or proving some fact“.<sup>308</sup>

Die Einführung zeugenschaftlicher Erklärungen über Surrogate ist, entsprechend der bei Schaffung des Amendment VI anerkannten Ausnahmen, nur möglich, wenn der Zeuge nunmehr unerreichbar ist und der Beschuldigte zuvor eine Möglichkeit zur Befragung hatte.<sup>309</sup> Erst wenn der Anwendungsbereich der Confrontation Clause nicht eröffnet ist, richtet sich die Zulässigkeit der Einführung des Beweises demgegenüber nach der allgemeinen *hearsay*-Regelung.<sup>310</sup> Im Verhältnis zu dieser begründet das Konfrontationsrecht des Amendment VI also eine zusätzliche spezielle Schranke für die Einführung belastender Beweise über Surrogate.<sup>311</sup> In der Praxis beziehen sich die meisten Ausnahmen vom Verbot von *hearsay evidence* allerdings bereits auf nichtzeugenschaftliche Aussagen.<sup>312</sup>

In Anwendung dieser Grundsätze hielt der Supreme Court in *Crawford v. Washington* zunächst fest, dass als zeugenschaftliche Erklärung jedenfalls die Aussage in einer formalen Vernehmung, wie etwa im *preliminary hearing*, vor einer *grand jury*, in einer früheren Hauptverhandlung oder bei der Polizei fallen.<sup>313</sup> Die Verwertung der früheren Aussage einer Zeugin bei der Polizei, die sich in der Hauptverhandlung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht berief, stellte danach eine

<sup>308</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 51 (2004).

<sup>309</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 54 ff. (2004); *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 354 (2011); *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct. 2705, 2713 (2011). Für eine diesen Anforderungen nicht genügende Ausnahme siehe *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008). Aus der Literatur *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 191.

<sup>310</sup> *Horton v. Allen* (United States Court of Appeals, First Cir.), 370 F.3d 75, 84 (2004).

<sup>311</sup> Aus der Literatur *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 412; *Gardner/Anderson*, Criminal Evidence, S. 191 f.; *Friedman*, 15 J.L. & Pol’y 553, 554 f. (2007).

<sup>312</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 56 (2004). Es verwundert daher nicht, wenn noch immer die *hearsay*-Regelung und die Confrontation Clause nicht präzise abgegrenzt werden, wie etwa bei *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 21-1.

<sup>313</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 68 (2004).

Verletzung des Amendment VI dar.<sup>314</sup> Dies wurde später in *Davis v. Washington* und *Hammon v. Indiana* dahingehend präzisiert, dass nur solche Befragungen gemeint sind, die als Hauptzweck (*primary purpose*) die Tatsachen einer vergangenen Straftat rekonstruieren sollen.<sup>315</sup> Ein Notruf bei der Polizei fällt dementsprechend nicht darunter. Auch Angaben eines angeschossenen und schwer verwundeten Tatopfers unmittelbar nach der Tat werden als nicht zeugenschaftlich im Sinne der Confrontation Clause angesehen.<sup>316</sup> Das Gutachten eines staatlichen Labors ist demgegenüber erfasst.<sup>317</sup>

*b) Einfachgesetzliche Umsetzung im Recht auf Durchführung  
eines Kreuzverhörs*

Einfachgesetzlich wird das Recht auf konfrontative Befragung im Kreuzverhör in der Hauptverhandlung umgesetzt. Die Befragung von Belastungszeugen im Kreuzverhör schließt an das Hauptverhör der Staatsanwaltschaft an, über das der Aussageinhalt in das Verfahren eingeführt wurde. Die Art der Befragung und die Reihenfolge der einzelnen Fragen kann die Verteidigung grundsätzlich nach ihrem Ermessen gestalten. Anders als im Hauptverhör sind im Kreuzverhör als Befragungstechnik ausdrücklich auch Suggestivfragen (*leading questions*) zugelassen (FRE 611 (c) (1)).<sup>318</sup> Der Ablauf der Zeugeneinvernahme im Haupt- und Kreuzverhör unterliegt allerdings der Kontrolle durch den Berufsrichter. Leitaspekte der Ausübung seiner Kontrollfunktion sind die Effektivität der Wahrheitssuche, die Verfahrensbeschleunigung und der Zeugenschutz (FRE 611 (a)). Dabei kommt ihm grundsätzlich ein großes Ermessen zu.<sup>319</sup>

Mit dem Kreuzverhör werden zwei unterschiedliche Zwecke verfolgt. Einerseits kann der Beschuldigte versuchen, der Beweisperson zum Inhalt ihrer Aussage weitere Informationen zu entlocken, welche die Glaubhaftigkeit ihre Angaben infrage stellen oder zumindest ein Stück weit abschwächen. Zum anderen kann Ziel der Befragung sein, die Glaubwürdigkeit der Beweisperson infrage zu stellen (*impeachment*), um so die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben insgesamt in ein anderes Licht zu rücken.<sup>320</sup> Die Zulässigkeit von Fragen ist von ihrer jeweiligen Zielset-

<sup>314</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

<sup>315</sup> *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813. Dazu *Friedman*, 15 J.L. & Pol'y 553, 557 ff. (2007); *Keenan*, 122 Yale L. J. 782, 797 ff. (2012).

<sup>316</sup> *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 370 ff. (2011).

<sup>317</sup> *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305, 324 (2009).

<sup>318</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 20. Diesen Aspekt stellt auch *Volk*, Die Wahrheit vor Gericht, S. 84 f., heraus.

<sup>319</sup> *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 18-3; *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 12.32 (1) m.w.N.

<sup>320</sup> Vgl. *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 6.01, § 6.02 (2); *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 29.



zung abhängig. Die Befragung über den Aussageinhalt ist im Bundesstrafverfahren (FRE 611 (b)) und auch in vielen Einzelstaaten auf den Gegenstand des vorangegangenen Hauptverhörs der Staatsanwaltschaft beschränkt. Allerdings steht es im Ermessen des Gerichts, darüber hinausgehende Fragen im Kreuzverhör zuzulassen.<sup>321</sup> Andernfalls muss die Verteidigung den betreffenden Belastungszeugen später im Prozess im Rahmen ihres *case* als eigenen Zeugen laden und befragen.<sup>322</sup>

Die Befragung zum Zweck des *impeachment* ist freilich nicht auf den Inhalt des Hauptverhörs beschränkt.<sup>323</sup> Die Zulässigkeit einer Frage richtet sich vielmehr danach, ob sie für das Tatgericht von Nutzen dafür sein kann, die Glaubwürdigkeit des Zeugen besser einzuschätzen.<sup>324</sup> Dabei werden mehrere Ansatzpunkte unterschieden.<sup>325</sup> Zunächst kann das Kreuzverhör genutzt werden, um in der Zeugenaussage Widersprüche zu früheren Vernehmungen herauszuarbeiten (*prior inconsistent statement impeachment*). Einem Belastungszeugen können entgegenstehende Aussagen in einer anderen Vernehmung vorgehalten werden, soweit sich der Widerspruch nicht auf Begleitumstände bezieht (FRE 612, 613 (a)).<sup>326</sup> Gegenstand eines *impeachment* kann ferner die mögliche Voreingenommenheit des Zeugen (*bias*) sein, etwa wenn ein Mitbeschuldigter mit der Staatsanwaltschaft bereits eine Absprache eingegangen ist. Hierzu sind Fragen nach den Personen, mit denen der Zeuge über den Fall gesprochen hat, statthaft.<sup>327</sup> Auch die Persönlichkeit des Zeugen (*character*) und die Reputation von Sachverständigen bilden einen Ansatzpunkt zur Infragestellung der Glaubwürdigkeit im Kreuzverhör. Hierfür trifft FRE 609 für frühere Verurteilungen und FRE 608 (b) für sonstiges früheres Missverhalten spezielle Anforderungen, die sich auf den Schutz der *jury* vor unsachlicher Beeinflussung zurückführen lassen.<sup>328</sup>

Wird eine Frage bzw. ein Fragekomplex der Verteidigung im Kreuzverhör vom Berufsrichter – in aller Regel auf Beanstandung der Staatsanwaltschaft – nicht zugelassen, kann dies im Rechtsverfahren als Verletzung des Konfrontationsrechts gerügt werden. Voraussetzung ist in den meisten Verfahrensordnungen allerdings, dass der Beschuldigte im Anschluss an die Ablehnung in der Hauptverhandlung die

---

<sup>321</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 21; *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 56.1.

<sup>322</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 26.

<sup>323</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 22; *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 417 mit Fn. 27; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 611.4.

<sup>324</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 29.

<sup>325</sup> Vgl. *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 6.02 (2) und die daran in § 6.02 (4) ff. anschließenden Erläuterungen; *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 18-2 ff.; *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 33 ff.; *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 56.3.

<sup>326</sup> *Carlson*, Criminal Law Advocacy, Vol. 3, § 6.02 (7) (c); *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 417 mit Fn. 42 m.w.N.

<sup>327</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 29 mit Fn. 8 und 9.

<sup>328</sup> Zu diesen Regelungen näher *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 40 ff.; *Cissell*, Federal Criminal Trials, § 18-4 (c). Zum Zweck des Schutzes der *jury* bereits oben I. B. 1.

Zulässigkeit der Frage im Wege eines *offer of proof* näher erläutert hat (FRE 103 (a) (2)).<sup>329</sup> Dabei ist im Grundsatz die zu erwartende Antwort des Zeugen wiederzugeben. Weil dies sich gerade im Kreuzverhör überaus schwierig gestalten kann, verzichten einige Regelwerke vollständig auf dieses Erfordernis,<sup>330</sup> in den meisten übrigen Verfahrensordnungen sind die Anforderungen jedenfalls geringer als im Hauptverhör.<sup>331</sup> Auch die vollständige Versagung der konfrontativen Befragung kann im Rechtsmittelverfahren gerügt werden. Allerdings muss die Rüge-möglichkeit entsprechend den allgemeinen Regelungen durch Beanstandung im Hauptverfahren aufrechterhalten werden.<sup>332</sup> Liegt eine Verletzung des Konfrontationsrechts vor, findet die *harmless error*-Regelung Anwendung. Wegen der Verletzung von Verfassungsrecht ist Voraussetzung für die Unbeachtlichkeit, dass die Verweigerung der Befragung die *jury* nicht *beyond reasonable doubt* bei ihrer Entscheidung beeinflusst hat.<sup>333</sup>

### c) Stellenwert des Konfrontationsrechts bzw. des Kreuzverhörs

Das Konfrontationsrecht bzw. das Kreuzverhör genießt im US-amerikanischen Verfahren traditionell einen hohen Stellenwert. Noch häufig wird zur Illustration auf die Aussage des bekannten Beweisrechtlers *Wigmore* zurückgegriffen, der das Kreuzverhör als wichtigsten Motor der Wahrheitsermittlung bezeichnet hatte.<sup>334</sup> Mit keiner anderen Methode könne die Glaubwürdigkeit eines Zeugen bzw. die Glaubhaftigkeit seiner Angaben besser verifiziert werden. In gleichem Sinne wird das Kreuzverhör als „tödlichste Waffe des Anwalts“ bezeichnet.<sup>335</sup> Von diesem Stellenwert zeugt schließlich der Umfang, in dem sich Lehrbücher der Technik und Taktik des Kreuzverhörs widmen.<sup>336</sup>

Mittlerweile wird die Gestaltungskraft des Kreuzverhörs in der US-amerikanischen Praxis aber deutlich nüchterner gesehen. Die Glaubwürdigkeit von Belas-

<sup>329</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 16 f.

<sup>330</sup> Etwa Cal. Evid. Code § 354 (c).

<sup>331</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 17. Zum Erfordernis des *offer of proof* bei der Einführung eigener Beweise unten III. B. 4. b).

<sup>332</sup> Speziell zu der Frage, ob die Verletzung des Konfrontationsrechts durch Einführung des Geständnisses eines Mitbeschuldigten aus dem Vorverfahren noch zulässigerweise gerügt werden kann, wenn ein Antrag auf Verfahrensabtrennung (*severance*) gestellt wurde, *United States v. Ford* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 761 F.3d 641, 652 ff. (2014).

<sup>333</sup> *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, 681 (1986); *Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988). Zu diesem Maßstab der *harmless error*-Regelung bei Verletzung von Verfassungsrecht bereits oben III. B. 2. a) dd).

<sup>334</sup> *Wigmore*, Evidence, § 1367: „[Cross-examination] is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth.“

<sup>335</sup> Siehe die Nachweise bei *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733, 748.

<sup>336</sup> Siehe etwa *McCormick*, Evidence, Vol. 1, §§ 19–32.

tungszeugen werde in den seltensten Fällen erfolgreich infrage gestellt; hauptsächlich diene das Kreuzverhör dazu, zusätzliche Aspekte hervorzubringen.<sup>337</sup> Aus vergleichender, insbesondere deutscher Perspektive werden zudem Bedenken hervorgebracht, wonach es sich beim Kreuzverhör eher um ein Aufeinandertreffen ausgefeilter anwaltlicher Strategien handele, weshalb die „Chancen der Wahrheit, siegreich hervorzutreten, allenfalls ebenso groß sind wie die, im Kampfgetümmel unterzugehen“.<sup>338</sup>

Trotz dessen handelt es sich noch immer um ein wichtiges Werkzeug des Beschuldigten, selbst gegen das Risiko eines Fehlurteils anzugehen. Es gibt ihm die Möglichkeit, effektiv auf den Inhalt von Zeugenaussagen einzuwirken und diese zu formen. Diese Bedeutung hat der Supreme Court in der grundlegenden Entscheidung *Crawford v. Washington* zu Amendment VI mit Nachdruck hervorgehoben: Dem Gericht ist es verfassungsrechtlich verwehrt, die Aussage eines Zeugen zu verwerten, auf die der Beschuldigte keinen Zugriff hatte und deren Wahrheitsgehalt er daher nicht testen und mitgestalten konnte.<sup>339</sup> Ob die Aussage (aus anderen Gründen) mit hoher Wahrscheinlichkeit glaubhaft wäre, kann daher keine Rolle spielen.

#### 4. Eigene Beweisführung

Schließlich kann der Beschuldigte eigene Beweise vorbringen, um damit seinen eigenen *case* zu präsentieren oder um den *case* der Staatsanwaltschaft zu widerlegen.<sup>340</sup>

##### *a) Verfassungsrechtliche Garantie des Rechts auf Vorführung eigener Beweise*

Auch das Recht, eigene Beweise in den Prozess einzuführen, ist verfassungsrechtlich verankert. Gestützt wurde es zunächst auf die *due process*-Klausel des Amendment V. In der grundlegenden Entscheidung *Washington v. Texas* im Jahr 1967 stellte der Supreme Court dann auf die *compulsory process*-Garantie des Amendment VI ab, die dem Beschuldigten ermöglicht, notfalls auch mit Zwangsmitteln Zeugen zu seiner Entlastung vorführen zu lassen.<sup>341</sup> Um überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich zu haben, beinhaltet diese Klausel auch das Recht,

<sup>337</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 31 m.w.N.

<sup>338</sup> *Weigend*, ZStW 100 (1988), 733, 746 ff.

<sup>339</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, (2004); dazu bereits oben III. B. 3. a).

<sup>340</sup> Siehe zum folgenden Themenkomplex die erschöpfenden Ausführungen von *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 430 ff. Angesichts dieser umfangreichen Arbeit kann sich der nachfolgende Abschnitt auf einen groben Überblick beschränken.

<sup>341</sup> Amendment VI: „In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor [...]“

überhaupt entlastende Beweise im Prozess zu präsentieren.<sup>342</sup> In späteren Entscheidungen prüfte das Gericht die Versagung eigener Beweisführungen allerdings im Rahmen des Rechts, eine vollständige Verteidigung zu präsentieren (*a meaningful opportunity to present a complete defense*), das es in Confrontation Clause und Compulsory Process Clause oder Due Process Clause verortete.<sup>343</sup> Die Wissenschaft verankert das Recht auf Einführung von Entlastungsbeweisen demgegenüber wohl mehrheitlich in der Compulsory Process Clause des Amendment VI als Komplementär zum Recht der Confrontation Clause des Amendment VI, die von der Staatsanwaltschaft vorgebrachten Belastungsbeweise zu testen.<sup>344</sup> Über Amendment XIV entfaltet die Garantie jedenfalls auch für die einzelstaatlichen Verfahren Geltung.<sup>345</sup>

Was den Gewährleistungsgehalt des Rechts auf Vorführung eigener Beweise betrifft, so besteht in der Beschränkung auf entscheidungserhebliche (*material*) Beweise bzw. Tatsachen eine schutzbereichsimmanente Eingrenzung.<sup>346</sup> Welche Begrenzungen daneben gerechtfertigt sind, ist aufgrund der uneinheitlichen verfassungsrechtlichen Verankerung vergleichsweise unendlich herausgearbeitet. Es scheint sich aber herauszukristallisieren, dass Beweisvorführungsrechte des Beschuldigten aufgrund anderer legitimer Interessen begrenzt werden dürfen, sofern die entsprechenden Regelungen nicht willkürlich (*arbitrary*) oder unverhältnismäßig (*disproportionate*) in ein gewichtiges Interesse des Beschuldigten eingreifen.<sup>347</sup> Als in diesem Sinne willkürlich ist etwa eine Regelung bewertet worden, welche die Benennung eines angeklagten oder verurteilten Mitbeschuldigten für die Verteidigung nicht zulässt, weil darin ein Risiko für Falschaussagen erblickt werde, gleichzeitig aber die Benennung derselben Person als Belastungszeugen durch die Staatsanwaltschaft erlaubt.<sup>348</sup> Gleichfalls verfassungswidrig ist eine Norm, die Beweisvorführungen für die Täterschaft einer dritten Person unterbindet, wenn der *case* der

---

<sup>342</sup> *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 19 ff., insb. 23 (1967): „The Framers of the Constitution did not intend to commit the futile act of giving to a defendant the right to secure the attendance of witnesses whose testimony he had no right to use.“ Ebenfalls an die Compulsory Process Clause anknüpfend *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 409 (1988); *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998).

<sup>343</sup> *Crane v. Kentucky*, 476 U.S. 683, 690 (1986); *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319, 324 (2006); *Nevada v. Jackson*, 133 S.Ct. 1990, 1992 (2013). Dazu *Hewett*, 96 Geo. L. J. 273, 287 ff. (2007).

<sup>344</sup> *Westen*, 91 Harv. L. Rev. 567 ff., 625 ff. (1977–1978), *ders.*, 77 Mich. L. Rev. 1185, 1197 (1978–1979); *Hewett*, 96 Geo. L. J. 273, 304 (2007).

<sup>345</sup> *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967).

<sup>346</sup> *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 16, 23 (1967); *United States v. Valenzuela-Bernal*, 458 U.S. 858, 867 (1982).

<sup>347</sup> In diesem Sinne jedenfalls *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44, 55 f. (1987); *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303, 308 (1998); *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319, 324 f. (2006).

<sup>348</sup> *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 22 f. (1967).

Staatsanwaltschaft sehr überzeugend ist.<sup>349</sup> Demgegenüber stellt der flächendeckende Ausschluss des Lügendetektor-Beweises keine Rechtsverletzung dar.<sup>350</sup>

### b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung

Das Recht, eigene Beweise vorzuführen, ist im einfachgesetzlichen Beweisrecht näher ausgestaltet. Nach einer kurzen Skizze der bestehenden rechtlichen Instrumente (aa) werden unter bb) die Anforderungen an die Zulässigkeit von Beweisvorbringen erläutert. Die Einbringung von Beweisen beinhaltet, wie in cc) erläutert wird, stets auch deren Beibringung. Schließlich müssen in diesem Zusammenhang Präklusionsregelungen für einzelne Verteidigungseinreden als Sanktion für deren verspätetes Vorbringen näher beleuchtet werden (dd).

#### aa) Rechtliche Instrumente zur eigenen Beweisvorführung

Die Vorführung eigener Beweise durch die Verteidigung erfolgt im Anschluss an die Beweisführung der Staatsanwaltschaft. Die Verteidigung benennt die Beweismittel, die sie einbringen möchte. Dabei hat sie einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>351</sup> Sie kann entscheiden, welche Beweismittel im Einzelnen eingeführt werden und in welcher Reihenfolge die Vorführung vonstattengehen soll. Die Aussagen der von ihr benannten Beweispersonen führt die Verteidigung dann im Wege des Hauptverhörs ein. Inhalt, Abfolge und Art und Weise der Befragung werden also ebenfalls von ihr festgelegt.

Wichtige Elemente der eigenen Beweisvorführung sind zudem die Eröffnungs- bzw. Schlusserklärung. Mit der ersteren (*opening statement*) zu Beginn des Verfahrens<sup>352</sup> wird die Darstellung des eigenen *case* vorbereitet. So wird angekündigt, welche Beweise im Einzelnen eingeführt werden sollen und wie diese in die zu beweisende, übergreifende Sicht des Falles einzuordnen sind.<sup>353</sup> Ebenso wie die Staatsanwaltschaft<sup>354</sup> darf auch die Verteidigung nicht Bezug auf Beweise nehmen, von denen sie ausgeht, dass sie nicht auf zulässige Weise in das Verfahren einge-

<sup>349</sup> *Holmes v. South Carolina*, 547 U.S. 319, 330 (2006): „The rule applied in this case is no more logical than its converse would be, i.e., a rule barring the prosecution from introducing evidence of a defendant’s guilt if the defendant is able to proffer, at a pretrial hearing, evidence that, if believed, strongly supports a verdict of not guilty.“

<sup>350</sup> *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998).

<sup>351</sup> Vgl. *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 419.

<sup>352</sup> Je nach Prozessordnung erfolgt das *opening statement* direkt im Anschluss an das der Staatsanwaltschaft oder bevor der eigene *case* dargestellt wird, *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.7 (a).

<sup>353</sup> Vgl. *concurring opinion* von Chief Justice *Burger* in *United States v. Dinitz*, 424 U.S. 600, 612 (2010); *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.7 (a).

<sup>354</sup> Siehe oben III. B. 1. b).

führt werden können.<sup>355</sup> In der Schlusserklärung (*closing argument*) kann die Verteidigung am Ende des Verfahrens die von ihr dargestellte Version des Falles zusammenfassend erläutern und dem *case* der Staatsanwaltschaft gegenüberstellen.<sup>356</sup>

#### bb) Anforderungen an die Zulässigkeit eigener Beweise

Wichtigste Anforderung an die Zulässigkeit der Beweisführung ist die Sachdienlichkeit, die *relevance* des Beweises bzw. einzelner Fragen im Rahmen des Hauptverhörs (FRE 402).<sup>357</sup> Sie wird anhand zweier Faktoren bestimmt (vgl. FRE 401). Der Beweis muss sich erstens auf eine Tatsache beziehen, die entscheidungserheblich ist (*material*), und zweitens zum Nachweis dieser Tatsache einen gewissen Beitrag leisten können, also einen Beweiswert haben (*probative value*).<sup>358</sup> Die Entscheidungserheblichkeit wird weit verstanden: Umfasst sind neben dem Bezug zur Schuld- bzw. Rechtsfolgenfrage auch verfahrenserhebliche Umstände, wie die Glaubwürdigkeit eines bestimmten Zeugen, oder Hintergrundinformationen.<sup>359</sup> Maßgeblich für die Zulassung des Beweises durch das Gericht ist die Sicht eines vernünftigen Geschworenen.<sup>360</sup> Grundsätzlich kommt dem Berufsrichter bei der Beurteilung ein weites Ermessen zu.<sup>361</sup>

Darüber hinaus besteht eine Vielzahl spezieller Anforderungen hinsichtlich der Geeignetheit einzelner Arten von Beweismitteln oder zu bestimmten Beweisthemen, die hier nur beispielhaft aufgeführt werden sollen. Für den Zeugenbeweis ist etwa geregelt, dass vor einer konkreten Aussage geklärt sein muss, dass der Aussagegegenstand eine persönliche Wahrnehmung ist (FRE 602). Die Zulassung des Sachverständigenbeweises ist davon abhängig, dass er dem Tatgericht bei der Beurteilung einer Frage helfen kann (FRE 702 (a)). Ausdrücklich geregelt ist nunmehr in FRE 607, dass eine Partei im Rahmen des Hauptverhörs die Glaubwürdigkeit eines selbst geladenen Zeugen infrage stellen darf, beispielsweise wenn der Beschuldigte die Täterschaft eines Zeugen als dritte Person nachweisen will und dieser die Tatbegehung leugnet.<sup>362</sup> Wie auch bei der Beweisführung der Staatsanwaltschaft sind

<sup>355</sup> ABA Standards 15-3.4 (2); näher *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.7 (a) m.w.N.

<sup>356</sup> Vgl. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.7 (b).

<sup>357</sup> FRE 402 lautet danach schlicht: „Relevant evidence is admissible [...]. Irrelevant evidence is not admissible.“

<sup>358</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 456; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 520. – FRE 401 normiert diese beiden Anforderungen allerdings, ohne die Worte „material“ oder „probative value“ zu verwenden. Dazu *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; *Weissenberger/Duane*, FRE Commentary, § 401.6.

<sup>359</sup> *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 456 f.

<sup>360</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 185; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 458.

<sup>361</sup> *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 520.

<sup>362</sup> So die Konstellation bei *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973). Dazu näher *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 416 mit Fn. 33 ff.

die allgemeinen Beweisregeln des US-amerikanischen Verfahrens zu beachten, wie etwa das Verbot von *hearsay evidence*<sup>363</sup> oder die *jury*-schützenden Ausschlussmöglichkeiten entscheidungserheblicher Beweise.<sup>364</sup> Etwa unterliegt die Einführung eigener Beweismittel zum impeachment eines Belastungszeugen denselben Begrenzungen wie die entsprechenden Fragen im Kreuzverhör.<sup>365</sup>

Bevor der Beschuldigte einen Beweis in der Hauptverhandlung präsentiert, hat er im Regelfall dessen Zulässigkeit erläutern. Wie auch bei Fragen im Kreuzverhör obliegt ihm im Anschluss an die Stattgabe einer Beanstandung der Staatsanwaltschaft durch das Gericht (FRE 103 (a) (2)) die Abgabe einer *offer of proof*.<sup>366</sup> Dadurch soll zum einen das Gericht in die Lage versetzt werden, seine Entscheidung zu überdenken.<sup>367</sup> Vor allem aber kann der Beschuldigte nur auf diese Weise die Überprüfbarkeit der Ablehnungsentscheidung auf Rechtsmittelebene sichern. Im Regelfall wird das Gericht den Beweisführer bereits vor einer möglichen Beanstandung der Gegenpartei auffordern, sein Beweisvorhaben, soweit nicht gesehen, in Grundzügen darlegen.<sup>368</sup>

Für die Erläuterung seines Beweisvorhabens obliegt es dem Beweisführer, alle Informationen anzugeben, die für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Beweises nötig sind. Soweit es sich nicht ausnahmsweise bereits aus der Benennung des Beweismittels ergibt, hat er zu beschreiben, welchen Inhalt der von ihm beantragte Beweis haben wird und aus welchen Gründen die damit zu beweisenden Tatsachen entscheidungserheblich sind.<sup>369</sup> Bei der Zulassung einer Frage im Hauptverhör muss dementsprechend die mutmaßliche Antwort des Zeugen und deren Relevanz für das Verfahren dargelegt werden.<sup>370</sup> Darüber hinaus ist ggf. auf die in einer Beanstandung der Staatsanwaltschaft angeführten Gründe für die Unzulässigkeit des Beweises einzugehen und zu erläutern, warum diese nicht greifen.<sup>371</sup> Die entsprechenden Erläuterungen werden aus naheliegenden Gründen im Regelfall ohne Anwesenheit der *jury* gegeben; zudem kann sich der Berufsrichter in einer separaten Vernehmung im Vorfeld Kenntnis über den Aussageinhalt verschaffen.<sup>372</sup>

---

<sup>363</sup> Siehe oben III. B. 1.

<sup>364</sup> Siehe oben I. B. 1.

<sup>365</sup> Siehe oben III. B. 3. b).

<sup>366</sup> Die Staatsanwaltschaft hat im Grundsatz die gleichen Möglichkeiten wie der Beschuldigte, die Beweisführung der Gegenseite zu beanstanden. Zu den Einzelheiten der Beanstandungsrechte des Beschuldigten bereits oben III. B. 2. a). – Zum Erfordernis des *offer of proof* bei Fragen im Kreuzverhör bereits oben III. B. 3. b).

<sup>367</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 12 ff.

<sup>368</sup> Vgl. *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 455 f. mit Fn. 291.

<sup>369</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 20; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 454 f.; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 519.

<sup>370</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 11.

<sup>371</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51 mit Fn. 23.

<sup>372</sup> *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 519.

Die gerichtliche Ablehnung eines Beweises an sich oder einzelner Fragen kann Gegenstand einer Rechtsmittelrüge sein. Dabei ist der Beschuldigte allerdings mit solchen Umständen, die er nicht zuvor für die Zulässigkeit des Beweises ins Feld geführt hat, präkludiert.<sup>373</sup> Soweit keine Präklusion besteht, findet die *harmless error*-Regelung Anwendung.<sup>374</sup> Prüfungsmaßstab ist, ob die Verweigerung der Beweisführung *beyond reasonable doubt* die *jury* bei ihrer Entscheidung beeinflusst hat.<sup>375</sup>

### cc) Beibringung der Beweismittel

Anders als im deutschen Amtsermittlungsverfahren muss der Beschuldigte die entlastenden Beweise, die er präsentieren möchte, selbst herbeischaffen. Wie bereits oben angesprochen, ist dem Beschuldigten hierfür verfassungsrechtlich in Amendment VI garantiert, die von ihm gewünschten Zeugen notfalls zwangsweise zur Verhandlung vorführen lassen zu können. In Umsetzung dieser Garantie gewähren alle Verfahrensordnungen das Recht, eine vollstreckbare Vorladung (*subpoena*) für die betreffenden Zeugen zu erwirken.<sup>376</sup>

Während eine solche *subpoena* im Allgemeinen auf bloßen Antrag ausgestellt wird,<sup>377</sup> muss der Beschuldigte in besonderen Fällen die Notwendigkeit der Beweisvorführung darlegen. Dies betrifft etwa die Weigerung des Zeugen oder Vorladung eines Zeugen aus einem anderen Bundesstaat oder dem Ausland. Daneben ist eine solche Darlegung aber vor allem dann notwendig, wenn der Beschuldigte die Kosten für die Vorführung nicht selbst tragen kann und deren Übernahme durch den Staat beantragt wird.<sup>378</sup>

Die Anforderungen an die Darlegung variieren in den einzelnen Verfahrensordnungen beträchtlich. Nach der eher zurückhaltenden Regelung im Bundesstrafverfahren (FRCP 17) ist das Gericht zum Erlass der Vorladung verpflichtet, wenn der Beschuldigte darlegt, warum der Zeuge für eine angemessene Verteidigung notwendig ist. In der Praxis wird dies als Darlegung der Entscheidungserheblich-

<sup>373</sup> *McCormick*, Evidence, Vol. 1, § 51.

<sup>374</sup> *Crane v. Kentucky*, 476 U.S. 683, 691 (1986).

<sup>375</sup> Zu diesem Maßstab bereits oben III. B. 1. a). Beispiele für die Ablehnung eines *harmless error* finden sich bei *United States v. Thomas* (United States Court of Appeals, Ninth Circuit), 134 F.3d 975, 980 (1998); *United States v. Saenz* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 179 F.3d 686, 689 (1999); *United States v. Sheehan* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), 512 F.3d 621, 633 (2008); einen *harmless error* annehmend *United States v. Blum* (United States Court of Appeals, Second Cir.), 62 F.3d 63, 69 (1995).

<sup>376</sup> Die einzelstaatlichen Vorschriften orientieren sich an der Regelung im Bundesstrafverfahren, FRCP 17, siehe *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 430.

<sup>377</sup> Zu Einzelheiten des Verfahrens *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 274; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 430 f.

<sup>378</sup> Teilweise wird dem Beschuldigten in diesem Fall unbeschrieben der materiellen Notwendigkeit ein zahlenmäßig konkret begrenztes Kontingent solcher Vorladungen gewährt, siehe *Westen*, 74 Mich. L. Rev. 191, 253 Fn. 216 (1975–1976) m.w.N.



keit ausgelegt, auf deren Grundlage das Gericht mit Ermessen entscheidet.<sup>379</sup> Andere Verfahrensordnungen verlangen demgegenüber bereits normativ eine detaillierte Schilderung des voraussichtlichen Beweisinhalts.<sup>380</sup>

Unterschiedlich geregelt ist darüber hinaus, ob über die Ausstellung einer *subpoena ex parte* entschieden wird oder ob eine normale Anhörung stattfindet. Weil die Anhörung in letzterem Fall Eingang in die Verfahrensakte findet, kann diese Verfahrensweise zu einer unfreiwilligen teilweisen Offenlegung der Verteidigungsstrategie gegenüber der Staatsanwaltschaft führen.<sup>381</sup> Insgesamt werden Anträge auf den Erlass einer *subpoena* unter staatlicher Kostenübernahme häufig abgelehnt.<sup>382</sup>

Um mehr Zeit zu haben, ein neues Beweismittel zu beschaffen, ist die Verteidigung schließlich berechtigt, die Verlegung, Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung zu beantragen (*continuance*).<sup>383</sup> Auch für die Gewährung einer *continuance* bestehen erhebliche Begründungserfordernisse im Hinblick auf den zu erwartenden Inhalt des Beweises, weniger aufwendige Alternativen oder das Fehlen eigener Versäumnisse der Verteidigung. Die Anordnung steht im Ermessen des Gerichts.

Die Ablehnung einer *subpoena* ist für Rechtsmittelgerichte im Allgemeinen kein Grund zur Urteilsaufhebung.<sup>384</sup> Auch wegen einer verweigerten *continuance* werden Verurteilungen nur sehr selten aufgehoben.<sup>385</sup>

#### dd) Präklusionsbewehrte Offenlegung von Verteidigungseinreden

Bereits oben wurden die reziproken Regelungen zu Offenlegung eigener Ermittlungsergebnisse durch die Parteien erläutert.<sup>386</sup> Wie dort angesprochen, kennt das US-amerikanische Verfahren darüber hinausgehend spezielle Vorgaben, die den Beschuldigten zur Vorankündigung bestimmter Verteidigungseinreden und zur Offenlegung der sie stützenden Beweise anhalten.

<sup>379</sup> Dazu *Westen*, 74 Mich. L. Rev. 191, 272 (1975–1976); *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.3 (f); vgl. auch die Rechtsprechungsnachweise bei *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 273 mit Fn. 8 und 10.

<sup>380</sup> Mit Beispielen *Westen*, 74 Mich. L. Rev. 191, 272 (1975–1976); siehe ferner *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 430.

<sup>381</sup> *Westen*, 74 Mich. L. Rev. 191, 268 mit Fn. 292 (1975–1976); *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.3 (f).

<sup>382</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 24.3 (f); speziell für das Bundesverfahren *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 273 mit Fn. 10 m.w.N.

<sup>383</sup> Dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 832 und *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 437 ff.

<sup>384</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 273 mit Fn. 11 m.w.N.

<sup>385</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 832 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 7; *Thaman*, in: *Perron* (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 522.

<sup>386</sup> Siehe oben III. A. 1. a).

Im Bundesstrafverfahren betrifft dies zunächst die Verteidigung mit einem Alibi (FRCP 12.1). Auf Anfrage der Staatsanwaltschaft muss der Beschuldigte ankündigen, dass er sich mit einem Alibi verteidigen werde, und den behaupteten Aufenthaltsort, den Namen und die Adresse der Alibizeugen nennen. Im Gegenzug muss die Staatsanwaltschaft die Zeugen offenbaren, welche die Anwesenheit des Beschuldigten am Tatort bzw. seine Abwesenheit am Alibi-Ort bekunden sollen. Kommt er dem nicht nach, kann das Gericht dies nach seinem Ermessen bis hin zur Präklusion der nicht angekündigten Zeugen sanktionieren (FRCP 12.1 (e)). Kriterien sind unter anderem das Ausmaß der Benachteiligung infolge der versäumten Offenlegung, das Gewicht des betroffenen Entlastungsbeweises bzw. der bisher bekannten Belastungsbeweise und der Grund für das Versäumnis.<sup>387</sup> Nach FRCP 12.2 muss der Beschuldigte des Weiteren die Verteidigungseinrede der *insanity* bis zu dem für die *pretrial motions* bestimmten Zeitpunkt<sup>388</sup> ankündigen. Versäumt er dies, kann er sich im weiteren Verfahren grundsätzlich nicht mehr darauf berufen (FRCP 12.2 (a)).<sup>389</sup> Zudem muss er unter Androhung der Präklusion die Vorführung eines Sachverständigenbeweises hierzu vorankündigen (FRCP 12.2 (b) und (d)). Schließlich muss er, ebenfalls unter dem Sanktionsrisiko der Präklusion, die Verteidigungseinrede des Handelns in Ausübung hoheitlicher Befugnisse (*public-authority defense*) inklusive der dazu zu präsentierenden Zeugen ankündigen (FRCP 12.3). Viele Einzelstaaten regeln, ähnlich dem Bundesstrafverfahren, Offenlegungspflichten vor allem für die Alibi-Einrede oder die Schuldunfähigkeit.<sup>390</sup> In einigen Einzelstaaten sind aber darüber hinausgehend noch weitere Verteidigungseinreden im Vorfeld anzukündigen.<sup>391</sup>

Als *ratio* dieser Regelungen gilt die gegenseitige Fairness im Verfahren. Verhindert werden soll, dass der Beschuldigte die Staatsanwaltschaft mit Überraschungstaktiken überrumpeln und das Urteil unsachgemäß beeinflussen kann. Vielmehr soll die Gegenseite ausreichend Gelegenheit haben, die Verteidigungseinreden zu prüfen und zu widerlegen.<sup>392</sup> Zudem soll der ordnungsgemäße und zügige Ablauf des Verfahrens gesichert werden.<sup>393</sup> Verfassungsrechtliche Probleme bestehen laut Supreme Court nicht. Die Benennung einer beabsichtigten Verteidigungseinrede

---

<sup>387</sup> Näher *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 202; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.6 (c). Eine Auflistung der in der Praxis der Bundesgerichte und der einzelstaatlichen Gerichte angewandten Kriterien findet sich bei *Atkinson*, 14 Pace L. Rev. 537, 610 ff. (1994).

<sup>388</sup> Zu diesen Zeitpunkt oben III. B. 2. a) aa).

<sup>389</sup> Diese prozessuale Situation wird etwa in dem Film „Primal Fear“ (deutscher Titel: „Zwielicht“) anschaulich in Szene gesetzt.

<sup>390</sup> Beispielsweise N.Y. CPL § 250.10 und § 250.20.

<sup>391</sup> Vgl. etwa Minn. Rules of Crim. Proc. 9.02 SuBd. 1 (5); dazu *Fraser*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 808 (1999–2000). Dazu allgemein *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 20.5 (d).

<sup>392</sup> Vgl. zu diesen Zielen *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 410 f. (1988); *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 200 m.w.N. in Fn. 1; *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 440 f.; *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 531.

<sup>393</sup> *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 410 f. (1988).

betrifft danach nur den Zeitpunkt der Offenlegung seiner Verteidigungstaktik, der aber nicht von der Selbstbelastungsfreiheit aus Amendment V geschützt ist.<sup>394</sup> Der Ausschluss von Beweisen als Sanktion verletzt laut Supreme Court auch nicht die *compulsory process*-Garantie des Amendment VI. Zur effektiven Durchsetzung der angestrebten Ziele sei die grundsätzliche Möglichkeit, die entsprechenden Beweismittel auszuschließen, notwendig.<sup>395</sup> Auch wenn eine weniger schwerwiegende Sanktionierung möglich wäre, könne das Gericht den Ausschluss des Beweises anordnen.<sup>396</sup> Zusätzlich hat das Gericht angemerkt, dass zu spät offenbarte Entlastungsbeweise ohnehin das Risiko in sich tragen würden, gefälscht (*fabricated*) zu sein.<sup>397</sup> Den überwiegend kritischen Stimmen der Wissenschaft zufolge hat das Gericht insoweit das Interesse an einer zuverlässigen Wahrheitsermittlung und die Bedeutung spät vorgebrachter Entlastungsbeweise für dieses Ziel nicht ausreichend gewürdigt.<sup>398</sup>

c) Stellenwert des Rechts auf Einführung eigener Beweise

Die Compulsory Process Clause und ihre gesetzlichen Ausformungen geben dem Beschuldigten eine essenzielle Mitwirkungsmöglichkeit an die Hand. Die Zerteilung der Beweisaufnahme zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung ermöglicht ihm eine zusammenhängende, strukturiert aufgebaute Schilderung der eigenen Sicht des Geschehens. Welche Beweismittel er einführt und welche nicht, bleibt allein ihm überlassen. Etwa kann er entlastende Beweise, die nicht seiner Verteidigungsstrategie entsprechen und die gewählte Strategie daher schwächen könnten, komplett außen vor lassen. Zudem kann er die Reihenfolge der einzelnen Beweismittel an seine Verteidigungsstrategie anpassen. Über die eigene Befragung im Hauptverhör kann der Aussageinhalt bereits von Beginn an in die gewünschte Richtung gelenkt werden. Auf diese Weise kann der Beschuldigte seine Version des Geschehens, seine *case theory*, als gleichberechtigte Alternative neben die Anklage stellen.

Die Garantien der Compulsory Process Clause aus Amendment VI stellen somit ein wichtiges Werkzeug dar, mit dem der Beschuldigte auf die prozessuale Sachverhaltsermittlung Einfluss nehmen und ein Fehlurteil selbst zu verhindern versuchen kann.

---

<sup>394</sup> *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970). Eine Regelung, die einseitig nur die Offenlegung der Alibi-Zeugen der Verteidigung vorsah, wurde in *Wardius v. Oregon*, 412 U.S. 470 (1973) demgegenüber als verfassungswidrig angesehen.

<sup>395</sup> *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 413 f. (1988). Näher *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 448 f.

<sup>396</sup> *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 413 (1988).

<sup>397</sup> *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 413 f. (1988).

<sup>398</sup> *Atkinson*, 14 Pace L. Rev. 537 ff. (1994) sowie *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 449 m.w.N. in Fn. 269. Siehe zudem die von Justice *Brennan* formulierte *dissenting opinion* zu *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 419 ff. (1988).

## C. Beweisführungsrechte des Beschuldigten im konsensualen Verfahren

Nach der Darstellung der Beweisführungsrechte im normativen Normalfall, dem streitigen Verfahren, sind nun in einem eigenen Abschnitt die Beweisführungsrechte des Beschuldigten im konsensualen Verfahren, dem Normalfall in der Praxis, darzustellen.

### 1. Funktionsweise konsensualer Verfahrensbeendigungen

Hierzu soll zunächst das Verfahren der konsensualen Beendigungsmöglichkeit des US-amerikanischen Prozesses erläutert werden.<sup>399</sup>

#### a) Die Abgabe eines Schuldbekenntnisses durch den Beschuldigten

Ausgangspunkt der konsensualen Verfahrensbeendigung im US-amerikanischen Verfahren ist die Abgabe eines Schuldbekenntnisses durch den Beschuldigten. Dies findet im Regelfall im Anklageeröffnungsverfahren (*arraignment*) statt, in dem sich der Beschuldigte gegenüber dem Anklagevorwurf zu bekennen hat.<sup>400</sup> Ein Schuldbekenntnis (*guilty plea*) kann aber auch später im Prozess abgegeben werden. Daneben besteht auch die Möglichkeit, dem Anklagevorwurf nicht entgegenzutreten (*plea of nolo contendere*),<sup>401</sup> vgl. FRCP 11 (a). Akzeptiert das Gericht das Schuldbekenntnis bzw. die *plea of nolo contendere*, geht das Verfahren direkt in die Strafzumessungsverhandlung (*sentencing*) über, so dass die zeit- und ressourcenaufwendige Hauptverhandlung entfällt.

Das Schuldbekenntnis ist somit kein Geständnis. Vielmehr handelt es sich um eine formale Erklärung, die den Schuldspruch der *jury* ersetzt. Mit Abgabe des Schuldbekenntnisses spricht der Beschuldigte also sein eigenes Schuldurteil.<sup>402</sup>

---

<sup>399</sup> Die konsensuale Verfahrensbeendigungsmöglichkeit des US-amerikanischen Verfahrens hat seit geraumer Zeit vielfaches Interesse in der deutschen Strafrechtswissenschaft gefunden. Die nachfolgende Darstellung bietet daher nur den für die hiesigen Zwecke kürzestmöglichen Überblick. Siehe für darüber hinausgehende Einblicke die Arbeiten von *Bickel*, Das Geständnis im US-amerikanischen Strafprozess; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 146 ff.; *ders.*, ZStW 120 (2008), 331 ff.; *Kobor*, Bargaining; *Ransiek*, ZIS 2008, 116 ff.; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597 ff.; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 ff.

<sup>400</sup> Zur Funktion des Anklageeröffnungsverfahrens näher *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 46 ff.

<sup>401</sup> Der Unterschied zur *guilty plea* liegt darin, dass dadurch keine zivilrechtlichen Folgewirkungen entstehen. Siehe *Herman*, Plea bargaining, § 10.06; *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 175; *Bickel*, Das Geständnis im US-amerikanischen Strafprozess, S. 53 f. m.w.N.

<sup>402</sup> *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 (1969); *Florida v. Nixon*, 543 U.S. 175, 187 (2004): „[A guilty plea] is not simply a strategic choice; it is itself a conviction.“ Siehe auch *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 146 m.w.N.

Verfassungsrechtliche Konstruktion hierfür ist die Verzichtbarkeit des in Amendment VI garantierten Rechts auf ein Streitiges Verfahren vor einer *jury* und der Selbstbelastungsfreiheit aus Amendment V.<sup>403</sup> Es wird sogar für zulässig erachtet, dass der Beschuldigte eine *guilty plea* abgibt, zugleich aber seine Unschuld beteuert, was, nach dem entsprechenden Grundsatzurteil *North Carolina v. Alford* als sog. „*Alford plea*“ bezeichnet wird.<sup>404</sup>

Bevor das Gericht ein Schuldbekenntnis akzeptieren darf, muss es eine Reihe von Voraussetzungen prüfen (vgl. FRCP 11 (b)).<sup>405</sup> Zunächst muss es den Beschuldigten in öffentlicher Verhandlung über die einzelnen Konsequenzen der Abgabe eines Schuldbekenntnisses belehren (vgl. FRCP 11 (b) (1)). Gem. FRCP 11 (b) (2) muss es weiter sicherstellen, dass das Schuldbekenntnis freiwillig abgegeben wurde. Freiwilligkeit meint dabei das Fehlen von körperlichem Zwang oder unlauteren Versprechungen.<sup>406</sup> „Sanktionsscheren“ beeinträchtigen daher grundsätzlich nicht die Freiwilligkeit des Schuldbekenntnisses.<sup>407</sup> Selbst die Verhinderung der Todesstrafe als alleiniges Motiv für die Abgabe eines Schuldbekenntnisses hindert nicht die Annahme der Freiwilligkeit.<sup>408</sup> Unfreiwillig ist das Schuldbekenntnis auch nicht, wenn die Staatsanwaltschaft mit der Verfolgung eines schwereren Delikts als Reaktion auf die Verweigerung eines Schuldbekenntnisses droht, sofern für dieses Delikt der Verdachtsgrad der *probable cause*, also die für die Anklageerhebung notwendige Schwelle, vorliegt.<sup>409</sup>

<sup>403</sup> *Herman*, Plea bargaining, § 3.01. Dies gilt selbst für das selbstzerstörerische Schuldbekenntnis zur Begehung eines Delikts, das zwingend mit Todesstrafe geahndet wird. Siehe *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (738) m.w.N.

<sup>404</sup> Benannt nach dem berühmten Fall *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 37 ff. Siehe dazu *Herman*, Plea bargaining, § 10.05; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.4 (f); aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Bickel*, Das Geständnis im US-amerikanischen Strafprozeß, S. 170 ff.; *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 172; *Ransiek*, ZIS 2008, 116.

<sup>405</sup> FRCP 11 übt dabei eine gewisse Leitfunktion für die einzelstaatlichen Verfahren aus, vgl. *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 159. Zur Geschichte von FRCP 11 in den Jahren seit 1960 eingehend *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 170.

<sup>406</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 755 (1970); dazu *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 178.

<sup>407</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 757 f. (1970); dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 357; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 753 ff.

<sup>408</sup> *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 31 ff. dazu *Ransiek*, ZIS 2008, 116, 118 f.

<sup>409</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 364 f. (1978): der Beschuldigte wurde vor die Wahl gestellt, eine fünfjährige Freiheitsstrafe zu akzeptieren, andernfalls werde ein schwereres Delikt angeklagt, das in Verbindung mit der *three strikes*-Regelung zu lebenslanger Freiheitsstrafe führen würde. Kritisch dazu Justice *Scalia* in einer *dissenting opinion* zu *Lafler v. Cooper*, 132 S.Ct. 1376, 1397 (2012); kritisch auch *Reinhardt* in einer *concurring opinion* in *United States v. Robertson* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 15 F.3d 862, 876 (1994). Dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.2 (b); *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 178 Fn. 8 m.w.N.; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 754 f.

Schließlich muss das Gericht gem. FRCP 11 (b) (3) eine ausreichende tatsächliche Grundlage (*factual basis*) für das Schuldbekenntnis feststellen.<sup>410</sup> Welche Beweisschwelle dafür erreicht werden muss, ist allerdings unklar. Fest steht allein, dass im Vergleich zum Schuldspruch durch eine *jury* nach streitiger Hauptverhandlung ein deutlich reduzierter Beweisgrad gefordert ist.<sup>411</sup> Für die Ermittlung der *factual basis* hat das Gericht ein weites Ermessen.<sup>412</sup> Es kann sich einer Reihe von Quellen bedienen, wie etwa den Beschuldigten, den Vertreter der Staatsanwaltschaft und den Verteidiger befragen oder die Beweise in der Verfahrensakte überprüfen.<sup>413</sup> Die bloße Bezugnahme auf die Anklageschrift reicht regelmäßig nicht aus.<sup>414</sup> Im Fall der *Alford plea*, wenn der Beschuldigte also die Abgabe des Schuldbekenntnisses mit der ausdrücklichen Berufung auf seine Unschuld verbindet, gelten zudem erhöhte Anforderungen: Das Beweismaterial, insbesondere die Anklageschrift, muss die Täterschaft des Beschuldigten sehr wahrscheinlich machen bzw. eine *strong factual basis* bilden.<sup>415</sup>

*b) Verhandlungen mit der Staatsanwaltschaft über die Abgabe eines Schuldbekenntnisses (plea bargaining)*

Der Beschuldigte kann ein Schuldbekenntnis aus eigener Veranlassung abgeben und auf die strafmildernde Wirkung dieses Schritts setzen.<sup>416</sup> Im Regelfall gehen dem Schuldbekenntnis allerdings eine Verhandlung und eine Abmachung mit der Staatsanwaltschaft voraus (*plea bargaining* bzw. *plea agreement*). Eine solche Verfahrensweise wird seit geraumer Zeit im US-amerikanischen Strafverfahren

---

<sup>410</sup> Viele einzelstaatliche Verfahren haben mittlerweile eine ähnliche Regelung eingeführt, siehe *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.4 (f).

<sup>411</sup> *United States v. Matos-Quinones* (United States Court of Appeals, First Cir.), 456 F.3d 14, 16 f. (2006); siehe auch *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 179 Fn. 6 m.w.N.

<sup>412</sup> *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 179 mit Fn. 8.

<sup>413</sup> *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 179 mit Fn. 8. Vgl. auch ABA Standard 14-1.6 (a). – In *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 261 (1971) führt der Supreme Court beispielhaft für die Prüfung einer *factual basis* an: „[...] the sentencing judge must develop [...] the factual basis for the plea, as, for example, by having the accused describe the conduct that gave rise to the charge.“

<sup>414</sup> *United States v. Adams* (United States Court of Appeals, Second Cir.), 448 F.3d 492, 500 f. (2006); *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 179 mit Fn. 12 m.w.N. Anders aber die Beobachtung von Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 179 f.

<sup>415</sup> *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 37 ff. Dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.4 (f); aus dem deutschsprachigen Schrifttum eingehend Bickel, Das Geständnis im US-amerikanischen Strafprozeß, S. 170 ff.; Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 172. Siehe zudem die Anweisung in ABA Standard 14-1.6 (b).

<sup>416</sup> *Israel/Kamisar/LaFave*, Constitution, Ch. 1 Sec. 1 sprechen insoweit von einem „implicit plea bargaining“; ebenso *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 748.

praktiziert.<sup>417</sup> Im Jahre 1970 hat der Supreme Court die Praxis als grundsätzlich verfassungsgemäße Art der Verfahrensbeendigung anerkannt.<sup>418</sup> Mittlerweile wird die weit überwiegende Zahl von Verfahren auf diese Weise abgeschlossen. Laut Supreme Court wurden im Jahr 2012 rund 97 % der Bundesstrafverfahren und 94 % der einzelstaatlichen Verfahren über ein Schuldbekennnis beendet.<sup>419</sup>

Im *plea bargaining*-Verfahren einigen sich beide Parteien über die Abgabe einer *guilty plea* des Beschuldigten. Der Beschuldigte hat keinen Anspruch darauf, dass die Staatsanwaltschaft sich auf Verhandlungen einlässt.<sup>420</sup> Die Mitwirkung des Gerichts bei den Verhandlungen ist teilweise, wie etwa in FRCP 11 (c) (1), ausdrücklich verboten.<sup>421</sup> Das Verhandlungsergebnis muss dem Gericht aber offengelegt werden (FRCP 11 (c) (2)). Damit sie Bindung entfaltet, muss das Gericht die Abmachung akzeptieren.<sup>422</sup> Die Gerichte haben ein weites Ermessen, ein *plea agreement* zurückzuweisen.<sup>423</sup> Der Beschuldigte hat also kein Recht, dass das Gericht das *plea agreement* annimmt.<sup>424</sup> Freilich kann der Beschuldigte in diesem Fall sein Schuldbekennnis zurückziehen (FRCP 11 (d) (2) (A)).

Hinsichtlich der „Gegenleistung“ der Staatsanwaltschaft können zwei Arten von Absprachen unterschieden werden, die aber auch kumulativ angewendet werden können.<sup>425</sup> Erste Form des *plea bargaining* ist die Absprache über ein bestimmtes Strafmaß (*sentencing bargaining*), wobei nach der Einführung gesetzlicher Strafzumessungsrichtlinien (*sentencing guidelines*) die Übereinkunft letztlich darin besteht, dass über die (Un-)Anwendbarkeit einer bestimmten Richtlinie Einigkeit erzielt wird (vgl. FRCP 11 (c) (1) (C)).<sup>426</sup> Alternativ kann die Staatsanwaltschaft zustimmen, eine bestimmte Strafe zumindest zu empfehlen oder dem Vorschlag des Beschuldigten nicht entgegenzutreten. Das Gericht ist daran aber nicht gebunden (vgl. FRCP 11 (c) (1) (B)). Zweitens kann eine Vereinbarung über die anzuklagenden Taten geschlossen werden (*charge bargaining*). Dabei kommt das weite Anklageermessen der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Anklageerhebung

---

<sup>417</sup> Zur Entwicklung *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 21.1 (b); *Trüg*, *Lösungskonvergenzen*, S. 149 f.; aus dem deutschen Schrifttum *ders.*, *Lösungskonvergenzen* 149 f.; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1612.

<sup>418</sup> *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 753 (1970).

<sup>419</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1389 (2012); *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1403 (2012)

<sup>420</sup> *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 561 (2000); *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1387 (2012); *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1411 (2012).

<sup>421</sup> *Wright/Leipold*, *Federal Practice and Procedure*, § 180 mit Fn. 16 ff.

<sup>422</sup> *Wright/Leipold*, *Federal Practice and Procedure*, § 180 mit Fn. 14 m.w.N.

<sup>423</sup> *Wright/Leipold*, *Federal Practice and Procedure*, § 180 mit Fn. 12 ff.

<sup>424</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 262 (1971); *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1410 (2012).

<sup>425</sup> *Wright/Leipold*, *Federal Practice and Procedure*, § 180 mit Fn. 38.

<sup>426</sup> *Wright/Leipold*, *Federal Practice and Procedure*, § 180.

zum Tragen.<sup>427</sup> Die Abmachung kann sich entweder auf das Fallenlassen eines Anklagepunkts (*horizontal charge bargaining*) oder auf die Anklage eines im ursprünglichen Delikt enthaltenen Tatbestand mit geringerer Sanktionsfolge beziehen (*vertical charge bargaining*).

Gerade bei diesen vertikalen Arrangements zeigt sich ein sehr pragmatischer – aus deutscher Perspektive sehr befremdlicher – Umgang der US-amerikanischen Staatsanwaltschaft mit der ihr aufgegebenen Pflicht zur objektiven Wahrheitsermittlung. So einigt sich die Staatsanwaltschaft mit der Verteidigung nicht selten auf ein Schuldbekennnis zu einem weniger schweren als tatsächlich ermittelten Delikt.<sup>428</sup> Dies reicht sogar so weit, dass tatsächlich erkennbar unzutreffende<sup>429</sup> oder rechtlich unmögliche Tatbestände<sup>430</sup> Gegenstand der Vereinbarung werden.

Der Grund für dieses Vorgehen liegt in vielen Fällen in den oft drastischen Strafandrohungen im materiellen Recht. Die Eingehung solcher Abmachungen stellt dann einen Weg dar, im konkreten Fall trotz dieser Strafandrohungen eine angemessene Sanktionierung zu erreichen.<sup>431</sup> Oftmals geht es der Staatsanwaltschaft aber auch darum, das Verfahren für ihre Bilanz überhaupt mit einer Verurteilung zu beenden.<sup>432</sup> Dabei wird die mögliche Anklage einer schwereren Tat bzw. einer Tat mit zusätzlichen Anklagepunkten als Drohpotenzial genutzt, um zögernden Beschuldigten ein Schuldbekennnis für die niederschwellige Tat abzurufen (*overcharging*). Sofern diese Tat nach dem oben beschriebenen *probable cause*-Standard im Anklageüberprüfungsverfahren verfolgbar wäre,<sup>433</sup> wird dieses Vorgehen, wie oben geschildert, nicht als verfassungswidrig angesehen.<sup>434</sup> Teilweise

<sup>427</sup> Siehe oben I. B. 2.

<sup>428</sup> *Frase*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 838 (1999–2000): „cases [are] being pled down to a lesser crime“.

<sup>429</sup> Etwa die Einigung auf den Tatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls zur Tageszeit, obwohl die Tat um Mitternacht begangen wurde. Mit Verweis auf dieses Beispiel *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.4 (f). Weitere Beispiele bei *Dubber*, 49 Stan. L. Rev. 547, 599 f. (1997) mit Fn. 296; *Pizzi*, Trials without truth, S. 185 f.; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 749.

<sup>430</sup> Etwa die versuchte fahrlässige Tötung (*attempted manslaughter*), dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.4 (f); *Dubber*, 49 Stan. L. Rev., 547, 599 f. (1997); *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 172 Fn. 118; *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733, 749. Lesenswert ist dazu die Fallschilderung von *Dershowitz*, The Best Defense, S. 85 ff. insb. 115 f.

<sup>431</sup> *Frase*, 3 Buff. Crim. L. Rev. 785, 838 f. (1999–2000). Etwa betrug im in Fn. 429 genannten Beispiel die Höchststrafe für Wohnungseinbruchsdiebstahl zur Nachtzeit fünfzehn Jahre und konnte nicht zur Bewährung ausgesetzt werden, wohingegen für Wohnungseinbruchsdiebstahl zur Tageszeit eine Höchststrafe von fünf Jahren mit der Möglichkeit der Aussetzung zur Bewährung vorgesehen war.

<sup>432</sup> Dazu beispielhaft die bereits oben in Fn. 430 in Bezug genommene Fallschilderung von *Dershowitz*, The Best Defense, S. 85 ff., insb. 115 f.

<sup>433</sup> Zum *preliminary hearing* oben III. A. 1. c).

<sup>434</sup> *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978). Aus dem Schrifttum *Herman*, Plea bargaining, § 6.13; *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1131 (2014). Siehe bereits oben III. C. 1.



spielen aber auch ökonomische Gesichtspunkte eine Rolle: Beispielsweise ist es mancherorts gängige Praxis, angeklagte (moderate) Geschwindigkeitsüberschreitungen im Straßenverkehr in Parkverstöße „umzuwandeln“, damit das Bußgeld in den Haushalt der Kommune fließt.<sup>435</sup>

Gerade angesichts von Erscheinungsformen wie dem *overcharging* ist das *plea bargaining* seit jeher ein umstrittenes Verfahrensinstitut. Die Argumentationslinien ähneln dabei den Diskussionen zur Absprache bzw. Verständigung im deutschen Strafverfahren.<sup>436</sup> In der Rechtsprechung wird immer wieder die praktische Notwendigkeit des *plea bargaining* hervorgehoben. Zur Ressourcenschonung sei diese Beendigungsform für das US-amerikanische Verfahren unerlässlich.<sup>437</sup> Viel Beachtung findet noch immer die Einschätzung des Chief Justice *Burger* im Jahr 1970:

„A reduction from 90 per cent to 80 per cent in guilty pleas requires the assignment of twice the judicial manpower and facilities – judges, court reporters, bailiffs, clerks, jurors and courtrooms.“<sup>438</sup>

Demgegenüber steht das *plea bargaining* in der Strafrechtswissenschaft aus den unterschiedlichsten Gründen nachhaltig in der Kritik.<sup>439</sup> Kritisiert wird vor allem das angesichts der weiten Sanktionsschere und der hohen Strafandrohungen bis hin zur Todesstrafe bestehende Drohpotenzial der Staatsanwaltschaft, aufgrund dessen nicht von einer „freiwilligen“ Zustimmung des Beschuldigten gesprochen werden könne und weshalb das Risiko bestehe, dass viele Unschuldige sich auf ein Schuldbekennnis einlassen.<sup>440</sup>

---

<sup>435</sup> Einen erschreckenden Einblick in die Praxis von Kommunen, die Strafjustiz als Einnahmequelle zu erschließen, bietet der Bericht des Department of Justice zur Problematik rassistischen Vorgehens der örtlichen Polizeibehörden in Ferguson, Missouri. Siehe Department of Justice, Ferguson Report, S. 9 ff.

<sup>436</sup> Siehe oben Teil 3 III. C.

<sup>437</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 f (1971): „[...] ‚plea bargaining‘ is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.“ In diese Richtung auch *Blackledge v. Allison*, 431 U.S. 63, 71 (1977); *Corbett v. New Jersey*, 439 U.S. 212, 222 Fn. 12 (1978). – Zu diesem Zweck des *plea bargaining* aus dem deutschen Schrifttum *Trüg*, Lösungskongenzen, S. 151 ff.; *ders.*, ZStW 120 (2008), 331, 345 ff.; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1611 ff.

<sup>438</sup> Zitiert nach *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 21.1 (c).

<sup>439</sup> Angesichts der Fülle an kritischen Stimmen sei an dieser Stelle auf die Nachweise bei *Wright/Leipold*, Federal Practice and Procedure, § 180 Fn. 4; *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1612 f. verwiesen.

<sup>440</sup> Beispielfhaft *Langbein*, Origins, S. 3 ff.; *Dubber*, 49 Stan. L. Rev. 559, 595 ff. (1997); *Wright*, 154 U. Pa. L. Rev. 79 ff. (2005–2006); *Pizzi*, Trials without truth, S. 188 ff.; aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Tiedemann*, ZRP 1992, 107, 109; *Trüg*, Lösungskongenzen, S. 192 f.

## 2. Beweisführungsrechte beim *plea bargaining*

Die Darstellung der konsensualen Verfahrensbeendigung im Wege des *plea bargaining* zeigt, dass in solchen Verfahren die oben beschriebenen Beweisführungsrechte des Beschuldigten nicht zum Tragen kommen. Relevant werden sie aber im Wege einer *indirekten* Wirkung.<sup>441</sup> Denn das Potenzial der Beweisführungsrechte in einer möglicherweise stattfindenden streitigen Hauptverhandlung wirkt sich als „Verhandlungsmasse“ oder „Drohkulisse“ im *plea bargaining* aus. Je glaubhafter die eigenen Entlastungsbeweise des Beschuldigten sind und je wirkungsvoller er den *case* der Staatsanwaltschaft beanstanden oder inhaltlich erschüttern kann, desto besser ist seine Position gegenüber der Staatsanwaltschaft im *plea bargaining*. Metaphorisch wird von dem „*shadow of trial*“-Effekt gesprochen.<sup>442</sup>

Die Kraft der Beweisführungsrechte ist allerdings durch den „Filter“ der sehr eingeschränkten Sachverhaltsermittlung im *plea bargaining* deutlich abgeschwächt: Die Verteidigung ist darauf beschränkt, ihre Überzeugungskraft möglichst glaubhaft in Aussicht zu stellen.<sup>443</sup>

## D. Resultierende Obliegenheiten des Beschuldigten

Auf Grundlage der beschriebenen Beteiligungsrechte kann nun ermittelt werden, in Form welcher prozessualer Obliegenheiten die Prozessverantwortung des Beschuldigten ausgeformt ist.

### 1. Beanstandungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung

Bereits im Hauptverfahren sind dem Beschuldigten umfangreiche Beanstandungsobliegenheiten auferlegt. Unterschieden werden kann zwischen der Obliegenheit zur Beanstandung einer unzulässigen staatsanwaltschaftlichen Beweisführung (a) und einer Beweisführung, die ein Urteil nicht zu tragen vermag (b).

#### a) Beanstandung unzulässiger staatsanwaltschaftlicher Beweisführungen

Zunächst lastet auf dem Beschuldigten eine umfassende Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Beweise in Form von Beanstandungsobliegenheiten im Hauptverfahren. Dies ergibt sich, entsprechend dem bereits zur Widerspruchslösung und zur Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO beschriebenen Schema, aus der Präklusion der Rüge von Verfahrensfehlern als

<sup>441</sup> Perron, Beweisantragsrecht, S. 429.

<sup>442</sup> Bibas, 117 Harv. L. Rev. 2463 ff. (2004); Wilkinson III, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1140 mit Fn. 219 (2014).

<sup>443</sup> Vgl. Perron, Beweisantragsrecht, S. 429.

Folge einer unterlassenen oder nicht form- oder fristgerechten Beanstandung in oder vor der Hauptverhandlung.<sup>444</sup>

Zwar ist, wie oben beschrieben, die Staatsanwaltschaft verpflichtet, keine mit einem Verwertungsverbot belegten oder aus anderen Gründen unzulässigen Beweismittel in das Verfahren einzuführen oder unzulässige Befragungen von Zeugen durchzuführen.<sup>445</sup> Allerdings besteht für die Bestimmung von Verwertungsverboten wie auch sonstiger Ausschlussgründe oftmals ein großer Beurteilungsspielraum, der kein eindeutiges Urteil erlaubt. Daher besteht eine eindeutige Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, ein bestimmtes Beweismittel nicht zu verwenden, nur vergleichsweise selten. Unabhängig davon hat der Versuch, unzulässige Beweise einzuführen, für die Staatsanwaltschaft im Regelfall keinerlei negative Folgen. Nur wenn der Beschuldigte die Beweisführung beanstandet, wird das Beweismittel ausgeschlossen. Dementsprechend hindert nichts die Staatsanwaltschaft daran, es „darauf ankommen“ zu lassen, ob ihre Beweisführung überhaupt beanstandet und wie das Gericht dann entscheiden wird.<sup>446</sup>

Die Einführung unzulässiger Beweismittel durch die Staatsanwaltschaft hat somit nur für den Beschuldigten nachteilige Folgen: Versäumt er die Beanstandung der unzulässigen Beweisführung, ist eine spätere Rüge in der Hauptverhandlung oder im Rechtsmittelverfahren präkludiert, das unzulässige Beweismittel ist also unkorrigierbar Teil des Prozessstoffs. Eine Ausnahme besteht, wie dargestellt, allein für schwerwiegende Verfahrensfehler (*plain error*). Allerdings wird diese Ausnahmefallgruppe sehr eng ausgelegt; überdies mangelt es an einer exakt umrissenen Definition.<sup>447</sup> Grundsätzlich obliegt es dem Beschuldigten somit, auf die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung zu achten und Rechtsfehler sofort zu beanstanden. Gerade angesichts der Fülle an Ausschlussmöglichkeiten bzw. -pflichten von Beweismitteln im US-amerikanischen Verfahren und der Reichweite speziell von Beweisverwertungsverboten kann die fehlerhafte Wahrnehmung dieser Verantwortung, sei es durch eine gänzlich unterlassene oder formal unzureichende Beanstandung, gewaltige prozessuale Konsequenzen haben.<sup>448</sup> Zugleich muss sich der Beschuldigte aber auch mit vielerlei taktischen Überlegungen auseinandersetzen, etwa ob durch die Beanstandung nicht ein viel nachteilhafterer negativer Eindruck bei der *jury* entsteht.

---

<sup>444</sup> Siehe oben III. B. 2. a).

<sup>445</sup> Siehe oben III. B. 1. b).

<sup>446</sup> Dazu allgemein *Bowman*, 49 Ga. L. Rev. 309, 316 (2014–2015): „If defense counsel fails to object, then prosecutorial trial misconduct is almost certainly cost-free.“ Siehe auch *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2159 f. (2012–2013).

<sup>447</sup> Siehe oben III. B. 2. a) cc).

<sup>448</sup> Beispielhaft *United States v. Perez-Gonzalez* (United States Court of Appeals, First Cir.), 445 F.3d 39, 44 (2006): Indem der Beschuldigte mit seiner Beanstandung bis zum ersten Hauptverhandlungstag wartete, begab er sich der Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit seines Haftbefehls, die Verwertbarkeit der während der Haft erlangten Beweise sowie die Verwertung des daran anschließenden Geständnisses zu rügen.

Die Wahrnehmung dieser Beanstandungsobliegenheiten ist zudem mit beträchtlichen formalen Hürden verbunden. In zeitlicher Hinsicht fällt vor allem die vor der Hauptverhandlung vorzunehmende Beanstandung von Beweisverwertungsverböten mittels *pretrial motions* ins Auge. Aber auch im Hinblick auf sonstige Ausschlussgründe von Beweismitteln muss eine Beanstandung zur Abwendung der Präkklusion innerhalb einer knappen Frist erfolgen, nämlich sobald der Beanstandungsgrund ersichtlich ist. Obendrein muss der Beschuldigte den einschlägigen Ausschlussgrund eindeutig spezifizieren, um seine Rügemöglichkeiten aufrechtzuerhalten. Bei einigen Beweisverwertungsverböten, gerade etwa infolge einer unzulässigen Festnahme nach Amendment IV, trägt der Beschuldigte zudem die Beweislast. Aufgrund dieser formalen Anforderungen obliegt es dem Beschuldigten, Beanstandungen sorgsam und rechtzeitig vorzubereiten. Er muss sich bereits im Vorfeld über die potenziellen Beweisführungen der Staatsanwaltschaft informieren und möglichen Ansatzpunkten für ihren Ausschluss aus dem Verfahren nachgehen, um einen rechtzeitigen und begründeten Antrag auf Beweismittelausschluss stellen zu können.

#### *b) Beanstandung einer nicht tragfähigen staatsanwaltschaftlichen Beweisführung*

Über das Vehikel der *motion for a judgment of acquittal* (FRCP 29) wird dem Beschuldigten obendrein eine gewisse Verantwortung dafür zuteil, nicht auf einer in tatsächlicher Sicht nicht tragfähigen Sachverhaltsgrundlage verurteilt zu werden.<sup>449</sup> Zwar ist, wie geschildert, der Berufsrichter befugt, in diesen Fällen von sich aus einen Freispruch zu erlassen. Kommt er dem allerdings nicht nach, kann die unzureichende Urteilsgrundlage vom Beschuldigten nicht im Rechtsmittelverfahren beanstandet werden, wenn er nicht schon im Hauptverfahren einen entsprechenden Antrag gestellt hat. Aufgrund dieser Präkklusion ergibt sich somit die Obliegenheit, bereits in der Hauptverhandlung die Tragfähigkeit des staatsanwaltschaftlichen *case* zu beanstanden.

## **2. Mitwirkungsobliegenheiten an der Vollständigkeit der Sachverhaltsgrundlage**

Neben diesen Beanstandungsobliegenheiten kommen dem Beschuldigten vor allem Mitwirkungsobliegenheiten zu, die ihm eine beträchtliche Verantwortung für eine in entlastender Hinsicht vollständige Sachverhaltsgrundlage vermitteln.

#### *a) Bezugspunkte der Mitwirkung*

Die Mitwirkung bezieht sich zuerst und vor allem auf entlastende Umstände. Dies beinhaltet zum einen die entlastenden Tatsachen und Beweise, die der Be-

---

<sup>449</sup> Zu diesem Beanstandungsrecht oben III. B. 2. b).

schuldigte im Rahmen seines *case* selbst einzuführen hat. Aber auch im Hinblick auf den Aussageinhalt von Belastungszeugen ist der Beschuldigte dafür zuständig, entlastende Umstände zur Kenntnis der *jury* zu bringen. Darüber hinaus obliegt es dem Beschuldigten, die Unglaubwürdigkeit von Belastungsbeweispersonen herauszuarbeiten (*impeachment*). Dies geschieht, wie geschildert, vor allem im Kreuzverhör, kann aber auch über eigene Beweismittel bei Darlegung des eigenen *case* vorgenommen werden.

Die genannten Tatsachen und Beweise in das Verfahren einzubringen, liegt allein im Aufgabenbereich des Beschuldigten. Kein anderer Akteur ist hierzu verpflichtet.<sup>450</sup> Versäumnisse wirken sich im Regelfall unmittelbar nachteilig in Form einer Verurteilung gemäß der Anklage aus. Rechtsmittelmöglichkeiten stehen, zumal es sich um eigene Fehler handelt, nicht zur Verfügung.<sup>451</sup> Es bestehen also umfangreiche Mitwirkungsobliegenheiten, die dem Beschuldigten eine große Verantwortung für die Vollständigkeit des Sachverhalts vermitteln. Bereits in diesem Punkt geht die Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren deutlich weiter als im deutschen Amtsermittlungsverfahren.

#### *b) Ausgestaltung der Mitwirkungsobliegenheiten*

Die konkrete Ausgestaltung der Beweisführungsrechte steigert diese Mitwirkungsobliegenheiten nochmals immens – gefordert ist vom Beschuldigten eine genaue Vorbereitung und ggf. Ermittlung der Beweise, deren Beibringung, der Begründung gegenüber dem Gericht, weshalb sie vorgelegt werden sowie ihrer überzeugenden Präsentation im Verfahren.

##### aa) Präsentation, Begründung, Beibringung

Die Präsentation der entlastenden Tatsachen und Beweise in der Hauptverhandlung steht erst am Ende des Mitwirkungsprozesses. Bei der Einführung von Beweismitteln obliegt der Verteidigung zunächst, den eigenen *case* schlüssig aufzubauen. Gerade die Reihenfolge der einzelnen Beweise richtet sich nach vielschichtigen taktischen Erwägungen, etwa der Chronologie oder der erfolgversprechendsten Abfolge starker oder schwacher Zeugen.<sup>452</sup> Ferner steht der Beschuldigte in der Verantwortung, die Kenntnisse der Beweispersonen im Wege des Hauptverhörs in das Verfahren einzubringen. Mangels (ergänzender) Befragung durch den Berufsrichter liegt die Beweismittelausschöpfung allein in der Hand des Beschuldigten. Ihm obliegt also, eine Befragung durchzuführen, die alle wichtigen Entlastungstat-sachen abdeckt und zugleich verständlich bleibt. Auch im Rahmen des Kreuz-

---

<sup>450</sup> Vgl. *Kirsch*, StV 2003, 636, 638.

<sup>451</sup> Zur Rechtsmittellüge der unzureichenden Verteidigung eingehend unten IV. B. 3.

<sup>452</sup> Näher *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 34.8, § 34.13.

verhörs muss der Beschuldigte selbst dafür sorgen, dass die relevanten Beweishalte – entlastende Tatsachen oder Umstände für ein *impeachment* – im Prozess zur Geltung kommen. Gerade die Durchführung des Kreuzverhörs verlangt ein hohes Maß an taktischem und rhetorischem Geschick.<sup>453</sup>

Die geschilderten Anforderungen werden durch die Übertragung der Entscheidung über die Schuldfrage auf eine *jury* noch potenziert. Die Beweispräsentation muss gerade für die juristischen Laien in der *jury* konzipiert werden, etwa was Verständlichkeit, Schlüssigkeit und Außenwirkung betrifft.<sup>454</sup> Insbesondere sollten Beweisvorführungen, die eine Verzögerungstaktik vermuten lassen, unterbleiben, um sich nicht den Unmut der *jury* zuzuziehen.<sup>455</sup> Die Auswirkungen der Entscheidungsübertragung auf die *jury* sollen in der vorliegenden Betrachtung indes, wie bereits ausgeführt, außen vor bleiben.<sup>456</sup>

Bevor es überhaupt zur Präsentation von Beweisen kommen kann, hat der Beschuldigte im Regelfall die geplante Einbringung von Beweisen zu begründen. Dies gilt sowohl für die eigene Beweisvorführung als auch für einzelne Fragen im Rahmen des Kreuzverhörs. Die Begründungstiefe ist durchaus beachtlich. Oftmals ist, wie beschrieben, der voraussichtliche Aussageinhalt einer Beweisperson prognostisch zu umreißen.<sup>457</sup> Lehnt das Gericht eine Beweisführung ab, ist die Rüge im Rechtsmittelverfahren im Hinblick auf solche Gründe, die nicht Teil der Begründung waren, präkludiert. Der Obliegenheit zur Präsentation gehen somit umfangreiche Begründungsobliegenheiten voran.

Voraussetzung für die Einführung eigener Beweise in das Verfahren ist überdies, dass der Beschuldigte das Beweismittel zur Hauptverhandlung herbeischafft. Zeugen muss er dazu vorladen lassen. Zusätzlich zur Präsentation der Beweise und der Begründung ihrer Relevanz für das Verfahren obliegt dem Beschuldigten also, seine Beweismittel zum Verfahren beizubringen. Soweit der Beschuldigte die Kosten dafür selbst aufbringen kann, stellt diese Obliegenheit indes keine größere Hürde dar. Andernfalls gehen mit der Beibringungsobliegenheit weitere Begründungsobliegenheiten einher.

---

<sup>453</sup> Eingehend zur Durchführung des Kreuzverhörs *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, §§ 56 ff.

<sup>454</sup> Vgl. für das Kreuzverhör *McCormick*, *Evidence*, Vol. 1, § 30. Siehe ferner *Adamson/Caldwell*, *Criminal Pretrial Advocacy*, S. 21 ff., die Verteidigern für die Beweispräsentation beispielsweise die Verwendung möglichst positiver Schlagworte an wichtigen Stellen empfehlen. Siehe zudem die Ausführungen von *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 40.1 ff. und § 41.1 ff. zu Aspekten der Körpersprache bzw. dem Kleidungsstil vor der *jury*.

<sup>455</sup> Vgl. *Perron*, *Beweisantragsrecht*, S. 486.

<sup>456</sup> Siehe oben I. B. 1.

<sup>457</sup> Siehe oben III. B. 4. b).

## bb) Vorbereitung und Ermittlung

Die beschriebenen Präsentations-, Begründungs- und Bebringungsobliegenheiten erfordern eine gründliche Vorbereitung. Eigene Zeugen müssen im Vorfeld eingehend befragt werden, um den genauen Inhalt ihrer Aussage zu erfahren und damit den genannten Begründungsanforderungen genügen zu können. Für eine verständliche und überzeugende Präsentation in der Verhandlung wird die Vernehmung im Hauptverhör mit den Zeugen regelmäßig eingeübt.<sup>458</sup> Insbesondere sind die Schlüsselfragen eingehend vorzubereiten.<sup>459</sup> Auch das anschließende Kreuzverhör wird zu antizipieren versucht und im Vorfeld simuliert, um den Ausgabewert möglichst nicht verringern zu lassen.<sup>460</sup> Die Wichtigkeit einer solchen Vorbereitung zeigt sich beispielhaft daran, dass ein Zeuge im Vorfeld darauf hingewiesen werden muss, nicht auf ein Beweismittel, dessen Unverwertbarkeit bereits erreicht wurde, Bezug zu nehmen, weil dies zum „door-opener“ für die Staatsanwaltschaft werden kann, dennoch auf dieses Beweismittel abzustellen.<sup>461</sup> Auch das Kreuzverhör von Belastungszeugen muss sorgfältig vorbereitet werden.<sup>462</sup> Ein Kreuzverhör, das als „*fishing expedition*“ durchgeführt wird, kann nicht selten einen nachteilhaften Effekt nach sich ziehen, etwa eine Verstärkung der Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen. Die Verteidigung sollte daher stets ein vorher festgelegtes Ziel verfolgen.<sup>463</sup> Dies erfordert, sich eingehend über mögliche Belastungszeugen der Staatsanwaltschaft, deren Aussageinhalt und mögliche Ansatzpunkte für ein *impeachment* zu informieren.

Schließlich obliegt es der Verteidigung im Regelfall, erst einmal selbst umfangreiche Ermittlungen vorzunehmen, um entlastende Tatsachen oder Beweise überhaupt in das Verfahren einbringen zu können. Wie oben beschrieben, werden dem Beschuldigten staatliche Informationen über die Beweislage nur sehr eingeschränkt zur Verfügung gestellt.<sup>464</sup> Überdies führt die Einsichtnahme in die Akten der Staatsanwaltschaft im Gegenzug regelmäßig zu einem Einsichtsrecht der Staatsanwaltschaft. Die Vorteile der Ausübung des Einsichtsrechts sind daher mit den Nachteilen der reziproken Offenlegungspflicht abzuwägen. Zwar besteht daneben die Pflicht der Staatsanwaltschaft nach der *Brady*-Regelung, entlastende Tatsachen und Beweise offenzulegen. Hierauf kann sich der Beschuldigte allerdings nur sehr

---

<sup>458</sup> Eingehend *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 32.3 ff.; für Sachverständige § 33.9 ff. Siehe ferner *Adamson/Caldwell*, *Criminal Pretrial Advocacy*, S. 117 ff., auch zu den (standes-)rechtlichen Grenzen eines solchen *counseling*. Dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Ambos*, FS Volk, S. 1, 12 f.

<sup>459</sup> Näher *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 34.34.

<sup>460</sup> *Adamson/Caldwell*, *Criminal Pretrial Advocacy*, S. 123 ff.; vgl. auch *Kadish*, *Criminal Law Advocacy*, § 8.01.

<sup>461</sup> Vgl. *Adamson/Caldwell*, *Criminal Pretrial Advocacy*, S. 233.

<sup>462</sup> *McCormick*, *Evidence*, Vol. 1, § 30 m.w.N.

<sup>463</sup> *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 56.5.

<sup>464</sup> Siehe oben III. A. 1.

eingeschränkt verlassen. Ein Verstoß gegen die entsprechenden Pflichten kann zwar durchaus zu einer Urteilsaufhebung führen. Weil der Beschuldigte von dem vorhandenen entlastenden Material aber erst einmal Kenntnis erlangen muss, besteht ein relativ geringes Risiko, dass ein Verstoß überhaupt aufgedeckt wird.<sup>465</sup> Überdies werden standesrechtliche Sanktionierungsmöglichkeiten für pflichtwidriges Handeln der Staatsanwaltschaft generell nur in seltenen Fällen angewandt.<sup>466</sup> Daher kommt es immer wieder zur willentlichen Zurückhaltung von *Brady*-Material durch die Staatsanwaltschaft.<sup>467</sup> Überdies besteht die Offenlegungspflicht nur für „wesentliche“ Entlastungsbeweise, was bei der Staatsanwaltschaft zu unbewussten Fehleinschätzungen führen kann, welche Informationen für die Verteidigung nun wesentlich sind, die dann ebenso zulasten des Beschuldigten gehen.<sup>468</sup>

Entlastende Beweismittel oder *impeachment*-Ansätze aufzuspüren oder in Erfahrung zu bringen, mit welchen belastenden Beweismitteln im Prozess zu rechnen ist, kann daher vielfach nur über eigene Ermittlungen gelingen. Dementsprechend obliegt es dem Beschuldigten, selbst potenzielle Zeugen zu befragen und zu evaluieren, ob diese für ihn nützlich sein könnten.<sup>469</sup> Auch kann es notwendig werden, eigene Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben. Dabei steht der Beschuldigte unter einem erheblichen Zeitdruck.<sup>470</sup> Denn jedenfalls im Hinblick auf einzelne Verteidigungseinreden und die sie stützenden Beweismittel bestehen strenge Offenlegungsfristen im Vorfeld der Hauptverhandlung, die mit Präklusion der Einrede bzw. der Beweismittel sanktioniert sind. Um sich beispielsweise nicht die Präsentation von Alibi-Zeugen abzuschneiden, obliegt es der Verteidigung, diese möglichst frühzeitig zu ermitteln und zu befragen, um zu eruieren, ob sie ihm als glaubwürdige Zeugen ohne Ansätze für ein *impeachment* der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen. Auch die Erfolgsaussichten der Verteidigungseinrede der Schuldunfähigkeit hat der Beschuldigte durch eine frühzeitige Einholung eines Sachverständigengutachtens abzuklären.

Beweismittelübergreifend obliegt es der Verteidigung schließlich bereits in der Vorbereitungsphase, anhand der vorliegenden Informationen eine in sich geschlossene eigene Version des Falles, eine *case theory*, zu entwickeln, die der Anklage

---

<sup>465</sup> *Geisler*, Anklageprinzip, S. 121; *Stacy*, 91 Colum. L. Rev 1369, 1393 (1991).

<sup>466</sup> Dazu allgemein *Alschuler*, 50 Tex. L. Rev. 629, 670 (1971–1972); *Hall Jr.*, Professional Responsibility, § 11.3; *Lawless*, Prosecutorial misconduct, § 13.28 f.; *Gershman*, Prosecutorial misconduct, § 14:12; *Green*, 2003 U. Ill. L. Rev. 1573, 1584 mit Fn. 55 (2003); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2159 f. (2012–2013).

<sup>467</sup> Beispielhaft etwa die Schilderung der Editorial Board, NYT v. 20.10.2015 über den ehemaligen District Attorney von New Orleans. Anschaulich auch der von *Mosteller*, 76 Fordham L. Rev. 1337 (2007–2008) geschilderte Fall *Duke v. Lacrosse*.

<sup>468</sup> Vgl. *Stacy*, 91 Colum. L. Rev 1369, 1393 (1991).

<sup>469</sup> *Adamson/Caldwell*, Criminal Pretrial Advocacy, S. 109 ff. Anschaulich zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten im Verfahren vor dem IStGH *Kirsch*, StV 2003, 636, 639 f.

<sup>470</sup> Vgl. *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 448 ff., insb. 451.



der Staatsanwaltschaft entgegengesetzt werden kann.<sup>471</sup> Zum einen lassen sich die zeitlichen und finanziellen Ressourcen der Verteidigung nur so sinnvoll konzentrieren.<sup>472</sup> Vor allem aber ist die Entwicklung einer möglichst kohärenten *story* wichtig, um die Geschworenen in der *jury* zu überzeugen.<sup>473</sup> Für regelmäßig verwendete Falltheorien haben sich mittlerweile eigene Bezeichnungen entwickelt, wie etwa für die Täterschaft eines Dritten (*third party guilt*).<sup>474</sup> Leitfäden für Verteidiger raten darüber hinausgehend, die gefundene Falltheorie für die *jury* möglichst auf ein eingängiges Leitmotiv zu bringen.<sup>475</sup> Empfohlen wird zudem, auf die innere Kohärenz der Falltheorie zu achten. Theoretisch ist es zwar möglich, verschiedene, sich widersprechende Verteidigungseinreden zu erheben. Im Regelfall wirkt sich dies aber negativ auf die Entscheidung der *jury* aus.<sup>476</sup>

### 3. Prozessverantwortung im konsensualen Verfahren

Mit Abgabe eines Schuldbekenntnisses spricht der Beschuldigte, wie oben erläutert, sein eigenes Schuldurteil.<sup>477</sup> Er ist damit unmittelbar für das darauf gestützte, unter Umständen fehlerhafte Verfahrensergebnis mitverantwortlich. Bevor er sich schuldig bekennt, obliegt ihm daher, die Chancen auf ein günstigeres, ggf. zutreffendes Urteil im streitigen Verfahren mit der in der Absprache „angebotenen“ Bestrafung, die jedenfalls günstiger ausfällt als die nach streitiger Verhandlung schlimmstenfalls zu erwartende Strafe, abzuwägen. Eine konsensuale Verfahrensbeendigung führt für den Beschuldigten somit zu umfangreichen Informations- und Ermittlungsobliegenheiten im Vorfeld.<sup>478</sup>

Zum einen obliegt es dem Beschuldigten, die staatliche Beweisführung zu antizipieren und zu evaluieren, ob sie eine Verurteilung im streitigen Verfahren *beyond reasonable doubt* tragen würde. Der Beschuldigte hat sich also über die tragenden

---

<sup>471</sup> Als Musterbeispiel für eine erfolgreiche Falltheorie gilt das Verfahren gegen *O. J. Simpson*. Die Version, dass Beweismittel durch (rassistisch eingestellte) Polizeibeamte manipuliert wurden, schaffte es, ausreichend Zweifel bei der *jury* zu wecken. Eindrücklich die Schilderung von *Dershowitz*, *Reasonable doubts*, der die Verhandlung als Mitglied des Verteidigerteams verfolgte.

<sup>472</sup> Vgl. *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 2.13; *Kadish*, *Criminal Law Advocacy*, § 8.01.

<sup>473</sup> Näher *Blumel/Johnson/Paavola*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1069, 1087 ff.

<sup>474</sup> Dazu *Blumel/Johnson/Paavola*, 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1069 ff. mit einem Beispiel.

<sup>475</sup> Wiederum wird das Beispiel des Prozesses gegen *O.J. Simpson* genannt. Das dort verwendete Leitmotiv war der Satz: „If the glove doesn't fit, you must acquit.“ – Wenn der am Tatort gefundene, blutverschmierte Handschuh dem Beschuldigten nicht passen sollte (was sich bestätigte), müsse die *jury* freisprechen. Dazu *Adamson/Caldwell*, *Criminal Pretrial Advocacy*, S. 19 ff.

<sup>476</sup> Vgl. *Bailey/Fishman*, *Criminal Trial Techniques*, § 32.1.

<sup>477</sup> Siehe oben Fn. 402.

<sup>478</sup> Vgl. *Herman*, *Plea bargaining*, § 5.01.; *Pfeiffer*, JA 2004, 754, 758.

Belastungsbeweise zu informieren und ihren voraussichtlichen Beweiswert einzuschätzen. Stellt die Staatsanwaltschaft für das Scheitern der Absprache in Aussicht, weitere Delikte anzuklagen, hat er eine solche Bewertung auch für diese ggf. hinzukommenden Anklagepunkte vorzunehmen. Zum anderen muss der Beschuldigte das Potenzial seiner eigenen Beweisführung abschätzen. Er hat also in Erfahrung zu bringen, welche Beanstandungsmöglichkeiten konkret bestehen, ob Ansatzpunkte für ein *impeachment* der Belastungszeugen ersichtlich sind und ob eigene Entlastungsbeweise zur Verfügung stehen, um der Anklage eine überzeugende eigene Version entgegenzusetzen. Um diese Informationen zu erhalten, obliegt es ihm, wie schon oben für das streitige Verfahren erläutert, im Regelfall auch die Durchführung eigener Ermittlungen. Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass die verfassungsrechtliche Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Offenlegung von Entlastungsbeweisen nach *Brady* zeitlich vor Abgabe eines Schuldbekenntnisses noch nicht greift, so dass der Beschuldigte bei der Informationsverschaffung vollständig auf sich allein gestellt ist.<sup>479</sup>

Entscheidet der Beschuldigte sich dann für die Eingehung einer konsensualen Beendigung, obliegt ihm, die indirekte Wirkung seiner Beweisführungsrechte, die *shadow of trial*-Wirkung,<sup>480</sup> zur Geltung zu bringen. Hierzu hat er in den Verhandlungen mit der Staatsanwaltschaft das Potenzial seiner Beweisführung möglichst überzeugend darzulegen, damit sie im *plea agreement* Berücksichtigung findet.

## E. Vergleichende Bewertung

Die Betrachtung hat gezeigt, dass dem Beschuldigten durchaus beträchtliche Möglichkeiten gewährt sind, sich gegen den Anklagevorwurf zur Wehr zu setzen. Aus deutschem Blickwinkel fällt vor allem die Möglichkeit auf, über eine geschlossene eigene Beweisführung eine eigene Version des Geschehens im Verfahren aufzuzeigen und dem staatsanwaltschaftlichen Anklagevorwurf gegenüberzustellen.<sup>481</sup> Im Vergleich zum deutschen Amtsermittlungsverfahren ist es dem Beschuldigten dementsprechend viel besser möglich, ausreichende Zweifel an der Version der Staatsanwaltschaft beim Gericht zu wecken.

Auffallend ist aus rechtsvergleichender Perspektive zudem die Befragungsmöglichkeit von Belastungszeugen im Kreuzverhör. Dadurch ist der Verteidigung eine umfassende Möglichkeit zur Mitgestaltung des Inhalts und des Eindrucks der Zeugen bzw. Sachverständigen gewährt. Ins Auge sticht insbesondere die Klarheit, mit der der Supreme Court in *Crawford v. Washington* den Zweck des Konfrontations-

<sup>479</sup> Vgl. Pfeiffer, JA 2004, 754, 758. Dazu bereits oben III. A. 1. b).

<sup>480</sup> Siehe oben III. C. 2.

<sup>481</sup> Vgl. *Luna/Wade*, 67 Wash. & Lee L. Rev. 1413, 1506 f. (2010); Perron, FS Stürner, S. 875, 888.

rechts definiert hat:<sup>482</sup> Keineswegs handelt es sich dabei „nur“ um eines von mehreren beliebigen Mitteln zur Feststellung der Glaubwürdigkeit von Zeugen im Dienste der Wahrheitsermittlung. Vielmehr soll dem Beschuldigten neben den staatlichen Organen eine eigene Einflussmöglichkeit auf das Schöpfen von Beweisinhalt gewährleistet werden, um ein Urteil zu legitimieren. Umso bedenklicher erscheint vor diesem Hintergrund die zwischenzeitliche, nunmehr wohl zurückgewiesene Tendenz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, eine Kompensation der Befragungsmöglichkeit durch allgemeine Glaubwürdigkeitskriterien zuzulassen.<sup>483</sup>

Um die Unterschiede zwischen kontinentaleuropäischem und anglo-amerikanischem Verfahren auf den Punkt zu bringen, wird vielfach der Ausspruch eines namentlich nicht bekannten Strafrechtswissenschaftlers zitiert: Wäre er einer Straftat beschuldigt und könnte sich aussuchen, in welcher der beiden Verfahrensordnungen gegen ihn prozessiert würde, so würde er, wenn er unschuldig wäre, lieber vor einem kontinentaleuropäischen Gericht stehen; wäre er schuldig, würde er demgegenüber ein anglo-amerikanisches Verfahren vorziehen.<sup>484</sup> Die Vergleichung der Beteiligungsrechte des Beschuldigten im deutschen und US-amerikanischen Verfahren hat gezeigt, dass dieses Bonmot durchaus einen wahren Kern hat.

Allerdings wird dem Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren auch ein bedeutend höheres Maß an Prozessverantwortung auferlegt als seinem deutschen Pendant. Im Amtsermittlungsverfahren führt die umfassende Untersuchung des Gerichts – jedenfalls nach dessen grundlegender Konzeption – dazu, dass die Prozessverantwortung des Beschuldigten hauptsächlich durch Beanstandungsobliegenheiten im Rechtsmittelverfahren und nur ausnahmsweise durch Mitwirkungsobliegenheiten in der Hauptverhandlung ausgeformt ist. Im US-amerikanischen Verfahren fehlt es demgegenüber an einem Akteur, der neben dem Beschuldigten entlastende Tatsachen und Beweise in den Prozess einbezieht und die Rechtmäßigkeit staatlicher Beweisführung überwacht. Beanstandungsobliegenheiten bestehen, was den Inhalt der staatlichen Beweisführung betrifft, daher nur, wenn sich die staatsanwaltschaftliche Beweisführung als Ganzes als nicht tragfähig erweist, um die Verurteilung *beyond reasonable doubt* zu stützen. Von diesem Ausnahmefall abgesehen ist die Prozessverantwortung vor allem in Obliegenheiten zur Mitwirkung an einem vollständigen Sachverhalt ausgeformt: Für die Einführung entlastender Tatsachen oder Beweismittel in den Prozess ist allein der Beschuldigte verantwortlich.

Nicht nur infolge des Umfangs der Mitwirkungsobliegenheiten, sondern auch aufgrund ihrer Ausgestaltung ist dem Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren

---

<sup>482</sup> *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

<sup>483</sup> Siehe oben Teil 2 III. B. 3. b) bb) und III. D.

<sup>484</sup> Zitiert nach *Merryman/Pérez-Perdomo*, Civil Law Tradition, S. 133. Vgl. auch *Peron*, FS Stürner, S. 875, 888.

ungleich mehr Prozessverantwortung aufgebürdet. Im deutschen Verfahren – jedenfalls nach seiner Grundkonzeption – kann sich der Beschuldigte auf die bloße Benennung eigener Beweismittel bzw. die Beweisantragstellung beschränken. Generell erfolgt die daran anschließende Einvernahme von Beweispersonen vollständig durch das Gericht. Dem Beschuldigten obliegt allein die „Formung“ der Aussage durch eine ergänzende Befragung. Im US-amerikanischen Verfahren ist demgegenüber die Beweispräsentation vollständig dem Beschuldigten überlassen. Zudem folgen aus den Anforderungen der Beweisführungsrechte mitunter erhebliche Begründungobliegenheiten; des Weiteren können enge zeitliche Fristen relevant werden. Aufgrund dessen bedarf es einer gründlichen Vorbereitung im Vorfeld, was auch die Durchführung eigener Ermittlungen beinhaltet.

Im Hinblick auf die in Teil 3 geschilderten Neuerungen im deutschen Verfahren zeigt die rechtsvergleichende Betrachtung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren schließlich deutliche Parallelen auf. Dies gilt zunächst für die Obliegenheiten zur Beanstandung unzulässiger staatlicher Ermittlungs- bzw. Untersuchungshandlungen im Hauptverfahren. Die zugrunde liegenden Präklusionsregeln im US-amerikanischen Verfahren weisen frappierende Ähnlichkeiten mit Widerspruchslösung und erweiterter Anwendung des § 238 Abs. 2 StPO auf.<sup>485</sup> Dies gilt sowohl für die Notwendigkeit einer zeitlich unmittelbaren Beanstandung als auch für das spezifische Begründungserfordernis. Überdies verfolgen beide Rechtsordnungen mit den entsprechenden Regelungen ausdrücklich das Ziel, das „Zurückhalten“ von Verfahrensfehlern für das Rechtsmittelverfahren zu verhindern. Freilich finden die Präklusionsregelungen des US-amerikanischen Rechts im Unterschied zu den partiell wirkenden Präklusionen im deutschen Verfahren flächendeckend auf jeden Aspekt der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung Anwendung und sind allein durch die *plain error*-Regelung abgemildert. Überdies kennt das US-amerikanische Verfahren für die Beanstandung von Beweisverwertungsverböten deutlich striktere Fristen als das deutsche Verfahren. Schließlich hat der Ausschluss von Beweismitteln aufgrund der Vielzahl der Ansatzpunkte und der Reichweite von Beweisverwertungsverböten einen viel höheren Stellenwert.

Ähnlichkeiten werden des Weiteren bei der näheren Ausgestaltung der Mitwirkungsobliegenheiten im Hauptverfahren deutlich. Zwar muten die oben in Teil 3 III. B. geschilderten, durch Fristenlösung und Konnexitätskriterium eingeföhrten neuen Anforderungen an das Beweisantragsrecht im Vergleich zu den Erfordernissen an die Zulässigkeit von Beweisvorbringen im US-amerikanischen Verfahren noch relativ moderat an. Dies gilt vor allem für die Frist zur Geltendmachung von Verteidigungseinreden und der Sanktion der Präklusion, hinter der die Fristenlösung in

---

<sup>485</sup> In diesem Sinne bereits *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 283 ff., 476 f.; eine Nähe zwischen Widerspruchslösung und (US-amerikanischem) Parteiverfahren erkennen auch *Bohlander*, StV 1999, 562, 563; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405; *ders.*, StV 2012, 51, 52 f.

der Hauptverhandlung bei gleichzeitiger Fortgeltung der Aufklärungspflicht des Gerichts bei Weitem zurückbleibt. Keine derart eklatanten Unterschiede bestehen indes bei den Begründungsanforderungen für Beweisbegehren, die auch im deutschen Verfahren mit dem Konnexitätskriterium nun sehr weit reichen. Jedenfalls zeigt sich, welche Richtung das deutsche Verfahren mit Etablierung dieser Instrumente einschlägt.

Schließlich weisen auch die konsensualen Verfahrensbeendigungen Ähnlichkeiten auf. Die auf ein Schuldbekennnis gestützte Verurteilung im US-amerikanischen Verfahren ist, zumindest normativ, durch die mindestens bis zum Verdachtsgrad der *probable cause* erfolgte Ermittlung der Staatsanwaltschaft, die vom Gericht kursorisch überprüft wurde und den Konsens des Beschuldigten legitimiert. Insbesondere zum Legitimationskonzept des Strafbefehlsverfahrens werden Parallelen deutlich. Bei der Abgabe des Schuldbekennnisses kommt es im Unterschied zum deutschen Strafbefehlsverfahren, wie *Herrmann* betont, sogar noch zu einer Anhörung des Beschuldigten vor Gericht.<sup>486</sup> Freilich gelten die echten konsensualen Beendigungen im deutschen Strafverfahren zumindest normativ nur für eingeschränkte Kriminalitätsbereiche. Zudem besteht die staatliche Ermittlung zur Legitimation der konsensualen Verurteilung im deutschen Verfahren auf einer umfassenden Untersuchung der Staatsanwaltschaft in jede Richtung, was die Verantwortung des Beschuldigten, eigene Beweisführungen durchzuführen bzw. für das konsensuale Verfahren vorbereitet zu haben, in beträchtlichem Maße mildert. Demgegenüber wird im US-amerikanischen Verfahren die Überprüfung der *factual basis* durch das Gericht in der Praxis vielfach als defizitär angesehen.<sup>487</sup>

Gewichtige Unterschiede zum deutschen Verfahren liegen zudem darin, dass im US-amerikanischen Verfahren die Prozessverantwortung des Beschuldigten bei konsensualen Beendigungen im Vergleich zu streitigen Verfahren strukturell nicht fundamental anders verteilt ist. Dem US-amerikanischen Beschuldigten obliegt es auch im streitigen Verfahren, sich vollständig selbst um seine Entlastung zu kümmern und für die Rechtmäßigkeit der staatsanwaltschaftlichen Beweisführung zu sorgen.<sup>488</sup> In Bezug auf letztere ist die Verteidigung im konsensualen Verfahren allerdings ganz auf ihre antizipierende Einschätzung und die damit verbundenen Unwägbarkeiten verwiesen, wohingegen im streitigen Verfahren die Staatsanwaltschaft tatsächlich die Schwelle *beyond reasonable doubt* überwinden muss. Überdies hat die Verteidigung für den Fall, dass die Staatsanwaltschaft für das Scheitern der Absprache die Anklage schwererer Delikte in Aussicht stellt, die Risiken mehrerer möglicher Anklagen zu bewerten. Insgesamt zeigt sich, dass die Einführung

---

<sup>486</sup> *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 133, 148.

<sup>487</sup> Vgl. *Dubber*, 49 *Stan. L. Rev.* 559, 599 f. (1997); *Trüg*, *Lösungskonvergenzen*, S. 179 f.; *ders.*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), *Effizienz durch Verständigung*, S. 61, 74; *Kobor*, *Bargaining*, S. 90 ff.

<sup>488</sup> Siehe oben III. D. 2. a) bzw. III. D. 1. a).

konsensualen Beendigungen im US-amerikanischen Verfahren keinen derartigen Bruch mit der etablierten Verantwortungsverteilung mit sich bringt wie im deutschen Verfahren.

#### IV. Absicherung der praktischen Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte

Die umfangreiche Prozessverantwortung des Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren bedingt die besondere Notwendigkeit, die Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte des Beschuldigten formell abzusichern. Weit überwiegend erfolgt dies durch formelle Verteidigung. Nach einer kurzen Erörterung von Fürsorgemaßnahmen staatlicher Akteure (A.) nimmt der folgende Abschnitt dementsprechend diesen Absicherungsmechanismus in den Fokus (B.).

Wie auch im deutschen Verfahren wird in der Diskussion um derartige Absicherungen oftmals der Grundsatz der Waffengleichheit genannt.<sup>489</sup> Allerdings kommt diesem Prinzip nicht die Rolle eines selbstständigen Absicherungsmechanismus zu. Vielmehr kann die Waffengleichheit der Parteien – Staatsanwaltschaft und Beschuldigter bzw. Verteidigung – lediglich Hinweise darauf geben, inwieweit die bestehenden Sicherungen ausreichend sind. Gesonderte Ausführungen erübrigen sich daher an dieser Stelle.

##### A. Fürsorge staatlicher Akteure

Eine Fürsorgepflicht staatlicher Akteure kennen adversatorische Verfahren im Allgemeinen bzw. das US-amerikanische Verfahren im Speziellen rein begrifflich nicht.<sup>490</sup> Dennoch werden in der deutschen Strafrechtswissenschaft einige gerichtliche bzw. staatsanwaltschaftliche Verpflichtungen ausgemacht, die als Fürsorge im Sinne eines deutschen Verständnisses gewertet werden. Etwa erkennt *Safferling* für das englische Verfahren u.a. in der Verfahrensförderungspflicht des Gerichts im Rahmen seiner Verhandlungsleitung eine Ausprägung eines Fürsorgegrundsatzes.<sup>491</sup> *Trüg* sieht wiederum die gerichtliche Prüfung der Tatsachengrundlage bei

---

<sup>489</sup> Vgl. etwa *Fraser*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 297, 298. Siehe zur Bedeutung des Grundsatzes der Waffengleichheit für die Absicherung der Beschuldigtenrechte bereits die Ausführungen zum deutschen Verfahren, Teil 2 IV. 4.

<sup>490</sup> Vgl. *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 208: „Eine ‚Duty to care‘ oder ähnliches werden Sie in englischen Rechtstexten nicht finden [...]“.

<sup>491</sup> *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 213 ff.

der Verfahrensabsprache im US-amerikanischen Verfahren als Teil einer gerichtlichen Fürsorgepflicht an.<sup>492</sup>

Die Einordnung derart unterschiedlicher prozessualer Regelungen als Fürsorgepflichten dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Geltungsgrund und die Reichweite der gerichtlichen Fürsorgepflicht im deutschen Strafverfahren seinerseits nur teilweise überzeugend herausgearbeitet worden sind.<sup>493</sup> Legt man das oben erarbeitete Verständnis von Fürsorge als Sicherung einer autonomen Handhabung der Prozessverantwortung des Beschuldigten zugrunde,<sup>494</sup> so ist zunächst festzuhalten, dass in diesem Sinne fürsorgliche Hilfestellungen durch Staatsanwaltschaft oder Gericht in adversatorischen Strukturen keineswegs denklogisch ausgeschlossen sind.<sup>495</sup> Insbesondere ist die Erteilung von Belehrungen oder Hinweisen auch bei einem als bloßes Entscheidungsorgan fungierenden Gericht grundsätzlich denkbar. Freilich darf keine mit einem inquisitorisch tätigen Gericht vergleichbare Aktivität erwartet werden. Auch von der Staatsanwaltschaft als Verfahrensgegner kann der Beschuldigte nur eingeschränkt auf Hilfestellungen hoffen.

In Ausprägung dessen sind im US-amerikanischen Verfahren vor allem Fürsorgeleistungen staatlicher Akteure zu erkennen, die dem Beschuldigten eine Art „Hilfe zur Selbsthilfe“ gewähren sollen. In den Worten *Maiwalds* geht es darum, „möglichst Waffengleichheit zwischen den Parteien herzustellen“.<sup>496</sup> Dementsprechend sind staatliche Akteure zunächst verpflichtet mitzuhelfen, dass der Beschuldigte einen Verteidiger erhält. Eine solche Verpflichtung trifft vor allem das Gericht.<sup>497</sup> Nachrangig ist aber auch die Staatsanwaltschaft standesrechtlich verpflichtet sicherzustellen, dass dem Beschuldigten die Möglichkeit der Beauftragung eines Verteidigers erläutert wurde und er hierfür ausreichend Gelegenheit hatte.<sup>498</sup>

Auf eine solche Mithilfe ist die Fürsorge in US-amerikanischen Verfahren indes nicht beschränkt. Darüber hinausgehende Hilfestellungen werden dem Beschuldigten

---

<sup>492</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 172. Zur gerichtlichen Prüfung der Tatsachengrundlage oben III. C. 1. a).

<sup>493</sup> Siehe oben Teil 2 IV. A. 1. a).

<sup>494</sup> Siehe oben Teil 1 II. C. 2. a) sowie zum deutschen Verfahren Teil 2 IV. A. 1. a).

<sup>495</sup> Vgl. *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 749; *Safferling*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 207, 213 ff.; *Eckstein*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 219, 227 f. Anders aber *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 125, dem zufolge im anglo-amerikanischen Strafverfahren „die Vorstellung von einem gerechten und rechtsstaatlichen Strafverfahren der Sache nach eine prozessuale Fürsorgepflicht in der Hauptverhandlung ganz sicher *nicht* einschließt [Hervorhebung im Original].“

<sup>496</sup> *Maiwald*, FS Lange, S. 745, 749.

<sup>497</sup> Siehe für das Bundesstrafverfahren FRCP 44 (a) i.V.m. 18 U.S.C. § 3006A (b). *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 465 (1938) spricht sogar von einer *protecting duty* des Gerichts; ähnlich *von Moltke v. Gillies*, 332 U.S. 708, 722 (1948). Entnommen bei *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 266 f.

<sup>498</sup> Rule 3.8 (b) der ABA Model Rules. Zu dieser Verpflichtung der Staatsanwaltschaft *Green*, 2003 U. Ill. L. Rev. 1573, 1591 f. (2003).

zuteil, wenn er auf das Recht auf einen Verteidiger verzichtet hat und sich selbst verteidigt.<sup>499</sup> Die Staatsanwaltschaft soll nach Rule 3.8 (c) der ABA Model Rules of Professional Conduct von einem unverteidigten Beschuldigten nicht den Verzicht auf ein wichtiges Vorverfahrensrecht zu erreichen suchen.<sup>500</sup> Das Gericht kann dem Beschuldigten nach seinem Ermessen Hilfeleistungen in Form von Hinweisen, Belehrungen oder Ähnlichem zuteilwerden lassen. Beispielsweise kann es dem Beschuldigten die Handhabung bestimmter Beweisführungsrechte erläutern.<sup>501</sup> Auch eine Belehrung über die Aussagefreiheit und die an eine Aussage anschließenden Konsequenzen wird gelegentlich erteilt.<sup>502</sup> Für Einzelfragen kann das Gericht dem Beschuldigten sogar einen *standby counsel* beordnen, auf den der Beschuldigte für Hilfestellungen zurückgreifen kann.<sup>503</sup>

Insgesamt existieren im US-amerikanischen Verfahren insbesondere für den unverteidigten Beschuldigten also durchaus einige Verpflichtungen, die nach einem deutschen Verständnis als Fürsorge charakterisiert werden können. Als verfahrensrechtliches Strukturprinzip können diese einzelnen Regelungen allerdings nicht gewertet werden.

## B. Formelle Verteidigung

Bereits aus dieser geringen Bedeutung staatlicher Hilfeleistungen ergibt sich, dass die formelle Verteidigung im US-amerikanischen Verfahren das wichtigste Instrument zur Absicherung der faktischen Handhabbarkeit der Prozessverantwortung des Beschuldigten ist.

### 1. Die Absicherungsfunktion der formellen Verteidigung

Die Funktion des Rechts auf formelle Verteidigung wird im US-amerikanischen Recht ausdrücklich darin gesehen, zu sichern, dass der Beschuldigte als juristischer

---

<sup>499</sup> Dazu unten IV. B. 2. a).

<sup>500</sup> Dazu *Green*, 2003 U. Ill. L. Rev. 1573, 1591 f. (2003). Zur häufigen Missachtung dieser Regelung ABA, Gideon's Broken Promise, S. 23 f.

<sup>501</sup> Siehe etwa *Commonwealth v. Jackson* (Supreme Judicial Court of Massachusetts), 647 N.E.2d 401, 405 (1995); *Brown v. State* (Alaska Court of Appeals), 2007 WL 2143010. Dazu *Finegan*, 58 Cath. U. L. Rev. 445, 470 ff. (2008–2009); aus dem deutschen Schrifttum *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 272.

<sup>502</sup> *People v. Barnum* (Supreme Court of California), 64 P.3d 788, 799 (2003).

<sup>503</sup> So etwa im Fall *United States v. Davis* (United States District Court, E.D. Louisiana), 180 F.Supp.2d 797 (2002): der Beschuldigte wollte bei drohender Todesstrafe in der Strafzumessungsverhandlung keine entlastenden Umstände vortragen. Die Rolle des *standby counsel* wird in *McKaskle v. Wiggins*, 465 U.S. 168, 173 (1984) als „to be seen but not heard“ beschrieben. Zum *standby counsel* auch unten IV. B. 2. c) aa).



Laie seine Beteiligungsrechte im Verfahren auch tatsächlich ausüben und seiner Prozessverantwortung gerecht werden kann. Der Supreme Court hat in seinen Entscheidungen explizit diese Funktion formeller Verteidigung herausgestellt.

„The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crime, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he had a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence.“<sup>504</sup>

„[Amendment VI] embodies a realistic recognition of the obvious truth that the average defendant does not have the professional legal skill to protect himself when brought before a tribunal with power to take his life or liberty, wherein the prosecution is presented by experienced and learned counsel. That which is simple, orderly and necessary to the lawyer, to the untrained layman may appear intricate, complex and mysterious.“<sup>505</sup>

Das Gericht hat überdies ausdrücklich die besondere Bedeutung der formellen Verteidigung angesichts des großen Maßes an Prozessverantwortung in der adversatorischen Struktur betont.

„[A] fair trial is one in which evidence subject to adversarial testing is presented to an impartial tribunal for resolution of issues defined in advance of the proceeding. The right to counsel plays a crucial role in the adversarial system embodied in the Sixth Amendment, since access to counsel's skill and knowledge is necessary to accord defendants the ‚ample opportunity to meet the case of the prosecution‘ to which they are entitled.“<sup>506</sup>

Die Rolle des Verteidigers wird vom Supreme Court in Ausprägung dessen bisweilen, ähnlich dem deutschen „Prozesssubjektsgehilfen“,<sup>507</sup> als *assistant* des Beschuldigten beschrieben.<sup>508</sup>

## 2. Ausgestaltung der formellen Verteidigung

Das Recht auf formelle Verteidigung ist verfassungsrechtlich verankert und durch die Rechtsprechung sowie standes- und berufsrechtliche Regelungen ausgestaltet.

---

<sup>504</sup> *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68 f. (1932); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 344 f. (1963).

<sup>505</sup> *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458, 462 f. (1938).

<sup>506</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 685 (1984). Eingehend zu diesem Fall und dem zugrunde liegenden Sachverhalt *Bohlander*, StV 1999, 562, 564 ff.

<sup>507</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 1. a).

<sup>508</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 688 (1984).

### a) Recht auf Verteidigung

Das Recht des Beschuldigten, einen Verteidiger hinzuzuziehen, ist in Amendment VI zur US-amerikanischen Verfassung verankert. Darin ist das Recht auf den Beistand eines – vom Beschuldigten selbst verpflichteten und bezahlten – Verteidigers (*retained counsel*) garantiert. Der Beschuldigte kann grundsätzlich, von Fragen wie der Berufszulassung und Interessenkonflikten abgesehen, einen Verteidiger seiner Wahl beauftragen.<sup>509</sup> Auch zeitliche oder sonstige Einschränkungen bestehen nicht. Die Streitfragen zum Recht auf Verteidigung entstehen daher ganz überwiegend im Hinblick auf den staatlich bestellten Verteidiger (*appointed counsel*).<sup>510</sup>

Der Verteidiger nimmt seine Aufgaben uneingeschränkt als Interessenvertreter des Beschuldigten wahr. Zugleich ist er aber als *officer of the court* an eine Reihe berufsrechtlicher Pflichten gebunden.<sup>511</sup> Etwa darf er nicht wissentlich falsche Behauptungen einführen oder falsche rechtliche Einschätzungen abgeben.<sup>512</sup>

Die Entscheidung, wie die Verteidigung geführt werden soll, liegt grundsätzlich beim Verteidiger. Das US-amerikanische Recht unterscheidet zwischen strategischer Prozessführung, die der Verteidiger bindend festlegt, und einigen wenigen persönlichen Entscheidungen, die dem Beschuldigten vorbehalten sind.<sup>513</sup> Beispiele hierfür sind die Abgabe eines Schuldbekenntnisses, die Entscheidung über eine Aussage des Beschuldigten, die Ablehnung (des zurechnungsfähigen) Beschuldigten, die Verteidigungseinrede der *insanity* zu erheben oder der Rechtsmittelverzicht. Verletzt der Verteidiger das persönliche Entscheidungsrecht des Beschuldigten, kann dies zum Gegenstand einer Rüge ineffektiver Verteidigung im Rechtsmittelverfahren gemacht werden.<sup>514</sup>

Amendment VI beinhaltet, wie vom Supreme Court in der Grundsatzentscheidung *Faretta v. California* des Jahres 1975 ausdrücklich festgehalten, auch das Recht, auf eine Verteidigung durch einen Rechtsanwalt zu verzichten und sich stattdessen

---

<sup>509</sup> *United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140, 156 Fn. 3 (2006); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 53 (1932). Näher *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.4 (c); *Hall Jr.*, Professional Responsibility, § 2.6; *Tomkovicz*, Assistance of counsel, S. 51 ff.; *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 737.

<sup>510</sup> Vgl. *Singer*, Criminal Procedure II, S. 242. Zum Recht auf staatliche Bestellung eines Verteidigers sogleich IV B. 2. c).

<sup>511</sup> ABA Standards 4-1.2.

<sup>512</sup> ABA Model Rules 3.1–3.7; ABA Standards 4-1.4. Umfassend *Hall Jr.*, Professional Responsibility, § 3; dazu auch *Frase*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 297, 299 f.

<sup>513</sup> Dazu eingehend *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.6 (a); *Tomkovicz*, Assistance of counsel, S. 73 ff.

<sup>514</sup> Zur Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung unten IV. B. 3. Zur Frage ineffektiver Verteidigung bei Missachtung einer persönlichen Entscheidung des Beschuldigten *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.6 (c).

selbst zu verteidigen (*pro se*-Verteidigung).<sup>515</sup> Auch wenn sich der Beschuldigte im Regelfall mit Hilfe eines Strafverteidigers besser verteidigen könne, müsse seine persönliche Entscheidung akzeptiert werden. Das Gericht muss allerdings die Freiwilligkeit der Entscheidung überprüfen.<sup>516</sup> Überdies kann dem Beschuldigten ein Sicherungsverteidiger beigeordnet werden, wenn er mit seinem Verhalten das Verfahren obstruiert. Darüber hinausgehend kann ihm, wie oben bereits geschildert, unter bestimmten Voraussetzungen ein *standby counsel* für Einzelfragen beigeordnet werden, die er nicht alleine bewältigen kann.<sup>517</sup> Nach *Herrmann* veranschaulicht das Recht auf *pro se*-Verteidigung auf besondere Weise, welch hoher Stellenwert der Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten im Verfahren zugemessen wird.<sup>518</sup>

#### b) Aufgaben des Verteidigers

Dem Verteidiger im US-amerikanischen Verfahren kommt, neben der Beratung des Beschuldigten, vor allem die Aufgabe der Ausübung der oben beschriebenen prozessualen und außerprozessualen Rechte zu. Der Supreme Court beschreibt die *basic duties* des Verteidigers wie folgt:

„From counsel’s function as assistant to the defendant derive the overarching duty to advocate the defendant’s cause and the more particular duties to consult with the defendant on important decisions and to keep the defendant informed of important developments in the course of the prosecution. Counsel also has a duty to bring to bear such skill and knowledge as will render the trial a reliable adversarial testing process.“<sup>519</sup>

Auf den ersten Blick bestehen keine essenziellen Unterschiede zum Aufgabenbereich des Verteidigers im deutschen Verfahren. Mit Blick auf die vergleichenden Zwecke dieser Arbeit sollen an dieser Stelle daher allein solche Verteidigungsaufgaben näher erläutert werden, bei denen sich die Tätigkeit des Verteidigers im US-amerikanischen Verfahren von der seines deutschen Kollegen unterscheidet.

<sup>515</sup> *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975). Näher zur Entwicklung *Wright/Henning*, *Federal Practice and Procedure*, § 731, *Finegan*, 58 *Cath. U. L. Rev.* 445 (452 ff.). Zur *pro se*-Verteidigung bereits oben IV. A.

<sup>516</sup> *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 11.4 (c); *Singer*, *Criminal Procedure II*, S. 272 ff. m.w.N.

<sup>517</sup> *McKaskle v. Wiggins*, 465 U.S. 168 (1984). Zu den näheren Anforderungen *Wright/Henning*, *Federal Practice and Procedure*, § 731 und *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 11.5 (f), jeweils m.w.N.; *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 135, 144 f. Zu den standesrechtlichen Pflichten des *standby counsel* ABA Standards 4-5.3. Zur Pflicht zur Berufung eines *standby counsel* als Ausprägung einer gerichtlichen Fürsorgepflicht bereits oben IV. A.

<sup>518</sup> *Herrmann*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, S. 135, 144 f.

<sup>519</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 688 (1984). Siehe auch ABA Standards for *Criminal Justice* 4-1.1 bis 4-8.6 („The Defense Function“), die konkrete Aufgaben des Verteidigers detailliert auflisten.

Zu nennen ist dabei vor allem die Verpflichtung des Verteidigers zur Durchführung eigener Ermittlungen. Angesichts der oben geschilderten Bedeutung ist Ermittlungsarbeit ausdrücklicher Teil eines jeden anwaltlichen Pflichtenkanons.<sup>520</sup> Je nach Ermittlungsumfang und finanziellen Ressourcen des Mandanten überträgt der Verteidiger Ermittlungsaufgaben auf einen privaten Ermittler. Ein solcher ist für die entsprechenden Aufgaben besonders qualifiziert und kann sie auch kostengünstiger erledigen als der Verteidiger selbst.<sup>521</sup> Ein weiterer Vorteil liegt im damit erzielten Beweissicherungseffekt, da der Ermittler seinerseits als Zeuge aufgerufen werden kann.<sup>522</sup> Typische Aufgaben des Ermittlers sind, Zeugen oder Beweisgegenstände aufzufinden und zu befragen bzw. zu sichern, den Tatort zu inspizieren oder Schaubilder oder sonstige Beweise für das Verfahren vorzubereiten.<sup>523</sup> Es wird empfohlen, einen privaten Ermittler zu verpflichten, der eine Lizenz besitzt, nach Möglichkeit gute Kontakte zu Ermittlungsbehörden hat und sich auch vor Gericht auszudrücken weiß.<sup>524</sup>

### c) *Speziell: Verteidigung mittelloser Beschuldigter*

Angesichts des herausragenden Stellenwerts formeller Verteidigung kommt dem Recht mittelloser Beschuldigter, vom Staat einen Verteidiger gestellt zu bekommen (*right to appointed counsel*), besondere Bedeutung zu.

#### aa) Verfassungsrechtliche Verankerung

Das Recht mittelloser Beschuldigter auf Bestellung eines Verteidigers durch den Staat ist verfassungsrechtlich in Amendment VI, für einzelstaatliche Verfahren in Verbindung mit Amendment XIV, verankert. Eine solche Auslegung hat der Supreme Court allerdings erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts etabliert.<sup>525</sup> In den meisten Bundesstaaten war eine staatliche Verteidigerbestellung für mittellose Beschuldigte bis in die Anfänge des 20. Jahrhunderts nur in Verfahren vorgesehen, in denen der Beschuldigte mit der Todesstrafe rechnen musste.

<sup>520</sup> Siehe nur ABA Standards 4-4.1 bis 4-4.7.

<sup>521</sup> *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 536; *Kadish*, Criminal Law Advocacy, § 6.02 (5); *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 5.9.

<sup>522</sup> Dazu *Bailey/Fishman*, Criminal Trial Techniques, § 5.10; *Kadish*, Criminal Law Advocacy, § 6.02 (5); *Thaman*, in: Perron (Hrsg.), Beweisaufnahme, S. 489, 536 mit Fn. 267. Dem Verteidiger ist zwar der Auftritt als Zeuge im Verfahren nicht vollständig versagt (vgl. ABA Model Rules 3.7); allerdings birgt dies die Gefahr, die eigene Glaubwürdigkeit aufs Spiel zu setzen.

<sup>523</sup> *Kadish*, Criminal Law Advocacy, § 8.01 (2).

<sup>524</sup> *Kadish*, Criminal Law Advocacy, § 8.01 (2).

<sup>525</sup> Zur Rechtsprechungsentwicklung *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.1. (a); *Israel/Kamisar/LaFave*, Constitution, Ch. 5 Sec. 1; *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 731; *Schmid*, Strafverfahren, S. 123.

Den ersten Schritt zur Anerkennung eines verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf einen staatlich bestellten Verteidiger stellt die Entscheidung *Powell v. Alabama* aus dem Jahr 1932 dar.<sup>526</sup> Allerdings stellte der Supreme Court darin noch auf die *due process*-Klausel des Amendment XIV in ihrer damaligen Lesart als Garantie fundamentaler Rechte ab, die lediglich in die Einzelstaaten ausstrahlen (*fundamental fairness doctrine*).<sup>527</sup> Überdies beschränkte das Urteil den Anwendungsbereich ausdrücklich auf Fälle einer drohenden Todesstrafe und der Unfähigkeit des Beschuldigten zur eigenen Verteidigung.<sup>528</sup> Sechs Jahre später urteilte das Gericht in *Johnson v. Zerbst*, dass das Amendment VI für das Bundesstrafverfahren die staatliche Bestellung eines Verteidigers erfordert, sofern dem Beschuldigten die Mittel dazu fehlen.<sup>529</sup> Sachlich galt dies zumindest für alle Verfahren, in denen eine als *felony* definierte Straftat<sup>530</sup> angeklagt war.

Nachdem eine Anwendung für staatliche Verfahren über Amendment XIV in der Folgezeit vom Supreme Court abgelehnt worden war,<sup>531</sup> erfolgte die Übertragung dieser Garantie auf die Einzelstaaten letztlich im Jahr 1963 in der berühmten Entscheidung *Gideon v. Wainwright*. Das Gericht betonte:

„[F]air trials before impartial tribunals in which every defendant stands equal before the law [...] cannot be realized if the poor man charged with crime has to face his accusers without a lawyer to assist him.“<sup>532</sup>

Sachlich bezog sich diese Garantie noch auf *felonies*. Seit dem *actual imprisonment standard* der Entscheidung *Argersinger v. Hamlin* ist nunmehr ein Verteidiger zu bestellen, wenn im konkreten Fall die Verhängung einer – wenn auch geringen – Freiheitsstrafe droht, also bei entsprechenden *misdemeanors*.<sup>533</sup> Dies gilt auch, wenn eine Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird.<sup>534</sup> Im Bundesstrafverfah-

<sup>526</sup> *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45 (1932).

<sup>527</sup> Näher *Israel/Kamisar/LaFave*, Constitution, Ch. 5 Sec. 1; *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.1. (a). Zu Amendment XIV bereits oben II. A.

<sup>528</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.1. (a).

<sup>529</sup> *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

<sup>530</sup> Nach 18 U.S.C. § 3559 (a) ist eine Straftat als *felony* definiert, wenn sie mit dem Tod oder Gefängnis von mehr einem Jahr bestraft werden kann.

<sup>531</sup> *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

<sup>532</sup> *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 344 (1963). Deutlich auch *Douglas v. California*, 372 U.S. 353, 355 (1963) zur Verteidigerbestellung im Rechtsmittelverfahren: „[T]here can be no equal justice where the kind of an appeal a man enjoys depends on the amount of money he has.“

<sup>533</sup> *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972); bestätigt in *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 367 (1979). Näher *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (a). – Um *misdemeanors* handelt es sich gem. 18 U.S.C. § 3559 (a) bei Delikten, für die Freiheitsstrafen von weniger als einem Jahr oder gar keine Freiheitsstrafe verhängt werden können. – In manchen Einzelstaaten wird darüber hinausgehend teilweise darauf abgestellt, ob der Tatbestand abstrakt die Möglichkeit der Freiheitsstrafe vorsieht, siehe *Hollander/Bergman/Stephenson/Torcia*, Wharton’s criminal procedure, § 15.5. m.w.N.

<sup>534</sup> *Alabama v. Shelton*, 535 U.S. 654, 673 f. (2002).

ren sind diese Anforderungen in einem detaillierten Katalog umgesetzt (FRCP 44 (b) i.V.m. 18 U.S.C. § 3006A (a)).

Zeitlich findet das Recht auf einen staatlich bestellten Verteidiger für die entscheidenden Verfahrensabschnitte (*critical stages*) Anwendung.<sup>535</sup> Am Verfahrensbeginn zählt hierzu die *initial appearance*, das erste Erscheinen des Beschuldigten vor einem Gericht, in dem er u.a. über den Schuldvorwurf informiert wird.<sup>536</sup> Auch bei der Vernehmung durch die Polizei hat der Beschuldigte das Recht, dass ihm ein Verteidiger gestellt wird; dies wird aber aus der Selbstbelastungsfreiheit (Amendment V) abgeleitet.<sup>537</sup> Auf Rechtsmittelebene ist, allerdings gestützt auf die Equal Protection Clause des Amendment XIV, ein Verteidiger nur zu bestellen, wenn ein Recht auf ein Rechtsmittel besteht.<sup>538</sup> Liegt die Gewährung des Rechtsmittels, wie etwa beim bundesstaatlichen *habeas corpus*-Verfahren,<sup>539</sup> im Ermessen des Gerichts (*collateral remedy*), besteht demgegenüber kein Anspruch auf einen staatlich bestellten Verteidiger.<sup>540</sup>

Für die Feststellung, ab welcher Vermögenslage einem Beschuldigten ein vom Staat finanzierter Verteidiger zu bestellen ist, hat der Supreme Court keine Vorgaben erlassen, sondern sich einzig auf Schätzungen bezogen, wonach bei *felony*-Verfahren 50–90 % der Beschuldigten betroffen sein dürften.<sup>541</sup> Die Praxis unterscheidet sich daher von Bundesstaat zu Bundesstaat bzw. Bezirk zu Bezirk.<sup>542</sup>

#### bb) Ausgestaltung und Finanzierung staatlich bestellter Verteidigung

Spätestens als Reaktion auf die Vorgaben des Supreme Court in *Gideon v. Wainwright* haben alle Bundesstaaten Vorkehrungen für die Verteidigung mittelloser Beschuldigter geschaffen. Die Ausgestaltung und die Art der Organisation und Finanzierung variiert stark in den einzelnen Bundesstaaten. Zu unterscheiden sind drei Varianten: die Bestellung selbstständig tätiger Verteidiger bzw. Kanzleien auf

<sup>535</sup> Näher zur Frage, welche Verfahrensabschnitte umfasst sind, *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (b); *Singer*, Criminal Procedure II, S. 243 ff.

<sup>536</sup> *Rothgery v. Gillespie County*, 554 U.S. 191 (2008). Näher zur *initial appearance* *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 40 f.

<sup>537</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); dazu *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.1 (c).

<sup>538</sup> *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

<sup>539</sup> Zum *habeas corpus*-Verfahren noch unten IV. B. 3. c).

<sup>540</sup> *Ross v. Moffitt*, 417 U.S. 600 (1974). Weitergehend aber die bundesstaatliche Regelung 18 U. S. C. § 3599, wonach dem mittellosen Beschuldigten in Fällen mit Todesstrafe auch in *habeas corpus*-Verfahren ein Anwalt bestellt wird, dazu *Martel v. Clair*, 132 S. Ct. 1276, 1281 (2012).

<sup>541</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 472 Fn. 40 (1966).

<sup>542</sup> *Marcus/Wilson/Zimmermann*, Criminal procedure, S. 169 ff. Diese Uneinheitlichkeit kritisierend NACDL, The Terrible Toll of America's Broken Misdemeanor Courts, S. 16; *Backus/Marcus*, 57 Hastings L. J. 1031, 1078 ff. (2009).

Fallbasis, die Übernahme eines bestimmten Fallkontingents durch eine Kanzlei auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags mit dem Bundesstaat oder dem Bezirk sowie die Übernahme des Falles durch ein *public defender*-Büro.<sup>543</sup> Die meisten Einzelstaaten und der Bund nutzen, vor allem zur Vermeidung von Interessenkonflikten, eine Kombination dieser drei Varianten.<sup>544</sup> In einigen Einzelstaaten erfolgt die Organisation auf staatlicher Ebene, in anderen auf Bezirksebene.<sup>545</sup> Auch die Finanzierung ist dementsprechend entweder Staat oder Bezirk oder beiden zu einem gewissen Teil überantwortet.<sup>546</sup> Der Beschuldigte kann sich grundsätzlich nicht aussuchen, welche der drei Varianten bei ihm zum Tragen kommt und welchen konkreten Verteidiger er dann erhält. Inwieweit diesbezügliche Wünsche berücksichtigt werden, variiert in den einzelnen Prozessordnungen.<sup>547</sup>

#### (1) Bestellung von Verteidigern auf Fallbasis (*assigned counsel model*)

Zum einen werden mittellosen Beschuldigten Verteidiger auf Einzelfallbasis bestellt (*assigned counsel*). Zu unterscheiden sind Modelle, in denen die Bestellung durch das Gericht erfolgt, und Modelle, in denen ein koordinierendes Organ dazwischengeschaltet ist, bei dem sich die Anwälte registrieren können.<sup>548</sup> Standard 5-1.3 der ABA Standards for Criminal Justice empfiehlt für letztere Alternative ausdrücklich, dass die Auswahl des Verteidigers im Einzelfall nicht von der Justiz oder sonstigen Behörden, sondern im Rahmen der anwaltlichen Selbstverwaltung vorgenommen wird.

Zumeist werden die Verteidiger auf Stundenbasis entlohnt. Die Stundensätze variieren in den einzelnen Verfahrensordnungen. In Fällen, in denen die Todesstrafe ausgeschlossen ist, wird im Bundesstrafverfahren Stand 2016 ein Maximum von 127 \$ gewährt.<sup>549</sup> In den Einzelstaaten reicht die Bandbreite von unter 50 \$ bis zu

---

<sup>543</sup> *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs. 31, 32 ff. (1995); ABA, Gideon's Broken Promise, S. 2.

<sup>544</sup> *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs. 31, 32 (1995). Speziell zur Regelung des Bundes *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 737. Siehe überdies ABA Standards 5-1.2.

<sup>545</sup> *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs., 31, 37 ff. (1995).

<sup>546</sup> Siehe dazu die umfassenden Darstellungen bei *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs. 31, 41 ff. (1995) und ABA, Gideon's Broken Promise, S. 8. Kritisch zur Finanzierung auf Bezirksebene *State v. Peart* (Supreme Court of Louisiana), 621 So. 2d 780 (1993).

<sup>547</sup> *Frase*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 297.

<sup>548</sup> *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs. 31, 32 ff. (1995). Standard 5-1.3 der ABA Standards for Criminal Justice empfiehlt letztere Variante, um die Unabhängigkeit des Verteidigers zu sichern.

<sup>549</sup> Siehe dazu die Angaben bei United States Courts: <http://www.uscourts.gov/services-forms/defender-services> [zuletzt abgerufen im Dezember 2016]. Zur Finanzierungssituation im Bund eingehend *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 739.

90–100 \$.<sup>550</sup> Der Bundesstaat New York rangiert mit 60–75 \$ also im Mittelfeld.<sup>551</sup> Für die Erstattung müssen die aufgewendete Zeit, die gewährten Leistungen und die getätigten Aufwendungen detailliert schriftlich aufgestellt werden.<sup>552</sup> Deuten diese Stundensätze auf den ersten Blick nicht auf ein signifikant niedriges Niveau hin, so ergibt sich bei näherem Hinsehen ein anderes Bild. Denn die Entlohnung ist in allen Prozessordnungen bei einem bestimmten Betrag gedeckelt. Die Obergrenzen der einzelnen Verfahrensordnungen unterscheiden sich beträchtlich. Im Bundesstrafverfahren liegt die Maximalsumme für *felony*-Verfahren Stand 2016 bei 9.900 \$.<sup>553</sup> In Colorado und Delaware werden bei schwerer Kriminalität sogar 15.000 \$ angesetzt. Demgegenüber liegt die Grenze in New York bei 4.400 \$, in Mississippi gar bei 1.000 \$.<sup>554</sup> Deutlich am untersten Ende befindet sich Virginia, wo die Grenze in Verfahren über *felonies*, die über 20 Jahre Freiheitsstrafe nach sich ziehen können, 1.235 \$ beträgt; für solche unter 20 Jahren liegt sie bei 445 \$.<sup>555</sup> Bis in das Jahr 2009 war für *felony*-Verfahren mit drei oder mehr Terminen vor einem Jugendgericht bei einem maximalen Stundensatz von 90 \$ zugleich eine Obergrenze von 112 \$ festgeschrieben.<sup>556</sup> In außergewöhnlich umfangreichen Verfahren können diese Obergrenzen in vielen Staaten auf Antrag vom Gericht aufgehoben werden.<sup>557</sup> Einige Staaten sehen eine solche Möglichkeit indes nicht vor.<sup>558</sup> Überdies dürften diese Regelungen sehr unterschiedlich gehandhabt werden.<sup>559</sup>

Aufgrund dieser Regelungen fällt die tatsächliche Entlohnung für Verteidiger teilweise deutlich geringer aus, als es die Stundensätze eigentlich suggerieren. Mitunter rücken bestellte Verteidiger mit ihrer Entlohnung für eine streitige, engagiert geführte Verteidigung an das unterste Ende des Gehaltsspektrums.

---

<sup>550</sup> Siehe für diese und weitere Zahlen *Singer*, Criminal Procedure II, S. 250.

<sup>551</sup> N.Y. County Law § 722-b (1). Dieser Stundensatz ist Resultat einer Erhöhung im Jahr 2004; zuvor hatte es 17 Jahre keine Erhöhung gegeben.

<sup>552</sup> Siehe für das Bundesstrafverfahren 18 U.S.C. § 3006A (d) (5); für den Bundesstaat New York N.Y. County Law § 722-b (4).

<sup>553</sup> Für *misdemeanor*-Fälle liegt die Grenze bei 2.800 \$, für das Rechtsmittelverfahren insgesamt bei 7.100 \$. Siehe dazu die Angaben bei United States Courts: <http://www.uscourts.gov/services-forms/defender-services> [zuletzt abgerufen im Dezember 2016].

<sup>554</sup> N.Y. County Law § 722-b (2) bzw. Miss. Code Ann. § 99-15-17. Für Fälle, in denen die Todesstrafe droht, liegt die Obergrenze in Mississippi bei 2.000 \$, sofern zwei Verteidiger bestellt werden. – Siehe für diese und weitere Zahlen *Singer*, Criminal Procedure II, S. 250.

<sup>555</sup> Va. Code Ann. § 19.2-163. Dazu *Backus/Marcus*, 57 Hastings L. J. 1031, 1110 (2009).

<sup>556</sup> Vgl. dazu ABA, Gideon's Broken Promise, S. 9; *Backus/Marcus*, 57 Hastings L. J. 1031, 1059 f. (2009).

<sup>557</sup> Siehe für das Bundesstrafverfahren 18 U.S.C. § 3006A (d) (3); dazu *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 739 mit Fn. 8 ff. Gegen eine ablehnende Entscheidung besteht indes kein Rechtsmittel. Für New York N.Y. County Law § 722-b (3).

<sup>558</sup> *Backus/Marcus*, 57 Hastings L. J. 1031, 1059 ff. (2009).

<sup>559</sup> Nach dem Eindruck einiger Verteidiger, mit denen der Verf. während eines Forschungsaufenthalts in Erie County, N.Y. sprechen konnte, wird dort jedenfalls für umfangreiche Kapitaldelikte im Regelfall die Obergrenze aufgehoben.



(2) Verteidigung durch ein *public defender*-Büro

Zweitens kann die Vertretung mittelloser Beschuldigter von *public defender*-Büros wahrgenommen werden. Dabei handelt es sich um eine staatliche oder private nichtkommerzielle Organisation, bei der je nach Größe des Einzugsgebiets eine Vielzahl von Anwälten angestellt ist. Als abhängige Beschäftigte verfügen sie über ein gesichertes Einkommen, das teilweise allerdings unter der Entlohnung von Staatsanwälten liegt.<sup>560</sup> In Extremfällen soll die Vergütung so gering sein, dass Schwierigkeiten bestehen, entsprechende Stellen zu besetzen.<sup>561</sup>

Die *public defender*-Büros haben in vielen Landesteilen mit einer großen Anzahl an Zuweisungen zu kämpfen. Die Fallzahlen (*caseload*) der einzelnen Anwälte sind daher oftmals überaus hoch. Nach Empfehlung der National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals im Jahr 1973 gelten rund 150 *felony*-Verfahren, 400 *misdemeanor*-Verfahren, 200 Jugendstrafsachen oder 25 Rechtsmittelverfahren pro Anwalt pro Jahr als angemessen.<sup>562</sup> Fast überall werden diese Zahlen indes deutlich übertroffen. In New Orleans etwa wurde die unglaubliche Zahl von 19.000 Fällen pro Anwalt pro Jahr verzeichnet, was einer Zeit von sieben Minuten pro Fall entspricht.<sup>563</sup> Aber auch jenseits dieser astronomischen Zahl sind regelmäßige und deutliche Überschreitungen der empfohlenen Fallzahlen festzustellen.<sup>564</sup>

(3) Vertragliche Übertragung von Fallkontingenten (*contract model*)

Schließlich können die Bundesstaaten bzw. Bezirke Verträge mit Rechtsanwälten, Kanzleien oder Anwaltskammern über die Vertretung eines bestimmten Fallkontingents schließen (*contract model*). Zu unterscheiden sind dabei Verträge über einen festen Gesamtpreis und über eine Fallpauschale.

Noch immer sind solche Verträge als „Flatrate“-Leistungen ausgestaltet. Es wird also eine fixe Pauschale für eine bestimmte Anzahl von Fällen ausbezahlt, die nicht an die spätere tatsächliche Fallzahl bzw. den konkreten Aufwand angepasst wird. Teilweise erhält der günstigste Bieter ohne Berücksichtigung weiterer Kriterien wie

<sup>560</sup> *Backus/Marcus*, 57 *Hastings L. J.* 1031, 1062 (2009).

<sup>561</sup> ABA, *Gideon's Broken Promise*, S. 10.

<sup>562</sup> Zitiert nach ABA, *Gideon's Broken Promise*, S. 17 f. sowie *Joy*, 37 *Wash. U. J. L. & Pol'y* 205, 208 (2011) m.w.N.

<sup>563</sup> NACDL, *The Terrible Toll of America's Broken Misdemeanor Courts*, S. 21 f.

<sup>564</sup> In Rhode Island überstiegen im Jahr 2003 die *felony*-Fälle die oben genannten Vorgaben um 35–40 %, bei *misdemeanor*-Fällen gar um 150 %, siehe ABA, *Gideon's Broken Promise*, S. 17 f.; zur Situation im Bundesstaat New York *Guggenheim*, 36 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 395, 403 ff. (2012). Weitere Beispiele finden sich bei *Singer*, *Criminal Procedure II*, S. 249; NACDL, *The Terrible Toll of America's Broken Misdemeanor Courts*, S. 21 f.; *Baxter* *Mich. St. L. Rev.* 341, 351 ff. (2010); *Joy*, 37 *Wash. U. J. L. & Pol'y* 205, 208 f. (2011); *Bright/Sanneh*, 122 *Yale L. J.* 2150, 2166 ff. (2012–2013).

Qualifikation oder Ausstattung den Zuschlag.<sup>565</sup> So schildern *Bright/Sanneh* ein Beispiel aus einem kalifornischen Bezirk, in dem eine Kanzlei die Ausschreibung mit einem Budget von 27 % Prozent des Budgets der Staatsanwaltschaft gewonnen hatte, im nächsten Jahr aber von einer anderen Kanzlei den Rang abgelaufen bekam, deren Gebot nochmals 50 % darunter lag.<sup>566</sup> Hohe Fallzahlen und geringe Entlohnung sind in solchen *contract programs* somit schon strukturell angelegt.

#### cc) Weitere Leistungen für mittellose Beschuldigte

Neben der Bereitstellung eines Verteidigers können mittellosen Beschuldigten weitere finanzielle Unterstützungsleistungen für ihre Verteidigung gewährt werden.

In der Entscheidung *Ake v. Oklahoma* hat der Supreme Court aus der Due Process Clause die Notwendigkeit abgeleitet, dass der Staat finanzielle Mittel für die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zur Verfügung stellt.<sup>567</sup> Hierfür muss der Beschuldigte darlegen, dass seine Zurechnungsfähigkeit für das Verfahren relevant ist und dass er finanziell nicht in der Lage ist, selbst für die Kosten eines Gutachtens aufzukommen. Zudem muss die Zurechnungsfähigkeit ernsthaft infrage stehen. Auf Rechtsfolgenseite beinhaltet der Anspruch nicht die Wahl eines beliebigen Sachverständigen und ist überdies als *basic tool* zu verstehen. Nicht jede Hilfe, die ein wohlhabender Beschuldigter in Anspruch nehmen würde, muss gewährt werden. Ob lediglich ein Anspruch auf einen unabhängigen Experten oder auf einen Gutachter als Teil des *defense teams* besteht, ist von den unteren Gerichten unterschiedlich bewertet worden. Unklar ist auch, ob neben einem psychiatrischen Gutachten auch andere Sachverständige umfasst sind. In letzterem Sinne wird jedenfalls die spätere Entscheidung *Caldwell v. Mississippi* interpretiert.<sup>568</sup>

Unabhängig von dieser verfassungsrechtlichen Garantie regeln die meisten Verfahrensordnungen ein weitergehendes Recht des Beschuldigten auf staatlich finanzierte Sachverständige und sonstige Experten. Im Bundesstrafverfahren ist dies im Criminal Justice Act (18 U.S.C. § 3006A (e)) geregelt. Danach besteht die Möglichkeit auf staatliche Finanzierung von Sachverständigen, privaten Ermittlern oder anderen Dienstleistern. Das Ausgabenmaximum beträgt Stand 2016 pro Dienstleis-

<sup>565</sup> Näher *Spangenberg/Beeman*, 58 Law & Contemp. Probs. 31, 34 (1995); *Bright*, 103 Yale L. J. 1835, 1850 (1993); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2165 f. (2012–2013). In *State v. Smith* (Arizona Supreme Court), 681 P.2d 1374, 1381 ff. (1984) wurde eine solche Vertragsgestaltung als verfassungswidrig angesehen. Das ABA's House of Delegates hat sich bereits 1985 dagegen ausgesprochen, solche Verträge nur anhand der Kosten zu vergeben.

<sup>566</sup> *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2166 (2012–2013). Siehe auch die in *State v. Smith* (Arizona Supreme Court), 681 P.2d 1374, 1378 ff. (1984) geschilderten Zahlen.

<sup>567</sup> *Ake v. Oklahoma*, 470 U.S. 74, 77 ff. (1985). Dazu *Gianelli*, 18 Crim. Just. 15, 16 ff. (2003–2004).

<sup>568</sup> *Caldwell v. Mississippi*, 472 U.S. 68, 82 f. (1985). Zu dieser Einschätzung *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (e); *Gianelli*, 18 Crim. Just. 15, 18 f. (2003–2004).

ter 2.400 \$<sup>569</sup> bzw. 7.500 \$ in Fällen, in denen die Todesstrafe droht.<sup>570</sup> Bei einem Kostenübernahmeantrag nach Beauftragung des jeweiligen Experten liegt das Maximum im Regelfall bei nur 800 \$.<sup>571</sup> Über den Antrag wird in einer *ex parte*-Anhörung entschieden, in der die Notwendigkeit des Sachverständigen bzw. Ermittlers erörtert und die finanzielle Bedürftigkeit des Beschuldigten festgestellt wird.<sup>572</sup> Die Darlegungslast liegt beim Beschuldigten bzw. dem Verteidiger. Wann ein Sachverständiger bzw. Ermittler für die Verteidigung notwendig ist, wird von den Gerichten sehr unterschiedlich beurteilt.<sup>573</sup> In der Tendenz sind die Anforderungen geringer als nach *Ake v. Oklahoma*.<sup>574</sup> Im Rechtsbehelfsverfahren gegen die Ablehnung wird geprüft, ob sich die Entscheidung im Ermessen des Gerichts hält.<sup>575</sup>

In einigen Einzelstaaten ist der Anspruch auf zusätzliche Hilfen im Vergleich zum Bundesstrafverfahren deutlich eingeschränkt. Etwa liegt die grundsätzliche Maximalsumme pro Sachverständigem teilweise merklich unter dem Betrag im Bundesstrafverfahren.<sup>576</sup> Teilweise werden nur psychiatrische Gutachten für die Verteidigungseinrede der Unzurechnungsfähigkeit erstattet.<sup>577</sup> Auch die Anforderungen an die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Experten sind mitunter viel strenger.<sup>578</sup> Überdies wird in einigen Verfahrensordnungen nicht in einer *ex parte*-Anhörung entschieden, so dass ein entsprechender Antrag der Verteidigung das Risiko beinhaltet, der Staatsanwaltschaft die Prozessstrategie offenzulegen.<sup>579</sup>

Die *public defender*-Büros halten in ihrem Budget Mittel für eigene Sachverständige, insbesondere eigene Ermittler bereit.<sup>580</sup> Empfohlen wird ein Verhältnis von einem Privatermittler zu drei forensisch tätigen Verteidigern.<sup>581</sup> Diese Anzahl wird indes selten eingehalten.<sup>582</sup>

<sup>569</sup> 18 U.S.C. § 3006A (e) (3).

<sup>570</sup> 18 U.S.C. § 3599 (g) (2).

<sup>571</sup> 18 U.S.C. § 3006A (e) (2).

<sup>572</sup> 18 U.S.C. § 3006A (e) (1).

<sup>573</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 740 mit Fn. 8 ff. m.w.N.; *Gianelli*, 18 Crim. Just. 15, 19 f. (2003–2004) m.w.N.

<sup>574</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (e).

<sup>575</sup> *Wright/Henning*, Federal Practice and Procedure, § 740 mit Fn. 11.

<sup>576</sup> Beispielsweise New York: Die Erstattung pro Dienstleister soll, Stand 2016, 1.000 \$ nicht übersteigen (N.Y. County Law § 722-c). Siehe dazu *Gianelli*, 18 Crim. Just. 15 (2003–2004) m.w.N.

<sup>577</sup> Beispielhaft Arizona Revised Statutes § 13-4013 (B). Michigan Compiled Laws Complete § 768.20a (3) beschränkt einen solchen Anspruch zusätzlich auf *felony*-Verfahren.

<sup>578</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (e).

<sup>579</sup> *Gianelli*, 18 Crim. Just. 15, 18 f. (2003–2004) m.w.N.

<sup>580</sup> *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.2 (e).

<sup>581</sup> Department of Justice, County-based and Local Public Defender Offices 2007, S. 12.

<sup>582</sup> Laut Department of Justice, County-based and Local Public Defender Offices 2007, S. 12 verfügen 40 % aller auf Bezirksebene finanzierten *public defender*-Büros über gar keine eigenen Ermittler.

### 3. Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung

Die Handlungen des Verteidigers – und damit auch dessen Fehler – werden dem Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren generell zugerechnet.<sup>583</sup> Allerdings hat der Beschuldigte die Möglichkeit, eine schlechte Verteidigungsleistung seines Anwalts im Rechtsmittelverfahren als *ineffective assistance of counsel* zu rügen und ein neues Verfahren herbeizuführen.

#### a) Verfassungsrechtliche Verankerung

Die Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung wird aus Amendment VI abgeleitet. Nach der langjährigen Rechtsprechung des Supreme Court beinhaltet diese Verfassungsgarantie nicht nur das Recht auf anwaltliche Vertretung an sich; vielmehr muss die Verteidigung auch tatsächlich wirksam (*effective*) sein.<sup>584</sup> Dies gilt sowohl für den gewählten als auch den staatlich bestellten Verteidiger.<sup>585</sup> Die Anwendung eines niedrigeren Maßstabs für gewählte Verteidiger, basierend auf der Argumentation, dass hier kein dem Staat zurechenbarer Verfahrensfehler vorliege, lehnt der Supreme Court mit der Begründung, das Strafverfahren sei selbst ein staatlicher Eingriff, ausdrücklich ab.<sup>586</sup>

In der Grundsatzentscheidung *Strickland v. Washington* aus dem Jahr 1984 hat der Supreme Court die Gewährleistung wirksamer Verteidigung ausdrücklich mit ihrer herausragenden Bedeutung im adversatorischen Verfahren begründet. Die bloße Anwesenheit eines Verteidigers werde Amendment VI nicht gerecht. Garantiert werde vielmehr ein Verteidigungsbeistand, der seiner Aufgabe im Sinne der ihm vom adversatorischen Verfahren zugedachten Schlüsselfunktion nachkommt:

„That a person who happens to be a lawyer is present at trial alongside the accused, however, is not enough to satisfy the constitutional command. The Sixth Amendment recognizes the right to the assistance of counsel because it envisions counsel’s playing a role that is critical to the ability of the adversarial system to produce just results. An accused is entitled to be assisted by an attorney, whether retained or appointed, who plays the role necessary to ensure that the trial is fair.“<sup>587</sup>

<sup>583</sup> Vgl. *Taylor v. Illinois*, 484 U.S. 400, 417 f. (1988).

<sup>584</sup> *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 771, Fn. 14 (1970) mit Verweis auf *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 71 (1932); *Avery v. Alabama*, 308 U.S. 444, 446 (1940); *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 69–70 (1942); *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85, 90 (1955).

<sup>585</sup> Siehe bereits *Cyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335, 342 ff. (1980). Eingehend und m.w.N. *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.7. (b).

<sup>586</sup> *Cyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335, 344 f. (1980). Dazu aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 336 f.

<sup>587</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 685 (1984). Pointiert die Formulierung von *Bazelton*, 64 Geo. L. J. 811, 818 f. (1975–1976): „The Sixth Amendment demands more than placing a warm body with a legal pedigree next to an indigent defendant.“

Die Garantie wirksamer Verteidigung kann verletzt sein, wenn der Staat den Verteidiger daran hindert, wenn beim Verteidiger ein Interessenkonflikt besteht oder wenn – für diese Arbeit allein relevant – die Verteidigungsleistung defizitär ist.<sup>588</sup>

b) *Voraussetzungen der Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung*

In *Strickland v. Washington* hat der Supreme Court die Anforderungen der Rüge ineffektiver Verteidigung aufgrund einer defizitären Leistung des Verteidigers grundlegend neu bestimmt.<sup>589</sup>

„[T]he benchmark for judging any claim of ineffectiveness must be whether counsel’s conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result.“<sup>590</sup>

Maßgeblich ist entsprechend der oben skizzierten Funktion formeller Verteidigung also, ob die Verteidigung so fehlerhaft war, dass kein ordnungsgemäßes adversatorisches Verfahren gegeben war, so dass nicht darauf vertraut werden kann, dass der Prozess ein gerechtes Ergebnis herbeigeführt hat.<sup>591</sup> Hierfür bestehen zwei Voraussetzungen.<sup>592</sup> Erstens muss eine fehlerhafte Verteidigung, eine schlechte *performance* des Verteidigers gegeben sein (aa); zweitens muss der Beschuldigte dadurch einen Nachteil (*prejudice*) erlitten haben (bb). Kann der Beschuldigte eine dieser beiden Voraussetzungen nicht nachweisen, beruht die Verurteilung nicht auf einem derart defizitären adversatorischen Verfahren, das die Zuverlässigkeit des Verfahrensergebnisses infrage stellen würde.

aa) Fehlerhafte Tätigkeit des Verteidigers (*deficient performance*)

Einerseits hat der Beschuldigte darzulegen, dass die Tätigkeit des Verteidigers fehlerhaft gewesen ist. Für die Bewertung einer Verteidigerleistung als defizitär hat der Supreme Court in *Strickland v. Washington* zuallererst zu Zurückhaltung gemahnt. Verteidiger seien im Verfahren mit einer Reihe von Umständen konfrontiert, die sie im Rahmen ihrer Verteidigungsstrategie zu berücksichtigen und abzuwägen haben. Aufgrund dessen bestehe ein weiter Ermessensspielraum an unterschiedlichen Strategien. Die Entwicklung feststehender Anforderungen für die

<sup>588</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 686 (1984); *Singer*, Criminal Procedure II, S. 252 ff.

<sup>589</sup> Zur Rechtslage vor *Strickland LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.10. (a); *Joy*, 37 Wash. U. J. L. & Pol’y 205, 213 f. (2011); *Bohlander*, StV 1999, 562, 564.

<sup>590</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 686 (1984). Zu diesem Maßstab auch *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 11.7. (c).

<sup>591</sup> Übersetzung orientiert an *Bohlander*, StV 1999, 562, 565.

<sup>592</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 687 ff. (1984). Zu den nachfolgend geschilderten Anforderungen aus der deutschsprachigen Literatur *Bohlander*, StV 1999, 562, 565 f.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 869 ff.; *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 336 ff.

Verteidigungstätigkeit oder die Anwendung bestehender Regelungen wie den ABA Standards seien daher für die Beurteilung ineffektiver Verteidigung ungeeignet. Maßstab müsse vielmehr die objektive Unvertretbarkeit der Verhandlungsführung des Verteidigers in einer Einzelfallbetrachtung *ex ante* sein.<sup>593</sup>

Eine defizitäre Verteidigung ist danach nur anzunehmen, wenn die konkrete Verhandlungsführung unter Berücksichtigung aller Umstände außerhalb des weiten Spielraums an vernünftigen Verteidigungsstrategien liegt. Dabei sollen die Gerichte als widerlegbare Grundannahme davon ausgehen, dass Anwälte hinreichend kompetent sind und strategische Entscheidungen treffen.<sup>594</sup> Dementsprechend hat der Beschuldigte diese Vermutung bei der Begründung seiner Rüge zu widerlegen.

Auf Grundlage dieses Maßstabs ist eine defizitäre Verteidigungsleistung in allen Verfahrensabschnitten möglich. Angesichts der großen Fülle gerichtlicher Entscheidungen sollen im Folgenden, orientiert an den unter III. dargestellten Beteiligungsrechten des Beschuldigten, nur beispielhaft einige Konstellationen herausgegriffen werden:<sup>595</sup>

- Grundsätzlich kann eine fehlerhafte Verteidigungsleistung in einer mangelhaften Vorbereitung im Allgemeinen<sup>596</sup> bzw. im Unterlassen ausreichender eigener Ermittlungen im Besonderen liegen.<sup>597</sup> In letzterem Fall sind die Gerichte allerdings angesichts der Fülle vertretbarer Entscheidungen, einzelne Nachforschungen nicht vorzunehmen, sehr zurückhaltend und nehmen einen Fehler nur beim völligen Fehlen einer eigenen Untersuchung an.<sup>598</sup> Als unzureichende Verteidi-

<sup>593</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 690 (1984): „Thus, a court deciding an actual ineffectiveness claim must judge the reasonableness of counsel’s challenged conduct on the facts of the particular case, viewed as of the time of counsel’s conduct.“

<sup>594</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 690 (1984).

<sup>595</sup> Für nähere Informationen sei auf die umfassende Fallsammlung von *Burkoff/Burkoff*, *Ineffective assistance of counsel*, verwiesen.

<sup>596</sup> *Burkoff/Burkoff*, *Ineffective assistance of counsel*, § 6.22 m.w.N.

<sup>597</sup> Siehe bereits *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 690 f. (1984); *Williams v. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000). In *Porter v. McCollum*, 558 U.S. 30, 40 ff. (2009) wurde eine Schlechtleistung darin gesehen, dass der Verteidiger nicht weiter untersuchte, ob der Mandant als Kriegsveteran unter einer posttraumatischen Belastungsstörung litt.

<sup>598</sup> Beispielhaft *United States v. Gray* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 878 F.2d 702, 711 (1989). Mit weiteren Entscheidungen *Burkoff/Burkoff*, *Ineffective assistance of counsel*, § 6.20 ff. m.w.N.; siehe auch *Fraser*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 297, 304 f. – Beispiele für keine defizitäre Verteidigungsleistung: *Wood v. Allen*, 558 U.S. 290, 303 (2010): Keine Schlechtleistung begründet die Entscheidung des Verteidigers, keine weiteren Untersuchungen über den Geisteszustand des Beschuldigten anstellen zu lassen, nachdem erste Ergebnisse keinen Erfolg versprachen. *Schwander v. Blackburn* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 750 F.2d 494, 499 ff. (1985): Im Versäumnis eigener Ermittlung und jeglicher Anträge im Vorverfahren sowie einer lediglich viertelstündigen Besprechung zu Beginn des Ermittlungsverfahrens wird keine fehlerhafte Verteidigung, sondern eine vernünftige Verfahrensstrategie gesehen, weil der Verteidiger einen vom Beschuldigten benannten Alibi-Zeugen befragt habe, bei einer *open file policy* des Staatsanwalts keine weiteren Beweise in Sicht waren und auch der Anwalt des Mitangeklagten keine Anträge gestellt habe.

gung wurde vom Supreme Court ferner das Versäumnis bewertet, einen rechtzeitigen Antrag auf Ausschluss eines Beweismittels zu stellen.<sup>599</sup> Gleiches gilt für die Nichtbeachtung der Präklusionsregelung für die Präsentation von Alibi-Verteidigungseinreden.<sup>600</sup> Eine Schlechtleistung kann schließlich darin liegen, einen ungeeigneten Sachverständigen zu beauftragen.<sup>601</sup>

- Auf Hauptverhandlungsebene kann eine defizitäre Verteidigung darin begründet sein, dass der Verteidiger keine *objection* gegen rechtswidrige Beweisführungen der Staatsanwaltschaft erhebt<sup>602</sup> oder eine nicht tragfähige staatsanwaltschaftliche Beweisführung nicht rügt.<sup>603</sup> Allerdings besteht auch bei unterlassenen Beanstandungen viel Raum für taktische Erwägungen, wie etwa die Überlegung, einem unzulässigen Beweisvorbringen durch eine – ggf. zurückgewiesene – Beanstandung in der Hauptverhandlung nicht zu viel Aufmerksamkeit zukommen zu lassen.<sup>604</sup> Im Hinblick auf eigenes Beweisvorbringen ist die Rüge ineffektiver Verteidigung im Allgemeinen wenig erfolgversprechend. Zum einen wird die versäumte Geltendmachung eines tatsächlichen oder rechtlichen Umstands eher bereits als unzureichende Ermittlungstätigkeit des Verteidigers gerügt.<sup>605</sup> Vor allem aber sind gerade die Ausgestaltung und die Darstellung des eigenen *case* von vielfältigen taktischen Erwägungen bestimmt und können daher von vornherein nur schwer als fehlerhaft bewertet werden.<sup>606</sup> Daher liegt etwa kein Verteidigungsfehler vor, wenn eine Verteidigungseinrede nicht erhoben wurde, weil sie der gemeinsam vereinbarten Verteidigungsstrategie widersprochen hätte<sup>607</sup>

---

<sup>599</sup> *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365 (1986); *Huynh v. King* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 95 F.3d 1052, 1058 (1996). Dazu *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 6.39 m.w.N. Zur *pretrial motion to suppress evidence* oben III. B. 2. aa) und bb).

<sup>600</sup> *Clinkscale v. Carter* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 375 F.3d 430, 443 f. (2004). Zur Präklusionsregelung oben III. B. 4. b) dd).

<sup>601</sup> *Richey v. Mitchell* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 395 F.3d 660, 683 ff. (2005).

<sup>602</sup> Beispielhaft *Atkins v. Attorney General of State of Alabama* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 932 F.2d 1430, 1432 f. (1991). Dazu *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 7.6 m.w. Rechtsprechungsbeispielen.

<sup>603</sup> *Richey v. Mitchell* (United States Court of Appeals, Sixth Cir.), 395 F.3d 660, 678 ff. (2005).

<sup>604</sup> Beispielhaft *Moore v. Deputy Commissioner(s) of Sci-Huntingdon* (United States Court of Appeals, Third Cir.), 946 F.2d 236, 245 ff. (1991); *Bussard v. Lockhart* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 32 F.3d 322, 323 ff. (1994); *United States v. McGill* (United States Court of Appeals, First Cir.), 11 F.3d 223, 226 ff. (1993). Zu den entsprechenden taktischen Erwägungen bereits oben III. 2. A. aa).

<sup>605</sup> *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 7.1. Beispielhaft *Johnson v. Baldwin* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 114 F.3d 835 (1997).

<sup>606</sup> Vgl. *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 7.1: „[T]he decision to make an argument or assert a specific defense is at the heart of trial strategy [...]“

<sup>607</sup> *Lobosco v. Thomas* (United States Court of Appeals, Eleventh Cir.), 928 F.2d 1054, 1058 (1991).

oder weil dies u.U. dazu geführt hätte, dass die Vorstrafen des Beschuldigten Gegenstand des Verfahrens geworden wären.<sup>608</sup> Gleiches gilt, wenn das nicht eingeführte Beweismittel neben Entlastendem auch belastende Umstände offenbart hätte.<sup>609</sup> Selbst wenn die Verteidigung keinen einzigen Beweis einführt, stellt dies keine defizitäre Leistung dar, wenn der case der Staatsanwaltschaft schwach ist und die Verfahrensstrategie darin besteht, allein dies herauszuarbeiten.<sup>610</sup>

- Auch im *plea bargaining* kann eine unzureichende Verteidigung gegeben sein.<sup>611</sup> Eine schlechte Beratung kann etwa darin liegen, dass der Verteidiger den Beschuldigten nicht über die aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen eines Schuldbekenntnisses informiert oder dass er ihn über ein Abspracheangebot der Staatsanwaltschaft gar nicht unterrichtet.<sup>612</sup>

#### bb) Nachteilhafte Auswirkung auf das Verfahrensergebnis (*prejudice*)

Zweitens muss sich die fehlerhafte Leistung des Verteidigers nachteilig auf das Verfahrensergebnis ausgewirkt haben. Es handelt sich laut *Bohlander* um eine Anforderung ähnlich dem deutschen Beruhensfordernis bei relativen Revisionsgründen.<sup>613</sup> Nach *Strickland v. Washington* muss der Beschuldigte die vernünftige Wahrscheinlichkeit (*reasonable probability*) darlegen, dass das Verfahrensergebnis ohne die defizitäre Verteidigung anders gelautet hätte.<sup>614</sup> Steht etwa fest, dass der Verteidiger keinerlei eigene Ermittlungen vorgenommen hat, führt dies noch nicht zur Urteilsaufhebung. Vielmehr muss der Beschuldigte darlegen, dass eine solche Ermittlung neue Fakten zutage gebracht hätte, die das Verfahrensergebnis hätten verändern können.<sup>615</sup> Hat der Verteidiger einen Antrag auf Berücksichtigung eines Beweisverwertungsverbots versäumt, so muss der Beschuldigte im Rechtsmittelverfahren nachweisen, dass ein entsprechender Antrag erfolgreich gewesen wäre

---

<sup>608</sup> *United States v. Chambers* (United States Court of Appeals, Ninth Cir.), 918 F.2d 1455, 1461 (1990).

<sup>609</sup> Beispielhaft *Smith v. Armontrout* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 888 F.2d 530, 534 ff. (1989); *Young v. United States* (United States Court of Appeals, D.C. Cir.), 639 A.2d 92, 96 ff. (1994). Dazu *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 7.9 m.w.N.

<sup>610</sup> *Johnson v. Lockhart* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 921 F.2d 796 (1990); anders aber *Pavel v. Hollins* (United States Court of Appeals, Second Cir.), 261 F.3d 210 (2001).

<sup>611</sup> *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52, 58 (1985).

<sup>612</sup> *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010) bzw. *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399 (2012).

<sup>613</sup> *Bohlander*, StV 1999, 562, 565; ähnlich *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 340 f.

<sup>614</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 694 (1984).

<sup>615</sup> *Mattheson v. King* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 751 F.2d 1432, 1438 ff. (1985).



und dass ohne dieses Beweismittel für eine Verurteilung keine tragfähige Grundlage geblieben wäre.<sup>616</sup> Gerade solche Rügen scheitern daher häufig an dem *prejudice*-Erfordernis.<sup>617</sup> Beim unterlassenen Vorbringen eigener Beweise besteht ein *prejudice* nur, wenn die Beweisvorführungen das Verfahrensergebnis unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Beweise mit einer vernünftigen Wahrscheinlichkeit hätten abändern können.<sup>618</sup>

Überdies reicht die bloße nachteilhafte Auswirkung auf das Verfahrensergebnis nicht aus. Als „vernünftige“ Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahrensergebnis ein anderes wäre, definiert der Supreme Court in *Strickland v. Washington* nämlich eine Wahrscheinlichkeit, die das Vertrauen in das Verfahrensergebnis untergraben kann.<sup>619</sup> Nicht als solcher Nachteil anzuerkennen ist daher, wenn dem Beschuldigten ein zufälliger oder gar ungesetzlicher Vorteil entgeht. Keine ineffektive Verteidigung liegt beispielsweise vor, wenn der Verteidiger eine unwahre Aussage nicht einführt.<sup>620</sup> Auch die versäumte Berufung auf eine für den Beschuldigten günstige Rechtsprechung führt zu keinem Nachteil, wenn diese Rechtsprechung später noch während des laufenden Rechtsmittelverfahrens aufgehoben wird, weil der Beschuldigte dann nur um einen „*windfall*“, einen Überraschungsgewinn, gebracht werde.<sup>621</sup>

Nach einer *concurring opinion* des Justice Powell in *Kimmelman v. Morrison*<sup>622</sup> soll ein Nachteil darüber hinaus auch dann nicht anzuerkennen sein, wenn die Verurteilung als sachlich zutreffend anzusehen ist. Die Rüge der unzureichenden Verteidigung werde in *Strickland v. Washington* nicht um der Verteidigung selbst Willen gewährt, sondern gerade wegen ihrer Funktion, ein faires Verfahren und als dessen Resultat ein zutreffendes Verfahrensergebnis zu gewährleisten. Das in *Kimmelman v. Morrison* verfahrensgegenständliche Versäumnis des Verteidigers, die Verwertung eines mit einem Beweisverwertungsverbot belegten Beweises zu verhindern, stelle das faire Verfahren und sein Ergebnis aber nicht infrage. Denn Beweismittel wie der im vorliegenden Fall ausgeschlossene Beweis seien im Regelfall als sehr glaubhaft anzusehen. Ihr Ausschluss stelle kein individuelles Recht des Beschuldigten dar, sondern diene nur der Disziplinierung der Ermittlungs-

<sup>616</sup> *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365, 391 (1986).

<sup>617</sup> *Burkoff/Burkoff*, Ineffective assistance of counsel, § 7.15 a.E. m.w.N.

<sup>618</sup> Beispielsweise *Hill v. Lockhart* (United States Court of Appeals, Eighth Cir.), 28 F.3d 832 (1994).

<sup>619</sup> *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 694 (1984): „A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome.“ – Kritisch Justice *Mars-hall* in seiner *dissenting opinion*, 466 U.S. 668, 711 f., weil die formelle Verteidigung nicht nur eine Garantie für die Vermeidung der Verurteilung Unschuldiger, sondern auch einen unabhängigen Wert für ein faires Verfahren begründe.

<sup>620</sup> *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157, 175 f. (1986).

<sup>621</sup> *Lockhart v. Fretwell*, 506 U.S. 364, 369 ff. (1993).

<sup>622</sup> *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365 (1986).

behörden.<sup>623</sup> Beweisverwertungsverbote stellten daher, wie die zuvor geschilderten Konstellationen, für den Beschuldigten nur einen Überraschungsgewinn dar.<sup>624</sup> Diese Ansicht ist indes von der weit überwiegenden Rechtsprechung und Lehre zurückgewiesen worden. Das Recht auf eine effektive Verteidigung gelte für unschuldige und schuldige Beschuldigte gleichermaßen.<sup>625</sup>

Neue Relevanz hat die Problematik aufgrund zweier Entscheidungen des Supreme Court im Jahr 2012 zur unzureichenden Verteidigung im *plea bargaining* erhalten.<sup>626</sup> In *Lafler v. Cooper* war der Beschuldigte auf ein angebotenes *plea bargaining* aufgrund fehlerhafter Beratung seines Verteidigers nicht eingegangen und hatte stattdessen streitig verhandelt;<sup>627</sup> in *Missouri v. Frye* bekannte sich der Beschuldigte ohne Absprache zu Konditionen schuldig, die viel ungünstiger waren als zwei vorangegangene Angebote der Staatsanwaltschaft, von denen der Verteidiger ihn nicht unterrichtet hatte.<sup>628</sup> Die Anerkennung eines Nachteils des Beschuldigten in beiden Fällen durch die Mehrheit des Supreme Courts wurde von der Minderheit um Justice *Scalia* scharf kritisiert. Der Beschuldigte habe nach der gefestigten Rechtsprechung des Supreme Court kein verfassungsmäßiges Recht auf Abschluss eines *plea agreement*. In *Lafler v. Cooper* sei statt eines *plea bargaining* eine Streitige Hauptverhandlung durchgeführt worden, an deren Ende der Beschuldigte von einer *jury* einstimmig für schuldig befunden wurde. Von einem unfairen Verfahren, das – entsprechend der in *Strickland v. Washington* formulierten Funktion effektiver Verteidigung – die Korrektheit der Verurteilung infrage stelle, könne daher keine Rede sein.<sup>629</sup> In *Missouri v. Frye* habe der Beschuldigte mit seinem Schuldbekennnis sogar die Richtigkeit der Verurteilung anerkannt, so dass diese Argumentation *a fortiori* gelte.<sup>630</sup>

<sup>623</sup> Kritisch dazu *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 470.

<sup>624</sup> Justice *Powell*, *concurring opinion* zu *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365, 396 (1986).

<sup>625</sup> So die Mehrheitsposition in *Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365, 379 f. (1986); dazu instruktiv *Owens v. United States* (United States Court of Appeals, Seventh Cir.), 387 F.3d 607, 610 (2004); siehe bereits die *dissenting opinion* von Justice *Marshall* zu *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 711 f. Aus der Wissenschaft *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, § 11.10 (d); *Marceau*, 14 U. PA. J. Const. L. 1161, 1177 ff. mit Fn. 76 (2012).

<sup>626</sup> Zu den beiden Entscheidungen aus der Literatur *Bibas*, 126 Harv. L. Rev. 150 ff.; *Marceau*, 14 U. PA. J. Const. L. 1161 ff. (2012).

<sup>627</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376 (2012). Im konkreten Fall erhielt der Beschuldigte das dreieinhalbfache dessen, was ihm im *plea bargaining* zunächst angeboten worden war.

<sup>628</sup> *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399 (2012). Eines der Angebote beinhaltete 90 Tage Gefängnis; nach Abgabe des Schuldbekennnisses ohne vorangegangene Verhandlungen erhielt der Beschuldigte eine Gefängnisstrafe von drei Jahren. Mit Einzelheiten *Marceau*, 14 U. PA. J. Const. L. 1161, 1191 (2012).

<sup>629</sup> In der mündlichen Verhandlung bezeichnete Justice *Scalia* die Hauptverhandlung vor einer *jury* als den „24-karat test of fairness“; Beschuldigte, die keine *guilty plea* abgeben erhielten danach das beste Verfahren, das das Rechtssystem anzubieten habe, und könnten sich daher nicht beschweren. Zitiert nach *Bibas*, 126 Harv. L. Rev. 150, 151 (2012).

<sup>630</sup> *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1412 (2012).

Demgegenüber hat die Mehrheit der Richter in *Lafler v. Cooper* wiederum darauf abgestellt, dass das verfassungsmäßige Recht auf effektive Verteidigung von der Schuld oder Unschuld des Beschuldigten unabhängig ist.<sup>631</sup> Dass der Beschuldigte kein Recht auf eine Verfahrensabsprache habe, lasse die zentrale Rolle, die dieser Beendigungsform in der Verfahrensrealität zukommt, außer Betracht. Mittlerweile würden 94 bzw. 97 Prozent der einzelstaatlichen bzw. bundesstaatlichen Verurteilungen auf diese Weise erzielt werden.<sup>632</sup> Es sei deshalb unzureichend, lediglich darauf abzustellen, dass ein Streitiges Verfahren alle Fehler des *plea bargaining*-Prozesses ungeschehen mache.<sup>633</sup>

### c) Verfahrensrechtliche Besonderheiten bei einzelstaatlichen Verurteilungen

Besonderheiten gelten für die Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung bei Verurteilungen durch einzelstaatliche Gerichte.<sup>634</sup> Diese veranschaulichen die Komplexität des US-amerikanischen Rechtsmittel- und Rechtsbehelfssystems exemplarisch.<sup>635</sup>

Bei Verurteilungen durch einzelstaatliche Gerichte kann der Beschuldigte die Verteidigungsleistung im *habeas corpus*-Verfahren vor den Bundesgerichten rügen. Der *habeas corpus*-Rechtsbehelf ist in der Verfassung in Art. 1 sec. 1 subsec. 2 festgeschrieben. Als außerordentlicher Rechtsbehelf (*collateral attack*) soll er dem Beschuldigten ermöglichen, eine Freiheitsentziehung wegen der Verletzung der Verfassung oder bundesstaatlichem Recht überprüfen zu lassen.<sup>636</sup> Zudem stehen auf einzelstaatlicher Ebene Rechtsbehelfe zur Verfügung.<sup>637</sup> Die meisten Staaten

<sup>631</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1387 f. (2012).

<sup>632</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1388 (2012) mit Verweis auf *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1407 (2012): „[Plea bargaining] is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal system [Hervorhebung im Original].“

<sup>633</sup> *Lafler v. Cooper*, 132 S. Ct. 1376, 1388 (2012); *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1407 (2012): „[I]t is insufficient simply to point to the guarantee for a fair trial as a backstop that inoculates any errors in the pretrial process.“

<sup>634</sup> Zur Geltendmachung im Bundesstrafverfahren *Wright/Welling*, Federal Practice and Procedure, § 627.

<sup>635</sup> Zum US-amerikanischen Rechtsmittel- und Rechtsbehelfssystem aus der deutschsprachigen Literatur überblicksartig *Schmid*, Strafverfahren, S. 81 ff.; *Trüg*, Lösungsvorgängen, S. 58 f.

<sup>636</sup> Zum *habeas corpus*-Verfahren *LaFave/Israel/King*, Criminal Procedure, § 28.6; *Marcus/Wilson/Zimmermann*, Criminal procedure, S. 300 ff.; *Schmid*, Strafverfahren, S. 88 f.; *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rn. 735 ff.

<sup>637</sup> Garantieren Einzelstaaten neben Amendment VI selbst ein Recht auf eine effektive Verteidigung, wie etwa New York (N.Y. State Constitution Article I, Section 6), so richtet sich die Beurteilung im einzelstaatlichen Rechtsmittelverfahren nach dessen Prüfungsmaßstab. Dieser kann sich durchaus von den skizzierten Anforderungen aus *Strickland v. Washington* unterscheiden. Etwa stellt das Verfahrensrecht New Yorks mehr oder weniger auf eine Gesamtbetrachtung ab (*meaningful representation*). Zu den Anforderungen in New York grundlegend *People v. Baldi*, 54 N.Y.2d 137, 147 (1981). Nach Dafürhalten des höchsten New Yorker Gerichts erfüllt dieser Prüfungsmaßstab auch die verfassungsrecht-

weisen die Überprüfung ebenso den außerordentlichen Rechtsbehelfen und nicht dem ordentlichen Rechtsmittelverfahren (*direct appeal*) zu. Grund dafür ist, dass das den ordentlichen Verfahren zugrunde liegende Verfahrensprotokoll keine hinreichenden Erkenntnisse für die Beurteilung der Verteidigungsleistung bietet.<sup>638</sup> Der Verweis auf außerordentliche Rechtsbehelfe hat freilich zur Folge, dass für mittellose Beschuldigte im Regelfall kein Verteidiger mehr bestellt wird.<sup>639</sup> Einige Staaten lassen zusätzlich die Rüge ineffektiver Verteidigung im ordentlichen Rechtsmittelverfahren zu.<sup>640</sup>

Das Verhältnis zwischen einzelstaatlichen Rechtsmitteln und bundesstaatlichem *habeas corpus*-Verfahren richtet sich seit 1996 nach den Vorgaben des Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA).<sup>641</sup> Zum einen muss der Beschuldigte nunmehr alle einzelstaatlichen Rechtsmittel ausschöpfen (28 U.S.C. § 2254 (b) (1) (A)). Ausnahmen können aber bestehen, wenn im einzelstaatlichen ordentlichen Rechtsmittelverfahren keine Möglichkeit zur Rüge ineffektiver Verteidigung besteht oder bei Geltendmachung eines außerordentlichen Rechtsbehelfs im konkreten Fall ein untauglicher Beistand zugegen war.<sup>642</sup> Materiell hat das bundesstaatliche Gericht gem. 28 U.S.C. § 2254 (d) (1) nunmehr allein zu prüfen, ob die einzelstaatliche Verurteilung (in Form des Urteils des Rechtsmittelgerichts) in Gegensatz zu eindeutig geltendem bundesstaatlichem Recht steht oder eine unvertretbare Anwendung desselben darstellt.<sup>643</sup> Es findet somit keine *de novo*-Überprüfung der Verurteilung statt, sondern eine Überprüfung der einzelstaatlichen Rechtsmittelentscheidung.<sup>644</sup>

Seit ihrer Etablierung ist die Rüge ineffektiver Verteidigung zur am häufigsten gerügten Rechtsverletzung im *habeas corpus*-Verfahren aufgerückt.<sup>645</sup> Die Be-

---

lichen Anforderungen, siehe *People v. Stultz* (Court of Appeals of New York), 810 N.E.2d 883, 887 f. (2004).

<sup>638</sup> Vgl. *Massaro v. United States*, 538 U.S. 500, 504 ff. (2003).

<sup>639</sup> Zum zeitlichen Umfang des Rechts auf einen staatlich bestellten Verteidiger bereits oben IV. B. 3. a).

<sup>640</sup> Näher *Voigts*, 99 Colum. L. Rev. 1103, 1126 ff. (1999).

<sup>641</sup> Zu dieser Entwicklung *O'Hear*, 25 Fed. Sent. R. 110 ff. (2012); *Thomas*, 63 Am. U. L. Rev. 1749, 1766 ff. (2013–2014), jeweils m.w.N.

<sup>642</sup> *Martinez v. Ryan*, 132 S.Ct. 1309, 1318 f., 1320 f. (2012). Gleiches gilt, wenn die Rügemöglichkeit im *direct appeal* zwar grundsätzlich besteht, indes faktisch unmöglich ist, *Trevino v. Thaler*, 133 S.Ct. 1911, 1918 ff. (2013).

<sup>643</sup> Aus dem Wortlaut des 28 U.S.C. § 2254 (d) (1): „[...] a decision that was contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal law, as determined by the Supreme Court of the United States.“ Die hier zitierte Übersetzung orientiert sich an die von *Bohlander*, StV 1999, 562, 566.

<sup>644</sup> Im Fall *Harrington v. Richter*, 562 U.S. 83, 101 f. (2011) sah der Supreme Court den Fehler des bundesstaatlichen Rechtsmittelgerichts gerade darin, eine *de novo*-Prüfung vorgenommen zu haben.

<sup>645</sup> Siehe die bei *Zimpleman*, 63 S.C. L. Rev. 425, 433 ff. (2011) und *Voigts*, 99 Colum. L. Rev. 1103, 1118 (1999) erörterten Statistiken.

stimmungen des AEDPA wurden daher von Anfang an als Mittel kritisiert, den Rechtsschutz vor bundesstaatlichen Gerichten im Wege des *habeas corpus*-Verfahrens deutlich zu erschweren.<sup>646</sup> Tatsächlich ist seither zu beobachten, dass immer weniger *habeas corpus*-Verfahren und damit auch die *ineffective assistance of counsel*-Rügen Erfolg haben.<sup>647</sup> Insbesondere in der Rechtsprechung des Supreme Court seit 2010 wird eine verschärfte Anwendung der Vorgaben aus dem AEDPA erkannt.<sup>648</sup> Einzelstaatliche Verurteilungen werden danach nur noch auf extreme Fehler überprüft.<sup>649</sup> Zur Begründung wird auf den Willen des Gesetzgebers verwiesen, wonach in den durch den AEDPA bewirkten Änderungen der Respekt vor der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit zum Ausdruck kommen soll.<sup>650</sup> Gerade bei der Rüge ineffektiver Verteidigung sollen die Bundesgerichte daher „doppelt ehrerbietig“ (*doubly deferential*) sein, um das Ermessen sowohl des einzelstaatlichen Gerichts als auch des erstinstanzlichen Verteidigers anzuerkennen.<sup>651</sup>

### C. Vergleichende Bewertung

Wie unter III. geschildert, kommt dem Beschuldigten im US-amerikanischen Verfahren eine immense Prozessverantwortung zu, so dass die Absicherung der tatsächlichen Handhabbarkeit der Beschuldigtenrechte von besonderer Bedeutung ist. Angesichts nur sporadisch geleisteter Fürsorge staatlicher Prozessakteure rückt die formelle Verteidigung, mehr noch als im deutschen Amtsermittlungsverfahren, ins Zentrum. Der Beschuldigte ist zentral von der Qualität des Verteidigers abhängig.<sup>652</sup>

In einer auf die entsprechenden Normen bzw. Präjudize beschränkten Betrachtung trägt das US-amerikanische Recht dieser Bedeutung formeller Verteidigung

---

<sup>646</sup> Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 Harv. L. Rev. 2062, 2068 f. (2000).

<sup>647</sup> Habeas Litigation Study, S. 58; *Zimpleman*, 63 S.C. L. Rev. 425, 454 mit Fn. 203 (2011).

<sup>648</sup> Vgl. *O’Hear*, 25 Fed. Sent. R. 110, 115 ff. (2012); *Thomas*, 63 Am. U. L. Rev. 1749, 1766 ff. (2013–2014), jeweils m.w.N.

<sup>649</sup> Vgl. *Harrington v. Richter*, 562 U.S. 83, 102 (2011): „Under § 2254 (d), a habeas court must determine what arguments or theories supported or, as here, could have supported, the state court’s decision; and then it must ask whether it is possible fairminded jurists could disagree that those arguments or theories are inconsistent with the holding in a prior decision of this Court.“

<sup>650</sup> *Woods v. Donald*, 135 S.Ct. 1372, 1376 (2015): „When reviewing state criminal convictions on collateral review, federal judges are required to afford state courts due respect by overturning their decisions only when there could be no reasonable dispute that they were wrong.“

<sup>651</sup> *Cullen v. Pinholster*, 563 U.S. 170 (2011); *Burt v. Titlow*, 134 S.Ct. 10 (2013); *Woods v. Donald*, 135 S.Ct. 1372 (2015).

<sup>652</sup> Vgl. *Stuntz*, 107 Yale L. J. 1, 20 (1997–1998); *Metzger*, 122 Yale L. J. 2550, 2552 (2012–2013); *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 419; allgemein für das adversatorische Verfahrensmodell *Tiedemann*, ZRP 1992, 107, 108.

durchaus in gewissem Umfang Rechnung. Soweit Beschuldigte über ausreichende finanzielle Ressourcen verfügen, bestehen keinerlei Probleme. Für mittellose Beschuldigte wird der Bill of Rights mittlerweile ein weitreichendes Recht auf einen Verteidigungsbeistand entnommen. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst dabei jegliche Verfahren, in denen eine Freiheitsstrafe (zur Bewährung) droht und reicht damit weiter als im deutschen Verfahren. Mittlerweile werden über drei Viertel aller Beschuldigten von staatlich bestellten Verteidigern vertreten.<sup>653</sup> Grundsätzlich werden mittellosen Beschuldigten auch für Sachverständige oder private Ermittler Hilfen gewährt.

Überdies ist normativ eindeutig festgelegt, dass formelle Verteidigung auch tatsächlich wirksam sein muss. Ist das nicht der Fall, ist mit der Rüge ineffektiver Verteidigung ein Mechanismus etabliert, über den der Beschuldigte eine Neuauflage des Verfahrens bewirken kann. Der Beschuldigte kann im Unterschied zum deutschen Verfahren also nicht auf eine umfassende gerichtliche Untersuchung zurückgreifen, sondern muss – über seinen Verteidiger – fast flächendeckend selbst tätig werden; bleibt die Tätigkeit des Verteidigers aber hinter den Anforderungen zurück, die das adversatorische Verfahren stellt, kann der Beschuldigte dies grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren rügen. Nicht unzutreffend beschreibt *Kirsch* daher aus vergleichender Perspektive die Rüge ineffektiver Verteidigung als funktionales Äquivalent der Aufklärungsrüge im deutschen Amtsermittlungsverfahren.<sup>654</sup>

Ausdrücklich hervorzuheben ist bei der Betrachtung der Rechtsprechung zur Rüge ineffektiver Verteidigung, dass die Mehrheit der Richter am Supreme Court nicht der Versuchung erliegt, bei – vermeintlich – zutreffenden Verurteilungen kein neues Verfahren zu gewähren, sondern vielmehr den Eigenwert einer effektiven Verteidigung für die Legitimation des Verfahrens anerkennt. Als besonderes Signal können die jüngeren Entscheidungen des Supreme Court gelten, in denen die Rüge ineffektiver Verteidigung auch für die Vereitelung einer vorteilhaften Absprache durch den Verteidiger anerkannt wird. Der Verbreitung dieser Verfahrensart in der Verfahrensrealität wird damit auch im Hinblick auf die Absicherung durch formelle Verteidigung Rechnung getragen.

Allerdings ist zwischen den normativen Ansprüchen und der tatsächlichen Realität der formellen Verteidigung für mittellose Beschuldigte eine immense Kluft unverkennbar.<sup>655</sup> Denn in der Praxis bestehen bei der Finanzierung formeller Verteidigung erhebliche Defizite, die in der oben geschilderten Entlohnung und den genannten Fallzahlen unzweideutig offenbar werden. Von einigen örtlichen Ausnahmen abgesehen wird die Finanzierung der Vertretung mittelloser Beschuldigter von der Strafrechtswissenschaft, der Anwaltschaft, aber auch vereinzelt von den Gerichten zu

---

<sup>653</sup> Vgl. *Singer*, Criminal Procedure II, S. 247 f.

<sup>654</sup> *Kirsch*, StV 2003, 636, 638.

<sup>655</sup> Vgl. *Bright*, 18 Crim. Just. 5 (2003–2004): „No constitutional right is celebrated so much in the abstract and observed so little in reality as the right to counsel.“

Recht als ungenügend kritisiert und ein Versagen der Politik bei der Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Amendment VI festgestellt.<sup>656</sup>

Von Fall zu Fall bestellte Verteidiger müssen aufgrund der fixen Obergrenzen für ihre Entlohnung pro Fall teilweise mit sehr geringen Stundensätzen auskommen. Beispielhaft wird ein Fall aus Texas aus dem Jahr 1992 geschildert, in dem der Verteidiger letztlich auf einen Stundensatz von 11,84 \$ kam, was den Richter zu der Bemerkung veranlasste, „the justice system got only what it paid for“.<sup>657</sup> Um überhaupt auf eine hinreichende Entlohnung zu kommen, muss ein Verteidiger letztlich eine hohe Fallzahl vorweisen. Dies geht wiederum zulasten der Zeit, die einem Mandanten gewidmet werden kann, so dass das Potenzial der Verteidigungsrechte oftmals gar nicht ausgeschöpft werden kann.<sup>658</sup>

Die *public defender*-Büros sind bereits durch die öffentliche Zuweisung der Mandanten mit hohen Fallzahlen konfrontiert. In vielen Landesteilen gelten sie infolgedessen als hoffnungslos überlastet.<sup>659</sup> Dementsprechend können die angestellten Verteidiger häufig nur einen sehr geringen zeitlichen Aufwand pro Fall betreiben. Viele inhaftierte Mandanten treffen ihren Verteidiger überhaupt erst einige Zeit nach der Inhaftierung und teilweise sogar erst Minuten vor der Gerichtsverhandlung.<sup>660</sup> In den Genuss einer hinreichenden eigenen Untersuchung des Falls

---

<sup>656</sup> *Findley*, 56 N.Y.L. Sch. L. Rev. 911, 914 (2011–2012) diagnostiziert ein „chronic underfunding of representation for indigent defendants“; laut ABA, Gideon’s Broken Promise, S. V ist die Finanzierung „shamefully inadequate“. Siehe ferner *Singer*, Criminal Procedure II, S. 249 ff.; Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 Harv. L. Rev. 2062 ff. (2000); *Baxter Mich. St. L. Rev.* 341, 348 ff. (2010); *Guggenheim*, 36 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 395, 402 (2012); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2160 ff. (2012–2013). – Aus der Rechtsprechung *State v. Smith* (Arizona Supreme Court), 681 P.2d 1374 (1984); *State v. Peart* (Supreme Court of Louisiana), 621 So. 2d 780 (1993); *New York County Lawyers’ Association v. State of New York* (Supreme Court New York City), 763 N.Y.S.2d 397 (2003). – Relativierend indes *Wilkinson III*, 67 Vand. L. Rev. 1099, 1125 f. (2014), der darauf verweist, dass auch die Staatsanwaltschaften und Gerichte nicht bei Kürzungen ausgespart wurden. – Aufsehen erregt hat im Jahr 2016 der Leiter des Missouri State Public Defender System, der nach weiteren Budgetkürzungen der Regierung kurzerhand den Gouverneur – einen zugelassenen Anwalt – selbst dazu verpflichtete, eine Verteidigung zu übernehmen. Siehe dazu die Meldung von LTO vom 5.8.2016, abrufbar unter <http://www.lto.de/recht/kurioses/k/usa-gouverneur-missouri-zur-pflichtverteidigung-verpflichtet/> [zuletzt abgerufen im Dezember 2016].

<sup>657</sup> Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 Harv. L. Rev. 2062, 2064 Fn. 16 (2000) mit Verweis auf *Martinez-Macias v. Collins* (United States Court of Appeals, Fifth Cir.), 979 F.2d 1067 (1992).

<sup>658</sup> Vgl. die Darstellung bei *Stuntz*, 107 Yale L. J. 1, 32 ff. (1997–1998). Siehe zudem die Einschätzungen von *Sklansky*, 122 Harv. L. Rev. 1634, 1687 f. (2008); *Perron*, FS Stürner, S. 875, 889 ff.; *Arnold*, StV 2015, 588, 591.

<sup>659</sup> *Singer*, Criminal Procedure II, S. 249; *Joy*, 37 Wash. U. J. L. & Pol’y 205, 207 (2011); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2166 ff. (2012–2013); aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Weigend*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 157, 160 (2003); *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 419.

<sup>660</sup> ABA, Gideon’s Broken Promise, S. 18; *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2164 ff. (2012–2013), jeweils mit eindrücklichen Beispielen.

und einer angemessenen Vorbereitung durch seinen Verteidiger kommt der Beschuldigte in den seltensten Fällen.<sup>661</sup>

Zu Sachverständigen bzw. Ermittlern haben mittellose Beschuldigte nur teilweise Zugang. Nach dem vorherrschenden Eindruck in Wissenschaft und Anwaltschaft werden Anträge auf die staatliche Finanzierung von Sachverständigen, Ermittlern oder sonstigen Experten regelmäßig abgelehnt.<sup>662</sup> Zudem bestehen auch hier, wie gesehen, Ausgabenobergrenzen. Gelegentlich werden seitens der bestellten Verteidiger schon gar keine Anträge auf staatlich finanzierte Sachverständige gestellt.<sup>663</sup> Die bei *public defender*-Büros angestellten Ermittler sind oftmals mit einer immensen Fallzahl konfrontiert.<sup>664</sup>

Ein Streitiges konfrontatives Verfahren entsprechend der adversatorischen Grundkonzeption wird bei mittellosen Beschuldigten aufgrund dieser Defizite im Regelfall gar nicht erst durchgeführt. Stattdessen besteht die Verteidigung nur darin, eine Absprache auszuhandeln.<sup>665</sup> Eine gute Verhandlungsposition entsprechend der oben erwähnten *shadow of trial*-Wirkung dürfte dabei angesichts dessen, dass auch die Ausschöpfung von Verteidigungsrechten im Streitigen Verfahren in den meisten Fällen überhaupt nicht möglich gewesen sein wird, regelmäßig nicht bestehen.<sup>666</sup> Die Beschuldigten treffen ihre Verteidiger vielmehr häufig erst im Gericht, wo ihnen kurz die ausgehandelte Absprache erläutert wird und sie sich schuldig bekennen.<sup>667</sup> Diese Praxis wird mit dem geflügelten Wort des „meet 'em and plead 'em“ beschrieben.<sup>668</sup> Nach einer Richterin aus Minnesota entwickle sich

---

<sup>661</sup> ABA, Gideon's Broken Promise, S. 19; Findley, 56 N.Y.L. Sch. L. Rev. 911, 914 (2011–2012).

<sup>662</sup> Gianelli, 18 Crim. Just. 15 f. (2003–2004); ABA, Gideon's Broken Promise, S. 10 f.; Backus/Marcus, 57 Hastings L. J. 1031, 1095 ff. (2009); siehe auch Perron, Beweisantragsrecht, S. 416. – Nach dem Eindruck einiger Verteidiger, mit denen der Verf. während eines Forschungsaufenthalts in Erie County, N.Y. sprechen konnte, wird jedenfalls dort im Regelfall der beantragte Sachverständige bzw. Ermittler gewährt.

<sup>663</sup> Siehe ABA, Gideon's Broken Promise, S. 19 mit Fn. 188: Nach einer Erfassung der Verfahrensakten von Verteidigern, die im Rahmen des *contract model* in Alabama tätig wurden, wurde in 99,4 % aller Fälle keinerlei Anträge gestellt.

<sup>664</sup> Siehe dazu das Beispiel bei Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 Harv. L. Rev. 2062, 2073 f. (2000): Einer der beiden *public defender* für den New Orleans Criminal District Court hatte um das Jahr 1991 nur drei Ermittler für die Bearbeitung von 7.000 Fällen jährlich zur Verfügung. Siehe auch Bright/Sanneh, 122 Yale L. J. 2150, 2167 mit Fn. 84 (2012–2013) für ein weiteres Beispiel.

<sup>665</sup> Siehe ABA, Gideon's Broken Promise, S. 19 mit Fn. 187: Beispielhaft beträgt die Quote an Fällen, die in eine Hauptverhandlung münden, bei einem *public defender* in Clark County/Nevada 0,6 %.

<sup>666</sup> Bibas, 117 Harv. L. Rev. 2463, 2469 ff. (2004).

<sup>667</sup> Siehe ABA, Gideon's Broken Promise, S. 16 mit Fn. 150: Die Erfassung aller *felony*-Fälle mit staatlich bestelltem Verteidiger in einem ländlichen Bezirk in Mississippi zeigte, dass 42 % der Beschuldigten ein Schuldbekennnis am Tag des *arraignment* abgaben, was zugleich ihre erste Begegnung mit ihrem Anwalt war.

<sup>668</sup> ABA, Gideon's Broken Promise, S. 16; Bright/Sanneh, 122 Yale L. J. 2150, 2152 (2012–2013); NACDL, The Terrible Toll of America's Broken Misdemeanor Courts, S. 31 ff.



die Justiz zu einer Art „McJustice“;<sup>669</sup> andere Kritiker sprechen von einer „Fließband-Justiz“.<sup>670</sup>

Die geschilderte Situation ist auch statistisch belegt. Einer Studie aus Houston aus dem Jahr 1999 zufolge wurden in Verfahren, die eine felony zum Gegenstand hatten, 58 % aller Beschuldigten mit staatlich bestelltem Verteidiger zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, im Gegensatz zu 29 % aller Beschuldigten mit Wahlverteidiger.<sup>671</sup> Des Weiteren wurden 57 % aller nicht vorbestraften Beschuldigten wegen des Besitzes von weniger als einem Gramm Kokain zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, im Vergleich zu 25 % der Beschuldigten mit Wahlverteidiger. Etwas positiver fällt die Bilanz der *public defender*-Büros aus, wie eine Studie von *Anderson/Heaton* für Philadelphia, Pennsylvania im Jahr 2000 zeigte.<sup>672</sup> Zwar konnte im Vergleich zu den auf Fallbasis bestellten Verteidigern keine signifikante Änderung bei der Schuldspruchrate festgestellt werden. Bei den konkreten Schuldsprüchen sowie der Strafzumessung zeigten sich indes beträchtliche Unterschiede. Danach besteht für Beschuldigte, die von *public defender*-Büros vertreten werden, eine um 19 % verringerte Wahrscheinlichkeit, wegen Mordes verurteilt zu werden; die Verurteilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verringert sich um 62 %; allgemein sind die verhängten Haftstrafen 24 % kürzer. Erkauft werden diese Resultate indes im Wege einer „Triage“: Angesichts der immensen Fallzahlen konzentrieren die *public defender*-Büros ihre Mittel auf in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besonders bedeutsame Fälle, für die sie dann gut aufgestellt sind, was freilich auf Kosten der vergleichsweise aussichtslosen oder geringfügigen Fälle geht.<sup>673</sup>

Keine wirkliche Verbesserung der Situation bringt die Möglichkeit, eine defizitäre Verteidigungsleistung zu rügen. Denn auch bei der Rüge ineffektiver Verteidigung zeigt sich deutlich die Kluft zwischen normativem Anspruch und faktischer Ausgestaltung der formellen Verteidigung im US-amerikanischen Verfahren. Angesichts der hohen Anforderungen hat sich dieses Rechtsmittel faktisch zu einem *legal dead end* entwickelt.<sup>674</sup> Besonders kritisch sind dabei die Verschärfungen des schon seinem Namen nach fragwürdigen Antiterrorism and Effective Death Penalty Act<sup>675</sup> zu sehen, der den Beschuldigten vor allem nach seiner Auslegung in der neueren Rechtsprechung empfindlich vom verfassungsrechtlich garantierten *habeas*

---

<sup>669</sup> Siehe dazu den Bericht von *Guntzel*, *MinnPost* v. 13.10.2010.

<sup>670</sup> *Joy*, 37 *Wash. U. J. L. & Pol’y* 205, 208 (2011) m.w.N.

<sup>671</sup> Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 *Harv. L. Rev.* 2062, 2064 (2000) m.w.N. in Fn. 18.

<sup>672</sup> *Anderson/Heaton*, 122 *Yale L. J.* 154 ff. (2012).

<sup>673</sup> Dazu *Singer*, *Criminal Procedure II*, S. 249 f. und *Bright/Sanneh*, 122 *Yale L. J.* 2150, 2167 (2012–2013), NACDL, *The Terrible Toll of America’s Broken Misdemeanor Courts*, S. 26, jeweils m.w.N.; siehe auch *Perron*, FS *Eser* 2015, S. 413, 419.

<sup>674</sup> Harvard Law Review Association, Anmerkung, 113 *Harv. L. Rev.* 2062 f. (2000).

<sup>675</sup> Vgl. *Bohlander*, StV 1999, 562, 566 f.

*corpus*-Verfahren abschneidet.<sup>676</sup> Auch die inhaltlichen Anforderungen an eine erfolgreiche Rüge werden kritisiert. Zu Recht wird das Erfordernis der nachteilhaften Auswirkung der unzureichenden Verteidigung auf das Verfahrensergebnis beanstandet. Die mit der Darlegung einer solchen Auswirkung verbundenen Schwierigkeiten haben zur Folge, dass ein Rechtsmittel selten erfolgreich ist.<sup>677</sup> Selbst ein eklatant defizitäres Verteidigungsverhalten kann unter Umständen gänzlich folgenlos bleiben.<sup>678</sup> Zudem gehen Rechtsmittelgerichte oft dazu über, das *prejudice*-Erfordernis gleich zu Beginn zu prüfen und zu verneinen, so dass auf lange Sicht keine Maßstäbe für eine wirksame Verteidigung entwickelt werden.<sup>679</sup> Die Kritik an der Zubilligung eines weiten Entscheidungsspielraums bei Prüfung der Verteidigungsleistung<sup>680</sup> kann nach der hier vertretenen Auffassung indes nicht geteilt werden. Vielmehr wird anhand des Prüfungsmaßstabs des Supreme Court in *Strickland v. Washington* die Schwierigkeit deutlich, Verteidigungsleistungen inhaltlich zu bewerten, da aufgrund der vielen Faktoren, die in das Verfahren hineinspielen, eine Vielzahl objektiv vernünftiger Verteidigungsstrategien denkbar sind.

Insgesamt werden also viele mittellose Beschuldigte – von Ausnahmen abgesehen – von einem Rechtsanwalt vertreten, der für eine effektive Verteidigung nicht über die erforderliche Zeit oder Ressourcen verfügt. Diese tiefgreifenden Mängel stellen aus der vergleichenden Sicht der deutschen Strafrechtswissenschaft einen der Hauptkritikpunkte am US-amerikanischen Verfahren dar.<sup>681</sup> Eine signifikante Verbesserung ist bisher ausgeblieben. Vereinzelt wird vielmehr gemutmaßt, dass die defizitäre formelle Verteidigung mittelloser Beschuldigter zumindest von einigen Gerichten im Hinblick auf das Potenzial zur Verfahrensbeschleunigung durchaus auch erwünscht ist.<sup>682</sup>

<sup>676</sup> Vgl. *Bohlander*, StV 1999, 562, 566 f.

<sup>677</sup> Kritisch bereits Justice *Marshall* in seiner *dissenting opinion* zu *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 709 ff. (1984). Aus der Wissenschaft *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2170 ff. (2012–2013); *Bibas*, 126 Harv. L. Rev. 150, 161 (2012); *Baxter* Mich. St. L. Rev. 341, 347 f. (2010).

<sup>678</sup> *Joy/McMunigal*, 18 Crim. Just. 46, 47 f. (2003–2004); *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2171 (2012–2013) mit Verweis auf *Holsey v. Warden*, 694 F.3d 1230, 1273 (2012), wo der Verteidiger am Abend vor jedem Verhandlungstag ca. einen Liter Wodka trank, was aber laut Gericht keinen Einfluss auf das Verfahrensergebnis hatte.

<sup>679</sup> Vgl. *Metzger*, 122 Yale L. J. 2550, 2574 f. (2012–2013).

<sup>680</sup> Auch diesbezüglich kritisch Justice *Marshall* in seiner *dissenting opinion* zu *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668, 707 ff. (1984); aus der Literatur *Stuntz*, 107 Yale L. J. 1, 20 (1997–1998); *Bibas*, 126 Harv. L. Rev. 150, 161 (2012); siehe auch *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 338 ff.

<sup>681</sup> Eingehend *Perron*, FS Stürner, S. 875, 879 ff.; vgl. auch *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 568; *Weigend*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 389, 407 (2010–2011); allgemein zum adversatorischen Verfahrensmodell *ders.*, StraFo 2013, 45, 50.

<sup>682</sup> *Bright/Sanneh*, 122 Yale L. J. 2150, 2154 (2012–2013).

## V. Abschließende vergleichende Bewertung und Ausblick

Die vergleichende Betrachtung des US-amerikanischen Strafverfahrens führt in Bezug auf die Rechtsstellung des Beschuldigten zu deutlicher Ernüchterung. Mit Blick auf die materiellen Beteiligungsrechte, über die er effektiv auf die prozessuale Sachverhaltsermittlung einwirken kann, erscheint das Verfahren noch in einem durchaus positiven Licht. Die Verteidigung ist der Gestaltungsfreiheit des Beschuldigten überlassen; er muss sich nicht hinter der Untersuchung des inquisitorischen Richters anstellen. Stattdessen muss sich der Staat mit der Staatsanwaltschaft als Organ auf Augenhöhe mit dem normativ waffengleichen Beschuldigten messen. Verfügt er über die nötigen Kompetenzen, seine Verteidigungsmöglichkeiten zu nutzen, hat er sehr gute Chancen, eine ungerechtfertigte Verurteilung zu verhindern. Das Verfahren kann in diesem Sinne durchaus als „liberal“ bezeichnet werden. Dementsprechend ist es nachvollziehbar, dass das US-amerikanische Verfahren gerade in ehemals diktatorischen Regimen als Leitbild wahrgenommen wurde bzw. wird.<sup>683</sup>

Dieser Eindruck wird allerdings beträchtlich dadurch getrübt, dass auf der Kehrseite dem Beschuldigten eine immense Prozessverantwortung aufgebürdet wird. Nicht nur ist er für alle entlastenden Tatsachen und Beweise und für weite Teile der Rechtmäßigkeit der staatlichen Beweisführung verantwortlich. Vielmehr werden diese grundlegenden Beanstandungs- und Mitwirkungsobliegenheiten durch überaus strikte formelle Anforderungen und harte „prozessuale Sanktionen“ mit zusätzlichen Begründungs-, Beibringungs-, Ermittlungs- und Vorbereitungsobliegenheiten versehen, welche die Prozessverantwortung nochmals deutlich steigern. Ein solches Maß an Prozessverantwortung ist zwar nicht in grundsätzlicher Weise abzulehnen. Es ist aber notwendig, in gleichem Maße dafür zu sorgen, dass der Beschuldigte die ihm auferlegten Obliegenheiten auch in der Realität wahrnehmen kann. Gerade der formellen Verteidigung kommt dabei eine erhebliche Bedeutung zu.

Allerdings bestehen hierbei, wie deutlich wurde, erhebliche Defizite. Längst ist es nicht mehr nur ein „schmutziges Geheimnis“,<sup>684</sup> sondern Gegenstand vielstimmiger Kritik, dass die Ausgestaltung der Verteidigung für mittellose Beschuldigte dem Maß der auferlegten Prozessverantwortung vielfach nicht ansatzweise gerecht wird. Aufgrund der weithin defizitären Finanzierungssituation können mittellose Beschuldigte, die auf bestellte Verteidiger angewiesen sind, kaum hinreichend an der Sachverhaltsermittlung im Prozess partizipieren. Statt der von der Verfahrenskonzeption vorausgesetzten Auseinandersetzung zweier gleichstarker Parteien mutet das Verfahren eher an als ein „Duell zwischen David und Goliath, ausgetragen mit gleichen Waffen nach streng egalitären Kampfregeln“.<sup>685</sup> Das oben erwähnte

---

<sup>683</sup> Vgl. *Perron*, FS Eser 2015, S. 413, 428 ff.; *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 11, 29.

<sup>684</sup> Vgl. *Weigend*, StraFo 2013, 45, 50.

<sup>685</sup> Vgl. *Weigend*, StraFo 2013, 45, 50. Vgl. auch *Findley*, 56 N.Y.L. Sch. L. Rev. 911, 914 (2011–2012): „Adversaries in our system are anything but equal.“

Zitat, wonach der schuldige Beschuldigte ein adversatorisches Verfahren einem inquisitorischen Prozess vorziehen würde,<sup>686</sup> muss daher um den Zusatz ergänzt werden, dass dies nur gilt, wenn er für seine Verteidigung hinreichende finanzielle Mittel aufbringen kann.<sup>687</sup>

Dies hat zur Konsequenz, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle mit mittello- sen Beschuldigten das Verfahren im Wege des *plea bargaining* beendet wird. Weil auf diese Weise faktisch die Staatsanwaltschaft zu einer Institution aufsteigt, die Anklage erhebt und die Strafe festsetzt, wird mitunter von einem inquisitorischen Verfahren gesprochen:

„[F]or the most part, only very wealthy individuals and corporations can afford to pay for hundreds – often thousands – of hours of representation by experienced trial lawyers and for the cost of investigation, expert witnesses, and other expenses of defending a criminal case within the adversary system. On the other hand, the lawyer assigned to defend a poor person usually has little or no time and few resources to investigate the charges and mount a defense. For those who cannot afford costly representation by experienced attorneys, the system is inquisitorial, but the prosecutor, not a neutral judicial officer, serves as inquisitor.“<sup>688</sup>

Der positive Eindruck des US-amerikanischen Verfahrens wird somit schrittwei- se mehr und mehr relativiert. Von einer substanziellen Beteiligungsmöglichkeit, auf der die Prozessverantwortung des Beschuldigten als zweite Stütze des Urteils ruhen könnte, kann gerade für mittellose Beschuldigte in vielen Fällen nicht die Rede sein. Dem US-amerikanischen Verfahren muss insoweit ein Legitimations- problem attestiert werden.<sup>689</sup> Neben der defizitären formellen Verteidigung tragen zu dieser fatalen Situation allerdings weitere Faktoren erheblich bei, wie etwa die extrem harten Strafordrohungen inklusive Todesstrafe sowie das überbordende, sich überschneidende materielle Recht im Zusammenspiel mit dem weiten Anklage- ermessen der Staatsanwaltschaft.<sup>690</sup>

Aus diesem Resultat ließe sich bei oberflächlicher Betrachtung bereits eine ge- wisse Vorfestlegung für die im nachfolgenden Teil 5 vorgesehenen Lösungsmög- lichkeiten für das deutsche Verfahren ableiten. Das Amtsermittlungsverfahren deutscher Prägung könnte danach trotz dessen erläuterter Defizite als von vorn- herein vorzugswürdige Verfahrensstruktur angesehen werden. Die erstrebenswer- teste Reaktion auf die oben aufgezeigte Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren wäre dann, die Neuerungen der letzten

<sup>686</sup> Siehe oben III. E. mit Fn. 484.

<sup>687</sup> Vgl. Perron, FS Stürner, S. 875, 888 f.

<sup>688</sup> Bright/Sanneh, 122 Yale L. J. 2150, 2156 (2012–2013); ähnlich Barkow, 58 Stan. L. Rev. 989, 1048 (2006).

<sup>689</sup> Vgl. Trüg/Kerner, FS Böttcher, S. 191, 207; Perron, FS Stürner, S. 875, 889.

<sup>690</sup> Vgl. Luna/Wade, 67 Wash. & Lee L. Rev. 1413, 1506 f. (2010); Perron, FS Stürner, S. 875, 879 ff.; ders., FS Eser 2015, S. 413, 421.

Jahre so gut es geht wieder rückgängig zu machen, um den Beschuldigten nicht übermäßig den „Widrigkeiten des Marktes“ auszusetzen.<sup>691</sup>

Eine solche Bewertung würde aber außer Acht lassen, dass es – wie bereits in Teil I erarbeitet – für die Frage, ob der Beschuldigte die ihm auferlegte Prozessverantwortung bewältigen kann, auf das Zusammenwirken von materiellen Beteiligungsrechten und deren formeller Absicherung ankommt.<sup>692</sup> Sofern hinreichende Absicherungen bestehen, ist daher durchaus auch eine adversatorische Struktur denkbar, in der soziale Disparitäten nicht so sehr ins Gewicht fallen, so dass Legitimationsprobleme, wie sie bei der Betrachtung des US-amerikanischen Verfahrens offenbar wurden, vermieden werden können.<sup>693</sup> Dementsprechend ist es grundsätzlich möglich, die im deutschen Verfahren beobachtete Entwicklung hin zu mehr Prozessverantwortung des Beschuldigten auf andere Weise aufzufangen. Zutreffend ist allerdings, dass in einem Amtsermittlungsverfahren die Unterfinanzierung formeller Verteidigung nicht so deutlich ins Gewicht fällt, weil dem Beschuldigten vom inquisitorischen Gericht ein gewisser Teil seiner Verantwortung abgenommen ist. Das Amtsermittlungsverfahren kann dann aber viel eher als die *pragmatische* denn als die sozialstaatliche Variante der Verfahrensmodelle gelten.<sup>694</sup>

Eine Vorfestlegung für die anschließend in Teil 5 folgenden Überlegungen bringt der rechtsvergleichende Blick in das US-amerikanische Verfahren somit nicht mit sich. Es bleibt für den abschließenden Teil der Arbeit daher bei dem vorab formulierten Ziel: Zu erörtern ist, auf welche Weise die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Verfahren ausbalanciert werden könnte. Hierfür konnten in der vergleichenden Betrachtung des US-amerikanischen Verfahrens einige Erkenntnisse gewonnen werden.

---

<sup>691</sup> Zu den Vergleichen, die teils positiv, teils kritisch zwischen Marktwirtschaft und adversatorischer Struktur gezogen werden, oben II. C.

<sup>692</sup> Siehe oben Teil 1 II. A. bis C.

<sup>693</sup> Vgl. dazu bereits oben Teil 2 V.

<sup>694</sup> Vgl. *Eser*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 11, 19 f.; *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801, 833.

## **Erörterung von Lösungsansätzen**

### **I. Grundausrichtung der zu erarbeitenden Vorschläge**

In Teil 3 wurde deutlich, dass sich die Prozessverantwortung des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren in der jüngeren Vergangenheit erheblich gesteigert hat, zugleich aber die verfahrensrechtlichen Maßnahmen, die dem Beschuldigten ermöglichen sollen, damit auch adäquat umzugehen, nicht mitgewachsen sind. In diesem Teil der Arbeit sollen daher unter Einbeziehung der rechtsvergleichenden Erkenntnisse aus Teil 4 Ansätze erörtert werden, wie auf diese angewachsene Prozessverantwortung und die damit einhergehende Überforderung des Beschuldigten reagiert werden kann. In der Strafrechtswissenschaft wurden hierfür zum Teil bereits konkrete Vorschläge zur Diskussion gestellt, die in ganz unterschiedliche Richtungen gehen, verschiedene Schwerpunkte setzen und unterschiedlich detailliert ausgearbeitet sind. Diese Vielgestaltigkeit wird dadurch verstärkt, dass die in Teil 3 III. geschilderten neuen Instrumente hauptsächlich als einzelne, voneinander unabhängige Neuerungen behandelt werden. Infolgedessen beziehen sich die diskutierten Vorschläge größtenteils nur auf einzelne der beschriebenen Neuerungen.

In einem ersten Schritt gilt es daher, auf Grundlage der bisherigen Diskussion Klarheit darüber zu erzielen, welche Grundrichtung im Rahmen dieser Arbeit eingeschlagen werden soll.

#### **A. Systematisierung möglicher Ansätze**

Ausgehend von der Diagnose, dass der Beschuldigte mit seiner angewachsenen Prozessverantwortung in vielerlei Hinsicht überfordert ist, bestehen zwei Ansatzpunkte für Abhilfemöglichkeiten. Dementsprechend können die bisher diskutierten Vorschläge im Wesentlichen in zwei entgegengesetzte Grundrichtungen eingeordnet werden.

Die erste Alternative besteht darin, auf die geschilderte Entwicklung mit der Schaffung unterschiedlicher ausbalancierender Maßnahmen zu reagieren, die dem Beschuldigten ermöglichen, besser mit der gewachsenen Prozessverantwortung umzugehen. Eine derartige Nachjustierung kann etwa in neuen formellen Absicherungen der Beschuldigtenrechte liegen. Zu denken ist an die Regelung von Conse-

quenzen aus unzureichender Verteidigung, wie bereits aus der rechtsvergleichenen Betrachtung des US-amerikanischen Verfahrens bekannt.<sup>1</sup> Vorgeschlagen wird aber auch eine verstärkte „Qualitätssicherung“ formeller Verteidigung, zumal der Beschuldigte angesichts seiner gewachsenen Verantwortung stärker denn je von der Leistung seines Verteidigers abhängig ist.<sup>2</sup> Auf der Gegenseite könnte der Überforderung des Beschuldigten dadurch abgeholfen werden, dass die in Teil 3 geschilderte Entwicklung wieder rückgängig gemacht würde. Bei einer solchen „Rückkehr zur alten StPO“<sup>3</sup> bestünde kein Bedürfnis für eine zusätzliche Nachjustierung etwa im Bereich der formellen Absicherungsmechanismen der StPO. Denn die Prozessverantwortung des Beschuldigten wäre dann wieder auf das bekannte Maß abgesenkt, mit dem der Beschuldigte – jedenfalls weniger – überfordert wäre.

Für vorliegende Arbeit ergibt sich somit vor der Diskussion konkreter Maßnahmen eine grundsätzliche Richtungsfrage. Es ist zu entscheiden, ob eine Absenkung der Prozessverantwortung auf einen vormaligen Zustand angestrebt werden sollte, oder ob stattdessen darauf hinzusteuern ist, dass der Beschuldigte mit der angewachsenen Prozessverantwortung besser umgehen kann.

## **B. Keine „Rückkehr zur alten StPO“**

Diese Richtungsfrage ist dahingehend zu beantworten, dass die Lösungsvariante, wonach die geschilderte Entwicklung wieder weitgehend „zurückzudrehen“ und im Ergebnis die Prozessverantwortung des Beschuldigten wieder abzusenken sei, nicht weiterverfolgt wird. Denn der Rückkehr zum ursprünglichen Amtsermittlungsmodell bzw. den diesem Lösungsweg zuzuordnenden Vorschlägen (1.) stehen diejenigen Bedenken entgegen, die dem Amtsermittlungsverfahren in der vorliegenden Arbeit bereits in grundsätzlicher Hinsicht entgegengehalten worden sind (2.).

### **1. Vorschläge zur Absenkung der Prozessverantwortung des Beschuldigten**

Die Vorschläge, die eine Absenkung der Prozessverantwortung zu erreichen suchen, können in zwei Gruppen unterteilt werden. Zu nennen sind die Abschaffung der neuen Regelungen (a) und die Aktivierung der gerichtlichen Fürsorgepflicht (b).

---

<sup>1</sup> Zur Rechtsmittelrüge ineffektiver Verteidigung im US-amerikanischen Verfahren bereits oben Teil 4 IV. B. 3. Zu den Möglichkeiten, eine solche Rüge in das deutsche Revisionsrecht zu integrieren, eingehend unten II. D.

<sup>2</sup> Dazu eingehend unten II. C.

<sup>3</sup> So die Aufforderung von *Ransiek*, ZIS 2008, 116, 122 im Hinblick auf die Verfahrensverständigung.

### a) Abschaffung der neuen Regelungen

Der einfachste und naheliegende Weg der Reduzierung der Prozessverantwortung des Beschuldigten bestünde darin, die entsprechenden Neuregelungen (*de lege ferenda*) schlicht wieder abzuschaffen. Derartige Forderungen finden sich zu fast allen den geschilderten prozessualen Neuerungen. Dies gilt vor allem für die Verständigung, die seit ihrer gesetzlichen Regelung in § 257c StPO von der Forderung nach ihrer umgehenden Abschaffung begleitet wird, was sich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts eher noch verstärkt zu haben scheint.<sup>4</sup> Hinsichtlich der Opportunitätseinstellungen nach § 153a StPO wird die Rückführung auf den ursprünglichen Bereich der Kleinkriminalität gefordert.<sup>5</sup> Für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 238 Abs. 2 StPO,<sup>6</sup> aber auch die Begründungsanforderungen im Rahmen von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO<sup>7</sup> sowie das Konnexitätserfordernis<sup>8</sup> wird demgegenüber vor allem angemahnt, jedenfalls keine weitere Verschärfung mehr voranzutreiben.

### b) Aktivierung der gerichtlichen Fürsorgepflicht

Andere Vorschläge zielen auf eine Absenkung der Prozessverantwortung des Beschuldigten ab, indem im Hinblick auf die Neuerungen des Strafprozesses die Fürsorgepflicht des Gerichts aktiviert werden soll.

#### aa) Allgemeine Charakteristika dieses Ansatzes

Im Unterschied zu der eben besprochenen Variante bleiben die von der Rechtsprechung eingeführten Regelungen, welche die Steigerung der Prozessverantwortung bewirken, diesem Ansatz zufolge grundsätzlich bestehen. Allerdings werden Pflichten des Gerichts geschaffen, den Beschuldigten bei der Erfüllung der erhöhten Anforderungen zu unterstützen, etwa durch Hinweise oder Belehrungen im Vorfeld. Angeknüpft wird also an die gerichtliche Fürsorgepflicht als klassischer Absicherungsmechanismus im deutschen Amtsermittlungsverfahren.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Siehe etwa die kritischen Stellungnahmen von *Ransiek*, ZIS 2008, 116, 122; Löwe/Rosenberg-*Stuckenberg*, § 257c Rn. 11; *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212, 219; unentschieden zu einem vollständigen Verbot von Absprachen die Arbeitsgruppe des 35. Strafverteidiger-tags, siehe StV 2011, 321.

<sup>5</sup> *Nešković*, ZRP 2010, 70.

<sup>6</sup> *Gaede*, wistra 2010, 210, 216; *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 329 f.

<sup>7</sup> *Dahs*, StraFo 1995, 41, 45; *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 326 f.; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 414; *ders.*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 51; *Bauer*, StV 2010, 120, 121; *ders.*, StV 2010, 635, 637; zustimmend *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 308 f.

<sup>8</sup> *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 90.

<sup>9</sup> Siehe oben Teil 2 IV. A.



Die diesem Ansatz zuzuordnenden Vorschläge sind überaus vielfältig. Zu nennen ist etwa der Vorschlag *Bauers* zur Rechtsprechung zu den Negativtatsachen i.S.v. § 344 Abs. 2 StPO. Danach soll eine gerichtliche Hinweispflicht entsprechend § 139 ZPO geschaffen werden, wenn ein zunächst unzureichendes Vorbringen im Revisionsvortrag der Ergänzung bedarf.<sup>10</sup> Auch im Hinblick auf Verfahrensverständigungen knüpft die Überlegung, das Tatgericht bei ethnischen Minderheiten oder sonst „schwächeren“ Beschuldigten zu besonderer Hilfe zu verpflichten,<sup>11</sup> letztlich an die gerichtliche Fürsorgepflicht an. Zu nennen ist schließlich die Erwägung, den Beschuldigten im Anschluss an einen Strafbefehl gesondert mündlich über seine Rechte zu belehren.<sup>12</sup>

bb) Speziell: Einführung einer Zustimmungslösung  
anstelle der Widerspruchslösung

Als „Prototyp“ dieses Ansatzes kann die als Alternative zur Widerspruchslösung entwickelte Zustimmungslösung gelten, anhand derer sich die Wirkungsweise entsprechender Regelungen exemplarisch aufzeigen lässt. Sie soll daher in diesem Abschnitt gesondert dargestellt werden.

Nach der Zustimmungslösung muss das Gericht den Beschuldigten stets auf ein Beweisverwertungsverbot hinweisen und die Zustimmung oder den Widerspruch zur Beweisverwertung erfragen. Die entsprechende Maßgabe der Widerspruchslösung für den unverteidigten Beschuldigten wird also flächendeckend für alle Beschuldigten, auch solche mit Verteidiger angewandt. Wird ein Beweis ohne solche Zustimmung verwertet, soll ein revisibler Verfahrensfehler vorliegen. Gerügt werden kann also, dass eine Zustimmung ausdrücklich nicht erteilt wurde oder, viel wahrscheinlicher, dass das Gericht das Verwertungsverbot übersehen und die Zustimmung daher nicht eingeholt hat, obwohl ihm Umstände bekannt waren, die es zur Aufklärung der ein Beweisverwertungsverbot begründenden Tatsachen und in der Folge zum Hinweis an den Beschuldigten hätten drängen müssen.<sup>13</sup>

Durch die Einführung gerichtlicher Hinweispflichten wird die Nichtbeachtung des Beweisverwertungsverbots nicht mehr dem Beschuldigten durch Präklusion der Verfahrensrüge angelastet. Übersiehen alle Verfahrensbeteiligten inklusive dem Gericht das Beweisverwertungsverbot, besteht vielmehr die Möglichkeit der Urteilsaufhebung in der Revision, weil das Gericht seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen ist. Die Verteilung der prozessualen Sanktionierungsmechanismen entspricht damit wieder der ursprünglichen Situation vor Entwicklung der Widerspruchslösung. Der entsprechende Teil der Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der

---

<sup>10</sup> *Bauer*, StV 1999, 622, 623 ff.; *ders.*, StV 2010, 120, 121.

<sup>11</sup> *Rosenau*, FS Puppe, S. 1597, 1627.

<sup>12</sup> *Stratenwerth*, GA 2013, 111, 112.

<sup>13</sup> *Schlothauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 226.

Sachverhaltsgrundlage des Urteils wird somit wieder in die gerichtliche Verantwortungssphäre überführt.<sup>14</sup>

Die Zustimmungslösung bzw. ähnliche Regelungen werden von weiten Teilen der Strafrechtswissenschaft unterstützt.<sup>15</sup> Ein entsprechender Vorschlag *Jahns*<sup>16</sup> fand auf dem 67. Deutschen Juristentag 2008 eine breite Mehrheit;<sup>17</sup> auch der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat ein Konzept dazu vorgelegt.<sup>18</sup> Zuletzt hat die vom Bundesjustizministerium eingesetzte „Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ im Jahr 2015 eine gesetzliche Fixierung der Zustimmungslösung angeregt.<sup>19</sup> Die Rechtsprechung hat sich bislang noch nicht zu diesen Vorschlägen geäußert.

Aufseiten der wenigen Kritiker der Zustimmungslösung wenden *Meyer-Göfner/ Appl* ein, die Rechtsordnung könne den Verteidiger nicht wie den Beschuldigten als minder rechtskundigen Belehrungsempfänger behandeln.<sup>20</sup> Dogmatisch wird also darauf Bezug genommen, dass die gerichtliche Fürsorgepflicht beim verteidigten Beschuldigten schwächer ausgeprägt sein kann als beim unverteidigten.<sup>21</sup> Diese Argumentation berücksichtigt indes nicht, dass in bestimmten prozessualen Lagen, allen voran in der Situation des § 265 Abs. 1 StPO, gerichtliche Hinweis- oder Belehrungspflichten unabhängig davon bestehen, ob der Beschuldigte verteidigt ist.<sup>22</sup> Verteidigung und gerichtliche Fürsorge ergänzen sich zwar als Absicherungsmechanismen, können sich aber auch überschneiden.<sup>23</sup> Dementsprechend wäre ein solcher Lösungsweg aus dogmatischer Perspektive durchaus gangbar.

<sup>14</sup> Vgl. *Ventzke*, StV 1997, 543, 547 f.; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376, 377; *Schlauthauer/Jahn*, RuP 2012, 222, 225.

<sup>15</sup> Vgl. Löwe/Rosenberg-Gleß, § 136 Rn. 85; SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 219; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34; *Ventzke*, StV 1997, 543, 547 f.; *Leipold*, StraFo 2001, 300, 303; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405 und 414; *Tepperwien*, FS Widmaier, S. 583, 592; *Kudlich*, 68. DJT, Bd. I, C 96; *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376, 377; *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 323 f.; *Hegmanns*, ZIS 2016, 404, 414.

<sup>16</sup> *Jahn*, 67. DJT, Bd. I, C 111 f.; *ders.*, StraFo 2011, 117, 123 f.: Einführung eines neuen § 244 Abs. 2 Satz 2 StPO.

<sup>17</sup> Siehe 67. DJT, Bd. II/1, L 68.

<sup>18</sup> Dazu *Schlauthauer/Jahn*, RuP 2012, 222: Einführung eines neuen § 261 Satz 2 StPO.

<sup>19</sup> BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 7.

<sup>20</sup> *Meyer-Göfner/ Appl*, StraFo 1998, 258, 261.

<sup>21</sup> Vgl. *Meyer-Göfner/ Appl*, StraFo 1998, 258, 261.

<sup>22</sup> Vgl. *Dudel*, Widerspruchserfordernis, S. 174 ff.; *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398, 411.

<sup>23</sup> Siehe bereits oben Teil 2 IV. C.

## 2. Bedenken gegenüber dieser Ausrichtung

Gegen die Absenkung der Prozessverantwortung als Reaktion auf die gegenwärtige, oben beschriebene Überforderungssituation sind allerdings grundlegende Bedenken anzuführen.

### a) Ungewisse Realisierungschancen

Zunächst ist den genannten Vorschlägen keine realistische Erfolgsaussicht einzuräumen. Die unter Teil 3 III. dargestellten Instrumente haben sich, wie geschildert, aus einer in der Justiz und großen Teilen der Strafrechtswissenschaft weithin anerkannten Notwendigkeit einer prozessökonomischen und verfahrensbeschleunigenden Nachjustierung des überkommenen deutschen Strafprozesses entwickelt. Bestrebungen, die entsprechenden Maßnahmen wieder abzuschaffen, bedeuteten aber, die gewonnene Beschleunigung und Ressourcenschonung wieder zunichte zu machen. Daher dürften sie auf kaum zu überwindenden Widerstand stoßen.<sup>24</sup> Gleiches gilt für die Inpflichtnahme staatlicher Organe über Fürsorgepflichten. Exemplarisch kann auf das Schicksal der Zustimmungslösung verwiesen werden. Mit ihr wurde eine konkrete Alternative zur Widerspruchslösung ausgearbeitet, die in gleichem Maße sicherstellt, dass mit dem „Aufsparen“ von gerichtlichen Verfahrensfehlern durch die Verteidigung keine Verfahrensverlängerung erzielt werden kann, da der Beschuldigte sich ebenso bereits in der Hauptverhandlung zu dem Verwertungsverbot verhalten muss.<sup>25</sup> Dass sie gleichwohl in der Rechtsprechung überhaupt nicht diskutiert wird, zeigt deutlich, dass die Reduzierung der gerichtlichen Verantwortung und die Erhöhung der Prozessverantwortung des Beschuldigten zumindest als willkommene Nebeneffekte angesehen werden, die ungern aufgegeben werden.

Die ungewisse rechtspolitische Realisierbarkeit kann für sich genommen in einer wissenschaftlichen Bearbeitung freilich – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle spielen. Die geschilderten Bedenken allein können daher nicht dazu führen, diesen Lösungsansatz zu verwerfen.

### b) Starrheit des eindimensionalen Amtsermittlungsverfahrens

Gegen die Lösungsvariante der Absenkung der Prozessverantwortung auf das vormalige Niveau sprechen aber darüber hinausgehend weitere Erwägungen. So erscheint eine Rückkehr zum Amtsermittlungsprozess auf dem Stand der 1980er-Jahre auch nicht uneingeschränkt wünschenswert. Wie oben beschrieben, besteht

---

<sup>24</sup> Vgl. für konsensuale und kooperative Verfahrensbeendigungen *Stratenwerth*, GA 2013, 111, 114.

<sup>25</sup> Vgl. *Gaede*, HRRS 2007, 402, 405; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34.

nach dieser Verfahrenskonzeption zwar in deutlich eingeschränkterem Maße die Gefahr, dass der Beschuldigte mit der ihm aufgebürdeten Prozessverantwortung überfordert würde. Allerdings belässt die Amtsermittlungsstruktur dem Beschuldigten neben dem dominierenden Gericht auch nur einen beschränkten Raum, seine Beteiligungsrechte zur Geltung zu bringen.<sup>26</sup> Eine Abkehr von dieser eindimensionalen, in den Worten *Jahns* „monologisch-richterzentrierten“<sup>27</sup> Prozessstruktur und die Beibehaltung neu gewonnener Gestaltungsmöglichkeiten des Beschuldigten erscheinen daher zu einem gewissen Grad durchaus bedenkenswert.

Am Beispiel der Widerspruchslösung: Für den Beschuldigten kann es zur Abwendung einer fehlerhaften Verurteilung unter Umständen durchaus vorteilhaft sein, wenn er über die Geltung eines Beweisverwertungsverbots entscheiden kann, statt dass die Entscheidung darüber unabhängig vom konkreten Fall einseitig vom Gericht getroffen wird. Im Vergleich zur Zustimmungslösung ist es für ihn auch grundsätzlich vorteilhafter, sich nicht in jedem Fall auf Zuruf des Gerichts ausdrücklich zur Frage der Verwertbarkeit positionieren zu müssen. Daher ist durchaus nachvollziehbar, dass die Widerspruchslösung, insbesondere unter Hinzuziehung der historischen Perspektive, verschiedentlich als Stärkung der Beschuldigtenstellung wahrgenommen wird.<sup>28</sup> Auch aus Sicht einer umfassenden amtlichen Ermittlung kann ein Interesse am Verzicht auf das Verwertungsverbot bestehen.

Ähnliches gilt für konsensuale Verfahrensbeendigungen. Wenn sowohl die einer objektiven Wahrheitsermittlung verpflichteten Strafverfolgungsorgane als auch der Beschuldigte – freilich nur bei gesicherter Autonomie – eine weitere Sachverhaltsermittlung als entbehrlich erachten, erscheint es zweifelhaft, weshalb das Tatgericht dennoch zu einer detaillierten Aufklärung verpflichtet werden soll. Dem Beschuldigten würde dann, ohne dass entsprechende staatliche Strafverfolgungsbedürfnisse bestünden, die Möglichkeit genommen werden, ein langwieriges und ggf. belastendes Verfahren abzukürzen.

Dass mit den geschilderten Neuerungen in begrenztem Umfang ein Bruch mit dem eindimensionalen Amtsermittlungsverfahren stattgefunden hat, sollte nicht dazu führen, schnellstmöglich wieder zu dieser vergleichsweise starren Struktur zurückzukehren. Vielmehr sollte die Chance genutzt werden, die traditionellen Strukturen ein Stück weit aufzubrechen. Für das vorliegende Problem der Überforderung des Beschuldigten mit seiner gewachsenen Prozessverantwortung bedeutet dies, dass in erster Linie angestrebt werden sollte, diese Entwicklung mit Instrumenten auszubalancieren, die für eine bessere Handhabbarkeit der gewachsenen Prozessverantwortung sorgen.

---

<sup>26</sup> Siehe oben Teil 2 V.

<sup>27</sup> *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427, 437 f. und 456 f.

<sup>28</sup> So vor allem *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 190.

### C. Zwischenergebnis

Eine „Rückkehr zur alten StPO“<sup>29</sup> durch Absenkung der Prozessverantwortung des Beschuldigten ist somit nicht uneingeschränkt wünschenswert. Vorzugswürdig erscheint vielmehr, die Situation einer gewissen Auflösung der strikten Amtsermittlungsstruktur zu nutzen, um eine Nachjustierung durch Schaffung ausbalancierender Maßnahmen anzustreben, die dem Beschuldigten ermöglichen, mit seiner gewachsenen Prozessverantwortung umzugehen.

Dies bedeutet freilich nicht, dass eine solche Vorgehensweise der ausschließlich empfehlenswerte Weg wäre. Vielmehr erscheint eine Reduzierung der neuen formellen Anforderungen an die Ausübung von Beschuldigtenrechten zumindest abschnittsweise durchaus angezeigt. Diesbezüglich drängt sich vor allem die Rechtsprechung zu den Negativtatsachen bei Begründung der revisionsrechtlichen Verfahrensrüge auf.<sup>30</sup> Denkbar wäre auch, die zwei verschiedenen Lösungswege separat auf die beiden Tatsacheninstanzen des deutschen Verfahrens anzuwenden. So fungieren die Amtsgerichte, wie *Schünemann* eindrücklich beschreibt, als eine Art „*speedy trial*“-Instanz, wo die Masse leichterer Kriminalität auf vergleichsweise schnelle Weise – weil im Regelfall ohne Verteidiger – abgearbeitet wird; die Berufungsinstanz vor dem Landgericht stellt dann die „erste (gründliche) Instanz“ dar.<sup>31</sup> Viele der beschriebenen Neuerungen zielen aber direkt oder indirekt auf den verteidigten Beschuldigten ab. Zumindest für das streitige Verfahren vor dem Strafrichter wäre daher zu prüfen, ob nicht auf Ebene des Amtsgerichts die Beibehaltung eines eindimensionalen, fürsorglichen Verfahrens nach dem Modell der „alten StPO“ als eine Art „Probelauf“ für alle Beteiligten von Vorteil wäre, bevor es auf Ebene der zweiten Tatsacheninstanz zu einem Verfahren mit größerer Gestaltungsfreiheit und mehr, aber auch tatsächlich handhabbarer, Prozessverantwortung des Beschuldigten käme.

Um den Umfang dieser Arbeit zu begrenzen, sollen diese Fragestellungen im Folgenden nicht weiter verfolgt werden. Vielmehr wird allein die Schaffung ausbalancierender Maßnahmen zur Sicherung der Handhabbarkeit der gewachsenen Prozessverantwortung des Beschuldigten in den Blick genommen.

## II. Denkbare Lösungsansätze

Zu erörtern ist also, auf welche Weise die gesteigerte Prozessverantwortung für den Beschuldigten besser handhabbar gemacht werden könnte. Die Diskussion der-

---

<sup>29</sup> Siehe oben Fn. 3.

<sup>30</sup> Siehe oben Teil 3 III. A. 3.

<sup>31</sup> *Schünemann*, FS Geppert, S. 649, 661 f.

artiger Instrumente kann aufgrund des Umfangs der vorliegenden Arbeit nur punktuell vorgenommen werden. Es sollen im Folgenden daher Maßnahmen bzw. Maßnahmenbündel herausgegriffen werden, die besonders dringlich erscheinen.

Überdies können diese Instrumente im Rahmen dieser Arbeit nur in groben Konturen ausgearbeitet werden. Dementsprechend werden nach der Darlegung des abstrakten Handlungsbedarfs (jeweils 1.) allein mögliche Umsetzungen umrissen (2.). Unter 3. wird schließlich jeweils bilanziert, welches Potenzial die denkbaren Regelungen für die dargestellte Zielsetzung der verbesserten Handhabbarkeit der Prozessverantwortung aufweisen.

## **A. Ausbau der Informations- und Beteiligungsrechte im Ermittlungsverfahren**

Besonders wichtig erscheint zunächst, der Verteidigung mehr Informations- und Beteiligungsrechte im Ermittlungsverfahren zu gewähren.

### **1. Handlungsbedarf**

Der Ausbau der Informations- und Beteiligungsrechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren zielt zum einen darauf ab, dem Beschuldigten die Handhabung der in Teil 3 beschriebenen neuen formellen Anforderungen an die Stellung von Beweisanträgen zu ermöglichen. Wie oben beschrieben, führen die durch das Merkmal der Konnexität geschaffenen Begründungsanforderungen und die aus der Fristenlösung resultierende indirekte Frist zur Antragstellung zu neuen Darlegungs- und Ermittlungsobliegenheiten.<sup>32</sup> Diese kann die Verteidigung nur erfüllen, wenn ihr Möglichkeiten eingeräumt sind, sich frühzeitig die entsprechenden Informationen zu beschaffen.

Zweiter Ansatzpunkt sind die neu etablierten konsensualen und kooperativen Verfahrensbeendigungen. Wie oben erläutert, ist in diesen Verfahren die amtliche Wahrheitsermittlung zurückgefahren; die Entscheidung fällt oft nur auf Grundlage der Verfahrensakten des Ermittlungsverfahrens. Der Beschuldigte übernimmt mit seiner Zustimmung zu derartigen Verfahrensbeendigungen ausdrücklich die Mitverantwortung für den bis dahin amtlich ermittelten Sachverhalt und die immanenten Fehlurteilsrisiken.<sup>33</sup> Daher muss dem Beschuldigten zum einen ermöglicht werden, den Stand der amtlichen Ermittlungen ausreichend zuverlässig abzuschätzen. Er muss bereits im Ermittlungsverfahren bzw. bei dessen Abschluss über Informationen verfügen, die ihm die Zustimmung als bewusste und autonome Ent-

---

<sup>32</sup> Siehe oben Teil 3 IV. B. 3. a).

<sup>33</sup> Siehe oben Teil 3 IV. B. 4.

scheidung ermöglichen.<sup>34</sup> Konkret muss er etwa einschätzen können, wie hoch die Verurteilungswahrscheinlichkeit bei Ablehnung einer konsensualen Lösung wäre, welche Entlastungschancen die Alternative der streitigen Hauptverhandlung also bietet.<sup>35</sup> Zum anderen muss der Beschuldigte aufgrund dessen, dass die Entscheidung vor allem auf den Verfahrensakten fußt, die Möglichkeit haben, bereits im Ermittlungsverfahren auf den Sachverhalt, wie er sich in den Akten darstellt, Einfluss zu nehmen, ihm günstige Umstände in die Akten einzubringen und diese zu dokumentieren, damit sie in die Verfahrensbeendigung einfließen können.<sup>36</sup> Je mehr das Verfahren sich durch die konsensualen Beendigungen in das Ermittlungsverfahren verlagert, desto wichtiger wird die Möglichkeit zu dessen Mitgestaltung.<sup>37</sup> Nur wenn derartige Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten auch tatsächlich bestehen, kann der Konsens des Beschuldigten tatsächlich als eine Übernahme von Verantwortung für den prozessualen Sachverhalt anerkannt werden, die als Element der Prozessverantwortung des Beschuldigten die Verurteilung mit legitimiert.<sup>38</sup>

In zweifacher Hinsicht besteht also ein verstärkter Bedarf an Informations- und Teiligungsrechten des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren. Insoweit weist das derzeitige Verfahrensrecht, wie oben in Teil 3 ersichtlich wurde,<sup>39</sup> allerdings ernst zu nehmende strukturelle Defizite auf: An der Sammlung des Prozessstoffs im Ermittlungsverfahren ist der Beschuldigte bzw. der Verteidiger in weiten Teilen nicht beteiligt. Eine Ausnahme bildet lediglich die Teilnahme an ermittlungsrichterlichen Untersuchungen gem. § 168c und § 168d StPO. Davon abgesehen kann der Beschuldigte einzelne Ermittlungshandlungen lediglich zu einem späteren Zeitpunkt anhand der Ermittlungsakten nachvollziehen. Für die Erhebung eigener Beweise stehen ihm im Ermittlungsverfahren keinerlei verbindliche Rechte zur Verfügung. Es besteht daher dringender Handlungsbedarf.

---

<sup>34</sup> Vgl. *Salditt*, StV 2001, 311; *Schünemann*, StraFo 2015, 177, 183 und 185.

<sup>35</sup> *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 261 ff.

<sup>36</sup> Vgl. *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 390.

<sup>37</sup> *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 390 f.

<sup>38</sup> Vgl. *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 77 ff., 79: „[D]as Legitimationskriterium [ist] darin zu sehen, dass eine den [...] strafrechtlichen Vorwurf anerkennende Erklärung des Beschuldigten/der Verteidigung vor dem Hintergrund eines auf ‚Waffengleichheit‘ bedachten Ermittlungsverfahrens als ‚Akzeptanz von Verantwortung‘ [...] in Bezug auf den *Inhalt* einer Verständigung anzusehen ist [Hervorhebung im Original].“ Siehe bereits *ders.*, ZStW 120 (2008), 331, 371; *ders.*, StV 2010, 528, 534.

<sup>39</sup> Siehe oben Teil 3 V. B. 2. b) und 3. a).

## 2. Umsetzungsmöglichkeiten

Aufgrund dieses offenkundigen Defizits wird die Schaffung verstärkter Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren in der Strafrechtswissenschaft, vor allem im Kontext konsensualer und kooperativer Verfahrensbeendigungen, bereits seit geraumer Zeit eingehend diskutiert.<sup>40</sup> Die entsprechenden Vorschläge reihen sich damit ein in allgemeine rechtspolitische Empfehlungen für mehr Partizipationsmöglichkeiten des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.<sup>41</sup>

In den Fokus rücken vor allem zwei Ansatzpunkte: Die Teilnahme an bzw. die Mitwirkung bei der Beweisgewinnung einerseits und die Erwirkung eigener Zeugenvernehmungen andererseits.

### a) Teilnahme und Mitwirkung an Beweiserhebungen

Ein wichtiges Instrument verbesserter Informations- und Beteiligungsmöglichkeit im Ermittlungsverfahren könnte darin bestehen, dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger die Teilnahme und Mitwirkung an Beweiserhebungen, insbesondere Zeugenbefragungen im Ermittlungsverfahren, zu ermöglichen. Ein derartiges Recht existiert bislang, wie erläutert, allein für Zeugenvernehmungen vor dem Ermittlungsrichter (§ 168c StPO).<sup>42</sup> Daher wird von einigen Stimmen in der Strafrechtswissenschaft ein Teilnahme- und Befragungsrecht auch für Zeugenvernehmungen durch Staatsanwaltschaft (§ 161a StPO) und Polizei (§ 163 Abs. 3 StPO) vorgeschlagen.<sup>43</sup> Damit einhergehen sollte überdies die Gewährung der Akteneinsicht möglichst vor der Teilnahme an den entsprechenden Befragungen.<sup>44</sup>

Allerdings kann eine lückenlose Teilnahme der Verteidigung an Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren aus mehreren Gründen nicht gewährt werden. Ein unmittelbar einleuchtendes Hindernis besteht, wenn in einem frühen Ermittlungsstadium ein Beschuldiger evtl. noch überhaupt nicht feststeht. Aber auch wenn der Beschuldigte bekannt ist, kann die Sicherung des Ermittlungserfolgs eine Vernehmung ohne Anwesenheit der Verteidigung erfordern, etwa weil der Beschuldigte

---

<sup>40</sup> Siehe etwa *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 565 ff.; *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 370; *ders.*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), *Effizienz durch Verständigung*, S. 61, 78; *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 493; *ders.*, *StraFo* 2015, 177, 184; *Radtke*, in: *Goldstein* (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit*, S. 131, 146 ff.; *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 762 ff.

<sup>41</sup> Vgl. Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, *AE Ermittlungsverfahren*; Beschluss der Bundesregierung zu Eckpunkten einer Strafverfahrensreform, *StV* 2011, 314, 315; *Wolter*, *Strafprozessreform*, S. 36 f., 85 ff.; *Deutscher Anwaltverein*, *AnwBl.* 2001, 30, 39 ff.; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 1 ff.

<sup>42</sup> Zum Befragungsrecht und dessen Ausfall oben Teil 2 III. B. 3. b) bb).

<sup>43</sup> Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, *AnwBl.* 2001, 30, 40; *Salditt*, *StV* 2001, 311; *Weßlau*, *Konsensprinzip*, S. 262; *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 565 ff.; *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 370; *ders.*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), *Effizienz durch Verständigung*, S. 61, 78.

<sup>44</sup> Vgl. *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 567.



aus ermittlungstaktischen Gründen nicht über die Eröffnung eines Strafverfahrens informiert werden oder die (erste) Vernehmung aufgrund der Person des Zeugen ohne Anwesenheit der Verteidigung erfolgen soll.

Die verbindliche Regelung eines Teilnahmerechts der Verteidigung müsste diesen Interessen Rechnung tragen. Dementsprechend müsste sie vielfältige Differenzierungen vornehmen. Ein Ausweg könnte in der Sicherung entsprechender Teilnahmemöglichkeiten über das bereits bekannte Instrument der „prozessualen Sanktionierung“ liegen.<sup>45</sup> Normiert würde in diesem Falle ein Nachteil, der sich dann verwirklicht, wenn die Verteidigung nicht an Vernehmungen beteiligt wird, so dass eine Obliegenheit der Strafverfolgungsbehörden geschaffen würde.<sup>46</sup> Als derartige Sanktionierung wurde bislang die Versagung der Eröffnung des Hauptverfahrens<sup>47</sup> oder – ungleich drastischer – ein Beweisverwertungsverbot<sup>48</sup> vorgeschlagen. Geeigneter und auch sachgerechter erscheint allerdings, bei den Gründen für die Notwendigkeit verstärkter Informations- und Beteiligungsrechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren anzusetzen. Eine prozessuale Sanktion ließe sich danach etwa dadurch schaffen, dass Staatsanwaltschaft und Gericht – jedenfalls jenseits von Kleinstkriminalität – keine konsensuale oder kooperative Verfahrensbeendigung eingehen dürften, wenn der Verteidigung bei wichtigen Zeugen keine Teilnahme an Vernehmungen im Ermittlungsverfahren ermöglicht wurde. Des Weiteren wäre denkbar, die Befugnis des Tatgerichts zur Fristsetzung im Rahmen der Fristenlösung von den Beteiligungsmöglichkeiten der Verteidigung im Ermittlungsverfahren abhängig zu machen. Es stünde dann im Ermessen der Behörden, eine Zeugenvernehmung mit der Verteidigung durchzuführen oder die Vernehmung später mit Teilnahme der Verteidigung nachzuholen, wenn die Möglichkeit einer konsensualen Lösung oder einer Fristsetzung im Hauptverfahren offenbleiben soll.

Unabhängig von der Gewährung einer Teilnahmemöglichkeit für die Verteidigung drängt sich auf, Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren durchgängig audiovisuell aufzuzeichnen. Beispielsweise im Vorfeld einer konsensualen Beendigung könnte die Verteidigung auf diese Weise die Zuverlässigkeit von Aussagen, die in ihrer Abwesenheit getroffen wurden, zumindest besser beurteilen, als wenn nur das polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmungsprotokoll zur Verfügung stünde.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Zum Instrument der prozessualen Sanktion oben Teil I I. C. 3.

<sup>46</sup> Vgl. bereits *Salditt*, StV 2001, 311, 312; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 52 ff.

<sup>47</sup> *Salditt*, StV 2001, 311, 312.

<sup>48</sup> *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 52 ff.

<sup>49</sup> Vgl. *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 493; *ders.*, StraFo 2015, 177, 184; *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 105 f.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 6. Siehe auch *Janisch*, SZ v. 17.5.2015. Vgl. zudem die Empfehlung 4 der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allge-

### b) Erwirkung eigener Zeugenvernehmungen

Weiter erscheint es ratsam, der Verteidigung zu ermöglichen, bereits im Ermittlungsverfahren Zeugenvernehmungen durchzusetzen bzw. selbst vorzunehmen. Die derzeitige Regelung sieht, um die Ausführungen von oben zu rekapitulieren, ein völlig unverbindliches Antragsrecht vor, das überdies noch nicht einmal ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bedingt.<sup>50</sup> Für die Umsetzung kommen im Grundsatz zwei Modelle in Betracht.

Eine Möglichkeit bestünde darin, wie von *Schünemann* vorgeschlagen, Zeugen zu verpflichten, zu einer vom Verteidiger anberaumten Befragung zu erscheinen.<sup>51</sup> Dabei soll, ebenso wie für Vernehmungen durch Strafverfolgungsbehörden,<sup>52</sup> eine Pflicht zur audiovisuellen Dokumentation gelten.<sup>53</sup> Einem solchen Ansatz dürfte allerdings ein zumindest nicht fernliegendes Risiko einer sachfremden Nutzung, gerade im Hinblick auf Opfer von Gewaltverbrechen oder im Bereich organisierter Kriminalität entgegengehalten werden, so dass einer Umsetzung gewaltige Hindernisse entgegenstehen könnten.<sup>54</sup> In Erinnerung zu rufen ist auch, dass selbst das US-amerikanische Strafverfahren keine derartige Regelung kennt.<sup>55</sup> Ein solches Regelungsmodell müsste daher jedenfalls eine Reihe von Ausnahmen vorsehen.

Alternativ bestünde die Möglichkeit, für das Ermittlungsverfahren ein effektiveres Beweisantragsrecht zu entwickeln. Die Verteidigung könnte danach ein Beweisbegehren an die Staatsanwaltschaft richten, die dann zur Zeugenvernehmung verpflichtet wäre, wobei dies nur unter gleichzeitiger Gewährung von Mitwir-

---

meinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, BMJV, Expertenkommission StPO 2015, S. 17 f., 67 ff. mit dem Vorschlag einer Aufzeichnungspflicht bei „schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- und Rechtslage“. Der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ v. 14.12.2016, abrufbar unter [http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxistauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [zuletzt abgerufen im Dezember 2016] greift dies in § 136 Abs. 4 StPO-E allerdings nur für die Vernehmung des Beschuldigten auf.

<sup>50</sup> Siehe oben Teil 2 III. A. 2.

<sup>51</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 7; *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 493; *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 105 f.; *ders.*, StraFo 2015, 177, 184.

<sup>52</sup> Siehe oben Teil 5 II. A. 2. a).

<sup>53</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 6; *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 493; *ders.*, StraFo 2015, 177, 184.

<sup>54</sup> In diesem Sinne skeptisch *Rogall*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 193, 200; *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 391; *ders.*, StraFo 2013, 45, 52; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 764, der allerdings darauf hinweist, dass im italienischen Strafverfahrensrecht der Verteidiger mit richterlicher Genehmigung sogar öffentlich nicht zugängliche Orte aufsuchen darf, was allerdings nicht für Wohnungen gilt, es sei denn, dort sind Tatspuren auffindbar.

<sup>55</sup> Siehe oben Teil 4 III. A. 2.

kungs- und Befragungsmöglichkeiten der Verteidigung geschehen dürfte.<sup>56</sup> Zu regeln wäre dann zum einen, wer über den Antrag zu entscheiden hat. Hierzu wird etwa angedacht, die Entscheidung einem Ermittlungsrichter zu übertragen.<sup>57</sup> Alternativ wird vorgeschlagen, das Gericht bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens oder über den Erlass eines Strafbefehls insoweit in die Pflicht zu nehmen, als die jeweilige Entscheidung nicht ergehen darf, solange einem solchen Antrag unzulässigerweise nicht stattgegeben wird.<sup>58</sup>

Überdies wäre festzulegen, wann den Beweiserhebungsbegehren nachgegangen werden müsste und wann nicht. Hierbei müssten die Ablehnungsgründe jedenfalls so weit gefasst sein, dass das Instrument nicht anfällig für Verfahrensverzögerungen wäre. Nach einem Vorschlag wäre auf die Ablehnungsgründe in § 244 Abs. 3 und 4 StPO zu rekurrieren.<sup>59</sup> Dem wird allerdings entgegengehalten, dass auf diese Weise bei einer anschließenden Hauptverhandlung die Beweisaufnahme verdoppelt würde.<sup>60</sup> Zugleich dürften die Ablehnungsgründe auch nicht zu weit reichen, wenn dem Beschuldigten ein Instrument gegeben werden soll, um den gesteigerten Darlegungsobliegenheiten für Beweisanträge in der Hauptverhandlung entsprechen zu können. Auch im Hinblick auf diesen Regelungszweck wären die Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3 und 4 StPO also kein geeigneter Maßstab, da dann keinerlei Verbesserung gegeben wäre.

Eine Lösungsmöglichkeit könnte wiederum in der Schaffung prozessualer Sanktionen liegen.<sup>61</sup> So könnte die Erhebung des von der Verteidigung begehrten Beweises im Ermittlungsverfahren in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt werden, die Ablehnung der Beweiserhebung aber mit gewissen prozessualen Nachteilen verknüpft werden. Denkbar wäre etwa, dass ein Beweisantrag in der Haupt-

---

<sup>56</sup> Vgl. Deutscher Anwaltverein, AnwBl. 2001, 30, 40; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 67 ff.; *Weigend*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 764 f.; *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 78; siehe auch *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 262; *Weigend*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 357, 390 f.; *ders.*, StraFo 2013, 45, 52; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 148 ff. – Vgl. auch Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Ermittlungsverfahren, S. 16 f., 38, 124 ff., wonach allerdings allein ein Initiativrecht des Beschuldigten ohne ausdrückliches Anwesenheits- und Mitwirkungsrecht der Verteidigung vorgesehen ist.

<sup>57</sup> *Trüg*, in: Paal/Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung, S. 61, 78; vgl. auch *Weigend*, StraFo 2013, 45, 52; *ders.*, FS Rissing-van Saan, S. 749, 764 f.; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 149.

<sup>58</sup> Deutscher Anwaltverein, AnwBl. 2001, 30, 40; *Salditt*, StV 2001, 311, 312; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 69.

<sup>59</sup> So Deutscher Anwaltverein, AnwBl. 2001, 30, 40; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 149; in diese Richtung auch *Weigend*, StraFo 2013, 45, 52.

<sup>60</sup> Aus diesem Grund ablehnend Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Ermittlungsverfahren, S. 125; kritisch auch *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 67 ff.

<sup>61</sup> Siehe bereits oben II. A. 2. a).

verhandlung nur unter deutlich restriktiveren Gründen abgelehnt werden dürfte, wenn die Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren einen inhaltsgleichen Beweis Antrag gestellt hat. Als Orientierungspunkt könnte ggf. auf die reduzierte Ablehnungsmöglichkeit für anwesende Zeugen und Sachverständige (§ 245 StPO) rekurriert werden, die vor allem den Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit etwas weniger scharf fasst.<sup>62</sup>

### 3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge

Mit den in 2. diskutierten Maßnahmen könnte die Handhabbarkeit der angewachsenen Prozessverantwortung des Beschuldigten in weiten Teilen erreicht werden. Gerade die Teilnahme und Mitwirkung an Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren würde dem Beschuldigten im Hinblick auf die konsensualen Beendigungsformen eine effektive Gelegenheit zur Informationsverschaffung und Mitgestaltung des Tatsachenstoffs geben. Über das Instrument der prozessualen Sanktionierung anstelle einer verbindlichen Regelung von Teilnahmerechten bestünde überdies eine flexible Möglichkeit, Informations- und Beteiligungsinteressen des Beschuldigten und staatliche Strafverfolgungsinteressen in Einklang zu bringen. Derartige Teilnahme- und Mitwirkungsrechte sind daher uneingeschränkt zu befürworten.

Keine derart eindeutige Wertung lassen die denkbaren Umsetzungen für die Erwirkung eigener Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren zu. Einerseits würden die entsprechenden Maßnahmen eine klare Verbesserung der jetzigen Situation darstellen. Zugleich haftet einem verbesserten Beweis Antragsrecht im Ermittlungsverfahren aber das Risiko an, dass den Strafverfolgungsbehörden ungewollt auch belastendes Material in die Hände gespielt wird, wenn der Aussageinhalt im Vorfeld nicht hinreichend abschätzbar ist. Dies gilt auch für die zwangsweise Durchsetzung eigener Zeugenvernehmungen, wenn diese audiovisuell zu dokumentieren und die Aufzeichnungen der Staatsanwaltschaft zur Verfügung zu stellen wären.<sup>63</sup>

Was die Umsetzungschancen betrifft, so scheint die Variante der Ausweitung des Beweis Antragsrechts im Ermittlungsverfahren die eindeutig besseren Erfolgsaussichten zu haben. Allerdings steht die Umsetzung zum einen vor der Schwierigkeit, keine zu restriktive Ablehnungsmöglichkeit zu normieren, damit der Beschuldigte Beweisführungen in der Hauptverhandlung tatsächlich effektiv vorbereiten kann. Zum anderen muss eine Regelung auch hinreichend gerüstet gegen nur zur Verfahrensverzögerung gestellte Beweisbegehren sein. Die Regelung prozessualer Sanktionen erscheint dafür noch der am besten gangbare Weg zu sein, stellt aber auch eine vergleichsweise eingeschränkte Umsetzung dar.

---

<sup>62</sup> Vgl. zu den Ablehnungsgründen des fehlenden sachlichen Zusammenhangs aus § 245 StPO im Vergleich zur Bedeutungslosigkeit nach § 244 Abs. 3 StPO KK-StPO-Krehl, § 245 Rn. 31.

<sup>63</sup> Siehe oben Fn. 53.

Jedenfalls wäre mit Schaffung der skizzierten Regelungen allein noch nicht viel gewonnen. Das Potenzial dieses Vorschlags könnte sich in weiten Teilen vielmehr erst entfalten, wenn er zugleich mit Änderungen im Recht der notwendigen Verteidigung flankiert würde, die absichern, dass ein Beschuldigter die neuen Rechte auch tatsächlich nutzen kann. Offenkundig müsste die Verteidigerbestellung regelmäßig bereits im Ermittlungsverfahren erfolgen.<sup>64</sup> Überdies könnte notwendig werden, im Hinblick auf konsensuale Verfahrensbeendigungen auch den sachlichen Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung zu erweitern. Schließlich müsste für die entsprechenden Tätigkeiten des Verteidigers im Vorfeld die Entlohnung angepasst werden, um zu sichern, dass ihre Wahrnehmbarkeit nicht an der Finanzierung scheitert.<sup>65</sup>

## **B. Ausweitung des Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung**

Dies leitet über zur zweiten, hier zu diskutierenden Maßnahme, der Ausweitung des Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung.

### **1. Handlungsbedarf**

Wie in Teil 2 erläutert, ist das System notwendiger Verteidigung der StPO historisch von der Doppelfunktion geprägt, dem öffentlichen Interesse der Sicherstellung eines justizförmigen Strafverfahrens zu dienen und zugleich mittellosen Beschuldigten einen Verteidiger zu stellen. Infolgedessen knüpft § 140 StPO in weiten Teilen an die im Raum stehende Sanktionierung und nur teilweise an die Kompetenzdefizite des Beschuldigten an. Überdies werden die letztgenannten Tatbestände sehr restriktiv ausgelegt.<sup>66</sup> Daher besteht ohnehin bereits ein nicht geringer Handlungsbedarf bei der Reform der notwendigen Verteidigung.

Spätestens mit dem in dieser Arbeit geschilderten Anwachsen der Prozessverantwortung des Beschuldigten erweist sich diese Regelung als nicht mehr zeitgemäß.<sup>67</sup> Denn nunmehr bestehen Verfahrenslagen, in denen der Beschuldigte ohne Verteidiger offensichtlich überfordert ist. Dies gilt allen voran für die konsensualen

---

<sup>64</sup> Angedeutet im Beschluss der Bundesregierung zu Eckpunkten einer Strafverfahrensreform, StV 2011, 314, 315; vgl. ferner *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 87 f.; *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 567 f.

<sup>65</sup> Vgl. *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 93 ff.

<sup>66</sup> Siehe zu alledem bereits oben Teil 2 IV. B. 2. c), D.

<sup>67</sup> Vgl. *Weigend*, StraFo 2013, 45, 51: „Das deutsche Recht ist in diesem Bereich [der professionellen Unterstützung des Beschuldigten, Anm. d. Verf.] nicht auf der Höhe der internationalen Entwicklung.“

Beendigungen.<sup>68</sup> Wie oben erläutert,<sup>69</sup> besteht für Beschuldigte ohne Verteidigungsbeistand zu Verständigungen nach oder neben § 257c StPO gar kein Zugang, da dem Gericht bereits der „Verhandlungspartner“ fehlt. Hierbei bildet das Strafbefehlsverfahren eine Ausnahme, wobei hier allerdings zu besorgen ist, dass sich ein Beschuldigter ohne Beistand die rechtlichen Inhalte des Strafbefehls überhaupt nicht erschließen kann. Überdies ist die Nutzung der *de lege lata* bestehenden Informations- und Beteiligungsrechte im Ermittlungsverfahren, um die Chancen und Risiken einer konsensualen Beendigung zu beurteilen bzw. die Aktenlage zugunsten des Beschuldigten mitzugestalten, praktisch nur mit Verteidiger denkbar. Erst recht würden die soeben unter II. A. vorgeschlagenen neuen Informations- und Beteiligungsrechte den Beistand durch einen Verteidiger erfordern, um ihren Zweck zu erfüllen.<sup>70</sup>

Zu nennen ist auch die Begründung der Revision. Spätestens mit den neuen Anforderungen an die Begründung von Verfahrensrügen kann eine solche Rüge kaum mehr sinnvoll über den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 345 Abs. 2 StPO) eingelegt werden. Aber auch die weitgehende Verlagerung einzelner Rechtsfehler auf die Darstellungsprüfung nach einer Sachrüge führt zur akuten Notwendigkeit eines Verteidigungsbeistands bei der Revisionsbegründung.

## 2. Umsetzungsmöglichkeiten

Für die Umsetzung käme zum einen die Anpassung des § 140 StPO *de lege ferenda* in Betracht. So könnten neue Tatbestände in § 140 Abs. 1 StPO geschaffen werden, die über die derzeitige Rechtslage hinausgehend Fälle erfassen, in denen der Beschuldigte regelhaft als überfordert anzusehen ist.<sup>71</sup> Des Weiteren bestünde die Möglichkeit, die „Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage“ nach § 140 Abs. 2 StPO weiter als bisher auszulegen, so dass sie etwa grundsätzlich die Konstellation einer konsensualen oder kooperativen Verfahrensbeendigung oder die Revisionsbegründung umfasst.<sup>72</sup> In abgeschwächter Form könnte bei Fällen geringfügiger

---

<sup>68</sup> Mit Forderungen zur Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf konsensuale und kooperative Verfahrensbeendigungen vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafvollstreckungsrecht, § 69 Rn. 10; *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 494; *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Hauptverhandlung, S. 91, 105 f.; *ders.*, StraFo 2015, 177, 185; *Stratenwerth*, GA 2013, 111, 115.

<sup>69</sup> Zu den folgenden Ausführungen eingehend oben Teil 3 V. B. 3. b) aa).

<sup>70</sup> Zu alledem bereits oben II. A. 3.

<sup>71</sup> Nicht unmittelbar einleuchtend erscheint daher der Vorschlag der notwendigen Verteidigung für Verfahren vor dem Schöffengericht, *Graalman-Scheerer*, StV 2011, 696, 698, weil dort in aller Regel bereits eine umfangreiche Beweisaufnahme stattfindet.

<sup>72</sup> Siehe für die Revisionsbegründung bereits die Nachweise in Teil 2 Fn. 458. Für entsprechende Forderungen speziell im Fall der Verständigung nach § 257c StPO bereits die Nachweise oben in Teil 3 Fn. 678.

Kriminalität, wie etwa – teilweise – im Strafbefehlsverfahren, zumindest eine anwaltliche Kurzberatung geregelt werden. In zeitlicher Hinsicht könnte § 141 Abs. 3 StPO so ausgelegt werden, dass Anträge der Staatsanwaltschaft auf frühzeitige Bestellung eines Verteidigers regelmäßig zu bewilligen wären und nicht nur, wie derzeit, wenn der Beschuldigte selbst von einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren (§ 168c StPO) ausgeschlossen ist und die Gefahr besteht, dass die Beweisperson in der Hauptverhandlung nicht mehr erscheinen werde.<sup>73</sup>

Alternativ könnte der skizzierte Handlungsbedarf zum Anlass genommen werden, eine vollständig neue Regelung zu schaffen, die allein auf die Funktion der Verteidigung, die Beteiligungsrechte des Beschuldigten auch in der Praxis handhabbar zu machen, zugeschnitten wäre.

### 3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge

Dem Beschuldigten in den beschriebenen kritischen Verfahrenslagen einen Verteidiger zur Seite zu stellen, ist uneingeschränkt zu befürworten. Zugleich ließe sich dies ohne Weiteres auf Grundlage des derzeitigen Verfahrensrechts umsetzen.

Allerdings kann die Erweiterung notwendiger Verteidigung für sich genommen zur Verbesserung der Handhabbarkeit der gestiegenen Prozessverantwortung des Beschuldigten nicht ausreichend sein. Vielmehr müsste insbesondere eine bestimmte Qualität der Verteidigung sichergestellt sein, damit die sachlich und zeitlich erweiterte Verteidigerbestellung auch tatsächlich Wirkung zeigt. Andernfalls könnte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung als Antwort auf die gestiegene Prozessverantwortung des Beschuldigten sogar eine Verschlechterung der Situation für den Beschuldigten bedeuten. Dies gilt vor allem für die in Teil 3 beschriebenen Neuerungen, die nur für den verteidigten Beschuldigten gelten, also die erweiterte Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO und die Widerspruchslösung. Würde für solche Fälle ein neuer Anwendungsbereich notwendiger Verteidigung geschaffen, würde dies erst die Anwendbarkeit dieser Regelungen auslösen. Wäre in diesem Fall nicht die Qualität des Verteidigungsbeistands gesichert, stünde der Beschuldigte unter Umständen schlechter da als ohne Verteidigung, wo ihm immerhin noch der fürsorgliche Hinweis des Gerichts auf ein Verwertungsverbot zuteilwürde bzw. die Beanstandung einer Sachleitungsanordnung des Vorsitzenden in der Revision nicht präkludiert werden könnte.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> Siehe oben Teil 2 Fn. 447.

<sup>74</sup> Eine Schlechterstellung des verteidigten Beschuldigten gegenüber dem unverteidigten sehen für § 238 Abs. 2 StPO bereits SK-StPO-Frisch, § 337 Rn. 217; Dornach, Strafverteidiger als Mitgarant, S. 183 f.; ders., NStZ 1995, 57, 62; Augustin, Effektive Verteidigung, S. 328 f.; für die Widerspruchslösung Bernsmann, StraFo 1998, 73, 76; Tolksdorf, FS Graßhof, S. 255, 266; ähnlich Ignor, FS Rieß, S. 185, 190.

## C. Verstärkte Qualitätssicherung formeller Verteidigung

Dementsprechend besteht Veranlassung, auch Maßnahmen zur verstärkten Qualitätssicherung der formellen Verteidigung zu ergreifen.

### 1. Handlungsbedarf

Wie erläutert, stellen die Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten eine Grundlage der Legitimation eines Strafurteils dar. Dem Beschuldigten müssen hinreichende Beteiligungsrechte gewährt werden, um selbst ein mögliches Fehlurteil abzuwenden. Über formelle Absicherungen, allen voran die formelle Verteidigung, muss gewährleistet sein, dass diese Beteiligungsrechte für den Beschuldigten auch in der Praxis handhabbar sind.<sup>75</sup> Charakteristikum der formellen Verteidigung ist die fachliche Qualifikation und die Professionalität des Verteidigers.<sup>76</sup> Gerade darauf, dass dem Beschuldigten ein qualifizierter Helfer zur Verfügung gestellt wird, gründet sich die Annahme, dass der verteidigte Beschuldigte die bestehenden rechtlichen Beteiligungsmöglichkeiten auch für sich nutzen kann und dass ein im Anschluss an ein solches Verfahren ergehendes Strafurteil legitimiert ist. Notwendig ist daher, ein bestimmtes Qualitätsniveau formeller Verteidigung sicherzustellen. Dementsprechend existieren bereits jetzt einige Instrumente, die auf die Sicherung eines bestimmten Qualitätsniveaus formeller Verteidigung abzielen.<sup>77</sup>

Mit der angewachsenen Prozessverantwortung des Beschuldigten wird das Bedürfnis nach einer qualitativ hinreichenden Verteidigung noch größer. Überdies zielen die beschriebenen Mechanismen teilweise ausdrücklich auf den Verteidiger ab, dem ein verzögerndes Verteidigungsverhalten erschwert bzw. der zu einem ressourcenschonenden Verfahrensablauf angehalten werden soll. Vor allem die Neuerungen im Beweisantragsrecht, das Konnexitätserfordernis und die Fristenlösung, sind in diesem Sinne auf das Agieren des Verteidigers zugeschnitten. Widerspruchslösung und Rügeobliegenheit aus § 238 Abs. 2 StPO gelten gar ausdrücklich nur für den verteidigten Beschuldigten. Die Qualitätssicherung formeller Verteidigung wird damit zu einer noch größeren Notwendigkeit.

### 2. Umsetzungsmöglichkeiten

Ansatzpunkte der Qualitätssicherung formeller Verteidigung sind die fachliche Qualifikation der Verteidiger, die Organisation der Verteidigungstätigkeit oder

---

<sup>75</sup> Siehe oben Teil 1.

<sup>76</sup> Siehe oben Teil 1 II. C. 2. b).

<sup>77</sup> Zu bereits bestehenden Qualitätssicherungsmaßnahmen *Barton*, Mindeststandards, S. 87 ff.



auch die Entlohnung.<sup>78</sup> Denkbar erscheint zunächst, derartige Kriterien bei der Verteidigerbestellung im Rahmen notwendiger Verteidigung stärker zu berücksichtigen. Ein vergleichsweise einfacher Vorschlag geht etwa dahin, für die Bestellung als Pflichtverteidiger nur Fachanwälte zuzulassen.<sup>79</sup> Speziell für das Revisionsverfahren wird die (Wieder-)Einführung einer besonderen anwaltlichen Zulassung ins Spiel gebracht.<sup>80</sup> Komplexere Modelle gehen dahin, auf bestimmte organisatorische und strukturelle Qualitätsstandards abzustellen. Verwiesen wird auf England und Wales, wo Pflichtmandate von einer Legal Aid Agency, einer Agentur des Justizministeriums, vergeben werden. Chancen haben nur Kanzleien, die über das Qualitätssiegel „Specialist Quality Mark“ verfügen.<sup>81</sup> Denkbar wäre dementsprechend auch in Deutschland die Einführung eines derartigen Zertifizierungsverfahrens, das an Kriterien wie Fortbildungsmaßnahmen oder die Betriebsorganisation anknüpft, deren Erfüllung in regelmäßigen Betriebsprüfungen sichergestellt wird. Mit der Vergabe der Qualitätssiegel könnten wie in England eine unabhängige Behörde oder die Rechtsanwaltskammern beauftragt werden.

Auch die Auswahlentscheidung an sich könnte, gerade im Hinblick auf die oben geschilderten Probleme bei der Bestellung durch das Tatgericht, auf diesen Entscheidungsträger übertragen werden.<sup>82</sup> Wie oben gesehen, kann als Beispiel für eine Übertragung der Bestellungsentscheidung auf die anwaltliche Selbstverwaltung die Praxis in einigen Bundesstaaten bzw. Bezirken der USA angeführt werden.<sup>83</sup> Verbunden werden könnte dies schließlich mit der Einführung eines bei den Rechtsanwaltskammern angesiedelten Ombudswesens, das Mandanten für Beschwerden zur Verfügung steht und das auch über verschiedene Sanktionsmöglichkeiten bis hin zur Nichtberücksichtigung bei der Vergabe von Pflichtverteidigungsmandaten verfügt.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> Nicht eingegangen werden soll im Folgenden auf Überlegungen zur Juristenaus- bzw. fortbildung. Mit unterschiedlichen, in diese Richtung gehenden Vorschlägen *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 793 f.; *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 256 ff.; vgl. auch *Kudlich*, FS Beulke, S. 831, 842; *Barton*, Mindeststandards, S. 222 ff.

<sup>79</sup> *Basdorf*, StV 2010, 414, 417; *Bohlander*, StV 1999, 562, 564; in diese Richtung für Verfahren vor dem Landgericht auch *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 371.

<sup>80</sup> Angerissen von *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 326.

<sup>81</sup> Eingehend *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 139 ff.; dazu auch *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 265 ff. Mit Verweis auf die Praxis in England auch *Bohlander*, StV 1999, 562, 567.

<sup>82</sup> Dazu m.w.N. *Wenske*, NSTZ 2010, 479, 483 f. Die Übertragung auf die Rechtsanwaltskammern hält *Wenske* indes für verfassungsrechtlich nicht gangbar, da die Bestellung des Pflichtverteidigers ein Akt rechtsprechender Tätigkeit i.S.v. Art. 92 GG sei, der den Gerichten vorbehalten bleiben müsse. Möglich sei aber, die Bestellungsentscheidung einem anderen Spruchkörper des Gerichts zu übertragen.

<sup>83</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 2. c) bb) (1).

<sup>84</sup> *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 134 ff., wiederum mit Verweis auf das englische Modell. Siehe auch *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 285 ff.

Ein weiterer Ansatzpunkt ist die Entlohnungssituation bei notwendiger Verteidigung, die nach Dafürhalten vieler Praktiker zu einem erheblichen Kostendruck und in der Folge auch zu einer zeitlich unzureichenden Verteidigung führen kann.<sup>85</sup> Dementsprechend wird etwa eine flächendeckende Gebührenerhöhung erörtert.<sup>86</sup> Die Notwendigkeit, neue Gebührentatbestände für Verteidigungstätigkeit im Ermittlungsverfahren zu schaffen, wurde bereits oben dargelegt.<sup>87</sup> Zudem werden in diesem Zusammenhang stärker leistungsorientierte Vergütungsstrukturen diskutiert, da das gebührenorientierte Vergütungssystem keinen Anreiz für eine überdurchschnittliche Tätigkeit biete.<sup>88</sup> Problematisch ist bei solchen Modellen, insbesondere bei einer an Stundensätzen orientierten Vergütungsweise, allerdings, dass dadurch ein unkontrollierbares Kostenrisiko oder gar ein Missbrauchsrisiko geschaffen wird.<sup>89</sup> Das US-amerikanische Verfahrensrecht behilft sich mit Abrechnungsobergrenzen, was allerdings, wie gezeigt, mancherorts zu einer dramatisch schlechten Finanzierungssituation führt.<sup>90</sup> Statt einer Verbesserung wäre dann eine Verschlechterung der finanziellen Bedingungen notwendiger Verteidigung eingetreten.

Schließlich könnte in Ergänzung der freien Anwaltschaft eine Art staatlich finanziertes Verteidigungsbüro, etwa nach dem Vorbild der US-amerikanischen *public defender*, geschaffen werden. Aufgrund der Festanstellung und -vergütung der im staatlich finanzierten Verteidigungsbüro tätigen Anwälte könnte der Verteidigung in großem Umfang der bestehende Kostendruck genommen werden. Überdies könnte von Vorteil sein, dass dadurch ein gewisser Wettbewerb zur freien Advokatur geschaffen würde.<sup>91</sup> Um für qualifiziertes Personal attraktiv zu sein, müsste sich die Vergütung in einem solchen Verteidigungsbüro, wie in Teilen der USA, an den staatlichen Justizberufen orientieren.

### 3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge

Den unter 2. skizzierten Maßnahmen kann nur teilweise Potenzial für eine verbesserte Handhabbarkeit der Prozessverantwortung des Beschuldigten zugesprochen werden.

---

<sup>85</sup> Siehe oben Teil 2 III. D.

<sup>86</sup> *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 295. Siehe bereits *Barton*, Mindeststandards, S. 258.

<sup>87</sup> Siehe oben Teil 5 II. A. 3.

<sup>88</sup> Näher zu diesen Vorschlägen *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 146 f.

<sup>89</sup> *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 146 ff. Dazu auch *Augustin*, Effektive Verteidigung, S. 295 ff.

<sup>90</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 2. c).

<sup>91</sup> Siehe hierzu *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 151 f., der diesen Ansatz allerdings als Instrument zur Schaffung eines Wettbewerbs diskutiert. Zum US-amerikanischen *public defender* oben Teil 4 IV. B. 2. c) bb) (2).

Erhöhte Qualitätsstandards für die Bestellung als Pflichtverteidiger einzuführen, ist zunächst grundsätzlich empfehlenswert. Wenig zielführend dürfte allerdings sein, auf starre formale Kriterien wie den Fachanwaltstitel abzustellen. Abgesehen von der Problematik der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Zugangsbeschränkungen<sup>92</sup> würde solch ein starres Kriterium kaum der Vielfalt qualitativ hochwertiger Verteidigung gerecht. Ein grundsätzlich beträchtliches Verbesserungspotenzial hätte aber die Einführung einer von der Anwaltschaft getragenen Zertifizierung, orientiert an dem in England und Wales etablierten Verfahren. Auch die Übertragung der Pflichtverteidigerauswahl und -bestellung im konkreten Einzelfall auf ein anwaltschaftliches Selbstverwaltungsorgan erscheint ratsam.

Allerdings dürften dem Verbesserungspotenzial einer Qualitätskontrolle gewisse faktische Grenzen gesetzt sein. So kann die Anbindung der Bestellung als notwendiger Verteidiger an bestimmte fachliche Qualifikationen letztlich dazu führen, dass die Anzahl zur Verfügung stehender Berufsträger durch Ausschluss derjenigen, welche die Qualitätsanforderungen nicht erfüllen, verringert wird. Derartige Begrenzungen müssen allerdings mit dem (fort-)bestehenden Bedarf an Verteidigern für das Fallaufkommen in der Strafjustiz in Einklang stehen. Die Anforderungen können nur so hoch gesetzt werden, dass die zur Verfügung stehenden Verteidiger ausreichen, um alle Beschuldigten in angemessener Zeit zu versorgen. Es ist daher anzunehmen, dass sich die Anforderungen an die Qualifikation auf einem mittleren Niveau einpendeln würden bzw. durch die bereits ergriffenen Maßnahmen eingependelt haben.<sup>93</sup> Ein guter oder gar ein „idealer“ Verteidiger, wie er nach Dafürhalten einiger Stimmen angesichts der Neuerungen im Prozess notwendig wäre,<sup>94</sup> kann daher auch auf diese Weise nicht für jeden Beschuldigten zur Verfügung gestellt werden. Das Problem unzureichender Verteidigung dürfte daher auch bei verstärkter Qualitätssicherung fortbestehen, wenn auch ggf. in geringerem Umfang.

Uneingeschränkt zu empfehlen ist, die Vergütung für Pflichtverteidigung zu erhöhen. Dies gilt vor allem für die Verteidigungstätigkeit im Ermittlungsverfahren. Die Einführung einer stärker leistungsorientierten, an Stundensätzen orientierten Vergütungsweise birgt allerdings das Risiko, dass zur Eindämmung von Kosten- oder Betrugsrisiken Maßnahmen ergriffen werden, die letztlich eher zu einer Verschlechterung der finanziellen Bedingungen notwendiger Verteidigung führen würden. Ihr Nutzen scheint daher zumindest zweifelhaft.

Die Einführung eines staatlichen Verteidigungsdienstes nach dem Vorbild der US-amerikanischen *public defender*-Büros könnte schließlich eine sinnvolle Diversifizierung der Möglichkeiten darstellen, mittellosen Beschuldigten formelle Verteidigung zukommen zu lassen. Wie das Beispiel des US-amerikanischen Verfah-

---

<sup>92</sup> Dazu *Barton*, Mindeststandards, S. 248 ff.

<sup>93</sup> Vgl. *Kutzer*, StraFo 2000, 325, 326, dem zufolge sich die Anzahl zulässiger Verfahrensrügen durch Einführung des Fachanwaltstitels nicht signifikant erhöht hat.

<sup>94</sup> Siehe oben Teil 3 V. B.

rens zeigt, besteht allerdings das Risiko einer strukturellen Unterfinanzierung in wirtschaftlich schwierigen Zeiten, das eine Überlastung der dortigen Anwälte und damit eine verschlechterte Qualität der Verteidigung nach sich ziehen kann.<sup>95</sup> Nur wenn eine ausreichende Finanzierung gesichert ist, könnte diese Maßnahme somit als Verbesserung der Qualität formeller Verteidigung angesehen werden.

## **D. Verfahrensrechtliche Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung**

Gerade im Hinblick auf das eingeschränkte Potenzial qualitätssichernder Maßnahmen für formelle Verteidigung ist schließlich zu erwägen, verfahrensrechtliche Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung im Einzelfall zu regeln.

### **1. Handlungsbedarf**

Wie soeben betont, ist es dem Beschuldigten im Regelfall nur mit Beistand durch einen professionellen Verteidiger möglich, die ihm obliegenden Schritte zur eigenverantwortlichen Verhinderung eines Fehlurteils zu ergreifen. Die formelle Verteidigung ist ein essenzielles Instrument für die tatsächliche Handhabbarkeit der Prozessverantwortung des Beschuldigten und damit für die Legitimation des Strafurteils.<sup>96</sup> Stellt sich die Verteidigung im Einzelfall aufgrund einer defizitären Verteidigungsleistung nicht als eine solche effektive Hilfeleistung dar, steht demzufolge die Legitimation des Strafurteils als Ganzes infrage.<sup>97</sup>

Eingedenk dieser Bedeutung formeller Verteidigung interpretiert der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Garantie auf einen Verteidigungsbeistand aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als ein Recht auf effektive Verteidigung, das der Beschuldigte gegenüber dem strafverfolgenden Staat einfordern kann.<sup>98</sup> In der Entscheidung *Czekalla v. Portugal* hat der Gerichtshof eine unzureichende Verteidigungsleistung ausdrücklich als Verletzung dieses Rechts angesehen und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zugesprochen.<sup>99</sup> Im zugrunde liegenden Fall

---

<sup>95</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 2. c) bb) (2).

<sup>96</sup> Siehe oben II. B. 1.

<sup>97</sup> *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 329, 345.

<sup>98</sup> EGMR *Artico v. Italien*, Nr. 6694/74, Urt. v. 13.5.1980, Tz. 33 = EuGRZ 1980, 662, 664; EGMR *Goddi v. Italien*, Nr. 8966/90, Urt. v. 9.4.1984, Tz. 27 = EuGRZ 1985, 234, 237. Dazu *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 856 f.

<sup>99</sup> EGMR *Czekalla v. Portugal*, Nr. 38830, Urt. v. 10.10.2002, Tz. 59 ff. = NJW 2003 1229, 1230 f. Siehe auch bereits EGMR *Daud v. Portugal*, Nr. 11/1997/795/997, Urt. v. 21.4.1998, Tz. 38 f. – Zur Rechtsprechung des EGMR *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1331 ff.; *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 857 ff.

hatte der Beschuldigte ein Rechtsmittel nur deshalb verloren, weil die Verteidigung Formvorschriften nicht eingehalten hatte. Auch im US-amerikanischen Verfahrensrecht wird, wie gezeigt, die Garantie formeller Verteidigung in Amendment VI als Recht auf effektive Verteidigung verstanden und daraus die Möglichkeit der Urteilsanfechtung wegen unzureichender Verteidigungsleistung abgeleitet.<sup>100</sup> Das deutsche Verfahrensrecht rechnet dem Beschuldigten demgegenüber, von der Fristversäumnis (§ 44 StPO) abgesehen, die Fehler des Verteidigers grundsätzlich zu, ohne dass er, mit Ausnahme eher theoretischer Extremfälle, die Möglichkeit erhält, dies abzuwenden.<sup>101</sup> Auch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2016, in der ausdrücklich ein Verstoß gegen Art 6 Abs. 3 lit. c EMRK festgestellt wurde, hatte den Fall einer Fristversäumnis zum Gegenstand.<sup>102</sup> In den Worten *Gaede* reagiert die Rechtsprechung auf solche Fälle somit letztlich noch immer mit einem „normativen Schulterzucken“.<sup>103</sup>

Diese Handhabung erscheint bereits grundsätzlich zweifelhaft. Zwar wird dem Beschuldigten im Vergleich zu seinem Pendant im US-amerikanischen Strafverfahren<sup>104</sup> noch vergleichsweise wenig Prozessverantwortung auferlegt, so dass sich eine unzureichende Absicherung über formelle Verteidigung weniger bemerkbar macht.<sup>105</sup> Dennoch besteht, wie gezeigt, in jedem Strafverfahren aufgrund der Unzulänglichkeit amtlicher Wahrheitsermittlung ohne Ansehen der konkreten Prozessstruktur ein Bereich, in dem die Abwendung eines Fehlurteils in die alleinige Verantwortlichkeit des Beschuldigten fällt.<sup>106</sup> Unabhängig davon, wie groß dieser Bereich ausfällt, müssen Mechanismen wie die formelle Verteidigung effektiv bereitgestellt werden, um diese Verantwortung handhabbar zu machen.<sup>107</sup> Ist die Verteidigungsleistung im Einzelfall so unzureichend, dass von einer Absicherung der Handhabbarkeit der Prozessverantwortung nicht die Rede sein kann, kann auch das deutsche Verfahren deshalb nicht einfach darüber hinweggehen, sondern muss dafür sorgen, dass dieser Mangel behoben wird oder ein auf einem solchen Verfahren aufbauendes Urteil keinen Bestand hat. Aus diesem Grund mussten der deutschen Verfahrensordnung bereits oben gewisse Defizite attestiert werden.<sup>108</sup>

Diese Defizite werden im Zuge des in Teil 3 festgestellten Anwachsens der Prozessverantwortung des Beschuldigten ungleich virulenter.<sup>109</sup> Angesichts des damit

---

<sup>100</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 3.

<sup>101</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 3. b).

<sup>102</sup> BGH StV 2016, 771 f.

<sup>103</sup> *Gaede*, StV 2012, 51, 58.

<sup>104</sup> Siehe oben Teil 4 II. und III. D.

<sup>105</sup> Siehe oben Teil 2 V. und Teil 4 V.

<sup>106</sup> Siehe oben Teil 1 I. B.

<sup>107</sup> *Bohlander*, StV 1999, 562, 566 f.

<sup>108</sup> Siehe oben Teil 2 IV. D. und V.

<sup>109</sup> Vgl. *Gaede*, HRRS 2007, 402, 411 f.; *Bohlander*, StV 1999, 562, 563.

einhergehenden Bedeutungszuwachses der formellen Verteidigung steht die Legitimation einer Verurteilung mehr denn je infrage, wenn eine ausreichende Qualität der Verteidigung im Einzelfall nicht gegeben war. Dementsprechend haben die in Teil 3 geschilderten neuen prozessualen Instrumentarien, insbesondere die Widerspruchslösung, die Diskussion um die Problematik unzureichender Verteidigung und der Regelung prozessualer Konsequenzen daraus in der Strafrechtswissenschaft erst richtig in Gang gesetzt.<sup>110</sup>

Spätestens seit den in dieser Arbeit geschilderten Umbrüchen im deutschen Strafprozessrecht kann eine defizitäre Verteidigungsleistung also nicht mehr folgenlos hingegenommen werden. Vielmehr müssen verfahrensrechtliche Vorkehrungen geschaffen werden, die das Zustandekommen eines Strafurteils bei unzureichender Verteidigung verhindern, oder die dafür sorgen, dass Urteile, denen ein Verfahren mit unzureichender Verteidigung zugrunde liegt, keinen Bestand haben. Anders gewendet: Verlagert sich immer mehr Verantwortung vom Tatgericht auf den Beschuldigten, so wird es immer notwendiger, die Verteidigung wie das Tatgericht einer gewissen Kontrolle zu unterwerfen.

## 2. Umsetzungsmöglichkeiten

Die rechtliche Umsetzung muss sich vor allem zwei Problemfeldern stellen: Zum einen muss geklärt werden, welcher Akteur im Prozess in welchem Verfahrensstadium über die Unzulänglichkeit der Verteidigung entscheidet und welche Rechtsfolgen daran anknüpfen sollen (a). Zweitens stellt sich die Frage, wie zu bestimmen ist, wann eine unzureichende Verteidigung vorliegt, die ihrer Funktion der Absicherung der Handhabbarkeit der Beteiligungsrechte des Beschuldigten nicht mehr gerecht werden kann (b).

### a) Verfahrensrechtlicher Mechanismus

Für einen verfahrensrechtlichen Mechanismus zur Erwirkung von Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung sind im Grundsatz zwei Ansätze denkbar, die mit *Walther* in Anlehnung an *Barton* als „(Fremd-)Kontrollmodell“ auf der einen und „Rechtsbehelfsmodell“ bzw. „Eigenkontrollmodell“ auf der anderen Seite bezeich-

---

<sup>110</sup> Siehe etwa die Arbeiten von *Bohlander*, StV 1999, 562 ff.; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 411 ff.; *ders.*, HRRS-FG Fezer, S. 21, 45 ff.; *ders.*, wistra 2010, 210, 215 f.; *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 342 ff.; *Wohlens*, FS Frisch, S. 1325 ff.; vgl. auch *Ventzke*, StV 1997, 543, 548; *Feigen*, Rudolphi-Symposium, S. 161, 167 ff.; *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 794. Vgl. überdies *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 338 Rn. 41, der angesichts der Rechtsprechung des EGMR bei unzureichender Begründung von Verfahrensrügen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) für eine Wiedereinsetzung analog § 44 StPO plädiert.

net werden können.<sup>111</sup> Mitunter werden auch beide Modelle kombinierende Lösungen vorgeschlagen.<sup>112</sup>

aa) „(Fremd-)Kontrollmodell“ – Kontrolle durch das Tatgericht

Nach der ersten Variante werden Strafverfolgungsbehörden und Gericht im laufenden Verfahren bei Bekanntwerden von Gründen tätig, die eine unzureichende Verteidigung besorgen lassen. Das Tatgericht muss dann auf eine effektive Wahrnehmung der Verteidigung hinwirken, etwa durch Abmahnung des Verteidigers,<sup>113</sup> durch Bestellung eines neuen Pflichtverteidigers zusätzlich zu bisherigen oder gar durch dessen Entpflichtung.<sup>114</sup> Teilweise wird darüber hinaus vorgeschlagen, dass das Tatgericht den Beschuldigten zunächst über die Möglichkeit, Maßnahmen gegen unzulängliche Verteidigung treffen zu können, belehren oder in besonderen Situationen seine Zustimmung zum eingeschlagenen Verteidigungskurs einholen können soll.<sup>115</sup> Verschiedentlich wird diese gerichtliche Aktivität auf die gerichtliche Fürsorgepflicht gestützt.<sup>116</sup> Wird das Tatgericht nicht entsprechend tätig, so kann dies als gerichtlicher Fehler auf Rechtsmittelebene gerügt werden.<sup>117</sup>

Speziell diesem Kontrollmodell werden allerdings Bedenken entgegengebracht, welche die h.L. bereits der Schaffung von Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung an sich entgegenhält.<sup>118</sup> Denn gerade die Variante der tatgerichtlichen Kontrolle der Verteidigungstätigkeit bringt die Gefahr mit sich, dass Misstrauen im Verhältnis zwischen Verteidiger und Mandant gesät wird oder dass es gar zu einer Disziplinierung von aus Sicht des Gerichts unbequemen Verteidigern kommt.<sup>119</sup> Insbesondere *Mosbacher*, zugleich einer der energischsten Befürworter weitgehen-

---

<sup>111</sup> *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 345 ff. mit Verweis auf *Barton*, Mindeststandards, S. 77 ff.

<sup>112</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 892 f.; *ders.*, HRRS 2007, 402, 410.

<sup>113</sup> *Wohlens*, FS Frisch, S. 1325, 1339; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 413; *ders.*, Fairness als Teilhabe, S. 914.

<sup>114</sup> SK-StPO-*Wohlens*, Vor §§ 137 ff. Rn. 83; *ders.*, FS Frisch, S. 1325, 1339; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 143 f.; *Bohlander*, StV 1999, 562 567; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 915.

<sup>115</sup> *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 891, 894, 914 f.; *ders.*, HRRS 2007, 402, 410.

<sup>116</sup> *Wohlens*, FS Frisch, S. 1325, 1338; *Plötz*, Fürsorgepflicht, S. 128 ff.; ablehnend *Gaede*, HRRS 2007, 402, 409; *Barton*, Mindeststandards, S. 157 ff.

<sup>117</sup> Vgl. etwa *Wohlens*, FS Frisch, S. 1325, 1340; der eine Verletzung der gerichtlichen Fürsorgepflicht annimmt, die als relativer Revisionsgrund (§ 337 StPO) gerügt werden kann sowie *Barton*, Mindeststandards, S. 202 ff., der auf eine Verletzung des § 145 Abs. 1 StPO abstellt.

<sup>118</sup> Siehe oben Teil 2 IV. B. 3. b).

<sup>119</sup> Vgl. *Wächtler*, StV 1997, 111; *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 329, 347 f.

der Rügepräklusionen,<sup>120</sup> spricht sich aus diesem Grund gegen ein solches Modell aus.<sup>121</sup> Eine ordnungsgemäße Verteidigung könne vielmehr nur über die, in dieser Arbeit bereits oben angerissenen Qualitätssicherungsmaßnahmen<sup>122</sup> sichergestellt werden.<sup>123</sup> Abgesehen davon müssten Einzelfälle fehlerhafter Verteidigung letztlich in Kauf genommen werden.<sup>124</sup>

Zwar dürften diese Einwände, wie *Gaede* anmerkt,<sup>125</sup> zum Teil sicherlich vorgeschoben sein. Dies wird etwa deutlich, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass gerade *Mosbacher* Neuerungen wie die Widerspruchslösung als willkommene Instrumente zur faktischen Beschränkung des Rügepotenzials des Beschuldigten in der Revision betrachtet.<sup>126</sup> Dennoch weisen sie auf einen wichtigen Umstand hin. Denn gerade im Amtsermittlungsmodell erscheint das Tatgericht als der denkbar ungeeignetste Prozessakteur, um über die Qualität der Verteidigung zu urteilen. Aufgrund seiner Eigenschaft als Untersuchungsorgan kann es nicht mehr als neutraler Dritter angesehen werden. Eine Ausprägung dessen ist der in Teil 2 diskutierte Inertia-Effekt, wonach das Tatgericht mit Vorbefassung mit dem Fall eine (unbewusste) Voreingenommenheit entwickelt, die sich etwa auf die Beurteilung von Beweisführungen der Verteidigung auswirken kann.<sup>127</sup> In ähnlicher Weise steht zu erwarten, dass sich ein Tatgericht auch bei der Beurteilung der Verteidigungsqualität unmerklich nicht vollends von seinen eigenen Interessen am Ablauf und Ergebnis des Verfahrens freimachen können wird.<sup>128</sup> Diese Bedenken ließen sich mit dem Verweis auf die Festlegung klar umrissener Mindestanforderungen unzureichender Verteidigung, an die das Tatgericht gebunden wäre,<sup>129</sup> allenfalls minimieren, aber nicht völlig zerstreuen.

<sup>120</sup> Siehe oben Teil 3 III. A. 1. b) bb), c) sowie 2. b) bb) (4).

<sup>121</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 370 f.

<sup>122</sup> Siehe oben I. C.

<sup>123</sup> *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 370.

<sup>124</sup> *Ignor*, FS Rieß, S. 185, 195 f.; *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 370 f.

<sup>125</sup> *Gaede*, StV 2012, 51, 59.

<sup>126</sup> Siehe oben Teil 3 V. B. 1. b) mit Fn. 857.

<sup>127</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 3. b) und Teil 3 II. B. 3. b), C. 1. b) und 2. b).

<sup>128</sup> Vgl. *Wächtler*, StV 1997, 111. Einen unfreiwilligen Beleg für diese Gefahr liefert *Heinrich*, Konfliktverteidigung, S. 120 f., der vorschlägt, „Konfliktverteidiger“ wegen defizitärer Verteidigung abzubestellen, weil ein Anwalt, der die Verhandlung dauernd mit Wortmeldungen unterbreche, deutlich mache, dass er nicht über hinreichende Kenntnisse der Strafprozessordnung verfüge. In diese Richtung bereits KG Berlin, NStZ-RR 2009, 209. – Siehe auch *Mosbacher*, FS Rissing-van Saan, S. 357, 370, der eine „normative Überforderung“ der Justiz vorhersieht, weil sie von ihrem Standort aus kaum beurteilen könne, welche Art der Verteidigung im Strafverfahren sinnvoll ist.

<sup>129</sup> In diesem Sinne *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1333 ff., 1338; *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 82; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 887 ff.



## bb) „Rechtsbehelfsmodell“ bzw. „Eigenkontrollmodell“

Einen Ausweg bietet an diesem Punkt das „Rechtsbehelfsmodell“ bzw. „Eigenkontrollmodell“.<sup>130</sup> Es setzt im Unterschied zum „Fremdkontrollmodell“ auf die Beanstandung der Verteidigungsleistung durch den Beschuldigten im Rechtsmittelverfahren. Die Überprüfung geht dann i.d.R. auf die Initiative eines neuen Verteidigers, also auf die Anwaltschaft selbst und nicht auf das Tatgericht zurück.<sup>131</sup> Zur Umsetzung wird zumeist die Schaffung einer eigenständigen „Revisionsrüge der Schlechtverteidigung“ im Revisionsverfahren vorgeschlagen.<sup>132</sup> Aufgrund der engen Rechtsmittelfristen und ggf. notwendigen Beweiserhebungen über die unzureichende Verteidigung, die – wie oben gezeigt – im deutschen Revisionsrecht ohnehin problematisch sind,<sup>133</sup> schlägt demgegenüber *Walther* vor, inspiriert vom *habeas corpus*-Verfahren im US-amerikanischen Rechtsmittelrecht<sup>134</sup> als Rechtsbehelf einen eigenen Wiederaufnahmetatbestand zu schaffen.<sup>135</sup>

Die Gefahr einer Disziplinierung engagierter Verteidigung kann das Rechtsmittelmodell umgehen. Denn die Kontrolle der Verteidigung muss vom Beschuldigten bzw. dessen Verteidiger überhaupt erst ausgelöst werden. Überdies liegt die Entscheidung nicht beim Tatgericht, was weiteren Schutz davor bietet, dass vorgeprägte Wertungen oder Interessen in die Entscheidung einfließen. Der Nachteil dieses Modells liegt allerdings darin, dass die Kontrolle erst nach Abschluss der (ersten) Tatsacheninstanz erfolgen könnte. Dies würde den Wert einer neuen Hauptverhandlung, die im Anschluss an eine erfolgreiche Rüge zu gewähren wäre, nicht unerheblich mindern. Denn dann hätte sich die unzureichende Verteidigung bereits in den Ergebnissen der Beweiserhebungen des ersten Verfahrens manifestiert, auf die dann im zweiten Verfahren zurückgegriffen werden könnte und auch würde. Überdies wäre diese Variante auch unter verfahrensökonomischen Aspekten problematisch.

## b) Kriterien zur Bestimmung unzureichender Verteidigung

Neben dem verfahrensrechtlichen Mechanismus zur Erwirkung von Konsequenzen müssten Kriterien festgelegt werden, wie eine unzureichende Verteidigungsleistung bestimmt werden soll.

---

<sup>130</sup> In diesem Sinne auch *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 329, 349; vgl. auch *Wächtler*, StV 1997, 111.

<sup>131</sup> *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 329, 349.

<sup>132</sup> *Gaede*, StV 2012, 51, 59; siehe ferner *ders.*, *Fairness als Teilhabe*, S. 892 f.; *ders.*, HRRS 2007, 402, 413, 414; vgl. auch *Ventzke*, StV 1997, 543, 548; *Velten*, FS Grünwald, S. 753, 794.

<sup>133</sup> Siehe oben Teil 2 III. C. 2. b) cc).

<sup>134</sup> Siehe oben Teil 4 IV. 3. c).

<sup>135</sup> *Walther*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 329, 349.

## aa) Abstellen auf materielle Kriterien

Naheliegend ist, eine unzureichende Verteidigungsleistung anhand materieller Kriterien zu bestimmen. Mangelhafte Verteidigung liegt danach dann vor, wenn die Tätigkeit des Verteidigers *ihrem Inhalt nach* hinter den Anforderungen an eine qualitativ zufriedenstellende Leistung zurückbleibt, so dass der Beschuldigte ein ungünstiges Urteil erleidet.

Ein Ansatzpunkt für eine in diesem Sinne unzureichende Verteidigungsleistung wäre, dass der Verteidiger sich nicht auf die Verteidigung vorbereitet hat, beispielsweise in der Hauptverhandlung ohne zuverlässige Kenntnisse der Verfahrensakten auftritt. Ferner wäre der Anwendungsbereich eröffnet, wenn der Verteidiger keinen Gebrauch von erfolgsversprechenden Beteiligungsrechten gemacht hat. In Betracht kommt etwa, dass er einen für den Beschuldigten vorteilhaften Beweisantrag nicht gestellt hat, die Stellung eines erfolgsversprechenden Befangenheitsantrags unterlassen oder einen Verwertungswiderspruch nicht erhoben hat. Überdies könnte darauf abgestellt werden, dass der Verteidiger nicht in der Lage war, Formvorschriften bei der Anwendung von Beanstandungs- oder Mitwirkungsrechten, wie etwa bei der Begründung von Verfahrensrügen oder der Darlegung der Konnexität eines Beweisantrags, einzuhalten. Eine unzureichende Verteidigungsleistung läge schließlich auch vor, wenn dem Beschuldigten zur Eingehung einer unvorteilhaften konsensualen bzw. kooperativen Verfahrensbeendigung geraten oder von einer vorteilhaften Absprache abgeraten wird.

Allerdings bergen solche materiellen Kriterien ein gewichtiges Problem, das bereits beim vergleichenden Blick auf das US-amerikanische Verfahren eindrücklich offenbar wurde.<sup>136</sup> Denn mit den unsicheren Erkenntnisquellen und deren subjektiver Verarbeitung durch das Entscheidungsorgan ist das Verfahrensergebnis, wie oben erläutert, vom Zusammenspiel schwer auszumachender Faktoren abhängig. Überdies fließen auch die vom Mandanten verfolgten Verteidigungsziele in die Konzeption der Verteidigung ein.<sup>137</sup> Der Verteidiger hat daher bei der Erstellung einer Verteidigungsstrategie im konkreten Einzelfall eine ganze Reihe von Faktoren zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Eine als einzig zielführend anzusehende Verteidigungsstrategie kann es daher bereits von Anfang an nicht geben. Vielmehr ergibt sich, je nach Gewichtung der einzelnen Faktoren, ein breites Spektrum an Herangehensweisen, die allesamt als vertretbar anzuerkennen wären. Daher muss dem Verteidiger bei der Beurteilung seiner Leistung von außen ein gewisser Ermessensspielraum bei der Gestaltung seiner Tätigkeit zugesprochen werden.

---

<sup>136</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 3. b) aa) und C.

<sup>137</sup> Auch objektiv „unvernünftige“ Verteidigungswünsche sind unter Umständen zu beachten. Dazu auch *Barton*, Mindeststandards, S. 319 ff.

Bei näherer Betrachtung stellen sich vermeintliche Versäumnisse des Verteidigers daher nicht unbedingt als eine unzureichende Verteidigungsleistung dar.<sup>138</sup> Anhand der oben angesprochenen Beispiele: Der Verzicht auf einen Beweisantrag kann von der Sorge getragen sein, die Beweiserhebung werde (auch) Belastendes ans Tageslicht bringen. Hinter der Nichterhebung eines Verwertungswiderspruchs oder eines Befangenheitsantrags kann die strategische Überlegung stehen, ein kooperatives Verhandlungsklima schaffen zu wollen. Schließlich ist das Zuraten zu einer konsensualen Beendigung stets von den konkreten Verteidigungszielen abhängig, so dass der rasche Abschluss des Verfahrens auch ein eher geringes Verurteilungsrisiko in einem streitigen Verfahren im Einzelfall durchaus aufwiegen kann.

Die oben beispielhaft beschriebenen Versäumnisse können daher stets nur als Indizien gewertet werden. Um sie als eine unzureichende Verteidigungsleistung einzuordnen, ist darüber hinaus notwendig, dass sie unter keiner denkbaren Verteidigungsstrategie als vertretbar angesehen werden können.<sup>139</sup> Die Festsetzung materieller Verteidigungsstandards kann unter Beachtung dieser Vorgaben somit nur eine begrenzte Anzahl von Fallkonstellationen erfassen. Es besteht daher, wie für das US-amerikanische Strafverfahren bereits gesehen,<sup>140</sup> ein sehr eingeschränkter Anwendungsbereich für das Ergreifen von Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung.

#### bb) Ergänzendes Abstellen auf formelle Kriterien

Es drängt sich daher die Frage auf, ob jenseits einer materiellen Bewertung der Verteidigung nicht weitere Ansatzpunkte erschlossen werden können. Hierfür scheint die Betrachtung anderer Sachgebiete lohnenswert, in denen ebenfalls Schwierigkeiten bei der Messbarkeit der Güte von Dienstleistungen bestehen. Dies gilt in besonderem Maße für medizinische Versorgungsleistungen. Bei der Bestimmung der Qualität medizinischer Leistungen spielen eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren wie beispielsweise die körperlichen Voraussetzungen eines Patienten eine Rolle, so dass ein gutes oder schlechtes Behandlungsergebnis nur selten eindeutig auf eine bestimmte Behandlungsart zurückgeführt werden kann. Die Qualitätssicherung im Gesundheitswesen behilft sich daher – in der Differenzierung nach *Donabedian*<sup>141</sup> – vermehrt damit, statt der „Ergebnisqualität“, also den Gesundheitszustand eines Patienten nach der Behandlung im Vergleich zu davor, die ungleich leichter ermittelbare „Strukturqualität“ und „Verfahrensqualität“ als

---

<sup>138</sup> Vgl. *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1335.

<sup>139</sup> Vgl. *Wohlers*, FS Frisch, S. 1325, 1335; *Gaede*, HRRS 2007, 402, 409 sowie *Barton*, Mindeststandards, S. 318 f., der diese Fälle in Analogie zur verwaltungsrechtlichen Ermessenskontrolle als „Ermessensfehler im engeren Sinne“ bezeichnet.

<sup>140</sup> Siehe oben Teil 4 IV. B. 3. b) aa) und C.

<sup>141</sup> *Zollondz*, Grundlagen Qualitätsmanagement, S. 170 f.

Messgröße in den Blick zu nehmen.<sup>142</sup> Angeknüpft wird dabei an solche formalen Kriterien, für die ein gewisser Zusammenhang zwischen der Struktur- bzw. Verfahrensgestaltung und der Qualität des Ergebnisses gesichert ist.<sup>143</sup> Ansatzpunkte bieten die Infrastruktur, die verfügbaren personellen Ressourcen, die Organisation und der Ablauf ärztlicher bzw. pflegerischer Tätigkeiten oder die Handhabung von Pflegestandards und Vorschriften.

Würde dieser Ansatz auf die Bestimmung einer unzureichenden Verteidigungsleistung übertragen, könnte die Bestimmung unzureichender Verteidigung – zumindest neben materiellen Kriterien – an Struktur- und Verfahrensmerkmalen, also an formellen Kriterien ausgerichtet werden. Messgröße wäre dabei folglich nicht die inhaltliche Güte einer konkreten Verteidigungsleistung, sondern ihre strukturelle Ausgestaltung, wie etwa der zeitliche Aufwand, mit dem die Verteidigung betrieben wurde. Unterschreitet die Verteidigung im Einzelfall festzulegende Grenzen, könnte, ähnlich wie bei der medizinischen Behandlungsqualität, geschlossen werden, dass sie auch inhaltlich defizitär war. Der Vorteil wäre, dass solche formellen Kriterien viel leichter als materielle bestimmbar wären, so dass evtl. weitere Fälle unzureichender Verteidigung identifiziert werden könnten.<sup>144</sup>

Im Fokus einer solchen Betrachtung liegt vor allem die Vorbereitung eines Hauptverfahrens. Ein Ansatzpunkt für eine unzureichende Verteidigung läge zunächst darin, dass sich der Verteidiger gar nicht oder unzureichend in die rechtlichen und tatsächlichen Probleme des Mandats eingearbeitet hat. An die aufgewandte Arbeitszeit könnte auch für die Vorbereitung von Hauptverhandlungen oder sonstigen Terminen angeknüpft werden. Zu nennen wäre ferner eine überhaupt nicht oder in einem zu späten Zeitpunkt erfolgte Einsichtnahme in die Verfahrensakten. Des Weiteren wäre eine unzureichende Verteidigung gegeben, wenn keine, eine vom zeitlichen Umfang unzureichende oder zu spät erfolgte Besprechung mit dem Mandanten durchgeführt wird. Eine unzureichende Leistung des Verteidigungsbeistands könnte schließlich anzunehmen sein, wenn keinerlei Verteidigungskonzept mit dem Man-

---

<sup>142</sup> Beispielsweise § 136b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB V, wonach Ärzte bzw. Krankenhäuser näher festzulegende planbare Leistungen nur erbringen dürfen, wenn sie eine bestimmte Mindestmenge dieser Leistungen erfüllen. Wird eine solche Leistung erbracht, obwohl die Mindestmenge nicht erfüllt ist, steht dem Krankenhaus gegenüber der Krankenkasse kein Vergütungsanspruch zu.

<sup>143</sup> Zum Beispiel der Mindestmengen (Fn. 142): Nach BSGE 112, 257, 266 ist erforderlich, dass ein „nach wissenschaftlichen Maßstäben wahrscheinlicher Zusammenhang zwischen Behandlungsmenge und -qualität“ besteht; nach BSGE 112, 15 muss dies durch „aussagekräftige Studien“ belegt sein.

<sup>144</sup> Vgl. *Wächter*, StV 1997, 111 f.: „Je formaler der Verteidigungsmangel [...], desto erfolgversprechender die Rüge. Je mehr auf die materielle Verteidigungsführung bezogen, desto aussichtsloser.“ – Dieser Ansatz entspricht im Ergebnis den Überlegungen von *Barton*, der für die Beurteilung der Verteidigungstätigkeit nicht auf das „Wie“ der Verteidigung, abstellen will, sondern ausschließlich darauf, „ob“ überhaupt eine Verteidigung geführt wird. Dazu sowie zum Folgenden *Barton*, Einführung, § 4 Rn. 82; *ders.*, Mindeststandards, S. 181 ff.

danten entwickelt worden wäre. Ansatzpunkte wären schließlich auch, dass der Verteidiger nicht über Risiken bestimmter Verteidigungsstrategien, beispielsweise die Eingehung einer konsensualen Verfahrensbeendigung, aufgeklärt hat.

Um den Rechtsmittelgerichten eine Beurteilung anhand solcher formeller Kriterien überhaupt erst zu ermöglichen, wäre allerdings die Festschreibung zusätzlicher Dokumentationspflichten notwendig. Die Verteidigung müsste verpflichtet werden, ihre wesentlichen Arbeitsschritte und den Aufwand ihrer einzelnen Tätigkeiten festzuhalten. Diese Dokumentation würde dann im Fall der späteren Beanstandung der Verteidigung die Grundlage für die Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht bilden. Zu dokumentieren wären etwa der genaue Zeitraum der Einarbeitung in den Fall, der Durcharbeitung der Verfahrensakten sowie der Zeitpunkt und der zeitliche Umfang von Mandantengesprächen und der Befragung von Zeugen oder anderen Personen im Rahmen eigener Ermittlungen. Der Nachweis eines erarbeiteten Verteidigungskonzepts wie auch der Aufklärung über bestimmte Prozessrisiken könnte durch eine schriftliche Bestätigung des Beschuldigten erbracht werden.<sup>145</sup> Derartige Erklärungen könnten zwar vergleichsweise leicht aufgezeichnet werden; zugleich würde sich aber der Aufklärungsbedarf gegenüber dem Mandanten nicht unwesentlich erhöhen.<sup>146</sup> Freilich wären nur solche Angaben zu dokumentieren, die bei der späteren Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten nicht gefährden. Ggf. wären also die Namen befragter Zeugen im Ermittlungsverfahren zu anonymisieren, wenn diese etwa aufgrund des Belastungspotenzials ihrer Aussagen doch nicht geladen wurden. Auch der Nachweis der Absprache einer Verteidigungskonzeption und der Belehrung(en) über bestimmte Prozessrisiken dürfte selbstverständlich keine inhaltlichen Angaben enthalten.

Derartigen Dokumentationspflichten ließe sich nicht entgegenhalten, dass sie für die Verteidigung einen erheblichen Mehraufwand bedeuten würden. Zumindest in Teilen dürfte die beschriebene Dokumentation bereits ohnehin für den Mandanten vorgenommen werden. Überdies könnte daraus sogar langfristig eine Verbesserung der finanziellen Rahmenbedingungen der Verteidigung entstehen. Denn wenn bei der Bescheidung von Rechtsmittelrügen wegen unzureichender Verteidigung deutlich würde, wie wenig der getätigte Verteidigungsaufwand tatsächlich der Höhe der Verteidigergebühren entspricht, oder wenn – im umgekehrten Fall – ein Rechtsmittelgericht eine Verteidigungstätigkeit als unzureichend bewerten würde, die ihrem Aufwand nach als gerade noch betriebswirtschaftlich vertretbar angesehen werden müsste, könnte ein erheblicher rechtspolitischer Druck für eine Anhebung der gesetzlichen Gebührensätze entstehen.

---

<sup>145</sup> Für ähnliche Dokumentationspflichten für den Verzicht auf die Ausübung von Verfahrensrechten bereits *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 893 mit 758.

<sup>146</sup> Vgl. allgemein zum entstehenden „Rechtfertigungsbedarf“ des Verteidigers gegenüber dem Mandanten durch die Kontrolle der Verteidigungsqualität *Gaede*, *HRRS 2007*, 402, 410 f.

Bei all diesen formellen Ansatzpunkten für die Bestimmung einer unzureichenden Verteidigungsleistung ist allerdings zu beachten, dass keinesfalls auf absolute Größen abgestellt werden kann. Beispielsweise kann eine absolut gültige Mindesteinarbeitungszeit abstrakt nicht festgelegt werden.<sup>147</sup> Die für eine effektive Verteidigung anzusetzende Einarbeitungszeit müsste vielmehr im Einzelfall anhand vom Umfang und den Schwierigkeiten des konkreten Falles bestimmt werden. Eine solche Beurteilung ist zwar, wie der Blick auf § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO zeigt, durchaus möglich. Allerdings müsste der Verteidigung insoweit ein bestimmter Ermessensspielraum eingeräumt werden. Wie bereits bei der Beurteilung der Verteidigung mit materiellen Kriterien wären auch über den Ansatz der formellen Kriterien nur besonders offensichtliche Fälle unzureichender Verteidigungsleistung erfassbar.

### 3. Potenzial der Umsetzungsvorschläge

Was das Potenzial der Umsetzungsvorschläge angeht, so ist zunächst festzuhalten, dass die Regelung prozessualer Konsequenzen aus unzureichender Verteidigung trotz anderslautender Einschätzungen der h.L. an sich durchaus möglich ist. Um der Gefahr der Disziplinierung unzureichender Verteidigung zu begegnen, verbleibt allerdings als alleinige Alternative die Umsetzung im Fremdkontroll- bzw. Rechtsmittelmodell. Die Umsetzung innerhalb dieses Modells hat freilich den gewichtigen Nachteil, dass sich Verteidigungsfehler in der ersten Hauptverhandlung bereits so manifestiert haben können, dass sie in der Neuauflage des Verfahrens nicht mehr ungeschehen gemacht werden können. Die erfolgreiche Rechtsmittelrüge könnte sich für den Beschuldigten daher schlimmstenfalls als ein Sieg ohne Gewinn erweisen.

Auch das zweite Problemfeld zeigt, dass in dieses Instrument keine allzu großen Hoffnungen gesetzt werden sollten. So muss bei der inhaltlichen Beurteilung der Verteidigungstätigkeit der weite Spielraum an vertretbaren Verteidigungsstrategien berücksichtigt werden, so dass von vornherein nur in wenigen Fällen überhaupt eine unzureichende Verteidigung identifizierbar wäre. Die Anknüpfung an formale Kriterien kann zwar zusätzliche Fälle unzureichender Verteidigung erfassen, muss aber in ähnlicher Weise einen weiten Ermessensspielraum der Verteidigung berücksichtigen. Dem Rechtsbehelf der unzureichenden Verteidigungsleistung – wie auch immer konkret ausgestaltet – kommt daher von vornherein nur ein beschränkter Anwendungsbereich zu.

Gleichwohl wäre ein solcher Rechtsbehelf ein wichtiges Instrument, um auf die Steigerung der Prozessverantwortung zu reagieren. Denn die oben beschriebenen Qualitätssicherungsmaßnahmen können nur in der Breite für eine gewisse Steigerung der Verteidigungsqualität sorgen. Im Einzelfall, bei dem trotz dessen eine

---

<sup>147</sup> Vgl. *Barton*, Mindeststandards, S. 358 f.

hinreichende Qualität nicht gegeben war, kann aber nur die Rügemöglichkeit unzureichender Verteidigung Abhilfe schaffen. In der – wie gezeigt: begrenzten – Anzahl von Fällen, die seinem Anwendungsbereich unterfielen, wäre der Rechtsbehelf der unzureichenden Verteidigung daher ein wichtiges Instrument.

### **E. Schlussbemerkung: Rechtspolitische Realisierungschancen**

Abschließend stellt sich die Frage, inwieweit die im Vorangegangenen skizzierten Vorschläge rechtspolitisch Chancen auf eine Umsetzung hätten. Zwar sollten die Realisierungschancen, wie oben bereits angesprochen, für eine wissenschaftliche Bearbeitung keineswegs der ausschlaggebende Bewertungsmaßstab sein.<sup>148</sup> Gleichwohl kann ein vollständiges Bild nicht entstehen, ohne zumindest kurz hierauf einzugehen. Dies gilt umso mehr, wenn, wie vorliegend, die rechtspolitischen Realisierungschancen überaus zweifelhaft sind. Diese Skepsis gründet darauf, dass die skizzierten Vorschläge – ähnlich wie die oben verworfene Alternative der „Rückkehr zur alten StPO“<sup>149</sup> – die mit den in Teil 3 dargestellten Instrumenten bezweckte Verfahrensbeschleunigung und Schonung der Justizressourcen zu einem gewissen Teil konterkarieren würden.

So wären fast alle der angedachten Maßnahmen mit erhöhten staatlichen Kosten für die Bereitstellung formeller Verteidigung verbunden. Dies gilt zum einen für die zeitlich ausgedehnte Inpflichtnahme notwendiger Verteidigung, die mit den verbesserten Informations- und Beteiligungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren einhergehen würde. Gleiches kann im Hinblick auf die vorgeschlagene Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs notwendiger Verteidigung gesagt werden. Auch die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen wären mit erhöhten Kosten verbunden. Allen voran wären die Schaffung und der Betrieb eines Zertifizierungssystems für Kanzleien, an das die Vergabe von Pflichtmandaten geknüpft wird, nur mit einem erheblichen finanziellen Aufwand möglich. Dies zeigt auch das Beispiel England und Wales.<sup>150</sup> Offensichtlich wäre der Kostensprung für die angeregte Erhöhung der Pflichtverteidigergebühren signifikant.

Darüber hinaus würden die vorgeschlagenen Maßnahmen in nicht geringem Umfang „entschleunigend“ wirken.<sup>151</sup> Offensichtlich ist dies für die angedachten Teilnahmemöglichkeiten der Verteidigung an Vernehmungen im Ermittlungsverfahren,

---

<sup>148</sup> Siehe oben I. B. 2. a).

<sup>149</sup> Siehe oben I. B. 2. a).

<sup>150</sup> Eingehend *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, S. 113, 142 ff.

<sup>151</sup> Vgl. *Trüg*, *StV* 2010, 528, 534 zum Ausbau der Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren.

vor allem wenn, wie hier zur Diskussion gestellt, daran die Möglichkeit konsensualler Verfahrensbeendigungen geknüpft würde. Auch ein stärkeres Beweisanzugsrecht des Beschuldigten könnte das Ermittlungsverfahren verlängern. Schließlich würden auch die Entscheidung eines Rechtsbehelfsgerichts über die Rüge unzureichender Verteidigung und die Neuauflage einer Hauptverhandlung nach erfolgreicher Rüge zusätzliche Ressourcen binden.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass diese Effekte unweigerlich mit der bereits verwirklichten Ressourcenschonung und Verfahrensbeschleunigung untrennbar verwoben sind. Sollen Justizressourcen geschont werden, indem die tatgerichtliche Verantwortung für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage im Hauptverfahren ein Stück weit zurückgefahren wird, erhöht sich unweigerlich die Prozessverantwortung des Beschuldigten und damit der Bedarf nach einer qualitativ hochwertigen Verteidigung. Eine solche ist aber nur für einen entsprechenden finanziellen Gegenwert zu haben.<sup>152</sup> Und soll der Beschuldigte zu einer schnelleren konsensualen Erledigung „ermutigt“ werden, so müssen im Gegenzug zumindest gewisse „entschleunigende“ Informations- und Teilhaberechte im Ermittlungsverfahren gewährt werden. Eine rechtsstaatliche Verfahrensbeschleunigung und Ressourcenschonung gibt es nicht zum „Nulltarif“.<sup>153</sup>

Ob diese Argumente durchdringen würden, kann allerdings als fraglich angesehen werden. Am ehesten realistisch erscheint die Regelung von Teilnahme- und Mitwirkungsrechten oder audiovisuellen Dokumentationspflichten im Ermittlungsverfahren, weil dadurch ein Beweistransfer in der Hauptverhandlung ermöglicht würde, so dass im Gegenzug zumindest eine gewisse Verfahrensbeschleunigung erzielt werden könnte.<sup>154</sup>

### III. Anlass für eine Neuorientierung des gesamten Verfahrens?

Die Auswirkungen der in Teil 3 geschilderten Entwicklung auf das Gesamtgefüge des deutschen Strafverfahrens und die in diesem Abschnitt skizzierten struktu-

---

<sup>152</sup> *Kilian*, in: Weigend u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, S. 113, 144 f., der darauf verweist, dass die Ausgaben für staatliche Kostenhilfe im Bereich der Strafverteidigung in Deutschland im internationalen Vergleich noch immer denkbar niedrig sind.

<sup>153</sup> Vgl. bereits *Perron*, JZ 1994, 823, 832 zu den damaligen Vorschlägen von *Gössel*, 60. DJT, Bd. I.

<sup>154</sup> Mit Vorschlägen für einen verstärkten derartigen Beweistransfer zuletzt Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, GA 2014, 1, 18 ff. Siehe auch *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539, 566; *Jahn*, FAZ v. 26.6.2014; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 39 ff.; *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, S. 131, 149 f.



rellen Änderungsmöglichkeiten geben schließlich Anlass, über eine strukturelle Neuorientierung des deutschen Strafverfahrens nachzudenken.

### A. Die drohende „Parteirolle“ des Gerichts

Nach der Konzeption des Amtsermittlungsverfahrens erfüllt das Tatgericht eine Doppelrolle als Entscheidungs-, aber auch Untersuchungsorgan. Zwar kommen auch der Staatsanwaltschaft gewisse Untersuchungsfunktionen in der Hauptverhandlung zu; abgesehen von der Anklageverlesung und den Plädoyers tritt sie allerdings nur in Ausnahmefällen in Erscheinung, da das Hauptverfahren an sich auf dem von ihr durchgeführten Ermittlungsverfahren fußt. Die Untersuchung des Anklagevorwurfs, also die Ermittlung entlastender Umstände, aber auch die Überführung des Beschuldigten, fallen daher vor allem in den Aufgabenbereich des Gerichts. Das Gericht fungiert somit (auch) als Strafverfolgungsinstanz und nimmt als solche für den Beschuldigten den Status des Verfahrensgegners ein.<sup>155</sup> Die Entlastungsbemühungen des Beschuldigten zielen dementsprechend nicht nur darauf ab, das Gericht als Entscheidungsorgan zu überzeugen bzw. ausreichend Zweifel zu wecken. In ihrer Zielsetzung sind sie vielmehr gerade auch gegen die der Überführung dienenden Untersuchungstätigkeit des Tatgerichts gerichtet.<sup>156</sup> Strukturell ist das Beweisverfahren des deutschen Amtsermittlungsverfahrens somit von einem gewissen Antagonismus zwischen Tatgericht und Verteidigung geprägt. Dieser Effekt verstärkt sich durch die auf die Strukturprinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit zurückgehende Konzentration der prozessualen Auseinandersetzung auf die Hauptverhandlung.<sup>157</sup>

Diese Problematik wird nunmehr durch die in Teil 3 aufgezeigte Entwicklung im deutschen Strafverfahren erheblich verschärft. Denn je mehr Prozessverantwortung dem Beschuldigten auferlegt wird, je mehr ihm also das mit dem Fehlerrisiko belastete Strafurteil als Verfahrensergebnis als Folge seines Prozessierens zugerechnet wird, desto mehr wird das Tatgericht aus seiner Verantwortung für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage des Urteils auch zugunsten des Beschuldigten entlassen. Seine Untersuchungstätigkeit wird auf die-

---

<sup>155</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 366 ff.; *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 53 ff.; *ders.*, FS Jauch, S. 183, 198; *Schöch*, in: Schreiber (Hrsg.), Strafprozess und Reform, S. 52, 64; Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Hauptverhandlung 1985, S. 68; *Schulz*, StV 1991, 354, 360; *Haas*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 23, 28 sowie *Gaede*, StV 2012, 51, 59, der von einer „drohenden Parteirolle des Gerichts bei der Durchsetzung der Anklage“ spricht.

<sup>156</sup> Vgl. *Volk*, FS Dahs, S. 495, 496.

<sup>157</sup> Vgl. aus rechtsvergleichender Perspektive *Perron*, ZStW 108 (1996), 128, 149 f.: „[D]ie Legitimation des Urteilsspruches [wird] nirgends in derart zugespitzter Form auf die unmittelbare Auseinandersetzung zwischen dem inquirenden Gericht und der Verteidigung gestützt wie in Deutschland.“

se Weise ein Stück weit einseitiger. Dies führt zu weitergehenden Akzeptanzproblemen seiner als Entscheidungsorgan gefällten Verurteilungen.

Veranschaulichen lässt sich dies etwa anhand der Widerspruchslösung. Vor deren Geltung stand das Tatgericht in der Verantwortung, Beweisverwertungsverbote festzustellen, weil andernfalls die Sanktionierung in Form der Urteilsaufhebung in der Revision folgte. Weil dies mittlerweile aufgrund der Folgenanlastung der Rügepräklusion in der Revision in die Verantwortung des Beschuldigten fällt, ist das Tatgericht aus seiner Verantwortung weitgehend entlassen.<sup>158</sup> Nunmehr dürfte es eher das Interesse des Gerichts sein, dass der Widerspruch ausbleibt, dass also das Verwertungsverbot nicht entdeckt wird, sei es, um das Urteil auf eine breitere Tatsachenbasis zu stellen oder gar eine Verurteilung überhaupt zu ermöglichen, oder um zumindest nicht eine Entscheidung über die Verwertbarkeit treffen zu müssen, die später in der Revision beanstandet werden könnte. Nach der treffenden Beschreibung *Schünemanns* wird das Gericht „[d]urch die Rechtsprechung zur Widerspruchslösung [...] geradezu motiviert, auf die Unachtsamkeit der Verteidigung zu spekulieren“.<sup>159</sup> Ähnlich äußert *Fezer*, dem Gericht werde gestattet, „sich solange passiv zu verhalten, bis es (aufatmend?) feststellen kann, daß der Verteidiger den letzten Zeitpunkt für seinen Widerspruch versäumt hat“.<sup>160</sup> Die gerichtliche Untersuchungstätigkeit wird damit ein ganzes Stück weniger neutral, das Gericht selbst für den Beschuldigten noch etwas mehr zum Verfahrensgegner.

Dieser Effekt wird aus der rechtsvergleichenden Perspektive noch deutlicher. Wie erläutert, sind im US-amerikanischen Verfahren Beanstandungen, gerade auch im Hinblick auf Beweisverwertungsverbote, als Regelfall unter Androhung der Präklusion der Rechtsmittelrüge in der Hauptverhandlung bzw. vor deren Beginn im *pretrial* zu erheben. Weil es die alleinige Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, den Beschuldigten zu überführen, wird sie oft auch Beweise, deren Verwertbarkeit strittig ist, zum Gegenstand des Verfahrens machen und hoffen, dass dies unentdeckt bleibt. Die dadurch notwendige „Wachsamkeit“ der Verteidigung im Hinblick auf Beweisführungen der Staatsanwaltschaft passt aber aufgrund deren Rolle als Prozessgegner ohne Weiteres in die Verfahrensstruktur. Im deutschen Verfahren besteht aber mittlerweile durch die prozessualen Neuerungen die Notwendigkeit für die Verteidigung, gegenüber den Beweisführungen des Gerichts in ähnlicher Weise argwöhnisch zu sein. *Trüg* kommt daher im Vergleich mit dem US-amerikanischen Verfahren gar zum Ergebnis, dass das Tatgericht im Hinblick auf die Widerspruchslösung zu einer Partei des Verfahrens wird.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Zu der durch die Widerspruchslösung erfolgten Verantwortungsverschiebung ausführlich oben Teil 3 IV. B. 1. a) aa).

<sup>159</sup> *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 487.

<sup>160</sup> *Fezer*, StV 1997, 57, 59.

<sup>161</sup> *Trüg*, Lösungskonvergenzen, S. 284. Vgl. auch *Kudlich*, HRRS 2011, 114, 118 mit einem Vergleich zu zivilprozessualen Präklusionen.

Auch den einvernehmlichen Verfahrensweisen in der Hauptverhandlung – als kooperative Beendigung nach den Vorgaben des § 257c StPO oder als eher konsensuale Beendigung am Gesetz vorbei – steht eine Verschärfung des Antagonismus zwischen Verteidigung und Tatgericht geradezu auf der Stirn geschrieben. Aufgrund seiner Verpflichtung zur umfassenden amtlichen Ermittlung des Anklagevorwurfs hat das Gericht ein grundsätzliches Interesse, das Verfahren abzukürzen. Mit der Einführung konsensualer Beendigungsformen wird dieses Interesse nun auch normativ anerkannt, so dass es in der Praxis neben das Interesse an der Fallaufklärung tritt bzw. dieses ablöst.<sup>162</sup> Dementsprechend werden konsensuale bzw. kooperative Beendigungen im Hauptverfahren auf staatlicher Seite oft vom Tatgericht vorgeschlagen. In diesem Sinne ist für die Verständigung gem. § 257c StPO ausdrücklich dem Tatgericht das Initiativrecht zugesprochen.<sup>163</sup> Weil das Tatgericht also mitunter erhebliche eigene Interessen am Zustandekommen der konsensualen Beendigung hat, besteht die Gefahr, dass es nicht hinreichend prüft, ob die Absprache inhaltlich zutreffend ist oder ob sich etwa aus den Verfahrensakten oder dem (schlanken) Geständnis des Beschuldigten nicht doch die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen ergibt. Entsprechend kritisch wird diese Verfahrensweise in der Strafrechtswissenschaft bewertet.<sup>164</sup> Auch wenn das Konsensprinzip, wie hier verstanden als Beweisprinzip, an sich durchaus in eine inquisitorisch orientierte Verfahrensstruktur integrierbar ist, führt es somit jedenfalls in der konkreten Ausgestaltung dazu, dass das Gericht weiter seine neutrale Stellung einbüßt. Wie *Trüg* hinsichtlich der Widerspruchslösung spricht *Schünemann* mit verfahrenssoziologischem Blick davon, dass das Gericht bei Verfahrensabsprachen „zu einer Partei denaturier[t]“.<sup>165</sup>

Plastisch wird dies wiederum im Vergleich zum US-amerikanischen Verfahren, in dem die konsensuale Beendigung zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung als klaren Verfahrensgegnern ausgehandelt und vereinbart wird.<sup>166</sup> In einer solchen prozessualen Konstellation ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Staatsanwaltschaft ein erhebliches Interesse am Zustandekommen des *plea agreement* und damit der Verurteilung hat; und zur Überprüfung der tatsächlichen Grundlage der Absprache steht – zumindest normativ – das neutrale, keine eigenen Interessen verfolgende Gericht zur Verfügung. In der US-amerikanischen Strafrechtswissen-

<sup>162</sup> Vgl. *Schünemann*, 58. DJT, Bd. I, B 54.

<sup>163</sup> Siehe bereits oben Teil 3 III. C. 3. b) bb).

<sup>164</sup> *Schünemann*, ZIS 2009, 484, 492. *Rieß*, JR 2005, 435, 439 bezeichnet die „dominierende Rolle des Gerichts“ bei Absprachen als „problematisch“.

<sup>165</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 29; eingehend dazu bereits *Schünemann*, 58. DJT, Bd. I, B 50 ff. Zum Zitat *Trügs* siehe oben Fn. 161. – Zur Frage, ob nach der gescheiterten Verständigung ein Befangenheitsgrund anzunehmen ist, bereits oben Teil 3 III. C. 3. b) bb).

<sup>166</sup> Mit dem vergleichenden Blick ins US-amerikanische Recht auch *Schünemann*, FS Fezer, S. 555, 569 f.; *ders.*, ZIS 2009, 484, 492.

schaft wird die deutsche Praxis dementsprechend zumindest verwundert zur Kenntnis genommen.<sup>167</sup>

Der beschriebene Antagonismus zwischen Tatgericht und Beschuldigtem würde schließlich weiter verstärkt, wenn die hier unter II. vorgeschlagenen Maßnahmen umgesetzt würden. Denn mit der damit bezweckten Stärkung der Verteidigung würde diese zu einem kompetenteren Verfahrensgegner des Gerichts aufsteigen. Was das Beispiel der Widerspruchslösung betrifft, würde die Verteidigung idealerweise deutlich häufiger das Vorliegen von Beweisverwertungsverböten beanstanden und damit die, wie geschildert, bisweilen insgeheim bestehende Hoffnung des Gerichts, das Beweisverwertungsverbot werde unentdeckt bleiben, enttäuschen.<sup>168</sup> Zumindest aber wird, wie teilweise bereits befürchtet, aus anwaltlicher Vorsicht auch bei nur möglicherweise vorliegenden Beweisverwertungsverböten oder unzulässigen sachleitenden Anordnungen des Vorsitzenden ein Widerspruch bzw. eine Rüge erhoben werden, was ein konfrontatives Klima im Prozess nur verstärken würde.<sup>169</sup> Bei konsensualen Beendigungen könnte dem Gericht mit der oben vorgeschlagenen Stärkung der Teilnahme- und Informationsrechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren nunmehr ein deutlich stärkerer „Verhandlungspartner“ gegenüberreten.

## B. Überlegungen zu einer Neuorientierung des Verfahrens

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen innerhalb der überkommenen Amtsermittlungsstruktur nicht einen zu kurzen Schritt darstellen und ob die geschilderte Entwicklung nicht eher Anlass dafür gibt, eine strukturelle Gesamtreform der Hauptverhandlung – zumindest für landgerichtliche Verfahren – anzustreben.<sup>170</sup> Ziel einer solchen Reform müsste entsprechend dem Vorangegangenen sein, den beschriebenen, nunmehr verstärkten Antagonismus zwischen Tatgericht und Beschuldigtem dadurch aufzubrechen, dass dem Tatgericht eine neutralere Rolle in der Hauptverhandlung zugewiesen würde. Eine in diese Richtung weisende Strafverfahrensstruktur stand in der Strafrechtswissenschaft bereits vor Schaffung der Strafprozessordnung zur Diskussion.<sup>171</sup> Auch in

---

<sup>167</sup> Vgl. etwa *Dubber*, 49 Stan. L. Rev. 547, 560 (1997): „Not only may the defendant hesitate to rebuff an offer from the very judge who will decide her fate at trial, the judge herself may find her impartiality sorely challenged by a recalcitrant defendant.“ Siehe außerdem die vergleichende Betrachtung von *Langer*, 45 Harv. Int'l L. J. 1, 39 ff. (2004) sowie *Herrmann*, 53 U. Pitt. L. Rev. 755, 757 (1991).

<sup>168</sup> Siehe oben mit Fn. 159 und 160.

<sup>169</sup> Vgl. *Maul/Eschelbach*, StraFo 1996, 66, 69; *Ventzke*, StV 1997, 543, 547; *Tolksdorf*, FS Graßhof, S. 255, 269; *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398, 414 f.

<sup>170</sup> Vgl. *Wohlers*, NJW 2010, 2470, 2475.

<sup>171</sup> Zu entsprechenden Ansätzen im 19. Jahrhundert bereits oben Teil 2 II. C. 1.

der Bundesrepublik ist die Debatte über eine Reform des Beweisverfahrens der Hauptverhandlung nie ganz zum Erliegen gekommen. Erwogen wurden bzw. werden Vorschläge unterschiedlichster Intensität, von eher geringfügigen Veränderungen<sup>172</sup> über ein typengemischtes Verfahren<sup>173</sup> bis hin zu einem vollständigen Systemwechsel in eine adversatorische Struktur.<sup>174</sup>

Kernelement einer solchen Reform wäre, die Beweisaufnahme – jedenfalls über die Tat- bzw. Schuldfrage<sup>175</sup> – in weiten Teilen auf die Verfahrensbeteiligten zu übertragen, um das Gericht von der Aufgabe der Überführung des Beschuldigten zu entlasten. Die Benennung, Einführung und Präsentation der der Anklage zugrunde liegenden Beweismittel wäre demnach der Staatsanwaltschaft zu überantworten. Der Verteidigung wäre demgegenüber die Benennung und Präsentation ergänzender Entlastungsbeweise aufgegeben. Dies würde aber keinesfalls bedeuten, dass die Staatsanwaltschaft nicht auch weiterhin ein neutraler Beteiligter des Beweisverfahrens bleiben würde. Selbstverständlich müsste sie ihre Aufklärungsbemühungen im Ermittlungsverfahren auf alle wichtigen Umstände, gerade auch auf entlastende Umstände, richten. Auch bei ihren Beweisführungen im Hauptverfahren würde sie zur Objektivität verpflichtet bleiben.<sup>176</sup> Etwa müsste ihre Befragung von Beweispersonen auf eine objektive Stellungnahme abzielen, wie nach der jetzigen Rechtslage die Befragung durch das Tatgericht.<sup>177</sup> Überdies würde die Staatsanwaltschaft verpflichtet bleiben, relevante entlastende Beweise in den Prozess einzubringen, wenn die Verteidigung insoweit untätig bleibt.<sup>178</sup> In einer solchen Doppelrolle als Repräsentant der Anklage mit Überführungsinteresse auf der einen und als neutrales Untersuchungsorgan auf der anderen Seite läge kein grund-

---

<sup>172</sup> So etwa der sehr zurückhaltende Vorschlag zur Einführung eines Wechselverhörs bei Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Hauptverhandlung 1985, S. 7 f., 67 ff.; kritisch dazu *Herrmann*, ZStW 100 (1988), 41, 53 ff.; skeptisch auch *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 491 ff.

<sup>173</sup> *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 371 ff.; *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 58 ff.; *Schöch*, in: Schreiber (Hrsg.), Strafprozess und Reform, S. 52, 65 ff.; in diese Richtung wohl auch *Gaede*, StV 2012, 51, 59.

<sup>174</sup> So die Konzeption eines adversatorischen „Rechtsschutzverfahrens“, das in etwa der Hauptverhandlung entspricht, von *Haas*, Strafbegriff, S. 421 ff.; *Müller*, KJ 1992, 228 ff.; in diese Richtung auch *Klug*, ZRP 1999, 288, 291.

<sup>175</sup> Mit dem Vorschlag für ein Schuldinterlokut *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 62 ff.; für ein Tatinterlokut Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Hauptverhandlung 1985, S. 4 ff., 53 ff.

<sup>176</sup> Vgl. die Konzeption von *Haas*, Strafbegriff, S. 424 f.

<sup>177</sup> Vgl. *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 59.

<sup>178</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 372 ff. Vgl. auch *Haas*, Strafbegriff, S. 425, wonach der Staatsanwaltschaft auch weiterhin eine „negative Beweislast“ auferlegt sein soll. – Mit einer solchen Regelung bestünde zugleich ein gewichtiger Unterschied zum US-amerikanischen Verfahren, das die Staatsanwaltschaft nur dazu verpflichtet, entlastendes Beweismaterial dem Beschuldigten zur Verfügung zu stellen, siehe Teil 4 II. B. 2. a) und III. A. 1. b).

sätzlicher Widerspruch.<sup>179</sup> Überdies ist eine derartige Rolle nach der derzeitigen Prozessstruktur dem Tatgericht zugemutet, das – ungleich problematischer – oben-drein auch noch das Urteil fällt.<sup>180</sup>

Dem Tatgericht käme nach einer solchen Reform zunächst die Aufgabe zu, über die Zulässigkeit von Beweisen wie auch über Streitfragen der Art und Weise der Präsentation zu entscheiden. Auch könnte es in der Beweisaufnahme weitere Fragen stellen oder ergänzende Beweismittel einführen. Von herausragender Bedeutung ist aber, ob es darüber hinausgehend weiterhin verpflichtet sein sollte, den Sachverhalt – dann: ergänzend – aufzuklären und dies vom Beschuldigten in der Revision auch eingefordert werden könnte. Dem Gericht käme in diesem Fall noch immer eine gewisse Verantwortung für die Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung zu, die aber im Vergleich zum Status quo subsidiär und ggf. auch deutlich reduziert wäre. Ergebnis wäre eine spezifische typengemischte Prozessstruktur, die sich nicht eindeutig innerhalb des adversatorisch-inquisitorischen Spektrums einordnen ließe.<sup>181</sup>

Vorteil einer solchen Gestaltung wäre, dass bei „Ausfall“ eines der Beteiligten eine vollständige Sachverhaltsermittlung zusätzlich abgesichert wäre. Dies könnte sich vor allem für den Ausfall der Verteidigung hilfreich erweisen. Für sie würde die Übertragung der Beweisaufnahme auf die Beteiligten eine weiter gesteigerte Prozessverantwortung nach sich ziehen, etwa indem ihr nunmehr auch die Präsentation seiner Beweismittel obliegen würde. Mit einer nachrangigen gerichtliche Untersuchungspflicht verbliebe zu einem gewissen Teil ein Korrektiv für den Ausfall der Verteidigung; die, wie oben beschrieben teilweise als „sozialstaatlich“ bezeichnete<sup>182</sup> Schutzvorkehrung des Amtsermittlungsverfahrens würde also ein Stück weit beibehalten. Die neutrale Stellung der Staatsanwaltschaft und ihre subsidiäre Verpflichtung, auch entlastende Umstände zur Kenntnis des Gerichts zu bringen, dürfte demgegenüber ein weniger wirksames Korrektiv für den Ausfall der Verteidigung darstellen, da sich die Staatsanwaltschaft in ihren Ermittlungen zumindest eine vorläufige Meinung von der Schuld des Beschuldigten gebildet hat.<sup>183</sup>

Nachteilig an einer nachrangigen gerichtlichen Untersuchungspflicht wäre allerdings, dass dem Tatgericht weiterhin nach Anklageerhebung die Ermittlungsakten

---

<sup>179</sup> Vgl. *Herrmann*, ZStW 100 (1988), 41, 48 f. sowie *Haas*, Strafbegriff, S. 37 ff., zusammenfassend 409 f.; *ders.*, in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Vorverfahren, S. 23, 26 f. Anders aber Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, AE Hauptverhandlung 1985, S. 68.

<sup>180</sup> Vgl. bereits *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 59 f.

<sup>181</sup> In diese Richtung *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 393 ff.; *Roxin*, in: Jescheck/Lütger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform, S. 52, 58 ff.; andeutungsweise *Schröder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 195.

<sup>182</sup> Siehe oben Teil 2 II. C. 2., V.

<sup>183</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 375.

zur Verfügung zu stellen wären, da sich ansonsten ungleich weniger Ansatzpunkte für eine ergänzende Untersuchung böten.<sup>184</sup> Dies würde wiederum das Problem der beeinträchtigten Unvoreingenommenheit des Gerichts aufrechterhalten.<sup>185</sup> Eine Entschärfung könnte allerdings dadurch eintreten, dass die neuen Beteiligungsmöglichkeiten der Verteidigung im Ermittlungsverfahren möglicherweise ein differenzierteres Bild in den Akten entstehen ließen. Da die Aufklärungstätigkeit des Gerichts nur noch eine ergänzende wäre, wäre das Problem nach *Herrmann* außerdem bereits von vornherein nicht mehr derart virulent.<sup>186</sup> Demgegenüber geht allerdings *Schünemann* von einem gleichbleibenden Perseveranz-Effekt aus, der obendrein durch die reduzierte gerichtliche Aufklärungstätigkeit in der Hauptverhandlung noch verschleiert würde.<sup>187</sup> Überdies wäre es schwierig, die subsidiäre Verantwortung des Gerichts für Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit des Sachverhalts voneinander abzugrenzen.

In Abwägung der Vor- und Nachteile spricht nach der hier vertretenen Ansicht viel dafür, nur für die Dauer einer Übergangsphase an einer subsidiären, auf die Aktenkenntnis gestützten gerichtlichen Pflicht zur subsidiären Untersuchung festzuhalten.<sup>188</sup> Die Aufklärungstätigkeit des Gerichts als Korrektiv zum Ausfallrisiko der Verteidigung erscheint hilfreich, bis eine Verteidigung etabliert ist, die mit ihrer neuen, verantwortlicheren Rolle vertraut ist. Ist dies geglückt, wäre allerdings ein Wechsel hin zu einer klaren Aufgabenverteilung im Verfahren mit dem Gericht als bloßem Entscheidungsorgan vorzuziehen.

Ungleich mehr als die unter II. geschilderten Maßnahmen stünde allerdings die Verwirklichung einer solchen Reform des Beweisverfahrens in der Hauptverhandlung kaum zu überwindenden Hindernissen gegenüber. Eine Gesamtreform des Strafverfahrens in Deutschland kann an sich bereits als eine vergebliche Aufgabe bezeichnet werden.<sup>189</sup> So scheint die Amtsermittlungsstruktur, wie bereits an anderen

<sup>184</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 400.

<sup>185</sup> Siehe oben Teil 2 II. B. 3. b). – *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 487 weist überdies darauf hin, dass dann das Tatgericht noch immer nicht neutral genug wäre, um ihm für die Ablehnung von Beweisbegehren des Beschuldigten einen weiten Ermessensspielraum zuzubilligen, so dass sich die Problematik der dadurch hervorgerufenen Missbrauchsanfälligkeit weiterhin stellt. Dazu oben Teil 3 II. B. 3. b) und C. 1. b).

<sup>186</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 400 f.; *ders.*, ZStW 100 (1988), 41, 66, der überdies eine Beschränkung des dem Gericht zur Verfügung gestellten Aktenmaterials andenkt.

<sup>187</sup> *Schünemann*, GA 1978, 161, 178 f.; *ders.*, StV 2000, 159, 164.

<sup>188</sup> Vgl. *Herrmann*, Hauptverhandlung, S. 397 ff., *ders.*, ZStW 100 (1988), 41, 66; der die Bedeutung einer Übergangszeit nach einer Gesamtreform betont.

<sup>189</sup> *Rieß*, FS Schäfer, S. 156: „Die Geschichte der Strafprozeßreform seit dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozeßordnung [...] ist die Geschichte ihrer Fehlschläge.“; ähnlich *Wolter*, Strafprozeßreform, S. 10; *Satzger*, 65. DJT, Bd. I, C 17. Eingehend zu Reformbemühungen ab 1950 *Rieß*, ZIS 2009, 466, 469 ff.; *Schreiber*, in: *Schreiber* (Hrsg.), Strafprozess und Reform, S. 15 ff.; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 3 f.

Stellen der Arbeit deutlich wurde, in Praxis und Wissenschaft nach wie vor fest verwurzelt.<sup>190</sup> In diese Haltung spielt zudem eine von immensen Vorbehalten geprägte Abneigung gegenüber eher adversatorisch orientierten Verfahrenselementen hinein,<sup>191</sup> die – wie der Rechtsvergleich gezeigt hat – im Verfahren der USA durchaus auch einige berechtigte Ansatzpunkte findet. Überdies wäre ein Reformschritt in die hier beschriebene Richtung mit signifikant höheren Kosten für die dann fast flächendeckend notwendige Verteidigung verbunden. Dass diese Mittel in absehbarer Zeit nicht zur Verfügung gestellt werden dürften,<sup>192</sup> lässt umso mehr ein Festhalten am Amtsermittlungsprozess als „pragmatischer“ Alternative erwarten.

---

<sup>190</sup> Siehe oben Teil 2 V.

<sup>191</sup> Siehe oben Teil 4 II. 3. a).

<sup>192</sup> Vgl. etwa *Pawlik*, FAZ v. 3.8.2009, der im Hinblick auf die Alternative eines Parteiverfahrens mit einer flächendeckenden notwendigen Verteidigung „nebenbei“ fragt, wer das bezahlen sollte.



## Schlussbetrachtung

Die in der vorliegenden Arbeit aufgezeigte Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten stellt im Hinblick auf die Rechtsposition des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren den neuesten Entwicklungsschritt dar. Deutlich wie nie zuvor werden dabei die Konstruktionsfehler der Amtsermittlungsstruktur vor Augen geführt.

Als erste Phase in der Entwicklung der Beschuldigtenstellung im deutschen Strafverfahrensrecht seit 1950 gilt die „Stärkung der Subjektstellung des Beschuldigten“ durch den Gesetzgeber bis etwa 1965 bzw. 1970.<sup>1</sup> In diesem Zeitraum werden die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten und die Hinweis- und Belehrungspflichten erweitert, das Recht auf formelle Verteidigung und die Rechtsbehelfsmöglichkeiten ausgebaut.<sup>2</sup> Als Hintergrund wird die Anpassung des Strafverfahrens an die „Wertvorstellungen des Grundgesetzes“ angesehen.<sup>3</sup> Überdies wird diese Entwicklung als Fortsetzung des Ausbaus der Beschuldigtenrechte seit Inkrafttreten der RStPO im Jahr 1879, mit Ausnahme der Jahre 1933–1945, begriffen.<sup>4</sup>

Strukturelle Probleme des Amtsermittlungsverfahrens werden in dieser Phase (noch) nicht offenbar. Die Pflicht des Tatgerichts zur Aufklärung des Sachverhalts wird ohne Abstriche beibehalten und die Verletzung dieser Pflicht kann vom Beschuldigten im Rechtsmittelverfahren gerügt werden, so dass es weiterhin bei der gerichtlichen Verantwortung für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsermittlung bleibt. Die Folge ist allein, dass die – materielle – Verteidigung<sup>5</sup> des Beschuldigten nun noch weitergehend „gedoppelt“ ist: Neben die Untersuchung des Gerichts in entlastender Hinsicht treten die weitgehend deckungsgleichen Entlastungsmöglichkeiten des Beschuldigten selbst.<sup>6</sup> Dem Beschuldigten stehen also mehr Verteidigungsrechte zur Verfügung; auf der Kehrseite folgt aber nicht aus jedem Beteiligungsrecht auch eine entsprechende Obliegenheit. Seine

---

<sup>1</sup> Rieß, ZIS 2009, 466, 468 und 474 f.; Schünemann, ZIS 2009, 484 f.

<sup>2</sup> Eingehend Rieß, FS Reichsjustizamt, S. 373, 384 ff. sowie ders., ZIS 2009, 466, 474. Diese inhaltliche Entwicklungslinie lässt sich, unter Berücksichtigung der zeitlichen Verzögerung, auch anschaulich anhand der Forschungsthemen im monographischen Schrifttum aus dieser Zeit nachvollziehen. Siehe beispielsweise Bröll, Das rechtliche Gehör; Sandermann, Waffengleichheit; Rüping, Rechtliches Gehör.

<sup>3</sup> Rieß, FS Reichsjustizamt, S. 373, 433 f.; ders., ZIS 2009, 466, 474.

<sup>4</sup> Rieß, FS Reichsjustizamt, S. 373, 433; Schünemann, ZIS 2009, 484 f.

<sup>5</sup> Zum Unterschied zwischen materieller und formeller Verteidigung oben Teil I II. A.

<sup>6</sup> Zu dieser „Doppelung“ bereits oben Teil 2 II. B. 2. b).

Prozessverantwortung stagniert also auf dem bestehenden, vergleichsweise geringen Niveau. Die eindimensionale, gerichtszentrierte Verfahrensstruktur bleibt unverändert fortbestehen.

Die daran anschließende Phase ist bereits oben in Teil 3 II. als Ausgangslage für die verfahrensrechtlichen Neuerungen beschrieben worden. Der Beschuldigte lernt allmählich, mit seiner verbesserten Rechtsposition selbstbewusster und effektiver umzugehen. Einen großen Anteil hieran haben die zunehmende Professionalisierung und ein gewandeltes Berufsverständnis der Strafverteidigerschaft.<sup>7</sup> Die verstärkte Fähigkeit der Verteidiger, die bestehenden Rechte effektiv einzusetzen, hat zur Folge, dass der Verfahrensgang mitunter erheblich entschleunigt werden kann, bis hin zur Sabotage des Verfahrens in wenigen spektakulären Fällen.<sup>8</sup> Sinnbildlich für diese Entwicklung steht die Beschreibung eines neuen „Verteidigertypus“ durch *Hanack* seit Ende der 1970er-Jahre.<sup>9</sup>

In diesem Schritt offenbaren sich die Defizite des Amtsermittlungsverfahrens bereits deutlich. Aus seiner von geringer Prozessverantwortung geprägten Stellung heraus bestehen für den Beschuldigten nur wenige Anreize, an einem zügigen Verfahrensforgang mitzuwirken. Vielmehr kann er sich im Verfahren weitgehend zurückziehen, erst einmal das Tatgericht seine Untersuchung durchführen lassen und im Anschluss daran dabei unterlaufene Fehler im Rechtsmittelverfahren rügen. Grundsätzlich kann er sich somit die Beanstandung für den Fall eines ungünstigen Verfahrensergebnisses vorbehalten oder gar in eingeschränktem Maße dafür vorsorgen, indem er Fehler provoziert. Auch im Hinblick auf seine Mitwirkungsrechte, deren inhaltliche Bezugspunkte bereits zu einem weitgehenden Teil vom Gericht abgedeckt sind, besteht Raum, sie erst am Ende des Verfahrens einzusetzen oder sie gar zur Verfahrensverzögerung zu nutzen. Nachteile entstehen ihm daraus im Grundsatz keine.

An dieser Stelle, zeitlich in dieser Arbeit am Beginn der 1990er-Jahre festgemacht, setzt der dritte und aktuelle Entwicklungsschritt ein, der nunmehr hauptsächlich von der Rechtsprechung ausgeht. Er ist gekennzeichnet von dem Bestreben, das Verfahren angesichts der geschilderten Probleme zu beschleunigen und ressourcenschonender auszugestalten. Eine an materiellen Kriterien anknüpfende Eingrenzung der Beschuldigtenrechte muss weitgehend ausscheiden, weil dem Gericht strukturbedingt kein weiter Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Sach-

---

<sup>7</sup> Siehe oben Teil 3 II. B. 1.

<sup>8</sup> Wiederum ist dieser Entwicklungsschritt an den Forschungsthemen im monographischen Schrifttum nachvollziehbar. Dies gilt etwa für die vielfältige Befassung mit dem Beweisantragsrecht als ausgemachter Hauptursache der vom Beschuldigten ausgehenden Verfahrensverzögerung, siehe etwa *Perron*, Beweisantragsrecht; *Anders*, Beweiserhebungskontrollen; *Schatz*, Beweisantragsrecht. Auch der Status des Verteidigers wurde häufiger thematisiert, siehe etwa *Dornach*, Strafverteidiger als Mitgarant; *Jahn*, Konfliktverteidigung; *Grüner*, Mitwirkungspflichten.

<sup>9</sup> Siehe oben Teil 3 mit Fn. 39.

richtigkeit bzw. Sachwidrigkeit von Beweisführungen des Beschuldigten zugebilligt werden kann. Daher behilft sich das Verfahren damit, den Beschuldigten über verfahrensrechtliche Anreize zu beschleunigtem Verhalten im Verfahren zu verleiten. Eingeführt werden dazu vielerlei negative Anreize für Verzögerungen und Obstruktionen wie die Präklusion von Verfahrensrechten als Sanktion für die Verletzung formeller Vorschriften; im Fall der konsensualen Beendigungen werden aber auch – zumindest auf den ersten Blick – positive Anreize für zügiges Prozessieren geschaffen.

Spätestens mit diesen Neuerungen zeigt sich der ganze Konstruktionsfehler der Amtsermittlungsstruktur. Dem Beschuldigten werden im Anschluss an seine Beteiligungsrechte mehr Obliegenheiten auferlegt, um ihn dazu zu bringen, von Beginn an schneller und ressourcenschonender an der Sachverhaltsermittlung mitzuarbeiten. Dieser Schritt erscheint, sofern der Ausgangspunkt des verzögernden Verteidigungsverhaltens als Ursache für mangelhafte Verfahrenseffizienz geteilt wird, zunächst konsequent. Der Blick in das US-amerikanische Verfahren zeigt, dass insoweit ganz ähnliche Lösungsstrategien verfolgt werden. Damit geht allerdings einher, dass die Verantwortung des Tatgerichts für die Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsgrundlage reduziert wird. Zwar ist es noch immer überwiegend für Vollständigkeit und Rechtmäßigkeit der Sachverhaltsermittlung verantwortlich. Dort wo die tatgerichtliche Verantwortung nicht mehr besteht, tritt aber nunmehr als Gegenpol der Beschuldigte in Erscheinung, auf den diese Verantwortung übergegangen ist. Dadurch wandelt sich die eindimensionale Struktur des Amtsermittlungsverfahrens mehr und mehr zu einer „unvollständig zweipoligen“ Struktur – allerdings steht dem Beschuldigten, wie in Teil 5 III. geschildert, mit dem Gericht zugleich das Entscheidungsorgan gegenüber.<sup>10</sup>

Es führt also ein Problem zum anderen: Einerseits muss das Amtsermittlungsverfahren den Beschuldigten mit hinreichenden Beteiligungsrechten ausstatten, kann die sachwidrige Nutzung aber nur beschränkt unterbinden. Es verbleibt, dem Beschuldigten über formelle Kriterien und der Sanktionierung ihrer Missachtung mehr Prozessverantwortung zuzuschreiben und das Tatgericht insoweit zu entlasten. Dies hat aber zur Folge, dass der strukturell angelegte Antagonismus zwischen Tatgericht und Verteidigung zu einer „unvollständig zweipoligen“ Verfahrensstruktur anwächst. Insgesamt zeigt sich, dass die Amtsermittlungsstruktur bei dem Versuch, ein Kompromissmodell mit inquisitorischem Gericht und adäquater Beschuldigtenstellung zu schaffen, an immanente Grenzen stößt.<sup>11</sup>

Der konsequenteste Ausweg wäre die Umstellung auf ein *echtes* zweipoliges, also ein adversatorisch orientiertes Verfahren, das mit diesen Problemen von vorn-

---

<sup>10</sup> Vgl. *Gaede*, StV 2012, 51, 52 f., dem zufolge das Verfahren stärker in eine parteiprossessuale Richtung geht.

<sup>11</sup> Zur Kritik des Amtsermittlungsverfahrens als eine untaugliche Kompromisslösung im 19. Jahrhundert bereits oben Teil 2 II. C.

herein nicht konfrontiert ist. Bereits im Anschluss an das zunehmend diagnostizierte verzögernde bzw. missbräuchliche Verteidigungsverhalten, hier als zweiter Entwicklungsschritt beschrieben, hatte *Perron* diese Möglichkeit diskutiert, zugleich aber auch konstatiert, dass der „Leidensdruck“ der Akteure des Verfahrens nicht groß genug sein dürfte, um die Widerstände gegen eine solche Umgestaltung zu überwinden.<sup>12</sup> In der jetzigen Situation dürfte sich an dieser Einschätzung nichts geändert haben. Überdies wäre aber auch zu fragen, ob dieser Schritt wirklich ratsam ist. Denn rechtspolitisch dürfte kaum zu erwarten sein, dass die für eine solche Umstellung notwendigen Mittel, insbesondere für den notwendigen Ausbau der formellen Verteidigung, zur Verfügung gestellt würden. Realistisch betrachtet spricht daher einiges für eine Beibehaltung des in dieser Hinsicht „pragmatischeren“ Amtsermittlungsverfahrens, auch wenn dieses mit den beschriebenen Konstruktionsfehlern belastet ist.<sup>13</sup>

Als eher ernüchterndes Ergebnis dieser Arbeit verbleibt daher allein, die geschilderte Entwicklung strukturimmanent mit den unter Teil 5 II. vorgeschlagenen Mechanismen auszugleichen, um die gestiegene Prozessverantwortung für den Beschuldigten ein Stück weit handhabbarer zu machen. Damit die Verfahrensstruktur aufgrund solcher Maßnahmen nicht noch weiter in Richtung einer zweipoligen Anordnung mit dem Gericht auf die eine Seite kippt, wäre zugleich dafür zu sorgen, dass die Steigerung der Prozessverantwortung des Beschuldigten ihr Ende findet, und weitere ausbalancierende Maßnahmen nicht nötig würden.

---

<sup>12</sup> *Perron*, Beweisanztragsrecht, S. 485 ff., 503 f.

<sup>13</sup> Vgl. bereits *Gaede*, StV 2012, 51, 59. Zum Amtsermittlungsverfahren als eher „pragmatische“ als sozialstaatliche Verfahrensstruktur bereits oben Teil 4 V.

## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans* (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozeßordnung. Bd. 2/1: §§ 94–212 b. Neuwied 1992.
- Kommentar zur Strafprozeßordnung. Bd. 3: §§ 276–477. Neuwied 1996.
- Adamson, Terry/Caldwell, H. Mitchell*, Criminal Pretrial Advocacy. Lake Mary, Fla. 2013.
- Ahmed, Adam*, Praxisprobleme beim Pflichtverteidiger. StV 2015, 65–72.
- Alsberg, Max* (Begr.), Der Beweisanspruch im Strafprozess. 6. Aufl. Köln 2013.
- Alschuler, Albert W.*, Courtroom Misconduct by Prosecutors and Trial Judges. 50 Tex. L. Rev. (1971–1972), 629.
- Altenhain, Karsten/Dietmeier, Frank/May, Markus*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren. Baden-Baden 2013.
- Altenhain, Karsten/Hagemeier, Ina/Haimerl, Michael*, Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse. NSTZ 2007, 71–79.
- Altenhain, Karsten/Hagemeier, Ina/Haimerl, Michael/Stammen, Karl-Heinz*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren. Baden-Baden 2007.
- Altenhain, Karsten/Haimerl, Michael*, Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren – eine verweigerter Reform. JZ 2010, 327–337.
- Ambos, Kai*, International Criminal Procedure: „Adversarial“, „Inquisitorial“ or Mixed? In: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Berlin 2004, S. 43–62.
- Zum heutigen Verständnis von Akkusationsprinzip und -verfahren aus historischer Sicht. Jura 2008, 586–594.
  - Die Präparierung von Zeugen aus völkerstrafprozessualer und rechtsvergleichender Sicht. In: Winfried Hassemer/Eberhard Kempf/Sergio Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag. München 2009, S. 1–18.
- Amelung, Knut*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote. Berlin 1990.
- American Bar Association Standing Committee on Legal Aid and Indigent Defendants, Gideon’s Broken Promise. America’s Continuing Quest for Equal Justice, 2004.
- Amodio, Ennio*, The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy. In: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Berlin 2004, S. 23–34.
- Anders, Ralf Peter*, Beweiserhebungskontrollen des Tatgerichts und Autonomie der Verteidigung durch Präsentation von Entlastungsbeweisen in der Hauptverhandlung des Strafprozesses. Berlin 1998.

- Anderson, James M./Heaton, Paul*, How Much Difference Does the Lawyer Make? The Effect of Defense Counsel on Murder Case Outcomes. 122 Yale L. J. (2012), 154–217.
- Appel, Ivo*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Straffens. Berlin 1998.
- Arbeitskreis Deutscher und Schweizerischer Strafrechtslehrer, Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung. Tübingen 1985.
- Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München 2001.
- Arbeitskreis Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Strafrechtslehrer, Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme. GA 2014, 1–72.
- Arnold, Jörg*, Verteidigung in grenzüberschreitenden Strafverfahren in Europa. StV 2015, 588–597.
- Arnoldi, Olaf*, Rügepflicht bei Annahme nicht bestehender Verlobung. StRR 2010, 261–263.
- Artkämper, Heiko*, Kommunikation, Schulterschlusseffekt, bestätigende Informationsverarbeitung. StRR 2012, 339–343.
- Atkinson, Matthew R.*, Discovery Sanctions Against the Criminal Defendant: Preclusion, Judicial Discretion and Truth-Seeking. 14 Pace L. Rev. (1994), 597–631.
- Augustin, Christian Georg*, Das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung. Baden-Baden 2013.
- Bachmaier Winter, Lorena*, Grundzüge des Vorverfahrens des Strafprozesses der USA. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Frankfurt am Main 2012, S. 39–57.
- Bäcker, Matthias*, Rechtsschutz gegen gerichtliche Verfahrensfehler als grundrechtliches Gebot – Ein Beitrag zur „weichen“ Europäisierung des Grundgesetzes. In: Nele Matz-Lück/Mathias Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen. Heidelberg 2012, S. 339–392.
- Backus, Mary Sue/Marcus, Paul*, The Right to Counsel in Criminal Cases, A National Crisis. 57 Hastings L. J. (2009), 1031–1130.
- Bailey, F. Lee/Fishman, Kenneth J.*, Criminal Trial Techniques. Loseblattsammlung 2015.
- Barkow, Rachel E.*, Separation of Powers and the Criminal Law. 58 Stan. L. Rev. (2006), 989.
- Bartel, Louisa*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung. Versuch einer Legitimation. Tübingen 2014.
- Barth, Holger*, Das Beweisantragsrecht zwischen verfassungsrechtlichem Anspruch und Reformforderungen auf ungesicherter empirischer Grundlage. ZStW 108 (1995), 155–166.
- Landesbericht Frankreich. In: Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Freiburg im Breisgau 1995, S. 89–148.

- Barton, Stephan*, Mindeststandards der Strafverteidigung. Die strafprozessuale Fremdkontrolle der Verteidigung und weitere Aspekte der Gewährleistung von Verteidigungsqualität. Baden-Baden 1994.
- Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen. Eine empirische Untersuchung der Rechtspraxis. Neuwied 1999.
  - Einführung in die Strafverteidigung. 2. Aufl. München 2013.
  - Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 24.03.2016 – 2 StR 319/15, StV 2016, 475–478.
- Basdorf, Clemens*, Änderungen des Beweisantragsrechts und der Revision, StV 1995, 310–320.
- Formelle und informelle Präklusion im Strafverfahren. StV 1997, 488–493.
  - Elemente des Beweisantrags. In: Heinz Schöch (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag. Köln 2008, S. 51–62.
  - Der Verteidiger als Garant der Einhaltung von strafprozessualen Verfahrensregeln? StV 2010, 414–417.
  - Was darf das Revisionsgericht? NStZ 2013, 186–188.
- Bauer, Wolfram*, Der strafprozessuale Formularprozeß. StV 1999, 622–625.
- Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 27.1.2009 - 4 StR 296/08, StV 2010, 120–121.
  - Die „Angriffsrichtung“ des Widerspruchs, StV 2010, 635–637.
  - Die Präklusion von Verfahrensrügen und des Widerspruchs im Zusammenhang mit § 238 II StPO. NStZ 2012, 191–193.
- Baxter, Heather*, Gideon’s Ghost: Providing the Sixth Amendment Right to Counsel in Times of Budgetary Crisis. Mich. St. L. Rev. (2010), 341–389.
- Bayertz, Kurt*, Verantwortung. In: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie. Hamburg 2010, S. 2860–2863.
- Bazelon, David L.*, The Realities of Gideon and Argersinger. 64 Geo. L. J. (1975), 811–838.
- Beckemper, Katharina*, Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten. Berlin 2002.
- Becker, Jörg-Peter*, Verwertungsverbot und Widerspruchslösung. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages. Band II: Sitzungsberichte. München 2008.
- Becker, Nicolas*, Kein Gebetbuch. HRRS 2009, 383–385.
- Beling, Ernst von*, Anmerkung zu RG 2 D 807/23, Urt. v. 12.11.1923. JW 1924, 909–910.
- Bernsmann, Klaus*, Verwertungsverbot bei fehlender und mangelhafter Belehrung. StraFo 1998, 73–78.
- Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafverfahren, StraFo 1999, 226–230.
  - „Aufstieg und Fall“ der professionellen Verteidigung – eine Skizze. StV 2006, 342–347.
- Baulke, Werner*, Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtstellung. Frankfurt am Main 1980.

- Beulke, Werner*, Missbrauch von Verteidigerrechten – eine kritische Würdigung der jüngsten Rechtsprechung. In: Martin Böse/Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag. Berlin 2009, S. 543–564.
- Rechtsmißbrauch im Strafprozeß – Eine Erwiderung auf Pfister, StV 2009, 554–557.
  - Strafprozessrecht. 12. Aufl. Heidelberg 2012.
  - § 153a StPO im Wirtschaftsstrafrecht: abschaffen oder besser machen? In: Jan Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg. München 2015, S. 33–50.
- Beulke, Werner/Ruhmannseder, Felix*, Beweisantrag in Prozessverschleppungsabsicht. NSTZ 2008, 300–302.
- Beulke, Werner/Stoffer, Hannah*, Bewährung für den Deal? JZ 2013, 662–376.
- Beulke, Werner/Witzigmann, Tobias*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 10.6.2008 - 5 StR 38/08, StV 2009, 58–62.
- Bibas, Stephanos*, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial. 117 Harv. L. Rev. (2004), 2463.
- Comment: Incompetent Plea Bargaining and Extrajudicial Reforms. 126 Harv. L. Rev. (2012), 150.
- Bickel, Johannes*, Das förmliche Geständnis im US-amerikanischen Strafprozeß als Beispiel der Verfahrenserledigung. Berlin 2001.
- Billis, Emmanouil*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren. Berlin 2015.
- Binding, Karl*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. München 1915.
- Bischoff, Georg*, Der Zwischenrechtsbehelf des § 238 II StPO im Spiegel von Rechtsprechung und Literatur: Beanstandungsrecht oder Beanstandungspflicht? NSTZ 2010, 77–81.
- Bittmann, Folker*, Das Eckpunktepapier zur Reform des Strafverfahrens. ZRP 2001, 441.
- Bittmann, Folker/Molkenbur, Josef*, Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigen. wistra 2009, 373–379.
- Blume, John H./Johnson, Sheri Lynn/Paavola, Emily C.*, Every Juror Wants a Story: Narrative Relevance, Third Party Guilt and the Right to Present a Defense. 44 Am. Crim. L. Rev. (2007), 1069–1113.
- Bockemühl, Jan*, Eigene Erhebungen des Strafverteidigers – Ein praktischer Leitfaden. In: Christian Fahl (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2015, S. 647–654.
- Früher war alles besser – ein Plädoyer für die audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung. In: Jan Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg. München 2015, S. 51–63.
- Bockemühl, Jan* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht. 6. Aufl. Köln 2015.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. Münster 2001.
- Bohlander, Michael*, Verletzung der Belehrungspflicht durch Polizei, NSTZ 1992, 504.



- Bohlander, Michael*, Die sogenannte „Widerspruchslösung“ des BGH und die Verantwortung des Strafverteidigers - Ansatz zu einem Revisionsgrund der „ineffective assistance of counsel“ im deutschen Strafprozeß? StV 1999, 562–567.
- Principles of German criminal procedure. Oxford 2012.
- Laienbeteiligung und adversarisches Verfahrensmodell – A match made in Heaven? In: Friedrich-Christian Schroeder/Tina de Vries (Hrsg.), Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine. Frankfurt 2015, S. 167–177.
- Bohnert, Joachim*, Die Behandlung des Verzichts im Strafprozeß. NStZ 1983, 344–350.
- Börner, René*, Legitimation durch Strafverfahren. Die normative Kraft des Misstrauens. Berlin 2014.
- Die Fristsetzung für Beweisanträge gem. § 244 Abs. 6 E-StPO, StV 2016, 681–687.
- Bottke, Wilfried*, Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat. Berlin 1991.
- Bowman, Mary Nicol*, Mitigating Fould Blows. 49 Ga. L. Rev. (2014–2015), 309–382.
- Breidling, Ottmar*, Stellungnahme zu dem Beitrag von Rechtsanwalt Prof. Gatzweiler „Feindbild Strafverteidiger – Wer sucht den Konflikt in der Hauptverhandlung?“ StraFo 2010, 398–400.
- Bright, Stephen B.*, Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer. 103 Yale L. J. (1993), 1835–1883.
- Gideon’s Reality: After Four Decades, Where Are We? 18 Crim. Just. (2003–2004), 5–12.
- Bright, Stephen B./Sanneh, Sia M.*, Fifty Years of Defiance and Resistance After Gideon v. Wainwright. 122 Yale L. J. (2012–2013), 2150–2174.
- Brodowski, Dominik*, Die verfassungsrechtliche Legitimation des US-amerikanischen „plea bargaining“ – Lehren für Verfahrensabsprachen nach § 257c StPO? ZStW 124 (2012), 733–777.
- Bröll, Helmut*, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Einflüsse. München 1964.
- Brüning, Janique*, Die Einstellung nach § 153a StPO. ZIS 2015, 586–592.
- Brüssow, Rainer/Gatzweiler, Norbert/Krekeler, Wilhelm/Mehle, Volkmar*, Strafverteidigung in der Praxis. 4. Aufl. Bonn 2007.
- Bubrowski, Helene*, Ein bisschen schuldig. FAZ v. 5.3.2015.
- Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens. 2015.
- Bundesrechtsanwaltskammer, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik. 2010.
- Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu den Verfassungsbeschwerden des Herrn R. (2 BvR 2155/11), des Herrn S. (2 BvR 2628/10) und der Herren Sch. und G. (2 BvR 2883/10) mittelbar gegen § 257c StPO. August 2012.

- Bundesregierung, Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens. Beschluß der Bundesregierung – Stand: 6.4.2001. StV 2011, 314–317.
- Bürger, Sebastian*, Unmittelbarkeitsgrundsatz und kontradiktorische Beweisaufnahme. ZStW 128 (2016), 518–546.
- Burhoff, Detlef*, Verteidigerfehler in der Tatsachen- und Revisionsinstanz. StV 1997, 432–439.
- Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung. 7. Aufl. Köln 2013.
  - RVG Straf- und Bußgeldsachen. 4. Aufl. Bonn 2014.
- Burkoff, John M./Burkoff, Nancy M.*, Ineffective assistance of counsel. St Paul, Minn. 2002.
- Calabresi, Guido*, The Exclusionary Rule. 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y (2003), 111–118.
- Carlson, Ronald L.*, Criminal Law Advocacy. New York 1998.
- Cary, Robert M./Singer, Craig D./Latcovich, Simon A.*, Federal Criminal Discovery. Chicago 2011.
- Caspari, Stefan*, Deal or no Deal – ohne größere Veränderungen wird es nicht gehen. DRiZ 2013, 6–9.
- StPO-Reform: Ein neuer Anlauf ist nötig! DRiZ 2014, 82–83.
- Cirener, Gabriele*, Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rechtsprechung des BGH. NSTZ-RR 2011, 134–138.
- Cissell, James C.*, Federal Criminal Trials. 8th ed. New Providence, NJ 2013.
- Dahs, Hans*, Die Revisionsbegründung – Puzzle oder Glücksspiel? StraFo 1995, 41–45.
- Das Schweigen des Verteidigers zu tatrichterlichen Verfahrensfehlern und die Revision. NSTZ 2007, 241–247.
- Dahs, Hans/Müssig, Bernd*, Die Revision im Strafprozess. Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz. 8. Aufl. München 2015.
- Dahs, Hans/Rettenmaier, Felix*, Handbuch des Strafverteidigers. 8. Aufl. Köln 2015.
- Damaška, Mirjan R.*, Evidentiary Barriers to Conviction and two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. 121 U. Pa. L. Rev. (1972), 506–589.
- Strukturmodelle der Staatsgewalt und ihre Bedeutung für das Strafverfahren. ZStW 87 (1975), 713–741.
  - The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process. New Haven 1986.
  - Adversary System. In: Joshua Dressler (Hrsg.), Encyclopedia of crime & justice. New York 2002, S. 25–30.
- Deiters, Mark*, Aufklärungspflicht und Verständigung. GA 2014, 701–714.
- Dengler, Christoph Clemens*, Die richterliche Kontrolle der Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Eine rechtsvergleichende Analyse anhand des US-amerikanischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Rechts Kaliforniens. Frankfurt am Main 2003.

- Denninger, Erhard*, § 193: Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, Hamburg 2011, S. 621–663.
- Dershowitz, Alan M.*, *Reasonable doubts. The O. J. Simpson case and the criminal justice system*. New York 1996.
- *The Best Defense*. New York 1983.
- Deutscher Anwaltverein, *Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zur Reform der Strafjustiz*. AnwBl. 2001, 30–47.
- Dölling, Dieter/Feltes, Thomas/Dittmann, Jörg/Laue, Christian/Törnig, Ulla*, *Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten. Eine empirische Analyse zur Rechtswirklichkeit von Strafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*. Köln 2000.
- Dornach, Markus*, *Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens*. Berlin 1994.
- *Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als „Organ der Rechtspflege“ Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?* NSTZ 1995, 57–63.
- Dreier, Horst*, *Grundgesetz Kommentar*. Bd. 1: Präambel, Art. 1–19. 3. Aufl. Tübingen 2006.
- Dubber, Markus D.*, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*. München 2005.
- *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*. 49 *Stan. L. Rev.* (1997), 547–605.
- Dudel, Bernd*, *Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverböten*. Baden-Baden, München 1999.
- Duttge, Gunnar*, *Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht*. ZStW 115 (2003), 539–569.
- *Die Urteilsabsprachen als Signum einer rechtlichen Steuerungskrise*. In: Roland Hefendehl/Tatjana Hörnle/Luis Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1.11.2014*. Berlin 2014, S. 875–890.
- Duttge, Gunnar/Neumann, Stephanie*, „Wir übernehmen jeden Fall!“ HRRS 2010, 34–38.
- Ebert, Andreas*, *Anrufung des Gerichts auch bei Strafrichter*. NSTZ 1997, 565–566.
- Eckstein, Ken*, *Inquisitorischer und adversatorischer Prozess und das Fair-Trial-Prinzip*. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), *Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts*. Frankfurt am Main 2014, S. 219–229.
- Editorial Board, *Justice Gone Wrong in New Orleans*. NYT v. 20.10.2015.
- Eidam, Lutz*, *Anmerkung zu BGH 1. Strafsenat, 23.9.2008, Az: 1 StR 484/08*. JZ 2009, 318–320.
- Eisenberg, Ulrich*, *Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar*. 9. Aufl. München 2015.
- El-Ghazi, Mohamad*, *Die Anforderungen an die Begründung einer Verfahrensrüge – oder: „die den Mangel enthaltenden Tatsachen“*. ZStW 125 (2014), 862–882.

- El-Ghazi, Mohamad*, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrügen in der strafprozessualen Revision. Tübingen 2014.
- El-Ghazi, Mohamad/Merold, Andreas*, Der Widerspruch zur rechten Zeit, HRRS 2013, 412.
- Enders, Christoph*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge. In: Peter M. Huber/Christoph Enders (Hrsg.), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6.–9.10.2004. Berlin 2005, S. 7–52.
- Engelhart, Marc*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. Aufl. Berlin 2012.
- Engisch, Karl*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung. 2. Aufl. Heidelberg 1960.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian/Axer, Peter*, Grundgesetz. 2. Aufl. München 2013.
- Erb, Volker*, Zur „Legitimation“ von Fehlverurteilungsrisiken. In: Ernst-Walter Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4.6.2002. Berlin 2002, S. 77–92.
- Erhard, Christopher*, Sind aus Sicht der Praxis nach dem Verständigungsurteil des BVerfG Reformen des Strafprozesses erforderlich? StV 2013, 655–660.
- Erker, Martin*, Das Beanstandungsrecht gemäß § 238 II StPO. Berlin 1988.
- Eschelbach, Ralf*, Effizienz durch Verständigung im Strafverfahren - die Kraft des Faktischen. In: Boris P. Paal/Dörte Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung. Baden-Baden 2015, S. 37–60.
- Eschelbach, Ralf/Geipel, Andreas/Weiler, Edgar*, Anhörungsrügen. StV 2010, 325–332.
- Eschen, Klaus*, Noch einmal: § 1 BRAO – Bedeutung des Begriffes „Organ der Rechtspflege“, StV 1981, 365–370.
- Eser, Albin*, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland. In: Albin Eser (Hrsg.), Deutsch-ungarisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Baden-Baden 1990, S. 147–167.
- Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens? ZStW 104 (1992), 361–397.
  - Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Berlin 1998, S. 1499–1529.
  - Vorzugswürdigkeit des adversatorischen Prozesssystems in der internationalen Strafjustiz? Reflektionen eines Richters. In: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23.4.2007. Baden-Baden 2007, S. 167–187.
  - Reflexionen zum Prozesssystem und Verfahrensrecht internationaler Strafgerichtsbarkeit. In: Ulrich Sieber (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln 2008, S. 1453–1472.
  - Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle: Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Die

- strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main 2014, S. 11–29.
- Etzel, Jochen*, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht. Freiburg im Breisgau 1993.
- Fahl, Christian*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß. Heidelberg 2004.
- Falk, Johanna*, Freiheit als politisches Ziel. Grundmodelle liberalen Denkens bei Kant, Hayek und Böckenförde. Frankfurt am Main 2012.
- Feigen, Hanns W.*, Neue Risiken für die Rechte des Beschuldigten. In: Jürgen Wolter/Hanns W. Feigen (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolph. Neuwied 1995, S. 161–171.
- Ferber, Sabine*, Kommentar zu BGH, Beschl. v. 24.3.2014 - 5 StR 2/14. NStZ 2014, 354–355.
- Fezer, Gerhard*, Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? Inhaltsanalyse eines Jahrgangs unveröffentlichter Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Tübingen 1974.
- Vereinfachte Verfahren im Strafprozeß. ZStW 106 (1994), 1–59.
  - Fortwirkungen des Einsatzes verbotener Vernehmungsmethoden, Anforderungen an Revisionsbegründung. StV 1997, 57–59.
  - Pragmatismus und Formalismus in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung. In: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999. Berlin 1999, S. 331–353.
  - Die „Herabstufung“ eines Beweisantrags in der Revisionsinstanz. In: Albin Eser/Jürgen Goydke (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag. München 2001, S. 629–643.
  - Zum „Missbrauch“ des Beweisantragsrechts in einem Extremfall. In: Bernd Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. Bielefeld 2004, S. 475–484.
  - Anmerkung. JZ 2006, 474–476.
  - Verschärfung des Konnexitätserfordernisses. HRRS 2008, 457–459.
  - Gesetzeswidrige Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen. HRRS 2009, 17–19.
  - Anforderungen an die Begründung revisionsgerichtlicher Entscheidungen. HRRS 2010, 281–288.
  - Inquisitionsprozess ohne Ende? NStZ 2010, 177–185.
  - Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand. HRRS 2013, 117–119.
- Findley, Keith A.*, Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for the Truth. 56 N.Y.L. Sch. L. Rev. (2011–2012), 911–941.
- Finegan, Sharon*, Pro se criminal trials and the merging of inquisitorial and adversarial systems of justice. 58 Cath. U. L. Rev. (2008–2009), 445–499.
- Fischer, Thomas*, Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem? StraFo 2009, 177–188.

- Fischer, Thomas*, Perspektiven der Strafverteidigung – aus Richtersicht. In: Alexander Ignor/Gerhard Strate/Ali B. Norouzi (Hrsg.), HRRS-Gedächtnisgabe für Günter Widmaier. Beiträge auf der Gedenkveranstaltung für Gunter Widmaier am 28. September 2013 in Berlin. Hamburg 2014, S. 101–127.
- Der Verteidiger und seine Pflicht. Zeit Online v. 5.1.2016.
- Flowers, Roberta K.*, A Code of Their Own: Updating the Ethics Codes to Include the Non-Adversarial Roles of Federal Prosecutors. 37 B.C. L. Rev. (1995–1996), 923–974.
- Föhrig, Friedrich-Karl*, Kleines Strafrichter-Brevier oder: der überlastete Strafrichter? Wegweiser zur zügigen Urteilsfindung. 2. Aufl. München 2013.
- Frase, Richard S.*, The Search for the Whole Truth About American and European Criminal Justice. 3 Buff. Crim. L. Rev. (1999–2000), 785–849.
- National Report United States of America. In: Thomas Weigend/Susanne Walther/Barbara Grunewald (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen. Denkanstöße aus sieben Rechtsordnungen. Berlin 2010, S. 297–321.
- Freund, Georg*, Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“. Heidelberg, Mannheim 1987.
- Stellungnahme zum Vorentwurf eines 2. Rechtspflegeentlastungsgesetzes. ZRP 1995, 268–272.
- Friedman, Richard D.*, Crawford, Davis, and way beyond. 15 J.L. & Pol’y (2007), 553–586.
- The Confrontation Right Across the Systemic Divide. In: John D. Jackson/Máximo Langer/Peter Tillers (Hrsg.), Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška. Portland, Or. 2008, S. 261–271.
- Frisch, Wolfgang*, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion. In: Klaus Geppert/Diether Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer. Berlin 1990, S. 533–566.
- Die Erweiterung des Sachentscheidungsrechts der Revisionsgerichte. StV 2006, 431–442.
  - Wandel der Revision als Ausdruck geistigen und gesellschaftlichen Wandels. In: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 28.10.2008. Berlin 2009, S. 353–392.
  - Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. NStZ 2013, 249–256.
- Führ, Martin*, Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat. Berlin 2003.
- Gaede, Karsten*, Fairness als Teilhabe. Berlin 2007.
- Schlechtverteidigung – Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung? HRRS 2007, 402–414.
  - Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? In: Karsten Gaede/Frank Meyer/Stephan Schlegel (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag 2008, S. 21–51.
  - Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 23.9.2008 - 1 StR 484/08, NJW 2009, 608.
  - Rechtsmissbrauchsvorsorge durch präkludierende Fristsetzungen im strafprozessualen Beweisantragsrecht. BLJ 2009, 107–112.

- Vorbeugende Rügepräklusionen gegen vermuteten Revisionsmissbrauch. *wistra* 2010, 210–216.
- Parteirechte der Verteidigung im deutschen Inquisitionsprozess – das Beispiel des Vernehmungsgesetz- und Fragerechts. *StV* 2012, 51–59.
- Gardner, Thomas J./Anderson, Terry M.*, *Criminal Evidence. Principles and cases*. 8th ed. Belmont, Cal. 2013.
- Gatzweiler, Norbert*, Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung. *StraFo* 2001, 187–192.
- Feindbild Strafverteidiger! – Wer sucht den Konflikt in der Hauptverhandlung? *StraFo* 2010, 397.
- Geipel, Andreas*, Der überlegene Zivilprozess und die bedeutungslose Tatsache. *ZAP Fach* 13 (2012), 1777–1794.
- *Handbuch der Beweiswürdigung*. 2. Aufl. Köln 2013.
- Geisler, Markus*, Die Ausgestaltung des Anklageprinzips nach amerikanischem Strafverfahrens- und Verfassungsrecht. Berlin 1998.
- Gerdemann, Anna*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten. Baden-Baden 2010.
- Gershman, Bennett L.*, The new prosecutors. 53 *U. Pitt. L. Rev.* (1992), 393–458.
- The Prosecutor’s Duty To Truth. 14 *Geo. J. Legal Ethics* (2000–2001), 309–354.
- *Prosecutorial misconduct*. 2nd ed. Eagan, Minn. 2007–2008.
- „Hard Strikes and Foul Blows“: *Berger v. United States 75 Years After*. 42 *Loy. U. Chi. L.J.* (2010–2011), 177.
- Gianelli, Paul C.*, The Right to Defense Experts, 18 *Crim. Just.* (2003–2004), 15–21.
- Glendon, Mary Ann/Wright-Carozza, Paolo/Picker, Colin B.*, *Comparative legal traditions*. 3rd ed. St. Paul, Minn. 2007.
- Globke, Christina*, Die Verständigung im Strafprozess nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder „Da stelle mer uns mal janz dumm...“, *JR* 2014, 9–25.
- Goldschmidt, James*, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. 2., neugedruckte Aufl. Aalen 1986.
- Gössel, Karl Heinz*, Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? In: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages*. Band I: Gutachten. München 1994, S. C1–94.
- Der falsche Weg zum richtigen Ziel? *JR* 1995, 364–366.
- Über den unaufhebbaren Gegensatz zwischen Wahrheitsermittlungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und verfahrensverkürzenden Abreden (§ 257c StPO) im Strafprozess. In: *Christian Fahl* (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. Heidelberg 2015, S. 737–745.

- Graalmann-Scheerer, Kirsten*, Der Beschuldigte ohne Verteidiger. In: Johannes Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren. Heimsheim 2011, S. 29–39.
- Zur Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung. StV 2011, 696–700.
- Graf, Jürgen Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung. Edition 13 München 2012.
- Graf, Jürgen Peter/Bartel, Louisa*, Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) und Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen (MiStra). München 2015.
- Grande, Elisabetta*, Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. 48 Am. J. Comp. L. (2000), 227.
- Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. In: John D. Jackson/Máximo Langer/Peter Tillers (Hrsg.), Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška. Portland, Or. 2008, S. 145–164.
- Greco, Luís*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht. Berlin 2015.
- „Fortgeleiteter Schmerz“ – Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur. GA 2016, 1–15.
- Green, Bruce A.*, Prosecutorial Ethics as Usual. 2003 U. Ill. L. Rev. (2003), 1573–1604.
- Groß-Bölting, Andrea*, Was darf das Revisionsgericht? HRRS 2013, 228–230.
- Grüner, Gerhard*, Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß. Berlin 2000.
- Guggenheim, Martin*, The People's right to a Well-Funded Indigent Defender System. 36 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change (2012), 395–464.
- Güntge, Georg-Friedrich*, Die Pflicht des Revisionsführers zur Darlegung rügegefährdender Tatsachen und Thematisierung von Ausnahmetatbeständen bei Erhebung der Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). JR 2005, 496–499.
- Günther, Klaus*, Aufgaben- und Zurechnungsverantwortung. In: Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips. Frankfurt am Main 2006, S. 295–329.
- Guntzel, Jeff Severns*, Minnesota's public defender shortage: „We are fast becoming the courts of McJustice“. MinnPost v. 13.10.2010.
- Haas, Volker*, Strafbegriff, Staatsverhältnis und Prozessstruktur. Zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren. Tübingen 2008.
- Überblick über die Typen des Strafprozesses. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Frankfurt am Main 2012, S. 23–29.



- Häberle, Peter*, § 22: Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg 2004.
- Habetha, Jörg*, Übergehen „unwahrscheinlicher“ Beweisanträge ohne Ablehnungsgrund. *StV* 2011, 239–245.
- Zwischen Rechtsbehelf und Rechtsverlust im Strafverfahren. Beanstandung rechtswidriger Verhandlungsleitung nach § STPO § 238 STPO § 238 Absatz II StPO. *NJW* 2016, 3628–3632.
- Habetha, Jörg/Trüg, Gerson*, Erosion des Beweisantragsrechts. *GA* 2009, 406–428.
- Häcker, Robert/Schwarz, Volker/Treuer, Wolf-Dieter*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubhaftigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre*. 4. Aufl. München 2014.
- Haller, Klaus/Conzen, Klaus*, *Das Strafverfahren. Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen*. 7. Aufl. Heidelberg, Hamburg 2014.
- Hall, John Wesley Jr.*, *Professional Responsibility of the Criminal Lawyer*. 2nd ed. Deerfield 1996.
- Hamm, Rainer*, Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß. *NJW* 1993, 289–297.
- Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern – Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverboten. *NJW* 1996, 2185–2190.
- Verkümmern der Form durch Große Senate oder: Die Pilatusfrage zum Hauptverhandlungsprotokoll. *NJW* 2007, 3166–3171.
- Der Verteidiger als Garant der Einhaltung von strafprozessualen Verfahrensregeln? *StV* 2010, 418–422.
- Wie kann das Strafverfahren jenseits der Verständigung künftig praxisgerechter gestaltet werden – sind Reformen des Strafprozesses erforderlich? *StV* 2013, 652–655.
- Hamm, Rainer/Hassemer, Winfried/Pauly, Jürgen*, *Beweisantragsrecht*. 2. Aufl. Heidelberg 2007.
- Hamm, Rainer/Sarstedt, Werner*, *Die Revision in Strafsachen*. 7. Aufl. Berlin 2010.
- Hammerstein, Gerhard*, Verteidigung mit dem letzten Wort. In: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24.8.1989*. Berlin 1989, S. 485–493.
- Hanack, Ernst-Walter*, Rechtliches Gehör, Vollstreckbarkeit und Verhaftung beim Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung. *JZ* 1966, 43–52.
- Aktuelle Probleme der Strafverteidigung in der Bundesrepublik Deutschland. *ZStR* 1977, 299–326.
- Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren? *StV* 1987, 500–504.
- Hannich, Rolf*, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*. 7. Aufl. München 2013.
- Hannover, Heinrich*, Ein leidiges Thema: Pauschvergütung in Großverfahren, *StV* 1981, 487–499.

- Havard Law Review Association, Anmerkung, Gideon's Promise Unfulfilled: The Need for Litigated Reform of Indigent Defense. 113 Harv. L. Rev. (2000), 2062–2079.
- Hassemer, Winfried*, Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff? StV 1982, 275.
- Über den Mißbrauch von Rechten. In: Albin Eser/Jürgen Goydke (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag. München 2001, S. 127–143.
- Die Anwaltschaft und die Freiheit. AnwBl 2008, 413–421.
- Strafverteidigung unter dem Grundgesetz. StV 2010, 394–400.
- Hay, Peter*, US-amerikanisches Recht. 6. Aufl. München 2015.
- Hayek, Friedrich August von*, Die Verfassung der Freiheit. Tübingen 1971.
- Heger, Martin*, Strafprozessrecht. Stuttgart 2013.
- Heghmanns, Michael*, Beweisverwertungsverbote. ZIS 2016, 404-415.
- Heidbrink, Ludger*, Grenzen der Verantwortungsgesellschaft: Widersprüche der Verantwortung. In: Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips. Frankfurt am Main 2006, S. 129–150.
- Heine, Günter*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“. Eine erfahrungswissenschaftlich-strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord. Berlin 1988.
- Heinrich, Bernd*, Rügepflichten in der Hauptverhandlung und Disponibilität strafverfahrensrechtlicher Vorschriften. ZStW 112 (2000), 398–428.
- Heinrich, Jürgen*, Konfliktverteidigung im Strafprozess. München 2013.
- Hellmann, Uwe*, Strafprozessrecht. 2. Aufl. Berlin 2006.
- Henning, Peter J.*, Prosecutorial Misconduct and Constitutional Remedies. 77 Wash. U. L. Q. (1999), 713–834.
- Henschel, Frank*, Konfliktverteidigung und strafprozessuale Gegenmaßnahmen. München 2011.
- Herdegen, Gerhard*, Das Beweisantragsrecht – Betrachtungen anhand von und zur Rechtsprechung – Teil II. NSTZ 1999, 176–181.
- Das Beweisantragsrecht – Zum Rechtsmissbrauch – Teil III. NSTZ 2000, 1–6.
- Herman, G. Nicholas*, Plea bargaining. 3rd ed. Huntington, N.Y. 2012.
- Herrmann, Joachim*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens. Bonn 1971.
- Ein neues Hauptverhandlungsmodell. ZStW 100 (1988), 41–80.
- Der amerikanische Strafprozeß. In: Heike Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen. Frankreich, Österreich, Schweiz, UdSSR, USA. Berlin 1990, S. 133–160.
- Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice, 53 U. Pitt. L. Rev. (1991), 755–776.

- Models for the Reform of the Criminal Trial in Eastern Europe: A Comparative Perspective. 1996 St. Louis-Warsaw Trans'1 (1996), 127–151.
  - Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung. JuS 1996, 1162–1167.
  - Überlegungen zur Reform der notwendigen Verteidigung. StV 1996, 396–405.
- Hertel, Florian*, „Deal“ gleich „Bargain“? ZJS 2010, 198–208.
- Hettinger, Michael*, Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem. JZ 2011, 292–301.
- Hewett, Martin A.*, A More Reliable Right to Present a Defense: The Compulsory Process Clause After Crawford v. Washington. 96 Geo. L. J. (2007), 273–315.
- Hilbers, André/Lam, Jan*, Chancengleichheit bei der Auswahl um Insolvenzverwalter. StraFo 2005, 70–71.
- Hillgruber, Christian*, § 8: Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen. In: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht. Tübingen 2011, S. 165–185.
- Hof, Clemens*, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO? HRRS 2015, 277–286.
- Hoffmann, Roland*, Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit. Paderborn 1992.
- Hofmann, Anouschka*, Die Präklusion fehlerhafter Sachleitungsanordnungen des Vorsitzenden. Frankfurt am Main, Frankfurt (Main).
- Hollander, Nancy/Bergman, Barbara/Stephenson, Melissa/Torcia, Charles E.*, Wharton's criminal procedure. 14th ed. St Paul, Minn. 2002.
- Honert, Alessandro*, Der italienische Strafprozeß: die Fortentwicklung einer Reform. ZStW 106 (1994), 427.
- Hörnle, Tatjana*, „Justice as Fairness“ – Ein Modell auch für das Strafverfahren? Rechtstheorie 35 (2004), 175–194.
- Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe. ZStW 117 (2005), 801–838.
- Hruschka, Joachim*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. In: Karl Heinz Gössel (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18.8.1985. München 1985, S. 190–202.
- Ignor, Alexander*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland. Paderborn, München 2002.
- Plädoyer für die Widerspruchslösung. In: Ernst-Walter Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4.6.2002. Berlin 2002, S. 185–196.
- Ignor, Alexander/Bertheau, Camilla*, Der „Zwischenrechtsbehelf“ des 238 II StPO – ein zentrales Institut des Revisionsverfahrens? NSTZ 2013, 188–191.
- Ignor, Alexander/Matt, Holger*, Integration und Offenheit im Strafprozeß, StV 2002, 102–109.
- Imwinkelried, Edward J.*, Courtroom Criminal Evidence. 5. Aufl. New Providence, N.J. 2011.

- Israel, Jerold H./Kamisar, Yale/LaFave, Wayne R.*, Criminal procedure and the Constitution. Leading criminal procedure cases and introductory text. St. Paul, Minn. 2013.
- Jahn, Matthias*, „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime. Baden-Baden, Frankfurt (Main).
- Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens. GA 2004, 272–287.
  - Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung. ZStW 118 (2006), 427–461.
  - Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages. Band I: Gutachten. München 2008, S. C1-128.
  - Konnexitätsdoktrin und „Fristenlösungsmodell“ – Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Fremdkontrolle im Beweisantragsrecht der Verteidigung durch den Bundesgerichtshof. StV 2009, 663–669.
  - Präklusion von Beweisanträgen. JuS 2009, 372–373.
  - Entwicklungen und Tendenzen zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes. StV 2011, 497–505.
  - Strafverfolgung um jeden Preis? StraFo 2011, 117–128.
  - Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Strafverfahren. GA 2014, 588–601.
  - Die Rechtsstellung des Verteidigers im heutigen deutschen Strafverfahren. StV 2014, 40–47.
  - Praxiskommentar zu BGH, Beschl. v. 5.11.2013 - 2 SR 265/13. NStZ 2014, 170.
  - Für mehr Verständigung im Strafprozess. FAZ v. 26.6.2014.
  - Fair trial als strafprozessuales Leitprinzip im Mehrebenensystem. ZStW 127 (2015), 549–615.
- Jahn, Matthias/Müller, Martin*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis. NJW 2009, 2625–2631.
- Jahn, Matthias/Schmitz, Alexandra*, Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen? wistra 2001, 328–334.
- Janisch, Wolfgang*, „Das Hinterzimmer hat eine Glasfront“, SZ v. 19.2.2015.
- Ohne jeden Zweifel. SZ v. 17.5.2015.
- Jerouschek, Günter*, Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit. ZStW 104 (1992), 328–360.
- Wie frei ist die freie Beweiswürdigung? GA 1992, 493–515.
- Jeschek, Hans-Heinrich*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform. ZStW 86 (1974), 761–782.
- Jeßberger, Florian*, Kooperation und Strafzumessung. Berlin 1999.

- Jimeno-Bulnes, Mar*, American Criminal Procedure in an European Context. 21 *Cardozo J. Int'l & Com. L.* (2012), 409–459.
- Johnigk, Frank*, Verteidiger – nicht nur erster und zweiter, sondern auch dritter und vierter Klasse? *StV* 2006, 347–353.
- Joy, Peter A.*, Rationing Justice by Rationing Lawyers. 37 *Wash. U. J. L. & Pol'y* (2011), 205–225.
- Joy, Peter A., McMunigal, Kevin C.*, Has Gideon's Promise Been Fulfilled? 18 *Crim. Just.* (2003-2004), 46–52.
- Jung, Heike*, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung. *JuS* 1998, 1–7.
- Der Strafprozeß: Konzepte, Modelle und Grundannahmen. In: Janina Czapska (Hrsg.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośia [Grundsätze des Strafverfahrens und die Herausforderungen der Gegenwart. Buch zu Ehren von Professor Stanislaw Waltoś].* Warschau 2000, S. 27–35.
  - Über die Wahrheit und ihre institutionellen Garanten. *JZ* 2009, 1129–1135.
- Junker, Thorsten*, *Beweisantragsrecht im Strafprozess*. 2. Aufl. Bonn 2014.
- Kadish, Mark J.*, *Criminal Law Advocacy*. New York 1998.
- Kaiser, Anna-Bettina*, § 41: Bauordnungsrecht. In: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht. Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht*. Heidelberg 2013.
- Kaiser, Günther/Meinberg, Volker*, „Tuschelverfahren“ und „Millionärsschutzparagraph“? Empirische Erkenntnisse zur Einstellung nach § 153a StPO am Beispiel Wirtschaftskriminalität. *NSZ* 1984, 343–350.
- Kamisar, Yale*, In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule. 26 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (2003), 119–140.
- Kasike, Peter*, Widersprüchlichkeiten der Widerspruchslösung. *NJW-Spezial* 2011, 376–377.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, „Verantwortung“ im Sozialstaatsdiskurs. In: Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), *Verantwortung in der Zivilgesellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips*. Frankfurt am Main 2006, S. 39–60.
- Keenan, David K.*, Confronting Crawford v. Washington in the Lower Courts. 122 *Yale L. J.* (2012), 782–836.
- Kempf, Eberhard*, Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? oder: Soll informelles formalisiert werden? *StV* 2009, 269–276.
- Der (zu) späte Beweisantrag. *StraFo* 2010, 316–323.
- Kielwein, Andreas*, Die prozessuale Fürsorgepflicht im Strafverfahren. Beitrag zur inhaltlichen und systematischen Erfassung eines umstrittenen Rechtsbegriffes. Konstanz 1985.
- Kilian, Matthias*, Berufsrechtliche Verantwortlichkeit von Strafverteidigern. In: Thomas Weigend/Susanne Walther/Barbara Grunewald (Hrsg.), *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen. Denkanstöße aus sieben Rechtsordnungen*. Berlin 2010, S. 113–156.
- Kindhäuser, Urs*, Rügepräklusion durch Schweigen im Strafverfahren, *NSZ* 1987, 529–535.

- King, Nancy J./Chessman, Fred L. [II.]/Ostrom, Brian J.*, Final Technical Report: Habeas Litigation in U.S. District Courts: An Empirical Study of Habeas Corpus Cases Filed by State Prisoners Under the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996. August 2007.
- Kirsch, Stefan*, Verteidigung in Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (JStGH). StV 2003, 636–640.
- Kleinknecht, Theodor/Müller, Hermann/Reitberger, Leonard*, Kommentar zur Strafprozeßordnung. Köln 2012.
- Klocke, Gabriele/Müller, Henning Ernst*, Zur Renaissance der Vergeltung. StV 2014, 370–377.
- Klug, Oliver K.-F.*, Zum Strafverfahren als Parteiprozeß. ZRP 1999, 288–291.
- Knauer, Christoph*, Anträge auf Beweiserhebungen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. StraFo 2012, 473–482.
- Wirtschaftsstrafverfahren, Absprachen und die Staatsanwaltschaft – Abgesang auf eine langjährige Praxis? In: Jan Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg. München 2015, S. 245–256.
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1: §§ 1–150 StPO. München 2014.
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2: §§ 151–332 StPO. München 2016.
- Knauer, Christoph/Lickleder, Andreas*, Die obergerichtliche Rechtsprechung zu Verfahrensabsprachen nach der gesetzlichen Regelung – ein kritischer Überblick. NStZ 2012, 366–379.
- Kobor, Susanne*, Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany. Frankfurt am Main, Augsburg 2008.
- Koch, Arndt*, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. In: Georg Steinberg (Hrsg.), Recht und Macht. Festschrift für Hinrich Rüping. München 2008, S. 393–408.
- Koch, Michael*, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.12.2015 – 2 Ws 203/15. StV 2016, 482–484.
- Köhler, Michael*, Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO). Heidelberg 1979.
- König, Stefan*, Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 22.10.1997 - 5 StR 223/97. StV 1998, 113–116.
- Die Verteidigung in der Hauptverhandlung. In: Ulrich Ziegert (Hrsg.), Grundlagen der Strafverteidigung. Handbuch für die Aus- und Fortbildung des Fachanwalts. Stuttgart 2000, S. 155–217.
- Fristsetzung für Beweisanträge. StV 2009, 171–173.
- Das geänderte Berufsverständnis der Strafverteidigung. StV 2010, 410–413.
- König, Stefan/Harrendorf, Stefan*, „Deal“: Ein Freispruch auf Bewährung und seine Auswirkungen. AnwBl 2013, 321–361.

- Krauβ, Detlef*, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeβ. In: Gerald Grünwald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28.7.1975. Göttingen 1975, S. 411–431.
- Krekeler, Wilhelm/Löffelmann, Markus/Sommer, Ulrich*, Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 2. Aufl. Bonn 2010.
- Krey, Volker*, Deutsches Strafverfahrensrecht. Band 1: Grundlagen, Verfahrensbeteiligte, Gang des Strafverfahrens, Verfahrensprinzipien, strafprozessuale Grundrechtseingriffe. Stuttgart 2006.
- Deutsches Strafverfahrensrecht. Band 2: Hauptverhandlung, Beweisrecht, gerichtliche Entscheidungen, Tatbegriff, Rechtskraft, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe. Stuttgart 2007.
- Krey, Volker/Windgätter, Oliver*, Vom unhaltbaren Zustand des Strafrechts – Wider die Überlastung, Überforderung und Überdehnung der Strafrechtspflege. In: Uwe Hellmann/Christian Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach. Heidelberg, Hamburg 2011, S. 233–250.
- Kröpil, Karl*, Zum Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse. JZ 1998, 135–136.
- Zur Konnexität als Element des strafrechtlichen Beweisantrages. Jura 2012, 459–462.
- Kubiciel, Michael*, Zwischen Effektivität und Legitimität: Zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach der „Deal“-Entscheidung des BVerfG, HRRS 2014, 204–209.
- Kuckuk, Günter*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3. 10. 1979 - 3 StR 264/79 (S). NJW 1980, 298.
- Kudlich, Hans*, Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages. Band I: Gutachten. München 2010, S. C1–116.
- Wie weit reicht die Widerspruchslösung? HRRS 2011, 114–119.
  - „Man kann ja nicht an alles denken“ - Grenzen der Rügeverpflichtung in der Revision bei Verstoß gegen § 252 StPO. JA 2012, 873–874.
  - Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den strafprozessualen Absprachen – Konsequenzen für den Gesetzgeber? ZRP 2013, 162–165.
  - Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit – die Entscheidung des BVerfG zur strafprozessualen Verständigung. NStZ 2013, 379–382.
  - Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153a StPO? ZRP 2015, 10–13.
  - „Zurechnung“ von Verteidigerverschulden im Strafverfahren. In: Christian Fahl (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2015, S. 831–842.
- Kühne, Hans-Heiner*, Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren. GA 2008, 361–374.
- Die realen und potentiellen Auswirkungen des Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts. JZ 2010, 821–828.
  - Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 8. Aufl. Heidelberg 2010.

- Kukuk, Jörn-Peter*, Das Erfordernis des Vortrags von „Negativtatsachen“ nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Hamburg 1999.
- Kunz, Karl-Ludwig*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung. Berlin 1984.
- Kunz, Stefanie*, Das Berufsbild des Strafverteidigers: Außenansichten und Selbstverständnis. In: Klaus Lüderssen/Klaus Volk/Eberhard Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller. Zum 65. Geburtstag am 12.1.2014. Baden-Baden 2014, S. 397–417.
- Kutzer, Kurt*, Sinkende Verfahrenskontrolle und steigende Rügeanforderungen im Revisionsverfahren, StraFo 2000, 325–328.
- LaFave, Wayne R./Israel, Jerold H./King, Nancy J.*, Criminal Procedure. 5th ed. St. Paul, Minn. 2009.
- Lagodny, Otto*, Die Ungeeignetheit von reinen Geschworenengerichten im kontinentalen Strafverfahren. In: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23.4.2007. Baden-Baden 2007, S. 499–510.
- Lamshöft, Annik*, Das Modell des vereinfachten Ablehnungsverfahrens; ein Gegenentwurf zur strafprozessualen Fristenlösung des Bundesgerichtshofs. Frankfurt am Main u.a. 2013.
- Landau, Herbert*, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege. NSTZ 2007, 121–129.
- Strafrecht nach Lissabon. NSTZ 2011, 537–546.
  - Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013. NSTZ 2014, 425–431.
  - Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht. NSTZ 2015, 655–671.
- Lang, Peter*, Der Verlust von Verfahrensrügen beim Angeklagten durch Rückgriff auf den Verwirkungsgedanken. München 1994.
- Langbein, John H.*, Comparative criminal procedure: Germany. St. Paul, Minn. 1977.
- The origins of adversary criminal trial. Oxford 2005.
- Langer, Máximo*, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. 45 Harv. Int'l L. J. (2004), 1–64.
- The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. Am. J. Comp. L. (2005), 835–909.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Tiedemann, Klaus/Rissing-van Saan, Ruth/Rönnau, Thomas*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Bd. 2. §§ 32 bis 60. Berlin 2006.
- Lawless, Joseph F.*, Prosecutorial misconduct. 3rd ed. Newark, N.J. 2003.
- Lee, Cynthia/Harris, Angela*, Criminal law. Cases and materials. 2nd ed. St. Paul, Minn. 2009.
- Leicht, Robert*, Eigenverantwortung: Das Prinzip Zahnbürste. DIE ZEIT v. 22.12.2003.



- Leipold, Klaus*, Form und Umfang des Erklärungsrechts nach § 257 StPO und seine Auswirkungen auf die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs. *StraFo* 2001, 300–303.
- Anwaltsvergütung in Strafsachen. München 2004.
  - Die Pflichtverteidigung – Verteidigung 2. Klasse? *AnwBl* 2004, 683–686.
  - Pflichtverteidigung in der Praxis. *NJW-Spezial* 2004, 87.
- Leitmeier, Lorenz*, § 257c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO?! *HRRS* 2013, 362–366.
- Leitner, Werner/Rosenau, Henning* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar Wirtschafts- und Strafrecht*. Baden-Baden 2017.
- Lesch, Heiko Hartmut*, Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung. *ZStW* 111 (1999), 624–646.
- Lilie, Hans*, Der adversatorische und inquisitorische Strafprozess – der deutsche Strafprozess zwischen den Modellen. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuehr Kudratov (Hrsg.), *Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell*. Frankfurt am Main 2012, S. 105–114.
- Lindemann, Michael*, Präklusion von Verfahrensrügen wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses. *StV* 2010, 379–385.
- Löffelmann, Markus*, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren. Ideen zu einer Kritik der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege. Berlin 2009.
- Lohse, Kai*, Keine Konfrontation – Neues zur Beweisführung bei Unerreichbarkeit von Belastungszeugen. *JR* 2015, 60–63.
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 1: Einleitung, §§ 1 – 47. 27. Aufl. Berlin 2016.
- *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 4: §§ 112 – 150. 26. Aufl. Berlin 2007.
  - *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 5: §§ 151 – 212b. 26. Aufl. Berlin 2008.
  - *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 6/1: §§ 213 – 255a. 26. Aufl. Berlin 2010.
  - *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 8: §§ 374 – 448. 26. Aufl. Berlin 2012.
  - *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 11: EMRK, IPBPR. 26. Aufl. Berlin 2012.
  - *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 6/2: §§ 256 – 295. 26. Aufl. Berlin 2013.
  - *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 7/2: §§ 312 – 373a. 26. Aufl. Berlin 2013.
  - *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. Bd. 7/1: §§ 296 – 311a. 26. Aufl. Berlin 2014.
- Lüderssen, Klaus*, Overview of different Types of Procedure from a German Point of View. In: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*. Berlin 2004, S. 19–22.

- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren. 9. Aufl. Frankfurt am Main 2013.
- Luna, Erik/Wade, Marianne*, Prosecutors as Judges. 67 Wash. & Lee L. Rev. (2010), 1413–1532.
- Lynch, Gerard E.*, Prosecution. In: Joshua Dressler (Hrsg.), Encyclopedia of crime & justice. New York 2002.
- Lynch, Timothy*, In Defense of the Exclusionary Rule. 23 Harv. J. L. & Pub. Pol’y (2000), 711–751.
- Maaser, Wolfgang*, Aktivierung der Verantwortung: Vom Wohlfahrtsstaat zur Wohlfahrts-gesellschaft. In: Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilge-sellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips. Frankfurt am Main 2006, S. 61–84.
- Maatz, Kurt Rüdiger*, Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rü-geverlust. NStZ 1992, 513–518.
- Mahler, Franziska*, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belas-tungszeugen. Frankfurt am Main 2011.
- Maiberg, Karin*, Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverbo-ten. Berlin 2003.
- Maiewald, Manfred*, Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen. In: Günter Warda (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag. Berlin 1976, S. 745–764.
- Malek, Klaus*, Abschied von der Wahrheitssuche. StV 2011, 559–567.
- Verteidigung in der Hauptverhandlung. 4. Aufl. Heidelberg, Hamburg 2012.
- Malmendier, Bertrand*, „Konfliktverteidigung“ – ein neues Prozeßhindernis? NJW 1997, 227–236.
- Marceau, Justin F.*, Embracing a new Era of Ineffective Assistance of Counsel, 14 U. PA. J. Const. L. (2012), 1161–1217.
- Marcus, Paul/Wilson, Melanie D./Zimmermann, Jack B.*, Criminal procedure in practice. 4th ed. Chicago, Ill. 2014.
- Mauder, Johannes*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfas-sungs- und Fachgerichtsbarkeit. München 1986.
- Maul, Heinrich/Eschelbach, Ralf*, Zur „Widerspruchslösung“ von Beweisverbotsproblemen in der Rechtsprechung. StraFo 1996, 66–70.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz. Loseblattsammlung, 75. Lieferung München 2015.
- McCormick, Charles Tilford*, McCormick on Evidence. Vol. 1: Chapters 1 to 20. 7th ed. Eagan, Minn. 2013.
- McCormick on Evidence. Vol. 2: Chapters 21 – End. 7th ed. Eagan, Minn. 2013.
- Mehren, Arthur Taylor von/Murray, Peter L.*, Das Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika. Eine Einführung. Berlin 2008.

- Meixner, Robin*, Das Widerspruchserfordernis des BGH bei Beweisverwertungsverböten. Beschuldigtenfreundliche „Lösung“ oder überflüssige Problemquelle? Hamburg 2015.
- Merryman, John/Pérez-Perdomo, Rogelio*, The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. Stanford, Cal. 2007.
- Merten, Detlef*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat. In: Detlef Merten u.a. (Hrsg.), Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat / Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien vom 4.–7.10.1995. Berlin 1996, S. 7.
- Mertens, Andreas/Stuff, Iris*, Verteidigervergütung. Heidelberg 2010.
- Metzger, Pamela R.*, Fear of Adversariness: Using Gideon to Restrict Defendants' Invocation of Adversary Procedures. 122 Yale L. J. (2012–2013), 2550–2577.
- Meyberg, Alexander*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 14.5.2013 - 1 StR 122/13. NStZ 2013, 609–610.
- Meyer, Frank*, Zurück zur gesetzlichen Beweistheorie? ZStW 119 (2007), 633–663.
- Vertrauensschutz bei unzulässigen Absprachen. HRRS 2011, 17–22.
  - Die „sole or decisive“-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore. HRRS 2012, 117–120.
  - Die faktische Kraft des Normativen – Das BVerfG und die Verständigung im Strafverfahren. NJW 2013, 1850–1853.
  - Praxis und Reform der Absprache im Strafverfahren. StV 2015, 790–798.
- Meyer-Göföner, Lutz*, Rechtsprechung durch Staatsanwaltschaft und Angeklagten? – Urteilsabsprachen im Rechtsstaat des Grundgesetzes. NStZ 2007, 425–432.
- Meyer-Göföner, Lutz/Appl, Ekkehard*, Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses, StraFo 1998, 259–264.
- Meyer-Göföner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 59. Aufl. München 2016.
- Meyer-Mews, Hans*, Die Ratio der Widerspruchslösung. StraFo 2009, 141–144.
- Montiel, Juan Pablo*, Obliegenheiten im Strafrecht? ZStW 126 (2014), 592–614.
- Mosbacher, Andreas*, Anmerkung zu BGH v. 16.11.2006 3 StR 139/06. JR 2007, 387–389.
- Verwertungsverbot bei Durchsuchungsanordnung des Staatsanwalts. NJW 2007, 3686–3688.
  - Negativtatsachen im Revisionsverfahren. NStZ 2008, 263–264.
  - Rügepräklusion mangels Rechtsschutzbedürfnis. In: Heinz Schöch (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag. Köln 2008, S. 339–355.
  - Zur Bescheidung auf Beweiserhebung gerichteter Anträge. NStZ-Sonderheft 2009, 20.
  - Zur aktuellen Debatte um die Rügepräklusion. NStZ 2011, 606–611.

- Mosbacher, Andreas*, Zur Zukunft der Widerspruchslösung. In: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25.1.2011. Berlin 2011, S. 357–378.
- Praktische Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG zur Verständigung. NZWiSt 2013, 201–206.
- Mosteller, Robert P.*, The Duke Lacrosse Case, Innocence, and False Identifications: A Fundamental Failure to do „Justice“. 76 Fordham L. Rev. (2007–2008), 1337–1412.
- Möstl, Markus*, § 179: Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit. Heidelberg, Hamburg 2010, S. 587–647.
- Müller, Eckart*, Berufsbild und Berufsethos des Strafverteidigers. NJW 2009, 3745–3749.
- Müller, Eckhart/Schlothauer, Reinhold*, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung. 2. Aufl. München 2014.
- Müller, Egon*, Strafverteidigung. NJW 1981, 1801–1807.
- Über die sog. gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren. In: Wolfgang Rüdner (Hrsg.), Recht und Gesetz im Dialog II. Saarbrücker Vorträge. Köln u.a. 1984, S. 123–129.
- Müller, Ingo*, Der Wert der „materiellen Wahrheit“, Leviathan 1977, 522–537.
- Zurück zum Inquisitionsprozess, KJ 1992, 228–234.
- Müller, Klaus Jochen*, Das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 ff. StPO). Eine dogmatisch-kriminalpolitische Studie zu dieser Form des schriftlichen Verfahrens unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung; zugleich ein Beitrag zum StVÄG 1987. Frankfurt am Main 1993.
- Müller, Martin*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren. Köln 2008.
- Müller-Dietz, Heinz*, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß. ZStW 93 (1981), 1177–1270.
- Murmann, Uwe*, Über den Zweck des Strafprozesses. GA 2004, 65–86.
- Reform ohne Wiederkehr? – die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren. ZIS 2009, 526–538.
- Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren. In: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15.5.2011. Berlin, New York 2011, S. 1385–1401.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang*, Zivilprozessordnung. 12. Aufl. München 2015.
- Nagel, Michael*, Die Ohnmacht der Verteidigung vor der Macht der Richter? StraFo 2013, 221–230.
- National Association of Criminal Defense Lawyers, Minor Crimes, Massive Waste. The Terrible Toll of America’s Broken Misdemeanor Courts. 2009.
- Nehm, Kay/Senge, Lothar*, Ursachen langer Hauptverhandlungen – dargestellt am Beispiel von 3 Strafverfahren, NStZ 1998, 377–389.

- Nešković, Wolfgang*, Schutz des Rechtsstaates – Stärkung des Sozialstaates. ZRP 2010, 70–71.
- Neuhaus, Ralf*, Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung. NSTZ 1997, 312–316.
- Beruhensfrage (§ 337 I StPO) und unzureichende Verteidigerleistung. StV 2002, 43–51.
- Neumann, Laura Katharina Sophia*, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU? Baden-Baden 2015.
- Neumann, Ulfried*, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren. ZStW 101 (1989), 52–74.
- Neuner, Jörg*, § 9: Das Prinzip der Selbstverantwortung im Sozialstaat. In: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht. Tübingen 2011, S. 187–203.
- Niemöller, Martin*, Zum exzessiven Gebrauch des Beweisantragsrechts. JR 2010, 332–339.
- Niemöller, Martin/Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim*, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. München 2010.
- Niemöller, Martin/Schuppert, Gunnar Folke*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, AöR 107 (1982), 387–498.
- Noisi, Blaise*, Architects of Justice: the Prosecutor’s Role and Resolving whether inadmissible evidence is material under the Brady Rule. 83 Fordham L. Rev. (2014–2015), 1499–1538.
- O’Hear, Michael M.*, Bypassing Habeas: The Right to Effective Assistance Requires Earlier Supreme Court Intervention in Cases of Attorney Incompetence, 25 Fed. Sent. R. (2012), 110.
- Ostendorf, Heribert*, Strafvereitelung durch Strafverteidigung. NJW 1978, 1345–1350.
- Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess. ZIS 2013, 172–180.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts. Köln 1986.
- Buchbesprechung: Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozeßstruktur. ZStW 122 (2010), 435–446.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch. 75. Aufl. München 2016.
- Panaris, Panos*, „Meine Frau halten wir raus!“ – Legitime Sonderinteressen im Mandat. StraFo 2012, 121–125.
- Paulsen, Monrad G.*, Grundzüge des amerikanischen Strafprozesses. ZStW 77 (1965), 637–689.
- Pawlík, Michael*, Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten. GA 1998, 378–389.
- Der Strafrichter als moderner Inquisitor. FAZ v. 3.8.2009.
- Perron, Walter*, Beschleunigung des Strafverfahrens mit rechtsstaatlichen Mitteln? JZ 1994, 823–832.

- Perron, Walter*, Das Beweisanspruchsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozess. Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen und verfahrensstrukturellen Grundlagen, gesetzlichen Regelungen und rechtstatsächlichen Auswirkungen sowie eine Erörterung der Reformperspektiven unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des adversatorischen Prozessmodells. Berlin 1995.
- Rechtsvergleichender Querschnitt und rechtspolitische Bewertung. In: Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Freiburg im Breisgau 1995, S. 549–608.
  - Das Beweisanspruchsrecht des Beschuldigten – Ursache oder Symptom der Krise des deutschen Strafprozesses? ZStW 108 (1996), 128–153.
  - Funktion und Zusammensetzung des Gerichts im Ermittlungs- und Hauptverfahren. In: Albin Eser/Christiane Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Berlin 2004, S. 291–302.
  - Adversatorisches Parteienverfahren oder Amtsermittlungsprinzip im Strafprozess? In: Alexander Bruns u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner. Tübingen 2013, S. 875–889.
  - Menschengerechter Strafprozess – Beweisverfahren und Bürgerinteressen im deutsch-amerikanischen Vergleich. In: Björn Burkhardt u.a. (Hrsg.), Scripta amicitiae. Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag am 26.1.2015. Berlin 2015, S. 413–430.
- Peters, Karl*, Fehlerquellen im Strafprozeß. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. Karlsruhe 1972.
- Strafprozeß. Ein Lehrbuch. 4. Aufl. Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, Stefan*, Der Grundsatz des adversarial system of justice und die Informationsrechte des Beschuldigten im Strafprozess der USA. JA 2004, 754–759.
- Pfister, Wolfgang*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß. StV 2009, 550–554.
- Pizzi, William T.*, Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform. 54 Ohio St. L. J. (1993), 1325–1373.
- Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it. New York 1999.
- Pizzi, William T./Perron, Walter*, Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems. 32 Stan. J. Int'l L. (1996), 37–64.
- Plötz, Winfried*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren. Lübeck 1980.
- Prelle, Miriam*, Opportunität und Konsens: Verfahrensförmige Normsuspensionierung als Hilfe für die Überlast im Kriminaljustizsystem? KritV 2011, 331–364.
- Prittitz, Cornelius*, Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem. § 81a Abs. 2 StPO. StV 2008, 486–494.
- Püschel, Christof/Sommer, Ulrich*, Der Anwalt als Compliance-Officer im Strafprozess. AnwBl 2013, 168–172.
- Radtke, Henning*, Das Strafverfahren als Diskurs. In: Knut Amelung (Hrsg.), Strafrecht, Bio-recht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10.5.2003. Heidelberg 2003, S. 375–385.

- Konzeptionen für ein gerechteres Strafverfahren. In: Johannes Goldenstein (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*. Heimsheim 2011, S. 131–165.
- Wahrheitsermittlung im Strafverfahren. GA 2012, 187–201.
- Radtke, Henning/Hohmann, Olaf* (Hrsg.), *Strafprozessordnung*. München 2011.
- Ransiek, Andreas*, Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall. ZIS 2008, 116–122.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang*, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. München 2013.
- Reese-Schäfer, Walter*, Globalisierungsdruck und Verantwortungslast: Soziokulturelle Konsequenzen des Prinzips der Selbstverantwortlichkeit. In: Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), *Verantwortung in der Zivilgesellschaft. Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips*. Frankfurt am Main 2006, S. 273–292.
- Das überforderte Selbst. Globalisierungsdruck und Verantwortungslast. Hamburg 2007.
- Reinbacher, Tobias*, *Das Strafrechtssystem der USA. Eine Untersuchung zur Strafgewalt im föderativen Staat*. Berlin 2010.
- Riesenhuber, Karl*, § 1: Das Prinzip der Selbstverantwortung. In: Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*. Tübingen 2011, S. 1–20.
- Rieß, Peter*, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozeßordnung. In: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Vom Reichsjustizam zum Bundesministerium der Justiz. Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1.1.1877*. Köln 1977, S. 373–440.
- Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts. In: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag am 11.12.1979*. Berlin 1980, S. 156–221.
- Pflichtverteidigung – Zwangsverteidigung – Ersatzverteidigung: Reform der notwendigen Verteidigung. StV 1981, 460–464.
- Reflexionen zur Lage der Strafjustiz. NSStZ 1994, 409–414.
- Gedanken zum gegenwärtigen Zustand und zur Zukunft der Revision in Strafsachen. In: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999*. Berlin 1999, S. 397–421.
- Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 25. Aufl. Berlin 2001.
- Anmerkung zu BGH, Urteil v. 3.3.2005 – GSSt 1/04 bei Urteilsabsprache (Rieß). JR 2005, 435–439.
- Über die Aufgaben des Strafverfahrens. JR 2006, 269–277.
- Entwicklungstendenzen in der deutschen Strafprozessgesetzgebung seit 1950. ZIS 2009, 466–482.
- Ritter, Ralf*, *Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO*. Berlin 2007.

- Rogall, Klaus*, Adversatorisches Vorverfahren? In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Das strafprozessuale Vorverfahren in Zentralasien zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Frankfurt am Main 2012, S. 193–201.
- Röhl, Hellmut*, Das rechtliche Gehör. NJW 1964, 273–279.
- Röhl, Klaus F.*, Allgemeine Rechtslehre. Köln 1994.
- Procedural Justice: Introduction and Overview. In: Klaus F. Röhl/Stefan Machura (Hrsg.), Procedural Justice. Aldershot 1997, S. 1–35.
- Rolinski, Klaus*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit: Garant der Wahrheitsfindung? In: Robert Esser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag. Heidelberg, Hamburg 2013, S. 297–315.
- Rose, Frank*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.10.1997 - 5 StR 317/97. NStZ 1998, 633–634.
- Wieso soll der benannte Zeuge dazu etwas sagen können? Der aktuelle Diskussionsstand zur Konnexität als Voraussetzung für einen strafprozessualen Beweisantrag. NStZ 2014, 128–135.
- Rosenau, Henning*, Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet. In: Hans-Ullrich Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 1597–1628.
- Rosenkranz, Frank*, Die Jury im US-amerikanischen Prozessrecht. ZfRV 2012, 83–93.
- Roxin, Claus*, Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß. In: Hans-Heinrich Jescheck/Hans Lüttger (Hrsg.), Probleme der Strafprozeßreform. Berliner Gastvorträge. Berlin 1975, S. 52–72.
- Über die Reform des deutschen Strafprozeßrechts. In: Bernhard Töpper (Hrsg.), Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag. München 1990, S. 183–200.
  - Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. JZ 1997, 343–347.
  - Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren. In: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999. Berlin 1999, S. 1–24.
  - Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. München 2006.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 28. Aufl. München 2014.
- Rudolphi, Hans-Joachim* (Begr.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 2: §§ 94–136a StPO. 4. Aufl. Köln 2010.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 3: §§ 137 – 197 StPO. 4. Aufl. Köln 2011.
  - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 4: §§ 198 – 246 StPO. 4. Aufl. Köln 2011.
  - Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 5: §§ 246a – 295 StPO. 4. Aufl. Köln 2012.



- Rudolphi, Hans-Joachim* (Begr.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 6: §§ 296 – 332 StPO. 4. Aufl. Köln 2013.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 8: §§ 374 – 495 StPO. 4. Aufl. Köln 2013.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Bd. 7: §§ 333 – 373a StPO. 4. Aufl. Köln 2014.
- Ruhs, Florian*, Notwendige Verteidigung bei Verständigungen – Zugleich Besprechung von OLG Naumburg, Beschl. v. 4.12.2013 – 2 Ss 151/13 und OLG Bamberg, Beschl. v. 3.12.2014 – 1 Ws 622/14. NStZ 2016, 706-710.
- Rüping, Hinrich*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976.
- Das Strafverfahren. 3. Aufl. München 1997.
- Der Mißbrauchsgedanke im Strafprozeßrecht und sein Mißbrauch. JZ 1997, 865–869.
- Rüping, Hinrich/Dornseifer, Gerhard*, Dysfunktionales Verhalten im Prozeß. JZ 1977, 417–420.
- Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 6. Aufl. München 2011.
- Sachs, Michael*, § 183: Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnungen. In: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit. Heidelberg, Hamburg 2010.
- Sachs, Michael/Battis, Ulrich* (Hrsg.), Grundgesetz. 6. Aufl. München 2011.
- Safferling, Christoph*, Towards an international criminal procedure. Oxford 2001.
- Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? NStZ 2004, 181–188.
- Die Fürsorgepflicht des Richters zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main 2014, S. 207–218.
- Salditt, Franz*, Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses. StV 2001, 311–314.
- Salecker, Theresia*, Das Äußerungsrecht des Angeklagten und seines Verteidigers gemäß § 257 StPO. Frankfurt am Main 2009.
- Saliger, Frank*, Grenzen der Opportunität – § 153a StPO und der Fall Kohl. GA 2005, 155–176.
- Sander, Günther M.*, Die Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rechtsprechung des BGH. NStZ-RR 2005, 1–8.
- Sandermann, Almut*, „Waffengleichheit“ im Strafprozeß. Zu den rechtlichen Grundlagen dieses Rechtsinstituts. Köln 1975.

- Satzger, Helmut*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages. Band I: Gutachten. München 2004, S. C1–148.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter* (Hrsg.), Strafprozessordnung, 2. Aufl. Köln 2014.
- Schatz, Holger*, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik. Berlin, Göttingen 1999.
- Scheffler, Uwe*, Strafprozeßrecht, quo vadis? GA 1995, 449–467.
- Peter Lang, Der Verlust von Verfahrensrügen beim Angeklagten durch Rückgriff auf den Verwirkungsgedanken, GA 1996, 44–46.
- Schlieffen, Jasper Graf von*, Neues von der Widerspruchslösung. In: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins. Baden-Baden 2009, S. 801–818.
- Schlothauer, Reinhold*, Die Auswahl des Pflichtverteidigers, StV 1981, 443–460.
- Hilfsbeweisanspruch – Eventualbeweisanspruch – bedingter Beweisantrag. StV 1988, 542–548.
  - Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.02.1987 - 5 StR 522/86. StV 1989, 466–467.
  - Unvollständige und unzutreffende tatrichterliche Urteilsfeststellungen. StV 1992, 134–141.
  - Die Rechtsprechung zum Verständigungsgesetz – eine Zwischenbilanz. StraFo 2011, 487–498.
- Schlothauer, Reinhold/Jahn, Matthias*, Zustimmung statt Widerspruch bei Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren. RuP 2012, 222–228.
- Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim*, Das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 3.8.2009, StV 2009, 600–606.
- Verteidigung im Revisionsverfahren. 2. Aufl. Heidelberg 2013.
- Schlüchter, Ellen*, Wider die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß. In: Klaus Geppert/Diether Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer. Berlin 1990, S. 445–467.
- Beschleunigung des Strafprozesses und insbesondere der Hauptverhandlung ohne Rechtsstaatsverlust. GA 1994, 397–438.
- Schmid, Niklaus*, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. Eine Einführung. 2. Aufl. Heidelberg 1993.
- Schmid, Werner*, Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen im Strafprozess. Frankfurt am Main 1967.
- Schmidt, Eberhard*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung. 2. Aufl. 1964.
- Dahs, Hans (jun.): Das rechtliche Gehör im Strafprozess, JZ 1965, 733–735.
  - Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen 1965.

- Schmitt, Bertram*, Zur Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozeß. GA 2001, 411–426.
- Schnabl, Robert*, Der O. J. Simpson-Prozeß, Berlin 1999.
- Schnarr, Karl Heinz*, Rechtsschutzgarantie und formelle Voraussetzungen für den Zugang zum Revisionsgericht (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). In: Rainer Griesbaum/Rolf Hannich/Karl Heinz Schnarr (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung. Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag. Berlin 2006, S. 327–338.
- Schneider, Egon*, Beweis und Beweiswürdigung. Unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses. 5. Aufl. München 1994.
- Schneider, Hartmut*, Strafprozessuale Anforderungen an Polizeibeamte zur Ermöglichung der Verteidigerkonsultation durch den festgenommenen Beschuldigten. Jura 1997, 132–139.
- Zum Kriterium der Konnexität im strafprozessualen Beweisantragsrecht. In: Henning Ernst Müller/Günther M. Sander/Helena Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag. München 2009, S. 609–630.
  - Wahrunterstellung und fair trial. NSTz 2013, 215–221.
  - Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verfahrensverständigung im Anschluss an das Urteil des BVerfG vom 19. März 2013 – Teil 2. NSTz 2014, 252–263.
- Schöch, Heinz*, Die Reform der Hauptverhandlung. In: Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Strafprozess und Reform. Eine kritische Bestandsaufnahme. Neuwied 1979, S. 52–81.
- Schönke, Adolff/Schröder, Horst* (Begr.), Strafgesetzbuch. 29. Aufl. München 2014.
- Schrader, Henning*, Der Hilfsbeweisanspruch – ein Dilemma. NSTz 1991, 224–226.
- Schreiber, Hans-Ludwig*, Tendenzen der Strafprozeßreform. In: Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Strafprozess und Reform. Eine kritische Bestandsaufnahme. Neuwied 1979, S. 15–29.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Die Typen des Strafprozesses. In: Friedrich-Christian Schroeder/Tina de Vries (Hrsg.), Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine. Frankfurt 2015, S. 13–20.
- Schroeder, Friedrich-Christian/Verrel, Torsten*, Strafprozessrecht. 6. Aufl. München 2014.
- Schulz, Joachim*, Die Erosion des Beweisantragsrechts. StV 1991, 354–362.
- Schünemann, Bernd*, Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß. GA 1978, 161–185.
- Kognition, Einstellung und Vorurteil bei der Rechtsfindung. ARSP Beih. Nr. 22 (1985), 68–84.
  - Absprachen im Strafverfahren? In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages. Band I: Gutachten. München 1990, S. B 1–178.
  - Der deutsche Strafprozeß im Spannungsfeld von Zeugenschutz und materieller Wahrheit. StV 1998, 391–401.
  - Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt. StV 2000, 159–165.

*Schünemann, Bernd*, Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren. ZIS 2009, 484–494.

- Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Struktur des Strafverfahrens. In: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins. Baden-Baden 2009, S. 827–845.
- Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells. In: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 28.10.2008. Berlin 2009, S. 555–575.
- Die Etablierung der Rügeverkümmerng durch den BGH und deren Tolerierung durch das BVerfG: 140 Jahre Rechtsprechung werden zu Makulatur. StV 2010, 538–544.
- Die Hauptverhandlung im Strafverfahren. StraFo 2010, 90–96.
- Gedanken zur zweiten Instanz in Strafsachen. In: Claudius Geisler (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011. Berlin 2011, S. 649–664.
- Information über das Vorverfahren und Befugnisse des Richters in der Hauptverhandlung aus deutscher Sicht. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuehr Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main 2014, S. 91–107.
- Legitimation durch Verfahren? StraFo 2015, 177–187.

*Schwenn, Johann*, Das soll Recht sein? DIE ZEIT v. 19.11.2015.

*Seelmann, Kurt*, Die Ausschließung des Verteidigers. NJW 1979, 1128–1133.

*Senge, Lothar*, Missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten – wesentliches Merkmal der Konfliktverteidigung? Abwehr der Konfliktverteidigung. NSStZ 2002, 225–233.

*Singelstein, Tobias*, Confirmation Bias – Die Bestätigungsneigung als kognitive Verzerrung bei polizeilichen Ermittlungen im Strafverfahren. StV 2016, 830–836.

*Singer, Richard G.*, Criminal procedure. 3rd ed. New York 2012.

*Sinn, Arnd*, Die Verständigung im deutschen Strafverfahren. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuehr Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main 2014, S. 145–159.

- Die Verständigung (§ 257c StPO) im deutschen Strafverfahren. In: Friedrich-Christian Schroeder/Tina de Vries (Hrsg.), Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine. Frankfurt 2015, S. 197–216.

*Sklansky, David Alan*, Anti-Inquisitorialism. 122 Harv. L. Rev. (2008), 1634–1704.

*Sommer, Ulrich*, Vor-Urteil. In: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins. Baden-Baden 2009, S. 846–862.

- Fragen an den Zeugen – Vorhalte an das Recht. StraFo 2010, 102–111.

- Effektive Strafverteidigung. Recht, Psychologie, Überzeugungsarbeit der Verteidigung. 2. Aufl. Köln 2013.
- Das Märchen von der Funktionsuntüchtigkeit der Strafrechtspflege. StraFo 2014, 441–444.
- Jürgen Heinrich, Konfliktverteidigung im Strafprozess. StV 2014, 443–445.
- Sowada, Christoph*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren. Berlin 2002.
- Spangenberg, Robert L./Beeman, Marea L.*, Indigent Defense Systems in the United States. 58 Law & Contemp. Probs. (1995), 31–49.
- Stacy, Tom*, The search for the truth in Constitutional Criminal Procedure. 91 Colum. L. Rev. (1991), 1369–1451.
- Stamp, Frauke*, Die Wahrheit im Strafverfahren. Eine Untersuchung zur prozessualen Wahrheit unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung. Baden-Baden 1998.
- Stauder, Stefan*, Die allgemeinen defenses des New York Penal Law. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Frankfurt am Main 1999.
- Stern, Steffen*, Anmerkung zu BGH 3 StR 390/99, Urt. v. 24.11.1999. StV 2000, 404–406.
- Stollenwerk, Thomas*, Die Vergütung des Pflichtverteidigers bei Konfliktverteidigung. DRiZ 2014, 66–69.
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Strafverfahren. ZRP 2005, 235–241.
- Strafverteidigertag, Ergebnisse der Arbeitsgruppen des 35. Strafverteidigertages. Berlin 2011.
- Strate, Gerhard*, Strafverteidigung in unserer Zeit. HRRS 2014, 134–142.
- Stratenwerth, Günter*, Zur Ungleichheit der Beteiligten im Absprache-Verfahren. GA 2013, 111–115.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung. Berlin 1998.
- Entscheidungsbesprechung zu BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 - 2 BvR 26287/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11. ZIS 2013, 212–219.
- Die Erforschung der materiellen Wahrheit im Strafprozess. In: Friedrich-Christian Schroeder/Manuchehr Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und des zentralasiatischen Strafprozessrechts. Frankfurt am Main 2014, S. 39–52.
- Stuntz, William J.*, The Uneasy Relationship Between Criminal Procedure and Criminal Justice. 107 Yale L. J. (1997–1998), 1–76.
- Sward, Ellen*, Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System. 64 Ind. L. J. (1988–1989), 301–355.
- Tepperwien, Ingeborg*, „Schöpferische Rechtsfindung“ in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht. In: Heinz Schöch (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag. Köln 2008, S. 583–597.

- Thaman, Stephen*, Landesbericht USA. In: Walter Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands. Freiburg im Breisgau 1995, S. 489–547.
- Theile, Hans*, Wahrheit, Konsens und § 257c StPO. NSTz 2012, 666–671.
- Entscheidungsanmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.6.2012 - 2 StR 112/12. ZJS 2013, 128–131.
- Thibaut, John/Walker, Laurens*, A Theory of Procedure. 66 Cal. L. Rev. (1978), 541–566.
- Thielmann, Jochen*, Die Auswahl des Pflichtverteidigers. StraFo 2006, 358–363.
- Thielmann, Jochen/Groß-Börling, Andrea*, Im Spannungsfeld zwischen Strafrichtern und (zu?) aktiver Strafverteidigung – 1. Teil: Aktive Verteidigung als gerichtlicher Notfall. HRRS 2011, 151.
- Thomas, Kimberly A.*, Substantive Habeas. 63 Am. U. L. Rev. (2013-2014), 1749–1790.
- Tiedemann, Klaus*, 13 Thesen zu einem modernen menschenrechtsorientierten Strafprozeß. ZRP 1992, 107–109.
- Tolksdorf, Klaus*, Verwertungsverbot wegen unterlassener Beschuldigtenbelehrung nur bei Widerspruch? In: Gerd Pfeiffer (Hrsg.), Der verfaßte Rechtsstaat. Festgabe für Karin Graßhof. Heidelberg 1998, S. 255–269.
- Tomkovicz, James J.*, The right to the assistance of counsel. A reference guide to the United States Constitution. Westport, Conn. 2002.
- Trüg, Gerson*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren. Tübingen 2003.
- Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen plea bargaining-Systems für den deutschen Absprachendiskurs. ZStW 120 (2008), 331–374.
- Beweisanspruchsrecht – Disziplinierung der Verteidigung durch erhöhte Anforderungen? StraFo 2010, 139–147.
- Quo curris, Strafverfahren? – Zum Verhältnis der objektiven Dimension der Beschleunigungsmaxime zur Wahrheitsfindung. StV 2010, 528–538.
- Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.4.2012 - 5 StR 444/11. StV 2013, 66–70.
- Effizienz durch Verständigung im Strafverfahren – Die Akzeptanz von Verantwortung als legitimierendes Prinzip. In: Boris P. Paal/Dörte Poelzig (Hrsg.), Effizienz durch Verständigung. Baden-Baden 2015, S. 61–80.
- Rechtsmissbrauch des Beweisanspruchsrechts. In: Jan Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg. München 2015, S. 447–458.
- Trüg, Gerson/Kerner, Hans-Jürgen*, Formalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren. In: Heinz Schöch (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29.7.2007. Berlin 2007, S. 191–212.
- Tully, Marc*, Wider der Chronifizierung – Von der kränkelnden Hauptverhandlung. ZRP 2014, 45–48.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz. 2. Aufl. Heidelberg 2005.

- United States Department of Justice, Investigation of the Ferguson Police Department. Washington D.C. 4.3.2015.
- U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau for Justice Statistics, County-based and Local Public Defender Offices 2007. Washington D.C. September 2010.
- Vargha, Julius von*, Die Vertheidigung in Strafsachen. Wien 1879.
- Vehling, Karl-Heinz*, Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren. StV 1992, 86–92.
- Velten, Petra*, Justizentlastung durch Präklusion von Verfahrensrechten? In: Erich Samson (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag. Baden-Baden 1999, S. 753–795.
- Die Rückabwicklung unzulässiger Absprachen – Kritik der aktuellen Rechtsprechung zur Reichweite der §§ 257c Abs. 4 S. 3, 136a StPO. StV 2012, 172–176.
  - Fehlentscheidungen im Strafverfahren. GA 2015, 387–409.
- Ventzke, Klaus-Ulrich*, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO – Einfallstor revisionsgerichtlichen Gutdünkens? StV 1992, 338–342.
- Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs – viel Getu um nichts? StV 1997, 543–549.
  - Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.1.2010 - 1 StR 497/10. NStZ 2011, 301–302.
  - Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 14.3.2012 - 5 StR 28/12 (LG Saarbrücken), StV 2013, 6–7.
- Voigts, Anne M.*, Narrowing the eye of the needle: Procedural default, habeas reform and claims of ineffective assistance of counsel. 99 Colum. L. Rev. (1999), 1103.
- Volk, Klaus*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess. Konstanz 1980.
- Diverse Wahrheiten. In: Albin Eser (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin. Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes. Köln 1995, S. 411–419.
  - Konfliktverteidigung, Konsensualverteidigung und die Strafrechtsdogmatik. In: Gunter Widmaier u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs. Köln 2005, S. 495–507.
  - Die Wahrheit vor Gericht. München 2016.
- von Mangoldt, Hermann* (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz. Bd. 1: Artikel 1 bis 19. 6. Aufl. München 2010.
- Kommentar zum Grundgesetz. Bd. 2: Artikel 20 bis 82. 7. Aufl. München 2015.
- Voßkuhle, Andreas*, Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG. München 1993.
- Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas/Bannenberg, Britta*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. 4. Aufl. München 2014.
- Wächter, Hartmut*, Mindeststandards der Strafverteidigung. StV 1997, 111–112.

- Wahle, Eberhard*, Gedanken zur Beziehung von Mandant und Verteidiger. In: Udo Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30.8.1999. Berlin 1999, S. 105–115.
- Walther, Susanne*, The Position and Structure of the Prosecutor's Office in the United States. 8 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim Just. (2000), 283–295.
- Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, 204–225.
  - Völkerrechtliche Nachbesserung der Strafprozessordnung – jetzt! HRRS 2004, 126–132.
  - Rechtsstellung und Zentralpflichten des Strafverteidigers im Lichte des Grundrechts des Beschuldigten auf effektive Verteidigung. In: Thomas Weigend/Susanne Walther/Barbara Grunewald (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen. Denkanstöße aus sieben Rechtsordnungen. Berlin 2010, S. 329–356.
- Wangerin, Paul T.*, The Political and Economic Roots of the „Adversary System“ of Justice and „Alternative Dispute Resolution“. 9 Ohio St. J. on Disp. Resol. (1993–1994), 203–242.
- Wassermann, Rudolf*, Von der Schwierigkeit, Strafverfahren in angemessener Zeit durch Urteil abzuschließen. NJW 1994, 1106–1107.
- Weber, Ulrich*, Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren. GA 1975, 289–305.
- Weichbrodt, Korinna*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen. Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung. Berlin 2006.
- Weider, Hans-Joachim*, Sinkende Verfahrenskontrolle und steigende Rügeanforderungen im Revisionsverfahren. StraFo 2000, 328–333.
- Weigend, Thomas*, Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht. Baden-Baden 1978.
- Wechselverhör in der Hauptverhandlung? ZStW 100 (1988), 733–757.
  - Die Reform des Strafverfahrens. ZStW 104 (1992), 486–512.
  - Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht. ZStW 113 (2001), 271–304.
  - Is the Criminal Process About the Truth?: a German Perspective, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y (2003), 157–173.
  - The Decay of the Inquisitorial ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure. In: John D. Jackson/Máximo Langer/Peter Tillers (Hrsg.), Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška. Portland, Or. 2008, S. 39–64.
  - Should we search for the truth? 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. (2010-2011), 389–415.
  - Strafverteidigung im Zeitalter abgesprochener Urteile. In: Thomas Weigend/Susanne Walther/Barbara Grunewald (Hrsg.), Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen. Denkanstöße aus sieben Rechtsordnungen. Berlin 2010, S. 357–394.



- Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche im Strafverfahren. In: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25.1.2011. Berlin 2011, S. 749–766.
- Das Konfrontationsrecht des Angeklagten – wesentliches Element eines fairen Verfahrens oder Fremdkörper im deutschen Strafprozess? In: Mark Alexander Zöllner u.a. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7.9.2013. Berlin 2013, S. 1145–1165.
- Strukturelle Probleme im deutschen Strafprozess. *StraFo* 2013, 45–53.
- Weissenberger, Glen/Duane, James J.*, Federal Rules of Evidence. Rules, legislative history, commentary, and authority. 7th ed. New Providence, NJ 2011.
- Wenske, Marc*, Die Beiordnung des „Pflichtverteidigers“ (§§ 141 IV, 142 StPO) – Alte Fragen im neuen Gewand? *NStZ* 2010, 479–484.
- Anmerkung zu OLG Naumburg, Beschl. v. 4. 12. 2013 – 2 Ss 151/13. *NStZ* 2014, 117–118.
- Wessels, Johannes*, Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß. *JuS* 1969, 1–10.
- Weßlau, Edda*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren. Leitidee für eine Gesamtreform? Berlin 2003.
- Absprachen im Strafverfahren, *ZStW* 116 (2004), 150–171.
- Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens. *StraFo* 2007, 1–7.
- Der blinde Fleck. In: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 28.10.2008. Berlin 2009, S. 289–310.
- Was bedeutet die „ressourcen-ökonomische Logik“ für die Rechtsprechung der Revisionsgerichte? In: Georg Freund (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin 2013, S. 1289–1299.
- Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess. *ZIS* 2014, 558–564.
- Westen, Peter*, Compulsory Process II. 74 *Mich. L. Rev.* (1975–1976), 191–306.
- Confrontation and Compulsory Process: A Unified Theory of Evidence for Criminal Cases. 91 *Harv. L. Rev.* (1977–1978), 567–628.
- The Future of Confrontation. 77 *Mich. L. Rev.* (1978–1979), 1185.
- Widmaier, Gunter*, Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rückverlust (?). *NStZ* 1992, 519–523.
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.7.1993 - 5 StR 279/93. *NStZ* 1993, 602–604.
- Kritische Gedanken zur diskutierten Reform des Beweisantrags- und Revisionsrechts, *NStZ* 1994, 414–418.
- Anforderungen an die Verfahrensrüge nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, *StraFo* 2006, 437–440.
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.11.2006 - 3 StR 139/06. *NStZ* 2007, 234.
- Quo vadis, Revision? Revision, wohin gehst Du? *StraFo* 2010, 310–316.

- Widmaier, Gunter*, Präklusion von Verfahrensrügen durch Zweckentfremdung des § 238 II StPO? *NStZ* 2011, 305–310.
- Wigmore, John Henry*, *Evidence in Trials at Common Law*. Boston 1974.
- Wilhelm, Endrik*, „Versteckte Gesetzesverstöße“ in der Revision. *ZStW* 117 (2005), 143–170.
- Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung. *HRRS* 2014, 279–292.
  - Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung – Warum eigentlich? *HRRS* 2015, 246–252.
- Wilkinson, J. Harvie III*, In Defense of American Criminal Justice, 67 *Vand. L. Rev.* (2014), 1099–1172.
- Wimmer, Reiner*, Verantwortung. In: Petra Kolmer/Armin G. Wildfeuer/Wolfram Högbe (Hrsg.), *Neues Handbuch philosophischer Grundbegriffe*. Freiburg im Breisgau 2011, S. 2309–2319.
- Wohlers, Wolfgang*, *Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft*. Berlin, Hamburg 1994.
- Die rückwirkende Beiordnung eines Pflichtverteidigers: zur Umsetzung des Anspruchs auf Verteidigung in den Fällen erbetener Verteidigung. *StV* 2007, 376–379.
  - Das Strafverfahren in den Zeiten der „Eilkrankheit“. *NJW* 2010, 2470–2475.
  - Vorbefassung durch Erlass des Eröffnungsbeschlusses. In: Manfred Heinrich u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15.5.2011. Berlin, New York 2011, S. 1313–1328.
  - Die unzureichende Begründung von Verfahrensrügen. In: Georg Freund (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin 2013, S. 1325–1342.
  - Der Strafverteidiger: Rechtsbeistand oder (auch) Vertreter des Beschuldigten? In: Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat*. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2.7.2015. Berlin 2015, S. 621–636.
- Wolf, Gerhard*, *Das System des Rechts der Strafverteidigung. Die Struktur der gesetzlichen Regelung und ihre Bedeutung für die Praxis*. Frankfurt (Oder) 2000.
- Wolf, Manfred/Neuner, Joerg*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. Aufl. München 2013.
- Wolter, Jürgen*, *Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007*. München 1991.
- Unverfügbares und Verteidigungsstrategien. In: Barbara Livonius u.a. (Hrsg.), *Strafverteidigung im Wirtschaftsleben*. Festgabe für Hanns W. Feigen zum 65. Geburtstag am 13.3.2014. Köln 2014, S. 383–398.
- Wright, Charles Alan/Henning, Peter J.*, *Federal Practice and Procedure*. Vol. 2, Eagan, Minn. 2009a.
- *Federal Practice and Procedure*. Vol. 2A, Eagan, Minn. 2009b.
  - *Federal Practise and Procedure*. Vol. 3B, Eagan, Minn. 2013c.

- Wright, Charles Alan/Leipold, Andrew D.*, Federal Practice and Procedure. Vol. 1A, Eagan, Minn. 2008.
- Wright, Charles Alan/Welling, Sarah N.*, Federal Practice and Procedure. Vol. 3, Eagan, Minn. 2011.
- Wright, Ronald F.*, Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Justice. 154 U. Pa. L. Rev. (2005-2006), 79–156.
- Zachariä, Heinrich Albert*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens. Goldbach 1846.
- Handbuch des deutschen Strafprocesses. Systematische Darstellung des auf den Quellen des gemeinen Rechts und der neuern deutschen Gesetzgebung beruhenden Criminalverfahrens, in wissenschaftlicher Begründung und Verbindung. Göttingen 1861.
- Zimmermann, Reinhard*, Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung. NJW 2009, 3626–3632.
- Zimpleman, Tom*, The Ineffective Assistance of Counsel Era. 63 S.C. L. Rev. (2011), 425–461.
- Zöller, Mark A.*, Effektive Verteidigung und Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren in Deutschland. In: Friedrich-Christian Schroeder/Tina de Vries (Hrsg.), Neue Tendenzen im Strafprozessrecht – Deutschland, Polen und die Ukraine. Frankfurt 2015, S. 115–132.
- Das Recht auf einen Verteidiger im Ermittlungsverfahren. In: Barbara Livonius u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung im Wirtschaftsleben. Festgabe für Hanns W. Feigen zum 65. Geburtstag am 13.3.2014. Köln 2014, S. 399–415.
- Zollondz, Hans-Dieter*, Grundlagen Qualitätsmanagement. Einführung in Geschichte, Begriffe, Systeme und Konzepte. 3. Aufl. München 2011.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete des Privatrechts. 3. Aufl. Tübingen 1996.
- Zwiefhoff, Gabriele*, Haftung des Strafverteidigers? StV 1999, 555–562.

# Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

---

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden sechs Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“
- „Kriminologische Forschungsberichte“
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“
- „Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology“
- „Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group“
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung“

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <[www.duncker-humblot.de](http://www.duncker-humblot.de)> erworben werden. Darüber hinaus erscheinen in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> abrufbar.

---

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following six subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law)
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology)
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology)
- “Publications of the Max Planck Partner Group for Balkan Criminology”
- “Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law and Bahçeşehir University Joint Research Group”
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in Translation)

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)> or from Duncker & Humblot at <[www.duncker-humblot.de](http://www.duncker-humblot.de)>. Two additional subseries are published: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <[www.mpicc.de](http://www.mpicc.de)>.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 158 *Hannes Schrägle*  
**Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt**  
Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechts-  
vergleichende Untersuchung und die Entwicklung  
eines Systems der Garantietypen  
2017 • 339 Seiten • ISBN 978-3-86113-793-1 € 35,00
- S 156 *Ulrich Sieber / Nicolas von zur Mühlen (eds.)*  
**Access to Telecommunication Data in Criminal Justice**  
A Comparative Analysis of European Legal Orders  
2016 • 771 Seiten • ISBN 978-3-86113-796-2 € 58,00
- S 155 *Jennifer Schuetze-Reymann*  
**International Criminal Justice on Trial**  
The ICTY and ICTR Case Referral Practice  
to National Courts and Its Possible  
Relevance for the ICC  
2016 • 232 Seiten • ISBN 978-3-86113-797-9 € 35,00
- S 154 *Carl-Wendelin Neubert*  
**Der Einsatz tödlicher Waffengewalt  
durch die deutsche auswärtige Gewalt**  
2016 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-799-3 € 41,00
- S 153 *Mehmet Arslan*  
**Die Aussagefreiheit des Beschuldigten  
in der polizeilichen Befragung**  
Ein Vergleich zwischen der EMRK, dem deutschen  
und dem türkischen Recht  
2015 • 670 Seiten • ISBN 978-3-86113-801-3 € 55,00
- S 152 *Albin Eser / Walter Perron (Hrsg.)*  
**Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit  
und Sanktionierung in Europa**  
Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung  
2015 • 1147 Seiten • ISBN 978-3-86113-802-0 € 66,00
- S 151 *Emmanouil Billis*  
**Die Rolle des Richters im adversatorischen und im  
inquisitorischen Beweisverfahren**  
Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches  
Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen  
2015 • 503 Seiten • ISBN 978-3-86113-804-4 € 44,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Forschungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 1.1: Introduction to National Systems  
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems  
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems  
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems  
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 2.1: General limitations on the application  
of criminal law  
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.2.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 2.2: General limitations on the application  
of criminal law  
2017 • 272 Seiten • ISBN 978-3-86113-798-6 € 35,00
- S 128.3.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 3.1: Defining criminal conduct  
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 128.3.2 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 3.2: Defining criminal conduct  
2017 • 370 Seiten • ISBN 978-3-86113-790-0 € 43,00
- S 128.4.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 4.1: Special forms of criminal liability  
2015 • 401 Seiten • ISBN 978-3-86113-803-7 € 43,00
- S 128.5.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)  
**National Criminal Law in a Comparative Legal Context**  
Volume 5.1: Grounds for rejecting criminal liability  
2016 • 410 Seiten • ISBN 978-3-86113-800-6 € 43,00



Auswahl aktueller Publikationen aus der kriminologischen Veröffentlichungsreihe:

- K 177 *Tillmann Bartsch, Martin Brandenstein, Volker Grundies, Dieter Hermann, Jens Puschke, Matthias Rau (Hrsg.)*  
**50 Jahre Südwestdeutsche und Schweizerische Kriminologische Kolloquien**  
Berlin 2017 • 312 Seiten • ISBN 978-3-86113-265-3 € 35,00
- K 174 *Min Kyung Han*  
**The Effectiveness of Electronic Monitoring in Korea**  
Berlin 2017 • 210 Seiten • ISBN 978-3-86113-261-5 € 35,00
- K 173 *Jing Lin*  
**Compliance and Money Laundering Control by Banking Institutions in China**  
Self-Control, Administrative Control, and Penal Control  
Berlin 2016 • 222 Seiten • ISBN 978-3-86113-260-8 € 35,00
- K 172 *Julia Kasselt*  
**Die Ehre im Spiegel der Justiz**  
Eine Untersuchung zur Praxis deutscher Schwurgerichte im Umgang mit dem Phänomen der Ehrenmorde  
Berlin 2016 • 495 Seiten • ISBN 978-3-86113-255-4 € 42,00
- K 171 *Rita Haverkamp, Harald Arnold (Hrsg.)*  
**Subjektive und objektivierbare Bedingungen von (Un-)Sicherheit**  
Studien zum Barometer Sicherheit in Deutschland (BaSiD)  
Berlin 2015 • 384 Seiten • ISBN 978-3-86113-254-7 € 38,00
- K 170 *Moritz Tauschwitz*  
**Die Dopingverfolgung in Deutschland und Spanien**  
Eine strafrechtliche und kriminologische Untersuchung  
Berlin 2015 • 332 Seiten • ISBN 978-3-86113-253-0 € 37,00
- K 169 *Andreas Schwedler, Gunda Wössner*  
**Elektronische Aufsicht bei vollzugsöffnenden Maßnahmen**  
Implementation, Akzeptanz und psychosoziale Effekte des baden-württembergischen Modellprojekts  
Berlin 2015 • 126 Seiten • ISBN 978-3-86113-252-3 € 25,00
- K 168 *Daniela Hunold*  
**Polizei im Revier**  
Polizeiliche Handlungspraxis gegenüber Jugendlichen in der multiethnischen Stadt  
Berlin 2015 • 288 Seiten • ISBN 978-3-86113-251-6 € 35,00
- K 167 *Christopher Murphy*  
**“Come in Spinner” – Money Laundering in the Australian Casino Industry**  
Berlin 2014 • 152 Seiten • ISBN 978-3-86113-250-9 € 29,00



Auswahl aktueller Publikationen aus den kriminologischen und interdisziplinären Veröffentlichungsreihen:

- BC 1 *Anna-Maria Getoš Kalac, Hans-Jörg Albrecht, Michael Kilchling* (eds.)  
**Mapping the Criminological Landscape of the Balkans**  
A Survey on Criminology and Crime  
with an Expedition into the Criminal Landscape of the Balkans  
Berlin 2014 • 540 Seiten • ISBN 978-3-86113-248-6 € 44,00
- I 25 *Chenguang Zhao*  
**The ICC and China**  
The Principle of Complementarity and the National  
Implementation of International Criminal Law  
Berlin 2017 • 245 Seiten • ISBN 978-3-86113-266-0 € 35,00
- I 24 *Ulrich Sieber* (Hrsg.)  
**Strafrecht in einer globalen Welt**  
Internationales Kolloquium zum Gedenken an  
Professor Dr. Hans-Heinrich Jescheck vom 7. bis 8. Januar 2011  
Berlin 2016 • 200 Seiten • ISBN 978-3-86113-259-2 € 30,00
- I 23 *Hans-Jörg Albrecht* (Hrsg.)  
**Kriminalität, Kriminalitätskontrolle, Strafvollzug und Menschenrechte**  
Internationales Kolloquium zum Gedenken an  
Professor Dr. Günther Kaiser am 23. Januar 2009  
Berlin 2016 • 176 Seiten • ISBN 978-3-86113-258-5 € 30,00
- I 22 *Claudia Carolin Klüpfel*  
**Die Vollzugspraxis des Umweltstraf- und Umweltordnungs-  
widrigkeitenrechts**  
Eine empirische Untersuchung zur aktuellen Anwendungspraxis  
sowie Entwicklung des Fallspektrums und des Verfahrensgangs  
seit den 1980er Jahren  
Berlin 2016 • 278 Seiten • ISBN 978-3-86113-257-8 € 35,00
- I 21 *Tanja Leibold*  
**Der Deal im Steuerstrafrecht**  
Die Verständigung gemäß § 257c StPO in der Systematik  
des formellen und materiellen Rechts  
Berlin 2016 • 254 Seiten • ISBN 978-3-86113-256-1 € 35,00
- I 20 *Almuth Voß*  
**Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse**  
Eine kritische Auseinandersetzung mit den Grundsätzen  
der beziehungsbedingten Notwehrbeschränkung  
Berlin 2013 • 161 Seiten • ISBN 978-3-86113-240-0 € 29,00