

Schriften zum Prozessrecht

Band 271

**Missbrauch des
Beweisantragsrechts
im Strafprozess und
Missbrauchsabwehr**

Von

Chang Liu



Duncker & Humblot · Berlin

CHANG LIU

Missbrauch des Beweisantragsrechts im Strafprozess
und Missbrauchsabwehr

Schriften zum Prozessrecht

Band 271

Missbrauch des Beweisantragsrechts im Strafprozess und Missbrauchsabwehr

Von

Chang Liu



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-18116-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58116-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im September 2019 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis April 2020 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, der mir nicht nur wertvolle Anregungen und Hinweise gab, sondern auch eine umfassende fachliche Förderung bot; zudem ließ er mir einen beträchtlichen wissenschaftlichen Freiraum. Auch bei persönlichen Schwierigkeiten hat er mich stets unterstützt, wofür ich ihm von ganzem Herzen danken möchte.

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Volk danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Matthias Krüger für seine Mitwirkung bei der mündlichen Prüfung.

Meinen herzlichen Dank möchte ich auch Herrn Xi Chen und Herrn Prof. Dr. Luis Greco aussprechen – in ihnen fand ich nicht nur wissenschaftliche Orientierung, sondern auch hilfsbereite Gesprächspartner, die mich immer inspirierten und motivierten. Ebenso möchte ich einigen anderen langjährigen Weggefährten danken, nämlich den Kolleginnen und Kollegen des Instituts für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik sowie den im Gastzimmer der Strafrechtsbibliothek Forschenden, mit denen es zu fruchtbaren wissenschaftlichen Diskussionen kam.

Frau Odilia Mauro und Herrn Dirk Gründler bin ich für die inhaltliche sowie sprachliche Korrektur dieser Arbeit zu großem Dank verpflichtet.

Für die finanzielle Unterstützung bedanke ich mich ganz herzlich bei der Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS).

Die Hilfe und Begleitung von einigen Freundinnen und Freunden während der Zeit meiner Promotion ist kaum zu überschätzen. Insbesondere möchte ich Mandy Fei und Sichun Li für ihren verständnisvollen Beistand danken.

Diese Arbeit ist meinen Eltern Guanliang Liu und Mingye Zhou in der Hoffnung gewidmet, dass sie ihnen Freude macht. Ihre liebevolle Unterstützung hat meine Promotion in Deutschland überhaupt erst ermöglicht und mir damit zugleich wertvolle, mich prägende Jahre beschert.

Shanghai, im Juli 2020

Chang Liu

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Ausgangspunkt	15
B. Begrenzung der Untersuchungsgegenstände	18
C. Gang der Abhandlung	19

1. Teil

Entstehung und Entwicklung des Beweisantragsrechts	21
A. Entstehung der Beweiserhebungsansprüche der Angeklagten – Entwicklungen bis zur Reichsstrafprozeßordnung 1877	21
I. Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532	21
II. Der reformierte Strafprozess	23
III. Die Reichsstrafprozeßordnung von 1877	27
B. Entstehung und Entfaltung des Beweisantragsrechts im deutschen Strafverfahren – Entwicklungen bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes	30
I. Etablierung des Beweisantragsrechts durch die Rechtsprechung vor dem ersten Weltkrieg	30
1. Die Gesetzesänderungsversuche	30
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	32
a) Exkursion	34
II. Weiterentwicklung des Beweisrechts zugunsten des Angeklagten in der Weimarer Republik	35
III. Die Einschränkung des Beweisrechts des Angeklagten während der NS-Zeit und die Reaktion der Rechtsprechung darauf	38
IV. Die gesetzliche Anerkennung eines umfassenden Beweisrechts des Angeklagten in der Bundesrepublik	42
C. Beschränkung des Beweisrechts des Angeklagten unter Berufung auf das Missbrauchsverbot – Entwicklungen in der Bundesrepublik seit 1974	43
I. Gesetzesänderungen vor 2014	43
II. Rechtsprechung vor 2014	52
1. Das allgemeine Missbrauchsverbot	52
2. Konnexität	53
3. Fristenlösung	59

III. Aktuelle Gesetzesänderung (2014–2019)	68
D. Resümee	74

2. Teil

Die Grundlagen des Beweisantragsrechts	75
---	----

1. Kapitel

Die Grundlagen des Strafverfahrens	75
---	----

A. Ziele des Strafprozesses	75
B. Rechtfertigung des Strafverfahrens	79
C. Rechtfertigung des Strafverfahrens durch Zusammenwirken seiner Ziele und Schranken	83
I. Zweck-Schranke-Struktur	83
II. Zwecke und Schranken des Strafverfahrens	84
III. Förderung der legitimen Strafzufügung als Ziel des Strafverfahrens	87
1. Erforschung der materiellen Wahrheit	87
2. Rascheste Verfahrensbeendigung	93
IV. Instrumentalisierungsverbot als Schranke des Strafverfahrens	98
1. Exkursion	106
V. Zusammenspiel der Ziele und Schranken	108

2. Kapitel

Beweisantragsrecht im legitimen Strafverfahren	111
---	-----

A. Beweisantragsrecht und Wahrheitserforschung	112
I. Beweisantizipation und Beweisantizipationsverbot	112
1. Hintergrund der Diskussion	112
2. Begriff der Beweisantizipation	114
3. Umfang des Beweisantizipationsverbots	116
a) Ein Totalverbot?	116
b) Erlaubte Beweisantizipation im Rahmen der Aufklärungspflicht und des Beweisantragsrechts	118
aa) Theoretisch mögliche Antizipationsvarianten	119
bb) Zulässigkeit der Beweisantizipation aufgrund der richterlichen Überzeugung vom Gegenteil	121
cc) Zulässigkeit der Beweisantizipation hinsichtlich der Erheblichkeit einer Tatsache	121
(1) Erheblichkeit einer Haupttatsache	121
(2) Erheblichkeit einer Indiz- oder Hilfstatsache	122

dd) Zulässigkeit der Beweisantizipation hinsichtlich des Beweiswertes eines Beweismittels	124
ee) Zulässigkeit der Beweisantizipation hinsichtlich des Sachverhaltsmodifikationscharakters des Beweisergebnisses	127
(1) Prospektive Antizipation	127
(2) Retrospektive Antizipation	128
ff) Zwischenergebnis	131
II. Verfahrensrechtliche Garantien	133
B. Beweisantragsrecht und schnellste Verfahrensbeendigung	139
C. Beweisantragsrecht und Verfahrensgerechtigkeit	140
D. Ziel des Instituts des Beweisantragsrechts	144

3. Teil

Missbrauch des Beweisantragsrechts und Gegenmaßnahmen 145

1. Kapitel

Rechtsmissbrauch im Strafverfahren 145

A. Diskussion und Realität	145
B. Rechtfertigung der Missbrauchsidee	150
C. Kategorien des Rechtsmissbrauchs und ihre Rechtfertigung	152
I. Kategorien des Rechtsmissbrauchs	152
II. Rechtfertigung der Kategorisierung	155
1. Dramatisierung des Missbrauchs des Beschuldigten und des Verteidigers	155
a) Exkursion	161
2. Außerachtlassung des Missbrauchs der Staatsanwaltschaft und des Gerichts	164
D. Rechtfertigung der Missbrauchsabwehr	167
I. Zulässigkeit der Missbrauchsabwehr in Form der richterlichen Rechtsfortbildung	167
II. Rechtfertigung einer richterlichen Abwehrmaßnahme	175
E. Resümee	177

2. Kapitel

Missbrauch des Beweisantragsrechts und Missbrauchsabwehr 177

A. Missbrauch des Beweisantragsrechts	177
B. Maßnahmen gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts seit 1950	183

I.	Gesetzliche Missbrauchsabwehr	183
1.	Missbrauchsabwehr in der StPO durch Ablehnungsgründe	183
a)	Gründe für die Ablehnung eines Beweisantrags	183
b)	Missbrauchsbekämpfung durch die gesetzlichen Ablehnungsgründe ..	185
2.	Andere gesetzliche Abwehrmöglichkeiten	188
II.	Missbrauchsabwehr durch vorsichtige und einzelfallbezogene Rechtsfort- bildung praeter legem	196
C.	Neue Maßnahmen gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts	198
I.	Das allgemeine Missbrauchsverbot	199
1.	Rechtsprechung und Kritik	199
2.	Eigene Stellungnahme	201
II.	Konnexität im weiteren Sinne	204
1.	Rechtsprechung, Gesetzgebung und Kritik	204
2.	Eigene Stellungnahme	207
III.	Fristenlösung	211
1.	Das formelle Fristenmodell	211
a)	Rechtsprechung, Gesetzgebung und Kritik	211
b)	Eigene Stellungnahme	217
2.	Das materielle Fristenmodell	222
a)	Rechtsprechung und Kritik	222
b)	Eigene Stellungnahme	227
IV.	Erleichterte Ablehnung zur Prozessverschleppung gestellter Anträge	230
a)	Gesetzgebung und Kritik	230
b)	Eigene Stellungnahme	232
D.	Resümee	237
	Schlusswort	239
	Literaturverzeichnis	241
	Sachwortregister	272

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
a. M.	andere Meinung
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BLJ	Bucerius Law Journal
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte v. 26.07.1957 (BGBI. 1957 I, S. 907)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung v. 01.08.1959 (BGBI. 1959 I, S. 565)
BT	Bundestag
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 11.08.1993 (BGBI. 1993 I, S. 1473)
CCC	Constitutio Criminalis Carolina von 1532
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten v. 04.11.1950 (BGBl. 1952 II, S. 685)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GerS	Der Gerichtssaal
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949 (BGBl. 1949, S. 1)
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz v. 09.05.1975 (BGBl. 1975 I, S. 1077)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
inkl.	inklusive
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Leviathan	Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil.	Neue Juristische Wochenschrift – Beilage
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
PrGS	Gesetzessammlung für die Königlich Preußischen Staaten
RAF	Rote Armee Fraktion

RAV	Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein e. V.
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung v. 01.02.1877 (RGBl. 1877, S. 253)
RT-Verh.	Verhandlungen des Deutschen Reichstags
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz v. 05.05.2004 (BGBl. 2004 I, S. 718)
s.	siehe
S.	Satz, Seite
Sp.	Spaltung
StGB	Strafgesetzbuch v. 13.11.1998 (BGBl. 1998 I, S. 3322)
StPO	Strafprozessordnung v. 07.04.1987 (BGBl. 1987 I, S. 1074)
StraFo	Strafverteidigerforum
StV	Strafverteidiger
u. a.	und andere
v.	vom; von
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
Zi.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

A. Ausgangspunkt

Aus der Perspektive einer Chinesin, in deren Heimatland die Angeklagtenseite keinerlei Beweiserhebungsanspruch hat und daher Fehlurteile, die die Verurteilten für Jahrzehnte hinter Gitter bringen oder sie sogar das Leben kosten, nicht selten vorkommen,¹ scheint das deutsche Beweisantragsrecht ein Vorbild zu sein, mit dem die Verteidigung die Erhebung eines entlastenden Beweises erzwingen und dadurch eine unvollständige amtliche Sachverhaltsaufklärung ergänzen kann. Seit 1950 müssen deutsche Gerichte, sofern ein Angeklagter oder sein Verteidiger vor der Urteilsverkündung² die Erhebung eines konkreten Beweismittels³ zur

¹ Hier können mangels einer offiziellen Statistik über Fehlurteile nur exemplarisch einige der bekannten Justizskandale genannt werden:

1. Fall Xingshan Teng: Gegen Herr Teng wurde wegen vorsätzlicher Tötung seiner Freundin im Jahre 1989 die Todesstrafe verhängt und vollstreckt. Der Verteidiger hatte Beweise für seine Unschuld gesammelt, wie z. B. ein Gutachten, nach dem der mutmaßliche Tatort bei der angenommenen Tatzeit aufgrund Überschwemmung gar nicht erreichbar war. Weder der Sachverständige noch andere Zeugen wurden in der Hauptverhandlung vernommen. Im Jahre 1994 wurde entdeckt, dass das mutmaßliche Opfer noch lebte (<http://www.procedurallaw.cn/zh/node/1080>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).

2. Fall Xianglin She: Herr She wurde im Jahre 1998 zur Freiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt, nachdem er wegen vorsätzlicher Tötung der Ehefrau angeklagt worden war. Keiner der Zeugen, die die Ehefrau nach dem angenommenen Totschlag gesehen hatten, wurde zur Hauptverhandlung geladen. Sieben Jahre später tauchte die Ehefrau wieder auf (<http://www.procedurallaw.cn/zh/node/1080>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).

3. Fall Peiwu Du: Nach dem Tod seiner Ehefrau und ihres Geliebten wurde Herr Du, ein Polizist, im Jahre 1999 zur Todesstrafe auf Bewährung verurteilt. Während der Hauptverhandlung zog er das Geständnis mit der Begründung zurück, dass es unter Folter abgelegt wurde, und zeigte sein Hemd mit Blutspuren. Hinsichtlich der Folter wurde aber keine Beweisaufnahme durchgeführt. Im Jahre 2000 wurden die richtigen Täter festgenommen (<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=15996>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).

4. Fall Gaoping Zhang und Hui Zhang: Die zwei Herren Zhang wurden im Jahre 2004 wegen Vergewaltigung mit Todesfolge jeweils zur Todesstrafe auf Bewährung und Freiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt, obwohl sie behaupteten, dass sie keine Zeit für die Tatbegehung hatten, und als Beweis dafür die Videoüberwachung auf der Autobahn benannten. Die Videoüberwachung wurde nicht herbeigeschafft. 2011 wurde der richtige Täter gefunden (<http://www.lifeweek.com.cn/2013/0408/40478.shtml>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).

Weitere Fälle s. z. B. <http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=15996>, zuletzt aufgerufen am 30.04.2020.

² D.h. noch nach dem Schluss der Beweisaufnahme und sogar noch während oder nach der Beratung des Gerichts dürfen Beweisanträge gestellt werden, s. LR-Becker, 26. Aufl., § 246, Rn. 2.

Bestätigung einer bestimmten Beweisbehauptung⁴ mit einem Antrag ernsthaft verlangt⁵, die beantragte Beweisaufnahme durchführen, wenn keiner der in § 244 Abs. 3–5 StPO a.F. und § 245 Abs. 2 StPO a.F. abschließend aufgezählten Gründe für eine Antragszurückweisung vorliegt.⁶ Gemäß § 244 Abs. 6 StPO a.F. i.V.m. § 34 StPO muss die Antragsablehnung durch einen vor dem Schluss der Beweisaufnahme verkündeten Gerichtsbeschluss erfolgen, der verständlich und lückenlos begründet wird, sodass der Antragsteller die zur Ablehnung führenden tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen des Gerichts erfahren und auf dieser Grundlage neue Beweisanträge stellen kann, die Erfolg zu erzielen vermögen.⁷ Sowohl die materielle als auch die formelle Behandlung von Beweisanträgen durch das Tatgericht wird von dem Revisionsgericht kontrolliert. Ein Fehler bei der Behandlung von Beweisanträgen führt nach §§ 337, 338 Nr. 8 StPO häufig zur Urteilsaufhebung.⁸

Bevor man sich über die Reform der chinesischen Hauptverhandlung durch Einführung dieses Instituts Gedanken macht, ist jedoch zu bemerken, dass in Deutschland das Beweisantragsrecht in den letzten Jahrzehnten für besonders missbrauchsanfällig gehalten wurde und zum Zwecke der Missbrauchsabwehr eine Vielzahl von Verkürzungen durch den Gesetzgeber oder die Justiz erlebte. Die aktuellsten Einschränkungen stammen aus dem Gesetz zur effektiveren und

³ Vor der Gesetzesänderung am 10.12.2019 enthielt lediglich § 219 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. eine (bruchstückhafte) Definition des Beweisantrags. Nach der damals herrschenden Meinung galten die Anforderungen von § 219 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. nicht nur für Beweisanträge, die während der Vorbereitung der Hauptverhandlung gestellt werden, sondern auch für Beweisanträge in der Hauptverhandlung (Alsberg-Dallmeyer; 6. Aufl., Rn. 78). Dementsprechend ist das Beweismittel so klar zu bezeichnen, dass es von anderen unterschieden, ermittelt und zur Hauptverhandlung herbeigeschafft werden kann. Von der Existenz des Beweismittels braucht der Antragsteller nicht überzeugt zu sein, es reicht schon aus, dass er sie mutmaßt (Alsberg-Dallmeyer; 6. Aufl., Rn. 99, 105).

⁴ Die behauptete Tatsache muss gerade diejenige sein, über die der Beweis erhoben wird die bloße Angabe der daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen reicht nicht aus. Wie beim Beweismittel braucht der Antragsteller nicht von der Richtigkeit des Behaupteten voll überzeugt zu sein, vielmehr kann er die Beweiserhebung auch über Tatsachen verlangen, die er zwar nicht kennt, aber vermutet oder wenigstens für möglich hält (Alsberg-Dallmeyer; 6. Aufl., Rn. 91, 94, 96, 99). Fehlt eine bestimmte Beweistatsache oder ein konkretes Beweismittel, liegt kein Beweisantrag, sondern lediglich ein Beweisermittlungsantrag vor (LR-Becker; 26. Aufl., § 244, Rn. 162).

⁵ Der Antragsteller muss deutlich machen, dass er die Beweisaufnahme nicht nur anregt und die Entscheidung darüber in die Hände des Gerichts legt, sondern die Beweiserhebung ernsthaft verlangt (Alsberg-Dallmeyer; 6. Aufl., Rn. 87). Das schließt aber nicht aus, dass er aus einem anderen Zweck als der Sachverhaltsaufklärung, wie z.B. zur Verfahrensverzögerung, die Beweisführung anstrebt, so lässt sich der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht verstehen. Wird die Beweiserhebung nicht ernstlich verlangt, erkennt man nur ein Beweiserbieten an (LR-Becker; 26. Aufl., § 244, Rn. 169).

⁶ LR-Becker; 26. Aufl., § 244, Rn. 182; ders., 26. Aufl., § 245, Rn. 55.

⁷ LR-Becker; 26. Aufl., § 244, Rn. 133 f.; ders., 26. Aufl., § 245, Rn. 55.

⁸ LR-Becker; 26. Aufl., § 244, Rn. 370, 375 ff.; ders., 26. Aufl., § 245, Rn. 77, 80.

praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens vom 17.08.2017 und dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019. Das Erstere billigt eine solche Vorgehensweise, dass der Vorsitzende zunächst den Verfahrensbeteiligten eine Frist zum Stellen von Beweisanträgen setzt und das Gericht dann die verfristeten Beweisanträge nicht mehr während der Hauptverhandlung, sondern erst mit dem Urteil bescheidet, während das Letztere dem Tatrichter gestattet, diejenigen Anträge auf Beweiserhebung nicht mehr als Beweisanträge zu betrachten und zu behandeln, die keinen Zusammenhang zwischen Beweismittel und Beweistatsache erkennen lassen oder lediglich zur Prozessverschleppung gestellt werden. Es ist fraglich, ob diese Änderungen das Ende der Reformversuche markieren, oder ob noch weitere Versuchen folgen, um das Beweisantragsrecht weiter zu begrenzen und damit den mutmaßlichen Missbrauch dieses Rechts zu unterbinden.

Die sogenannte Missbrauchsabwehr im Bereich des Beweisantragsrechts durch Gesetzgebung und Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend kritisch betrachtet. Die Studien erfolgen entweder im Rahmen der Untersuchung der Missbrauchsbekämpfung im ganzen Strafverfahren,⁹ oder sie beziehen sich auf eine einzelne Maßnahme zur Beschränkung des Beweisantragsrechts.¹⁰ Nur vereinzelt werden unterschiedliche Abwehrmöglichkeiten gegen den Missbrauch des Beweisantragsrechts gleichzeitig und vergleichend untersucht.¹¹ Meines Erachtens ist eine Analyse dieser Art aber notwendig, um einerseits den Besonderheiten des Missbrauchs sowie der Missbrauchsabwehr in der Beweisantragssituation Rechnung zu tragen und andererseits ein vollständiges Bild in diesem Bereich zu schaffen.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist vor allem die Stellung des Beweisantragsrechts in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren zu klären, die gerechte Balance zwischen den Rechten des Angeklagten und der Missbrauchsabwehr in der Beweisantragssituation zu ermitteln, und letztendlich die Rechtfertigung der verschiedenen einschränkenden Maßnahmen zu überprüfen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den ersten beiden Aspekten, da nicht willkürliche Entscheidungen des Gesetzgebers sowie der Justiz eines fremden Staates, sondern Gründe mit universeller Geltung¹² die chinesischen Juristen zur Gestaltung unseres eigenen Beweiserhebungsanspruchs der Angeklagtenseite zu inspirieren vermögen.

⁹ *Grüner*, Mißbrauch; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot; *Spriegel*, Rechtsmissbrauch; *Fahl*, Rechtsmißbrauch; *Horvat*, Missbrauchsverbot.

¹⁰ *Spiekermann*, Mißbrauch; *Nicklas*, Fristsetzung; *Tenorth-Sperschneider*, Korrespondenz; *Lamshöft*, Modell; *Börner*, Legitimation.

¹¹ *Schatz*, Beweisantragsrecht.

¹² Zur Idee der Priorität der Gründe gegenüber den Entscheidungen sowie den Überlegungen über eine universelle (Strafprozess-)rechtswissenschaft s. *Greco*, Strafprozess-theorie, S. 41 ff.

B. Begrenzung der Untersuchungsgegenstände

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich nur mit dem Beweisantragsrecht der Angeklagten in der Hauptverhandlung, obwohl Beweisanträge während des ganzen Strafverfahrens, also schon vor der Anklageerhebung im Ermittlungsverfahren, gestellt werden können und während der Hauptverhandlung das Beweisantragsrecht mehreren Verfahrensbeteiligten zusteht. Je nachdem, in welchem Verfahrensabschnitt ein Beweisantrag gestellt wird, führt dies mit unterschiedlicher Wirksamkeit zu einer Beweiserhebung: Beantragt der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine Beweisführung, wird diesem Antrag nur entsprochen, wenn die Beweisaufnahme von Bedeutung ist (§ 163a Abs. 2 StPO). Einen Antrag auf Beweiserhebung im Zwischenverfahren (§ 201 Abs. 1 S. 1 StPO) lehnt das Gericht ab, wenn die begehrte Beweisaufnahme die Eröffnungsentscheidung nicht beeinflussen kann.¹³ Erst über einen Antrag auf Herbeischaffung von Beweismitteln zur Hauptverhandlung in der Vorbereitungsphase (§ 219 Abs. 1 S. 1 StPO) entscheidet der Vorsitzende in Ansehung seiner Aufklärungspflicht sowie den Grundsätzen des § 244 Abs. 3–5 StPO.¹⁴ Und nur in der Hauptverhandlung kommt das Beweisantragsrecht mit §§ 244 Abs. 3–6, 245 Abs. 2, 246 Abs. 1 StPO zur vollen Entfaltung. Dabei spielen die Beweisanträge der Verteidigungsseite die wichtigste Rolle, denn für die Anklageseite,¹⁵ vor allem für die Staatsanwaltschaft, besteht selten der Bedarf, eine Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zu beantragen, was wiederum darauf zurückzuführen ist, dass die staatsanwaltschaftliche Tatperspektive verkörpernde Anklageschrift und die Ermittlungsakten die Marschroute des Gerichts in der Hauptverhandlung mehr oder weniger vorbestimmen.¹⁶ Entsprechend werden in der Praxis Beweisanträge ganz überwiegend von der Verteidigungsseite während der Hauptverhandlung gestellt.¹⁷ Da gerade dieses Beweisantragsrecht im Mittelpunkt der Diskussion über Missbrauch und Missbrauchsabwehr steht, soll hierauf der Fokus liegen.

Aus dem gleichen Grund wird grundsätzlich nur das Beweisantragsrecht hinsichtlich nichtpräsenter Beweismittel behandelt. Während der Hauptverhandlung teilt sich dieses Recht in zwei Zweige auf: Der Antragsteller hat einerseits die Möglichkeit, gemäß § 244 Abs. 3–5 StPO die Herbeischaffung sowie die Verwendung eines nicht präsenten Beweismittels durch das Gericht zu erzwingen; er kann andererseits das Beweismittel selbst beibringen und nach § 245 Abs. 2 StPO die Erstreckung der Beweisaufnahme auf dieses präsent gewordene Beweismittel veranlassen, zumal die Ablehnungsgründe des § 245 Abs. 2 S. 2–3 StPO

¹³ LR-*Stuckenberg*, 27. Aufl., § 201, Rn. 38 f.

¹⁴ LR-*Jäger*, 26. Aufl., § 219, Rn. 11 ff.

¹⁵ Weitere Antragsberechtigte s. LR-*Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 118.

¹⁶ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 206; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 56 ff.

¹⁷ *Dölling* u. a., Dauer von Strafverfahren, S. 127 f., 142 ff.; *ter Veen*, Strukturanalyse, S. 333 f.

wesentlich enger sind als diejenigen des § 244 Abs. 3–5 StPO. Trotzdem hat das Beweisantragsrecht nach § 245 Abs. 2 StPO in der Praxis nur eine geringe Bedeutung,¹⁸ weil für einen Antragsteller, der die Sachverhaltsaufklärung zu seinen Gunsten anstrebt, dieses Recht teuer und kaum zu leisten ist und es aus der Perspektive eines Antragstellers, der den Prozess nur verschleppen will, weniger missbrauchsgeeignet ist, was daran liegt, dass ein Antrag auf Erhebung präsenter Beweismittel keine zeitaufwändige Herbeischaffung des Beweises zur Folge haben kann.

Schließlich untersucht diese Arbeit lediglich die Beweisanträge hinsichtlich der Zeugen- sowie Urkundenbeweise, die § 244 Abs. 3 StPO unterliegen, und berücksichtigt nicht die Anträge auf Anhörung eines Sachverständigen, auf Einnahme eines Augenscheins sowie auf Vernehmung eines Auslandszeugen, bei denen der Ablehnungskatalog in § 244 Abs. 3 StPO erweitert oder weitgehend gelockert ist,¹⁹ was zu einer deutlichen Entschärfung des Problems des Rechtsmissbrauchs führt.

Zusammenfassend geht es in der vorliegenden Arbeit um den Missbrauch des Beweisantragsrechts nach § 244 Abs. 3 StPO durch den Angeklagten oder den Verteidiger und dessen Bekämpfung. Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in der folgenden Untersuchung nur von dem Beweisantragsrecht des Angeklagten gesprochen, wobei immer sowohl sein Recht als auch das Recht des Verteidigers gemeint ist, soweit eine klare Trennung zwischen den beiden nicht geboten ist.

C. Gang der Abhandlung

Der weitere Verlauf der Analyse gliedert sich in insgesamt drei Abschnitte:

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Entstehung des Beweisantragsrechts der Angeklagten im Deutschen Reich, seinem Vorstadium sowie seiner späteren Entwicklung. Entsprechend wird die Rechtsgeschichte von der Zeit der *Constitutio Criminalis Carolina* bis zum heutigen Tag berücksichtigt. Diese wechselvolle Reformgeschichte zeigt, wie stark das Beweisantragsrecht von der jeweiligen politischen Wirklichkeit geprägt ist, und hält dazu an, die von der Missbrauchsabwehr und der Verfahrensbeschleunigung beherrschten aktuellen Reformversuche nüchtern zu betrachten.

Um die Beschränkung des Beweisantragsrechts in jüngerer Zeit bewerten zu können, widmet sich der anschließende Teil den rechtsdogmatischen Grundlagen dieses Rechts. Weil Sinn und Zweck eines Einzelinstituts sich zwar nicht mit denjenigen des ganzen Strafprozesses gleichsetzen, aber immer mit Rücksicht

¹⁸ Dölling u. a., *Dauer von Strafverfahren*, S. 128 ff.

¹⁹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 181 f.; Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 165, 168 f.

darauf feststellen lassen, setzt sich dieser Teil vor allem mit den Fundamenten des Strafverfahrens, konkret gesagt seinen Zielen und Schranken, auseinander, und daran gemessen werden die Grundgedanken des Beweisantragsrechts geklärt. Dadurch wird die Rolle dieses Recht in einem rechtsstaatlichen Strafprozess dargestellt.

Im dritten Teil werden der Missbrauch und die Missbrauchsbekämpfung in der Beweisantragssituation untersucht. Zunächst lassen sich einige allgemeine Fragen hinsichtlich der Rechtfertigung der Missbrauchsidee und der Missbrauchsbekämpfung im Strafverfahren erörtern. Die Befunde dazu sind zwar auf den Bereich des Beweisantragsrechts gut übertragbar, es braucht dennoch die weitere Konkretisierung mit Rücksicht auf die Eigenschaften dieses Instituts. Entsprechend ist dann auf der einen Seite durch Kategorien- sowie Fallgruppenbildung zu ermitteln, wann genau ein Missbrauch des Beweisantragsrechts vorliegt, und auf der anderen Seite werden die herkömmlichen Möglichkeiten zur Bekämpfung derartigen Rechtsmissbrauchs hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und die durch Judikative sowie Legislative geschaffenen neuen Gegenmittel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Beweisantragsrecht sowie der richterlichen Pflicht zur Wahrheit geprüft. Am Ende werden nicht nur hinsichtlich der Rechtfertigung der aktuellen Beschränkungen dieses Rechts, sondern auch bezüglich der Beziehung zwischen Missbrauch und Missbrauchsabwehr in der Beweisantragssituation Erkenntnisse gewonnen.

1. Teil

Entstehung und Entwicklung des Beweisantragsrechts

In diesem Teil wird die Entwicklung des Beweisantragsrechts des Angeklagten in drei Phasen untersucht, nämlich im Vorstadium bis zur Reichsstrafprozeßordnung 1877, dann bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes, sowie in der dritten Phase seit 1974.

A. Entstehung der Beweiserhebungsansprüche der Angeklagten – Entwicklungen bis zur Reichsstrafprozeßordnung 1877

I. Die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532

Weil das altdeutsche Strafverfahren die Aufgabe der wirksamen Verbrechensbekämpfung nicht mehr erfüllen konnte, bildete sich seit dem 13. Jahrhundert in Deutschland das Inquisitionsverfahren heraus.¹ In zunehmendem Maße begannen Richter, die objektive Wahrheit von Amts wegen (oft mit Hilfe der Folter, die ein Geständnis hervorrufen konnte) zu suchen.² Mangels Bindung der Richter an irgendeine prozessuale Form barg dieses Verfahren aber die Gefahr der Ungerechtigkeit und Willkür. Diese Missstände erschienen wegen der verbreiteten inquisitorischen Praxis immer häufiger und ließen eine Formgebung des Inquisitionsverfahrens ratsam erscheinen, die dem Missbrauch der richterlichen Gewalt entgegenwirkte und Gerechtigkeit in Strafsachen herstellte.³ So entstand die CCC.

Gemäß dem Grundgedanken der amtlichen Wahrheitserforschung gestaltete die CCC das Inquisitionsverfahren so, dass Richter-, Ankläger- sowie Verteidigerfunktionen in dem Inquirenten vereinigt wurden und dieser alle Befugnisse im Verfahren in der Hand hatte.⁴ Zugunsten des dem allzuständigen Inquirenten ge-

¹ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 33 f.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 155 f.; *E. Schmidt*, ZStW 65 (1953), 161, 171; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 6 ff.

² *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 34 f.; *E. Schmidt*, Einführung, S. 86 ff.; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 7 ff.

³ Gerechtigkeit bedeutete zu dieser Zeit, dass die Schuldigen zu bestrafen waren, während die Unschuldigen vor Strafe bewahrt werden sollten. Die Hervorhebung vom Schutz des Individuums vor dem staatlichen Eingriff, wie in der Aufklärungszeit, tauchte damals noch nicht auf. *E. Schmidt*, Einführung, S. 106 f., 112 ff., 122 f.; *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 38; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss, Rn. 94 f.; *Glaser*, Handbuch, S. 81 f.

⁴ *A. Krey*, Inquisitionsprozess, S. 2; *Feuerbach*, Lehrbuch, § 618, S. 557 f.; *Zachariä*, Gebrechen, S. 140; *Rüping*, Grundsatz, S. 51.

genüberstehenden Inquisiten⁵ band die CCC das richterliche Ermessen auf folgende Art und Weise: Sie betonte zunächst eindringlich die richterliche Pflicht zur Wahrheit sowie Gerechtigkeit,⁶ d.h. der Inquirent sollte auch entlastende Momente berücksichtigen.⁷ Aus diesem Grund war der Inquirent verpflichtet, den Inquisiten zur Sache zu befragen, ihn aufzufordern, Beweis für seine Einreden anzugeben, und ihn sogar auf mögliche Entlastungsbeweise und deren Einholung hinzuweisen.⁸ Dementsprechend war es dem Inquisiten bzw. seinem Beistand gestattet, Fragen an den Zeugen zu stellen, Einsicht in die Zeugenaussagen zu nehmen, eine Defensionsschrift zu verfassen, Entlastungsumstände vorzutragen sowie Entlastungszeugen zu benennen.⁹ Jedoch wurde die Verteidigungsmöglichkeit dem Inquisiten nur in gewissem Maße gewährt, da der Inquirent den Umfang der Beweisaufnahme lediglich nach eigenem Ermessen bestimmte, das nur durch seine Pflicht zur Wahrheitserforschung beschränkt wurde.¹⁰ Zusätzlich führte die CCC gesetzliche Beweisregeln ein, nach denen eine Verurteilung entweder das Geständnis des Inquisiten oder die Überführung durch mindestens zwei einwandfreie Augenzeugen voraussetzte, um Willkür in der Strafrechtspflege zu unterbinden.¹¹ Aus demselben Grund wurde die Verwendung der Folter detailliert geregelt, und einige Schutzvorkehrungen wurden hinzugefügt.¹²

In der früheren gemeinrechtlichen Zeit setzte sich die Leitidee der CCC, nämlich die Formalisierung des Verfahrens, noch fort,¹³ während die spätere Fortbildung des Inquisitionsverfahrens von dem staatsabsolutistischen und polizeistaatlichen Denken geprägt wurde.¹⁴ Danach diente das Strafverfahren der Wahrung

⁵ E. Schmidt, Deutsches Strafprozeßrecht, Rn. 19.

⁶ Art. 1, 3, 4, 56, 100, 104, 205 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 23 ff., 50 f., 68, 70 f., 119; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, S. 43; Sellert, *Studien- und Quellenbuch*, S. 204.

⁷ Z.B. Art. 28 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 37.

⁸ Art. 6, 8, 41, 46–48, 141, 151, 155 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 26, 43, 45 ff., 87, 95 ff.; Westhoff, *Grundlagen*, S. 85 f.; Glaser, *Handbuch*, S. 87 f. Nach Rüping, *Grundsatz*, S. 52 lag hier eine Fürsorgepflicht des Richters vor, während Hübner, *Verfahrensgrundsätze*, S. 33 f. dagegen nur einen Ausfluss der Amtsaufklärung sieht.

⁹ Art. 13, 14, 46, 47, 73, 74 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 29 f., 46 f., 57 f.; Armbrüster, *Verteidigung*, S. 58 ff.

¹⁰ Art. 74, 151, 152 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 58, 95 f.; Armbrüster, *Verteidigung*, S. 77; Schoetensack, *Carolina*, S. 38, 80, 100 f.

¹¹ Art. 22, 60, 66, 67, 69 CCC; Schroeder, *Peinliche Gerichtsordnung*, S. 34, 52, 54 f.

¹² Sellert, *Studien- und Quellenbuch*, S. 208 f.; Westhoff, *Grundlagen*, S. 88; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, S. 210.

¹³ E. Schmidt, *Einführung*, S. 195 ff.; Rüping, *Grundsatz*, S. 52 ff.

¹⁴ E. Schmidt, *Einführung*, S. 203 ff.; Henkel, *Strafverfahrensrecht*, S. 45; Westhoff, *Grundlagen*, S. 92; Sellert, *Studien- und Quellenbuch*, S. 264.

der staatlichen Ordnung und der Erfüllung der Strafpflicht des Staates.¹⁵ Dementsprechend wurden richterliche Tätigkeiten allmählich von den schützenden Formen befreit, die nun für Schranken und Hemmnisse der Verwirklichung des Staatswohls gehalten wurden.¹⁶ Letztendlich stand der Inquisit als bloßes Objekt der Strafverfolgung unter keinem Schutz vor dem ungebundenen richterlichen Ermessen.¹⁷

II. Der reformierte Strafprozess

Während der Staatsabsolutismus den Inquisitionsprozess überspannte, bahnte der Aufschwung der Naturwissenschaft und der darauf basierende Glaube an menschliche Vernunft seit dem 16. Jahrhundert den Weg für eine Reform durch die Aufklärung.¹⁸ Dieser Rationalismus bewirkte eine neue Staats- sowie Rechtsphilosophie, nämlich die Naturrechts- sowie Gesellschaftsvertragstheorien, die den Schutz der bürgerlichen Freiheit vor der Allmacht des Staates und ihrer willkürlichen Ausübung verlangten.¹⁹ Diese Gedanken entzündeten die den politischen Liberalismus anstrebende Französische Revolution (insbesondere die Erklärung der Menschenrechte von 1789) und fanden ihren Niederschlag in dem Code d' Instruction Criminelle von 1808. Obwohl zur selben Zeit kein ähnlicher Durchbruch im deutschen Strafverfahren stattfand,²⁰ waren die Mängel des Inquisitionsverfahrens²¹ allgemein erkannt, und es wurden nach ausführlichen Auseinandersetzungen darüber das Anklageverfahren, die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, die richterliche Unabhängigkeit sowie die Befreiung von gesetzlichen Beweisregeln und das Geschworenengericht gefordert.²² Nach der Märzrevolution von 1848 entsprachen die meisten Gesetzgeber der deutschen

¹⁵ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 45.

¹⁶ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 45; *Rüping*, Grundsatz, S. 61 f.; *E. Schmidt*, ZStW 65 (1953), 161, 173 ff.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 229 ff.; *Westhoff*, Grundlagen, S. 89 f.; *Zachariä*, Handbuch, S. 145 ff.

¹⁷ *Rüping*, Grundsatz, S. 60; *E. Schmidt*, ZStW 65 (1953), 161, 173; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 34, 37; *Glaser*, Handbuch, S. 104; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 9 f.

¹⁸ *E. Schmidt*, Einführung, S. 158.

¹⁹ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 52; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 258, 262 ff., 267; *Rüping/Jerouschek*, Grundriss, Rn. 150 ff.

²⁰ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 56 f.; *E. Schmidt*, Einführung, S. 324 f.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 39, 43 f., 285, 311 ff.; *Glaser*, Handbuch, S. 165 ff.; *Hübner*, Verfahrensgrundsätze, S. 36 f. Zur Gesetzgebung in einzelnen deutschen Territorien s. *Zachariä*, Handbuch, S. 18 ff.

²¹ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 52 f.; *E. Schmidt*, Deutsches Strafprozeßrecht, Rn. 19 ff.

²² *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 53 f.; *Rüping*, Grundsatz, S. 66 ff.; *E. Schmidt*, Deutsches Strafprozeßrecht, Rn. 22 ff.; *A. Krey*, Inquisitionsprozess, S. 3. Die Abschaffung der gesetzlichen Beweisregeln und die Einführung des Geschworenengerichts s. *Schwinge*, Schwurgerichte, S. 74 ff.

Territorien unter politischem Druck mehr oder weniger diesem Verlangen und gestalteten einen reformierten Strafprozess.²³

Um auf der einen Seite die richterliche Objektivität und den Rechtsschutz der in ein Strafverfahren verwickelten Bürger wieder herzustellen und auf der anderen Seite das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu wahren,²⁴ schuf der reformierte Strafprozess eine Vermischung von Akkusationsprinzip und Inquisitionsgrundsatz.²⁵ Es war ein Anklageverfahren in dem Sinne, dass der neu eingeführte Staatsanwalt die ermittelnde Aufgabe im Vorverfahren wahrnahm und Anklage erhob, sodass die Richter von der durch den Inquisitionsprozess aufgebürdeten Allzuständigkeit sowie der begleitenden psychologischen Überforderung befreit würden und ohne Befangenheit den Prozessstoff beurteilen konnten.²⁶ Die richterliche Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit und seine Aufgabe sowie Befugnis, im Hauptverfahren den Sachverhalt durch Beweisaufnahme aufzuklären, blieben unberührt. Dennoch erfuhr die Art und Weise der richterlichen Entscheidungsfindung eine Revolution, indem die freie Beweiswürdigung die gesetzliche Beweistheorie ersetzte.²⁷ Unter der legalen Beweistheorie war die richterliche Entscheidungsfindung an ein System der Beweisregeln über bestimmte verurteilungsrelevante Umstände gebunden. Lagen die gesetzlich vorgeschriebenen abstrakten Merkmale vor, sollte der Inquisit verurteilt, sonst freigesprochen werden, ungeachtet einer möglicherweise abweichenden Überzeugung des Richters, die an Besonderheiten im Einzelfall, d.h. den Umständen außerhalb des gesetzlichen Beweismittelkataloges, lag.²⁸ Im Gegensatz dazu fragte die Theorie der freien Beweiswürdigung den Richter oder die Geschworenen nur, ob er nach Erhebung aller Beweise, die gemäß seiner Ansicht einen Schluss auf entscheidungserhebliche Tatsachen zulassen konnten, von dem Vorliegen des belastenden Sachverhalts völlig überzeugt war.²⁹ Diese Theorie entband den Richter lediglich von den steifen Beweisregeln, die die bestmögliche Sachverhaltsaufklärung hinderten, jedoch nicht von der Pflicht, nach Gründen und Regeln zu urteilen und hierüber Rechenschaft zu geben.³⁰ Dass von den Ge-

²³ *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 57; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 313; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 54 f.; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 11; *Rüping*, Grundsatz, S. 69 ff.

²⁴ *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 312.

²⁵ *Rüping*, Studien- und Quellenbuch II, S. 17 f.; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 14 ff.; *I. Müller*, Leviathan 1977, 522, 524.

²⁶ *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 45; *Rüping*, Studien- und Quellenbuch II, S. 26 f.; *Küper*, Richteridee, S. 191 ff.

²⁷ Zu Einzelheiten dieses Übergangs s. *Meurer*, FS Oehler, 357, 365 ff.; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 47 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 149 ff.; *Küper*, FG Peters, 23, 25 ff.

²⁸ *Kunert*, GA 1979, 401, 403 f.; *Jerouschek*, GA 1992, 493, 497 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 150 ff.; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 41; *Küper*, Richteridee, S. 139 f.; *Glaser*, Beiträge, S. 6; *Meurer*, FS Oehler, 357, 358.

²⁹ *Dedes*, Beweisverfahren, S. 15 ff.

schworenen – anders als von den Richtern – keine Entscheidungsgründe verlangt wurden, liegt nicht daran, dass ihre Überzeugung willkürlich gewonnen werden konnte, sondern eher daran, dass sie nicht immer über die Bildung verfügten, die nötig war, um sich der Gründe klar bewusst zu werden und sie darzulegen.³¹ Daher war die freie Beweiswürdigung als eine sich auf Reflexion zu stützende Überzeugung nicht mit der *intime conviction* gemäß Art. 342 Code d'Instruction Criminelle im Sinne einer auf Wahrheitsgefühl beruhenden Überzeugung gleichzusetzen.

Der Übergang von der gesetzlichen Beweistheorie zu der Theorie der freien Beweiswürdigung betraf nicht nur die Beweisbewertung, sondern auch die Beweisaufnahme. Es wurde in Preußen versucht, im Rahmen des reformierten Strafprozesses allein diejenigen gesetzlichen Beweisregeln, die sich auf die Beweiskraft der Beweismittel bezogen, durch die freie Beweiswürdigung von Richtern und Geschworenen zu ersetzen und gleichzeitig die Beweisregeln, die sich auf die Zulässigkeit der Beweismittel, insbesondere die Qualifikation als Zeugen bezogen, beizubehalten.³² Dieser Versuch scheiterte aber wegen des unlösbaren Konflikts zwischen solchen Beweiserhebungsregeln und der freien Beweiswürdigung, die die Erhebung aller Beweise verlangte, die nach Ansicht des Entscheidenden für seine Überzeugungsbildung von Bedeutung waren. In der Praxis bildete sich mehr und mehr die Überzeugung heraus, dass die richterliche Freiheit bei der Beweiswürdigung auch in das Gebiet der Beweisaufnahme hineinwirken und deren Art und Umfang bestimmen müsse. Endlich wurde auf die gesetzlichen Beweisregeln völlig verzichtet und die richterliche Freiheit herrschte sowohl bei der Beweisaufnahme als auch bei der Beweiswürdigung.³³ Damit bekam der Angeklagte die Chance, von dem engen Kreis der berücksichtigungsfähigen Beweise im Rahmen der gesetzlichen Beweistheorie befreit, alle entlastenden Beweismstände vorzutragen und dadurch auf die richterliche Überzeugungsbildung Einfluss zu nehmen.³⁴ Diese Veränderungen öffneten strukturell

³⁰ Vgl. § 19 Gesetz betreffend das Verfahren bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen vom 17.07.1846 (PrGS 1846, S. 267 ff.); § 22 Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen vom 03.01.1849 (PrGS 1849, S. 14 ff.); *Savigny*, GA 6 (1858), 469, 484; *Schwinge*, Schwurgerichte, S. 90 ff.; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 52 f.; *Mengler*, Beweiswürdigung, S. 45.

³¹ Vgl. § 110 Verordnung vom 03.01.1849; Art. 95 Gesetz vom 03.05.1852 betreffend die Zusätze zu der Verordnung vom 03.01.1849 (PrGS 1852, S. 209 ff.); *Savigny*, GA 6 (1858), 469, 476, 485; *Schwinge*, Schwurgerichte, S. 88 ff.; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 50 f.

³² § 22 Verordnung vom 03.01.1849.

³³ *Kunert*, GA 1979, 401, 405 f.; *Rüping*, Studien- und Quellenbuch II, S. 33; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 45; *Sarstedt*, FS Hirsch, 171, 172.

³⁴ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 41. Die Ansicht, dass die gesetzliche Beweistheorie zu strenge Anforderungen an Beweise stellte und der Kreis der zulässigen Beweismittel erweitert werden sollte, entstand schon seit langem, s. *Glaser*, Beiträge, S. 14.

einer effektiven Mitwirkung des Angeklagten bei der Beweisaufnahme die Tür und bereiteten den Boden für die Weiterentwicklung bis zum Beweisantragsrecht im heutigen Sinne.

In den Partikularrechten wurde das Beweisrecht des Angeklagten noch nicht ausreichend anerkannt und gesichert.³⁵ In Preußen³⁶, dessen Strafverfahrensrecht die RStPO 1877 prägte, war der Angeklagte zwar generell befugt, entlastende Beweismittel auf eigene Kosten zu beschaffen und diese in der Sitzung vorzulegen.³⁷ Dieses Gestellungsrecht bedeutete aber keine Erscheinungspflicht für die Beweispersonen.³⁸ Selbst wenn die Beweismittel präsent waren und der Angeklagte ihre Ausschöpfung beantragte, wurden die Beweispersonen erst vernommen und die sachlichen Beweise erst erhoben, wenn sie nach richterlichem Ermessen erforderlich waren.³⁹ Wenn die Beweismaterialien ohne Hilfe des Gerichts nicht beizubringen waren, konnte der Angeklagte ihre Herbeischaffung vor dem Hauptverfahren oder in der Sitzung beantragen, jedoch war den Anträgen nur stattzugeben, wenn in einer Vorwegbeurteilung die Erheblichkeit der Beweisthemen sowie die Tauglichkeit der Beweismittel vom Gericht bejaht wurde.⁴⁰ Bei Ablehnung eines Antrags wurden ein begründeter Gerichtsbeschluss sowie ein Protokoll gefordert, um eine Überprüfung durch das Obertribunal zu ermöglichen.⁴¹ Die konkreten Überprüfungsmaßstäbe hingen von dem Typ des zu kontrollierenden Fehlers ab: Handelte es sich um eine rechtlich fehlerhafte Bewertung der Erheblichkeit der Beweisthemen, wurde eine inhaltliche Überprüfung durchgeführt, während eine Ablehnung aus tatsächlichen Gründen lediglich einer vereinfachten Prüfung unterlag, ob überhaupt eine Ermessensausübung stattfand.⁴² Unter den Partikulargesetzen stach der Vorladungsanspruch in bayrischen Vorschriften⁴³ besonders hervor, nach dem der Angeklagte durch Hinter-

³⁵ *Planck*, Darstellung, S. 353 ff.; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 12 f.

³⁶ Verordnung vom 03.01.1849, Gesetz vom 03.05.1852 und Strafprozeßordnung für den Preußischen Staat vom 25.06.1867 (PrGS 1867, S. 933 ff.).

³⁷ §§ 32, 51, 79 Verordnung vom 03.01.1849; Art. 26 Gesetz vom 03.05.1852; § 222 StPO 1867; *Stemann*, GerS 7 (1855), 382, 394.

³⁸ *Oppenhoff*, Die Preußischen Gesetze, S. 265 Anm. 2.

³⁹ § 34 Verordnung vom 03.01.1849; §§ 236, 239, 240, 250 StPO 1867; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 19; *Glaser*, Handbuch, S. 389; *Planck*, Darstellung, S. 356.

⁴⁰ §§ 31, 52 Verordnung vom 03.01.1849; § 169, 220, 222, 223, 236, 239, 241, 250 StPO 1867; *Oppenhoff*, Die Preußischen Gesetze, S. 150 Anm. 1, S. 264 ff. Anm. 1 f., 6 f., S. 269 Anm. 23, S. 271 f. Anm. 48 f., 52, 54; *Glaser*, Handbuch, S. 388 f.; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 44; *Stemann*, GerS 7 (1855), 382, 394.

⁴¹ § 222 StPO 1867; *Oppenhoff*, Die Preußischen Gesetze, S. 267 f. Anm. 15 ff., 21, S. 269 Anm. 22a f., 25 ff., S. 368 f. Anm. 29 ff.

⁴² *Oppenhoff*, Die Preußischen Gesetze, S. 265 ff. Anm. 6 ff., 13; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 19; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 45 f.

⁴³ Gesetz vom 10.11.1848, die Abänderungen des zweiten Theiles des Strafgesetzbuches vom Jahre 1813 betreffend, der Text ist abrufbar unter www.reader.digitale-sammlungen.de.

legung der gesetzlichen Zeugenentschädigung im Voraus die Vorladung der Beweispersonen erzwingen durfte.⁴⁴ Mit Hilfe der Erscheinungspflicht der vorgeladenen Beweispersonen und der richterlichen Pflicht, sie zu vernehmen,⁴⁵ verdichtete sich dieser Vorladungsanspruch zu einem von dem Ermessen des Gerichts unabhängigen Beweiserhebungsanspruch,⁴⁶ der zwar Missbrauch seitens des Angeklagten zuließ, aber Vorteile für Verteidigung und Wahrheitserforschung mit sich brachte.⁴⁷

III. Die Reichsstrafprozeßordnung von 1877

Nach der Reichsgründung im Jahre 1871 war es nötig, die Divergenzen zwischen reformierten Strafverfahren in ehemaligen Partikularstaaten zu beenden sowie die Einheit der deutschen Strafrechtspflege herzustellen. Während der Bearbeitung der einheitlichen Rechtsgrundlage bzw. der RStPO herrschte einerseits der Konflikt zwischen der verbliebenen Inquisitionsmaxime und dem neu eingeführten Anklageprinzip,⁴⁸ die durch die Reform nach 1848 frisch verkoppelt wurden, und andererseits der Streit zwischen dem eine konservative autoritäre Staatsauffassung vertretenden Bundesrat und dem durch liberale Demokratie geprägten Reichstag.⁴⁹

Der Entwurf der RStPO aus dem Bundesrat⁵⁰ baute grundsätzlich auf der Gesetzeslage von Preußen und seinen Erfahrungen auf.⁵¹ Er schlug zunächst ein eigenes Ladungsrecht des Angeklagten vor,⁵² das die Erstattung der Kosten durch den Angeklagten voraussetzte, um missbräuchliche Beweisersuchen einzudämmen.⁵³ Darüber hinaus war dem Angeklagten ein Vorladungsgesuch zu ermöglichen, dessen Stattgabe im richterlichen Ermessen lag.⁵⁴ Ferner stand dem Angeklagten ein nicht ausdrücklich erwähntes Recht zu, Beweispersonen ohne

⁴⁴ Art. 129 Gesetz vom 10.11.1848.

⁴⁵ Art. 132, 141, 156 Gesetz vom 10.11.1848; *Merckel*, GerS 1 (1849), 244, 251.

⁴⁶ *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 20; *Rieß*, FS Reichsjustizamt, 373, 420 f.

⁴⁷ *Hänle*, GerS 6 (1854), 38, 47 ff.

⁴⁸ *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 20.

⁴⁹ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 44; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 21; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 72, 183; *Stock*, Strafprozesserneuerung, S. 4.

⁵⁰ Der dritte Entwurf der Strafprozeßordnung vom Bundesrat, der am 29.10.1874 dem Reichstag vorgelegt wurde. Die Entwürfe und ihre Entstehungs- sowie Bearbeitungsgeschichte s. *Schubert/Regge*, Entstehung und Quellen, S. 4 ff., 15 ff., 113 ff., 293 ff., 427 ff.; *Hippel*, Deutsches Strafrecht, S. 45 ff.; *Löwe-Rosenberg*, Einl., § 2 S. 16 ff.

⁵¹ *Glaser*, Handbuch, S. 388.

⁵² § 183 Entwurf der Strafprozeßordnung 1874, der Text ist abgedruckt bei *Hahn*, Materialien I, S. 4 ff.; § 219 RStPO 1877.

⁵³ *Hahn*, Materialien I, S. 178 f.

⁵⁴ § 182 Entwurf der Strafprozeßordnung 1874; § 218 RStPO 1877; *Hahn*, Materialien I, S. 179.

förmliche Ladung direkt zur Hauptverhandlung zu stellen.⁵⁵ Jedoch wurden alle diese Mitgestaltungsmöglichkeiten dadurch entwertet, dass die Präsenz eines Beweismittels keine Garantie seiner Erhebung darstellte, denn das Gericht bestimmte den Umfang der Beweisaufnahme, ohne durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein.⁵⁶ Einzige Beschränkung des richterlichen Ermessens war das Verbot, einen Beweisantrag wegen Verspätung zurückzuweisen.⁵⁷ Diese richterliche Freiheit war auf unterschiedliche Erwägungen zurückzuführen: Die Instruktionsmaxime,⁵⁸ die Furcht vor Rechtsmissbrauch durch den Angeklagten⁵⁹ und der Gedanke, dass die als einziger Weg der Sachverhaltsaufklärung anerkannte freie Beweiswürdigung durch das Gericht die freie Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme einschließen sollte.⁶⁰

Gegenüber dieser Vorlage des Bundesrates wurden bei der ersten Lesung in der Reichsjustizkommission des Reichstags mehrere Änderungsvorschläge eingebracht. Am Ende entschloss sich die Kommission zur Annahme des Antrags, dass die Kosten des Angeklagten für eine Selbstladung nachträglich von der Staatskasse übernommen werden konnten, wenn die Vernehmung dieser Beweisperson zur Aufklärung der Sache dienlich war,⁶¹ sowie des Antrags, der das Gericht dazu zwang, die Beweisaufnahme auf sämtliche vorgeladenen Beweispersonen sowie die sonstigen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken.⁶² In der Reichsjustizkommission vertraten einige Mitglieder die Auffassung, dass die Freiheit bezüglich der Beweiserhebung eine notwendige Folge der Freiheit hinsichtlich der Beweiswürdigung bildete, wie z.B. das Gericht auf die Vernehmung eines Zeugen einfach verzichten können sollte, wenn es ihm unter keinen Umständen Glauben schenken wollte.⁶³ Dennoch wusste die Mehrheit der Kommission aus Erfahrungen in Preußen und Bayern, dass es die Sachverhaltsaufklärung nur beeinträchtigte, wenn das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme frei bestimmen konnte und folglich auf eine Zeugenvernehmung, deren Beitrag zur

⁵⁵ §§ 185, 208 Entwurf der Strafprozeßordnung 1874; *Hahn*, Materialien I, S. 180; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 59.

⁵⁶ § 207 Entwurf der Strafprozeßordnung 1874; § 244 Abs. 2 RStPO 1877; *Hahn*, Materialien I, S. 192 f., 852; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 60; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 20.

⁵⁷ § 208 Entwurf der Strafprozeßordnung 1874; § 245 Abs. 2 RStPO 1877; *Hahn*, Materialien I, S. 193; *Glaser*, Handbuch, S. 409 f.; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 3.

⁵⁸ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 57; *Hahn*, Materialien I, S. 192 f., 853; *ders.*, Materialien II, S. 1878 f.

⁵⁹ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 57 ff.

⁶⁰ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 22 f.; *Kunert*, GA 1979, 401, 405 f.; *Hagemann*, Entstehung, S. 5 Fn. 11; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 61 f.

⁶¹ § 219 Abs. 3 RStPO 1877; *Hahn*, Materialien I, S. 825 ff.; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 73, Fn. 209.

⁶² *Hahn*, Materialien I, S. 852, 855.

⁶³ Ansicht von Hanauer und Struckmann s. *Hahn*, Materialien I, S. 853 f.

Wahrheitsermittlung grundsätzlich nicht im Voraus völlig verneint werden konnte, einfach verzichtete, und votierte dafür, dem richterlichen Ermessen bezüglich der Beweisaufnahme gewisse Grenzen zu setzen.⁶⁴

In der Stellungnahme des Justizausschusses des Bundesrates zur ersten Lesung der Reichstagskommission zeigte dieser Bereitschaft zum Kompromiss und wollte die von der Kommission vorgeschlagene Verwendungspflicht von der Annahme der Berufung abhängig machen. Konkret gesagt sollte sich die weitergehende Einflussnahme des Angeklagten auf die Beweisaufnahme auf Verfahren vor dem LG in erster Instanz, dem Schwurgericht sowie dem RG beschränken, während das freie richterliche Ermessen in allen schöffengerichtlichen Sachen beibehalten werden sollte, wenn die Berufung gegen Urteile der Schöffengerichte eingeführt wurde, da die zwei Tatsacheninstanzen dem Angeklagten ausreichende Möglichkeiten zur Vorführung seiner Beweismittel anböten und eine darüber hinausgehende Verstärkung der Verteidigung entbehrlich machten.⁶⁵

Nach langem Hin und Her wurde schließlich ein Kompromiss zwischen dem Bundesrat und dem Reichstag gefunden⁶⁶, der in § 244 RStPO 1877 zum Ausdruck kam: Solange es sich nicht um schöffengerichtliche Verhandlungen und Übertretungs- oder Privatklassensachen in der Berufungsinstanz vor dem LG handelte, war das Gericht verpflichtet, formell ordnungsgemäß vorgeladene Beweispersonen⁶⁷ und herbeigeschaffte sächliche Beweismittel zu berücksichtigen. Durch diesen Verwendungszwang und das Selbstladungsrecht des Angeklagten mit der Möglichkeit der staatlichen Kostentragung wurde das Recht des Angeklagten, unabhängig von dem richterlichen Ermessen bei der Rekonstruktion des inkriminierten Sachverhaltes mitzuwirken, auf solche Art und Weise gesichert, die sogar das bayerische Modell überragte, da die Verwendungspflicht des Gerichts sich auch auf sächliche Beweismittel erstreckte und die selbsttätige Ladung nicht mehr „ein Privileg Wohlhabender“,⁶⁸ sondern allgemein zugänglich war. Nicht zu vergessen ist jedoch, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Behandlung aller anderen Beweisbegehren, d.h. der Anträge auf Herbeischaffung nicht-präsentierender Beweismittel oder auf Vernehmung nur gestellter Beweispersonen, schwieg.⁶⁹

⁶⁴ Ansicht von Reichensperger, Völk, Marquardsen, Bähr und Schwarze, s. *Hahn*, Materialien I, S. 852 ff.; auch *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 45 f., 51 ff.

⁶⁵ *Hahn*, Materialien II, S. 1186, 1334 f., 1337, 1598, 1633 f., 1879; *Schubert/Regge*, Entstehung und Quellen, S. 27 f., 574 ff., 590, 596 ff., 632, 642; *Hagemann*, Entstehung, S. 7; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 64 f.

⁶⁶ *Hahn*, Materialien II, S. 1334 ff., 1633 f., 1878 ff.; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 65 ff.; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 20.

⁶⁷ Das galt aber nicht für die vom Angeklagten einfach in die Sitzung mitgebrachten Beweispersonen, s. RGSt 1, 175, 176 f.; 1, 297, 298; 1, 383, 384 f.

⁶⁸ *Goldschmidt*, Reform, S. 17.

⁶⁹ Das wurde von mancher Rechtsprechung sowie Literatur so interpretiert, dass dort das freie richterliche Ermessen herrschte, s. RGSt 1, 61, 62; 1, 138, 140; 1, 297, 298; 1,

B. Entstehung und Entfaltung des Beweisantragsrechts im deutschen Strafverfahren – Entwicklungen bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes

I. Etablierung des Beweisantragsrechts durch die Rechtsprechung vor dem ersten Weltkrieg

1. Die Gesetzesänderungsversuche

15 Jahre nach dem Inkrafttreten der RStPO 1877 gab es den ersten Versuch einer Gesetzesänderung im Bereich des Beweisrechts. Die Entwürfe der Reichsregierung von 1894 und 1895⁷⁰ wollten die Berufung gegen Strafkammerurteile zulassen und gleichzeitig einige „der zum Ersatz für die mangelnde Berufung eingeführten sogenannten Garantien des Verfahrens“ aufheben.⁷¹ Danach sollte im landgerichtlichen Strafkammerverfahren die richterliche Pflicht zur Verwendung präsenster Beweismittel abgeschafft werden.⁷² Ein anderes Argument für die Lockerung war, dass damit die missbräuchliche Ausnutzung des Beweiserhebungsanspruchs durch den Angeklagten und die dadurch verursachte häufige Prozessverschleppung verhindert werden könnte.⁷³ Die Reichstagskommission war zwar mit einer Abänderung einverstanden, regte jedoch eine zurückhaltende Alternative an: Im erstinstanzlichen Strafkammerverfahren sei dem Gericht die Befugnis einzuräumen, die Erhebung eines präsenten Beweismittels aufgrund der Unerheblichkeit der Beweisthemen oder des Erwiesenseins der Tatsachen zugunsten des Angeklagten abzulehnen.⁷⁴ Dieser Gesetzesänderungsversuch hatte wegen der divergierenden Meinungen über die Gerichtsorganisation keinen Erfolg.⁷⁵

1902 forderte der Reichstag die Reichsregierung auf, durch eine Reform die Berufungsmöglichkeit in erstinstanzlichen Strafkammerverfahren einzuführen, was auch das Beweisrecht betraf. Eine Gesetzesvorlage wurde nach langer Beratung innerhalb einer Sachverständigenkommission im Jahre 1905 veröffent-

383, 384 f.; *Glaser*, Handbuch, S. 410; *Birkmeyer*, Strafprozeßrecht, S. 632; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 3; *Kreuzer*, Beweisaufnahme, S. 16 f.

⁷⁰ Aufgrund des Ablaufs der Sitzungsperiode erneuerte die Reichsregierung ihre Reforminitiative durch die Gesetzesvorlage 1895, daher waren die Bestimmungen über Beweisrechte des Angeklagten in den zwei Entwürfen gleich, s. *Hagemann*, Entstehung, S. 12 f.

⁷¹ RT-Verh., 9. Legislaturperiode, 1894/95, Anlage Nr. 15, S. 62, die Materialien bezüglich der Verhandlungen des Reichstags sind verfügbar unter www.reichstagsprotokolle.de; auch *Löwe-Rosenberg*, Einl., § 3 S. 24.

⁷² RT-Verh., 9. Legislaturperiode, 1894/95, Anlage Nr. 15, S. 66.

⁷³ RT-Verh., 9. Legislaturperiode, 1894/95, Anlage Nr. 15, S. 66.

⁷⁴ RT-Verh., 9. Legislaturperiode, 1895/97, Anlage Nr. 294, S. 1586 ff.; Anlage Nr. 587, S. 2636 ff.

⁷⁵ RT-Verh., 9. Legislaturperiode, 1895/97, Protokoll S. 3935. Auch die Wiederaufnahme dieser Reformversuche scheiterte, s. *Löwe-Rosenberg*, Einl., § 3 S. 24 f.

licht.⁷⁶ Während der Beratung überwog zunächst die Ablehnung der freien Stellung des Gerichts hinsichtlich der Verwendung präsenter Beweismittel, weil § 244 Abs. 1 RStPO 1877 eine derart wichtige Garantie für die Erforschung der Wahrheit darstelle, dass auf diese Bestimmung auch bei Einführung der Berufung nicht verzichtet werden könne.⁷⁷ Danach war aber ein Meinungsumschwung feststellbar, und die Mehrheit der Kommissionsmitglieder wollte den allgemeinen Verwendungszwang gegenüber präsenten Beweismitteln durch einige Ablehnungsgründe einschränken.⁷⁸ Sofern es um mittlere oder schwere Kriminalität ging, sollte das Gericht einer beantragten Beweiserhebung aufgrund des Erwiesenseins der Tatsachen zugunsten der Angeklagten oder der Unerheblichkeit der Beweisthemen nicht entsprechen müssen.⁷⁹ Außerdem wurde vorgeschlagen, das Präklusionsverbot in § 245 Abs. 1 RStPO 1877 auszuschalten. Eine in der Hauptverhandlung beantragte Beweiserhebung sollte abgelehnt werden können, wenn das Beweismittel oder das Beweisthema erst nach Zustellung der Ladung zur ersten Hauptverhandlung in der Instanz vorgebracht wurde, es sei denn, dass sich der Angeklagte für die späte Antragstellung damit entschuldigte, dass er das Beweismittel oder das Beweisthema vorher nicht kannte oder der Anlass zur Beweiserhebung erst im Hauptverfahren eintrat.⁸⁰

Der Entwurf 1905 wurde nicht weiter bearbeitet, hingegen wurde eine neue Reforminitiative im Jahre 1908⁸¹ auf seiner Grundlage entwickelt,⁸² die nach einer sprachlich neuen Formulierung zur Vorlage 1909⁸³ wurde.⁸⁴ Die Entwürfe 1908 und 1909 schrieben ein Beweisantragsrecht in der heutigen Form vor: Eine Beweiserhebung setzte unabhängig von der Präsenz des Beweismittels immer einen Beweisantrag voraus, dem bei Nichtvorliegen der enumerativen Ablehnungsgründe, die nach Inkrafttreten der RStPO vom RG erarbeitet worden waren, stattzugeben war. Diese Ablehnungsgründe waren Offenkundigkeit, Bedeutungslosigkeit oder Erwiesensein des Beweisthemas, Unerreichbarkeit oder Ungeeignetheit des Beweismittels.⁸⁵ Das Präsentationsrecht des Angeklagten wurde im Verfahren vor dem LG geschwächt, da die Beweiserhebung aufgrund eines einstimmigen Beschlusses verweigert werden durfte, während dieses Recht in der Verhand-

⁷⁶ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 4 S. 26.

⁷⁷ Reichsjustizamt, Protokolle I, S. 238 ff.

⁷⁸ Reichsjustizamt, Protokolle II, S. 118 ff.

⁷⁹ Reichsjustizamt, Protokolle I, S. 238; *dass.*, Protokolle II, S. 118 ff.

⁸⁰ Reichsjustizamt, Protokolle II, S. 124 f.

⁸¹ Entwurf 1908, Sp. 21 ff.

⁸² Entwurf 1908, Sp. 140 f.; Hagemann, Entstehung, S. 15.

⁸³ Der Entwurf 1909 wurde zweimal dem Reichstag vorgelegt: RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1907/09, Anlage Nr. 1310; RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7.

⁸⁴ Schatz, Beweisantragsrecht, S. 77.

⁸⁵ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7, Entwurf S. 72; Entwurf 1908, Sp. 71 f.; Hagemann, Entstehung, S. 15 f.

lung vor dem RG und dem Schwurgericht beibehalten und sogar erweitert wurde, indem ein Beweisantrag nicht zurückgewiesen werden durfte, wenn er auf Erhebung präsenter Beweismittel, inklusive einfach gestellter Beweispersonen,⁸⁶ abzielte.⁸⁷ Der Grund für diesen großen Fortschritt bezüglich des Beweisantragsrechts lag darin, dass der Einfluss der Prozessbeteiligten auf den Umfang der Beweisaufnahme nun nicht nur hingenommen, sondern auch gewollt und ermuntert wurde. Mit diesem Gesichtspunkt war die RStPO 1877 offensichtlich unvereinbar. Diese Rechtslücke wollten die Entwürfe in Anlehnung an die Judikatur des RG füllen, die aus dem Zweck des Strafverfahrens mehrere Grundsätze hinsichtlich des Beweisrechts ableitete, die die gerichtliche Praxis beherrschten.⁸⁸ Jedoch wurde damit keine Wendung zum totalen Akkusationsprinzip gewollt und ausgelöst. Der ausführliche Katalog der Ablehnungsgründe für Beweisanträge garantierte auf der einen Seite den Beweiserhebungsanspruch der Prozessbeteiligten durch Begrenzung der Ablehnungsmöglichkeiten des Richters, gestattete dem Richter auf der anderen Seite, der zur Wahrheitsfindung kaum beitragenden oder schlechthin missbräuchlichen Beweisaufnahme die Zustimmung zu versagen.⁸⁹ Nach einer heftigen Auseinandersetzung⁹⁰ und einigen Abänderungen⁹¹ wurde diese Reforminitiative von der Reichstagskommission gebilligt,⁹² aber letztendlich scheiterte sie aufgrund der Konflikte bezüglich der Besetzung des Berufungsgerichts.⁹³ Bis zum ersten Weltkrieg wurde keine andere Reform hinsichtlich des Beweisrechts versucht.

2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Trotz aller genannten gescheiterten Reformbestrebungen und der unveränderten Bestimmungen in der RStPO 1877 wurde die Stellung des Angeklagten zwischenzeitlich erheblich verbessert und sein Mitwirkungsrecht bei der Beweisauf-

⁸⁶ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7, Begründung S. 160; Entwurf 1908, Sp. 288; *Hagemann*, Entstehung, S. 16.

⁸⁷ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7, Entwurf S. 72; Entwurf 1908, Sp. 71 f.

⁸⁸ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7, Begründung S. 157; Entwurf 1908, Sp. 285 f.

⁸⁹ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 7, Begründung S. 157 f.; Entwurf 1908, Sp. 286.

⁹⁰ RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 638, Teil 2 S. 3309 ff.; *Hagemann*, Entstehung, S. 17.

⁹¹ Das Präsentationsrecht galt endlich für alle Verhandlungen außer Privatklage- und Übertretungssachen (RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 638, Teil 2 S. 3316, Teil 4 S. 3593; *Hagemann*, Entstehung, S. 18). Ausgenommen von dem Einfluss des Angeklagten auf die Beweisaufnahme waren Sachverständigen- und Augenscheinsbeweise, die dem Ermessen des Gerichts unterlagen (RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 638, Teil 2 S. 3313, 3315 f.; *Hagemann*, Entstehung, S. 18).

⁹² RT-Verh., 12. Legislaturperiode, 1911, Anlage Nr. 638, Teil 4 S. 3593.

⁹³ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 4 S. 26.

nahme bedeutend verstärkt, weil ihm vom RG durch Rechtsfortbildung ein Beweisantragsrecht neben dem gesetzlichen Präsentationsrecht eingeräumt wurde.

Da der Gesetzgeber die Frage nicht beantwortete, wie das Gericht mit Anträgen auf Erhebung nichtpräsenster Beweise, vor allem auf Vernehmung abwesender Zeugen, umgehen sollte, hatte das RG diese Lücke zu füllen. Dabei wirkte die Auffassung der Reichstagskommission prägend, dass es dem Gericht nicht gestattet werden dürfe, den Umfang der Beweisaufnahme frei zu bestimmen.⁹⁴ Anderenfalls könnte das Gericht vorschnell zu einer Überzeugung gelangen, bevor ein ausreichendes Ausmaß von Beweiserhebung erreicht wurde, konkret, bevor alle präsenten Beweismittel ausgeschöpft waren, und unter Berufung darauf weitere Zeugenvernehmungen für sinnlos halten und unterlassen, was der Wahrheitserforschung nur schade, denn die Beweiskraft einer Zeugenaussage lasse sich regelmäßig erst nach der Vernehmung beurteilen.⁹⁵ Diese Idee wurde vom RG rezipiert, weiterentwickelt und schließlich der Grundsatz des Verbots der antizipierten Beweismündigung entwickelt.⁹⁶ Diese Rechtsfortbildung vollzog sich in den verschiedenen Senaten des RG mit unterschiedlichem Tempo: Während sich der zweite Senat von Anfang an der Meinung der Reichstagskommission anschloss und bereit war, jenseits des gesetzlichen Verwendungszwangs das gerichtliche Ermessen hinsichtlich der Beweiserhebung weiterhin einzuschränken,⁹⁷ vertraten der erste und dritte Senat zunächst den Standpunkt, dass das Gericht bei der Entscheidung darüber, ob ein Beweis zu erheben sei, vollkommene Freiheit habe, sofern nicht das Gesetz eine Ausnahme von dieser Freiheit begründe.⁹⁸ In der Rechtsprechung des zweiten Senats wurde festgestellt, dass der Verzicht auf Erhebung eines Zeugenbeweises wegen antizipierender Beweismündigung nicht eine Tatfrage, deren Nachprüfung dem Revisionsgericht verwehrt war, sondern einen Rechtsfehler darstellte, der die Wahrheitserforschung gefährdete.⁹⁹ Um eine Überprüfung und Korrektur dieses Rechtsfehlers durch das Revisionsgericht zu ermöglichen, hatte das Tatgericht Gründe für die Ablehnung eines Beweisantrags anzugeben.¹⁰⁰ Gleichzeitig erkannte der zweite Senat, dass nicht alle Spielarten von Beweisantizipation die Sachverhaltsaufklärung beeinträchtigten und es ausnahmsweise Typen der antizipierten Beweismündigung gab, die gar nicht gefährlich und daher hinnehmbar waren, wie z. B. die tatsächliche sowie rechtliche

⁹⁴ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 73.

⁹⁵ *Hahn*, Materialien II, S. 1880.

⁹⁶ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 79.

⁹⁷ RGSt 1, 32, 33; 1, 51 f.; 1, 79; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 90 ff.

⁹⁸ RGSt 1, 61, 62; 1, 138, 139 f.; 1, 297, 298; 1, 383, 384 f.; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 88 ff.; *Glaser*; Handbuch, S. 413; *Hagemann*, Entstehung, S. 28; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 84.

⁹⁹ RGSt 1, 189, 190; 1, 198, 199. Die erste Entscheidung wurde als die „Geburtsstunde des Beweiserhebungsanspruchs“ der Prozessbeteiligten bewertet, s. Alsberg, 5. Aufl., S. 4 Fn. 13.

¹⁰⁰ RGSt 1, 189, 190.

Unerheblichkeit.¹⁰¹ Unter diesem Einfluss gaben bald der dritte Senat und später auch der erste Senat ihre vorherige Ansicht auf und stellten sich auf die Seite des zweiten Senats. Die nachträglich eingerichteten Senate vier und fünf teilten von vornherein die Auffassung des zweiten Senats.¹⁰² Schließlich wurde im RG spätestens seit Jahresende 1885 allgemein anerkannt, dass bei der Behandlung der Anträge auf Vernehmung eines abwesenden Zeugen der Grundsatz des Beweisantizipationsverbots galt.¹⁰³ Konkret gesagt durfte das Gericht solche Anträge in der Regel nicht ablehnen, sofern nicht bestimmte Ausnahmefälle vorlagen. Als Weiterentwicklung etablierte das RG während langjähriger Judikatur einen Katalog der erlaubten Ablehnungsgründe für Anträge auf Zeugenvernehmung, die solche Arten von Beweisantizipation verkörperten, die mit der Suche nach materieller Wahrheit vereinbar waren.¹⁰⁴ Diese Ablehnungsgründe waren: Unzulässigkeit der Beweiserhebung, völlige Unerheblichkeit, Offenkundigkeit des Beweissatzes sowie seines Gegenteils, Wahrunterstellung der Beweistatsache, Erwiesensein des Beweissatzes, Untauglichkeit oder Unerreichbarkeit des Beweismittels und Verschleppungsabsicht.¹⁰⁵ Erst mit diesem System von Ausnahmen war der Grundsatz des Verbots der antizipierten Beweiswürdigung vollständig, demzufolge das Gericht auf der einen Seite die sachdienlichen Beweise nicht übergehen durfte und auf der anderen Seite nicht die zur Wahrheitserforschung nutzlosen Beweise erheben musste. Dazu wurde auch für die Ablehnung von Anträgen auf Erhebung der Urkundenbeweise und der Sachverständigen- sowie Augenscheinsbeweise der Grundsatz des Beweisantizipationsverbots allmählich anerkannt, obwohl er dort nicht in demselben Umfang galt wie bei einer Antragszurückweisung hinsichtlich der Zeugenbeweise.¹⁰⁶

a) Exkursion

In Deutschland wurde die Idee der *intime conviction* von Anfang an skeptisch betrachtet.¹⁰⁷ Erst eine rational verstandene Freiheit der Beweiswürdigung wurde

¹⁰¹ RGSt 1, 79; 1, 189, 190; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 93.

¹⁰² RGSt 5, 312, 313 f.; 12, 335, 336; 44, 294, 298; RG JW 1893, 418 Nr. 19; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 93 ff.

¹⁰³ *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 96 f.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 7.

¹⁰⁴ *Alsberg*, 5. Aufl., S. 411 f., 418 f.

¹⁰⁵ *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 13 f.; *Kurtze*, Ablehnung, S. 17 f., 73.

¹⁰⁶ Seit 1906 erkannte das RG das Beweisantizipationsverbot bei den Urkundenbeweisen an, seit 1929 und 1930 wurde das Beweisantizipationsverbot auch bei Sachverständigen- und Augenscheinsbeweisen zugebilligt, s. *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 97 ff., 154 f., 178 ff.; *Rüping*, Studien- und Quellenbuch II, S. 117 Fn. 60; *Fezer*, FG BGH, 847, 848 ff.; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 4 f., 690 ff.; *Alsberg*, JW 1922, 258, 258 ff.

¹⁰⁷ *Savigny*, GA 6 (1858), 469, 476, 484 ff.; *Küper*, Richteridee, S. 243 f.; *Peters*, Sitzungsbericht zum 52. DJT, L 78 ff.; *Meurer*, FS Oehler, 357, 365, 370; *Dedes*, Beweisverfahren, S. 14 ff., 20 ff.; *Stamp*, Wahrheit, S. 79 ff.; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 49 ff.; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 61 ff., 129 ff., 142 ff.; *Jerouschek*, GA 1992, 493, 496 f.; *Mengler*, Beweiswürdigung, S. 39 ff.

akzeptiert.¹⁰⁸ Dass das Tatgericht in der Praxis seine Überzeugung ganz frei und manchmal sogar irrational gewann, lag daran, dass die entscheidenden Mittel zur Absicherung einer rationalen Überzeugungsbildung, d.h. eine neue Anleitung der Überzeugungsgewinnung, die Darlegung der Entscheidungsgründe und die Kontrolle durch die Revisionsinstanz, fehlten. Anderenfalls konnte man den gesetzlichen Verwendungszwang gegenüber präsenten Beweismitteln gemäß § 244 RStPO 1877 und das später durch die Rechtsprechung etablierte Beweisantragsrecht nicht verstehen, die Versuche zur Rationalisierung der Überzeugungsbildung waren. Der Verzicht auf Angabe der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen gemäß § 266 RStPO 1877 war hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass zunächst die Beweiswürdigung nicht als Rechtsfrage, sondern als Tatfrage angesehen wurde, die in höherer Instanz unüberprüfbar und daher nicht begründungsbedürftig war, und dazu die Darlegung der Beweiswürdigung zu dem damaligen Schwurgericht nicht passte.¹⁰⁹ Der Grund dafür, dass die Tatfrage allein in der Hand des Tatgerichts lag, war, dass die mündliche Verhandlung der ersten Instanz das beste Mittel für die Sachverhaltsaufklärung darstellte und eine Verbesserung durch eine weitere schriftliche Instanz völlig ausschloss.¹¹⁰ Gerade weil die vollständige Ungebundenheit des Tatrichters bei der Beweiswürdigung und die damit ermöglichte Willkür der Idee der Überzeugung aufgrund Reflexion und der dadurch zu verwirklichenden Wahrheitsermittlung nicht entsprachen, baute das RG die Kontrolle über die tatsächlichen Feststellungen des Instanzgerichts langsam auf und bot ihm gleichzeitig die notwendigen Maßstäbe bei der Überzeugungsbildung nach der Abschaffung der gesetzlichen Beweisregeln. Auf diese Art und Weise wurde die Figur der freien Beweiswürdigung vervollständigt.¹¹¹

II. Weiterentwicklung des Beweisrechts zugunsten des Angeklagten in der Weimarer Republik

Nach dem ersten Weltkrieg und dem politischen Umbruch 1918 wurde Ende 1919 bzw. Anfang 1920¹¹² in der Weimarer Republik durch den Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen eine liberale Reform erstrebt.¹¹³ Im Bereich des Beweisrechts folgte dieser Entwurf grundsätzlich der angeklag-

¹⁰⁸ *Küper*, FG Peters, 23, 31 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 154 ff.; *Schwinge*, Schwurgerichte, S. 75 f., 79 f., 85 ff.

¹⁰⁹ *Paulus*, Abhandlungen, S. 121 f.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 168 f.; *Küper*, FG Peters, 23, 45 f.; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 48 ff.; *Sarstedt*, FS Hirsch, 171, 174; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 145; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 57.

¹¹⁰ RG JW 1929, 885 Nr. 44; *Hahn*, Materialien I, S. 242 f., 250 f., 303 ff.

¹¹¹ Ähnlich *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 169 ff.; *Küper*, FG Peters, 23, 42 ff.

¹¹² *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 200 f.

¹¹³ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 50 ff., 61 ff., 73, 75, 115, 183.

tenfreundlichen Gesetzesvorlage 1909¹¹⁴ und führte die Gebundenheit des richterlichen Ermessens gegenüber den Sachverständigen- und Augenscheinsbeweisen ein.¹¹⁵ Die gesamte Rechtsinitiative stieß auf viel Kritik: Sie sei zu liberal und stelle das Interesse des Angeklagten vor die Belange einer wirksamen Verbrechensbekämpfung.¹¹⁶ Auch die angeklagtenfreundlichen Bestimmungen über den Umfang der Beweisaufnahme wurden bemängelt.¹¹⁷ Schließlich scheiterte der Reformversuch.¹¹⁸

Vier Jahre später erließ die Reichsregierung¹¹⁹ die Emminger-Verordnung¹²⁰, die aus Ersparnisgründen eine Zuständigkeitsverlagerung nach unten vorschrieb. Dafür wurde im AG der Einzelrichter als zweiter Spruchkörper neben dem Schöffengericht errichtet, dem die Strafsachen zuzuweisen waren, für die ursprünglich das Schöffengericht zuständig gewesen war. Gleichzeitig bekam das Schöffengericht die erstinstanzliche Zuständigkeit für die Verfahren, die vorher in den Kompetenzbereich der Strafkammer und zum Teil des Schwurgerichts gefallen waren.¹²¹ Jedoch blieb die Bestimmung über den Verwendungszwang gegenüber präsenten Beweismitteln fast unverändert, was dazu führte, dass das freie richterliche Ermessen sich nun auf Verhandlungen erstreckte, in denen vormals der Angeklagte ein Präsentationsrecht hatte.¹²² Mit Rücksicht auf die überwiegende Zahl der Verhandlungen vor dem AG nach der Zuständigkeitsverschiebung entschied in Strafsachen der ersten Instanz das Gericht grundsätzlich nach eigenem Ermessen über die Verwendung der präsenten Beweismittel, obwohl das Präsentationsrecht des Angeklagten noch in Verfahren vor dem Schwurgericht und dem RG existierte.¹²³ In der Berufungsinstanz fand der garantierte Beweis-

¹¹⁴ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 75. Nach den Beschlüssen der Reichstagskommission zum Entwurf 1909 war der Ablehnungsgrund „Ungeeignetheit des Beweismittels“ weggefallen, die Gesetzesvorlage 1919/1920 fügte einen ähnlichen Ablehnungsgrund „völlige Untauglichkeit des Beweismittels“ hinzu.

¹¹⁵ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 102 f.

¹¹⁶ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 205 ff., 216 ff., 234 f., 237 f., 242 f., 247.

¹¹⁷ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 226; *Finger*, GerS 87 (1920), 428, 443.

¹¹⁸ *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf, S. 206 ff.

¹¹⁹ Das Ermächtigungsgesetz vom 08.12.1923 (RGBl. 1923 I, S. 1179) ließ ein außerordentliches Gesetzgebungsverfahren zu: Die Reichsregierung durfte Maßnahmen treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtete.

¹²⁰ Die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 04.01.1924 (RGBl. 1924 I, S. 15).

¹²¹ §§ 6–11, 14 Emminger-Verordnung; *Hippel*, Strafprozess, S. 54; *Wißgott*, Beweis-antragsrecht, S. 84 ff.; *Vormbaum*, Lex Emminger, S. 38 ff., 85 f., 95 ff.

¹²² *Hartung*, DJZ 1926, Sp. 129; *Lehmann*, DJ 1935, 999, 1001.

¹²³ Im Jahre 1924 bestand wegen der Emminger-Verordnung ein Zwang zur Beweiserhebung nur in kaum 0,2 % aller Strafverhandlungen, die zu rechtskräftigen Entscheidungen führten, während die Zahl im Jahre 1912 ca. 72,4 % betrug, s. *Kurtze*, Ablehnung, S. 3 f.; *Hagemann*, Entstehung, S. 39; *Vormbaum*, Lex Emminger, S. 103.

erhebungsanspruch aufgrund der Präsenz der Beweismittel noch Anwendung. Es wurde bemängelt, dass diese Verkürzung des Beweiserhebungsanspruchs des Angeklagten in der ersten Instanz tatsächlich keine ökonomischen Vorteile mit sich brachte, da sie mehr Berufungsverhandlungen provozierte, die hätten vermieden werden können.¹²⁴

Die relative Stabilisierung der Weimarer Republik zwischen 1924 und 1929 bewirkte eine Wiederherstellung und Weiterentwicklung des Beweiserhebungsanspruchs des Angeklagten. Das Gesetz zur Abänderung der Strafprozeßordnung vom 22.12.1925¹²⁵ beschränkte das richterliche Ermessen hinsichtlich der Bestimmung des Beweisaufnahmeumfangs auf Übertretungs- und Privatklaggesachen. In allen anderen Verhandlungen stand dem Angeklagten ein Präsentationsrecht zu. Gleichzeitig wurde ein verbindliches Beweisantragsrecht durch die Judikatur des RG garantiert.¹²⁶ Mit dem Gesetz zur Abänderung der Strafprozeßordnung vom 27.12.1926¹²⁷ wurde dem Gericht die Befugnis eingeräumt, die Erhebung eines präsenten Beweismittels wegen Verschleppungsabsicht abzulehnen, was das Präsentationsrecht in gewissem Maße schmälerte. Zum Ausgleich dehnte sich die richterliche Verwendungspflicht auf die erst während des Hauptverfahrens geladenen Beweispersonen und herbeigeschafften sächlichen Beweismittel aus.¹²⁸

Diese angeklagtenfreundliche Tendenz setzte sich noch in dem Entwurf 1930¹²⁹ fort, der in Anlehnung an die Entwürfe 1908 sowie 1909 und die Gesetzesvorlage 1919/1920¹³⁰ das durch das RG entwickelte Beweisantragsrecht einschließlich der enumerativen Ablehnungsgründe kodifizieren und im Vergleich zu seinem Vorgänger zwei neue Ablehnungsgründe „Unzulässigkeit“ sowie „Prozeßverschleppungsabsicht“ einführen wollte. Außerdem wurde vorgeschlagen, dass hinsichtlich der lediglich im Hauptverfahren gestellten Zeugen der richterliche Verwendungszwang gegenüber präsenten Beweismitteln gelten sollte.¹³¹ Diese Reforminitiative wurde wegen der Reichstagsauflösung nicht realisiert.¹³²

¹²⁴ *Vormbaum*, Lex Emminger, S. 106.

¹²⁵ RGBL. 1925 I, S. 475.

¹²⁶ *Hartung*, DJZ 1926, Sp. 129, 130 f.

¹²⁷ RGBL. 1926 I, S. 529.

¹²⁸ *Hagemann*, Entstehung, S. 43 f.

¹²⁹ Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz 1930, der Text ist abgedruckt bei Materialien zur Strafrechtsreform VII; zusammenfassend LR-K. *Schäfer*, 21. Aufl., Einl., Kap. 4 S. 28 f.

¹³⁰ Materialien zur Strafrechtsreform VII, S. 83.

¹³¹ Art. 70, Zi. 136, 137 Entwurf 1930, s. Materialien zur Strafrechtsreform VII, S. 32, 83; *Rieß*, FS Reichsjustizamt, 373, 428.

¹³² *Hagemann*, Entstehung, S. 45.

III. Die Einschränkung des Beweisrechts des Angeklagten während der NS-Zeit und die Reaktion der Rechtsprechung darauf

Der Niedergang der Weimarer Republik brachte die liberale Entwicklung zum Ende. In der Ära der Präsidialkabinette wurden liberal-rechtsstaatliche Faktoren in der Strafprozessordnung wegen der „Not der Zeit“ immer mehr ausgedünnt.¹³³ Ein gutes Beispiel dafür war der Abbau des Beweisrechts des Angeklagten durch drei Notverordnungen zwischen 1931 und 1932, nämlich die Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 08.12.1931, Verordnung des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14.06.1932 und Verordnung über die Bildung von Sondergerichten vom 09.08.1932.¹³⁴ Die ersten beiden befreiten das Gericht vom Beweiserhebungsanspruch des Angeklagten in Form des Präsentationsrechts sowie Beweisantragsrechts¹³⁵ jeweils in Beleidigungssachen¹³⁶ und in allen Verhandlungen vor dem AG und vor dem LG in der Berufungsinstanz,¹³⁷ die dritte richtete Sondergerichte für politische Ausschreitungen ein, bei denen das Gericht über die Beweisaufnahme frei entscheiden konnte.¹³⁸

Der antiliberaler Trend erreichte seinen Höhepunkt in der Zeit des Nationalsozialismus, in der die „Volksgemeinschaft“ oberste Priorität genoss,¹³⁹ während der Einzelne als „nichts“ bewertet wurde und gegenüber der Gemeinschaft ausschließlich einen Pflichtträger darstellte.¹⁴⁰ Vor diesem ideologischen Hintergrund sollte die Aufgabe des Strafverfahrens nur darin bestehen, um des Gemeinwohls willen den staatlichen Zugriff einfach und elastisch zu gestalten und eine

¹³³ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 5 f., Kap. 11 S. 133; I. Müller, *Leviathan* 1977, 522, 526; Koffka, JW 1932, 1930; Albrecht, NJ 1994, 193, 199; Rüping, ARSP-Beiheft 18, 65, 66.

¹³⁴ RGBl. 1931 I, S. 699; RGBl. 1932 I, S. 285; RGBl. 1932 I, S. 403.

¹³⁵ RG JW 1933, 953 Nr. 7 ff.; LR-Niethammer, 19. Aufl., § 245, Anm. 9 f.; Koffka, JW 1932, 1930, 1932.

¹³⁶ 8. Teil, Kapitel III, § 4 Verordnung vom 08.12.1931; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 10.

¹³⁷ 1. Teil, Kapitel I, Art. 3, § 1 Verordnung vom 14.06.1932; LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 8; Lehmann, DJ 1935, 999, 1001.

¹³⁸ § 14 Verordnung vom 09.08.1932. Die Sondergerichte wurden zwar kurz nach ihrer Gründung im Dezember 1932 wieder abgeschafft, aber durch die Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten vom 21.03.1933 (RGBl. 1933 I, S. 136) erneut errichtet, s. auch Koch, Reform, S. 11 f.

¹³⁹ Stock, Strafprozessenerneuerung, S. 6, 8; Rüping, Studien- und Quellenbuch II, S. 232; ders., ARSP-Beiheft 18, 65, 67; Koch, Reform, S. 27 f.; Kaufmann, ARSP-Beiheft 18, 1, 8.

¹⁴⁰ Stock, Strafprozessenerneuerung, S. 6, 13; Koch, Reform, S. 121 ff.; Kaufmann, ARSP-Beiheft 18, 1, 6 ff.; Rüping, ARSP-Beiheft 18, 65, 67.

schnelle Aburteilung des Verbrechens zu gewährleisten.¹⁴¹ Dabei kam das Interesse des Angeklagten überhaupt nicht in Betracht. Einschränkungen der Macht der Staatsorgane zugunsten des Angeklagten erschienen widersinnig, schädlich und waren aufzuheben.¹⁴² Folglich verlor der Angeklagte alle Prozessrechte und wurde wieder zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgesetzt.¹⁴³

Als ein fundamentales Prozessrecht des Angeklagten und ein typisch liberalistisch-individualistisches Institut im Strafverfahren wurde der Beweiserhebungsanspruch des Angeklagten stark angezweifelt und als „Hauptnährboden für Monsterprozesse“ sowie „Hemmungsapparat“ bezeichnet.¹⁴⁴ Sein Schicksal war vorauszusehen. Kurz nach der Machtübernahme wurde durch die Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten vom 21.03.1933 ein Sondergericht für politische Delikte eingerichtet, bei dem der Umfang der Beweisaufnahme allein vom Gericht bestimmt wurde.¹⁴⁵ Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28.06.1935¹⁴⁶ erhob zwar zum ersten Mal in der deutschen Geschichte die vom RG entwickelten enumerativen Ablehnungsgründe für Beweisanträge zum Gesetz¹⁴⁷ und ergänzte den vom Entwurf 1930 vorgeschlagenen Katalog mit einem neuen Ablehnungsgrund „Wahrunterstellung“, um eine fehlerhafte Ablehnung der sachdienlichen Beweisanträge zu vermeiden und die Wahrheitserforschung zu gewährleisten.¹⁴⁸ Es schloss jedoch die Anwendung dieses Ablehnungskatalogs vor dem AG in der ersten Instanz sowie vor dem LG in der Berufungsinstanz und bei Sachverständigen- sowie Augenscheinsbeweisen aus, was das bereits durch Notverordnungen in den Jahren 1931 und 1932 geschwächte Beweisantragsrecht weiterhin verkürzte.¹⁴⁹ Die vom RG erarbeiteten, in der Praxis allgemeingültigen Grundsätze hinsichtlich des Beweisantragsrechts wurden durch dieses Gesetz eher unterbrochen als verstärkt oder beibehalten.¹⁵⁰ Darüber

¹⁴¹ Koch, Reform, S. 97 ff.; Siebert, ZStW 54 (1935), 14, 15, 23; Peters, ZStW 56 (1937), 34, 36, 38; Rüping, ARSP-Beiheft 18, 65, 67 f.; Lehmann, DJ 1935, 999, 1000.

¹⁴² I. Müller, Leviathan 1977, 522, 527; Koch, Reform, S. 28; Siebert, ZStW 54 (1935), 14, 16; Henkel, ZStW 54 (1935), 35; ders., DJZ 1935, 530, 535.

¹⁴³ Rüping, Studien- und Quellenbuch II, S. 239; Koch, Reform, S. 121 ff.; Siebert, ZStW 54 (1935), 14, 23 f.; Peters, ZStW 56 (1937), 34, 54.

¹⁴⁴ Koch, Reform, S. 119 ff.; Siebert, ZStW 54 (1935), 14, 16, 30 f.; Henkel, DJZ 1935, 530, 532.

¹⁴⁵ RGBl. 1933 I, S. 136.

¹⁴⁶ RGBl. 1935 I, S. 844.

¹⁴⁷ Schäfer/Lehmann/Dörffler, Novellen, S. 55, 63 Fn. 5; Strafrechtsnovellen v. 28.06.1935, S. 55.

¹⁴⁸ Strafrechtsnovellen v. 28.06.1935, S. 53.

¹⁴⁹ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 11; Lehmann, DJ 1935, 999, 1002; Schwarz, DJZ 1935, 925, 927. Die Gefahr der Vorwegnahme der Beweisentscheidung bemerkte aber selbst Vorkämpfer der nationalsozialistischen Reform des Strafverfahrens, s. Peters, ZStW 56 (1937), 34, 52 f.; Strafrechtsnovellen v. 28.06.1935, S. 54 f.

¹⁵⁰ LR-Geier, 20. Aufl., § 244, Anm. 4; Schäfer/Lehmann/Dörffler, Novellen, S. 55.

hinaus beseitigte das Gesetz 1935 die richterliche Verwendungspflicht hinsichtlich präsenter Beweismittel, die seit 1877 ein bedeutender Teil des Strafverfahrensrechts war.¹⁵¹ Um eine vollständige Anpassung des Strafverfahrensrechts an die nationalsozialistische Weltanschauung zu erreichen, zielte der Entwurf 1939¹⁵² auf eine Gesamtreform.¹⁵³ Er wollte sogar das verbleibende Beweisantragsrecht abschaffen und dem Gericht fast unbegrenzte Freiheit in gesamten Verfahren gestatten, solange sie nicht im Widerspruch zu dem Gebot der Wahrheitserforschung stand.¹⁵⁴ Nach dem Misslingen der Rechtsinitiative 1939 wegen des Kriegsbeginns übernahm die Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 01.09.1939¹⁵⁵ diese Aufgabe. Gemäß dieser Verordnung konnte das Gericht in sämtlichen Verhandlungen einen Beweisantrag zurückweisen, falls die Beweiserhebung nach seinem Ermessen für die Wahrheitserforschung nicht erforderlich war.¹⁵⁶ Der Angeklagte behielt danach lediglich ein Recht der unmittelbaren Selbstladung, das später durch die Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13.08.1942 abgeschafft wurde.¹⁵⁷

Trotz der immer angeklagtenunfreundlicher werdenden Rechtslage hielt das RG an der Maxime der Wahrheitsermittlung fest, welche sich aber auch zum Schutz des Angeklagten auswirkte. Während der ersten fünf Jahrzehnte nach Inkrafttreten der RStPO 1877 begnügte sich das RG grundsätzlich mit einer festen Überzeugung des Tatgerichts von einem bestimmten Sachverhalt und hinterfragte nicht die Art und Weise des Zustandekommens dieser Überzeugung. D.h. das RG kontrollierte in der Regel auch bei gravierenden Bedenken gegen die Richtigkeit der tatsächlichen Feststellungen des Instanzgerichts diese nicht, sondern akzeptierte die im Urteil angegebenen, vom Tatgericht für erwiesen erachteten Tatsachen einfach.¹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund wurde die Vollständigkeit der Beweisaufnahme von Amts wegen nur thematisiert und geprüft, wenn das Gericht keine

¹⁵¹ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 11; LR-Geier, 21. Aufl., § 245, S. 993; Schäfer/Lehmann/Dörffler, Novellen, S. 55, 63 Fn. 5; Lehmann, DJ 1935, 999, 1002; Schwarz, DJZ 1935, 925, 927.

¹⁵² Entwurf einer Strafverfahrensordnung und einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung 1939, der Text ist abgedruckt bei Schubert, Entwürfe, S. 297 ff.

¹⁵³ LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 4 S. 29 ff.; Koch, Reform, S. 170 ff., 210 ff.

¹⁵⁴ § 64, 65 Entwurf 1939, s. Schubert, Entwürfe, S. 375, 402.

¹⁵⁵ RGBl. 1939 I, S. 1658.

¹⁵⁶ § 24 Verordnung 1939; Bruns, DR 1940, 2041 f., 2048 f.; Schubert, Entwürfe, S. XVI; Koch, Reform, S. 237; LR-K. Schäfer, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 14.

¹⁵⁷ Art. 9 § 1 Abs. 3 Verordnung 1942 (RGBl. 1942 I, S. 508); Rieß, FS Reichsjustizamt, 373, 429.

¹⁵⁸ RGSt 8, 351, 352 f.; 14, 364, 376; 23, 409, 411; Wißgott, Beweisantragsrecht, S. 108 ff. Eine Ausnahme davon liegt vor, wenn ein Verstoß gegen allgemeine Sprache- oder Denkgesetze oder eine Außerachtlassung offenkundiger Tatsachen in dem Urteil gefunden wurde, s. RGSt 38, 308, 309; 41, 78, 79; 57, 257; RG JW 1922, 1017 Nr. 13; 1923, 838 Nr. 4; Wißgott, Beweisantragsrecht, S. 115 ff., 144 ff.

Überzeugung besessen, sondern in dubio pro reo entschieden hatte. Wurden in solchen Konstellationen weitere Beweismöglichkeiten übersehen, ließ sich eine Verletzung der Wahrheitserforschungspflicht bejahen und hatte die Aufklärungsrüge Erfolg.¹⁵⁹ Seit 1927 wurde die Kontrolle über die tatsächlichen Feststellungen des Instanzgerichts heftig intensiviert, indem nicht mehr lediglich das Vorliegen einer Überzeugung, sondern auch die Richtigkeit der Überzeugungsbildung geprüft wurde. Das RG griff ein, wenn die Beweiswürdigung im Urteil allgemeine Erfahrungsgesetze, Denkgesetze, Auslegungsregeln missachtete, offenkundige Tatsachen ignorierte, oder Widerspruch oder Unklarheit enthielt, wenn die Anforderungen an die richterliche Überzeugung überspannt wurden, indem das Tatgericht den Freispruch nicht auf konkreten, begründeten Zweifel, sondern auf abstrakten Zweifel stützte, und wenn naheliegende Tatalternativen oder erhebliche Umstände außerachtgelassen bzw. nicht im Urteil erörtert waren.¹⁶⁰ Damit wurde auch die Reichweite der Beweisaufnahme von Amts wegen verstärkt überprüft: Es wurde als Verletzung der richterlichen Wahrheitsermittlungspflicht angesehen, wenn wegen der Unterlassung einer Beweiserhebung der gewonnenen Überzeugung ein hinreichend fundiertes tatsächliches Fundament fehlte.¹⁶¹ Das war beispielsweise der Fall, wenn ohne tragfähige Gründe auf die Vernehmung eines wichtigen Zeugen verzichtet wurde,¹⁶² oder wenn bei Hinweisen, die auf eine Geisteskrankheit von Zeugen bzw. die Schuldunfähigkeit des Angeklagten schließen ließen, diese Frage nicht weiter aufgeklärt wurde.¹⁶³ Um die oben dargestellte gesetzliche Verkürzung sowie Abschaffung des Beweisrechts des Angeklagten zu kompensieren, gewann die Amtsaufklärungspflicht in der Judikatur des RG zunehmend an Bedeutung, dank der das Tatgericht bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme immer noch gebunden blieb und trotz der gesetzlichen Aufhebung des Verbots hinsichtlich der Vorwegnahme des Beweisergebnisses die Beweisantizipation nicht beliebig einsetzen durfte.¹⁶⁴ Als Folge

¹⁵⁹ RGSt 6, 135, 136; 47, 417, 425; RG JW 1914, 696 Nr. 65; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 128 ff.; *Hamm*, Revision, Rn. 571 f.

¹⁶⁰ RGSt 61, 151, 154 f.; 61, 202, 206 f.; 63, 112, 113 f.; 64, 250 f.; RG JW 1927, 3051 Nr. 10; 1930, 761 Nr. 11; 1932, 3070 Nr. 18; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 149 ff., 156 ff.; *Fezer*, FG BGH, 847, 849; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 393; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 25 f.; LR-Gollwitzer, 23. Aufl., § 244, Rn. 46 f.; *Schmid*, ZStW 85 (1973), 360, 370 ff.; *Peters*, FS Schäfer, 137, 139 ff.; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 22.

¹⁶¹ RG JW 1931, 2030 Nr. 18; 1931, 2031 Nr. 20; 1931, 2495 Nr. 22; 1933, 451, Nr. 42; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 153 f., 168 ff.; LR-Geier, 21. Aufl., § 244, Anm. 11 f.; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 24 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 178; *Wessels*, JuS 1969, 1; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 24. *Fezer*, FG BGH, 847, 849 f. weist darauf hin, dass das nur einen Ausgang der Objektivierung darstellte und die damaligen Überprüfungskriterien gegenüber der Aufklärungspflicht weit hinter dem heutigen hohen Standard zurücklagen.

¹⁶² RG JW 1929, 859 Nr. 18.

¹⁶³ RG HRR 1932, Nr. 2329; RG JW 1933, 2217 Nr. 15.

¹⁶⁴ RGSt 72, 161, 162 f.; 74, 147, 148 f., 151; RG HRR 1937 Nr. 425; 1938 Nr. 1520; 1939 Nr. 546; 1940 Nr. 839; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 193 ff., 196 ff.,

galt in der Praxis das Beweisantizipationsverbot mit einer freilich reduzierten Stärke weiter, sodass eine zu weitgehende antizipierte Beweiswürdigung unterdrückt und die Überzeugungsbildung auf einer insbesondere schmalen Tatsachengrundlage unterbunden wurde.¹⁶⁵ Dadurch wurden trotz des fehlenden Mitwirkungsrechts des Angeklagten ein gewisser Mindeststandard der Sachverhaltsermittlung gewährleistet und die Grundrechte des Angeklagten beiläufig mehr oder weniger geschützt.

IV. Die gesetzliche Anerkennung eines umfassenden Beweisrechts des Angeklagten in der Bundesrepublik

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.09.1950¹⁶⁶ in der Bundesrepublik Deutschland verabschiedet, das durch Rückgängigmachung der rechtsstaatsfeindlichen Änderungen der NS-Zeit ein Strafverfahren auszubauen versuchte, das mit den Anforderungen des Grundgesetzes vereinbar war.¹⁶⁷ Hinsichtlich des Beweisrechts des Angeklagten wurden auf der einen Seite das unmittelbare Ladungsrecht und die richterliche Verwendungspflicht gegenüber präsenten Beweismitteln, der Gesetzeslage 1926 ähnelnd, wiederbelebt,¹⁶⁸ solange die Beweiserhebung nicht unzulässig oder zur Prozessverschleppung beantragt war. Auf der anderen Seite regenerierte sich das verbindliche Beweisantragsrecht hinsichtlich der Zeugen- und Urkundenbeweise in fast allen Verfahren¹⁶⁹ wie im Jahre 1925,¹⁷⁰ in dem die Rechtsprechung des RG für Verhandlungen außer in Übertretungen und Privatklassesachen generell galt. In Form eines ausführlichen

214 ff., 231 f.; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 138 f.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 180 f.; *Fezer*, FG BGH, 847, 851 ff.; *Wessels*, JuS 1969, 1 f.; *Alsberg*, 5. Aufl., S. 692; *Schulz*, GA 1981, 301, 314 f.; *Hamm*, Revision, Rn. 574 f.

¹⁶⁵ *Bruns*, DR 1940, 2041, 2047 f.; *Fezer*, FG BGH, 847, 852 f. Gemäß *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 221 f., 225 zogen der erste und zweite Senat des RG die Reichweite der Amtsermittlungspflicht sogar so weit, dass nur geringe Unterschiede zum früheren Beweisrecht der Beschuldigten bestanden. Allerdings konnte das RG den Verlust des Beweisantragsrechts nicht ganz ausgleichen.

¹⁶⁶ BGBl. 1950 I, S. 455.

¹⁶⁷ BT-Plenarprotokoll 01/43, 01.03.1950, S. 1433 ff.; LR-K. *Schäfer*, 21. Aufl., Einl., Kap. 3 S. 19; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 122; *Rieß*, ZRP 1977, 67, 68. *Henkel*, Strafverfahrensrecht, S. 61 f. fand die einseitige Betonung der Schutzbelange des Angeklagten in dieser Zeit aber bedenklich und forderte einen angemessenen Ausgleich zwischen den Schutzbedürfnissen der Gesamtheit und denjenigen des vom Strafverfahren Betroffenen.

¹⁶⁸ BT-Drs. 1/530, Anlage I, S. 49, Anlage I a, S. 47.

¹⁶⁹ Zwei Ausnahmen davon bildeten Übertretungen und Privatklassesachen (§ 384 Abs. 2 StPO a.F., seit StPÄG 1964 § 384 Abs. 3 StPO), bei denen das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme immer noch frei bestimmte.

¹⁷⁰ BT-Drs. 1/530, Anlage I, S. 48 f., Anlage I a, S. 47.

Ablehnungskatalogs wurden die von der Judikatur entwickelten Grundsätze vollständig aufgenommen. Nach Misslingen mehrerer Gesetzesentwürfe, die die Rechtsfortbildung des RG zum Beweiserhebungsanspruch des Angeklagten gesetzlich fixieren wollten, und der vorläufigen Existenz eines Ablehnungskatalogs im Strafverfahrensrecht während der NS-Zeit erkannte der Gesetzgeber der Bundesrepublik zum zweiten Mal in der deutschen Geschichte das Beweisantragsrecht des Angeklagten an, und diesmal handelte es sich weder um eine kaschierte Verkürzung noch um eine Regelung von kurzfristiger Dauer. Über einen Beweis-antrag auf Einholung der Sachverständigen- oder Augenscheinsbeweise entschied das Gericht immer noch nach seinem Ermessen, wobei das Präsentationsrecht des Angeklagten deshalb weiterhin eine wichtige Rolle spielte,¹⁷¹ sonst wurde das Beweisantragsrecht wegen seiner Kostenfreiheit für Antragsteller in der Praxis durchgängig bevorzugt.¹⁷²

C. Beschränkung des Beweisrechts des Angeklagten unter Berufung auf das Missbrauchsverbot – Entwicklungen in der Bundesrepublik seit 1974

I. Gesetzesänderungen vor 2014

Während die Reformbestrebungen in den sechziger Jahren noch davon geleitet wurden, das Strafverfahrensrecht in Einklang mit dem Grundgesetz zu bringen und Schutzvorkehrungen für den Angeklagten zu verstärken,¹⁷³ zeigten das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974,¹⁷⁴ dessen Ziel die Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens war,¹⁷⁵ und die anschließenden Gesetzgebungen¹⁷⁶ einen klaren Umbruch der Zielrichtung der Reform¹⁷⁷

¹⁷¹ BT-Drs. 8/976, S. 51; auch *Engels*, GA 1981, 21, 35; *Rieß*, FS Reichsjustizamt, 373, 430; *Marx*, NJW 1981, 1415. *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 257 f., 274 bezweifelt aber, ob das Präsentationsrecht dem Angeklagten wirklich einen Ausweg bietet.

¹⁷² *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 271 f., 319 ff.; *Hagemann*, Entstehung, S. 123 ff.; *Rieß*, FS Reichsjustizamt, 373, 430; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 15.

¹⁷³ LR-K. *Schäfer*, 21. Aufl., Einl., Kap. 4 S. 35 ff.; *Rieß*, ZRP 1977, 67, 68.

¹⁷⁴ BGBl. 1974 I, S. 3393.

¹⁷⁵ BT-Drs. 7/551, S. 31, 34 ff.

¹⁷⁶ Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 02.03.1974 (BGBl. 1974 I, S. 469), Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20.12.1974 (BGBl. 1974 I, S. 3686), Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes vom 18.08.1976 (BGBl. 1976 I, S. 2181), Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 30.09.1977 (BGBl. 1977 I, S. 1877) und Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung vom 14.04.1978 (BGBl. 1978 I, S. 497), s. *Vogel*, NJW 1978, 1217, 1219 ff.

¹⁷⁷ *Dölling* u.a., Dauer von Strafverfahren, S. 12 ff.; *Rieß*, ZRP 1977, 67, 69 f.; *ders.*, NSTz 1994, 409, 411; *Hübner*, Verfahrensgrundsätze, S. 50 f.

vor dem Hintergrund des Terrorismus¹⁷⁸ und später der Organisierten Kriminalität.¹⁷⁹ Im Mittelpunkt stand nun die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege.¹⁸⁰ Sie verlangte neben der Straffung des Verfahrens auch die Abwehr der missbräuchlichen Prozesshandlungen,¹⁸¹ die zu „Monsterprozessen“ wie z. B. den NS-Verfahren und dem Contergan-Prozess beitrugen¹⁸² und in der rechtspolitischen Diskussion als ein dringend zu lösendes Problem betrachtet wurden.¹⁸³ Nach der Auseinandersetzung darüber liege eine Ursache des Missbrauchs in dem gewandelten Selbstverständnis vieler Strafverteidiger, die sich selbst nicht mehr als „Organ der Rechtspflege“ begriffen, sondern ihre einzige Aufgabe in der parteilichen Interessenvertretung ihrer Mandanten sähen.¹⁸⁴ Das befördere auf der einen Seite den effektiven Schutz der Interessen des Angeklagten im Strafverfahren,¹⁸⁵ bringe auf der anderen Seite aber die „Konfliktverteidigung“ hervor, bei der die Strafprozessvorschriften nicht zur „Erforschung der materiellen Wahrheit in einem justizförmigen Verfahren“, sondern zur Erreichung verfahrensfremder Ziele oder schlicht zur Verfahrensobstruktion ausgenutzt werden.¹⁸⁶ Neben einigen Monsterverfahren führe die Konfliktverteidigung auch allgemein zu längerer Dauer des Strafprozesses.¹⁸⁷ Als eines der wichtigsten Prozessrechte

¹⁷⁸ Am wichtigsten war der Baader-Meinhof-Fall (RAF-Fall). Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20.12.1974 wurde z. B. „lex RAF“ genannt.

¹⁷⁹ Rieß, ZRP 1977, 67, 69 f.; Vogel, NJW 1978, 1217 f.

¹⁸⁰ Der Ausdruck „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ tauchte erst 1972 in der Entscheidung BVerfGE 33, 367, 383 auf, seitdem argumentiert das BVerfG häufig damit (BVerfGE 34, 238, 248 f.; 38, 105, 118; 39, 156, 163; 41, 246, 250; 46, 214, 222; 51, 324, 343; 77, 65, 76; 80, 367, 375). Aber vor 1972 erkannt das BVerfG bereits das Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung (BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147; 29, 183, 194; 32, 373, 381). Mehr über diesen Begriff s. Hassemer, StV 1982, 275.

¹⁸¹ Dölling u. a., Dauer von Strafverfahren, S. 35.

¹⁸² Herrmann, ZStW 85 (1973), 255, 256 ff., 279 f.; Bruns, FS Maurach, 469, 481; Breucker, Verhalten, S. 64 ff.; Grünwald, Gutachten C zum 50. DJT, C 12; G. Schmidt, JR 1974, 320, 323.

¹⁸³ Weber, GA 1975, 289; Herrmann, ZStW 85 (1973), 255, 255 f., 260 f.; Barth, ZStW 108 (1996), 155; Vogel, NJW 1978, 1217, 1223.

¹⁸⁴ Hanack, FG Schultz, 299, 301 ff.; ders., StV 1987, 500, 501; Arbeitstagung der Generalstaatsanwälte und des Generalbundesanwalts, StV 1991, 284; Fezer, StV 1995, 263; ter Veen, Strukturanalyse, S. 16.

¹⁸⁵ Gerhardt, FAZ vom 04.09.1984, der Text ist abgedruckt bei AnwBl 1984, 541.

¹⁸⁶ LG Wiesbaden StV 1995, 239, 240; OLG Nürnberg StV 1995, 287, 288; Weber, GA 1975, 289; Malmendier, NJW 1997, 227; Meyer-Goßner/Ströber, ZRP 1996, 354, 356; a. M. Kempf, AnwBl 1997, 75; Dahs, NJW 1994, 909; Barton, StV 1996, 690, 693 f. Übrigens wurde die Klage über Konfliktverteidigung durch empirische Studien widerlegt: In der Tat waren die Verteidigungsaktivitäten viel zurückhaltender als vorgesellt und durchschnittlich zeigte sich nur ein niedriger Grad an Konflikthaftigkeit, s. Perron, Beweisantragsrecht, S. 310, 314, 325, 379; Barton, StV 1984, 394; Vogtherr, Rechtswirklichkeit, S. 182 f., 343 ff., 348 f., 425.

¹⁸⁷ Perron, ZStW 108 (1996), 128, 142 ff.; Meyer-Goßner/Ströber, ZRP 1996, 354, 355 f., 361; Berz, NJW 1982, 729, 729, 733 f.; Fischer, NStZ 1997, 212, 213 f.

des Angeklagten stelle der Beweiserhebungsanspruch ein bedeutendes Instrument der Konfliktverteidigung dar.¹⁸⁸ Folglich schien dieses Recht vielen zu großzügig, zu langwierig, dysfunktional und reformbedürftig.¹⁸⁹

In diesem Zusammenhang entstand das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 05.10.1978,¹⁹⁰ das die Streichung des antragsunabhängigen Präsentationsrechts als eine der „Maßnahmen zum Schutz vor mißbräuchlicher Ausnutzung beweiserrechtlicher Vorschriften“¹⁹¹ vorschrieb. Seit Anfang der siebziger Jahre wurde die richterliche Verwendungspflicht gegenüber präsenten Beweismitteln für Großverfahren verantwortlich gemacht,¹⁹² da das Gericht dadurch gezwungen wurde, auch offensichtlich unerhebliche oder ungeeignete Beweise zu erheben, es sei denn, dass die Beweise unzulässig waren oder aus Prozessverschleppungsabsicht gestellt wurden. Um extremen Missbrauchsfällen zu begegnen, konnte sich die Rechtsprechung nur auf eine weite Auslegung des Ablehnungsgrundes „Unzulässigkeit“ beziehen.¹⁹³ Gemäß Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 beschränkte sich dieser Verwendungszwang auf die vom Gericht vorgeladenen Beweispersonen sowie die sonstigen von dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft herbeigeschafften Beweismittel, solange die Beweiserhebung zulässig war. Die Ausschöpfung eines präsenten Beweismittels seitens des Angeklagten setzte nun voraus, dass ein Beweisantrag gestellt wurde und keine Ablehnungsgründe vorlagen. Diese Ablehnungsgründe wurden in Anlehnung an den Katalog für nichtpräsente Beweismittel bestimmt und enthielten neben Unzulässigkeit und Verschleppungsabsicht noch Erwiesensein und Offenkundigkeit der Beweistatsache sowie völlige Ungeeignetheit des Beweismittels.¹⁹⁴ Damit ging das Präsentationsrecht des Angeklagten ersatzlos in seinem Beweisantragsrecht auf,¹⁹⁵ das seitdem für präsente sowie nichtpräsente Beweismittel gilt, aber mit zwei voneinander abweichenden Ablehnungskatalogen.

¹⁸⁸ *Weber*, GA 1975, 289 f.; *ter Veen*, Strukturanalyse, S. 253 ff., 293 ff., 335 ff.; *Jahn*, ZRP 1998, 103, 104. Auch durch *Kempf*, AnwBl 1997, 75, 77 im positiven Sinne bestätigt.

¹⁸⁹ *Herzog*, StV 2000, 444, 445.

¹⁹⁰ BGBl. 1978 I, S. 1645. Andere damalige Entwürfe schlugen auch die Abschaffung des Präsentationsrechts vor, nämlich Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung strafrechtlicher Verfahren (BT-Drs. 8/323) und Entwurf vom Gesetz zur Beschleunigung strafrechtlicher Verfahren (BT-Drs. 7/5267, 8/354).

¹⁹¹ BT-Drs. 8/976, S. 17.

¹⁹² BT-Drs. 8/354, S. 9; BT-Drs. 8/976, S. 24, 51; *Weber*, GA 1975, 289, 290, 300; *Bruns*, FS Maurach, 469, 481; *Marx*, NJW 1981, 1415; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 135 Fn. 682; *Grünwald*, Gutachten C zum 50. DJT, C 70 ff.

¹⁹³ BGHSt 2, 284, 287; 17, 28, 30; 17, 337, 343; LR-Gollwitzer, 23. Aufl., § 245, Rn. 32 f.; *Alsberg-Tsamikakis*, 6. Aufl., Rn. 1546; *Marx*, NJW 1981, 1415, 1417.

¹⁹⁴ BT-Drs. 8/976, S. 7, 51.

¹⁹⁵ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 140.

In Anbetracht der Tatsache, dass das Präsentationsrecht seit langem durch das Beweisantragsrecht in den Hintergrund gedrängt wurde,¹⁹⁶ war seine Beseitigung nicht unhinnehmbar. Dennoch machte der Gedanke der Verfahrensbeschleunigung und Justizentlastung¹⁹⁷ auch vor dem übrigbleibenden Beweisrecht des Angeklagten nicht Halt, obgleich während der rechtspolitischen Diskussion um das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 auch die Bundesregierung dieses Recht für eine „wesentliche rechtsstaatliche Errungenschaft“ hielt, die trotz der Missbrauchsgefahr für die Wahrheitserforschung und den Schutz des Angeklagten unerlässlich sei.¹⁹⁸ Eine deutliche Schwächung des Beweisantragsrechts schlugen 1982 die Strafverfahrensrechtsreferenten der Landesjustizverwaltungen und des Bundesjustizministeriums in einer Arbeitsunterlage „Vorschläge zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtsbarkeit“¹⁹⁹ vor. Diese Arbeitsunterlage verlangte vor allem in den Verhandlungen vor dem AG bzw. nahezu 98 % aller erstinstanzlichen Verfahren die Abschaffung des Katalogs der Ablehnungsgründe sowie der Pflicht, einen Beweis Antrag durch Gerichtsbeschluss zurückzuweisen. Stattdessen sollte das Gericht nur an seine Aufklärungspflicht gebunden sein.²⁰⁰ Darüber hinaus wurde eine Präklusionsfrist in den landgerichtlichen und erstinstanzlichen oberlandesgerichtlichen Verfahren angeraten, die § 246 Abs. 1 StPO revidierte, welcher die Stellung des Beweisantrags bis zum Beginn der Urteilsverkündung zuließ. Die Berliner Justizverwaltung empfahl, dem Gericht die Befugnis einzuräumen, eine Frist für die Stellung von Beweis Anträgen zu setzen. Über einen erst nach Fristablauf gestellten Antrag sollte das Gericht nur nach Amtsaufklärungspflicht entscheiden, wenn die Beweiserhebung eine Unterbrechung der Hauptverhandlung über den laufenden Verhandlungstag hinaus oder sogar eine Aussetzung des Verfahrens bewirken konnte. Nach einer weitergehenden Anregung der Berliner Referenten sollte auch die Aufklärungspflicht entfallen und das Gericht sollte die Entscheidung nach freiem Ermessen treffen dürfen, sofern die nachträgliche Antragstellung nicht durch verständige Gründe gerechtfertigt werden konnte.²⁰¹ Zwei zurückhaltende Alternativen des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz waren: Entweder bestand das verbindliche Beweisantragsrecht grundsätzlich

¹⁹⁶ Perron, *Beweisantragsrecht*, S. 138, 140, 271 f., 319 ff.; *Wißgott*, *Beweisantragsrecht*, S. 262.

¹⁹⁷ Nicht die Vermehrung und die Verbesserung der Verteidigungsaktivitäten, sondern andere Faktoren führen eine lange Verfahrensdauer (*Dölling* u. a., *Dauer von Strafverfahren*, S. 77 f., 80 ff.; *ter Veen*, *Strukturanalyse*, S. 307 ff.; auch *Wagner*, *Sitzungsbericht zum 60. DJT*, M 152) sowie die Überforderung der Strafjustiz (*Kempf*, *AnwBl* 1997, 75, 76 f.; *Barton*, *StV* 1996, 690, 692; *Albrecht*, *NJ* 1994, 193, 194 ff.; *Schünemann*, *FS Pfeiffer*, 461, 468 ff.) herbei.

¹⁹⁸ BT-Drs. 8/976, S. 23 f. *Vogel*, *NJW* 1978, 1217, 1223, 1225.

¹⁹⁹ Vorschläge, *StV* 1982, 325.

²⁰⁰ Vorschläge, *StV* 1982, 325, 327.

²⁰¹ Vorschläge, *StV* 1982, 325, 331.

während der Beweisaufnahme und dehnte sich ausnahmsweise auf Beweisanträge nach Abschluss der Beweisaufnahme aus, wenn der Antragsteller ausreichende Gründe für die Verspätung glaubhaft machte. Oder das Gericht, das bis zum Beginn der Urteilsverkündung an den Ablehnungskatalog gebunden war, sollte über die nach dem Schluss der Beweisaufnahme gestellten Beweisanträge erst im Urteil beschließen dürfen.²⁰² Ferner wurde nahegelegt, dass die Beurteilung, ob der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht vorlag, „nach Überzeugung des Gerichts“ erfolgen sollte. Damit brauchte das Revisionsgericht allein zu überprüfen, ob das Tatgericht rechtlich einwandfrei zu seiner Überzeugung gekommen war, anstatt dessen Überzeugung selbst zu untersuchen.²⁰³ Weiterhin wurde der Ratschlag vorgebracht, dass im Ausland befindliche Zeugen als unerreichbar gelten sollten, wenn sie „schwer erreichbar“ waren.²⁰⁴ Ungeachtet der scharfen Kritik seitens der Anwaltschaft²⁰⁵ nahm die 53. Justizministerkonferenz einen Teil der Anregungen in die Arbeitsunterlage inklusive der Abschaffung des Beweisantragsrechts vor dem AG auf.²⁰⁶ Doch fanden sich keine der oben geschilderten Empfehlungen in der anschließenden gesetzgeberischen Maßnahme,²⁰⁷ da eine Verkürzung des Beweisantragsrechts den rechtsstaatlich unverzichtbaren Schutz des Angeklagten in Gefahr bringe.²⁰⁸ Schließlich kam das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27.01.1987²⁰⁹ zustande, ohne das Beweisantragsrecht des Angeklagten anzutasten.²¹⁰

Die deutsche Wiedervereinigung und die dadurch erweiterte Aufgabe des Gerichts boten einen neuen Anlass für Verfahrensstraffung und Missbrauchsbekämpfung.²¹¹ Am 24.05.1991 legten zehn Länder dem Bundesrat den „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“²¹² vor, der später vom Bundesrat gebilligt wurde.²¹³ Hinsichtlich des Beweisantragsrechts schlug der Entwurf

²⁰² Vorschläge, StV 1982, 325, 331.

²⁰³ Vorschläge, StV 1982, 325, 331.

²⁰⁴ Resolution des 6. Strafverteidigertages, StV 1982, 301, 302.

²⁰⁵ Resolution des 6. Strafverteidigertages, StV 1982, 301; Stellungnahme des Vorstandes des DAV, AnwBl 1982, 298 ff.; *Ulsenheimer*, AnwBl 1983, 373, 374 ff.; *Frohn*, GA 1984, 554, 561 ff.; *Asbrock*, ZRP 1983, 20, 21; *Winters*, AnwBl 1983, 289, 290 f.; 7. Strafverteidigertag, StV 1983, 260 f.; Erklärung der Vereinigung hessischer Strafverteidiger e. V., StV 1982, 392 ff.

²⁰⁶ *Winters*, AnwBl 1983, 289, 291.

²⁰⁷ D.h. in dem Referentenentwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1983, dessen Text teilweise in StV 1982, 600 ff. abgedruckt ist, und dem Regierungsentwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1984 (BT-Drs. 10/1313).

²⁰⁸ BR-Plenarprotokoll 531, 03.02.1984, S. 49.

²⁰⁹ BGBl. 1987 I, S. 475.

²¹⁰ *Meyer-Goßner*, NJW 1987, 1161.

²¹¹ BR-Drs. 314/91, S. 1, 52, 100; BT-Drs. 12/1217, S. 17 ff., 35; *Scheffler*, NJW 1994, 2191, 2193.

²¹² BR-Drs. 314/91.

²¹³ BR-Plenarprotokoll 633, 05.07.1991, S. 302 ff.

zunächst vor, dass das Gericht über den Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen lediglich aufklärungspflichtgemäß zu entscheiden brauchte, sodass es obstruktionstaktische Anträge mancher Verteidiger ohne Schwierigkeiten zurückweisen konnte.²¹⁴ Zusätzlich zielte der Entwurf auf eine Befreiung des Gerichts von dem strengen Katalog der Ablehnungsgründe nach Abschluss der Beweisaufnahme ab, es sei denn, dass das Gericht nach seiner freien, unüberprüfbaren Würdigung einen verständigen Grund für die nachträgliche Antragstellung fand.²¹⁵ Inhaltlich wiederholt wurde die Anregung in der Arbeitsunterlage 1982 über die freie Würdigung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht durch das Tatgericht.²¹⁶ Die Rechtsstaatsmäßigkeit und der Entlastungseffekt dieser Vorschläge wurden infrage gestellt.²¹⁷ Auf der einen Seite wurde Kritik darüber geübt, dass die angeregte Beschneidung des Beweisantragsrechts und die Beschränkung der Revisionskontrolle das Fehlurteilsrisiko vergrößern und effektive Verteidigung gefährden werde und im Interesse der Verfahrensstraffung ein Abschmelzen der rechtsstaatlichen Prinzipien in Kauf nehme.²¹⁸ Auf der anderen Seite wurde eine Vermehrung der Angriffe gegen das Ermessen des Tatgerichts durch die Aufklärungsrüge sowie eine unnötige Aufblähung des Prozessstoffs befürchtet, da der Angeklagte ohne Rücksicht auf den weiteren Verlauf der Beweisaufnahme alle denkbare Beweisanträge vorverlegen werde, um sich der freien Würdigung des Gerichts von verspäteten Beweisanträgen zu entziehen oder die möglicherweise wegen Prozessverschleppungsabsicht zurückgewiesenen Beweisanträge auszugleichen.²¹⁹ Schließlich wurde allein die Auslandszeugenregelung in dem Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.01.1993²²⁰ aufgenommen und später von dem BVerfG gebilligt.²²¹

Zwar behauptete die Bundesjustizministerin, dass nach der Auslandszeugenregelung im Rechtspflege-Entlastungsgesetz weitere Einschränkungen des Be-

²¹⁴ BR-Drs. 314/91, S. 103 f.; BT-Drs. 12/1217, S. 36; *Basdorf*, StV 1995, 310, 313.

²¹⁵ BR-Drs. 314/91, S. 11, 104 ff.; BT-Drs. 12/1217, S. 7, 36 f.

²¹⁶ BR-Drs. 314/91, S. 11, 101 ff.; BT-Drs. 12/1217, S. 7, 35 f.

²¹⁷ BT-Drs. 12/1217, S. 67; BT-Drs. 12/3832, S. 10 f., 40 f.; *Asbrock*, ZRP 1992, 11, 12 f.; *Schulz*, StV 1991, 354, 356 ff., 362; *Fezer*, StV 1995, 263, 266 f.; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 58 f.; BRAK und DAV an den Bundesminister der Justiz, AnwBl 1991, 308 ff.; *Bandisch*, AnwBl 1991, 311 f.; Erklärung von 94 deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern, StV 1991, 398; Erklärung des 15. Strafverteidigertages, StV 1991, 280 f.

²¹⁸ BT-Drs. 12/1217, S. 67; *Schulz*, StV 1991, 354, 356 ff.; *Asbrock*, ZRP 1992, 11, 12 f.; BRAK und DAV an den Bundesminister der Justiz, AnwBl 1991, 308, 310; Erklärung des 15. Strafverteidigertages, StV 1991, 280 f.

²¹⁹ BT-Drs. 12/1217, S. 67; BT-Drs. 12/3832, S. 40. *Asbrock*, ZRP 1992, 11, 13; *Fezer*, StV 1995, 263, 267; *Werle*, JZ 1991, 789, 794; BRAK und DAV an den Bundesminister der Justiz, AnwBl 1991, 308, 310; *Bandisch*, AnwBl 1991, 311, 312; Erklärung des 15. Strafverteidigertages, StV 1991, 280, 281.

²²⁰ BGBl. 1993 I, S. 50.

²²¹ BVerfG StV 1997, 1, 2 f.

weisantragsrechts unterbleiben sollten.²²² Ihr Wort widerlegte jedoch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze vom 28.10.1994, nämlich das Verbrechensbekämpfungsgesetz.²²³ Trotz seines Namens schrieb dieses Gesetz im Bereich des Strafverfahrens nur wenige Maßnahmen gegen organisierte Verbrechen und Gewaltkriminalität vor, stattdessen konzentrierte es sich auf Verfahrensbeschleunigung²²⁴ und brachte eine schwerwiegende Verkürzung des Beweisantragsrechts mit sich: Das Gesetz erneuerte das vorliegende beschleunigte Verfahren durch Vereinfachung der Hauptverhandlung,²²⁵ um mehr Straffungseffekt zu gewinnen.²²⁶ Damit wurde ein vereinfachtes Beweisverfahren etabliert,²²⁷ das neben dem Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip²²⁸ auch die Abschaffung des Beweisantragsrechts in Verfahren vor dem Strafrichter zuließ. Obwohl der Strafrichter einen Beweis Antrag immer noch in das Sitzungsprotokoll aufnehmen und durch begründeten Gerichtsbeschluss zurückweisen musste, entschied er über den Antrag ohne Rücksicht auf den Ablehnungskatalog und war zur Beweisantizipation befugt, sofern sie nicht zu weit ging und seine Aufklärungspflicht verletzte.²²⁹ Dank der Verweisungsnorm des § 411 Abs. 2 S. 2 StPO fand das verkürzte Beweisverfahren nicht nur im beschleunigten Verfahren vor dem Strafrichter, sondern auch im Hauptverfahren nach Einspruch auf Strafbefehl Anwendung, daher wurde das Beweisantragsrecht in mehr als der Hälfte der Strafsachen vor dem AG beseitigt.²³⁰ Wie das Rechtspflege-Entlastungsgesetz wurde auch das Verbrechensbekämpfungsgesetz heftig kritisiert, da es aufgrund der einseitigen Betonung der Verfahrensstraffung rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgibt²³¹ und nur geringe oder sogar gar keine Entlastungseffekte mit sich bringe, da ein Missbrauch des Beweisantragsrechts

²²² Gespräch, DRiZ 1994, 190, 191.

²²³ BT-Drs. 12/6853; BGBl. 1994 I, S. 3186.

²²⁴ BT-Drs. 12/6853, S. 1, 19, 34 ff.; *Bandisch*, StV 1994, 153, 155. Das wurde damit begründet, dass schnelle und schonende Erledigung leichter und mittlerer Kriminalität personelle und sachliche Mittel zur Konzentration auf die Bearbeitung schwerer und komplizierter Straftaten freisetzen konnte, s. *Dölling* u.a., Dauer von Strafverfahren, S. 34.

²²⁵ BT-Drs. 12/6853, S. 10 f., 34 ff.

²²⁶ BT-Drs. 12/6853, S. 19, 34 f.; *Loos/Radtke*, NStZ 1995, 569.

²²⁷ BT-Drs. 12/6853, S. 36 f.; *Dahs*, NJW 1995, 553, 556.

²²⁸ BT-Drs. 12/6853, S. 11, 36 f.

²²⁹ BT-Drs. 12/6853, S. 36; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 420, Rn. 11.

²³⁰ Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 2, Berichtsjahr 1991, S. 86; Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 2, Berichtsjahr 1992, S. 76; Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 2, Berichtsjahr 1993, S. 76, abrufbar unter www.destatis.de; dazu *Dahs*, NJW 1995, 553, 557; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 160 f.

²³¹ Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., Vor § 417, Rn. 6; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 141; *Loos/Radtke*, NStZ 1996, 7, 11 ff.; *Dahs*, NJW 1995, 553, 556 f.; *Bandisch*, StV 1994, 153, 157 f.; *Scheffler*, NJW 1994, 2191, 2193 f.; *Ambos*, Jura 1998, 281, 291 f.; *SK-Paeffgen*, 4. Aufl., § 420, Rn. 1, 19 f.; *Albrecht*, NJ 1994, 193, 196 f.; *Bandisch*, StV 1994, 153, 157 f.

selten vor dem AG stattfinde²³² und der Angeklagte seine verhinderten Beweisbegehren sowieso in der Berufungsinstanz nachholen könne.²³³ Neben der Kritik wurde Sorge um die künftige Entwicklung geäußert, dass der Gesetzgeber die Einschränkung, wenn nicht Abschaffung, des Beweisantragsrechts, seinem Endziel, hinter jedem kleinen Schritt zu dessen Schwächung verstecke und die Reform der Verfahrensbeschleunigung und Justizentlastung langsam, unauffällig, aber erfolgreich in Raten durchführe.²³⁴ Befürchtet wurde, dass die Beseitigung des Beweisantragsrechts in beschleunigten Verfahren vor dem Strafrichter und in Hauptverfahren nach Einspruch gegen den Strafbefehl eine Vorbereitung auf seine Einschränkung in Regelverfahren vor anderen Gerichten darstelle, indem die Öffentlichkeit sich an ein Strafverfahren ohne Beweisantragsrecht gewöhne und eine Erweiterung dieser Beseitigung auch annehme.²³⁵

Solche Ansichten schienen bestätigt zu werden durch die Tatsache, dass während der Bearbeitung des Entwurfs zum Verbrechensbekämpfungsgesetz im Bundestag zwei weitere Gesetzesanträge zur Beschleunigung der Strafjustiz von den Bundesländern Hamburg und Bayern in den Bundesrat eingebracht wurden.²³⁶ Beide wiederholten die Anregungen über freie Würdigung der Verschleppungsabsicht durch das Gericht und die zeitliche Begrenzung des Beweisantragsrechts aus dem Entwurf 1991 inklusive ihrer Begründungen. Kurz danach, im Jahre 1994, wurde der 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder ein Vorentwurf für ein zweites Rechtspflege-Entlastungsgesetz vorgelegt.²³⁷ Angestrebt wurden darin die Abschaffung des Beweisantragsrechts in Regelverfahren vor dem Strafrichter, eine reduzierte Anforderung an den Nachweis der Verschleppungsabsicht sowie eine Präklusionsregelung in Verfahren vor dem Schöffengericht, dem LG und dem OLG, die das Schicksal eines Beweisantrags dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts unterstellte, wenn er während der Beweisaufnahme nicht rechtzeitig bzw. so schnell wie möglich gestellt oder erst

²³² BT-Drs. 12/8588, S. 6; *Perron*, ZStW 108 (1996), 128, 139; *Barth*, ZStW 108 (1996), 155, 160.

²³³ BT-Drs. 12/8588, S. 6; *Bandisch*, StV 1994, 153, 157; *Loos/Radtke*, NStZ 1996, 7, 10; *Basdorf*, StV 1995, 310, 318; *Ambos*, Jura 1998, 281, 292; *Bandisch*, StV 1994, 153, 157.

²³⁴ Bei dem Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege 1991 äußerte *Werle*, JZ 1991, 789, 794 bereits Sorge darüber, noch früher *Rieß*, FS Pfeiffer, 155, 173.

²³⁵ *Wächtler*, StV 1994, 159, 160 f.; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 164; *Loos/Radtke*, NStZ 1996, 7, 12 Fn. 132; *Scheffler*, NJW 1994, 2191, 2193 ff.; *SK-Paeffgen*, 4. Aufl., § 420, Rn. 3.

²³⁶ Gesetzesantrag von Hamburg: BR-Drs. 290/94, BT-Drs. 12/8385 in der 12. Legislaturperiode; BR-Drs. 1039/94, BT-Drs. 13/197 in der 13. Legislaturperiode. Gesetzesantrag von Bayern: BR-Drs. 331/94.

²³⁷ Bericht des Strafrechtsausschusses für die 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 22.–23.11.1994 in Hamburg über die Arbeiten zur Vorbereitung eines weiteren Rechtspflegeentlastungsgesetzes (nicht veröffentlicht), zitiert durch *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 166 ff.

nach Schluss der Beweisaufnahme gestellt wurde. Die Rechtzeitigkeit des Beweisvorbringens sollte auf Anordnung des Vorsitzenden glaubhaft gemacht und hierüber von dem Gericht entschieden werden. Auf dieser Grundlage entstand 1995 ein Gesetzentwurf der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Thüringen,²³⁸ der nur die Erleichterung der Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht und die Präklusionsfrist für die Antragstellung einbezog und die Letztere modifizierte, indem nur den erst nach Schluss der Beweisaufnahme gestellten Beweisanträgen die strengen Ablehnungsgründe entzogen sein sollten.²³⁹ In dem endgültigen Gesetzesentwurf des Bundesrates blieb lediglich der Vorschlag, Verschleppungsabsicht „nach der freien Würdigung des Gerichts“ festzustellen.²⁴⁰ Weder dieses Reformvorhaben noch seine Weiterverfolgung durch Bayern in der folgenden Legislaturperiode²⁴¹ hatten Erfolg.

Derselbe Reformvorschlag, die Ablehnung aufgrund Verschleppungsabsicht zu erleichtern, tauchte noch in späteren Gesetzesinitiativen auf: Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Strafverfahren²⁴² von der CDU/CSU-Fraktion im Jahre 1999, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz von der CDU/CSU-Fraktion²⁴³ und Länderentwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz²⁴⁴ im Jahre 2003, Länderentwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens²⁴⁵ im Jahre 2006. Jedes Mal stieß diese Empfehlung auf Kritik²⁴⁶ und nie ging sie durch.²⁴⁷

Das bedeutete jedoch nicht das Misslingen des Versuchs, dem Beweisantragsrecht Schranken zu setzen. Wer auf der Vordertreppe zum Parlament nicht eingelassen wurde, gelang durch die Hintertür der richterlichen Rechtsfortbildung zum selben Ergebnis.²⁴⁸

²³⁸ BR-Drs. 633/95; BT-Drs. 13/4541; *Bertram*, ZRP 1996, 46.

²³⁹ BR-Drs. 633/95, S. 8, 64 f.

²⁴⁰ BR-Drs. 633/95; BT-Drs. 13/4541.

²⁴¹ BR-Drs. 916/98.

²⁴² BT-Drs. 14/1714.

²⁴³ BT-Drs. 15/999.

²⁴⁴ Gesetzentwurf der Länder Bayern, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen und Thüringen, BR-Drs. 397/03, BT-Drs. 15/1491.

²⁴⁵ Gesetzentwurf der Länder Bayern, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Thüringen, BR-Drs. 660/06, BT-Drs. 16/3659.

²⁴⁶ Kritik gegen Entwurf 1999 s. BT-Plenarprotokoll 14/63, 28.10.1999, S. 5678A, 5679D-5680C; *Herzog*, StV 2000, 444, 448. Kritik gegen Entwurf 2003 s. BT-Plenarprotokoll 15/54, 27.06.2003, S. 4499C-D, 4503D; BT-Drs. 15/1491, S. 38. Kritik gegen Entwurf 2006 s. BT-Drs. 16/3659, S. 15; *Schliemann*, ZRP 2007, 73.

²⁴⁷ Entwurf 1999 ist mit dem Ende der 14. Wahlperiode erledigt worden (BT: XIV/1061). Der Vorschlag im Entwurf 2003 befand sich endlich nicht in dem ersten Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24.08.2004 (BT-Drs. 15/3482; BGBl. 2004 I, S. 2198). Entwurf 2006 scheiterte aufgrund des Ablaufs der 16. Wahlperiode (BT: XVI/1141).

²⁴⁸ *Knauer*, JR 2011, 359, 360.

II. Rechtsprechung vor 2014

Obleich die Bestimmungen über das Beweisantragsrecht in der Strafprozessordnung trotz aller obengenannten Reformbestrebungen seit 1994 unverändert blieben, findet eine erhebliche Verkürzung dieses Rechts in der Praxis infolge der Judikatur des BGH und des BVerfG statt. Das stellt einen Kontrast zur Rechtsfortbildung des RG nach dem Inkrafttreten der RStPO 1877 dar, die das Beweisantragsrecht ins Leben rief. Dem BGH und dem BVerfG scheint das Beweisantragsrecht des Angeklagten nicht mehr ein nicht wegzudenkender und nicht zu verkürzender Bestandteil eines rechtsstaatlichen Strafprozesses zu sein, sondern ein missbrauchsanfälliges und die zügige Verfahrensdurchführung gefährdendes Institut. Insgesamt drei Institute wurden vom BGH geschaffen und vom BVerfG gebilligt, mit denen das Tatgericht problematische Beweisbegehren leichter zurückweisen oder ihnen sogar vorbeugen kann. Sie sind das allgemeine Missbrauchsverbot, die Anforderung an Konnexität für den Beweisantrag auf Zeugenvernehmung und die Fristsetzung für die Antragstellung.

1. Das allgemeine Missbrauchsverbot

Bei außergewöhnlichem Missbrauch des Beweisantragsrechts, der durch die einzelnen Ablehnungsgründe nicht effektiv einzudämmen ist, wie z. B. die Stellung tausender Beweisanträge, die das Gericht zwingt, sich jahrelang nur mit der Entgegennahme und Bescheidung der Beweisanträge zu befassen,²⁴⁹ bezieht sich der vierte Senat des BGH bereits im Jahre 1991 auf ein ungeschriebenes allgemeines Verbot des Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren.²⁵⁰ Gemäß dem Senat sei ein Missbrauch prozessualer Rechte anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die Strafprozessordnung eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange dazu benutze, gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen.²⁵¹ Der Gedanke, solchen Missbrauch zu verhindern, bestehe, wie in jedem Prozess, auch im Strafverfahren. Er führe vor allem zu ausdrücklichen Bestimmungen, liege zusätzlich vielen Vorschriften zugrunde, wie z. B. §§ 244 Abs. 3 S. 2, 245 Abs. 2 S. 3 StPO a. F., greife ferner in Form eines allgemeinen Missbrauchsverbots ein, wenn Missbrauchsfälle entstanden, gegen die der Gesetzgeber keine entsprechende Bestimmung getroffen habe.²⁵² Einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten, das die rechtsstaatlich geforderte effektive Förderung eines Strafverfahrens seitens aller Ver-

²⁴⁹ BGHSt 38, 111, 113, 115.

²⁵⁰ BGHSt 38, 111. Obwohl schon das RG mit der Idee des Rechtsmissbrauchs argumentierte, stellt BGHSt 38, 111 die erste wahre Kernentscheidung zu dieser Problematik dar, bei der das Institut des ungeschriebenen allgemeinen Missbrauchsverbots geschaffen wird, s. *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 25 ff.

²⁵¹ BGHSt 38, 111, 113.

²⁵² BGHSt 38, 111, 113.

fahrendsbeteiligten ernsthaft und nachhaltig in Frage stelle, könne allein auf der Grundlage des allgemeinen Missbrauchsverbots ohne spezielle Eingriffsnorm in der Strafprozessordnung jedenfalls dann durch Einschränkungen begegnet werden, wenn diese ihrerseits nicht das Recht des betroffenen Angeklagten, sich umfassend zu verteidigen zu können, in Frage stellten.²⁵³

Im Jahre 2001 billigt die dritte Kammer des zweiten Senats des BVerfG das ungeschriebene allgemeine prozessuale Missbrauchsverbot²⁵⁴ und fügt gewisse Schutzvorkehrungen hinzu.²⁵⁵ Obwohl die Kammer offen lässt, in welchen Ausnahmefällen das Verbot eine Anwendung findet, betont sie die zwei Voraussetzungen für die Annahme eines Missbrauchs, nämlich dass der Verfahrensbeteiligte die ihm eingeräumten prozessualen Möglichkeiten gezielt zu verfahrensfremden oder verfahrenswidrigen Zwecken verfolge und dass das Verfahren erschwert oder schutzwürdige Belange verletzt würden.²⁵⁶ Dies setze notwendig eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den vom Verfahrensbeteiligten mit Stellung seiner Anträge verfolgten Zielen voraus. Lasse sich seinem Verhalten entnehmen, dass es ihm jedenfalls auch um ein sachliches, von der eingeräumten prozessualen Befugnis gedecktes Anliegen gehe, müsse das Gericht sich damit auch inhaltlich auseinandersetzen. Andernfalls werde das allgemeine Missbrauchsverbot eine Sanktion für ungehöriges Verhalten bewirken.²⁵⁷

Das Institut des allgemeinen Missbrauchsverbots wird in den Jahren 2005 und 2006 auch durch den fünften Senat und den dritten Senat des BGH anerkannt.²⁵⁸ Der dritte Senat verteidigt dieses Verbot mit dem Argument, dass die sehr seltenen Entscheidungen, in denen von dem allgemeinen Missbrauchsverbot Gebrauch gemacht worden sei, seit seiner grundlegenden Anerkennung durch den vierten Senat eine ausgesprochene Zurückhaltung der Praxis belegten, sodass die Befürchtung, es könnte von dem Gericht Missbrauch mit einem allgemeinen Missbrauchsverbot getrieben werden, zu widerlegen sei.²⁵⁹

2. Konnexität

Abgesehen von dem Institut des allgemeinen Missbrauchsverbots schafft der BGH zur Abwehr der missbräuchlichen Ausübung des Beweisantragsrechts noch ein anderes außergesetzliches Institut, nämlich „Konnexität“. Mangels Konnexität wird ein Beweisantrag zu einem Beweisermittlungsantrag herabgestuft, den das Gericht lediglich nach Maßstäben der Aufklärungspflicht behandelt.

²⁵³ BGHSt 38, 111, 114.

²⁵⁴ BVerfG StV 2001, 697, 698; später BVerfG NJW-RR 2004, 1713, 1714.

²⁵⁵ BVerfG StV 2001, 697, 698.

²⁵⁶ BVerfG StV 2001, 697, 698.

²⁵⁷ BVerfG StV 2001, 697, 698.

²⁵⁸ BGH JZ 2005, 1010, 1011; BGHSt 51, 88, 92 f.

²⁵⁹ BGHSt 51, 88, 93.

Eigentlich ist die Idee, durch Erhöhung der formellen Anforderungen an einen Beweisantrag vollkommen sinnlose Beweisbegehren einzudämmen, gar nicht neu.²⁶⁰ Seit langem werden Beweisanträge mit „völlig aus der Luft gegriffenen, ins Blaue hinein oder aufs Geratewohl aufgestellten Behauptungen“ teilweise als Beweisermittlungsanträge abgestuft sowie nur nach den Maßstäben der Aufklärungspflicht beschieden, und teilweise als nicht ernst gemeinte „Scheinbeweisanträge“ angesehen sowie nicht oder allenfalls gemäß Amtsaufklärungspflicht behandelt.²⁶¹ Diese Institution wird entwickelt, um die Auffassung einzuschränken, dass auch eine Beweisbehauptung, deren Richtigkeit der Antragsteller lediglich vermutet oder für möglich hält, einem Beweisantrag genügt,²⁶² und der Antragsteller grundsätzlich nicht darzulegen braucht, aus welcher Quelle seine Behauptung stammt und weshalb er glaubt, dass das benannte Beweismittel die behauptete Tatsache bestätigen werde.²⁶³ Zu Anfang versteht man unter dieser Figur, dass kein Beweisantrag vorliegt, wenn der Antragsteller eine bloße Vermutung in die Form einer bestimmten Behauptung kleidet.²⁶⁴ Nach einigen Entscheidungen kann das Gericht bei Verdacht auf Vorliegen einer solchen Beweisbehauptung den Antragsteller sogar nach seinen Wissensquellen oder den Gründen für seine Vermutungen fragen und mangels einer plausiblen Antwort den Antrag entweder als Beweisermittlungsantrag behandeln oder wegen Verschleppungsabsicht ablehnen.²⁶⁵ Dieses weite Verständnis wird später eingeschränkt

²⁶⁰ Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 123 ff.

²⁶¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 110; KK-Krehl, § 244, Rn. 73.

²⁶² BGH, Urteil vom 13.11.1958 – 4 StR 386/58; BGH Urteil vom 30.10.1961 – 2 StR 484/61; BGHSt 21, 118, 125; BGH NJW 1988, 1859, 1859 f.; BGH NStZ 1989, 334, 335; BGH StV 1989, 237, 237 f. Das Gleiche gilt für die Benennung eines Beweismittels, s. BGHSt 21, 118, 125; BGH NJW 1988, 1859, 1860; BGH StV 1989, 237, 238.

²⁶³ BGH NStZ 1981, 309, 310; 1993, 247, 248; BGH StV 1981, 167; BGH NJW 1983, 126, 127; 1988, 1859, 1860; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 103.

²⁶⁴ BGH, Urteil vom 17.10.1973 – 3 StR 248/71; BGH, Beschluss vom 12.02.1980 – 3 StR 333/80 (S); BGH GA 1981, 228; BGH Urteil vom 27.02.1985 – 3 StR 501/84; BGH NStZ 2006, 405; BGH StV 1981, 330; 2003, 428, 428 f.; 2007, 563, 564; 2013, 374, 375 f.; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 110. Daran knüpft der erste Senat zunächst nicht (BGH, Urteil vom 28.01.1983 – 1 StR 820/81, BGH NStZ 1998, 369), jedoch ändert er seine Meinung später (StraFo 2000, 65, 66; BGH NStZ 2009, 226, 227; 2011, 169 f.).

²⁶⁵ Der zweite Senat glaubt zunächst daran, dass der Antragsteller keine Rechenschaft über die Grundlage seines Wissens und über seine Erfolgserwartung ablegen müsse und daher nicht zu befürchten brauche, dass sein Antrag wegen Auskunftsverweigerung „herabgestuft“ werde (BGH NJW 1983, 126). Im Gegensatz dazu lässt der fünfte Senat zu, dass das Gericht den Antragsteller nach seinen Wissensquellen oder den Gründen für seine Vermutung frage, wenn es meine, er habe etwas aufs Geratewohl behauptet. Wenn es darauf keine plausible Antwort erhalte, hätte es den betreffenden Antrag je nach Sachlage entweder als Beweisermittlungsantrag behandeln oder wegen Verschleppungsabsicht ablehnen können (BGH StV 1985, 311). Später wird ein mittlerer Weg ausgewählt: Der fünfte Senat gibt die Informationspflicht des Antragstellers auf (BGH NStZ 1993, 247 f.), während der zweite Senat in einem außergewöhnlichen Fall die Befragung des Antragstellers durch das Gericht für erforderlich hält und das Aus-

und eine „aufs Geratewohl aufgestellte Behauptung“ darf dann nur in Ausnahmefällen angenommen werden, wenn die Beweisbehauptung sich auf eine Vermutung ohne jede tatsächliche Grundlage stützt, bzw. wenn ihre Bestätigung aufgrund gesicherter bisheriger Beweisaufnahme offensichtlich unwahrscheinlich ist.²⁶⁶ Dazu gehören gerade die später unter der Kategorie „fehlende Konnexität“ diskutierten Konstellationen, bei denen der bisherigen Hauptverhandlung sowie dem Inhalt der Akten jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, dass der Zeuge zu der Beweisbehauptung überhaupt etwas werde bekunden können.²⁶⁷ Ob diese Voraussetzung erfüllt wird, muss aus der Sicht eines verständigen Antragstellers auf der Grundlage der von ihm selbst nicht in Frage gestellten Tatsachen bewertet werden.²⁶⁸ Dabei hat das Tatgericht eine Auseinandersetzung mit einem „hohen argumentativen Aufwand“²⁶⁹ zu führen. Allerdings stößt neben der fehlerhaften Handhabung in der Praxis²⁷⁰ auch die Figur der „ins Blaue hinein aufgestellten Behauptung“ als solche auf Bedenken des BGH,²⁷¹ weil diese mit dem Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht systematisch unvereinbar sei,²⁷² und eine hinreichend sichere Abgrenzung zwischen zulässiger Vermutung und unzulässiger Behauptung „aufs Geratewohl“ nicht möglich sei.²⁷³

In letzter Zeit wird die Institution der Beweisbehauptung „ins Blaue hinein“ funktionell weitgehend durch das Konnexitätserfordernis ersetzt.²⁷⁴ Was die

bleiben der Antwort trotz wiederholter Stellung und Erläuterung der Frage als Indiz für Prozeßverschleppung sieht (BGH StV 1989, 234 f.).

²⁶⁶ BGH StV 1985, 311; 1993, 3; 1993, 232, 233; 1997, 567, 568 f.; 2002, 233; StV 2003, 428, 428 f.; 2013, 374, 376; BGH NStZ 1989, 334; 1993, 143, 144; 1993, 247, 248; 1994, 592; 1998, 97; BGH Urteil vom 27.02.1985 – 3 StR 501/84.

²⁶⁷ BGH NStZ 1993, 143, 144; 2002, 383.

²⁶⁸ BGH NStZ 1989, 334, 335; 2006, 405; 2013, 536, 537; BGH StV 2003, 428, 429; 2008, 287, 288; 2013, 374, 376.

²⁶⁹ Nicht gestattet wird ein neuer Ablehnungsgrund der ausgebliebenen oder nicht plausiblen Beantwortung der investigatorischen Frage des Gerichts, wie der Antragsteller dazu komme, einen solchen Beweisantrag zu stellen, s. BGH NStZ 2004, 51; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 111; Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 39 f.

²⁷⁰ BGH StraFo 2010, 466; BGH NStZ 2006, 405; 2011, 169; 2013, 536; BGH StV 2002, 233; 2003, 428; 2008, 287; 2013, 374; BGH, Beschluss vom 21.01.2009 – 1 StR 727/08; BGH, Beschluss vom 18.06.2014 – 4 StR 128/14; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 111 Fn. 623; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 415; Habetha, StV 2011, 239, 242.

²⁷¹ In letzter Zeit macht sogar der dritte Senat sich darüber Sorge, der (Haupt)schöpfer dieses Instituts ist, s. BGH StV 2008, 9; BGH StraFo 2010, 466; BGH, Beschluss vom 27.09.2011 – 3 StR 296/11. Auch andere Senate sind kritisch oder mindestens zurückhaltend, s. BGH, Beschluss vom 18.06.2014 – 4 StR 128/14; BGH NStZ 2011, 169.

²⁷² BGH StV 2008, 9, 10; Schneider, NStZ 2012, 169, 170; KK-Krehl, § 244, Rn. 73.

²⁷³ BGH StV 2008, 9, 10; BGH NStZ 1987, 181; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 416; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Habetha, StV 2011, 239, 242; Ventzke, StV 2009, 655, 657; KK-Krehl, § 244, Rn. 73.

²⁷⁴ BGHSt 43, 321, 329 f.; BGH NStZ 1993, 143, 144; 1993, 247, 248; 1999 362 f.; 2002, 383; 2011, 169, 170; BGH StV 2002, 233; 2009, 57 f.; LR-Becker, 26. Aufl.,

Rechtsprechung nun darunter versteht, unterscheidet sich jedoch von seiner ursprünglichen Bedeutung. Der Begriff „Konnex“ wurde erstmals durch Widmaier verwendet,²⁷⁵ um das Argumentationsmuster einer Entscheidung des fünften Senats des BGH im Jahre 1993²⁷⁶ zu bezeichnen, und dann von dem dritten Senat und auch anderen Senaten des BGH in die Judikatur aufgenommen.²⁷⁷ Es sei ursprünglich eine Anforderung an die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache gewesen,²⁷⁸ dass beim Antrag auf Zeugenbeweis exakt bezeichnet werden müsse, was die eigene Wahrnehmung dieses Zeugen gewesen sein solle.²⁷⁹ Gerechtfertigt sei dieses Erfordernis damit, dass sonst eine sinnvolle und exakte Anwendung der Ablehnungsgründe in §§ 244 Abs. 3 S. 2 sowie 245 Abs. 2 S. 3 StPO a.F., vor allem der Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache und der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels, nicht möglich sei²⁸⁰ und der Antragsteller einer ordentlichen Antragsablehnung einfach entgehen könne, indem er statt der vom Zeugen wahrgenommenen, bescheidenen Indiztatsache das von ihm daraus gefolgte Geschehen vortrage und den Zeugen unmittelbar für diese Tatsache benenne.²⁸¹

Die erste Rechtsprechung, die der Konnexität ein darüberhinausgehendes Verständnis beilegt, stammt aus dem fünften Senat des BGH. In dieser Entscheidung wird trotz einer konkreten Bezeichnung der persönlichen Wahrnehmung des Zeugen eine Angabe darüber verlangt, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können solle, d.h. ob ein Betroffener ihm über das Ereignis erzählt habe, ob er die Szene selbst erlebt habe oder ob er vom Hörensagen davon erfahren habe.²⁸²

§ 244, Rn. 113; Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 127; Tenorth-Sperschneider, Korrespondenz, S. 163; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420 f.; a.M. Bachler, FS Breidling, 1, 6. Das liegt an der Konturlosigkeit der Behauptung „ins Blaue hinein“ und der guten Handhabbarkeit der Konnexität im weiteren Sinne, s. Wehowsky, NSTZ 2019, 59, 63.

²⁷⁵ Widmaier, NSTZ 1993, 602 f.

²⁷⁶ BGHSt 39, 251.

²⁷⁷ BGH StV 1994, 169; Sturm, StraFo 2009, 407, 408; Hadamitzky, StraFo 2012, 297, 302 f.

²⁷⁸ BGH StV 2009, 62, 63; BGH, Urteil vom 30.09.2004 – 5 StR 312/04; BGHSt 52, 322; BGH, Beschluss vom 10.03.2010 – 1 StR 599/09; Trüg, StraFo 2010, 139, 143.

²⁷⁹ BGH StV 1994, 169, 170; BGHSt 40, 3, 6.

²⁸⁰ BGHSt 37, 162, 165; 39, 251, 254; Widmaier, NSTZ 1993, 602 f.

²⁸¹ Widmaier, NSTZ 1993, 602 f.

²⁸² BGH NSTZ 1998, 97; später BGH NSTZ 2008, 232. Gemäß Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 635 f. trennt BGH NSTZ 1998, 97 die Frage „ob“ und „weshalb“. Vorher wurde geglaubt, dass man durch die Antwort von „ob“ den „weshalb“ wusste, d.h. er konnte es, weil er eine konkrete Wahrnehmung gemacht hatte. Seit dieser Entscheidung reicht für „weshalb“ die Schilderung der konkreten Art der Wahrnehmung des Zeugen nicht aus, es muss noch dargelegt werden, weshalb der Zeuge überhaupt diese Wahrnehmung machen konnte, wie z.B., weil er am Tatort war.

Dieser Interpretation schließt sich der dritte Senat sofort an. Ihm gemäß müsse ein formgerechter Beweisantrag auf Zeugenvernehmung so eine Beweisbehauptung voraussetzen, die erstens konkret und bestimmt sei, zweitens den Gegenstand der eigenen Wahrnehmung des Zeugen bezeichne, und drittens die Konnexität darlege, nämlich, warum der Zeuge die Wahrnehmung gemacht haben könne, falls sie sich nicht von selbst verstehe.²⁸³ Infolgedessen wird die Konnexität ein eigenständiges konstitutives Element eines Beweisantrags.²⁸⁴ Der Senat glaubt, dass die Konnexitätsanforderung das berechtigte Verteidigungsinteresse des Angeklagten nicht beeinträchtigt, denn er könne seinen Beweisantrag, der mangels Konnexität zurückgewiesen werde, nachbessern und wiederholen. Selbst wenn der Antragsteller dazu mangels näherer Kenntnisse des aufzuklärenden Geschehens nicht in der Lage sei, werde seinem Beweisbegehren immer noch nach den Maßstäben der Amtsaufklärungspflicht nachgegangen.²⁸⁵

Knapp zwei Jahre später äußert sich auch der erste Senat zustimmend zu dem neuen Verständnis und argumentiert, dass dieses Erfordernis für eine sachgerechte Anwendung der Ablehnungsgründe durch das Gericht unerlässlich sei.²⁸⁶

Danach kommt die daran anknüpfende Rechtsprechung des zweiten Senats²⁸⁷ und des vierten Senats.²⁸⁸

Während in der Literatur seit langem von der Konnexität im engeren Sinne und der Konnexität im weiteren Sinne die Rede ist,²⁸⁹ wird die erste²⁹⁰ Unterscheidung zwischen diesen zwei Auslegungen von „Konnexität“ in der Judikatur im Jahre 2008 in einer Entscheidung des dritten Senats des BGH getroffen, nachdem der Senat auf die oben dargelegte Entstehungsgeschichte zurückblickt.²⁹¹

²⁸³ BGHSt 43, 321, 329 f.; später BGH, Beschluss vom 07.06.2000 – 3 StR 84/00; BGH StV 2001, 97; 2001, 664; 2002, 233.

²⁸⁴ BGH StV 2009, 62, 63; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 143; *Fezer*, FS Meyer-Goßner, 629, 635 f.; *Schneider*, FS Eisenberg, 609, 619; *Hadamitzky*, StraFo 2012, 297, 303 f.

²⁸⁵ BGHSt 43, 321, 329 f.

²⁸⁶ BGH NStZ 1999, 522; später BGH NStZ 2000, 437; 2001, 604; BGH StV 2006, 285; 2013, 374; 2014, 257.

²⁸⁷ BGH, Beschluss vom 08.08.2001 – 2 StR 313/01; BGH StraFo 2017, 109.

²⁸⁸ BGH StraFo 2010, 152 markiert den Übergang von der Konnexität im engeren Sinne zur Konnexität im weiteren Sinne und BGH StV 2013, 374 steht für die Konnexität im weiteren Sinne.

²⁸⁹ *Schneider*, FS Eisenberg, 609, 610; *Fezer*, FS Meyer-Goßner, 629, 636.

²⁹⁰ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 04.02.2002 – 2 BvR 1240/01 nennt BGHSt 39, 251; 40, 3; 43, 321 als Beispiele für Konnexität. Während es sich bei den ersten zwei Entscheidungen um Konnexität im engeren Sinne handelt, geht es bei der dritten tatsächlich um Konnexität im weiteren Sinne. Daraus kann man keinen Schluss ziehen, ob das BVerfG lediglich Konnexität im engeren Sinne billigt oder ob es auch mit Konnexität im weiteren Sinne einverstanden ist.

²⁹¹ BGH StV 2009, 62, 63; auch BGH StV 2013, 374, 375; *Schneider*, FS Eisenberg, 609, 616; *Hadamitzky*, StraFo 2012, 297, 302 f.

Bei der Konnexität im weiteren Sinne bleibt der fünfte Senat nicht stehen, stattdessen schlägt er im Jahre 2008 unter Berufung auf den Rechtsgrund und das Wesen des Beweisantragsrechts eine „qualifizierte Konnexität“ vor.²⁹² Das Beweisantragsrecht sei auf den Zweck des Strafverfahrens zur Wahrheitserforschung ausgerichtet. Infolgedessen solle beim Beweisantrag eine Plausibilität für das mögliche Gelingen der Beweiserhebung sich zeigen lassen. Hinsichtlich des Zeugenbeweises bilde die mögliche Wahrnehmung in Bezug auf die Beweisbehauptung eine wesentliche Voraussetzung und müsse plausibel gemacht werden. Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme könne sich der Anspruch auf weitere Beweiserhebung nur auf eine Ausweitung oder Falsifizierung, nicht aber auf eine bloße nicht weiter ergiebige Wiederholung des bisher erhobenen Beweisstoffs beziehen. Daher stehe die weitere Beweiserhebung in unlösbarem Zusammenhang mit der bisher durchgeführten. Die Darlegung der Eignung des Begehrens für eine weitere Sachaufklärung habe deswegen auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu erfolgen und könne beim Zeugenbeweis die Darlegung der Wahrnehmungssituation des Zeugen auf der Grundlage des Verständnisses des Antragstellers von der erreichten Beweislage erfordern, sofern sich solches nicht von selbst verstehe.²⁹³ Nach Ansicht des fünften Senats führe der Antragsteller dabei mit dem Gericht und anderen Verfahrensbeteiligten einen Dialog über die Eignung und die Notwendigkeit der erstrebten Beweiserhebung durch. Seine legitimen Aufklärungsinteressen würden hierdurch nicht verletzt, da er durch den ablehnenden Beschluss das Defizit erfahren und einen verbesserten Beweisantrag stellen könne.²⁹⁴

Die Idee von qualifizierter Konnexität teilt sodann auch der erste Senat.²⁹⁵ Er erlegt dem Antragsteller auf, die Tatsachen bestimmt zu behaupten, aus denen sich die Konnexität ergebe, um dem Tatgericht plausibel zu machen, dass der benannte Zeuge in der Lage gewesen sei, die Beweistatsache wahrzunehmen. In der Antragsbegründung sei daher insoweit ein nachvollziehbarer Grund anzugeben, zumal dann, wenn die Beweisbehauptung mit der bisherigen Beweislage nicht konform sei.²⁹⁶

Dieser Auffassung des ersten und fünften Senats stimmen der dritte und vierte Senat nicht zu. Die Rechtsprechung des fünften Senats im Jahre 2008 hält der dritte Senat für „sehr weitgehend“.²⁹⁷ Er fragt sich, ob die qualifizierte Konnexi-

²⁹² BGH StV 2009, 57; BGH, Beschluss vom 24.06.2008 – 5 StR 238/08; BGH, Beschluss vom 24.02.2011 – 5 StR 514/09; BGH NStZ 2012, 526; BGH StraFo 2013, 249; BGH NStZ 2014, 351.

²⁹³ BGH StV 2009, 57, 58.

²⁹⁴ BGH StV 2009, 57, 58.

²⁹⁵ BGH NStZ 2011, 169; später BGH wistra 2012, 29; BGH NStZ 2013, 476; BGH StV 2014, 257.

²⁹⁶ BGH NStZ 2011, 169, 170; BGH NStZ 2014, 351, 353 f.

²⁹⁷ BGH StV 2009, 62, 63.

tät eine Abkehr von dem Grundsatz darstelle, dass der Antragsteller auch das, was er lediglich vermute, unter Beweis stellen dürfe, und ob es in Konflikt mit dem System des § 244 Abs. 3 StPO a.F. und dem Beweisantragsverbot stehe, wenn das Vorliegen eines Beweisantrags von dem bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme abhängig sei.²⁹⁸ Ganz auffällig ist, dass der dritte Senat jetzt nicht nur die qualifizierte Konnexität, sondern auch die Konnexität im weiteren Sinne skeptisch betrachtet und die Intention impliziert, zur Konnexität im engeren Sinne zurückzukehren, indem er wiederholt offen lässt, in welchen Grenzen das Kriterium der Konnexität anzuerkennen ist,²⁹⁹ obwohl gerade er die Konnexität im weiteren Sinne erstmalig formuliert.

Auch der vierte Senat folgt der qualifizierten Konnexität nicht und betont, dass der Tatrichter die Beweswürdigung nie in einer Weise vorwegnehmen dürfe, dass er die Beweiserheblichkeit mit der Begründung verneine, das Gegenteil sei bereits erwiesen, auch wenn der Zeuge die Behauptung bestätigen sollte.³⁰⁰ Dazu argumentiert der Senat, dass die Ausführungen zur Konnexität im weiteren Sinne der sachgerechten Prüfung und Anwendung der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO a.F. dienen sollten und die dafür erforderlichen Angaben auch in diesem Umfang begrenzt sein sollten. Wenn das Vorliegen eines in Betracht kommenden Ablehnungsgrundes sich ohne Rückgriff auf das bisherige Beweisergebnis bewerten lasse, müsse das Gericht sich mit der Darlegung der Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen begnügen, ohne dazu eine Erörterung der bisherigen Beweislage zu fordern. Ausführungen zur inhaltlichen Plausibilität der Beweisbehauptung könnten vom Antragsteller in diesem Zusammenhang nicht verlangt werden.³⁰¹

3. Fristenlösung

Unter allen gesetzlichen Ablehnungsgründen für Beweisanträge nimmt die Prozessverschleppungsabsicht eine besondere Stellung ein. Vor allem erfordert ihre Anwendung den größten Begründungsaufwand.³⁰² Nach ständiger Rechtsprechung hat das Gericht darzulegen, dass erstens die verlangte Beweiserhebung den Verfahrensabschluss wesentlich hinauszögern wird, zweitens sie nach der gerichtlichen Überzeugung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, und drittens der Antragsteller sich dessen bewusst ist und daher mit dem Antrag ausschließlich die Verfahrensverzögerung anstrebt.³⁰³ Für das

²⁹⁸ BGH StV 2015, 82.

²⁹⁹ BGH wistra 2008, 474; BGH, Beschluss vom 22.01.2009 – 3 StR 557/08; BGH StV 2015, 82; BGH NStZ 2018, 362; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 420.

³⁰⁰ BGH StraFo 2010, 152 f.

³⁰¹ BGH StV 2013, 374.

³⁰² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 267, 286; *Bünger*, NStZ 2006, 305, 310.

³⁰³ BGHSt 21, 118, 121 ff.; 29, 149, 151; BGH NStZ 1982, 391; 1984, 230; 1986, 519, 520; 1990, 350; 1998, 207; BGH StV 1992, 501; 2002, 181, 182.

Tatgericht ist besonders schwierig, das missbräuchliche Motiv des Antragstellers durch Würdigung aller Umstände, vor allem des Verlaufs des bisherigen Verfahrens und des wesentlichen Prozessverhaltens des Antragstellers,³⁰⁴ nachzuweisen.³⁰⁵ Beispielsweise ist Antragstellung zu einem späten Zeitpunkt ohne gewichtige zusätzliche Gründe allein fast niemals zum Nachweis der Verschleppungsabsicht geeignet,³⁰⁶ auch wenn der Antragsteller den Beweis Antrag früher hätte stellen können³⁰⁷ oder er aus grober Nachlässigkeit nicht früher gestellt worden ist.³⁰⁸ Auch die Neuheit der Beweisbehauptung und des Beweismittels, selbst mit dem späten Zeitpunkt der Antragstellung zusammengenommen, reicht nicht aus.³⁰⁹ Um eine Verschleppungsabsicht bei solcher Sachlage festzustellen, muss das Gericht andere Möglichkeiten³¹⁰ ausschließen und dafür Tatsachen anführen.³¹¹ Darüber hinaus muss die Ablehnung eines Beweisantrags aufgrund Verschleppungsabsicht immer in der Hauptverhandlung erfolgen. Während ein normaler Beweis Antrag nur durch Gerichtsbeschluss in dem Hauptverfahren zurückgewiesen werden darf, kann die Ablehnung eines Hilfsbeweisantrags, der nur neben einem Sachantrag und hilfsweise für den Fall gestellt ist, dass diesem Hauptantrag nicht stattgegeben wird, grundsätzlich den Urteilsgründen vorbehalten werden, da die Stellung eines Hilfsbeweisantrags erkennen lässt, dass die Beweismöglichkeiten des Antragstellers erschöpft sind und er auch bei Abweisung dieses Hilfsantrags keinen weiteren Beweis Antrag stellen kann, sodass seine Verbescheidung erst in den Urteilsgründen das Informations- sowie Verteidigungsinteresse des Antragstellers nicht beeinträchtigen wird.³¹² Der Antragsteller kann jedoch durch ausdrückliches Verlangen die Bekanntgabe der Entscheidung vor dem Erlass des Urteils erzwingen.³¹³ Es ist anders zu verfahren, wenn der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht in Betracht kommt: Die Zurückweisung muss im Hauptverfahren bekanntgegeben werden, um dem Antragsteller Gele-

³⁰⁴ Wie z.B. ob sich der Antragsteller trotz wiederholter Stellung und Erläuterung von Fragen weigert sie zu beantworten, obwohl seine Antwort seinem neuerlichen Beweisbegehren allenfalls ein gewisses Maß an subjektiver Glaubwürdigkeit verleihen kann, s. BGH NStZ 1986, 519, 520; 1990, 350, 351; BGH StV 1989, 234, 235; 1992, 501, 501 f.; 1997, 567, 569; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 425.

³⁰⁵ BGHSt 21, 121, 122 f.; BGH, Urteil vom 07.11.1978 – 1 StR 470/78; *Habetha/Trüg*, GA 2009, 406, 425; *Tepperwien*, FS Widmaier, 583, 588.

³⁰⁶ BGHSt 21, 118, 123; BGH NStZ 1982, 291, 292; 1982, 391; 1984, 230; BGH StV 2009, 5.

³⁰⁷ BGHSt 21, 118, 123; BGH NStZ 1998, 207; BGH StV 2002, 181, 182.

³⁰⁸ BGHSt 21, 118, 123; BGH, Urteil vom 18.10.1979 – 4 StR 517/79; BGH NStZ 1982, 391.

³⁰⁹ BGH NStZ 1982, 291, 292; 1982, 391.

³¹⁰ Wie z.B. die Möglichkeit, dass die dem Beweis Antrag etwa zugrunde liegenden Informationen dem Antragsteller erst im Laufe der Hauptverhandlung zugegangen sind.

³¹¹ BGH NStZ 1982, 291.

³¹² *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1454.

³¹³ *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1455.

genheit zu geben, den Vorwurf, er habe den Beweisantrag ausschließlich zur Verfahrensverzögerung gestellt, zu entkräften.³¹⁴

Doch wird die herkömmliche Rechtslage im Jahre 2005 verändert, indem die Entscheidung des fünften Senats des BGH dem Tatgericht gestattet, zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerung in Fällen, in denen die Hauptverhandlung bereits durch zum Zweck der Prozessverschleppung gestellte Beweisanträge extrem verzögert wurde, den Verfahrensbeteiligten eine Frist für die Stellung der unbedingten Beweisanträge zu setzen. In dem fristsetzenden Beschluss sei die zukünftige Zurückweisung aller verfristeter Anträge mit bestimmten Ablehnungsgründen, insbesondere dem Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht, begründet anzukündigen. Die nachfolgenden Anträge würden immer noch bis zur Urteilsverkündung entgegengenommen, vornehmlich unter Aufklärungsgesichtspunkten überprüft und nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschluss im Hauptverfahren, sondern wie Hilfsbeweisanträge erst in den Urteilsgründen beschieden, wobei auch die Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen sei.³¹⁵ Der Senat sieht in solcher Vorgehensweise des Tatgerichts eine Abwägung des Informationsinteresses des Antragstellers an der Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung einerseits und des Beschleunigungsgrundsatzes, insbesondere in Haftsachen, sowie des Gebotes einer funktionsfähigen Strafrechtspflege vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen der Strafjustiz andererseits, weil auf der einen Seite durch die Fristsetzung für die Antragstellung und den Verzicht auf Bescheidung der verfristeten Beweisanträge in der Hauptverhandlung das ohne sachliche Gründe lang andauernde Verfahren in absehbarer Zeit zum Abschluss gebracht werden könne, und auf der anderen Seite dank der Vorabinformation über die zukünftigen Ablehnungsgründe im Beschluss über die Fristsetzung das Informations- sowie Verteidigungsinteresse des Antragstellers nicht unerträglich beeinträchtigt werde.³¹⁶ Nach dem Senat stelle in extrem gelagerten Fällen, in denen zuvor gestellte Beweisanträge wiederholt wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden mussten, eine derartige Fristenlösung eine verfassungs- und konventionskonforme Einschränkung von § 244 Abs. 6 StPO a.F. dar. Auch mit § 246 Abs. 1 StPO, der eine Präklusion im Beweisantragsrecht verbiete, sei die Fristenlösung nicht unvereinbar, da trotz der Frist Beweisanträge immer noch bis zur Urteilsverkündung entgegengenommen würden.³¹⁷

Zwei Jahre später setzt sich auch der erste Senat für die Fristenlösung ein, er entwickelt dennoch ein anderes Modell als dasjenige des fünften Senats.³¹⁸ Der

³¹⁴ Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 244, Rn. 92; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1458.

³¹⁵ BGH JZ 2005, 1010, 1011.

³¹⁶ BGH JZ 2005, 1010, 1012.

³¹⁷ BGH JZ 2005, 1010, 1012.

³¹⁸ BGHSt 51, 333.

erste Senat befürwortet eine Fristsetzung für die Stellung der Beweisanträge durch den Vorsitzenden nach Abschluss der vom Gericht nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht für geboten gehaltenen Beweiserhebung, wenn das Hauptverfahren mindestens zehn Verhandlungstage umfasst. Bei Fristversäumung habe der Antragsteller die Gründe dafür substantiiert darzulegen. Bestehe nach der Überzeugung des Gerichts kein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung, so könne es grundsätzlich davon ausgehen, dass der Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezwecke, es sei denn, dass die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO gleichwohl zur Beweiserhebung dränge.³¹⁹ Hier diene die Frist für Antragstellung der Verfahrensbeschleunigung nicht dadurch, dass die verfristeten Anträge erst in den Urteilsgründen beschieden werden könnten und folglich Arbeit und Zeit für gesonderte Bescheidung sowie Begründung erspart werden könne, sondern dadurch, dass die nach Ablauf der Frist gestellten Anträge ohne hinreichende Entschuldigung signifikante Indizien für die Verschleppungsabsicht des Antragstellers bildeten und daher solche Anträge leichter mit dem Ablehnungsgrund der Verfahrensverzögerungsabsicht zurückgewiesen werden könnten. Um die zwei Spielarten der Fristenlösung voneinander zu unterscheiden, kann man diejenige des fünften Senats das formelle Fristenmodell nennen und die Lösung des ersten Senats das materielle Fristenmodell.³²⁰ Nach der Ansicht des ersten Senats stehe seine Fristenlösung dem § 246 Abs. 1 StPO nicht entgegen, weil die verspätete Antragstellung nicht allein die Antragsablehnung herbeiführe, sondern lediglich den Nachweis der Absicht der Prozessverschleppung durch das Tatgericht erleichtere und erst zusammen mit anderen Voraussetzungen des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht die Zurückweisung des Antrags bewirke. Dazu bleibe die Pflicht des Gerichts zur Entgegennahme und Bescheidung der Beweisanträge unberührt.³²¹

In demselben Jahr äußert auch der dritte Senat des BGH sich zu der Fristenlösung und hält das materielle Fristenmodell des ersten Senats nicht nur für zulässig, sondern sogar geboten, wenn die Verteidigung die gerichtlichen Bemühungen um Verfahrensstraffung nicht unterstützt und Prozessverschleppung betreibt.³²²

Im Vergleich dazu steht der vierte Senat der Fristenlösung skeptisch gegenüber. Er betont unter Hinweis auf die Entscheidung des ersten Senats, dass der späte Zeitpunkt der Antragstellung für sich allein kein ausreichendes Anzeichen für die Verschleppungsabsicht des Antragstellers sei, da der Gesetzgeber trotz des Beschleunigungsgebotes § 246 Abs. 1 StPO nicht geändert habe.³²³

³¹⁹ BGHSt 51, 333, 344.

³²⁰ Börner, Legitimation, S. 542; ders., JZ 2018, 232, 235.

³²¹ BGHSt 51, 333, 345.

³²² BGH StV 2007, 563.

³²³ BGH StV 2009, 5.

Vor diesem Hintergrund entwickelt der erste Senat seine Fristenlösung weiter.³²⁴ Zunächst leitet er die Befugnis des Vorsitzenden, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen, wenn das Hauptverfahren bereits zehn Verhandlungstage andauert, von dessen Recht und Pflicht zur Sachleitung des Verfahrens aufgrund §§ 213 ff., 238 Abs. 1 StPO in Verbindung mit dem Beschleunigungsgrundsatz ab. Danach hält der erste Senat auf der einen Seite daran fest, dass die nachträgliche Antragstellung die Pflicht des Gerichts zur Entgegennahme und Bescheidung der Beweisanträge nicht beeinflusse, sondern lediglich ein signifikantes Indiz für die Verschleppungsabsicht des Antragstellers bilde, wenn er die Gründe für die Verspätung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegen könne und auch die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nicht zur Beweiserhebung dränge. Auf der anderen Seite macht sich der Senat das formelle Fristenmodell teilweise zu eigen, indem er dafür plädiert, dass ein Hilfsbeweisantrag auch im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden könne, wenn das Gericht zuvor darauf hinweise, dass die Antragstellung nach Ablauf der gesetzten Frist als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden könne, denn einerseits habe der Antragsteller dank des gerichtlichen Hinweises ausreichende Möglichkeiten zur Entkräftung des Verschleppungsvorwurfs oder zur Stellung eines unbedingten Beweisantrags und andererseits hindere die Bescheidung vom Hilfsbeweisantrag bis zur Urteilsverkündung die mit der Fristsetzung bezweckte Verfahrensbeschleunigung.³²⁵ Einen Konflikt zwischen seiner Fristenlösung und dem § 246 Abs. 1 StPO verneint der Senat wiederholt, da die Frist für Antragstellung weder eine Ausschlussfrist sei noch ihre Versäumung als solche zur Zurückweisung des Beweisantrags führe.³²⁶ Übrigens fügt der Senat einige Schutzvorkehrungen hinzu: Erstens solle der Vorsitzende die Anordnung der Fristsetzung nach § 273 Abs. 3 S. 1 StPO protokollieren, und es empfehle sich, dabei die Anordnung sowie die Angemessenheit der Frist in gebotenem Umfang zu begründen. Zusätzlich seien die Verfahrensbeteiligten darauf hinzuweisen, dass das Gericht auch verspätete Beweisanträge nach den allgemeinen Regeln entgegenzunehmen und zu bescheiden habe. Dennoch führe die verspätete Antragstellung ohne nachvollziehbaren Anlass und Sachdienlichkeit aus der Perspektive des Gerichts zur Bejahung der Verschleppungsabsicht des Antragstellers, und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen sei

³²⁴ BGH JZ 2009, 316.

³²⁵ Innerhalb eines Jahres bekräftigt der erste Senat seine Ansicht hinsichtlich des materiellen Fristenmodells durch BGH wistra 2009, 446. Kurz nach der ersten Entscheidung des zweiten Senats des BVerfG (BVerfG JR 2011, 354) wiederholt der erste Senat des BGHs seine durch den zweiten Senat bestätigte Auffassung über das formelle sowie das materielle Fristenmodell, s. BGH StV 2010, 116. In seiner aktuellsten Entscheidung im Jahre 2014 befestigt der erste Senat erneut seine Ansicht hinsichtlich der materiellen Fristenlösung und vertritt dazu ein eingeschränktes formelles Fristenmodell, das nur für Hilfsbeweisanträge gilt, s. BGH, Beschluss vom 12.03.2014 – 1 StR 605/13.

³²⁶ BGH JZ 2009, 316, 317 ff.

eine Ablehnung solcher Beweisanträge wegen Verfahrensverschleppung möglich, was das Gericht auch den Verfahrensbeteiligten klarzumachen habe.³²⁷

Später schließt sich der fünfte Senat des BGH auch der Ansicht des ersten Senats bzw. dem materiellen Fristenmodell an. Der fünfte Senat plädiert auf dieselbe Art und Weise wie der erste Senat dafür, dass die Verfahrensweise, den Verfahrensbeteiligten eine Frist für die Stellung von Beweisanträgen zu setzen, um die nach Verstreichen dieser Frist gestellten Anträge unter erleichterten Voraussetzungen wegen Verschleppungsabsicht ablehnen zu können, nicht im Widerspruch zu § 246 Abs. 1 StPO stehe. Vielmehr verfolge sie das Ziel der Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 Abs. 1 MRK und stelle ein effektives Mittel gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts dar. Mit Rücksicht auf die grundlegende Bedeutung des Beweisantragsrechts für eine effektive und aktive Verteidigung und das Fehlen einer gesetzlichen Präklusionsregelung für die Antragstellung fordert der fünfte Senat dennoch eine vorsichtige und zurückhaltende Handhabung dieser neuen Vorgehensweise.³²⁸ Zunächst komme die Fristsetzung regelmäßig erst nach zehn Hauptverhandlungstagen und nicht vor Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms in Betracht.³²⁹ Dazu könne Anlass für die Fristsetzung nur bei bestimmten Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein, die vom Vorsitzenden im Zusammenhang mit der entsprechenden Anordnung ausdrücklich zu bezeichnen seien. Das entspreche der Funktion dieser Verfahrensweise als Vorbereitung späterer, leichter begründbarer Ablehnung der verfristeten Beweisanträge wegen Prozessverschleppungsabsicht.³³⁰ Schließlich solle die Frist angemessen bzw. nicht zu kurz sein.³³¹

Im Jahre 2009 billigt die zweite Kammer des zweiten Senats des BVerfG grundsätzlich die aktuelle Entscheidung des ersten Senats des BGH. Die zweite Kammer argumentiert vor allem, dass das vom ersten Senat entwickelte materielle Fristenmodell weder den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren noch die gerichtliche Bindung an Recht und Gesetz verletze. Das Recht auf ein faires Verfahren könne durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstünden. Das materielle Fristenmodell stelle jedoch keine faktische Umgehung des die Sachverhaltsaufklärung gewährleistenden § 246 Abs. 1 StPO dar, denn weder bilde die gesetzte Frist eine Ausschlussfrist noch führe das verspätete Vorbringen als solches die Antragsablehnung herbei, das vielmehr lediglich einer von mehreren Umständen sei, die das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht begründen könnten. Dazu än-

³²⁷ BGH JZ 2009, 316, 318.

³²⁸ BGH JR 2011, 124, 125 f.

³²⁹ BGH JR 2011, 124, 126.

³³⁰ BGH JR 2011, 124, 126.

³³¹ BGH JR 2011, 124, 126.

dere die Fristsetzung nichts an der Aufklärungspflicht des Gerichts und der objektiven Voraussetzung des Ablehnungsgrundes hinsichtlich der Nichtsachdienlichkeit der erwarteten Beweiserhebung. Deswegen könne bei Anwendung des Fristenmodells ausgeschlossen werden, dass einen Beweisantrag allein aufgrund eines zeitlich verzögerten Vorbringens abgelehnt und die Wahrheitsermittlung dadurch beeinträchtigt werde.³³²

Eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren liege auch vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht, inklusive seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte, ergebe, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden seien oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden sei. Im Rahmen dieser Gesamtwürdigung seien auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege sowie des Beschleunigungsgebots zu berücksichtigen. Verfahrensgestaltungen, die den Erfordernissen einer wirksamen Strafrechtspflege dienten, verletzten daher nicht schon von vornherein den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten dabei, gemessen am früheren Zustand, zurückgenommen würden. Auch daran gemessen sei die Fristsetzung angezeigt, da sie auf der einen Seite dem Gebot effektiver und beschleunigter Durchführung von Strafverfahren Rechnung trage und auf der anderen Seite dem Angeklagten die Möglichkeit zur aktiven Beteiligung an der Sachverhaltsaufklärung nicht nehme. Der Fristablauf führe lediglich zu einer widerlegbaren Indizwirkung, der der Angeklagte durch Begründung der Wahl des Zeitpunktes der Antragstellung entgegentreten könne. Dass dadurch das Risiko verursacht werde, bei der Darlegung etwaige Verteidigungsstrategien offenbaren zu müssen, sei nicht zu beanstanden. Vor allem seien im Rahmen des Beweisantragsrechts eine Darlegungspflicht und die begleitende Aufdeckungsgefahr dem Antragsteller nicht fremd. Zusätzlich sei in den Prozesskonstellationen, in welchen eine Fristsetzung ernsthaft in Betracht komme, die Geheimhaltung der Verteidigungsstrategien nicht schutzwürdig. Eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen könne im Allgemeinen erst dann gesetzt werden, wenn das Gericht seinerseits davon überzeugt sei, alles zur Erforschung der Wahrheit Erforderliche unternommen zu haben. Es sei dann fraglich, welche Verteidigungsstrategie in derartigen Prozesskonstellationen noch verfolgt werden könnte, die es nicht erlaube, zur Widerlegung einer Verschleppungsabsicht partiell offen gelegt zu werden. Ferner sei der Beweisantrag Ausdruck und Anerkennung der Subjektstellung des Angeklagten, die aber wiederum mit der eigenen Prozessverantwortlichkeit korreliere. Gerade hieraus folge im Einzelfall die Pflicht, Angaben zur Motivation für die Stellung eines Beweisantrags zu machen, um damit den Prozessverschleppungsvorwurf zu widerlegen. Dennoch warnt die zweite Kammer zur gleichen Zeit davor, die Anforderungen an die Darlegung der sachlichen Gründe für die Fristversäumung zu

³³² BVerfG JR 2011, 354, 356 f.

überspannen. Weder dürfe die „mangelnde Plausibilität“ einen Ablehnungsgrund bilden, noch sei es dem Antragsteller verwehrt, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die er lediglich für möglich halte oder nur vermute, noch könne das Tatgericht seine Pflicht, sich mit den Möglichkeiten auseinanderzusetzen, die gegen eine Verschleppungsabsicht sprächen, außer Acht lassen.³³³

Bei der Prüfung des BVerfG, ob die angegriffenen Entscheidungen die Grenzen richterlicher Rechtsfindung wahren, werde in der Tat kontrolliert, ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiere und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht habe. Da die Fristsetzung wie aufgezeigt nicht zur Folge habe, dass hiernach gestellte Beweisanträge als verspätet abgelehnt werden könnten, würden die der Norm des § 246 Abs. 1 StPO innewohnende gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und somit die Grenzen richterlicher Rechtsfindung gewahrt.³³⁴

Danach verteidigt die zweite Kammer das durch den ersten Senat des BGH zum Teil übernommene formelle Fristenmodell, nämlich die Ablehnung der Hilfsbeweisanträge wegen Verfahrensverschleppung erst im Urteil und nicht durch Vorabbeschluss gemäß § 244 Abs. 6 StPO a.F. Nach der zweiten Kammer verstoße diese Vorgehensweise nicht gegen den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren, da sie die mit der Fristsetzung bezweckte Verfahrensbeschleunigung sichere und gleichzeitig die Verteidigungsmöglichkeiten nicht in verfassungsrechtlich unzumutbarer Weise einschränke. Die Stellung eines Hilfsbeweisantrags impliziere, dass die Beweismöglichkeiten des Antragstellers erschöpft seien und auch bei Antragszurückweisung vor dem Urteilserlass ihm keine weiteren Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung stünden, was nicht nur für die Ablehnung wegen anderer Ablehnungsgründe, sondern auch für die Abweisung aufgrund der Verschleppungsabsicht gelte. Selbst wenn man die Schutzwägungen zugunsten der Verteidigung nicht aus dem erwähnten Grund verneine und folglich das Erfordernis einer Vorabbescheidung anerkenne, werde ihnen in Fällen Rechnung getragen, in denen die Prozessbeteiligten bereits durch gerichtliche Hinweise über die prozessrechtlichen Folgen eines nach Fristablauf gestellten Antrags in die Lage versetzt worden seien, dem Vorwurf der Verfahrensverzögerung im Vorfeld zu begegnen.³³⁵

Einige Monate später fällt die zweite Kammer des zweiten Senats des BVerfG erneut eine Entscheidung über die Fristenlösung. Sie bleibt bei ihrer Auffassung, dass eine Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen im Strafverfahren verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, da sie weder gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens verstoße, noch eine unzulässige Rechtsfortbildung darstelle.

³³³ BVerfG JR 2011, 354, 356 f.

³³⁴ BVerfG JR 2011, 354, 356 ff.

³³⁵ BVerfG JR 2011, 354, 358.

Gleichzeitig teilt die zweite Kammer die Meinung des fünften Senats des BGH bezüglich einer vorsichtigen und zurückhaltenden Handhabung dieser Verfahrensweise und akzeptiert die durch den fünften Senat bestimmten Voraussetzungen für die Fristsetzung, dass regelmäßig zehn Verhandlungstage verstrichen, das gerichtliche Beweisprogramm erledigt und bestimmte Anzeichen für eine Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten gegeben sein müssten. Sie fügt hinzu, dass die Fristsetzung die Pflicht des Richters zur Wahrheitserforschung nicht beeinträchtigen dürfe. In Hinblick auf die Dauer der Frist betont die zweite Kammer, dass der zugedachte Zeitrahmen den Verfahrensbeteiligten ermöglichen müsse, auf der Basis des bisherigen Prozessverlaufs darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls welche Beweisanträge noch gestellt werden sollten. Die gesetzte Frist dürfe nämlich eine effektive Verfahrensteilhabe der Prozessbeteiligten nicht ruinieren.³³⁶ Ferner argumentiert die Kammer, dass eine Frist gegenüber sämtlichen Verfahrensbeteiligten gesetzt werden müsse, um die damit bezweckte Beschleunigung des Verfahrens zu verwirklichen. Das entspreche sogar dem Interesse des Angeklagten, der durch sein vorheriges Verhalten zur Fristsetzung nicht unmittelbar Veranlassung biete, weil sich eine zügige Durchführung des Verfahrens gerade zu seinen Gunsten auswirken soll. Um dem Interesse unterschiedlicher Verfahrensbeteiligten besser gerecht zu werden, sei bei der Prüfung, ob ein Beweisantrag aus Verschleppungsabsicht gestellt werde, eine strenge Anforderung in subjektiver Hinsicht zu stellen, wenn der Antragsteller keine Veranlassung für die Fristsetzung gegeben habe.³³⁷

Eine neue Entscheidung über das formelle Fristenmodell stammt von dem dritten Senat des BGH.³³⁸ Er hebt ein Urteil auf, bei dem das Tatgericht neben dem materiellen Fristenmodell auch das formelle Fristenmodell anwendet und infolgedessen einen nach Ablauf der gesetzten Frist gestellten Beweisantrag erst im Urteil wegen Verschleppungsabsicht zurückweist. Der Senat äußert sich nicht dazu, ob in extrem gelagerten Fällen eine Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung ausnahmsweise entbehrlich sein kann, sondern weist lediglich darauf hin, dass in dem betroffenen Fall so eine extreme Konstellation offensichtlich nicht vorliege. Das formelle Fristenmodell werde durch den fünften Senat des BGH in einem Sonderfall etabliert, in dem massenhaft gestellte Beweisanträge erkennbar darauf abzielten, das Tatgericht allein schon durch die notwendige (einkalkuliert negative) Bescheidung der Anträge und nicht durch Beweiserhebungen nach Maßgabe der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern. Nach Ansicht des fünften Senats setze diese Vorgehensweise daher in der Regel voraus, dass zuvor gestellte Beweisanträge wiederholt wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden mussten. Darüber hinaus verlange die for-

³³⁶ BVerfG NJW 2010, 2036, 2037.

³³⁷ BVerfG NJW 2010, 2036, 2037.

³³⁸ BGH NJW 2011, 2821.

melle Fristenlösung eine Vorabinformation über die zukünftigen Ablehnungsgründe für die nach Fristablauf gestellten Anträge als Bedingung für die Bescheidung solcher Anträge erst in den Urteilsgründen, dabei habe die Auseinandersetzung mit dem Verfahrensverhalten eines Verfahrensbeteiligten keine Informationsfunktion für die anderen, was gerade im vorliegenden Fall geschehe. Zusätzlich bestätigt der dritte Senat die Ansicht des ersten Senats des BGH, dass die Fristsetzung zur Stellung von Beweisanträgen eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden sei, folglich hänge ihre Anfechtung mittels Revision von einer Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO ab.³³⁹

III. Aktuelle Gesetzesänderung (2014–2019)

Die Stimmen der Judikative blieben nicht ungehört.

Im Koalitionsvertrag der drei Regierungsparteien CDU, CSU und SPD in der 18. Legislaturperiode wurde von der effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze gesprochen.³⁴⁰ Zur Erfüllung dieses Versprechens hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Juli 2014 eine Expertenkommission einberufen, die entsprechende Reformvorschläge zu erarbeiten hatte.³⁴¹ Im Abschlussbericht vom Oktober 2015 legte diese Expertenkommission mehrere Empfehlungen vor, der Vorschlag Nr. 15 lautet: „Der Vorsitzende sollte nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen bestimmen können. Die Ablehnung erst nach Fristablauf gestellter Beweisanträge sollte dann im Urteil möglich sein. Dies soll nicht gelten, wenn die verspätete Stellung eines Beweisantrags genügend entschuldigt ist.“³⁴² Begründet wird diese Empfehlung damit, dass das Tatgericht somit den Ausnahmesituationen angemessen begegnen könne, in denen ein exzessiver Gebrauch des Beweisantragsrechts in Form der wiederholt schubweisen Antragstellung nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms oder noch nach Schluss der Beweisaufnahme ein entscheidungsreifes Verfahren erheblich verzögern könnte. In manchen Fällen dränge sich sogar der Verdacht auf, dass der Antragsteller es allein anstrebe, den Abschluss des Verfahrens zu verzögern. Die Expertenkommission berücksichtige sowohl die Bedeutung des Beweisantragsrechts für eine effektive Verteidigung, wobei die freie Entscheidung über die Zeit der Antragstellung eine unerlässliche Rolle spiele, als

³³⁹ BGH NJW 2011, 2821 f.

³⁴⁰ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 102, abrufbar unter www.cdu.de.

³⁴¹ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 1, abrufbar unter www.bmjbv.de.

³⁴² Bericht der Expertenkommission, S. 23.

auch das Gebot der Verfahrensbeschleunigung sowie einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege vor dem Hintergrund von begrenzten Ressourcen der Strafjustiz, und bringe auf dieser Grundlage den Ratschlag über die Verlagerung der Antragsbescheidung im Urteil ein, der weder die Möglichkeit einschränke, Beweisanträge zu stellen, noch erweiterte Möglichkeiten vorsähe, einen Beweisantrag abzulehnen, noch eine vollständige Überprüfung der Ablehnungsentscheidung durch das Revisionsgericht verhindern solle. Dazu bleibe die gerichtliche Aufklärungspflicht in vollem Umfang erhalten, sodass die Gefahr, dass nicht nur missbräuchliche, sondern auch berechtigte Beweisersuchen zurückgestellt würden, wirkungsvoll gebannt werden könne. Nach der Kommission solle die Rechtsfolge einer Fristsetzung folgendermaßen aussehen: Die Zurückweisung verfristeter Beweisanträge in den Urteilsgründen stelle die Regel dar, während eine Ausnahme davon vorgesehen sei, wenn die Stellung des Beweisantrags nach Fristablauf genügend entschuldigt sei. Werde hingegen nach Fristablauf erneut Beweis erhoben, solle die Wirkung für sich daraus ergebende weitere Beweisanträge erst nach erneuter Fristsetzung eintreten.³⁴³

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom BMJV vom 29.05.2016 übernimmt grundsätzlich die Empfehlung der Expertenkommission über die Antragsbescheidung im Urteil mit einer Ausnahme.³⁴⁴ Der Referentenentwurf will von der Bescheidung eines nicht fristgerecht gestellten Antrags in den Urteilsgründen erst absehen, wenn die Frist ohne Verschulden nicht eingehalten wurde.³⁴⁵ Eine solche Ergänzung des § 244 Abs. 6 StPO a.F. ist nach Ansicht des BMJV gerechtfertigt, weil sie dem Gericht ermögliche, denjenigen Beweisanträgen entgegenzuwirken, die gerade zum Zwecke der Verfahrensverzögerung nach Abschluss des gerichtlichen Beweisprogramms schubweise gestellt seien und das Verfahren gar nicht beförderten, sondern lediglich verzögerten, ohne dass das Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten – insbesondere des Angeklagten – beschnitten werde. Vor allem werde weder das Recht, Beweisanträge zu stellen, eingeschränkt noch der Katalog der Ablehnungsgründe erweitert. Dazu sei es der Verteidigung immer noch möglich, Beweisanträge im Rahmen ihrer Verteidigungsstrategie zurückzuhalten, um etwa den Verlauf der Beweisaufnahme abzuwarten, denn die Frist solle erst nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme gesetzt werden. Ferner bleibe das Gericht weiterhin der Amtsaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO verpflichtet.³⁴⁶

³⁴³ Bericht der Expertenkommission, S. 143 ff.

³⁴⁴ *Börner*, JZ 2018, 232, 236; *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 10; *Basar*, KriPoZ 2017, 95; *Conen*, AnwBl online 2017, 640; *Galen*, ZRP 2016, 42.

³⁴⁵ Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, S. 8, abrufbar unter www.bmjv.de.

³⁴⁶ Referentenentwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, S. 41 f.

Am 14.12.2016 hat die Bundesregierung beschlossen, den Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen,³⁴⁷ der eine Regelung enthält, die dem Vorschlag vom Referentenentwurf im Wesentlichen ähnlich³⁴⁸ und auch auf dieselbe Art und Weise begründet ist.³⁴⁹ Gleichzeitig ist aber auffällig, dass für die Ablehnung eines nicht fristgerecht eingebrachten Beweisantrags im Lauf der Hauptverhandlung nunmehr weder auf die Entschuldigung des Antragstellers noch auf sein Verschulden abgestellt würde, sondern darauf, ob die Antragstellung vor Fristablauf nicht möglich war, wie z.B. weil das Beweismittel dem Antragsteller erst nach Ablauf der Frist bekannt geworden ist, was der Antragsteller glaubhaft zu machen hat. Durch diese vom Regierungsentwurf veränderten bzw. hinzugefügten Bestimmungen wird der Ausnahmecharakter der Exkulpationsmöglichkeit weiter hervorgehoben.³⁵⁰

Dem Regierungsentwurf sich anschließend, fügt das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens vom 17.08.2017 dem § 244 Abs. 6 StPO a.F. die folgenden Sätze an: „Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen.“³⁵¹

Es kann nicht überraschen, dass diese Gesetzesänderung auf keinen Fall das Ende der Versuche markiert, das Beweisantragsrecht weiter zu beschneiden. Nur einen Monat später verkündete die Arbeitsgruppe „Zukunft des Strafprozesses“ des zweiten bundesweiten Strafkammertages für die weitere Reform des Strafverfahrens in der neuen Legislaturperiode des Bundestages zwölf Gesetzgebungsvorschläge, wozu auch die Forderung gehörte, dass zur Unterbindung der „ins Blaue hinein“ gestellten Beweisanträge eine erhöhte Begründungspflicht bei Beweisanträgen vorgesehen werden sollte.³⁵² Dieser Ratschlag wird ernst genommen. Im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode verpflichteten sich CDU, CSU und SPD zu der folgenden Gesetzesinitiative zur Modernisierung der Strafpro-

³⁴⁷ BR-Drs. 796/16; BT-Drs. 18/11277.

³⁴⁸ Börner, JZ 2018, 232, 236; Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646; Basar, KriPoZ 2017, 95; Conen, AnwBl online 2017, 640; Radtke, DRiZ 2017, 190.

³⁴⁹ BR-Drs. 796/16, S. 9, 34 f.; BT-Drs. 18/11277, S. 14, 34 f.

³⁵⁰ BR-Drs. 796/16, S. 9, 34 f.; BT-Drs. 18/11277, S. 14, 34 f.

³⁵¹ BGBl. 2017 I, S. 3202, 3209.

³⁵² Gemeinsame Pressemitteilung der Mitglieder der Arbeitsgruppe „Zukunft des Strafprozesses“, abrufbar unter www.justiz.bayern.de. Kritik dagegen s. Kudlich, ZRP 2018, 9; Dallmeyer, StV 2018, 533.

zessordnung sowie Beschleunigung des Strafverfahrens: „Wir vereinfachen weiter die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen (...) Beweisanträgen“.³⁵³

15 Monate später beschloss die Bundesregierung das Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafverfahrens, bei dem nicht nur der Vorschlag des Strafkammertags angenommen und die gesetzliche Anerkennung der Konnexitätsanforderung geplant wird, sondern auch eine Erleichterung der Anwendung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht beabsichtigt wird. Zunächst soll das objektive Merkmal, dass die beantragte Beweisaufnahme zu einer wesentlichen Verfahrensverzögerung führen kann, abgeschafft werden. Dazu soll das Tatgericht nicht an der Annahme der Absicht zur Prozessverzögerung gehindert werden, wenn der Antragsteller neben der Verschleppung weitere verfahrensfremde Zwecke verfolgt. Außerdem soll es bei der Würdigung der im konkreten Fall verschleppungsrelevanten Umstände einen Ermessensspielraum haben.³⁵⁴ Damit wird ein Reformvorschlag, der seit 1982 wiederholt gestellt ist, erneut vorgelegt.

Auf dieser Grundlage veröffentlichte das BMJV am 08.08.2019 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens. Dieser Entwurf schlägt eine grundlegende Änderung des § 244 Abs. 3 StPO a.F. und eine Ergänzung des § 244 Abs. 6 StPO a.F. vor, um das Beweisantragsrecht zu systematisieren sowie den Umgang mit missbräuchlichen Beweisanträgen zu erleichtern und schließlich das gerichtliche Verfahren zu vereinfachen sowie zu beschleunigen.³⁵⁵ Der neue § 244 Abs. 3 S. 1 StPO soll zum ersten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte eine Legaldefinition des Beweisantrags enthalten, indem er die Begriffsbestimmung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung übernimmt, bei der nicht nur die bereits allgemein anerkannten Anforderungen an die konkrete Beweistatsache, das bestimmte Beweismittel sowie das ernsthafte Verlangen, sondern auch das Konnexitätserfordernis als Folge der aktuellen Rechtsfortbildung enthalten sind. Infolgedessen sollen Beweisbehauptungen „aufs Geratewohl ins Blaue hinein“ in der Zukunft nicht als Beweisanträge behandelt werden müssen.³⁵⁶ Der neue § 244 Abs. 3 S. 3 StPO nummeriert die fakultativen Ablehnungsgründe mit Ausnahme des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht, um die Übersichtlichkeit zu erhöhen und die Zitierfähigkeit in der Praxis zu erleichtern.³⁵⁷ Die zur Prozessverschleppung gestellten Beweisanträge sind

³⁵³ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 123, Zeilen 5783 f., abrufbar unter www.cdu.de.

³⁵⁴ Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 5, abrufbar unter www.bmjv.de.

³⁵⁵ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 1, 5 f., 16 f., 33, abrufbar unter www.bmjv.de.

³⁵⁶ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 5, 34.

³⁵⁷ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 5 f., 34.

nach dem neu eingefügten § 244 Abs. 6 S. 2 StPO zu behandeln. Demgemäß können Anträge auf Beweiserhebung ohne formellen Gerichtsbeschluss abgelehnt werden, wenn die angestrebte Beweisaufnahme überhaupt nicht sachdienlich ist und der Antragsteller trotz des Bewusstseins von dieser Nutzlosigkeit den Antrag zur Verfahrensverzögerung stellt. Dabei ist unerheblich, ob gleichzeitig noch andere verfahrensfremde Ziele verfolgt werden. Auf das traditionelle Erfordernis einer objektiv erheblichen Verzögerung, das die Annahme eines prozessverschleppenden Beweisersuchens erschwere und ein einheitliches Begriffsverständnis der Verschleppungsabsicht in der Strafprozessordnung verhindere, wird verzichtet. Der Vorsitzende soll nach freier Würdigung darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO vorliegen, seine Entscheidung kann nach § 238 Abs. 2 StPO beanstanden werden. Der Grund für diese erleichterte Zurückweisungsmöglichkeit besteht nach der Begründung des Referentenentwurfs darin, dass solche Anträge keine Beweisanträge mehr darstellen.³⁵⁸

Am 23.10.2019 wurde der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens beschlossen, der fast alle Empfehlungen hinsichtlich des Beweisantragsrechts des Referentenentwurfs und ihre Begründung übernimmt. Nur die einzelnen Ablehnungsgründe wurden im Regierungsentwurf mit anderen Nummern als im Referentenentwurf versehen. Dazu wird die Herabstufung der Beweisbehauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ zu einfachen Beweisersuchen damit begründet, dass ihnen die für Beweisanträge gebotene Ernsthaftigkeit des Verlangens fehle. Ferner stellt dieser Entwurf in der Begründung klar, dass das Tatgericht über eine Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO gegen die Entscheidung des Vorsitzenden über einen zur Prozessverschleppung gestellten Antrag in freier Würdigung befinden soll und die Revisionskontrolle sich auf die Frage beschränken soll, ob der Vorsitzende bzw. das Tatgericht seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat.³⁵⁹

Der Regierungsentwurf wurde am 08.11.2019 dem Bundestag vorgelegt,³⁶⁰ während ein gleich lautender Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD bereits am 05.11.2019 in den Bundestag eingebracht wurde.³⁶¹ Am 15.11.2019 nahm der Bundestag den Koalitionsentwurf in einer vom Rechtsausschuss geänderten Fassung an, die hinsichtlich des Beweisantragsrechts keine inhaltliche Veränderung, sondern lediglich eine sprachliche Verbesserung enthält.³⁶²

³⁵⁸ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 6, 17, 35.

³⁵⁹ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, S. 6 f., 18, 37 ff., abrufbar unter www.bmjv.de.

³⁶⁰ BT-Drs. 19/14972.

³⁶¹ BT-Drs. 19/14747, S. 7, 17, 33 ff.

³⁶² BT-Drs. 19/15161, S. 6, 12.

Gemäß dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019³⁶³ lautet § 244 Abs. 3 StPO nun: „Ein Beweisantrag liegt vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn

1. eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist,
2. die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist,
3. die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist,
4. das Beweismittel völlig ungeeignet ist,
5. das Beweismittel unerreichbar ist oder
6. eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.“

Zudem wird nach § 244 Abs. 6 S.1 StPO folgender Satz eingefügt: „Einer Ablehnung nach Satz 1 bedarf es nicht, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt; die Verfolgung anderer verfahrensfremder Ziele steht der Verschleppungsabsicht nicht entgegen.“

Innerhalb von sechs Jahren hat der Gesetzgeber zwei von drei Instituten legalisiert, die die Judikatur zur Verkürzung des Beweisantragsrechts geschaffen hat, und durch die Herabstufung der zur Verschleppungsabsicht gestellten Anträge noch darüber hinausgehende Beschränkungen auferlegt. Eine Rechtslage, die im Jahre 1982 noch als nicht akzeptierbar angesehen wurde, wird heute Wirklichkeit. Für eine weitere Beschneidung dieses wichtigen Verfahrensrechts bleibt kaum Raum, wenn man es nicht abschaffen will. Vor dem Hintergrund des Beschleunigungswahns und der dadurch geprägten Rechtsentwicklung in den jüngsten Jahren lässt sich aber ernsthaft befürchten, dass auch das übrigbleibende Beweisantragsrecht in ständiger Gefahr ist und dieses Recht eines Tages völlig beseitigt werden könnte.³⁶⁴

³⁶³ BGBl. 2019 I, S. 2121, 2122.

³⁶⁴ Beispielsweise wächst mit Rücksicht auf die ganze Entwicklungsgeschichte der Konnexitätsanforderung – von der Konnexität im engeren Sinne über die Konnexität im weiteren Sinne zum qualifizierten Konnexitätserfordernis – die Sorge darum, dass immer mehr neue Merkmale des Beweisantrages „erfunden“ würden, die das Beweisantragsrecht einschränkten, s. *Fezer*, FS Meyer-Goßner, 629, 638; *Ventzke*, StV 2009, 655, 659.

D. Resümee

Bei Betrachtung der Geschichte des Beweisantragsrechts ist der Eindruck zu gewinnen, dass die Intention, den Angeklagten vor richterlicher Willkür zu schützen, und die Idee, den Rechtsmissbrauch seitens des Angeklagten zu unterbinden, die Entwicklung dieses Rechts im Wechsel leiten. Die Erstere findet ihren Ausdruck in der Judikatur des RG, den Gesetzesentwürfen 1908/1909, 1919/1920 sowie 1930 und der Gesetzgebung in den Jahren 1925, 1926 sowie 1950, während die Zweite die restliche Zeit beherrscht. Hinter diesen zwei Leitprinzipien stehen nicht nur rechtstheoretische Überlegungen, sondern auch unterschiedliche rechtspolitische Gedanken, eigentlich wird die Abwechselung der Reformrichtung sogar maßgeblich von politischen-gesellschaftlichen Determinanten gesteuert.³⁶⁵ Das wird sehr auffällig, wenn man betrachtet, wie sehr und wie schnell das Beweisantragsrecht seit 1974, insbesondere seit 2017, im Namen der Missbrauchsbekämpfung beschnitten wird, die tatsächlich einen technokratischen Pragmatismus verbirgt, der lediglich die möglichst (preis-)günstige Konfliktlösung anstrebt.³⁶⁶ Gerade vor diesem Hintergrund scheint es dringend, auf die Prozessdogmatik, die das Beweisantragsrecht unterstützt, zurückzugreifen, um dieses Recht vor wechselhafter politischer Strömung zu bewahren und die Erfüllung der Anforderungen des Rechtsstaates zu gewährleisten.

³⁶⁵ Hübner, Verfahrensgrundsätze, S. 53, 58; E. Schmidt, ZStW 65 (1953), 161, 171; Albrecht, NJ 1994, 193, 198 f.

³⁶⁶ Schatz, Beweisantragsrecht, S. 185.

2. Teil

Die Grundlagen des Beweisantragsrechts

Die Grundlagen des Einzelinstituts im Strafverfahren sind zwar nicht mit denjenigen des ganzen Prozesses gleichzusetzen, ein enger Zusammenhang zwischen den beiden darf jedoch nicht verneint werden. Ein Einzelinstitut ist dazu bestimmt, Zwischenziele sowie Endziele des Strafprozesses zu verfolgen, selbst wenn es auf eigene Art und Weise dazu beitragen soll, und muss dabei die Schranken beachten, denen das ganze Verfahren unterworfen ist.¹ In diesem Teil ist daher zunächst eine Untersuchung hinsichtlich der Grundlagen des Strafprozesses bzw. des Zusammenspiels seiner Zwecke und Schranken durchzuführen, erst auf dieser Basis lässt sich der Sinn und Zweck des Beweisantragsrechts ermitteln.

1. Kapitel

Die Grundlagen des Strafverfahrens

Unter den Grundlagen des Strafprozesses versteht die herrschende Meinung seine verschiedenen Zwecke und deren Verhältnis zueinander, während eine neue, zweiteilige Theorie zwischen Zwecken und Schranken unterscheidet und daher lieber von der Rechtfertigung des Strafverfahrens spricht, die die Verfolgung legitimer Zwecke sowie die Beachtung absoluter Grenzen voraussetzt.

A. Ziele des Strafprozesses

Nach Schatz herrsche eigentlich Übereinstimmung über die Kriterien, denen die Ausgestaltung des Strafverfahrens Rechnung tragen müsse, problematisch sei lediglich die Gewichtung der einzelnen Gesichtspunkte und ihre Zuordnung untereinander.² Dem ist nur zum Teil zuzustimmen. Obgleich fast immer die gleichen Begriffe als Verfahrenszwecke genannt werden, verbergen sich zwei unterschiedliche Betrachtungsweisen hinter dieser scheinbaren Einigkeit.

Auf der einen Seite bildet ein Pluralismus den Ausgangspunkt, der eine Vielzahl grundlegender Elemente anerkennt, die aufeinander irreduzibel seien und

¹ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 188 Fn. 2 f.; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 201 f.; *Rieß*, FS Schäfer, 155, 168.

² *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 189 Fn. 15.

manchmal sogar miteinander im Konflikt kämen,³ wobei eine Abwägung notwendig sei, da keines schlechthin Vorrang hätte. Dazu gehörten⁴ die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs⁵ bzw. die Verwirklichung des materiellen Strafrechts⁶, unter denen sich die Suche nach materieller Wahrheit⁷ als Zwischenziel befindet,⁸ die Verfahrensgerechtigkeit⁹ sowie die Rechtssicherheit¹⁰.

Auf der anderen Seite strebt man nach Monismus bzw. einem Endziel, das das Verhältnis mehrerer höchst heterogener Einzelgesichtspunkte zueinander bestimme und die Spannung zwischen ihnen auf einer übergeordneten Ebene auflöse.¹¹ Zu diesem einzigen Verfahrensziel wird der Rechtsfrieden¹² erklärt, der

³ Greco, Strafprozesstheorie, S. 320.

⁴ Hier wird Gerechtigkeit nicht erwähnt, da sie je nach der Auslegung in anderen Begriffen aufgeht. Greco, Strafprozesstheorie, S. 236 ff. unterscheidet zwischen drei unterschiedlichen Verständnissen der Gerechtigkeit, nämlich als Bezugnahme auf die Vergeltungstheorie, als richtige Anwendung des materiellen Rechts oder als eigenständige Verfahrensgerechtigkeit. Die ersten zwei stehen im engen Zusammenhang mit Wahrheitssuche, daher wird in der Literatur häufig von Wahrheit und Gerechtigkeit gesprochen, s. E. Schmidt, Lehrkommentar, S. 29 f., 63, 204 f.; Neumann, ZStW 101 (1989), 52; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 95 f. Im Gegensatz dazu handelt sich das dritte um Verfahrensgerechtigkeit bzw. Justizförmigkeit, s. Neumann, ZStW 101 (1989), 52.

⁵ BGHSt 16, 374, 378 f.; BVerfG 20, 45, 49; BVerfG NJW 2010, 592, 593; Rieß, FS Schäfer, 155, 168; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 3; Murmann, GA 2004, 65, 66 Fn. 9.

⁶ Westhoff, Grundlagen, S. 5; E. Schmidt, Lehrkommentar, S. 31 Nr. 16; Stock, FS Mezger, 429; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 209, 213, 221; Murmann, GA 2004, 65, 66 Fn. 9.

⁷ In Rechtsprechung und Literatur wird nicht selten statt Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs oder Verwirklichung des materiellen Strafrechts nur Wahrheitsermittlung als (Haupt)zweck des Strafverfahrens genannt, s. BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; BVerfG NStZ 1987, 419; BGH NJW 1956, 1646, 1647; BGHSt 47, 62, 65; Herdegen, NJW 1996, 26 f.; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 209, 213, 221; Spiekermann, Mißbrauch, S. 33 ff.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 32 f.; Gollwitzer, FS Kleinknecht, 147, 149; Malek, StV 2011, 559 f.

⁸ E. Schmidt, Lehrkommentar, S. 143; Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 512; Volk, Prozeßvoraussetzungen, S. 193, 195; Murmann, GA 2004, 65 f.; Greco, Strafprozesstheorie, S. 236 f.

⁹ Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 209, 213, 221, 229; Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 33; Gollwitzer, FS Kleinknecht, 147, 149; Spiekermann, Mißbrauch, S. 33 ff.

¹⁰ In der Literatur ist zwar vielfach von dem Rechtsfrieden die Rede, aber tatsächlich wird die durch Rechtskraft geschaffene Rechtssicherheit gemeint, was der Situation vor Siegeszug der Schmidhäuser Lehre (Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 516 f.) entspricht. In solchen Fällen wird Rechtssicherheit („Rechtsfrieden“) als eines der mehreren Ziele des Strafverfahrens betrachtet, wie z.B. Kindhäuser, Strafprozessrecht, S. 32 Fn. 8, S. 33; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 1 ff.; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 6 f.; Kröpil, JZ 1998, 135 f.

¹¹ Murmann, GA 2004, 65, 67 f.

¹² Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 516, 521; Volk, Prozeßvoraussetzungen, S. 183; Ranft, Strafprozeßrecht, Rn. 2; Weigend, Deliktsoffer, S. 215; Rieß, FS Schäfer, 155, 170 f.

hauptsächlich durch *Schmidhäuser* als Basiskategorie ausgearbeitet worden ist. Darunter versteht man einen Zustand, bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden könne, dass sie sich über den Verdacht eines mit Strafe bedrohten Rechtsbruchs wieder beruhige.¹³ Damit wird nicht „ein faktisch allgemeiner Zustand in der Psyche aller Gemeinschaftsglieder“ gemeint,¹⁴ sondern „die subjektiv-geistig gesehene Seite eines Teilbereiches der Rechtsordnung“.¹⁵ Der Rechtsfrieden ist so zu begreifen als eine Synthese, die aus Abwägung der Gerechtigkeit sowie der Rechtssicherheit auf einer höheren Stufe stamme und einen Teil der Rechtsordnung darstelle.¹⁶ In ihm werde die Antinomie der unterschiedlichen Positionen überwunden.¹⁷

Gegen die monistische Auffassung wird viel Kritik geäußert.¹⁸ Vor allem wird ihr Beitrag zur Diskussion bezweifelt. Den juristischen Bereichen ist ein Zielkonflikt nicht fremd, als Lösung dafür wird eine Abwägung zwischen verschiedenen Rechtsgütern zur Herstellung einer „praktischen Konkordanz“ allgemein anerkannt und umgesetzt, ohne auf ein höheres Gut zuzugreifen. Die wechselseitigen Begrenzungen werden nicht als Befehle von oben verstanden, sondern als bereits immanent angelegte Schranken der jeweiligen Rechtsgüter selbst akzeptiert.¹⁹ Daher ist ein allem übergeordneter Zweck als solcher nicht zwingend erforderlich. Es stimmt auch nicht, dass der Begriff des Rechtsfriedens den Platz des Endziels verdiene, weil er einen wichtigen Anhaltspunkt für die und innerhalb der Abwägung anbiete.²⁰ Von seiner Definition als Zustand, bei dem sich die Gemeinschaft über den Verdacht einer Straftat wieder beruhigen kann, lässt sich in der Tat gar keine Anweisung für die Abwägung bezüglich der unterschiedlichen Perspektiven ableiten. Selbst die Erörterung über seine Funktion zur Durchführung der Abwägung auf einer höheren Stufe trägt dazu nicht bei.

Darüber hinaus ist die Denkweise hinter dem Begriff des Rechtsfriedens gefährlich, d.h. Konflikte zwischen Perspektiven durch „gegensatzaufhebende Begriffsbildung“, bei der man mit der Folge der Konturlosigkeit sowie Inhaltsarmut des Begriffs seine Aufnahmefähigkeit erwirbt, zu lösen.²¹ Tatsächlich können

¹³ Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 521 f.

¹⁴ Weigend, Deliktsoffer, S. 213 ff.; Kubiciel, GA 2013, 226, 233 f.; Maiwald, GA 1970, 33, 36.

¹⁵ Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 516, 521 ff.; Rieß, FS Schäfer, 155, 170 Fn. 65; Volk, Prozeßvoraussetzungen, S. 200 f.

¹⁶ Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 521.

¹⁷ Rieß, FS Schäfer, 155, 170 ff.; ders., JR 2006, 269, 272; Grüner, Mißbrauch, S. 38; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 226 f.; Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 38 ff.

¹⁸ Grüner, Mißbrauch, S. 39.

¹⁹ Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 226 f.

²⁰ Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 225 f.

²¹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 180 Fn. 632, S. 196, 232 f.

durch Begriffsspiele die vorhandenen Gegensätze weder abgeschafft noch abgemildert, sondern lediglich mit einer scheinbaren Harmonie verschleiert werden; im Namen des Endzwecks kann sogar die eine oder andere Perspektive unauffällig sowie ohne hinreichende Begründung unterdrückt werden.²² Im vorliegenden konkreten Fall ist es wohl möglich, dass aufgrund der Gesellschaftsorientierung des Begriffs des Rechtsfriedens das Recht des Individuums geopfert wird.²³

Während die Auffassung, die den Rechtsfrieden als Endzweck des Strafverfahrens ansieht, also abzulehnen ist, bleibt die Ansicht eines Multi-Ziel-Modells von Kritik nicht verschont. Insbesondere wird das Ziel der Rechtssicherheit in Frage gestellt.

Die Rechtssicherheit ist ein wesentliches Element des rechtsstaatlichen Prinzips,²⁴ zu der sowohl die Sicherheit durch das Recht, also Schutz vor Angriffen und Eingriffen durch Recht, als auch die Sicherheit des Rechts selbst gehören. Der erste Bestandteil setzt den zweiten voraus, da ein effektiver Schutz erst zu erwarten ist, wenn das Recht selber sicher ist.²⁵ Diese Rechtssicherheit im engeren Sinne verlangt wiederum Positivität, Praktikabilität sowie Invariabilität des Rechts. Unter dem letzten Aspekt versteht man die Sicherung des Rechts gegen Abänderung, also Beständigkeit einmal getroffener Entscheidungen sowohl des Gesetzgebers als auch der Gerichte (Rechtskraft).²⁶ Das Institut der Rechtskraft zu begründen und zu rechtfertigen ist gerade der Grund, weshalb sich die allgemeine Anforderung an Rechtssicherheit im Strafverfahren in solcher Art und Weise unterstreichen lässt, dass sie zu einem der Strafprozessziele erhoben wird.²⁷ Das ist merkwürdig, wenn man berücksichtigt, dass der Einfluss der anderen Verfahrenszwecke in dem ganzen Strafverfahren zu spüren ist. Diese Aufgabe erfüllt die Rechtssicherheit dennoch nicht erfolgreich. Wäre Rechtskraft das Ergebnis der Abwägung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, müsste sie schwächer und instabiler konzipiert werden, als man sie eigentlich kennt. D.h. es müsste bei schweren und weniger schweren Straftaten eine ungleiche Rechtskraftwirkung beobachtet werden, da Fehler bei schweren Straftaten die Gerech-

²² Greco, Strafprozesstheorie, S. 180 Fn. 632, S. 232 f., vgl. Popp, Fehlerkorrektur, S. 150.

²³ Greco, Strafprozesstheorie, S. 196.

²⁴ BVerfGE 2, 380, 381, 403; 3, 225, 237; 7, 194, 196; 19, 150, 166; 27, 167, 173; 33, 367, 383; 74, 129, 152; 107, 395, 401.

²⁵ Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 191.

²⁶ Kaufmann, Rechtsphilosophie, S. 191 ff., 195.

²⁷ Davor versuchte man, in Zielen des Strafverfahrens eine Lösung für die Problematik der Rechtskraft zu finden, s. Vogler, Rechtskraft, S. 38 ff.; Weigend, Deliktsoffer, S. 197 f. Nachdem die Untauglichkeit der Rechtskraft selbst als Verfahrenszweck entdeckt worden ist, wendet man sich an die übergeordnete Idee von Rechtssicherheit bzw. Rechtsfrieden, s. Schmidhäuser, FS Schmidt, 511, 514 f.; Dippel, GA 1972, 97, 106; vgl. Geppert, GS Schlüchter, 43, 45. Schon Bauer, JZ 1952, 209, 211 beschwerte sich über die Vergötzung der Rechtskraft.

tigkeit stärker belasten und daher die Folge der Abwägung eher der Sieg der Gerechtigkeit über die Rechtssicherheit und dementsprechend eine Begrenzung oder sogar Abschaffung der Rechtskraft sein sollte.²⁸

Es gibt mehrere Versuche, andere Gesichtspunkte als Rechtssicherheit zu finden, die dem Institut der Rechtskraft hinreichend Rechnung tragen können.²⁹ Dabei ist die aktuellste Rechtskraftlehre von Greco bemerkenswert, die die Rechtskraft nicht isoliert, sondern als Ende der Strafverfolgung in Verbindung mit ihrem Anfang betrachtet.³⁰ Auf den Rechtfertigungsgründen der Strafverfolgung, derentwegen sie erst beginnen darf,³¹ baut Greco seine dreisäulige Rechtskraftlehre auf, nach der sich die Rechtskraft bei Verurteilten aus dem Gedanken der Schuldtilgung ergebe, der einer zweimaligen Bestrafung für dieselbe Tat die Grundlage entziehe, bei Freigesprochenen aus dem Gedanken der Rehabilitation, weil die Verwicklung der Unschuldigen in Strafverfahren das Versprechen voraussetze, bei Nicht-Bestätigung der Verdächtigung im Prozess die Betroffenen auf immer in Ruhe zu lassen. Auch die falsch verurteilten Angeklagten müssten sich mit der Rechtskraft des Urteils abfinden, denn das Verfahren stelle keinen bloßen Gewaltakt dar, sondern verkörpere Kommunikation aus dem Respekt vor ihnen als Menschen, weshalb ihnen ungeachtet des Ergebnisses Recht geschehe.³²

Wenn das Institut der Rechtskraft seine Wurzel woanders als in dem Prinzip der Rechtssicherheit findet, braucht man nicht mehr an der Rechtssicherheit als Verfahrensziel festzuhalten, sondern kann davon ebenso Abschied nehmen wie vom Rechtsfrieden. Danach bleiben nur die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs bzw. die Verwirklichung des materiellen Strafrechts, die Wahrheitsermittlung und die Verfahrensgerechtigkeit als Verfahrensziele haltbar.

B. Rechtfertigung des Strafverfahrens

Bezüglich der Diskussion über die Rechtfertigung der Strafe wird von Greco eine „zweisäulige“ Theorie entwickelt³³ und später in den Bereich des Strafverfahrens eingeführt.³⁴

²⁸ Greco, Strafprozesstheorie, S. 348 f.

²⁹ Wie z.B. Ansehen des Staates und der Gerichte, Fiktion der Wahrheit, Schutz des Angeklagten, Sanktionierung der Strafverfolgungsbehörden, Wahrheit und Gerechtigkeit sowie Respekt vor Rechten des Einzelnen. Eine Zusammenfassung mit Bewertung s. Greco, Strafprozesstheorie, S. 338 ff.

³⁰ Greco, Strafprozesstheorie, S. 31, 118, 375.

³¹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 318 ff.

³² Greco, Strafprozesstheorie, S. 251 ff., 371 ff.

³³ Greco, Lebendiges und Totes, S. 136.

³⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 321.

In seinem Werk über die gerechtfertigte Strafe trennt Greco zunächst die konsequentialistischen Erwägungen, nach denen die Richtigkeit einer Handlung allein von ihrer Konsequenz abhängig sei, und die deontologischen Gesichtspunkte, die diese Richtigkeit anhand der Beachtung einer folgenunabhängigen Regel bewerteten,³⁵ und weist dann darauf hin, „dass auf der einen Seite die völlige Missachtung konsequentialistischer Erwägungen schädlich ist und nutzloses Leid hervorruft und auf der anderen Seite die ausschließliche Beachtung konsequentialistischer Erwägungen alle Mittel im Namen des Zwecks heiligt.“³⁶ Einem Staat, der sich von Räuberbanden durch einen Legitimitätstitel unterscheiden wollte, seien beide Perspektiven unerlässlich,³⁷ indem die konsequentialistischen Überlegungen einen guten Grund für die Vornahme einer Handlung liefern und als Zwecke genannt werden könnten, während die deontologischen Erwägungen der staatlichen Zweckverfolgung eine Grenze setzten und als Schranken dienten.³⁸ Die deontologischen Schranken seien nicht selbst Zweck des Unternehmens, sie begrenzten, ohne zu begründen.³⁹ Diese Schranken seien apriorisch fundierbar und entgingen der Kontingenz, sodass sie der Staatsmacht ausnahmslos Unterlassungspflichten auferlegten.⁴⁰ Greco lässt die Frage offen, ob es überhaupt deontologische Handlungspflichten gibt, er behauptet jedoch, wenn man sie bejahen würde, wären sie unvollkommene Pflichten und müssten bei Kollision mit deontologischen Unterlassungspflichten zurücktreten.⁴¹ Die konsequentialistischen Zwecke und die deontologischen Schranken stünden auf unterschiedlichen Ebenen und kommunizierten nicht miteinander.⁴² Das bedeutet, dass keine Abwägung zwischen beiden stattfinden könne, „damit nicht die Dynamik der konsequentialistischen Zweckverfolgung, die unter Maximierungs- und Optimierungsgeboten steht, die Stärke der Schranken aufweicht.“⁴³ Gemäß dieser zweigleisigen Theorie müssten weder zweckmäßige Strafen gerecht, noch gerechte Strafen zweckmäßig sein, legitim könnten nur die sowohl gerechten als auch zweckmäßigen Strafen sein, die die beiden Legitimitätsbedingungen der Machtausübung durch den Staat erfüllten.⁴⁴

Nach Grecos Ansicht findet das zweisäulige Rechtfertigungsmodell auch im Strafverfahren Anwendung.⁴⁵ Die konsequentialistischen Erwägungen schrieben

³⁵ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 120 Rn. 62.

³⁶ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 122.

³⁷ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 128 ff.

³⁸ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 136, 138.

³⁹ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 249.

⁴⁰ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 133 ff.

⁴¹ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 134 ff.

⁴² Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 136, 138.

⁴³ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 136.

⁴⁴ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 274.

⁴⁵ Greco, *Strafprozesstheorie*, S. 321.

dem Strafprozess seine Aufgaben vor und könnten sowohl Handlungen als auch Unterlassungen begründen.⁴⁶ Beim Handeln müssten die deontologischen Grenzen beachtet werden, die zu absoluten Verboten gewisser, in sich schlechter Handlungen führen könnten.⁴⁷ Beim Zusammenwirken dieser zwei Rechtfertigungselemente sei immer zu beachten, dass nur die, die zum Handeln vorantrieben, als Zwecke zu bezeichnen seien, während die, die den Staat vom Handeln abhielten, als Schranken bezeichnet werden sollten.⁴⁸ Konkret betrachtet liege das Endziel des Strafverfahrens in der Abschreckungsgeneralprävention, die auch der Zweck der Strafe sei, denn das Strafverfahren werde der Verhängung einer Strafe vorgeschaltet, und dem sei die Suche nach materieller Wahrheit als Zwischenzweck untergeordnet.⁴⁹ Als unüberwindbare Schranke diene der Respekt vor Menschen bzw. das Instrumentalisierungsverbot, der gebiete, dass man den Beschuldigten nicht nackter Gewalt unterstelle, sondern während des Strafverfahrens mit ihm kommuniziere.⁵⁰ Daraus ließen sich die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit rein apriorisch herleiten,⁵¹ zu der nach Greco Ansicht die Gewährung rechtlichen Gehörs, das Folterverbot, der *nemo tenetur*-Grundsatz sowie der *nemo iudex in causa sua*-Grundsatz gehören.⁵²

Diese Schranken schreiben dem Staat nicht nur Unterlassungspflichten, sondern auch Handlungspflichten vor. Beispielsweise muss der Staat handeln, damit dem Beschuldigten das rechtliche Gehör gewährleistet werden kann. Dadurch entsteht meiner Meinung nach ein Widerspruch, wenn Greco auf der einen Seite behauptet, dass es unsicher sei, ob deontologische Erwägungen auch zu Handlungspflichten führten, und wenn überhaupt, dann würden dadurch nur relative Pflichten begründet,⁵³ und auf der anderen Seite der Ansicht ist, dass die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit einen Anspruch auf zwingende und universelle Geltung stellen könnten.⁵⁴ Das deutet darauf hin, dass seine in der Diskussion über die Straftheorie entwickelte und Erfolg erzielende Theorie gewisse Veränderungen braucht, um im Bereich des Strafverfahrens zu gelten. Aus dem Instrumentalisierungsverbot, der grundlegenden deontologischen Norm, lassen sich beim Strafrecht und Strafverfahrensrecht verschiedenartige Anforderungen herleiten, da das staatliche Handeln, dem das Instrumentalisierungsverbot gegenübersteht, je nach Situation heterogene Eigenschaften hat. Durch Strafandrohung sowie -zufügung greift der Staat in bestehende Rechte des Individuums ein, dabei

⁴⁶ Greco, Strafprozesstheorie, S. 197, 319, 322 f.

⁴⁷ Greco, Strafprozesstheorie, S. 253, 310, 322 f.

⁴⁸ Greco, Strafprozesstheorie, S. 323.

⁴⁹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 159, 197, 319.

⁵⁰ Greco, Strafprozesstheorie, S. 253 f., 260, 310.

⁵¹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 256 f., 260.

⁵² Greco, Strafprozesstheorie, S. 256 f.

⁵³ Greco, Strafprozesstheorie, S. 322 f.

⁵⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 256.

untersagt das Instrumentalisierungsverbot denjenigen Eingriff, der mit der Anerkennung eines grundlegenden Aspekts menschlicher Existenz völlig unverträglich ist,⁵⁵ und seine Subprinzipien präsentieren sich folglich als Unterlassungspflichten. Während des Strafprozesses nimmt der Staat auf der einen Seite Eingriffe vor, wie z. B. bei Zwangsmaßnahmen, auf der anderen Seite trifft er Vorkehrungen zugunsten des Beschuldigten und gestaltet seine Verfahrensrechte aus, die eigentlich staatliche Leistungen darstellen.⁵⁶ Gegenüber Eingriffen des Staates verlangt das Instrumentalisierungsverbot wie gesagt Unterlassen, gegenüber staatlichen Leistungen aber Handeln. Doch wird dadurch keine Zielbestimmung gegeben, sondern lediglich eine Grenze gesetzt. D.h. es ist nur verboten, unterhalb eines bestimmten Niveaus zu leisten, jedoch besteht kein Gebot, konkrete Leistungen jenseits dieser Grenze zu erbringen. Z.B. wird nur gefordert, dem Beschuldigten die Rechte auf Information, auf Äußerung sowie auf Berücksichtigung in diesem Ausmaß zu gewähren, dass sie ihrem Namen gerecht werden.⁵⁷ Wie diese Rechte konkret ausgestaltet werden sollten, nämlich auf welche Art und Weise bzw. in welchem Umfang, bleibt offen.

Greco bezweifelt die Absolutheit der deontologischen Handlungspflichten mit der Begründung, dass sie mit den ausnahmslosen Unterlassungspflichten kollidierten und danach zurücktreten müssten.⁵⁸ Während im Bereich des Strafrechts solche Konflikte unvermeidbar sind, da dort das staatliche Handeln nur Eingriffe verkörpert, ist dies beim Strafverfahren nicht der Fall, wo der Staat auch Leistungen erbringt. Wenn aus Respekt vor Menschen das Unterbleiben bestimmter staatlicher Leistungen verboten wird, entstehen keine Konflikte zwischen diesen Handlungspflichten und dem deontologisch verlangten Unterlassen. Deswegen bestehen mindestens im Bereich des Strafverfahrens vollkommene deontologische Handlungspflichten, die eher Verbote als Gebote erteilen, eher Schranken als Ziele darstellen. Sie werden nicht eingehalten, weil sie vorteilhaft sind, vielmehr ist auch dann daran festzuhalten, wenn ihre Missachtung das Vorteilhafteste wäre.⁵⁹ Diese deontologischen Handlungspflichten bilden zusammen mit den absoluten Unterlassungspflichten die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit.

⁵⁵ Greco, Lebendiges und Totes, S. 178 ff.

⁵⁶ Sachs-Sachs, Vor Art. 1, Rn. 46 ff.; Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 12, 14; vgl. Rüping, Grundsatz, S. 130.

⁵⁷ Dem Beschuldigten soll nämlich ein Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen gestattet werden, zu dem z. B. Beweisantrags-, Frage- und Auskunftsrechte gehören, sodass er auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen kann, s. BVerfGE 26, 66, 71; 38, 105; 57, 250, 275, 279 f.; 63, 332, 337 f.; 64, 135, 145; 66, 313, 318; Spiekermann, Mißbrauch, S. 34; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 260 ff.; Rüping, Grundsatz, S. 133.

⁵⁸ Greco, Lebendiges und Totes, S. 134 ff.

⁵⁹ Greco, Lebendiges und Totes, S. 384.

C. Rechtfertigung des Strafverfahrens durch Zusammenwirken seiner Ziele und Schranken

I. Zweck-Schranke-Struktur

Die vorliegende Arbeit entscheidet sich für das zweigleisige Rechtfertigungsmodell, das zwar zu der Frage über die Grundlage des (legitimen) Strafverfahrens als Antwort ähnliche Gesichtspunkte wie die herrschende Meinung benennt, jedoch bestimmten Gesichtspunkten, genauer gesagt den deontologischen, andere Rollen verleiht und unterschiedliche Gewichte beimisst, weil es die Funktionen verschiedener Gesichtspunkte und ihre Beziehungen überzeugend enthüllt. Wenn man die herrschende Meinung teilt und die Verfahrensgerechtigkeit als Prozessziel betrachtet, steht man nämlich vor Schwierigkeiten: Während aus anderen Erwägungen wie z.B. Wahrheitsermittlung ein deutliches Gebot zu entnehmen ist, ist das bei der Verfahrensgerechtigkeit nicht der Fall. Die Leitidee, den Strafprozess gerecht zu gestalten, sieht nur negativ vor, wann Schutzvorkehrungen und Verfahrensrechte des Beschuldigten nicht ausreichend sind, und ruft in dieser Situation nach staatlichen Handlungen oder Unterlassungen. Sie gibt aber nicht positiv auf, wie viel und wie stark Schutzvorkehrungen und Verfahrensrechte ausgestaltet werden sollten. Deswegen kann man Verfahrensgerechtigkeit nicht auf dieselbe Art und Weise anstreben, wie man sich um die Ermittlung der materiellen Wahrheit bemüht, was zum Zweifel gegen ihre Zuordnung zur Kategorie des Zieles führt. Ein denkbarer Ausweg wäre, die Verfahrensgerechtigkeit mit dem einseitigen Schutz des Interesses des Beschuldigten gleichzusetzen.⁶⁰ Dadurch wird zwar ein „Zweck“ erzeugt, doch der Gesichtspunkt der Verfahrensgerechtigkeit verzerrt, da die Sprache der Gerechtigkeit durch die Sprache des Interesses ersetzt wird.⁶¹

Zusätzlich steht die Verfahrensgerechtigkeit nach der herrschenden Ansicht als eines von mehreren Prozesszielen auf derselben Ebene wie die konsequentialistischen Gründe und ist bei Zielkollision einer Abwägung zugänglich, sie befindet sich deshalb generell in einer ungünstigen Lage. Obwohl man theoretisch einen abwägungsfesten Kern der Verfahrensgerechtigkeit anerkennt, wird ein Eingriff in diesen Kern in der Tat oft bagatellisiert oder mit der Begründung angenommen, dass sonst andere Ziele mit überwiegendem Gewicht verloren gehen würden,⁶² was die Grenze zwischen Verfügbarem und Unverfügbarem verwischt und die Bedeutung der Verfahrensgerechtigkeit unterminiert. Jedoch ist eine solche Handhabung bei einem Abwägungsansatz, in dem das Interesse der Gesellschaft

⁶⁰ Greco, Strafprozesstheorie, S. 203 ff. mit Kritik dazu.

⁶¹ Vgl. Westhoff, Grundlagen, S. 6.

⁶² Greco, Lebendiges und Totes, S. 198 f.; ders., Strafprozesstheorie, S. 225. Beispiele dafür s. BVerfGE 7, 377, 405; 81, 70, 92; 83, 1, 19; 109, 279, 319; BGHSt 34, 397, 401; BGH StV 2011, 603, 606.

auf dem Spiel steht und die Idee der unüberwindbaren Schranken nicht gekannt wird, vorprogrammiert und daher unvermeidbar.⁶³ Nur in einer Zweck-Schranke-Struktur können diese zwei Probleme vermieden werden: Zunächst wird die Verfahrensgerechtigkeit von der nicht passenden Rolle des Zwecks des Strafprozesses befreit und ihr wird die zutreffende Figur der Schranke zugeschrieben. Ferner ist eine Abwägung in einer solchen Struktur ausgeschlossen, da sich Zwecke und Schranken auf unterschiedlichen Stufen befinden und der Vorrang der deontologischen Erwägungen als klare Regel postuliert wird,⁶⁴ was dazu führt, dass die Schranken vor der möglichen Beugung gesichert werden und der Zweckverfolgung absolute Grenzen setzen können.

II. Zwecke und Schranken des Strafverfahrens

Auf dieser Basis ist weiter zu untersuchen, was das Strafverfahren bezweckt und welchen Schranken es unterliegt.

Ogleich es tatsächlich wohl möglich ist, Strafe ohne Verfahren zu verhängen,⁶⁵ hat ein Staat, der einen Legitimitätstitel haben will, der Strafverhängung ein Strafverfahren vorzuschalten, in dem man die Entscheidung trifft, ob der Verdächtige bestraft werden sollte und gegebenenfalls wie. Dass der Strafprozess Ressourcen verbraucht, die für andere Gemeingüter hätten eingesetzt werden können, nimmt der Staat um der legitimen Strafzufügung willen in Kauf. Folglich sollte man vor allem bei den Straftheorien die Ziele und Schranken des Strafprozesses suchen, d.h. je nachdem, mit welchen Erwägungen man die Strafverhängung rechtfertigt, würde man den Strafprozess entsprechend legitimieren und ausrichten müssen.⁶⁶ Hier sind weder die Gründe, wozu man Strafe überhaupt braucht, noch die Gründe, wieso allen Bürgern gegenüber eine Handlung mit Strafe bedroht werden kann, sondern lediglich die Gründe, warum gegen einen bestimmten Bürger eine Strafe verhängt werden soll und darf, von Bedeutung.⁶⁷ Hinsichtlich dieser Frage werden sowohl die absoluten Theorien als auch die relativen Theorien vertreten. Während die absoluten Theorien in der folgenunabhängigen Verwirklichung der Gerechtigkeit, die durch Recht, Moral, Religion usw. verlangt ist, die Legitimation der Strafzufügung finden,⁶⁸ dient Strafe gemäß den relativen Theorien der Verhinderung der künftigen Straftaten.⁶⁹ Je nach-

⁶³ Greco, Strafprozesstheorie, S. 224 ff.

⁶⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 324.

⁶⁵ Greco, Strafprozesstheorie, S. 120 f., 257.

⁶⁶ Greco, Strafprozesstheorie, S. 159.

⁶⁷ Diese Unterscheidung s. Greco, Lebendiges und Totes, S. 227 ff., 303 f., 420; Roxin, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 1, 7, § 3 Rn. 1; ders., JuS 1966, 377, 381; ders., FS Volk, 601, 610 f.

⁶⁸ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 2 ff.; ders., GA 2015, 185, 187; Hörnle, Straftheorien, S. 17 ff.; Greco, Lebendiges und Totes, S. 458 ff.

⁶⁹ Roxin, GA 2015, 185, 190; Hörnle, Straftheorien, S. 17.

dem, ob sich die präventive Wirkung auf den Täter oder auf die Allgemeinheit richtet, unterscheidet man Spezialprävention und Generalprävention.⁷⁰ Die Spezialprävention bemüht sich entweder positiv um Besserung bzw. Resozialisierung des Täters oder negativ um seine Abschreckung oder Unschädlichmachung.⁷¹ Die Generalprävention teilt sich auch in positive und negative Zweige. Die positive Generalprävention strebt nach der Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung mittels der durch Bestrafung in der Gesellschaft bewirkten Lerneffekte, Vertrauenseffekte und Befriedigungseffekte, während die negative Generalprävention darauf abzielt, durch Bestätigung der Wirklichkeit der Strafandrohung die Allgemeinheit von einer Straftatbegehung abzuschrecken.⁷² Darüber hinaus versucht man, die gerade erwähnten Theorien miteinander zu kombinieren und Vereinigungstheorien⁷³ zu bilden, um ihre jeweiligen Schwächen zu kompensieren.⁷⁴ Dabei lassen sich zwei Richtungen unterscheiden, je nachdem, ob das Vergeltungselement beibehalten wird: Die vergeltenden Vereinigungstheorien⁷⁵ und die präventiven Vereinigungstheorien.⁷⁶ Die Letzteren lehnen zwar jede Vergeltung ab, übernehmen aber das Schuldprinzip, das für die Vergeltungslehre nicht hinweggedacht werden kann, dennoch nicht zu dieser Lehre gehört. Damit wird eine Strafußfüßung ohne Schuld schlechthin verboten, während eine Schuld ohne Strafe wohl möglich ist, soweit die präventiven Zwecke sie zulassen.⁷⁷ Letztendlich soll die Strafverhängung einerseits sozialen Nutzen im Sinne der Prävention vor zukünftigen Straftaten mit sich bringen und andererseits absolute Schranken beachten, die eine Instrumentalisierung des Individuums aufgrund des Gesellschaftsinteresses untersagen.⁷⁸ Mit Rücksicht darauf, dass eine detaillierte Auseinandersetzung mit allen diesen Theorien den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wird hier einfach der präventiven Vereinigungstheorie von Roxin ge-

⁷⁰ Roxin, GA 2015, 185, 190.

⁷¹ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 11 ff.; ders., GA 2015, 185, 190; Hörnle, Straftheorien, S. 22 f.

⁷² Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 21 ff.; ders., GA 2015, 185, 190; Hörnle, Straftheorien, S. 26 ff.

⁷³ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 62; ders., JuS 1966, 377, 380 f., 387.

⁷⁴ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 8 f., 16 ff., 32.

⁷⁵ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 33 ff.

⁷⁶ Wie z.B. Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 37 f.; Greco, Lebendiges und Totes, S. 448, indem er die negative Generalprävention als einen positiven Strafußfüßungszweck und die Desozialisierung des Täters als einen negativen Zweck betrachtet, dessen Förderung oder Erreichung einen Grund dafür gibt, Strafe nicht zuzufügen.

⁷⁷ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 54; Greco, Lebendiges und Totes, S. 505 f.

⁷⁸ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 51 f.; Greco, Lebendiges und Totes, S. 252. Über den „Stellungwechsel“ des Schuldprinzips, durch den es aus einem Prinzip der Strafbegründung wie im Vergeltungsstrafrecht (also einer hinreichenden Bedingung der Strafe) in ein Prinzip der Begrenzung des durch den Präventionszweck begründeten Strafrechts (also in eine weitere notwendige Bedingung) verwandelt wird, s. Schünemann, FS Yamana, 501, 505.

folgt,⁷⁹ die für die breiteste vertretbare Kombination plädiert und der gemäß die Strafußfüßung auf der einen Seite die General- sowie Spezialprävention verwirklichen soll und auf der anderen Seite dem Schuldprinzip gerecht werden muss.⁸⁰ Damit kann die folgende Erörterung immer Gültigkeit beanspruchen, selbst wenn man nicht alle diese vier Präventionsarten, sondern nur eine oder zwei davon anerkennen will. In diesem Sinn ist das Strafverfahren erst legitim, wenn es die Prävention von zukünftigen Straftaten nach diesen vier Modalitäten fördern kann, ohne das Schuldprinzip zu verletzen.

Es ist nicht zu leugnen, dass sich in der Heranziehung der Straftheorien im Strafverfahren die Gefahr einer allein dienenden Rolle des Prozessrechts gegenüber dem materiellen Recht birgt. Dieser Gefahr ist dennoch zu begegnen, wenn man sich des echten Verhältnisses zwischen Strafe, Strafrecht und Strafverfahren bewusst ist: Sowohl das Strafrecht als auch das Strafverfahren dienen der legitimen Strafe, daher besteht zwischen den beiden keine Meister-Diener-Beziehung, stattdessen sind sie eigenständige und gleichberechtigte Partner zur Herstellung einer Wirkungseinheit „Staatliches Strafen“.⁸¹ Um den Besonderheiten des Strafverfahrens gerecht zu werden, sind aus der unspezifischen Zielbestimmung der Förderung der legitimen Strafe noch konkrete Zwischenziele herzuleiten, die der genauen Art und Weise, wie das Verfahren der legitimen Strafußfüßung dient, Rechnung tragen.⁸²

Neben der legitimen Strafverhängung bildet der Respekt vor Menschen den zweiten Ausgangspunkt der Rechtfertigungstheorie, der jeden Staat bindet, der durch Machtausübung im Namen der Menschen einen Legitimitätstitel erwerben will.⁸³ Eigentlich bedeutet dieser Respekt ein ausnahmsloses Verbot, Menschen zu instrumentalisieren.⁸⁴ Wird im Gegenteil ein Mensch nicht ernst genommen, sondern seiner Subjektqualität, die ihm um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt, beraubt und letztendlich zum bloßen Objekt des Staates herabgewürdigt,⁸⁵ wird er aus dem Kreis derjenigen, in deren Namen die Staatsmacht ausgeübt wird, exkludiert, was dazu führt, dass der Staat ihm gegenüber

⁷⁹ Kritik gegen die vergeltenden Vereinigungstheorien s. *Roxin*, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 33 ff.

⁸⁰ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 59.

⁸¹ *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 39 f.; *Weigend*, Deliktsoffer, S. 194 f.; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 203 ff.; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 187, 192 f.; *Geppert*, GS Schlüchter, 43, 44; *Hassemer*, Einführung, S. 116, 119.

⁸² Ähnlich *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 167.

⁸³ *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 129; *Donna*, FS Schünemann, 17, 23.

⁸⁴ *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 163.

⁸⁵ BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6; 30, 1, 26; 38, 105, 111; 45, 187, 228; 46, 202, 210; 50, 166, 175; 57, 250, 275; 63, 332, 337; 63, 380, 390; 65, 171, 174 f.; 72, 105, 116; 87, 209, 228; 96, 375, 399; 109, 279, 312 f.; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 190 ff., 269 ff., 275 ff.

keinen Legitimitätsanspruch hat.⁸⁶ Im Strafverfahren sucht dieser Respekt seine bedeutendste Bestätigung, wo es weh tut, wo das Individuum wegen der möglichen Verhängung der Strafe, die den härtesten staatlichen Eingriff in seine Freiheit darstellt, wegen der Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen, die das Risiko der Instrumentalisierung mit sich bringen, in eine nirgendwo noch größere Gefahr der Würdeverletzung gerät. Dieser Ausgangspunkt bedeutet nämlich mehr als die bloße Berufung auf den Text der Verfassung sowie die Rechtsprechung des BVerfG, im Gegenteil ist das Strafverfahrensrecht auf vorpositiv-rechtsphilosophische Grundlagen zurückzuführen.⁸⁷

In diesem Zusammenhang wird die Förderung der legitimen Strafzufügung als Ziel des Strafverfahrens betrachtet und das Instrumentalisierungsverbot als seine Schranke. Durch das Zusammenspiel des Zwecks und der Schranke wird das Strafverfahren gerechtfertigt.

III. Förderung der legitimen Strafzufügung als Ziel des Strafverfahrens

Von diesem unspezifischen Ziel lassen sich aufgrund des Zusammenspiels der Prävention von künftigen Straftaten und des Schuldprinzips zwei konkrete Aufgaben des Strafverfahrens herleiten:⁸⁸ Die Erforschung der materiellen Wahrheit und die schnellstmögliche Verfahrenserledigung.

1. Erforschung der materiellen Wahrheit

Die Aufgabe zur völligen Aufklärung des Sachverhalts folgt aus dem Gebot, die schuldentsprechende Strafe zu verhängen, was wiederum auf das Zusammenwirken von unterschiedlichen Gesichtspunkten der präventiven Vereinigungstheorie zurückzuführen ist. Für die Generalprävention, die lediglich die präventive Wirkung der Strafzufügung auf die Bevölkerung berücksichtigt, ist es von keiner Bedeutung, ob die Strafe der Schuld des Täters entsprechend verhängt wird. Es wird sogar als lohnend angesehen, den Schuldigen schwerer zu bestrafen, als er verdient, oder auch einen Unschuldigen zu bestrafen, wenn dadurch ein besserer Präventionseffekt erreicht werden kann.⁸⁹ Hinsichtlich der Spezialprävention ist die Lage komplexer: Auf der einen Seite richtet sich sowohl die Besserung als auch die Abschreckung sowie die Einsperrung gegen den Täter, und bei fehlerhafter Bestrafung eines Unschuldigen geht ihre Bedeutung verloren, auf der anderen Seite ist es hinnehmbar, den Schuldigen schwerer zu bestra-

⁸⁶ *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 168.

⁸⁷ *Kahlo*, KritV 1997, 183, 195, 199; *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 196 ff.

⁸⁸ Um der Eigenständigkeit des Strafverfahrens Rechnung zu tragen, s. *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 167; *Volk*, Prozeßvoraussetzungen, S. 201 f.

⁸⁹ *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 182.

fen, wenn dies dazu beitragen kann, dass er in der Zukunft Delikte vermeidet.⁹⁰ Im Gegensatz zur Präventionsperspektive verbietet das Schuldprinzip eine Strafzufigung ohne Schuld schlechthin, gleichgültig, wie viel sozialen Nutzen sie mit sich bringen kann, während ein Verzicht auf Bestrafung bei vorliegender Schuld problemlos akzeptiert wird. Vor diesem Hintergrund ist die Schuldfeststellung durch Wahrheitserforschung notwendig, die einerseits „Schuld ohne Strafe“ möglichst meiden und den konsequentialistischen Erwägungen Rechnung tragen soll und andererseits „Strafe ohne Schuld“ auf jeden Fall vermeiden und die deontologische Schranke beachten muss. Dabei lassen sich die zwei Seiten der Wahrheitsermittlung voneinander unterscheiden: Wenn sie sich zugunsten des Beschuldigten auswirkt, ist ein Verzicht darauf einfach unzulässig; falls sie Nachteile für den Beschuldigten bringt, kann sie von anderen Interessen überwogen werden.

Was ist dann der genaue Inhalt dieser Aufgabe? Vor allem ist die Findung der objektiven, absoluten Wahrheit auszuschließen, deren Unmöglichkeit wegen der Fehleranfälligkeit der menschlichen Wahrheitssuche offensichtlich ist.⁹¹ Als Fehlerquellen gelten zunächst die Prozessbeteiligten,⁹² insbesondere der Zeuge, der Beschuldigte und der Richter. Fehler in der Zeugenaussage gehören zu dem juristischen Alltag. Als dessen Ursache kommen nicht nur die begrenzte Wahrnehmungs-, Erinnerungs- sowie Ausdrucksfähigkeit des Zeugen infrage, sondern auch die fehlerhafte Vernehmungstechnik des Vernehmenden, d.h. des Polizisten und des Richters.⁹³ Dazu verdunkelt auch bewusste Falschaussage die Wahrheit.⁹⁴ Der Beschuldigte verzerrt auch bewusst und unbewusst den Sachverhalt. Auf der einen Seite hat er ein großes persönliches Interesse an dem Verfahrensausgang und ist sehr motiviert, sachverhaltsverfälschende Taktiken zu benutzen, auf der anderen Seite verhindern es der Mangel an sozialer Handlungskompetenz und die durch Strafverfahren herbeigeführte psychische Belastung, dass der Beschuldigte wahrheitsgemäß zur eigenen Entlastung beiträgt.⁹⁵ Menschliche Schwächen hat auch der Richter. Sein Vermögen der Wahrnehmung sowie Verarbeitung

⁹⁰ Vgl. *Stamp*, Wahrheit, S. 256.

⁹¹ *Hassemer*, Einführung, S. 148 f.; *Börner*, Legitimation, S. 115 ff.; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 207 ff.; *Schünemann*, FS Pfeiffer, 461, 474 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 177; *Peters*, Fehlerquellen.

⁹² *Peters*, Fehlerquellen, S. 5 ff., 38 ff., 49 ff., 241 ff.; *Börner*, Legitimation, S. 116 ff.

⁹³ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. B, Rn. 15 ff.; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 47 f.; *Börner*, Legitimation, S. 125 ff.; *Grüner*, Mißbrauch, S. 31 f.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 316 ff., 327; *Schünemann*, ARSP-Beiheft 22, 68, 72 f., 82; *Peters*, Fehlerquellen, S. 56 ff., 229.

⁹⁴ *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 48; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 328; *Börner*, Legitimation, S. 131 ff.; *Peters*, Fehlerquellen, S. 53 ff.

⁹⁵ *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 41 f.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 353 ff.; *Peters*, Fehlerquellen, S. 6 f., 26 ff., 29, 31 ff., 34; *Börner*, Legitimation, S. 140 f.

der Informationen ist begrenzt und wird in langen oder komplexen Verhandlungen stark auf die Probe gestellt.⁹⁶ Zusätzlich können sowohl die eigene Persönlichkeit, wie z.B. charakterliche Eigenschaften oder bestimmte Vorurteile, als auch die durch die Struktur des deutschen Strafverfahrens erzeugten psychologischen Einflüsse, wie z.B. kognitive Dissonanz, dazu führen, dass der Richter Beweise unzutreffend bewertet und den Sachverhalt falsch beurteilt.⁹⁷ Zu der Fehleranfälligkeit der Wahrheitssuche trägt auch die Unsicherheit des Sachverständigenbeweises sowie der sachlichen Beweismittel bei.⁹⁸ Als weitere Fehlerquelle kommt die Unvollständigkeit der tatsächlichen Grundlage der Sachverhaltsrekonstruktion in Betracht, oder genauer gesagt der beschränkte Umfang der Beweiserhebung im Strafverfahren.⁹⁹ Diese Fehlerquellen deuten klar auf die Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnisfähigkeit hin, mit der ein absolut sicheres Wissen nicht erreicht werden kann. Das schließt keineswegs aus, dass am Ende wahre Aussagen über das tatsächliche Geschehen getroffen werden. Man kann nur nicht mit Sicherheit erkennen, ob eigene Feststellungen wahr sind, sondern muss immer mit dem Risiko leben, dass es tatsächlich anders ist.¹⁰⁰ Daher bleibt menschenmöglich allein die Annäherung an die objektive Wahrheit durch Reduzierung dieser Unsicherheit.¹⁰¹ Diese Annäherung hat aber keine Grenze nach oben und übersteigt wieder die menschliche Fähigkeit, falls sie ins Extrem getrieben wird. Allgemein erkannt, führt es zur Aushebelung der Strafrechtspflege, wenn die Fällung des Urteils so einen hohen Grad an Sicherheit voraussetzen würde, dass der Richter jeden Zweifel, gleichgültig, ob vernünftig oder nicht, auszuschließen hätte, da als Folge der Richter nie eine Entscheidung treffen dürfte und das Strafverfahren ewig dauern müsste.¹⁰² Aus diesen Gründen wird im Strafverfahren weder das absolut sichere Wissen noch eine unendliche Annäherung daran verlangt,¹⁰³ um zu vermeiden, dass demjenigen, der um des Allgemeininteresses willen strafen wollte, notwendig unerfüllbare Lasten aufer-

⁹⁶ Perron, Beweisanzugsrecht, S. 49; Grüner, Mißbrauch, S. 31 f.; Schünemann, ARSP-Beiheft 22, 68, 76; Peters, Fehlerquellen, S. 229; Börner, Legitimation, S. 136 f.

⁹⁷ Perron, Beweisanzugsrecht, S. 49 f.; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 429 ff.; Börner, Legitimation, S. 117 ff.; Schünemann, GA 1978, 161, 170 ff.; ders., ARSP-Beiheft 22, 68, 76 ff.; ders., FS Pfeiffer, 461, 475 ff.; Peters, Fehlerquellen, S. 226 ff., 232 ff.

⁹⁸ Peters, Fehlerquellen, S. 117 ff., 186 ff.; Börner, Legitimation, S. 138 ff.; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 229 ff.

⁹⁹ Perron, Beweisanzugsrecht, S. 46 f.; Grüner, Mißbrauch, S. 31 f.; Peters, Fehlerquellen, S. 293 ff.

¹⁰⁰ Stamp, Wahrheit, S. 55.

¹⁰¹ Stamp, Wahrheit, S. 247; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 177; Gössel, Gutachten C zum 60. DJT, C 33; Schünemann, FS Fezer, 555, 559.

¹⁰² RGSt 61, 202, 206; RG JW 1929, 862 Nr. 21a; 1930, 761 Nr. 11; BGH StV 2002, 510, 511; 2011, 3; BGH NStZ 2009, 444; BGH NStZ-RR 2010, 205; 2008, 146; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 201 ff.

¹⁰³ Weßlau, StraFo 2007, 1, 3 ff.; Weigend, StV 2013, 424, 425 Fn. 6; Jahn, GA 2014, 588 ff.; Greco, GA 2016, 1, 11.

legt werden.¹⁰⁴ Stattdessen wird für das Gebot der Erforschung der materiellen Wahrheit schon genug getan, wenn eine rationale Methode zur zuverlässigen Wahrheitserforschung vorgeschrieben und praktiziert wird, die die erwähnten Fehlerquellen gezielt bekämpft und mit größtmöglicher Sicherheit besiegt.¹⁰⁵

Entsprechend wird heutzutage verlangt, dass die für das Urteil maßgebenden tatsächlichen Feststellungen von der vollen persönlichen Überzeugung des Richters von ihrer Richtigkeit getragen werden müssen, die wiederum aufgrund einer logischen, in sich schlüssigen und nachvollziehbaren Würdigung aller dafür und dagegen sprechenden Umstände gewonnen werden muss.¹⁰⁶ Diese richterliche Überzeugung hat sowohl eine subjektive als auch objektive Seite, nämlich das subjektive Fürwahrhalten eines Tatgeschehens durch den Richter und sein Bewusstsein von einer hohen objektiven Wahrscheinlichkeit dieses Vorgangs.¹⁰⁷ Dieses Bewusstsein erlangt der Richter nicht durch das Befolgen allgemeingültiger Regeln für die Bewertung der Wahrscheinlichkeit, welche auch gar nicht existieren, sondern mittels Durchführung einer erschöpfenden und nachvollziehbaren Beweiswürdigung,¹⁰⁸ die eine durch umfassende Beweiserhebung verschaffte tragfähige Grundlage hat¹⁰⁹ und die Denkgesetze, die gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie die vielfältigen Erfahrungssätze beachtet.¹¹⁰ Dabei werden die verschiedenen Wahrheitsbilder aller Prozessbeteiligten berücksichtigt, miteinander verglichen, an Denk- sowie Erfahrungsgesetzen gemessen und damit die Fehlerquellen, die durch die Beteiligten bewusst oder unbewusst verursacht sind, möglichst beseitigt.¹¹¹ Infolgedessen beinhaltet das richterliche Bewusstsein von einer hohen objektiven Wahrscheinlichkeit zwar unvermeidlich Subjektivität, weist aber gleichzeitig eine „intersubjektive Objektivität“¹¹² auf.¹¹³

¹⁰⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 184.

¹⁰⁵ Greco, Strafprozesstheorie, S. 184; Hassemer, Einführung, S. 147 f.; Albrecht, NSTZ 1983, 486, 487; vgl. Börner, Legitimation, S. 99 ff., 146 ff., 154; Weßlau, Konsensprinzip, S. 185 ff., 284.

¹⁰⁶ LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 1, 7; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 89, 91; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 392 f., 405 ff.; Walter, Freie Beweiswürdigung, S. 136 f.

¹⁰⁷ LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 7; Schmitt, Beweiswürdigung, S. 405 ff.; Fincke, GA 1973, 266, 269 ff.; ähnlich Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 25 f.; Peters, Gutachten C zum 52. DJT, C 48 f.

¹⁰⁸ LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 41 f.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 91.

¹⁰⁹ LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 42; Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 64, 113 f., 118 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 91; Fezer, FG BGH, 847, 857 ff.; Walter, Freie Beweiswürdigung, S. 136 f.; Rzepka, Fairness, S. 318; Albrecht, NSTZ 1983, 486, 488.

¹¹⁰ BGHSt 17, 385; LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 42 ff.; Peters, Gutachten C zum 52. DJT, C 48 ff.

¹¹¹ BVerfGE 57, 250, 279 f.; BVerfGE NSTZ 1997, 94; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 237 ff., 242 f.; Börner, Legitimation, S. 147 ff., 154; Schünemann, GA 1978, 161, 178.

¹¹² Jede menschliche Entscheidung ist subjektiv, daher kann eine Verobjektivierung nicht durch Objektivität, sondern nur durch Intersubjektivität ermöglicht werden, s. A. Schmidt, Beweiswürdigung, S. 148 ff.; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 237 ff.;

Während der Überzeugungsbildung wirken die beiden Seiten zusammen, indem sie einander ergänzen und korrigieren: Weder darf der Richter einen Geschehensverlauf als wahr betrachten, ohne dass er dessen hohe objektive Wahrscheinlichkeit erkennt,¹¹⁴ noch darf der Richter trotz dieser Erkenntnis, die beispielsweise auf zwingenden Erkenntnissen der Naturwissenschaften beruht, auf das Fürwahrhalten verzichten, nur weil er einen unvernünftigen Zweifel hat, für den jeder konkrete Anhaltspunkt fehlt.¹¹⁵ Hat der konkrete Richter umgekehrt einen rationalen, wenn auch nur leisen Zweifel, kann von einer bewussten hohen Wahrscheinlichkeit des Hergangs nicht die Rede sein, selbst wenn eine andere Person einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit bejahen würde.¹¹⁶ Gleichzeitig kann der Richter einen an sich objektiv möglichen Zweifel überwinden und einen Geschehensverlauf nicht nur als hochwahrscheinlich, sondern auch als wahr betrachten, auch wenn aus der Perspektive einer anderen Person dieser Zweifel nicht überwunden werden könnte und ein anderer Geschehensverlauf wahrscheinlicher erschiene.¹¹⁷ Die intersubjektive Gültigkeit des richterlichen Bewusstseins von einer hohen objektiven Wahrscheinlichkeit wirkt sich wegen der Verwicklung unterschiedlicher Elemente auf das Fürwahrhalten des Richters und endlich auf seine persönliche Überzeugung aus.¹¹⁸ Für jedes nach rationalen Kriterien die Wahrheit erforschende Subjekt ist nachvollziehbar, dass beim Vorliegen solcher persönlicher Gewissheit mit größtmöglicher Sicherheit anzunehmen ist, dass der festgestellte Sachverhalt der Wirklichkeit entspricht. Eine zuverlässigere Methode zur Wahrheitserforschung ist nirgendwo zu finden, und die Wahrheitsermittlung als Ziel des Strafprozesses verlangt auch nichts anderes.

Vor diesem Hintergrund bezweifeln manche, ob man weiter an der Erforschung der objektiven, materiellen Wahrheit festhalten sollte, die weder immer

Hamm/Pauly, Beweisanzugsrecht, Rn. 22; *Hassemer*, Einführung, S. 148 f.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, S. 284 f. Unterschied zwischen „objektiv“ und „sachlich“ s. *Schulenburg*, Verbot, S. 49 f.

¹¹³ Die Nachvollziehbarkeit der Erörterung über die Beweiswürdigung in den Urteilsgründen und die Hochwahrscheinlichkeit des vom Tatgericht für wahr gehaltenen Geschehens aus der Perspektive des Rechtsmittelgerichts sind keine geeigneten Maßstäbe dafür. Zunächst muss man zwischen der richterlichen Überzeugungsbildung an sich und den Urteilsgründen sowie zwischen einer nachvollziehbaren Beweiswürdigung und ihrer einleuchtenden Darlegung unterscheiden (*Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 32; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 507 f.). Darüber hinaus ist die Revisionsinstanz nicht in der Lage, die Wahrscheinlichkeit des konkreten Geschehensverlaufs zu beurteilen, da sie keine ausreichende Erkenntnisgrundlage hat (*SK-Verlen*, 5. Aufl., Vor § 261, Rn. 5, 8 ff., 12; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 488, 523 ff.).

¹¹⁴ BGH, Beschluss vom 08.11.1996 – 2 StR 534/96; BGH 2002, 235; 2014, 610.

¹¹⁵ BGHSt 5, 34; BGH StV 1997, 291; BGH, Urteil vom 29.04.1998 – 2 StR 65/98; OLG Koblenz, Urteil vom 18.05.1989 – 1 Ss 165/89.

¹¹⁶ BGH StV 1988, 190; NSTZ 1990, 402; BGHSt 10, 208; 58, 212.

¹¹⁷ BGHSt 10, 208; BGH GA 1954, 152; StV 2011, 412.

¹¹⁸ *Schatz*, Beweisanzugsrecht, S. 231 f.; *Herdegen*, Beweisanzugsrecht, S. 25 f.; *Wessels*, JuS 1969, 1, 6 f.

zu verwirklichen ist, noch mit allen Kräften angestrebt wird, und schlagen vor, stattdessen die Findung der prozessualen Wahrheit als das Zwischenziel des Strafprozesses zu betrachten.¹¹⁹ Im Vergleich zu der objektiven Wahrheit sei diese menschenmögliche Wahrheit „nicht (ontologische) Voraussetzung, sondern (semantische) Folge“ der richterlichen Überzeugung.¹²⁰ Diese Ansicht übersieht jedoch, dass eine Zielbestimmung weder dadurch falsifiziert wird, dass sie sich nicht mit endgültiger Gewissheit erreichen lässt,¹²¹ noch dadurch, dass sie in zu vermeidenden „pathologischen Ausnahmefällen“ nicht erfüllt wird.¹²² Im Gegensatz dazu spricht die Bewertung als Fehlurteil gerade für das Verfahrensziel der Erforschung der materiellen Wahrheit.¹²³ Als Argument ist ebenso ungeeignet, dass zur Erreichung dieses Ziels nicht alle zu Verfügung stehenden Mittel eingesetzt werden,¹²⁴ was bei der Existenz mehrerer Zwecke, die miteinander kollidieren, immer zu beobachten ist. Stattdessen muss diese Auffassung abgelehnt werden, da die in ihr verkörperte Flucht nach der formellen Wahrheit¹²⁵ mit der Grundlage des Strafverfahrens unvereinbar ist. Wie bereits erörtert steht das Strafverfahren in engem Zusammenhang mit der Strafe und lässt sich erst durch diese Verknüpfung rechtfertigen, deswegen hat es das Ziel der Förderung der legitimen Strafzufügung und das Zwischenziel der Wahrheitserforschung. In dieser Struktur hat die formelle Wahrheit keinen Platz, sie ist jeder Straftheorie fremd, hat mit der legitimen Strafverhängung nichts zu tun und kann dem Strafprozess keinen Rechtfertigungsgrund bieten. Wenn man sich für die prozessuale Wahrheit entscheidet und von dem Gebot zur Ermittlung des tatsächlichen Sachverhalts Abschied nimmt, verabschiedet man sich gleichzeitig von der Grundlage des Strafverfahrens sowie seiner Legitimation.¹²⁶ Ferner ist das Gebot zur Erforschung der objektiven Wahrheit auch aus praktischer Perspektive unverzichtbar, da es die Leitlinie sowie das Prüfungskriterium der richterlichen Sachverhaltsaufklärung liefert.¹²⁷ Diese Funktionen vermögen diejenigen formalen Prinzipien

¹¹⁹ *Paulus*, Abhandlungen, S. 112 ff., 124 f., 197 f., 273 f.; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 191; *Rzepka*, Fairness, S. 318; *Volk*, FS Salger, 411, 413 ff.; *Hassemer*, Einführung, S. 153; *ders.*, FS Volk, 207, 215; *Arzt*, FS Volk, 19, 32; *Grasnick*, 140 Jahre GA, 55, 66 ff.; *Kühne*, GA 2008, 361, 363; *Trüg*, StV 2010, 528, 531; *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624 f. Kritik dagegen s. *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 170 ff.

¹²⁰ *Paulus*, Abhandlungen, S. 118, 198, 273.

¹²¹ *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 175; *Stamp*, Wahrheit, S. 247; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 24; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, S. 164; *Albrecht*, NSTZ 1983, 486, 487; selbst *Hassemer*, FS Volk, 207, 215.

¹²² *Weigend*, Deliktsoffer, S. 191; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 208.

¹²³ *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 208.

¹²⁴ *Neumann*, FS Kaufmann, 73, 75; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 24.

¹²⁵ *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 171; *Willms*, FS Dreher, 137, 139.

¹²⁶ BVerfGE 57, 250, 275; *Stamp*, Wahrheit, S. 247; *Popp*, Fehlerkorrektur, S. 136; *Schünemann*, FS Fezer, 555, 559; *Hassemer*, FS Volk, 207, 215; *Gössel*, Gutachten C zum 60. DJT, C 33; *Börner*, Legitimation, S. 98 f.

¹²⁷ *Stamp*, Wahrheit, S. 247.

nicht zu leisten, die aus der prozessualen Wahrheit stammen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Ablehnung der formellen Wahrheit als das Zwischenziel des Strafprozesses nicht als die Leugnung der beschreibenden, erklärenden sowie vorheraussagenden Beiträge der Theorie der prozessualen Wahrheit in anderen Gebieten gedeutet werden darf.

2. Rascheste Verfahrensbeendigung

Vor der weiteren Untersuchung ist eine terminologische Frage zu klären: Hier wird auf den in der Rechtsprechung und der Literatur häufig verwendeten Begriff der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ verzichtet und stattdessen auf die zügigste Verfahrenserledigung abgestellt. Funktionstüchtigkeit beschreibt die Tauglichkeit der Mittel, bestimmte Zwecke effizient zu verfolgen, ihre konkrete Bedeutung hängt daher von den gegebenen Zielen ab.¹²⁸ Nach der herrschenden Meinung solle eine funktionstüchtige Strafrechtspflege dem unabweisbaren Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung, dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens zur Aufklärung schwerer Straftaten gerecht werden. Daher wird der Funktionstüchtigkeitstopos vor allen Dingen als das Gebot der effektiven Wahrheitserforschung verstanden.¹²⁹ Gelegentlich wird behauptet, dass diese Rechtsfigur auch der Verfahrensgerechtigkeit Rechnung tragen solle, um eine einseitige Betonung des Strafverfolgungsinteresses und die daraus folgende Gefahr für die Rechte des Individuums zu vermeiden.¹³⁰ Solche gegensatzaufhebende Begriffsbildung ist abzulehnen, wie die Erörterung zum Begriff des Rechtsfriedens zeigt. Wenn die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege heterogene Gesichtspunkte, d.h. Effizienz, Wahrheitsfindung sowie Verfahrensgerechtigkeit, aufnimmt, ohne die Kollision zwischen diesen tatsächlich zu überwinden, entwickelt sie sich zu einem Sammelsurium und schafft sich selbst ab.¹³¹ Im Gegensatz dazu hat die Figur der raschesten Verfahrensbeendigung einen klaren Inhalt und ist von anderen Erwägungen unabhängig, deswegen hebt sie sich begrifflich sauber sowohl von der Wahrheitsfindung als auch von der Verfahrensgerechtigkeit ab.

¹²⁸ Horvat, Missbrauchsverbot, S. 129, 131; Greco, Strafprozesstheorie, S. 227; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 192 f.; Rzepka, Fairness, S. 134, 264.

¹²⁹ BVerfGE 33, 367, 383; 34, 238, 248 f.; 38, 105, 118; 41, 246, 250; 46, 214, 222 f.; 51, 324, 343 f., 345 f.; Hassemer, StV 1982, 275; Abdallah, Problematik des Rechtsmißbrauchs, S. 149.

¹³⁰ BVerfG NJW 2001, 507, 508; Abdallah, Problematik des Rechtsmißbrauchs, S. 151; ter Veen, Beweisumfang, S. 228 f.; Piel, FS Widmaier, 429, 436; Rieß, StraFo 2000, 364, 368; Murmann, GA 2004, 65, 79; Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1177, 1269 f.; Hassemer, KritV 1990, 260, 266 f.

¹³¹ Weitere Kritik s. Greco, Strafprozesstheorie, S. 227 f.; Hassemer, StV 1982, 275, 276; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 190 f.

Dieses Zwischenziel folgt auch aus dem Zusammenspiel der Präventionsbedürfnisse und des Schuldüberschreitungsverbots. Die Kriminalprävention weist den Strafprozess an, die Zeitspanne zwischen der Tat und der Strafe möglichst zu reduzieren bzw. das Verfahren so schnell wie möglich zu Ende zu bringen.¹³² Die Generalprävention verlangt eine rasche Strafzufügung, denn je schneller die Tat bestraft wird, desto stärker ist die Abschreckungswirkung auf die Allgemeinheit und desto rechtstreuer ist die Bevölkerung. Falls zu viel Zeit vergeht, bis die Strafe zugefügt ist, und eine Verbindung zwischen der Tat und der Strafe folglich kaum mehr erkennbar ist, geht die präventive Auswirkung der Bestrafung eher verloren.¹³³ Die Lage ist nicht anders, wenn von der Spezialprävention die Rede ist. Je rascher die Strafe verhängt wird, desto erfolgreicher ist die Resozialisierung des Täters¹³⁴ und desto stärker wirkt sich die individuelle Abschreckung aus,¹³⁵ da dem Täter der Anlass für die Strafe noch frisch im Gedächtnis liegt, und er im positiven sowie negativen Sinne von der Bestrafung lernen kann. Außerdem erfolgt bei zügiger Bestrafung auch die Inhaftierung des Täters früher, sodass weitere Taten möglichst vermieden werden können. Das Schuldprinzip setzt der raschesten Verfahrenserledigung erst Grenzen, wenn sie Strafzufügung ohne Schuld zur Folge haben würde.

Wie die Anforderung an die Wahrheitsermittlung ist diese Aufgabe einzelfallbezogen¹³⁶ und bedeutet, dass jedes einzelnes Verfahren ohne unnötige Verzögerung so schnell wie möglich beendet werden soll.¹³⁷ Die Notwendigkeit ist an den Bedürfnissen der Kriminalprävention gemessen und gleichzeitig dem Schuldprinzip Rechnung tragend zu verstehen. Aus der Perspektive der Generalprävention ist es zwar in der Tat ohne Bedeutung, ob eine schuldangemessene Strafe verhängt wird oder ob die Strafe überhaupt den Schuldigen trifft, doch wird der Anschein, dass gerade der Schuldige bestraft ist, sowie die Verzöge-

¹³² Ein richtiges Urteil, das erst nach Jahren eines ermüdenden Prozesses ergeht, verfehlt den Zweck der Strafrechtspflege, s. Gollwitzer, FS Kleinknecht, 1985, 147, 150; auch *ter Veen*, Beweisumfang, S. 226; *Peters*, in: Strafprozeß und Reform, 82; *Wolfs-last*, NSTz 1990, 409, 413.

¹³³ *ter Veen*, Beweisumfang, S. 226; *Küng-Hofer*, Beschleunigung, S. 24 f., 27; *Born*, Wahrunterstellung, S. 100; *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 157; *Wolfs-last*, NSTz 1990, 409, 413; *Schroth*, NJW 1990, 29, 30; *Jescheck*, JZ 1970, 201, 204; *Eidam*, JZ 2009, 318, 320; *Hillenkamp*, JR 1975, 133, 134.

¹³⁴ *ter Veen*, Beweisumfang, S. 226; *Küng-Hofer*, Beschleunigung, S. 26 f.; *Born*, Wahrunterstellung, S. 100; *Wolfs-last*, NSTz 1990, 409, 413; *Schroth*, NJW 1990, 29, 30; *Jescheck*, JZ 1970, 201, 204; *Hillenkamp*, JR 1975, 133, 135.

¹³⁵ *ter Veen*, Beweisumfang, S. 226; *Beccaria*, Verbrechen und Strafen, S. 201 f.; *Hillenkamp*, JR 1975, 133, 135.

¹³⁶ Der Bezugspunkt der Ressourcenfrage ist die Gesamtheit aller Strafverfahren, was mit der individuellen Grundausrichtung des Strafverfahrens nicht vereinbar ist, s. *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 134; *Weßlau*, StraFo 2007, 1, 3. Dieses Problem taucht bei der Anforderung an schnellster Verfahrensbeendigung nicht auf.

¹³⁷ Vgl. *Fezer*, FS Widmaier, 177, 179.

rung, die diesen Schein erzeugt, immer noch benötigt. Im Vergleich dazu akzeptiert die Spezialprävention zwar eine Überschreitung der Schuldangemessenheit, hält aber immer an der Bestrafung des Schuldigen fest, sodass diejenige Verzögerung, die dem Auffinden des richtigen Täters dient, nicht als unnötig angesehen werden darf. Dem absoluten Schuldprinzip gemäß ist eine Verzögerung nicht entbehrlich, solange sie dazu beiträgt, Strafe ohne Schuld zu vermeiden. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass jede Prozessverzögerung, die der Feststellung des Schuldigen sowie der Verhinderung einer schuldüberschreitenden Strafe dient, nicht unnötig ist.

Entsprechend soll der Strafprozess durch den Gesetzgeber gestaltet und durch die Justiz geführt werden. Hinsichtlich der Verfahrensgestaltung ist nämlich jede entbehrliche Verfahrensphase oder Institution wegzulassen.¹³⁸ In der StPO findet man schnell Beispiele für solche Verfahrensvereinfachung.¹³⁹ Die mildeste Version erfolgt durch Verzicht auf Rechtsmittel, z. B. ist die Berufung gegen ein Urteil, das nicht vom AG gefällt wurde, nicht statthaft (§ 312 StPO).¹⁴⁰ An zweiter Stelle wird eine zügige Abwicklung der normalen Hauptverhandlung durch das Übergehen einiger Institutionen ermöglicht, wie z. B. die Verlesung von Protokollen statt der Vernehmung der Zeugen (§ 251 StPO). Darüber hinaus wird für einfache und weniger schwerwiegende Fälle eine beschleunigte Verfahrensart (§§ 417 ff. StPO) angeboten, bei der das Zwischen- sowie Hauptverfahren vereinfacht wird. Schließlich gibt es die Möglichkeit, in weniger schwerwiegenden Fällen¹⁴¹ ganz auf die Hauptverhandlung zu verzichten und die Strafe einfach durch Strafbefehl festzusetzen, wenn die vollständige Aufklärung oder Gründe der Prävention nicht dagegen sprechen (§§ 407 ff. StPO).¹⁴² Bezüglich der Verfahrensführung soll auch jede unnötige Verschleppung vermieden werden, gleichviel, ob sie durch die amtlichen oder die privaten Verfahrensbeteiligten verursacht ist.¹⁴³ Während die Prozessverschleppung erster Art hauptsächlich auf problematische Arbeitsmethoden und ungenügende Ressourcen zurückzuführen

¹³⁸ Gollwitzer, FS Kleinknecht, 147; Weßlau, StraFo 2007, 1, 3.

¹³⁹ ter Veen, Beweisumfang, S. 7.

¹⁴⁰ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 54 Rn. 3 ff.

¹⁴¹ Auch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr kann durch Strafbefehl verhängt werden, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, s. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., Vor § 407, Rn. 1.

¹⁴² Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 407, Rn. 9.

¹⁴³ Die heutige Diskussion über Beschleunigung fokussiert sich aber nur auf die Hauptverhandlung sowie die Beschränkung der Verfahrensrechte der Verteidigung und vernachlässigt justiziell bedingte Verfahrensverzögerungen. Beispielsweise wird ein Verfahrensrecht des Beschuldigten in der Hauptverhandlung mit dem Hinweis auf beschleunigt zu behandelnde Haftsachen beschränkt, dabei spielen plötzlich wenige Tage und Wochen eine Rolle, die bei der Ausschöpfung der Möglichkeiten der von §§ 120, 121 StPO eröffneten Zeiträume unbeachtlich gewesen sind, s. Börner, Legitimation, S. 208 ff.

ist¹⁴⁴ und nur durch Effektivierung der Strafrechtspflege sowie mehr Haushaltsmittel für die Justiz bekämpft werden kann, liegt der Grund für die Verschleppung zweiter Art in der Regel im Missbrauch der Verfahrensrechte, dessen Unterbindung wirksame Abwehrmöglichkeiten sowie ihren richtigen Einsatz voraussetzt.

Mit Rücksicht auf die begrenzten Fähigkeiten und Ressourcen der Menschen, die die wörtliche Erfüllung der genannten Erfordernisse sowie ihre unendliche Annäherung unmöglich machen, wird man dem Gebot der schnellsten Verfahrensbeendigung schon gerecht, wenn das Verfahren auf rationale Art und Weise gestaltet sowie geführt wird, sodass entbehrliche Verzögerungen mit größtmöglicher Sicherheit vermieden werden können. Wie die Erörterung über die Wahrheitsermittlung zeigt, schließt die Tatsache, dass die schnellstmögliche Verfahrenserledigung weder immer verwirklicht noch mit allen Kräften angestrebt wird, nicht aus, dass sie eine Aufgabe des Strafverfahrens bildet. Im Gegenteil lassen sich viele Institutionen in der StPO, wie z. B. diejenigen, die oben gerade genannt sind, nicht erklären, wenn man die rascheste Verfahrensbeendigung nicht als ein Zwischenziel des Strafprozesses anerkennt, das manchmal die Suche nach materieller Wahrheit zugunsten des Beschuldigten überwiegen kann.

Nachdem die konkreten Anforderungen der zügigsten Verfahrenserledigung geklärt sind, ist ihr Verhältnis zur Frage der Justiz-Ressourcen zu erörtern bzw. das nicht unübliche Missverständnis zu beseitigen, dass die Verfahrensbeschleunigung der Ressourcenersparung diene und daher der Ressourcenfrage untergeordnet sei.

Wie gesagt, ist die schnellste Verfahrensbeendigung wie die Wahrheitsermittlung aus dem Ziel des Strafverfahrens zur Unterstützung der legitimen Strazzufügung abgeleitet. Ursprünglich hat sie nämlich mit der Ressourcenfrage nichts zu tun. Die Beziehung zwischen den beiden entsteht erst aus der juristischen Praxis und entspricht dem Verhältnis zwischen Sachverhaltsaufklärung und Ressourcen der Justiz, wenn von dem Ressourceneinsatz die Rede ist, weil sowohl Wahrheitsermittlung als auch schnellste Verfahrensbeendigung die Erhöhung der Investitionen in Strafrechtspflege, z. B. durch Einstellung von mehr Juristen, oder aber die Verringerung der zu bearbeitenden Straftaten, z. B. durch Entkriminalisierung, verlangen.¹⁴⁵

Wenn man die Entscheidung über die Verteilung einer bestimmten Menge von Ressourcen zur Erledigung einer bestimmten Anzahl von Strafverfahren treffen

¹⁴⁴ I. Roxin, GA 2010, 425, 434; Börner, Legitimation, S. 195 f.; Küng-Hofer, Beschleunigung, S. 13 ff., 18 f.; Peters, in: Strafprozeß und Reform, 82, 89 ff.; Fezer, FS Widmaier, 177, 178 f.; Gössel, FS Fezer, 495, 498, 500; Krey/Windgätter, FS Achenbach, 233, 234 f., 249; Kühne, JZ 2010, 821, 822; Waßmer, ZStW 118 (2006), 159, 166.

¹⁴⁵ Börner, Legitimation, S. 196; Horvat, Missbrauchsverbot, 130, 135; ter Veen, Beweisumfang, S. 227; Küng-Hofer, Beschleunigung, S. 110 ff., 290 ff.; Frister, StV 1994, 445, 454.

muss, besteht zwischen diesen zwei Aufgaben keine Gemeinsamkeit mehr, sondern grundsätzlich lediglich die Konkurrenz um den Anteil an den begrenzten Ressourcen. Selbst innerhalb der jeweiligen Aufgabe lässt sich der Wettbewerb um Ressourcen zwischen konkreten Fällen beobachten, weil die Ressourcen nicht dafür ausreichen, die materielle Wahrheit in jedem Fall zu finden, und ein Verzicht auf Sachverhaltsaufklärung in manchen Fällen unvermeidbar ist, was auch für die rascheste Verfahrensbeendigung gilt.¹⁴⁶ Beispielsweise ist eine kommissarische Einvernahme eines Auslandszeugen an seinem Wohnort zeitaufwendig, im Vergleich dazu kann eine unmittelbare Vernehmung des Zeugen unter Ausnutzung einer internationalen Flugreise viel Zeit sparen, wenn man bereit ist, mehr dafür auszugeben.¹⁴⁷ Aber je mehr finanzielle Ressourcen ein einzelnes Verfahren verbraucht, desto weniger bleiben für die anderen Verfahren übrig, was ihre zügigste Erledigung verhindert.

Zur gleichen Zeit muss man dennoch berücksichtigen, dass die Aufgabe der schnellsten Verfahrenserledigung auch ressourcenschonend erfüllt werden kann, während das Streben nach Wahrheit immer personellen und finanziellen Aufwand voraussetzt, sodass nur bei einem Verzicht oder einer Reduzierung der Aufklärung eine Ressourcenersparung möglich ist. Den Verbindungspunkt zwischen zügigster Verfahrensbeendigung und geringstem Ressourcenverbrauch bildet die oben erwähnte Verfahrensvereinfachung, mit der die Konkurrenz um Ressourcen gemildert werden kann, ohne dieses Ziel des Strafverfahrens zu verfehlen. Sie ist für einen praktikierbaren Prozess nicht hinwegzudenken. Trotzdem darf die Verfahrensvereinfachung nicht bis zum Exzess getrieben werden, anderenfalls würde der Strafprozess abgeschafft. Außerdem soll man nicht vergessen, dass Verfahrensvereinfachung nur einen von mehreren Wegen zur schnellsten Verfahrensbeendigung darstellt. D.h. sie dient letztendlich nicht der Ressourcenschonung, sondern der Erreichung eines Ziels des Strafprozesses. Dazu können andere Wege zur Erfüllung dieser strafprozessualen Aufgabe, zwischen denen und der Ressourcenfrage eine Spannung besteht, nicht übersehen werden.

Zusammenfassend besteht zwischen der Anforderung an rascheste Verfahrensbeendigung und der Frage hinsichtlich der Ressourceneinsetzung sowie -verteilung keine theoretische Verbindung, sondern lediglich eine empirische und teilweise Überschneidung.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Man hat bei dem Umgang mit Bagatelldelinquenzen Ressourcen zu sparen, um schwere Straftaten besser und schneller zu verfolgen, s. *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 150, 153; *Rieß*, FS Schäfer, 155, 173; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 68 Rn. 2; *Peters*, in: Strafprozeß und Reform, 82, 91; *Wolfflast*, NStZ 1990, 409, 413 f.

¹⁴⁷ *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 153 f.

¹⁴⁸ Daher verzichtet diese Arbeit auf die Begriffe „Prozessökonomie“ sowie „Verfahrenswirtschaftlichkeit“, die ressourcenbezogen sind, und entscheidet sich für „die schnellste Verfahrenserledigung“.

IV. Instrumentalisierungsverbot als Schranke des Strafverfahrens

Das Instrumentalisierungsverbot entwickelt sich je nach der Situation zu unterschiedlichen konkreten Anforderungen für Unterlassungen oder Handlungen. Beim Strafprozess können sie als minimale Verfahrensgerechtigkeit bezeichnet werden. Im folgenden Teil wird die Frage, wann ein Mensch während des Strafverfahrens bloß als Sache behandelt wird, beantwortet und dadurch der genaue Inhalt dieser Minimalia geklärt.

In seinem Werk über Straftheorie entwickelt Greco ein zweistufiges Verständnis des Instrumentalisierungsverbots, das die Vorteile der zwei bestehenden extremen Positionen in sich vereine und ihre Nachteile vermeide.¹⁴⁹ Eine dieser vorhandenen Ansichten betritt den idealistischen Weg und begreift die Instrumentalisierung als den Widerspruch zu einem vernünftigen Willen, der nur das Richtige wollen kann. Ein so verstandenes Instrumentalisierungsverbot nimmt auf keine änderbaren Tatsachen der empirisch-sozialen Welt Bezug und kommt zu nicht-kontingenten Ergebnissen bzw. ausnahmslosen Verboten, während es gegenüber anderen Formeln zur Bestimmung des Richtigen keinen eigenständigen Gehalt aufweist, was letztendlich Raum für Manipulation eröffnet.¹⁵⁰ Im Gegensatz dazu betrachtet die empirische Auffassung jede Missachtung des Willens eines wirklichen Menschen als Instrumentalisierung. Diese Ansicht nimmt den empirischen Menschen hin, wie er ist. Jedoch gelingt sie notwendig zu einem Trilemma, das entweder zu einem Anarchismus, für den jeder willensbeugende Zwang unzulässig ist, oder zu einer Verwirkungslehre, bei der man die Anwendung des Instrumentalisierungsverbots begrenzt, oder zu einer Herabsetzung des Instrumentalisierungsverbots zu einer konsequentialistischen prima-facie geltenden Faustregel führt.¹⁵¹ „Um die Unbedingtheit einiger der auf selbiges zurückführbaren Verbote zu begründen, ohne doch die Perspektive des empirischen Menschen völlig außer Betracht lassen zu müssen“,¹⁵² bildet Greco eine Theorie mit zwei Stufen. Die erste Stufe sei das Instrumentalisierungsverbot im engeren bzw. eigentlichen Sinne, das die absolute Missachtung des Menschseins eines Menschen untersage. Um seinen konkreten Inhalt zu bestimmen, entwickelt Greco fünf Richtlinien. Nach den wichtigsten beiden müsste ein grundlegender Aspekt menschlicher Existenz betroffen werden und das fragliche Handeln mit der Anerkennung dieses Aspekts völlig unverträglich sein. Eine helfende und klärende Rolle spielten die weiteren drei Richtlinien, nämlich das Ernstnehmen der moralischen Emotionen, der Schriften und Gedanken der liberalen Tradition

¹⁴⁹ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 177, 191.

¹⁵⁰ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 169 ff.

¹⁵¹ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 172 ff.

¹⁵² Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 192.

sowie der Verbote selbst.¹⁵³ Das Instrumentalisierungsverbot im engeren Sinne weise eine deontologische Struktur auf und gehe daher allen anderen Erwägungen vor.¹⁵⁴ An zweiter Stelle befinde sich das Instrumentalisierungsverbot im weiteren bzw. uneigentlichen Sinne, demgemäß sei Widerspruch zu dem empirischen Willen des Betroffenen ausgeschlossen. Dieses Verbot sei jedoch nicht unbedingt, da dabei nicht-deontologische, insbesondere konsequentialistische Gesichtspunkte einbezogen würden. Folglich sei der Staat nicht verpflichtet, dem Willen des Individuums zu entsprechen, wenn ein überwiegendes Gegeninteresse vorliege, er habe nur die Pflicht, diesen empirischen Willen dadurch zu berücksichtigen, dass er den Willen zur Kenntnis nehme und seine Nichtbefolgung begründe.¹⁵⁵

Dennoch scheint es zweifelhaft, ob einer Kombination zwei je für sich untauglicher Kriterien über ein quantitatives Mehr hinaus eine kategorial neue Qualität zukommt. Wenn Greco an der Idee festhalten würde, Instrumentalisierung als Missachtung des vernünftigen Willens zu definieren, sollte das Instrumentalisierungsverbot im engeren Sinne immer noch die Schwächen der Entleerung und Manipulierbarkeit aufweisen, die nicht durch die empirische Betrachtungsweise vom Instrumentalisierungsverbot im weiteren Sinne kompensiert werden können, da die zwei auf verschiedenen Ebenen stehen und miteinander nicht kommunizieren. Stattdessen nimmt Greco einen neuen Weg und konzipiert fünf apriorische Richtlinien zur Bestimmung des Gehalts des absoluten Instrumentalisierungsverbots,¹⁵⁶ erst diese Bemühung rettet das Verbot vor seinen Mängeln. In der zweistufigen Theorie wird die empirische Auffassung über Instrumentalisierung tatsächlich aufgegeben, da das Instrumentalisierungsverbot im weiteren Sinne nur einen abwägungsfähigen Gesichtspunkt darstellt, der immer hinter vorwiegendem Gemeininteresse zurücktritt. Das ist auch unvermeidlich, denn in der Gesellschaft, wo der Wille des einen fast immer mit dem eines anderen in Widerstreit gerät, kann man die Übereinstimmung mit dem empirischen Willen der Einzelnen nicht für den alleinigen Maßstab der Richtigkeit einer Handlung erklären.¹⁵⁷ Man muss einen besseren Weg finden als das Abstellen auf den Willen, um den wirklichen Menschen im Auge zu behalten und zu beachten. Die Lösung ist in meinen Augen, den Willen des empirischen Einzelnen in dem Sinne zu berücksichtigen, dass man vor dem Treffen der Entscheidung seine Willensäußerung zulässt sowie zur Kenntnis nimmt, seinen Willen nicht willkürlich negiert, sondern sich damit auseinandersetzt und die Entscheidung überzeugend begründet. Das entspricht gerade Grecos idealistischem Verständnis der Instrumentali-

¹⁵³ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 178 f.

¹⁵⁴ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 191 f.

¹⁵⁵ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 191 f.

¹⁵⁶ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 178 f.

¹⁵⁷ Greco, *Lebendiges und Totes*, S. 174.

sierung, nach dem ein Mensch als ein willensbegabtes Wesen bloß als Sache behandelt wird, wenn sein Wille völlig negiert wird.¹⁵⁸ Daher ist das Berücksichtigungsgebot einerseits apriorisch und erweist sich als unbedingt, andererseits nimmt es jeden empirischen Menschen ernst und erwägt seinen Willen. Die Spannung zwischen dem idealistischen und dem empirischen Verständnis des Instrumentalisierungsverbots wird auf diese Art und Weise gelöst.

Zusammenfassend sollte das Instrumentalisierungsverbot idealistisch verstanden werden, dessen Inhalt je nach dem Rechtsbereich und der entsprechenden staatlichen Handlung sowie Unterlassung mit Hilfe der von Greco ausgearbeiteten Richtlinien zu bestimmen ist. Also diejenige staatliche Handlung sowie Unterlassung ist absolut verboten, die mit der Anerkennung eines grundlegenden Aspekts menschlicher Existenz völlig unverträglich ist¹⁵⁹ und dazu führt, dass das Individuum bereit ist, eher zu sterben, als damit zu leben.¹⁶⁰

Um welche konkreten Anforderungen es im Strafverfahren geht, kommt auf das diesbezügliche Handeln des Staates an. In einem Strafprozess ermittelt der Staat mit Hilfe der Zwangsmaßnahmen den Sachverhalt, stellt die Schuld des Beschuldigten fest und fügt auf dieser Grundlage die Strafe zu. Dadurch werden die Freiheit, sich zu bewegen, das Eigentum, die körperliche Unversehrtheit, die Privatsphäre sowie die Autonomie des Beschuldigten gefährdet.¹⁶¹ Der strafprozessuale Eingriff in die persönliche Freiheit sowie das Eigentum ist von Natur aus begrenzt¹⁶² und kann diesen grundlegenden Aspekten menschlicher Existenz auf keinen Fall in vollem Umfang zuwiderlaufen. Im Gegensatz dazu besteht diese Gefahr einer kompletten Negierung aber für die übrigen vitalen Faktoren. Es ist beispielsweise nicht unmöglich, dass wegen Folter ein bleibender schwerwiegender Schaden an der Gesundheit des Beschuldigten erwächst¹⁶³ oder sogar ein wichtiger Teil seines Körpers entfernt wird.¹⁶⁴ Dabei wird die körperliche Existenz des Beschuldigten in Gänze verachtet, was mit dem Respekt vor Menschen schlechthin unvereinbar ist. Folter auf solche Art und Weise muss aufgrund des Instrumentalisierungsverbots ausnahmslos untersagt werden.

Die Privatsphäre des Individuums stellt die unerlässliche Voraussetzung der Integrität seiner Persönlichkeit und seiner Würde dar,¹⁶⁵ weil er erst in diesem

¹⁵⁸ Greco, Lebendiges und Totes, S. 185 f.

¹⁵⁹ Greco, Lebendiges und Totes, S. 178 f.

¹⁶⁰ Greco, Lebendiges und Totes, S. 179.

¹⁶¹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 3.

¹⁶² Im Bereich des Strafrechts gibt es lebenslange Freiheitsstrafe sowie Konfiskation des gesamten Vermögens, die mit der persönlichen Freiheit sowie dem Eigentum völlig unvereinbar sind, s. Greco, Lebendiges und Totes, S. 187 ff.

¹⁶³ SK-Rogall, 4. Aufl., Vor § 133 ff., Rn. 78.

¹⁶⁴ Greco, Lebendiges und Totes, S. 185.

¹⁶⁵ Sachs-Murswiek/Rixen, Art. 2, Rn. 59 ff.

Bereich unbehelligt von äußeren Einflüssen seine individuelle personale Identität (im Vergleich zu anderen), sein Menschentum entfalten und wahren kann.¹⁶⁶ Diese Privatsphäre wird durch einen Eingriff in ihren Kern völlig zerstört, der die innere Gedanken- und Gefühlswelt sowie den Sexualbereich schützt und die höchste Dimension von Privatheit besitzt.¹⁶⁷ Beispielsweise geschieht es durch Verwendung der Tagebuchaufzeichnungen über eine sexuelle Beziehung für die Zwecke der Strafverfolgung.¹⁶⁸ Ebenso gefährlich ist eine Rundumüberwachung, die zeitlich und räumlich derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden können.¹⁶⁹ In solchen Fällen ist der Beschuldigte mit einem Insekt unter der Lupe gleichzusetzen, und er wird in seinem Menschsein grundlegend missachtet. Deswegen sind das Verbot des Eingriffs in den Kernbereich der Privatsphäre sowie das Verbot der Totalüberwachung auch Teil der Mindest-Verfahrensgerechtigkeit.

Ferner steht während des Strafprozesses die Autonomie des Beschuldigten vor der Gefahr einer fundamentalen Missachtung. Der Staat ist verpflichtet, Menschen ernst zu nehmen, das bedeutet wie gesagt jedoch nicht, dass er den Willen eines jeden Bürgers immer befolgen muss, sondern dass er die Eigenschaft der Menschen als eines willensbegabten Wesens¹⁷⁰ und die Tatsache, dass die Bürger überhaupt einen Willen haben, respektieren muss.¹⁷¹ Wenn der Wille des Einzelnen zu einer völlig irrelevanten Größe herabschrumpft, kann von der Ernstnahme eines Menschen als Menschen nicht mehr gesprochen werden.¹⁷² Solche Fälle liegen zunächst bei der Folter¹⁷³ vor. Nicht nur diejenige Folter, die die körperliche Existenz des Beschuldigten komplett missachtet, verstößt gegen das Instrumentalisierungsverbot, sondern auch die Folter als solche, die eine Ausübung der vollständigsten Herrschaft über einen Menschen darstellt.¹⁷⁴ Der Folterer nutzt die biologische Abhängigkeit des Willens vom Körper aus und erreicht die Bezwungung des Willens des Gefolterten über den Umweg einer Sichbemächtigung über seinen Körper.¹⁷⁵ Folglich wird der Wille des Gefolterten zum Sklaven der vom eigenen Körper kommenden Motive, die ihrerseits auf den vom Willen des Folterers gesetzten Reizen beruht.¹⁷⁶ Durch Folter wird in die Willensbildung des

¹⁶⁶ BVerfGE 27, 1, 6; 34, 269, 282; 90, 255, 260; 101, 361, 382 f.; Sachs-Murswiek/Rixen, Art. 2, Rn. 69.

¹⁶⁷ BVerfGE 101, 361, 382; 109, 279, 313.

¹⁶⁸ BGHSt 19, 325.

¹⁶⁹ BVerfGE 109, 279, 323.

¹⁷⁰ Greco, Lebendiges und Totes, S. 185.

¹⁷¹ Greco, GA 2007, 628, 636 f.

¹⁷² Greco, Strafprozesstheorie, S. 185 f.

¹⁷³ Greco, FS Schünemann, 69 ff.

¹⁷⁴ Greco, GA 2007, 628 Fn. 2.

¹⁷⁵ Greco, FS Schünemann, 69, 75.

¹⁷⁶ Greco, FS Schünemann, 69, 76.

Opfers so gravierend eingegriffen, dass es gar keine eigene Entscheidung treffen kann, was die Eigenschaft des Menschen, einen Willen zu haben, völlig vernichtet.¹⁷⁷ Neben der Folter gehört zu dieser Kategorie auch unmenschliche oder erniedrigende Behandlung,¹⁷⁸ die ohne Umweg durch den Körper die seelische Beeinträchtigung herbeiführt und damit die Willensentschlussfreiheit des Beschuldigten zerstört. Beispielsweise kann man Phobien ausnutzen und einen Menschen, der Angst vor Tauben hat, in einen Schrank einsperren, der von diesen Tieren überquillt.¹⁷⁹ Folter und solche unmenschliche oder erniedrigende Behandlung müssen um der mindesten Verfahrensgerechtigkeit willen absolut verboten werden.¹⁸⁰

Alle diese aufgezählten Verbote benötigen Schutzvorkehrungen, zu denen vor allem das Beweisverwertungsverbot zählt.

Wenn der Staat sich über die Autonomie des Bürgers nicht völlig hinwegsetzt, sondern seinem menschlichen Dasein, d.h. dem Dasein von Subjektivität, den geringsten Respekt schenkt,¹⁸¹ dann darf das Strafverfahren nicht nackte Gewalt sein, unter der der Beschuldigte nur leidet, stattdessen muss der Beschuldigte als Prozesssubjekt behandelt und während des ganzen Verfahrens mit ihm kommuniziert werden.¹⁸² Infolgedessen ist der Staat verpflichtet, die unerlässlichen Voraussetzungen einer Kommunikation zu gewährleisten. Dazu zählt vor allem das Recht auf rechtliches Gehör,¹⁸³ das „prozessuale Urrecht“.¹⁸⁴ Demgemäß ist dem Beschuldigten gestattet, zum gesamten Verfahrensstoff in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht Stellung zu nehmen, und nur das, zu dem der Beschuldigte sich äußern konnte, darf das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legen.¹⁸⁵ Diese Ausführungen des Beschuldigten muss das Gericht weiterhin aufnehmen und bei der Entscheidung in Erwägung ziehen, was zu einer Begründungspflicht führt, da es sich nur anhand der Gründe beurteilen lässt, ob das Vorbringen tat-

¹⁷⁷ Greco, GA 2007, 628, 636 f.

¹⁷⁸ LR-Esser, 26. Aufl., Art. 3 EMRK, Rn. 64 ff.

¹⁷⁹ Greco, FS Schünemann, 69, 80.

¹⁸⁰ Ein absolutes Verbot für Folter im Strafverfahren zur Abnötigung von Geständnissen ist unbedenklich, während die herrschende Lehre ein solches Verbot für Rettungsfolter nicht bejahen will, s. Greco, GA 2007, 628, 630 ff.; Schünemann, GA 2007, 644, 647; a.M. Greco, GA 2007, 628; Börner, Legitimation, S. 166 ff.

¹⁸¹ Donna, FS Schünemann, 17, 18; Kahlo, KritV 1997, 183, 199.

¹⁸² Greco, Strafprozesstheorie, S. 253; Rüping, Grundsatz, S. 126, 133.

¹⁸³ Man hat zwischen dem Recht auf rechtliches Gehör und dem *fair-trial*-Prinzip zu unterscheiden, durch das Letztere wird kaum eine unverfügbare Position gewährleistet, s. Greco, Strafprozesstheorie, S. 228 f.; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. I, Rn. 103 ff.

¹⁸⁴ BVerfGE 107, 395, 408; Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 2; Krehl, FS Hassemer, 1055.

¹⁸⁵ BVerfGE 57, 257, 288; 101, 106, 129; 109, 279, 370; Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 11 ff.; Krehl, FS Hassemer, 1055, 1062 ff.; Rüping, Grundsatz, S. 177.

sächlich berücksichtigt worden ist. Ohne diesen Kontrollmechanismus kann das Äußerungsrecht des Beschuldigten auf eine reine Formalität reduziert werden.¹⁸⁶ Ferner muss dem Beschuldigten der Zugang zu verfahrensrelevanten Informationen geschaffen werden, um einen Leerlauf seines Äußerungsrechts zu vermeiden, weil er ohne hinreichende Kenntnisse seine Meinung nicht zu bilden und zu äußern vermag.¹⁸⁷ Daher bedeutet das Recht auf rechtliches Gehör das Recht auf Information, Äußerung sowie Berücksichtigung,¹⁸⁸ erst durch diesen Komplex wird gewährleistet, dass der Beschuldigte auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen kann und sein Status als Prozesssubjekt beachtet wird.

Aus diesem prozessualen Unrecht können mehrere spezielle Rechte des Beschuldigten abgeleitet werden, wie z. B. das Recht auf Mitwirkung eines Verteidigers. Diese hergeleiteten Rechte flankieren hinwiederum das Recht auf rechtliches Gehör. Was das rechtliche Gehör grob fordert, wird durch diese Rechte konkretisiert sowie entwickelt, sie bieten also in der Regel ein höheres Schutzniveau an als das prozessuale Unrecht, das für eine Kommunikation nicht mehr konstitutiv, sondern nur mehr oder weniger repräsentativ ist.¹⁸⁹ Der Grund dafür liegt darin, dass neben deontologischen Gesichtspunkten auch nicht-deontologische Erwägungen zur Grundlage dieser Rechte zählen, was zu einem Verlust der Absolutheit führt. Obwohl die flankierenden Rechte keine unüberwindbaren Schranken der staatlichen Unterlassung darstellen und reduzierbar sind, darf der Staat sie nicht in solchem Maß verkürzen, dass auch das dahinter stehende Recht auf rechtliches Gehör verletzt wird.

Soll der Strafprozess Kommunikation verkörpern, kann man den Beschuldigten nicht zur selbstbelastenden Aussage zwingen,¹⁹⁰ weil es keine Kommunikation mehr gibt, wenn eine Seite das Ergebnis der sogenannten Kommunikation vorbestimmt und der anderen aufzwingt.¹⁹¹ In diesem Punkt unterscheidet sich der Zwang zur Selbstbezeichnung von den anderen Formen der Erzwingung der aktiven Mitwirkung an der eigenen Belastung, wie z. B. Zwang zur Herausgabe von Beweismaterial, sowie von der auf Selbstüberführung abzielenden Täu-

¹⁸⁶ BVerfGE 54, 86, 91 f.; 71, 122, 135; 81, 97, 106; LR-Esser, 26. Aufl., Art. 6 EMRK, Rn. 231; Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 11, 40; Krehl, FS Hassemer, 1055, 1065 ff., 1068 ff.; Rüping, Grundsatz, S. 178 ff.

¹⁸⁷ Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 11, 16; Krehl, FS Hassemer, 1055, 1057 ff.; Rüping, Grundsatz, S. 169 ff.

¹⁸⁸ Sachs-Degenhart, Art. 103, Rn. 11; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. I, Rn. 75; Krehl, FS Hassemer, 1055, 1057.

¹⁸⁹ Kahlo, KritV 1997, 183, 201.

¹⁹⁰ Der historisch gewachsene Minimalgehalt von dem „*nemo tenetur*“-Prinzip ist der Verbot, dem Beschuldigten im Strafverfahren durch den Einsatz von Zwangsmitteln eine selbstbelastende Aussage abzunötigen, s. Lesch, ZStW 111 (1999), 624, 625; Verrel, NStZ 1997, 361, 364; ders., NStZ 1997, 415 f.; Bosch, *nemo tenetur*, S. 98 ff.

¹⁹¹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 256 f.

sung, die zwar die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigt, aber ihm nicht auferlegt, was er sagen soll.¹⁹² Aus demselben Grund unterscheidet sich die Selbstbelastungsfreiheit von dem Schweigerecht, das staatlichen Druck zum Schweigebruch unterbindet, gleichviel, ob er auf eine selbstbelastende Aussage abzielt oder nicht. Dennoch stehen sich die beiden Rechte ganz nahe,¹⁹³ und der aus dem Instrumentalisierungsverbot stammende, ausnahmslose *nemo tenetur*-Grundsatz wird durch das nicht absolute Schweigerecht flankiert. Es ist nicht total verboten, bei der Beweiswürdigung aus dem Schweigen des Beschuldigten negative Schlüsse zu ziehen. Dass ein Strafverfahren auch Kommunikation sein soll, bedeutet jedoch nicht, dass es wie Kommunikation im Alltag ist und sein darf.¹⁹⁴ Wenn der Beschuldigte nicht auswählen kann, ob er sich an dem Strafprozess beteiligt, ist es auch nicht erstaunlich, dass er nicht frei darüber entscheiden kann, wie er sich inzwischen verhält. Wie das Recht auf rechtliches Gehör ist die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten nicht mit den oben genannten Rechten sowie anderen konkreten Verfahrensbefugnissen, wie z. B. dem Recht auf Belehrung, gleichzusetzen, sie wird aber durch diese speziellen Rechte flankiert. Während das Recht auf rechtliches Gehör die minimale aktive Mitwirkungsmöglichkeit des Beschuldigten sichert, garantiert der *nemo tenetur*-Grundsatz seine fundamentale passive Freiheit. Sie stellen zwei Säulen der Kommunikation während des Strafprozesses dar.¹⁹⁵

Allein die Rechte des Beschuldigten zu konstituieren, ist nicht genügend, um die Kommunikation mit ihm zu sichern, vielmehr muss der Staat das Strafverfahren auf solche Art und Weise ausgestalten, dass die Beschuldigtenrechte keinem systematischen Widerstand begegnen, sondern in einer kommunikationsfreundlichen Atmosphäre wirken können. Erstens sollte die Struktur des Verfahrens der Wahrnehmung der Beschuldigtenrechte Raum geben. Vor allem müssen sich die verschiedenen Rollen im Verfahren, d.h. die des Richters, Staatsanwalts und Verteidigers, voneinander trennen, denn wegen Betroffenheit sowie Befangenheit berücksichtigt ein allzuständiger Inquirent kaum den Gesichtspunkt des Beschuldigten, und der Zwang zur Selbstbezeichnung ist aus demselben Grund schwer zu vermeiden. Darüber hinaus ist die Unschuldsvermutung erforderlich, die eine notwendige Bedingung der ergebnisoffenen Kommunikation im Strafverfahren sowie der effektiven Ausübung der Beschuldigtenrechte ist.¹⁹⁶ Zweitens sollten

¹⁹² SK-Rogall, 4. Aufl., Vor § 133 ff., Rn. 137.

¹⁹³ LR-Esser, 26. Aufl., Art. 6 EMRK, Rn. 879.

¹⁹⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 259; vgl. SK-Rogall, 4. Aufl., Vor § 133 ff., Rn. 64; Hassemer, Einführung, S. 124 f., 134 f.; Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1177, 1261; Radtke, FS Schreiber, 375, 380 ff.

¹⁹⁵ Das Selbstbelastungsverbot ist unerlässlich, um eine Aushöhlung des Rechts auf rechtliches Gehör zu vermeiden, da die durch Zwang erlangte Selbstüberführung des Beschuldigten seine Verteidigung total entkräften kann, s. Bosch, *nemo tenetur*, S. 103.

¹⁹⁶ BVerfG NJW 2008, 3346; LR-Esser, 26. Aufl., Art. 6 EMRK, Rn. 445, 448, 489 f.; SK-Rogall, 4. Aufl., Vor § 133 ff., Rn. 75.

die den Staat verkörpernden Prozessbeteiligten in dem kommunikationsfördernden Sinn bestimmt werden. Nicht nur sollten sie verpflichtet sein, durch ihre Prozesshandlung die Rechtsstellung des Beschuldigten als eines Prozesssubjekts zu respektieren, sondern es ist auch erforderlich, dass sie durch das Prozessrecht ihrerseits nach Praxisgrundsätzen der Subjektivität sowie der Kommunikation ausgerichtet sind.¹⁹⁷ Beispielsweise muss der Richter unbefangen sowie unabhängig und ausschließlich dem Gesetz unterworfen sein.¹⁹⁸ Aus solchen Maximen der Verfahrensgestaltung lassen sich wieder viele konkrete Anforderungen ableiten.

An dieser Stelle kann man den Schluss ziehen, dass es im Strafprozess zwei Arten von Verfahrensgerechtigkeit gibt. Die minimale Verfahrensgerechtigkeit¹⁹⁹ lässt sich aus dem Instrumentalisierungsverbot herleiten und hat aufgrund ihrer Apriorizität einen Anspruch auf Unbedingtheit, sodass sie die unüberwindbaren Schranken der staatlichen Handlung sowie Unterlassung bildet, während ihre flankierenden Institute die Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne bilden, die nicht apriorisch notwendig aus dem Instrumentalisierungsverbot stammen, sondern empirische kontingente Elemente enthalten, was dazu führt, dass sie einer Abwägung zugänglich sind und hinter überwiegendem Gemeinwohl zurücktreten können.²⁰⁰ Als Beispiel für die Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne ist die Idee der Verfahrensbalance zu nennen, die mit Rücksicht auf das Machtgefälle zwischen der Verteidigung und den Staat vertretenden Prozessbeteiligten verlangt, durch die Einschränkung der amtlichen Beteiligten einerseits und die Verstärkung bis zur Besserstellung der Verteidigung andererseits diese Ungleichheit zu kompensieren. So bekommt der Beschuldigte nicht nur formell, sondern auch materiell gesehen ausreichend Gelegenheit, die Belastungsbeweise kritisch zu analysieren und zu kontern. Diese Idee findet ihren Ausdruck z.B. in der einseitigen Einsicht in Ermittlungsakten durch die Verteidigung und ihrer Befugnis, mittels eines Beweisantrags ungeachtet der Ansicht des Gerichts eine Beweis-erhebung zu erzwingen.²⁰¹

Die Beziehung zwischen dem Unverzichtbaren und dem Verzichtbaren ähnelt der Struktur eines Spiegeleis: Erstens wird das Eigelb (die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit) berührt, wenn der Staat zu tief in das Eiweiß (die Verfahrens-

¹⁹⁷ Kahlo, KritV 1997, 183, 206.

¹⁹⁸ Kahlo, KritV 1997, 183, 209.

¹⁹⁹ Der gerade aufgelistete Inhalt der minimalen Verfahrensgerechtigkeit ist nicht abschließend, aus Platzgründen wird hier auch auf eine detaillierte Erörterung verzichtet.

²⁰⁰ Ähnlich Börner, Legitimation, S. 165; Gollwitzer, FS Kleinknecht, 147, 159 ff.; Rieß, JR 2006, 269, 271.

²⁰¹ Schünemann, ZIS 2009, 484, 485 Fn. 7; ders., ZStW 119 (2007), 945 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 10 Rn. 5, § 11 Rn. 7, § 39, Rn. 35 f., § 45 Rn. 6, 41, § 69 Rn. 3 ff.; zustimmend Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., Einl., Rn. 88; Fezer, FG BGH, 847, 876 f.

gerechtigkeit im weiteren Sinne) eingreift; zweitens besteht umso weniger Raum für eine Abwägung, je näher das Verzichtbare dem Unverzichtbaren steht. Eine die Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne betreffende Abwägung hat immer die Grenze der minimalen Verfahrensgerechtigkeit zu beachten, innerhalb dieser Grenze wird die Abwägung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die verschiedenen Rechtskulturen geleitet.

1. Exkursion

Interessant ist die Frage, welche Rolle das Interesse des Beschuldigten bei der Verfahrensgerechtigkeit spielt.

Bei der strafprozessualen Diskussion kommt dem bloßen Interesse des Individuums erst aus diesem Grund eine Bedeutung zu, dass es ein probates Mittel dafür darstellt, seinen Willen zu erkennen.²⁰² Aber wie die Erörterung der menschlichen Autonomie zeigt, muss der Wille nicht immer beachtet werden, wenn mehr als nur ein Mensch und daher mehr als nur ein Wille auf dem Spiel steht.²⁰³ Anderenfalls sollte es gar kein Strafverfahren geben, da der Beschuldigte überhaupt nicht in den Strafprozess verwickelt sein will. Wenn umgekehrt die Strafverfolgung tatsächlich erlaubt ist und man trotzdem auf das Interesse bzw. den Willen abstellen würde, gelangt man endlich zu der Kehrseite: Solange der Beschuldigte seine Inanspruchnahme durch das Verfahren akzeptieren muss, wäre es logisch zu vermuten, dass auch während des Strafprozesses aufgrund der gegenläufigen Belange der Allgemeinheit sein Interesse sowie sein Wille ignoriert werden sollten.²⁰⁴ Wenn von dem berechtigten Interesse des Beschuldigten die Rede ist, das auch vor dem überwiegenden gesellschaftlichen Interesse nicht zurückweicht, kann der Grund dafür nicht im Interesse oder Willen, sondern in dem Respekt liegen.²⁰⁵ Daher ist das Interesse bzw. der Wille des Beschuldigten für die Verfahrensgerechtigkeit im engeren Sinne von keiner Bedeutung, während dieses Interesse bzw. dieser Wille bei Abwägung hinsichtlich der Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne einen von mehreren Aspekten bildet.

Bei der Berücksichtigung des Interesses des Beschuldigten ist dennoch zu beachten, dass das Interesse des Einzelnen nicht immer den Kompass für seinen Willen darstellt. Es ist wohl möglich, dass man sogar dasjenige will, was dem eigenen Interesse widerspricht; das ist Teil seiner Autonomie.²⁰⁶ Wenn man sich auf das Interesse des Beschuldigten beruft, ohne ihn zu fragen, ob er hiermit ein-

²⁰² Greco, Strafprozesstheorie, S. 215.

²⁰³ Greco, Strafprozesstheorie, S. 216 Fn. 770; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. B, Rn. 45.

²⁰⁴ Greco, Strafprozesstheorie, S. 357.

²⁰⁵ Ähnlich Börner, Legitimation, S. 164.

²⁰⁶ Greco, Strafprozesstheorie, S. 213.

verstanden ist, oder sogar im Namen seines „wahren“ Interesses seinen kundgegebenen entgegenstehenden Willen missachtet, „spricht man ihm das Recht ab, Herr und nicht bloßer Sklave seiner Interessen zu sein.“²⁰⁷ Unter dieser Paternalisierung²⁰⁸ verbirgt sich die Missachtung der menschlichen Autonomie, die seiner Instrumentalisierung nahesteht.

Eine andere Gefahr besteht darin, dass sich diese menschenfreundlich klingende Rhetorik in der Praxis zu ihrer Kehrseite wendet, denn gerade im Namen des Interesses des Beschuldigten werden seine Rechte beschnitten und seine Position geschwächt.²⁰⁹ Ein klares Beispiel dafür bietet das Beschleunigungsgebot. Diesem Gebot, das ursprünglich den Beschuldigten vor vermeidbaren Verfahrensverzögerungen, die den Justizbehörden anzulasten sind, schützen sollte,²¹⁰ kommt in jüngerer Zeit neue Bedeutung zu, indem auch das öffentliche Interesse an einem zügigen Verfahren berücksichtigt werden soll.²¹¹ Während der individualbezogene Aspekt dieses Gebots langsam an Bedeutung verliert, gewinnt der gesellschaftsbezogene Gesichtspunkt immer mehr an Gewicht und dient als Argument für eine Einschränkung der Beschuldigtenrechte.²¹² Trotz dieses Wandels wird das Beschleunigungsgebot weiterhin mit der Berufung auf Belange des Individuums gerechtfertigt.²¹³

Aus diesen Gründen ist gewisse Vorsicht geboten, wenn man das Interesse des Beschuldigten im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne berücksichtigt.

²⁰⁷ Greco, Strafprozesstheorie, S. 209, 212 f.; vgl. Börner, Legitimation, S. 212.

²⁰⁸ Begriff aus Greco, Strafprozesstheorie, S. 209, 213; auch Börner, Legitimation, S. 212.

²⁰⁹ Greco, Strafprozesstheorie, S. 213 ff.

²¹⁰ LR-Esser, 26. Aufl., Art. 5 EMRK, Rn. 281 f.; ders., 26. Aufl., Art. 6 EMRK, Rn. 309 f., 316; Pfeiffer, FS Baumann, 329, 336 ff., 438 f.; Piel, FS Widmaier, 429, 430 ff.; I. Roxin, GA 2010, 425.

²¹¹ BVerfG NStZ 2006, 680, 681; BVerfG NJW 2010, 592, 593; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 202; Horvat, Missbrauchsverbot, S. 138; I. Roxin, GA 2010, 425, 434; Kühne, JZ 2010, 821.

²¹² Horvat, Missbrauchsverbot, S. 141; Börner, Legitimation, S. 212 f.; I. Roxin, GA 2010, 425, 426, 432 ff.; Kempf, StraFo 2010, 316, 321; Fezer, FS Widmaier, 177, 180 ff., 183 ff.; Piel, FS Widmaier, 429, 437, 439 ff.

²¹³ BGHSt 51, 333, 343 f.; Kudlich, Gutachten C zum 68. DJT, C 12 ff.; Börner, Legitimation, S. 212, 217; Greco, Strafprozesstheorie, S. 215 Fn. 768; Tepperwien, NStZ 2009, 1, 5; Wöhlens, NJW 2010, 2470 f.; Kühne, JZ 2010, 821 f.; I. Roxin, GA 2010, 425, 430. Da in der vorliegenden Arbeit zügigste Verfahrenserledigung als Verfahrensziel angesehen wird, besteht die Möglichkeit, auf der einen Seite den Gesichtspunkt, der sich auf das öffentliche Interesse bezieht und den man neuerdings in das Beschleunigungsgebot hineinlegt, diesem Ziel zuzuordnen und auf der anderen Seite zu dem originalen Inhalt dieses Gebots, d.h. dem Schutz des Beschuldigten, zurückzukehren. Darauf wird aber nicht näher eingegangen, weil es den Rahmen dieser Arbeit sprengt.

V. Zusammenspiel der Ziele und Schranken

Nach der detaillierten Erörterung der einzelnen Verfahrensziele sowie -schränken ist hier der richtige Ort, ihre genaue Beziehung zu erklären.

Nach dem zweigleisigen Rechtfertigungsmodell bilden die Förderung der legitimen Strafzufügung das Ziel des Strafverfahrens, die Wahrheitsermittlung sowie die zügigste Verfahrenserledigung zwei Zwischenziele und das Instrumentalisierungsverbot bzw. die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit die Schranke.

Die zwei Zwischenziele stehen zwar manchmal im Einklang miteinander, wenn eine schnelle Sachverhaltsaufklärung die Findung der Wahrheit fördert und auch von der Letzteren verlangt wird, vor allem, weil Beweismittel durch längeren Zeitablauf an Erkenntniswert verlieren würden,²¹⁴ in den meisten Fällen bewegen sie sich aber in unterschiedliche Richtungen. Obwohl im Idealfall das Strafverfahren den beiden Anforderungen gleichzeitig völlig genügen soll, ist dies in Wirklichkeit wegen begrenzter Ressourcen der Justiz unmöglich. Man muss die Entscheidung treffen, welche Aufgabe mit wie viel Ressourcen in welchem Umfang erfüllt wird. Dadurch entsteht ein empirischer Konflikt zwischen den beiden,²¹⁵ der mit Rücksicht auf das den beiden übergeordnete Ziel, d.h. die Förderung der legitimen Strafzufügung, gelöst werden soll, nämlich auf solche Art und Weise, dass nicht nur der Kriminalprävention möglichst Rechnung getragen wird, sondern auch das Schuldprinzip unversehrt bleibt.²¹⁶

Wenn man wegen begrenzter Ressourcen es nicht schafft, alle Schuldigen schuldentsprechend und schnellstmöglich zu bestrafen, dann ist es bezüglich der Kriminalprävention meist vertretbar, dass man auf die Wahrheitsermittlung bzw. die schuldgemäße Bestrafung in jedem konkreten Fall verzichtet, um so viel wie möglich in einer angemessenen Zeit überhaupt einer Strafe zu unterwerfen²¹⁷ und dabei möglichst viele Schuldige, die schwere Straftaten begangen haben, ihrer Schuld entsprechend zu bestrafen.²¹⁸ Dafür spricht die Perspektive der negativen Prävention, wie Beccaria einmal geschrieben hat: „Einer der stärksten Zügel, den Verbrechen Einhalt zu thun, ist nicht die Grausamkeit, sondern die Gewißheit der Strafen ... Die Gewißheit einer, ob schon gemäßigten, Strafe, wird immer einen tiefern Eindruck machen, als die Furcht vor einer andern, aber schrecklichern, welche die Hoffnung der Ungestraftheit begleitet: denn die Uebel, die

²¹⁴ *ter Veen*, Beweisumfang, S. 226; *Küng-Hofer*, Beschleunigung, S. 23 f.; *Pfeiffer*, FS Baumann, 329, 332 f.; *Hillenkamp*, JR 1975, 133, 134.

²¹⁵ *Hassemer*, Einführung, S. 150 f.; *Wolfslast*, NSTz 1990, 409, 413.

²¹⁶ In einem rechtsstaatlichen Verfahren ist es nicht ausgeschlossen, Wahrheitsermittlung überhaupt zu bremsen, sondern nur verboten, Wahrheitserforschung zu Lasten des Beschuldigten einzuschränken, s. *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 159 f.

²¹⁷ Vgl. *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 276 Fn. 1030.

²¹⁸ *ter Veen*, Beweisumfang, S. 219; *Schlüchter*, GA 1994, 397, 412; *Rieß*, NSTz 1994, 409.

gewiß sind, so gering sie auch seyn mögen, setzen stets die menschlichen Gemüther in Schrecken, und die Hoffnung, dieses himmlische Geschenk, die oft die Stelle von Allem vertritt, reißt den Geist stets von den größten Uebeln hinweg, besonders wenn die Strafflosigkeit, die oft Habsucht und Schwäche zugestehen, ihre Stärke vermehrt.“²¹⁹ Auch zur Verwirklichung positiver Prävention ist eine umfassende, rechtzeitige, doch gemilderte Bestrafung wirksamer im Vergleich zu verspäteter angemessener oder überhaupt fehlender Bestrafung.²²⁰ Darüber hinaus besteht ein großes präventives Interesse daran, schwere Straftaten nicht milder, sondern schuldgemäß zu bestrafen, womit man ihre Begehung effektiver verhindern kann. Dies widerspricht auch nicht dem Schuldprinzip, das eine mildere Strafe bzw. einen Verzicht auf Wahrheitsfindung zu Gunsten des Beschuldigten nicht verbietet.²²¹ Aus diesen Gründen soll die Balance zwischen den zwei Aufgaben so aussehen: Vor allem hat man die Verfahrenserledigung in einer angemessenen Zeit zu sichern. Erst in diesem Rahmen ist die Wahrheitsfindung möglichst zu gewährleisten und die Intensität, mit der die Wahrheit gesucht wird, soll nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip dosiert werden.²²² D.h. je schwerwiegender die Straftat ist, desto mehr Gewicht gewinnt die Sachverhaltsaufklärung und desto weniger streng soll man die angemessene Dauer des Strafprozesses auslegen. Anders gesagt, soll bei schwerwiegenden Straftaten auch mit den Kosten eines lange dauernden Verfahrens die Suche nach materieller Wahrheit gewährleistet werden, während in wenig bedeutenden Fällen die auf schuldgemäße Bestrafung abzielende Wahrheitsermittlung zugunsten des Beschuldigten gelockert werden soll, um eine schnelle Verfahrenserledigung zu erzielen.

Eine Bestätigung dieser Theorie kann man im Strafbefehlsverfahren finden, mit dem zahlreiche Bagatell-Straftaten erledigt sind. Dabei erlässt der Richter aufgrund des Antrags des Staatsanwalts den Strafbefehl, statt den Sachverhalt selbst vollständig aufzuklären, und ohne Einspruch des Angeklagten bekommt der Strafbefehl Rechtskraft. Der Verzicht auf einen Einspruch kann daraus folgen, dass der Angeklagte das Ergebnis der Ermittlung des Staatsanwalts für zutreffend hält, in solchen Fällen bleibt die Wahrheitserforschung unberührt, da der Konsens nur den traditionellen Weg der Wahrheitsermittlung ersetzt, nicht die Wahrheit selbst, die eher durch den Verzicht auf Einspruch bestätigt wird.²²³ Der Grund für den Konsens des Angeklagten kann aber auch darin liegen, dass die

²¹⁹ *Beccaria*, Verbrechen und Strafen, S. 205.

²²⁰ BVerfG NSTZ 1987, 419; *Wolfslast*, NSTZ 1990, 409, 413.

²²¹ *Greco*, Lebendiges und Totes, S. 275 f.; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 233 f.; *Schünemann*, FS Pfeiffer, 461, 482 f.; *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 159; *Wolfslast*, NSTZ 1990, 409, 413 f.

²²² *Paulus*, Abhandlungen, S. 176 f.; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 212 f.; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 211, 229 f.; *Hassemer*, Einführung, S. 151; *Stamp*, Wahrheit, S. 116 ff.; *Gollwitzer*, FS Kleinknecht, 147, 153; *Wolfslast*, NSTZ 1990, 409, 413.

²²³ *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 185, 280.

festgestellte Schuld leichter als die tatsächliche ist,²²⁴ wobei die Wahrheit zugunsten des Angeklagten nicht gefunden wird. Der Gesetzgeber erwartet einerseits die Harmonie von der Wahrheitsfindung und der schnellsten Verfahrensbeendigung und nimmt andererseits die Situation hin, dass das Streben nach Wahrheit hinter dem nach Schnelligkeit zurücktritt.

Man darf aber nicht vergessen, dass der Konflikt zwischen den beiden Zielen zwar nicht gelöst, aber gemildert werden kann, wenn man die Wahrheitserforschung durch wissenschaftliche Entwicklung forciert und den Prozess durch andere Art und Weise als Verfahrensvereinfachung beschleunigt, wie z. B. Effektivierung der Justiz selbst.²²⁵ Mit Rücksicht darauf lässt es sich nicht rechtfertigen, dass die rascheste Verfahrensbeendigung alle anderen Möglichkeiten vernachlässigt und sich allein in Richtung der Wahrheitsverkürzung bewegt, nur weil dies als der weiche Punkt erscheint, auf den die Justiz hoheitlichen Zugriff hat.²²⁶

Beim Streben nach den Zielen des Strafprozesses muss seine Schranke respektiert werden. Beachtung der minimalen Verfahrensgerechtigkeit bedeutet nicht unbedingt ein Hindernis für die Wahrheitserforschung, sondern häufig eine Förderung.²²⁷ Beispielsweise wird die Chance für aktive Mitwirkung des Beschuldigten im Verfahren als Kern der Verfahrensgerechtigkeit gewährleistet, weil sie für die Stellung des Beschuldigten als Prozesssubjekt, für den Respekt vor ihm konstitutiv ist,²²⁸ gleichzeitig ist sie für die bestmögliche Wahrheitserforschung unerlässlich, da nur dadurch das richterliche Wahrheitsbild, das nicht gegen Fehler immun ist, effektiv ergänzt und notfalls auch korrigiert werden kann.²²⁹ Ein Gegenbeispiel ist das durch Folter erlangte Geständnis, dessen Verwendung nicht nur wegen der Verfahrensgerechtigkeit im engeren Sinne verboten, sondern auch mit Rücksicht auf seine Unzuverlässigkeit aus Gründen der Findung der materiellen Wahrheit untersagt ist. Erteilen die Wahrheitsermittlung und die minimale Verfahrensgerechtigkeit außer dieser Harmonie voneinander abweichende Gesowie Verbote, haben die deontologischen Erwägungen immer Vorrang. Die Wahrheit ist nicht auf Kosten des Respekts vor Menschen zu erforschen, weil die

²²⁴ Vgl. *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1020.

²²⁵ *Börner*, Legitimation, S. 195 f.; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 130, 135; *Peters*, in: *Strafprozeß und Reform*, 82, 89 ff.; *Küng-Hofer*, Beschleunigung, S. 290 ff.; *Fezer*, FS Widmaier, 177, 178 f.; *Gössel*, FS Fezer, 495, 500 f.; *Krey/Windgätter*, FS Achenbach, 233, 234 f., 249; *I. Roxin*, GA 2010, 425, 434; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822.

²²⁶ *Börner*, Legitimation, S. 196; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 140; *Lamshöft*, Modell, S. 135 f.; *Dölling*, FS Meyer-Goßner, 101, 113; *Kühne*, JZ 2010, 821, 822; *Wohlers*, NJW 2010, 2470; *Rieß*, JR 2006, 269, 277.

²²⁷ *Rzepka*, Fairness, S. 235.

²²⁸ BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 269 ff.; *Spiekermann*, Mißbrauch, S. 34.

²²⁹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 10 Rn. 5, § 15 Rn. 7; *Grüner*, Mißbrauch, S. 25; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 269 ff.

Instrumentalisierung von Menschen einem absoluten Verbot unterliegt, während eine zugunsten des Beschuldigten wirkende Lockerung der Wahrheitsermittlung nicht gegen das Schuldprinzip verstößt. Wenn die die minimale Verfahrensgerechtigkeit flankierenden Institute mit dem Streben nach Wahrheit kollidieren, sollte man mit Hilfe der Abwägung nach der richtigen Lösung suchen, weil diese Institute weder apriorisch noch absolut sind, und der Verzicht auf die Wahrheitsfindung wie gesagt nicht ausnahmslos untersagt ist. Bei der Abwägung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen.²³⁰ Außerdem spielt die Rechtskultur eine Rolle: Je nachdem, ob es sich um das kontinentaleuropäische Amtsermittlungsverfahren oder das angelsächsische Parteienverfahren handelt, würde man eher für die amtliche Wahrheitserforschung oder die Selbstbehauptung sowie Prozessverantwortung des Beschuldigten entscheiden.²³¹ Die Abwägung darf nur nicht dazu führen, dass die flankierenden Institute in derartigem Umfang beschnitten werden, dass auch die dahinter stehenden absoluten Grenzen überwunden werden.

Zwischen dem Zwischenziel der raschesten Verfahrenserledigung und der absoluten Schranke besteht immer Konflikt, und der Sieg gehört immer der unverfügbaren, minimalen Verfahrensgerechtigkeit. Das schließt eine Abwägung zwischen der Zügigkeit und der Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne aber nicht aus, bei der das Ergebnis offen bleibt. Trotzdem ist die Erstere in einer vergleichbar ungünstigen Lage, da sie wie gesagt auch durch andere Methoden erzielt werden kann.

Zusammenfassend stehen verschiedene Gesichtspunkte beim Strafverfahren in einem nicht völlig auflösbaren Spannungsverhältnis zueinander, das man mit einer die absoluten Schranken beachtenden Abwägung lösen sollte.

2. Kapitel

Beweisantragsrecht im legitimen Strafverfahren

Nach der Erörterung der Fundamente des Strafprozesses sind im Rahmen des Zweck-Schranke-Rechtfertigungsmodells die Grundlagen des Beweisantragsrechts zu untersuchen. Das Wesen dieses Rechts liegt darin, dem Antragsteller zu gestatten, durch Anträge auf Beweiserhebung, deren Zulassung dem Ermessen des Gerichts entzogen ist, auf den Umfang der Beweisaufnahme bestimmend einzuwirken.²³² Das geschieht dadurch, dass der Antrag des Angeklagten auf Beweiserhebung nur mit abschließend aufgezählten Gründen und durch einen be-

²³⁰ *Paulus*, Abhandlungen, S. 176 f.; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 212 f.; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 203, 215 f.; *Grüner*, Mißbrauch, S. 31; *Hassemer*, Einführung, S. 151 f.

²³¹ *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 74.

²³² *Alsberg-Dallmeyer*, 6. Aufl., Rn. 77.

gründeten Gerichtsbeschluss abgelehnt werden kann und diese Zurückweisung dazu einer strengen Revisionskontrolle unterworfen wird.

A. Beweisantragsrecht und Wahrheitserforschung

Unter der Funktion des Beweisantragsrechts bei der Suche nach Wahrheit versteht man seine besondere, nicht durch andere Institute zu erreichende Leistung. Dabei geht es um die Klärung der Frage, welchen Sinn dieses Mitbestimmungsrecht des Angeklagten hinsichtlich des Umfangs der Beweisführung hat, wenn das Gericht schon im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes dazu verpflichtet ist, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Wahrheitsfindung von Bedeutung sind. Die Antwort kann hier vorweggenommen werden: Beim Beweisantragsrecht wird zwar grundsätzlich so viel Beweisantizipation und daraus folgende Übergehung der Beweise erlaubt wie bei der Aufklärungspflicht, das Antizipationsverbot wird jedoch durch bessere verfahrensrechtliche Garantien gesichert.

I. Beweisantizipation und Beweisantizipationsverbot

1. Hintergrund der Diskussion

Bevor Begriff und Zulässigkeit der Beweisantizipation erörtert werden, ist zunächst darzustellen, warum die Vorabbewertung der Bedeutung eines Beweises durch den Richter überhaupt thematisiert wird.

Die erste Diskussion zu diesem Thema ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für die RStPO 1877 feststellbar, die den Kurswechsel vom Inquisitionsprozess zum reformierten Strafprozess in Deutschland bedeutet. Als Teil dieser Wende ersetzte die Theorie der freien Beweiswürdigung die gesetzliche Beweistheorie, nachdem man sich der Schwäche der starren Beweisregeln völlig bewusst war und in der persönlichen Gewissheit der Urteilenden einen besseren Weg der Wahrheitserforschung erblickte, die nicht auf „Wahrheitsgefühl,“ sondern auf Vernunft sowie Erfahrung beruhen sollte, und erst nach einer freien bzw. an keine objektiven Kriterien außer Denk- und Naturgesetzen gebundenen Würdigung aller relevanten Umstände gewonnen werden kann.²³³ Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde diskutiert, wie eine derartige richterliche Überzeugungsgewinnung gesichert werden sollte. Eine Ansicht war, dass der Wille des Richters zur Wahrheitsfindung und seine Fähigkeit zu besonnener Reflexion grundsätzlich dafür ausreichen.²³⁴ Hinsichtlich der Beweiserhebung sowie der

²³³ Erster Teil, A. II.

²³⁴ Ansicht von *Hanauer*, *Gneist*, grundsätzlich zustimmend *Struckmann*, s. *Hahn*, Materialien I, S. 853 f.; *ders.*, Materialien II, S. 1335 f., 1878 f.; *Wißgott*, Beweisantragsrecht, S. 57 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 168 ff.; *Küper*, FG Peters, 23, 42 f., 45 f.

Beweiswürdigung solle der Richter völlige Freiheit genießen, wobei die erstgenannte Befugnis notwendig durch die Letztere eingeschlossen werde. Auf der einen Seite könne der Richter einen Beweis, den er für bedeutend hält, nicht würdigen, ohne ihn zunächst erheben zu dürfen; auf der anderen Seite sei es sinnlos, den Richter zur Erhebung eines Beweises zu zwingen, der ihm wertlos erscheint, wenn er bei der Beweiswürdigung völlig frei sei und diesen Beweis sowieso ignorieren könne.²³⁵ Als Folge könne der Richter die Sachdienlichkeit eines Beweises problemlos prognostizieren und eine als nutzlos bewertete Beweisführung uneingeschränkt unterlassen, die entweder aus dem Grund überflüssig scheine, dass sie die richterliche Sachverhaltshypothese nur bestätige, oder wirkungslos, weil sie das gegenteilige Wahrheitsbild des Richters sowieso nicht zu erschüttern vermöge. Nach anderer Auffassung sei eine gewisse Kontrolle der richterlichen Überzeugungsgewinnung unerlässlich und der Richter dürfe den Umfang der Beweisaufnahme nicht völlig frei bestimmen.²³⁶ Diese Ansicht stützt sich auf die Erfahrungstatsache, dass sich der Beitrag eines Beweises zur Wahrheitsermittlung grundsätzlich nicht mit voller Sicherheit im Voraus bewerten, sondern erst nach der Beweiserhebung richtig beurteilen lasse. Der Gebrauch eines zur Verfügung stehenden und nicht offensichtlich untauglichen Beweismittels könne daher das Bild des zu beurteilenden Sachverhalts selbst dann wider Erwarten verändern, wenn der Richter an seine Überflüssigkeit oder Wirkungslosigkeit glaube, was in besonderem Maße für den Zeugenbeweis gelte. Es schade schließlich der Suche nach der materiellen Wahrheit, wenn der Richter aufgrund einer unzutreffenden Einschätzung einen sachdienlichen Beweis übergehe und auf eine nicht fundierte Grundlage seine Überzeugung stütze.²³⁷ Dieser Gefahr könne eine Einschränkung des richterlichen Spielraums in Form einer Beweiserhebungspflicht hinsichtlich der präsenten Beweise begegnen, die in der Regel mit höherer Wahrscheinlichkeit einen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten könnten.²³⁸ Aus dieser Perspektive stellt die richterliche Prognose bezüglich der Bedeutung eines Beweises, die fehlerhaft sein könne und zusammen mit dem anschließenden Verzicht auf Beweisführung die Wahrheitsfindung zu gefährden vermöge, ein Problem dar.

²³⁵ Ansicht von *Struckmann, Hanauer, Gneist, s. Hahn*, Materialien I, S. 853 f.; *ders.*, Materialien II, S. 1335 f., 1878 f.; *Hagemann*, Entstehung, S. 5 Fn. 11; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 61 f.; *Kunert*, GA 1979, 401, 405 f.

²³⁶ Ansicht von *Reichensperger, Völk, Marquardsen, Bähr, Herz und Schwarze, s. Hahn*, Materialien I, S. 852 ff.; *ders.*, Materialien II, S. 1335 ff., 1560, 1879 f.

²³⁷ Ansicht von *Reichensperger, Völk, Marquardsen, Bähr und Schwarze, s. Hahn*, Materialien I, S. 852 ff.; *ders.*, Materialien II, S. 1336 f., 1560, 1880; *Köhler*, Inquisitionsprinzip, S. 45 f., 51 ff.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 394; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 770; *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 170; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 22; *Fezer*, FG BGH, 847, 856 f.; *Wessels*, JuS 1969, 1, 4; *Engels*, GA 1981, 21, 25 f., 32.

²³⁸ Ansicht von *Schwarze und Völk, s. Hahn*, Materialien I, S. 852, 855; *ders.*, Materialien II, S. 1335 f., 1559 f., 1880.

Dass sich diese zweite Ansicht bei der RStPO 1877 durchgesetzt hat, bedeutet noch nicht den endgültigen Durchbruch hinsichtlich der richterlichen Bindung bei der Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme, da in der RStPO 1877 nicht geregelt wurde, wie der Richter mit Anträgen der anderen Prozessbeteiligten auf Erhebung nicht präsenter Beweise umzugehen habe. In der Rechtsprechung wurden in dieser Hinsicht nach Inkrafttreten der RStPO 1877 zwei unterschiedliche Positionen vertreten: Einerseits die Betonung des richterlichen Ermessens und andererseits die Bindung des Richters durch einen Verwendungszwang. Nachdem die Vertreter der ersten Ansicht erkannt hatten, dass sich das hinter der richterlichen Beweisantizipation verborgene Risiko für die Wahrheitsforschung nicht auf die präsenten Beweismittel beschränkt, entwickelte das RG allmählich, d.h. zunächst bei Anträgen auf Vernehmung von Zeugen, später auch bei Anträgen auf Erhebung von Urkunden- und Sachverständigenbeweisen sowie auf Inaugenscheinnahme, einen Erhebungszwang in Form des Grundsatzes des Verbots der antizipierten Beweiswürdigung sowie einen Katalog der ausnahmsweise zuverlässigen und deswegen zulässigen Spielarten dieser Prognose.²³⁹

Anschließend wurde die Beweisantizipation bei der Beweisführung von Amts wegen sowie das dadurch verursachte Übergehen nicht präsenter Beweismittel auch von dem RG für gefährlich gehalten und immer stärker eingeschränkt. Das galt zunächst nur, wenn der Tatrichter keine Überzeugung besaß, sondern in dubio pro reo entschied, später auch, wenn der gebildeten Überzeugung ein hinreichend fundiertes tatsächliches Fundament fehlte.²⁴⁰

Zusammenfassend wird die richterliche Vorabbeurteilung des Wertes eines Beweises thematisiert, weil sie grundsätzlich unsicher ist²⁴¹ und zur verpassten Beweismöglichkeit sowie lückenhaften Sachverhaltsaufklärung führen kann, gleichviel, ob dieser Beweis präsent oder nicht präsent ist, ungeachtet, ob ein anderer Prozessbeteiligte die Beweiserhebung verlangt oder nicht.

2. Begriff der Beweisantizipation

Unter einer Beweisantizipation versteht die herrschende Meinung eine vorweggenommene negative Beurteilung des Gelingens eines noch nicht erhobenen Beweises.²⁴² Nach einer engen Auslegung ist mit dem Begriff nur eine negative

²³⁹ Erster Teil, B. I. 2.

²⁴⁰ Erster Teil, B. III.

²⁴¹ Wegen der Besonderheit des deutschen Strafverfahrens wird diese Unsicherheit noch vergrößert: Durch die den Beschuldigten belastenden Ermittlungsakten und den Beschluss über die Eröffnung der Hauptverhandlung stark beeinflusst leidet der Richter unter einem Urteilsperseveranzeffekt und tendiert unbewusst dazu, die Belastungsbeweise systematisch zu überschätzen und die entlastenden Beweismöglichkeiten systematisch zu unterschätzen, s. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 16, § 9 Rn. 1.

²⁴² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 183; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 768, 772 ff.

Vorabbewertung des Beweisgelingens unter Berufung auf die Überzeugung vom Gegenteil gemeint.²⁴³ Eine weite Interpretation sieht in jeder vorweggenommenen, positiven oder negativen, Beurteilung eines Beweises mit oder ohne Bezugnahme auf das bisherige Beweisergebnis oder unter Berufung auf die Überzeugung vom Gegenteil sowohl hinsichtlich der Beweiserheblichkeit der behaupteten Tatsache als auch hinsichtlich der Möglichkeit eines erfolgreichen Nachweises einer Tatsache mit Blick auf das mögliche Beweisergebnis und den Beweiswert, eine Beweisantizipation.²⁴⁴ Je nach dem Gegenstand sowie dem Ergebnis der Prognose und Anknüpfungspunkt für ihre Begründung unterscheiden sich die Verständnisse hinsichtlich der vorweggenommenen Beweiswürdigung und weisen verschiedene Ausmaße auf.

Wenn die Beweisantizipation um der Wahrheitsermittlung willen thematisiert wird, sollte sie jede vorweggenommene Beweiswürdigung umfassen, die eine Gefahr für die Sachverhaltsaufklärung birgt, gleichgültig, was für eine Gefahr das ist und wie diese Gefahr entsteht. In der vorliegenden Arbeit wird daher von einem umfassenden Verständnis des Begriffs der Beweisantizipation ausgegangen. Demgemäß bedeutet die Beweisantizipation eine vorweggenommene negative Beurteilung der Sachdienlichkeit eines Beweises, die einen endgültigen Verzicht auf die Beweiserhebung zur Folge hat, ohne dass es darauf ankommt, ob die Beweiserheblichkeit der behaupteten Tatsache, das sachverhaltsmodifizierende Ergebnis der Beweiserhebung oder der Beweiswert des angebotenen Beweismittels verneint wird, ob die Unterstellung auf die Überzeugung vom Gegenteil oder die bestehende Beweislage oder eine andere Grundlage gestützt wird.

Schon bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung hat der Richter auf der Grundlage der Akten eine Beweisantizipation vorzunehmen, um die Auswahl und die Reihenfolge der zu erhebenden Beweise zu bestimmen. Während der Hauptverhandlung entscheidet der Richter aufgrund der vorhandenen Beweislage, die sich nach dem Eingang neuer Beweise während des Gehörs verändern kann, darüber, welche einmal als sachdienlich betrachteten Beweise nun entbehrlich scheinen und welche weiteren Beweismittel noch herbeizuschaffen sind, sodass der Umfang der Beweisaufnahme sachlich begrenzt und die Sachverhaltsaufklärung zweckentsprechend gelenkt werden kann.²⁴⁵ In diesen Phasen sind eine Beweisantizipation und ein daraus folgender Verzicht auf eine Beweisaufnahme vorläufig und gefährden die Wahrheitsermittlung nicht. Nach der Beweisführung sind im Beratungszimmer alle in der Hauptverhandlung zur Sprache gekommenen Gesichtspunkte zu rekapitulieren bzw. in Gesamtschau zu berücksichtigen,

²⁴³ *Schulenburg*, Verbot, S. 101 f., 105.

²⁴⁴ *Schulenburg*, Verbot, S. 99 ff.

²⁴⁵ *Schulenburg*, Verbot, S. 59 f.; *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 393 f.; *Dedes*, Beweisverfahren, S. 20, 24 ff.; *Hamm*, FG Peters, 169, 170; *Dencker*, ZStW 102 (1990), 51, 70.

und auf dieser Basis wird das Urteil gefällt. Falls ein Beweis bis zu diesem Zeitpunkt nicht erhoben wird, ist er von dem Fundament der richterlichen Überzeugung ausgeschlossen, was sich auf eine endgültige Beweisantizipation stützt.²⁴⁶ Aus der Perspektive der Wahrheitserforschung ist lediglich die endgültige Beweisantizipation bedeutend, daher wird immer sie gemeint, wenn hier von der Beweisantizipation die Rede ist.

Aus dem gleichen Grund wird die positive Vorabbewertung nicht einbezogen, die immer zu einer Beweiserhebung führt und die Suche nach der Wahrheit fördert. Nach dem weitesten Verständnis hat die Beweisantizipation sowohl negative als auch positive Varianten, weil bei positiver Unterstellung des Beweisgelingens, wie z.B. bei den Ablehnungsgründen Offenkundigkeit sowie Erwiesensein, der Beweis auch vorweggenommen ohne Durchführung der Beweisaufnahme beurteilt wird, was die Zuverlässigkeit der Sachverhaltsfeststellungen beeinträchtigen kann.²⁴⁷ Doch handelt es sich bei diesen zwei Ablehnungsgründen eigentlich nicht um eine positive Vorabbewertung. Nicht das Gelingen der Beweisführung durch Bestätigung der behaupteten Tatsache wird verneint, sondern das von bereits bekannten Tatsachen abweichende Beweisergebnis, sodass eine negative Beweisprognose symptomatisch ist.

Im Gegensatz dazu wird die Prognose der Erheblichkeit in den Beweisantizipationsbegriff einbezogen. Dabei handelt es sich wie bei der vorweggenommenen Beurteilung des Beweisgelingens um eine vorweggenommene Bewertung darüber, ob ein Beweishinweis die Möglichkeit aufweist, die Sachverhaltsaufklärung zu fördern. Die Frage der Erheblichkeit der Tatsache ist der Frage nach ihrem erfolgreichen Nachweis sogar vorgelagert. Wenn die Tatsache als für die Entscheidungsfindung irrelevant angesehen wird, kommt es auf die Beurteilung des Beweisgelingens nicht mehr an. Daher kann man die Erheblichkeitsbewertung nicht aus dem Beweisantizipationsbegriff ausschließen, denn sonst fehlt ihm ein ganz wichtiger Teil.²⁴⁸

3. Umfang des Beweisantizipationsverbots

a) Ein Totalverbot?

Nach der Klärung des Begriffs der Beweisantizipation ist zu untersuchen, in welchem Ausmaß diese Vorabbewertung unterbunden werden sollte, ob sie einem Totalverbot unterliegt oder in bestimmten Fällen noch gestattet werden kann.

Dabei ist zu beachten, dass die Zuverlässigkeit der Sachverhaltsfeststellung durch den Umfang der Beweisaufnahme bedingt wird, der wiederum von dem

²⁴⁶ Schmitt, Beweiswürdigung, S. 393 f.

²⁴⁷ Schulenburg, Verbot, S. 98 f.

²⁴⁸ Schulenburg, Verbot, S. 88 ff.; zustimmend Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 773; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, 183; vgl. Kühl, Prozeßgegenstand.

Ausmaß der zulässigen Beweisantizipation abhängt. Je strikter das Verbot der Beweisantizipation gestaltet ist, desto umfassender sollte die Beweisführung und desto fundierter sollte die Tatsachengrundlage für die persönliche Gewissheit des Richters sein. Würde jede Vorwegnahme der Beweiswürdigung und jeder daraus folgende Beweisverzicht abgelehnt, wäre auf der einen Seite nahezu jegliches Risiko ausgeschlossen, dass ein Beweis zu Unrecht in der Beweisaufnahme ausgeschlossen wird, und ein absolut festes Fundament für die richterliche Überzeugung geschaffen, auf der anderen Seite wäre der Richter zu einer uferlosen Beweisaufnahme verpflichtet.²⁴⁹ Oder man kann für eine praktikable Beweisführung entscheiden, die der Suche nach der materiellen Wahrheit möglichst gerecht wird. D.h. das Übergehen eines Beweises muss nicht völlig verboten, sondern in Fällen gestattet werden, in denen man aufgrund sachlicher Kriterien davon ausgehen kann, dass die Beweiserhebung der Wahrheitserforschung nicht dienen kann.²⁵⁰ Das damit verbundene Minimal- bzw. Restrisiko der Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung soll um einer begrenzbaren Beweisaufnahme willen in Kauf genommen werden.²⁵¹

Für die Entscheidung ausschlaggebend ist, ob eine Auswahl dem Zweck des Strafverfahrens hinsichtlich der Suche nach materieller Wahrheit gerecht wird. Mit der Wahrheitserforschung ist weder die Erzielung des absolut sicheren Wissens, noch seine unendliche bzw. unpraktizierbare Annäherung gemeint, sondern eine menschenmögliche, rationale Methode der Wahrheitsfindung, die nur konkret bestehende, vernünftige Zweifel gegenüber der Wahrheitsmäßigkeit der Tatsachenfeststellung ausschließt, nicht auch abstrakt-theoretische Zweifel.²⁵² Der Vorgang der Tatsachenfeststellung weist die Struktur eines ständigen Ausschlusses von Alternativen auf.²⁵³ Mit Hilfe einer phantasievollen Vorstellungskraft ist es aber möglich, zahlreiche Ausnahmen zum Regelfall zu bilden, bei deren Vorliegen ein Indiz gerade keinen Schluss auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten zulässt. Wenn diese möglichen Alternativen allesamt ausgeschlossen werden müssten, wäre damit die Überprüfungspflicht von Amts wegen quasi ins Unendliche ausgedehnt.²⁵⁴ Eine praktikierbare Tatsachenfeststellung ist demnach gezwungen, Erfahrungssätze von bestimmten besonderen Einzelfällen bzw. Unter-

²⁴⁹ *Schulenburg*, Verbot, S. 66; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 217; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 229; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 230; *Dedes*, Beweisverfahren, S. 24 ff.

²⁵⁰ *Schulenburg*, Verbot, S. 49; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 780; *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 26 f.; *Fezer*, FG BGH, 847, 858 f.

²⁵¹ *Schulenburg*, Verbot, S. 67; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 227, 230 f.; *Spiekermann*, Mißbrauch, S. 86.

²⁵² BGH NJW 1951, 83; 1995, 2930, 2932; LR-Sander, 26. Aufl., § 261, Rn. 8.

²⁵³ *Freund*, Tatsachenfeststellung, S. 22 ff.; *Dencker*, ZStW 102 (1990), 51, 71; *Schulenburg*, Verbot, S. 70.

²⁵⁴ *Schulenburg*, Verbot, S. 70; *Kühl*, Prozeßgegenstand, S. 202; *Weßlau*, Konsensprinzip, S. 177, 179, 182; vgl. *Dencker*, ZStW 102 (1990), 51, 71.

ausnahmen zu abstrahieren. Beispielsweise braucht das Gericht sich nicht mit der Alternative zu beschäftigen, dass nicht der Angeklagte, sondern ein Außerirdischer die Straftat begangen habe. D.h. die Pflicht des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung soll sich nur auf jene abweichenden Geschehensmöglichkeiten erstrecken, auf die tatsächliche konkrete Anhaltspunkte hinweisen und nicht auch auf alle, die überhaupt denkbar sind.²⁵⁵ Das abstrakte Risiko, dass es auch anders gewesen sein könnte,²⁵⁶ muss man in Kauf nehmen. Vor diesem Hintergrund sollte man sich unter den zwei Alternativen hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme nicht für diejenige entscheiden, die unnötig über die Anforderungen der Wahrheitserforschung hinausgeht und die Richter überfordert, sondern für diejenige, die diese Anforderungen gerade erfüllt.²⁵⁷

Infolgedessen ist es aus der Perspektive der zuverlässigen Wahrheitsermittlung hinnehmbar, eine Beweiserhebung aufgrund einer antizipierenden Einschätzung des Beweises als nicht wahrheitsfördernd zu unterlassen, sofern die Antizipation rational begründet wird und nur das bereits erwähnte, zu tolerierende Risiko enthält.

*b) Erlaubte Beweisantizipation im Rahmen der Aufklärungspflicht
und des Beweisantragsrechts*

Nun stellt sich die Frage, welche konkrete Antizipation dieses Kriterium erfüllt und daher noch zulässig ist. Während in der Beweisantragssituation bestimmte Antizipationen in Form der gesetzlich vorgesehenen Ablehnungsgründe erlaubt werden, findet man keinen solchen Katalog im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht, die nur besagt, dass das Gericht auf eine Beweiserhebung verzichten darf, wenn eine verständige Würdigung aller Umstände des zu entscheidenden Falles ergibt, dass dadurch kein Sachverhalt entstehen kann, der gegen seine bisherige Überzeugung den Tatvorwurf widerlegt, in Frage stellt oder bestätigt.²⁵⁸ Wegen dieser Unklarheit existieren zurzeit zwei Ansichten darüber, in

²⁵⁵ BGHSt 30, 131, 141; 46, 73, 79; BGH NJW 1951, 83; 1989, 3294; BGH StV 1993, 114; LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 244, Rn. 46a; KK-Krehl, § 244, Rn. 33; Schulenburg, Verbot, S. 71 ff.; Herdegen, NStZ 1984, 97, 98.

²⁵⁶ Schulenburg, Verbot, S. 78; Spiekermann, Mißbrauch, S. 86.

²⁵⁷ Schulenburg, Verbot, S. 67, 75 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 11, 14; KK-Krehl, § 244, Rn. 33a; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 244, Rn. 13; Spiekermann, Mißbrauch, S. 86 f. vgl. Schlüchter, Weniger ist mehr, S. 45.

²⁵⁸ BGH NStZ 1994, 247, 248; 2009, 468; 2015, 36; BGH NJW 1951, 283; BGH NStZ-RR 1996, 299; ähnlich BGHSt 36, 159, 165; 46, 73, 79; BGH StV 1987, 4; 1991, 245; 1993, 114; 1996, 4; BGH NJW 1989, 3294; BGH NStZ 1990, 384; 1992, 450; KK-Krehl, § 244, Rn. 33; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 47. Anfangs wurde die Auffassung vertreten, dass das nicht der Fall sei, wenn nur die entfernte Möglichkeit einer verfahrenserheblichen Änderung der durch die vollzogene Beweisaufnahme begründeten Vorstellung von dem Sachverhalt in Betracht komme (BGHSt 23, 176, 188; BGH NStZ 1983, 376, 377; 1990, 384; 1991, 399; StV 1981, 164 f.; 1989, 518 f.). Dieser extreme Standpunkt wurde aber bald gemildert, indem man unter der sogenannten ent-

welcher Beziehung das Ausmaß der erlaubten Beweisantizipation unter dem Beweisantragsrecht und dasjenige in der Aufklärungssituation miteinander tatsächlich stehen. Nach der sogenannten Inkongruenzlehre seien dem Richter in Bezug auf einen Beweisantrag des Angeklagten weniger Möglichkeiten zur Beweisantizipation gestattet als im Rahmen seiner Aufklärungspflicht, wodurch der Angeklagte eine Beweiserhebung erzwingen könne, selbst wenn das Gericht aufgrund seiner Aufklärungspflicht zu der Beweisaufnahme keine Veranlassung hätte. Die unterschiedliche Ausprägung des Beweisantizipationsverbots im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen und bei der Antragstellung durch die Verteidigung sei darauf zurückzuführen, dass die zwei Beweiserhebungspflichten nicht dieselbe Wurzel hätten: Während die Aufklärungspflicht dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung zugeordnet werde, stelle das Beweisantragsrecht ein Gestaltungsmittel der Verteidigung dar, auf das Verfahren im selbstbestimmten Sinne Einfluss zu nehmen.²⁵⁹ Im Gegensatz dazu behaupten die Vertreter der sogenannten Identitätslehre, dass die Beweisantizipation immer im gleichen Umfang erlaubt sei, weil sowohl das Beweisantragsrecht als auch die Amtsaufklärungspflicht Unterfälle des Oberprinzips der Wahrheitsermittlung darstellten und deswegen dieselbe Dimension der Sachverhaltsaufklärung gewährleisten sollten. Dass in der Praxis das Beweisantragsrecht weiter zu gehen scheine, habe keine theoretischen, sondern rein faktische Ursachen.²⁶⁰ Welcher Ansicht zuzustimmen ist, kann erst nach einer Erörterung der zulässigen Beweisantizipation hinsichtlich eines Beweishinweises, der die Beweistatsache sowie das Beweismittel klar bezeichnet, im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht – nach dem Vorbild von Schulenburg²⁶¹ – und einem Vergleich mit der Beweisantragssituation festgestellt werden.

aa) Theoretisch mögliche Antizipationsvarianten

Eine Beweisantizipation im Sinne einer vorweggenommenen negativen Beurteilung der Sachdienlichkeit eines Beweises kann sich sowohl auf die Erheblich-

fernten Möglichkeit nur eine konkrete Wahrscheinlichkeit der Sachverhaltsmodifikation, nicht eine abstrakte Chance verstand (BGHSt 30, 131, 141; 36 159, 164 f.; 45 188, 197; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 49; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 244, Rn. 12; Herdegen, NStZ 1984, 97, 98).

²⁵⁹ BGHSt 10, 116, 118 f.; 23, 176, 187 f.; 32, 68, 73; 40, 60, 62; Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 634 f.; Perron, Beweisantragsrecht, S. 196, 215 ff.; Hirsch, Beweisantrag, S. 40; Anders, Beweiserhebungskontrollen, S. 121 f.; Schlüchter, Weniger ist mehr, S. 45; Frister, ZStW 105 (1993), 340, 357 ff.; Jerouschek, GA 1992, 493, 503; Weßlau, FS Fezer, 289, 303 ff.; Schulz, StV 1991, 354, 361; Liemersdorf, StV 1987, 175, 176; Widmaier, NStZ 1994, 414, 416.

²⁶⁰ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 18; Schulenburg, Verbot, S. 81 f., 225; Gössel, Gutachten C zum 60. DJT, C 17 f., C 65 ff.; Engels, GA 1981, 21, 24, 31; Wessels, JuS 1969, 1, 3 f.; Ulsenheimer, AnwBl 1983, 373, 376, 378; Köhler, Inquisitionsprinzip, S. 27; Graf zu Dohna, FS Kohlrusch, 319, 334; E. Schmidt, ZStW 61 (1942), 429, 460 f.

²⁶¹ Schulenburg, Verbot, S. 106, 224.

keit der Beweistatsache als auch auf den Beweiswert des angebotenen Beweismittels und auf den Sachverhaltsmodifikationscharakter des Beweisergebnisses beziehen.

Die Erheblichkeit der Beweistatsache lässt sich aus rechtlichen Gründen verneinen, wenn sie nicht zu den Tatumständen und anderen Fakten gehört, die für die rechtliche Würdigung oder die Bestimmung der Rechtsfolgen mitbestimmend sind, oder sie trotz eines Subsumtionsverhältnisses keine Bedeutung für die Entscheidung hat, weil eine Verurteilung bzw. ein Freispruch schon aus anderen Gründen rechtlich nicht möglich ist. Tatsächlich unerheblich ist eine Tatsache, wenn ein Zusammenhang zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung fehlt, wenn sie zwar eine Schlussfolgerung auf das Vorliegen einer rechtlich erheblichen Tatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht, eine Rückschlussziehung aber überflüssig ist, und wenn der intendierte Schluss wegen der Nichtgeltung des dem Indizienbeweis vermeintlich zugrundeliegenden Erfahrungssatzes oder wegen der Umstände im konkreten Einzelfall nicht gezogen wird.²⁶²

Der Beweiswert des Beweismittels wird mangels Beweismittleignung oder Beweiskraft geleugnet.²⁶³

Wenn eine Beweiserhebung nur zu einer Bestätigung von schon Bekanntem führt, bringt sie keine die Wahrheitsermittlung fördernde Sachverhaltsergänzung sowie -veränderung mit sich.²⁶⁴

Gleichzeitig kann eine negative Beweisantizipation entweder auf der Überzeugung vom Gegenteil²⁶⁵ oder retrospektiv auf dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme oder prospektiv auf einer anderen Grundlage als der vorhandenen Beweislage beruhen.²⁶⁶

Mit den acht in Betracht kommenden konkreten Gegenständen der Antizipation und den drei möglichen Anknüpfungspunkten für ihre Begründung kann man theoretisch 24 Antizipationsvarianten bilden. Ihre Zulässigkeit im Rahmen der Aufklärungspflicht und des Beweisantragsrechts wird im folgenden Teil geprüft.

²⁶² *Schulenburg*, Verbot, S. 107 ff.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1129 ff.; *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 217 ff.

²⁶³ *Schulenburg*, Verbot, S. 110 f.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1184 ff.; *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 230.

²⁶⁴ *Schulenburg*, Verbot, S. 110 f.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1051, 1164, 1265 f.; *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 203 ff., 228, 288.

²⁶⁵ *Schulenburg*, Verbot, S. 100 ff. differenziert zwischen der negativen Beweisantizipation aufgrund rein subjektiver Überzeugung vom Gegenteil und derjenigen, die auf das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme zurückzuführen ist. Auch *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 184 Fn. 979.

²⁶⁶ *Kühl*, Prozeßgegenstand, S. 63 f.; *Schulenburg*, Verbot, S. 100 f.

bb) Zulässigkeit der Beweisantizipation
aufgrund der richterlichen Überzeugung vom Gegenteil

Mit der richterlichen Pflicht zur Wahrheitsermittlung stehen alle Antizipationsvarianten in Konflikt, die auf der auf rein subjektive Erwägungen abstellenden Überzeugung vom Gegenteil beruhen, weil ihnen jede Intersubjektivität bzw. Rationalität fehlt und ihre Richtigkeit nicht gewährleistet werden kann.²⁶⁷ Aus demselben Grund lässt das Beweisantragsrecht nicht zu, dass der Richter unter Berufung auf diese Spielarten der Antizipation einen Beweis übergeht.

Eine pauschale Bewertung dieser Art ist bei retrospektiver sowie prospektiver Antizipation unmöglich, deswegen wird in der folgenden Erörterung eine detaillierte Überprüfung in Bezug auf den Gegenstand der Vorwegbewertung durchgeführt.

cc) Zulässigkeit der Beweisantizipation
hinsichtlich der Erheblichkeit einer Tatsache

(1) Erheblichkeit einer Haupttatsache

Die rechtliche Erheblichkeit einer Tatsache hängt zunächst davon ab, ob sie unter den möglicherweise anzuwendenden Rechtssatz subsumierbar ist, was ohne Rekurs auf die vorhandene Beweissituation antizipierend beurteilt werden sollte.²⁶⁸ Bei Bejahung des Subsumtionsverhältnisses ist noch zu prüfen, ob die Bedeutung dieser Tatsache für die konkrete Entscheidung negativ zu prognostizieren ist, weil eine Verurteilung oder eine Rechtsfolgenentscheidung bereits aus anderen Gründen, wie z.B. mangels einer Prozessvoraussetzung, unmöglich ist. Nur wenn eine objektiv fundierte richterliche Überzeugung über das Vorliegen dieser Gründe gewonnen wurde, weil diesbezüglich der Sachverhalt schon erschöpfend aufgeklärt worden ist und zukünftige Sachverhaltsmodifikationen infolge einer weiteren Beweisaufnahme ausgeschlossen werden können, beeinträchtigt eine solche Prognose und der daraus folgende Verzicht auf Beweiserhebung die zuverlässige Wahrheitserforschung nicht.²⁶⁹

Diese im Rahmen der Aufklärungspflicht zulässige Beweisantizipation ist auch erlaubt, wenn ein Beweisantrag gestellt wird. Der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit gestattet dem Gericht, einen Antrag auf Beweisaufnahme über eine Tatsache zurückzuweisen, die rechtlich unerheblich ist. Dies ist der Fall, wenn eine Tatsache weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen unmittelbar ein Tatbestandsmerkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Delikts

²⁶⁷ *Schulenburg*, Verbot, S. 122 f., 159 f. Die Kritik gegen *intime conviction* findet hier auch Anwendung.

²⁶⁸ *Schulenburg*, Verbot, S. 128 f.; vgl. *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 217; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1122 f.

²⁶⁹ *Schulenburg*, Verbot, S. 129 ff.; vgl. *LR-Gollwitzer*, 25. Aufl., § 244, Rn. 221; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1131 ff.

ausfüllen oder Bedeutung für den Rechtsfolgenausspruch gewinnen kann, oder wenn es trotzdem auf diese Tatsache nicht mehr ankommt, weil die Verurteilung oder eine bestimmte Rechtsfolge wegen des Vorliegens von Prozesshindernissen usw. ohnehin nicht in Frage kommt.²⁷⁰

(2) Erheblichkeit einer Indiz- oder Hilfstatsache

Ob eine Tatsache tatsächlich geeignet ist, die richterliche Entscheidung irgendwie zu beeinflussen, hängt davon ab, ob sie überhaupt in einem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Urteilsfindung steht, ob das Gericht daraus einen Rückschluss auf die Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels zu ziehen braucht, und ob das Gericht bei ihrem unterstellten Nachweis den intendierten Schluss ziehen will.

Hinsichtlich des Sachzusammenhangs ist eine prospektive Antizipation gestattet, die in der Argumentation fehlerfrei ist und nicht gegen Denk- und Erfahrungssätze der Wissenschaft und Logik verstößt, während eine retrospektive Antizipation dieser Art untersagt ist, weil diese verhindert, dass das Gericht alle konkret denkbaren Sachzusammenhänge berücksichtigt, und damit das Übergehen eines wahrheitsfördernden Beweises zur Folge hat.²⁷¹

Bezüglich der zweiten Frage kann man die Bedeutung der Tatsache für die Urteilsfindung problemlos im Vorweg verneinen, wenn das Gericht bereits an die Haupttatsache oder das Beweismittel fest glaubt, auf deren Vorliegen bzw. dessen Beweiswert die Indiz- oder Hilfstatsache einen Schluss ermöglichen soll. Da eine solche richterliche Überzeugung nur nach einer umfassenden Beweisaufnahme gebildet werden kann, um der Wahrheitsfindung gerecht zu werden, muss diese Prognose retrospektiv sein.²⁷²

Die Rückschlussziehung auf die Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels darf aus dem Grund verweigert werden, dass die Geltung des mitbehaupteten Erfahrungssatzes ohne Rekurs auf die bisherige Beweislage allein aufgrund der Denk- und Erfahrungssätze verneint wird, denn diese vorweggenommene Würdigung trifft mit größtmöglicher Sicherheit zu.²⁷³ Dazu kann das Gericht trotz genereller Anerkennung des Erfahrungssatzes ablehnen, im konkreten Fall den möglichen (aber nicht zwingenden) Schluss zu ziehen.²⁷⁴

²⁷⁰ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 217 ff.; KK-Krehl, § 244 Rn. 142; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1131 ff.

²⁷¹ Schulenburg, Verbot, S. 125 ff.; vgl. LR-Gollwitzer, 25. Aufl., § 245, Rn. 71, 73; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1151 f.; Anders, Beweiserhebungskontrollen, S. 94 ff.; Köhler, NJW 1979, 348, 351; Marx, NJW 1981, 1415, 1420.

²⁷² Vgl. Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1160, 1174.

²⁷³ Schulenburg, Verbot, S. 134 f.; vgl. Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1160.

²⁷⁴ Schulenburg, Verbot, S. 134 ff.; vgl. LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 220 f.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1154 ff.

Diese Entscheidung darf sich nicht auf eine prospektive Antizipation stützen, weil ihr ein großes Unsicherheitspotential anhaftet, was darauf zurückzuführen ist, dass die Aussagekraft eines Indizes erst in Relation zu anderen Indizien richtig bewertet werden kann.²⁷⁵ Im Gegensatz dazu ist die retrospektive Antizipation zuverlässig, wenn sie beim Ende der Beweisaufnahme in einer abschließenden Gesamtbewiswürdigung erfolgt. Falls das Gericht seine Bewertung der Beweislage in der Urteilsberatung abändert, ist ein Wiedereintritt in die Beweisaufnahme nicht ausgeschlossen.²⁷⁶ Nur dadurch kann der Zweifel gegen die Vereinbarkeit dieser Beweisantizipation mit der Wahrheitsfindung entkräftet werden.²⁷⁷

Nach dem Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit muss das Gericht auch keine Beweisaufnahme durchführen, wenn die zu beweisende Tatsache aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung ist. Tatsächlich unerheblich ist eine Tatsache, die keinen Zusammenhang mit der abzuurteilenden Tat hat, oder trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihres Erwiesenseins keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt haben könnte. Das ist der Fall, wenn mangels eines gültigen Erfahrungssatzes eine Tatsache an sich nicht geeignet ist, einen Schluss auf eine Haupttatsache oder den Beweiswert eines Beweismittels zuzulassen, oder wenn das Gericht den vom Antragsteller intendierten Schluss, den es im Falle der Bestätigung der unter Beweis gestellten Indiz- oder Hilfstatsache ziehen soll, aufgrund anderweitiger Beweise bereits gezogen hat, oder wenn eine Indiz- oder Hilfstatsache keinen zwingenden, sondern lediglich einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht in Ansehung der gesamten Beweislage den möglichen Schluss nicht ziehen will.²⁷⁸

Zusammenfassend sind die prospektive und retrospektive Antizipation der tatsächlichen Erheblichkeit einer Indiz- oder Hilfstatsache in beiden Gebieten im gleichen Umfang erlaubt.

²⁷⁵ Köhler, Inquisitionsprinzip, S. 33 f.

²⁷⁶ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 212; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 244, Rn. 56; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 299 Fn. 1561.

²⁷⁷ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1159; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 220; Schülenburg, Verbot, S. 136 ff.; Perron, Beweisantragsrecht, S. 227; Köhler, Inquisitionsprinzip, S. 33 f.; Kühl, Prozeßgegenstand, S. 75 f.; Anders, Beweiserhebungskontrollen, S. 154 ff. SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 138 weist zwar richtig darauf hin, dass vor dem Hintergrund „der sich nicht in einer logischen Deduktion erschöpfenden Natur der richterlichen Überzeugungsbildung“ diese Antizipation und der dadurch verursachte Verzicht auf Beweisführung nicht völlig harmlos sind. Dieser Gefahr kann aber durch revisionsrechtliche Kontrolle entgegengewirkt werden, ohne das Gericht unter Zwang zu stellen, über sämtliche Indiztatsachen Beweis zu führen, deren Bedeutung für die Entscheidung nicht von vornherein zu verneinen ist.

²⁷⁸ BGH NSTZ 2014, 111; BGH StV 2015, 83; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 220 ff.; KK-Krehl, § 244 Rn. 143; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1150 ff.

dd) Zulässigkeit der Beweisantizipation
hinsichtlich des Beweiswertes eines Beweismittels

Der Beweiswert eines Beweismittels lässt sich aufgrund seiner Eignung und seiner Beweiskraft beurteilen.

Die auf der Grundlage des gegenwärtigen Beweisergebnisses vorweggenommene Bewertung, dass ein Beweismittel zum Nachweis der Beweistatsache absolut ungeeignet ist, enthält immer die Gefahr, dass ein sachdienlicher Beweis fehlerhaft übergegangen wird. Im Gegensatz dazu ist es zuverlässig, aufgrund logischer Denkmethoden oder naturwissenschaftlicher Erkenntnisse prospektiv zu prognostizieren, dass die Beweistatsache an sich unbeweisbar ist oder dass die Beweistatsache aufgrund konkreter Eigenschaften des konkret ins Auge gefassten Beweismittels nicht bewiesen werden kann. Ausnahmsweise kann die Prognose auch mit dem kumulativen Zusammentreffen mehrerer Besonderheiten des Einzelfalles begründet werden, die bei wertender Betrachtung nachvollziehbar für jedermann die Beweismittleignung als ausgeschlossen erscheinen lassen. Beispielsweise kann der Inhaber eines großen Unternehmens nach mehreren Jahren nicht mehr wissen, an wen er einen bestimmten geringwertigen Gebrauchsgegenstand geliefert hat, sofern es sich nicht um einen Verkauf handelt, der durch die Bücher ging.²⁷⁹

Da die Beweiskraft eines Beweises maßgeblich von dem subjektiven Eindruck des Richters bestimmt wird, birgt eine vorweggenommene Beurteilung ohne Beweiserhebung mehr als ein zu tolerierendes Risiko der Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung und ist mit der Suche nach materieller Wahrheit unvereinbar, gleichgültig, ob sie prospektiv oder retrospektiv erfolgt ist.²⁸⁰

Falls ein Beweisantrag ein Beweismittel benennt, das nach sicherer Lebenserfahrung die behauptete Beweistatsache nicht bestätigen kann, findet der Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit seine Anwendung. Eine absolute völlige Ungeeignetheit liegt vor, wenn ein Zeuge den Sachverhalt, den er wahrgenommen haben soll, aus physischem oder psychischem Unvermögen gar nicht wahrgenommen haben kann oder trotz der Wahrnehmung ihn nicht wiedergeben kann,

²⁷⁹ *Schulenburg*, Verbot, S. 151 ff.; vgl. *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 230 ff.; *LR-Gollwitzer*, 25. Aufl., § 244, Rn. 282; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1177 ff.; *ter Veen*, Beweisumfang, S. 136 ff.; *Engels*, GA 1981, 21, 28 Fn. 37.

²⁸⁰ Es wird behauptet, dass eine Ausnahme darin besteht, dass die Antizipation auf das kumulative Zusammentreffen mehrerer besonders hinzutretenden, für jedermann nachvollziehbaren tatsächlichen Umständen beruht, das es versagt, dass das Beweismittel Einfluss auf die richterliche Überzeugungsbildung gewinnen dürfte (*Schulenburg*, Verbot, S. 156 ff.; vgl. *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1189 ff.; *KK-Krehl*, § 244 Rn. 153). Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da eine solche Beweisantizipation sich nicht auf sichere Lebenserfahrung stützt und Gefahr für die Wahrheitsermittlung mit sich bringt (*LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 235, 237; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1195).

während eine relative völlige Ungeeignetheit in Fällen bejaht wird, in denen ein Zeuge zu der unter Beweis gestellten Tatsache nichts bekunden kann, weil nach der Sachlage alles dagegen spricht, dass er den zu beweisenden Umstand überhaupt wahrgenommen oder im Gedächtnis behalten hat oder er durch (erneute) Anwendung der Ordnungs- und Zwangsmittel zur Aussage gezwungen werden kann, und auch keine Besonderheiten des Sachverhalts ersichtlich sind oder behauptet werden, die das Gegenteil als möglich erscheinen lassen.²⁸¹ Darüber hinaus sieht die Rechtsprechung einen Zeugen auch als ein völlig ungeeignetes Beweismittel an, falls er in seltenen Ausnahmefällen wegen des Zusammentreffens mehrerer besonderer Umstände so offensichtlich unglaubwürdig ist, dass seine Aussage überhaupt keine Beweiskraft haben soll. Doch wird diese Auffassung in der Literatur weitgehend abgelehnt, da eine solche Antizipation schlicht unzulässig sei.²⁸²

Außerdem kann ein Beweisantrag zurückgewiesen werden, wenn eine Beweiserhebung in der Hauptverhandlung nicht durchzuführen ist, weil das benannte Beweismittel aus tatsächlichen Gründen bzw. aus Rechtsgründen nicht beizubringen ist. Da die Einteilung in tatsächliche und rechtliche Unerreichbarkeit nicht scharf abzugrenzen ist, sondern viele Überschneidungen erzeugt,²⁸³ wird hier nicht diese Differenzierung, sondern diejenige zwischen absoluter und relativer Unerreichbarkeit vertreten.

Absolut unerreichbar ist ein Beweismittel, das nicht oder nicht mehr besteht, wie z.B. ein gestorbener Zeuge, während ein Beweismittel als relativ unerreichbar bezeichnet werden kann, wenn die nach der Sachlage gebotenen Bemühungen, es beizubringen, erfolglos geblieben sind und auch keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen.²⁸⁴ Bei relativer Unerreichbarkeit unterscheidet man zwischen Fällen, bei denen der Aufenthalt des Zeugen unbekannt ist, und Fällen, bei denen diese Information bekannt ist. In der ersten Konstellation muss das Gericht nicht nur nicht eindeutig aussichtslose Routineermittlungen durchführen, sondern auch darüber hinausgehende Anstrengungen unternehmen, bevor es die Erreichbarkeit dieses Beweismittels verneinen darf. Der Umfang dieser Anstrengungen ist von der Prognose hinsichtlich des Beweis-

²⁸¹ KK-Krehl, § 244 Rn. 149 ff.; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 230 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1177 ff., 1196 ff.; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 145 ff. inkl. Kritik gegen prospektive Antizipation der Beweismittelleignung aufgrund des kumulativen Zusammentreffens mehrerer Besonderheiten.

²⁸² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 235, 237; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1187 ff.; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 147.

²⁸³ Hoffmann, Der unerreichbare Zeuge, S. 92 ff. Beispielsweise ist die Zuordnung konkreter Fallgruppen zu der tatsächlichen sowie der rechtlichen Unerreichbarkeit unterschiedlich bei LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 246 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1212 ff.

²⁸⁴ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 246; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1210 f.

wertes der zu erwartenden Aussage (inklusive der Beweismittleignung und der Beweiskraft), ihrer Bedeutung für die zu treffende Entscheidung (inklusive der Erheblichkeit der Beweistatsache und des Beweisergebnisses), von der Bedeutung der Sache, von der Einschätzung der Erfolgsaussichten der dem Gericht offen stehenden Möglichkeiten zur Beweismittelbeibringung sowie von dem Beschleunigungsgebot abhängig und wird durch eine Abwägung bestimmt.²⁸⁵ Selbst bei bekanntem Aufenthalt stellt ein Zeuge ein unerreichbares Beweismittel dar, wenn seine Vernehmung durch z. B. schwere Krankheit gehindert wird und in absehbarer Zeit unmöglich ist, sodass auch ein Zuwarten durch eine nach Abwägung aller im konkreten Fall hereinspielenden Gesichtspunkte als angemessen anzusehende Verschiebung der Hauptverhandlung nicht helfen kann. Ein Zeuge mit bekanntem Aufenthalt ist auch unerreichbar, wenn er zur Aussage nicht bereit ist und auch nicht dazu gezwungen werden kann, beispielsweise, wenn der Zeuge sich im Ausland aufhält und trotz einer förmlichen Ladung oder anderer nach der Sachlage nicht von vornherein aussichtsloser Bemühungen des Gerichts jede Aussage ablehnt.²⁸⁶

Dennoch ist ein Zeuge nicht relativ unerreichbar, wenn zwar seine persönliche Aussage vor dem Gericht nicht zu bewirken ist, jedoch eine kommissarische Vernehmung oder eine audiovisuelle Vernehmung als Ersatz möglich ist. Es sei denn, dass dieser Ersatz zur Sachverhaltsaufklärung für völlig untauglich gehalten wird, weil sich dabei aufgrund der besonderen Beweislage die Glaubwürdigkeit eines Zeugen überhaupt nicht richtig bewerten lässt und seiner Aussage daher die Beweiskraft abgesprochen wird.²⁸⁷ Gegen diese Ansicht der Rechtsprechung werden im Schrifttum zahlreiche Einwände erhoben, die auf die Gefahr dieser Antizipation für die Sachverhaltsaufklärung hinweisen.²⁸⁸

Unter dem Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit sind zwar die Bedeutung der Beweistatsache, der Sachverhaltsmodifikationscharakter des Beweisergebnisses und der Beweiswert des Beweismittels zu prognostizieren. Darunter verneint aber allein die prospektive Einschätzung hinsichtlich der Beweiskraft der kommissarischen Vernehmung oder der audiovisuellen Vernehmung die Sachdienlichkeit einer Beweiserhebung und entspricht der hier vertretenen Definition der Beweisantizipation, während alle anderen Prognosen positive Ergebnisse haben

²⁸⁵ KK-Krehl, § 244 Rn. 160; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 248; Schulenburg, Verbot, S. 238 ff.; Julius, Unerreichbarkeit, S. 65 ff.; ablehnend Julius, Unerreichbarkeit, S. 95 ff.; Herdegen, NSTz 1984, 337, 338; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1210, 1214.

²⁸⁶ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1226, 1231 ff.; KK-Krehl, § 244 Rn. 167; Hoffmann, Der unerreichbare Zeuge, S. 107 ff.; Julius, Unerreichbarkeit, S. 144 ff., 169.

²⁸⁷ BGHSt 13, 300; 22, 118; BGH NSTz 2015, 102; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 259 f.; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 156 f.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1220 ff.

²⁸⁸ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 157; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1222; vgl. Herdegen, NSTz 1984, 337, 340.

müssen, da anderenfalls die anderen Ablehnungsgründe schon vor Unerreichbarkeit eingreifen würden.²⁸⁹

Folglich kann man den Schluss ziehen, dass die Ablehnungsgründe der völligen Ungeeignetheit und der Unerreichbarkeit mehr prospektive Antizipation hinsichtlich der Beweiskraft eines Beweismittels zulassen als die Aufklärungspflicht.

ee) Zulässigkeit der Beweisantizipation hinsichtlich
des Sachverhaltsmodifikationscharakters des Beweisergebnisses

(1) Prospektive Antizipation

Bezüglich des Sachverhaltsmodifikationscharakters einer Beweiserhebung birgt die prospektive Antizipation wegen ihres höchst spekulativen Charakters grundsätzlich eine große Gefahr für die zuverlässige Wahrheitsermittlung, es sei denn, dass die zu beweisende Tatsache oder ihr Gegenteil offenkundig ist und sich die Prognose darauf stützt. Mit der Annahme der Offenkundigkeit, nämlich Allgemeinkundigkeit oder Gerichtskundigkeit, wird das Vorliegen bestimmter Tatsachen als gegeben angesehen, ohne festzustellen, dass diese Tatsachen auch in jedem Fall wahr sind. Daher ist es möglich, dass eine solche Unterstellung durch konkrete Anhaltspunkte des Einzelfalls widerlegt wird. Findet die Widerlegung nicht statt, widerspricht die Prognose der Offenkundigkeit den normativen Grenzen der Wahrheitserforschung nicht.²⁹⁰

Der Ablehnungsgrund der Offenkundigkeit gestattet dieselbe prospektive Antizipation²⁹¹ wie die Aufklärungspflicht. Unter Berufung darauf kann das Gericht einen Beweisantrag zurückweisen, falls die unter Beweis gestellte Beweistatsache oder ihr Gegenteil allgemein sicher bekannt oder zumindest von einem Richter in seiner amtlichen Eigenschaft zuverlässig in Erfahrung gebracht ist.²⁹² Der Antragsteller kann eine Beweiserhebung aber trotzdem auslösen, indem er im Antrag neue Tatsachen oder Erfahrungssätze vorträgt und schlüssig dartut, weshalb

²⁸⁹ Wenn ein Beweisantrag fehlerhaft wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels zurückgewiesen wird, indem die notwendigen Anstrengungen für die Beweismittelbeschaffung unterschätzt werden und ein Beweismittel, das hätte beigebracht werden sollen, als unerreichbar angesehen wird, sind nicht diese positiven Prognosen dafür verantwortlich, sondern die unzutreffende Einschätzung der Erfolgsaussichten der Möglichkeiten zur Beweismittelbeibringung sowie die Erwägung des Beschleunigungsgebots. Für die verhinderte Wahrheitserforschung ist nämlich nicht die Beweisantizipation ursächlich, sondern andere Elemente.

²⁹⁰ *Schulenburg*, Verbot, S. 144 ff.; vgl. *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 203 ff.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1049 ff.

²⁹¹ *Paulus*, FS Fezer, 243, 259 f.

²⁹² *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 203 ff.; *SK-Frister*, 5. Aufl., § 244, Rn. 114 ff.; *KK-Krehl*, § 244 Rn. 130 ff.; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1049 ff.

die Beweisaufnahme geeignet ist, die bisher angenommene Offenkundigkeit zu erschüttern.²⁹³

(2) Retrospektive Antizipation

Die Zulässigkeit der retrospektiven Antizipation hinsichtlich des Sachverhaltsmodifikationscharakters einer weiteren Beweisaufnahme ist davon abhängig, ob nach einer umfangreichen Aufklärung zu einer Beweistatsache völlig eindeutige Feststellungen getroffen wurden.²⁹⁴

Eine erlaubte vorweggenommene Beweiswürdigung dieser Art setzt voraus, dass eindeutige Feststellungen vorhanden sind, welche sich mit der zu beweisenden Tatsache decken. Nur so lässt sich mit größtmöglicher Sicherheit ausschließen, dass eine Beweiserhebung irgendeine Sachverhaltsergänzung oder -veränderung mit sich bringt und dadurch der Wahrheitsfindung dienlich ist.²⁹⁵ Dieselbe Antizipation lässt auch das Beweisantragsrecht zu. Mit dem Ablehnungsgrund des Erwiesenseins kann das Gericht einen Beweisantrag ablehnen, wenn es aufgrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme die unter Beweis gestellte Tatsache schon für wahr hält.²⁹⁶

Weicht die zu beweisende Tatsache hingegen von dem bisherigen Beweisergebnis ab, kann man den Sachverhaltsveränderungscharakter der Beweiserhebung in Ausnahmefällen immer noch negativ antizipieren, ohne die Suche nach der Wahrheit zu gefährden. Wenn auf der einen Seite die bisherige Beweisaufnahme eine besondere Dichte hat und zu einem erdrückenden Ergebnis führt, was eine bloße Sachverhaltsbestätigung durch eine weitere Beweisführung impliziert,²⁹⁷ und auf der anderen Seite die Eigenschaft des Beweismittels aussagefähige Indizien gegen das Beweisgelingen liefert,²⁹⁸ lässt sich auf eine für jedermann nachvollziehbare Art und Weise ausschließen, dass die weitere Beweiserhebung zu einer Sachverhaltsmodifikation führt. Sind beispielsweise bei einem Fußballspiel wegen einer Schlägerei zwischen zwei Fußballspielern mehrere Zuschauer, die in unterschiedlichen Teilen des Stadions saßen und das Ereignis daher aus verschiedenen Perspektiven beobachtet haben, als Zeugen in der Hauptverhandlung vernommen worden und berichteten übereinstimmend darüber, dass

²⁹³ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 203; KK-Krehl, § 244 Rn. 134, 136; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 765 ff.

²⁹⁴ Schulenburg, Verbot, S. 119 ff., 172; vgl. Schlüchter, Weniger ist mehr, S. 45; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 244, Rn. 12; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 49; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 22 Fn. 46.

²⁹⁵ Schulenburg, Verbot, S. 180, 182; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 22; ders., ZStW 105 (1993), 340, 358 f.

²⁹⁶ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 140; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 228; KK-Krehl, § 244 Rn. 148; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1164 ff.

²⁹⁷ Vgl. Holz, GA 2016, 639, 648 f.

²⁹⁸ Vgl. Holz, GA 2016, 639, 650; Schulenburg, Verbot, S. 215 f.

die Schlägerei durch einen Faustschlag des A in das Gesicht des B ausgelöst wurde, wird der Richter seiner Aufklärungspflicht auch dann gerecht, wenn er auf die Vernehmung eines weiteren Zuschauers, der angeblich beweisen soll, dass B zuerst den A schlug, aus dem Grund verzichtet, dass dieses Beweismittel von der gleichen Art der zuvor angeführten Beweismittel ist, was in Kombination mit der vorliegenden Beweislage eine Sachverhaltsveränderung mit größtmöglicher Sicherheit ausschließt.²⁹⁹

Auf den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht kann das Gericht sich erst berufen, wenn auch nach seiner Auffassung die beantragte Beweiserhebung der Wahrheitsermittlung nicht dient.³⁰⁰ Die dadurch verlangte vorweggenommene Beweiswürdigung kann nicht diejenigen sein, die bereits durch andere Ablehnungsgründe gestattet werden, da anderenfalls das Gericht dazu tendieren würde, sich einfach an die anderen Ablehnungsgründe zu halten, um die sehr aufwändige Begründungsarbeit für den Verzögerungszweck des Antragstellers³⁰¹ zu ersparen.³⁰² Infolgedessen sind alle in den letzten Abschnitten erörterten Spielarten der Beweisantizipation ausgeschlossen. Denkbar ist nur noch diejenige Prognose, nach der eine beantragte Beweisaufnahme, die das bisherige Beweisergebnis in Zweifel ziehen soll, keinen Erfolg haben kann. Zu den Indizien, die dieser Antizipation zugrunde liegen und deren Zuverlässigkeit gewährleisten, zählen hauptsächlich die bereits unternommene, besonders intensive Beweisführung, die dadurch erzielten, völlig eindeutigen Feststellungen und die Besonderheit des angebotenen Beweismittels, die gegen das Gelingen des Beweises spricht.³⁰³ Als zusätzliche Indizien zu berücksichtigen sind noch die Stellung des Beweisantrags, der anders als ein Beweishinweis, der auch eine bestimmte Beweistatsache sowie ein konkretes Beweismittel benennt, die Beweiserhebung ernsthaft verlangt und damit ihren Erfolg indiziert,³⁰⁴ sowie die mangelnde Ernsthaftigkeit der Antragstellung, die aufgrund tragfähiger Indizien festgestellt werden muss und die indizielle Wirkung des Beweisantrags ausgleichen kann.³⁰⁵ Die dadurch verursachte Überschneidung zwischen den zwei Merkmalen dieses Ablehnungsgrundes ist marginal und beeinträchtigt ihre Unabhängigkeit nicht: Zunächst wird die Verschleppungsabsicht ohne Bezug auf die Sachdienlichkeit der beantragten Beweisaufnahme aus richterlicher Perspektive ermittelt. Dazu

²⁹⁹ Vgl. *Schulenburg*, Verbot, S. 187, 215 f.; *Schmidt-Hieber*, JuS 1985, 291, 293 f.

³⁰⁰ LR-*Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 269; SK-*Frister*, 5. Aufl., § 244, Rn. 167, 173; KK-*Krehl*, § 244 Rn. 176; *Schweckendieck*, NSTz 1991, 109, 110.

³⁰¹ LR-*Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 270 ff.; SK-*Frister*, 5. Aufl., § 244, Rn. 173 ff.; KK-*Krehl*, § 244 Rn. 179 ff.; *Schweckendieck*, NSTz 1991, 109, 110.

³⁰² Der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht ist „faktisch subsidiär gegenüber den anderen Ablehnungsgründen“, s. LR-*Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 267; KK-*Krehl*, § 244 Rn. 176.

³⁰³ *Holz*, GA 2016, 639, 648 ff.

³⁰⁴ Vgl. *Schulenburg*, Verbot, S. 190 ff.

³⁰⁵ Vgl. *Holz*, GA 2016, 639, 649, 654; *Schulenburg*, Verbot, S. 199 f.

wird die Feststellung hinsichtlich des Beitrags der Beweisführung zur Wahrheitsfindung zwar durch den Verzögerungszweck des Antragstellers beeinflusst, sie stützt sich jedoch primär auf andere Indizien.

An dieser Stelle wird deutlich, dass die Aufklärungspflicht im relativen größeren Umfang gestattet, dass der Richter bei Abweichung der zu beweisenden Tatsache von den eindeutigen Feststellungen aufgrund bisheriger Beweisaufnahme das Beweisgelingen retrospektiv antizipiert. Dieser Unterschied ist aber nicht darauf zurückzuführen, dass das Antizipationsverbot und seine Ausnahme in der jeweiligen Gebiet einer unterschiedlichen Logik folgen, sondern darauf, dass die Sachlage je nach dem Bereich variiert.

In Fällen, in denen die bisherige Beweisaufnahme zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, ist aus der Perspektive der Wahrheitsfindung ausnahmsweise zuverlässig und zulässig, die Sachverhaltsmodifikationsfunktion einer weiteren Beweiserhebung retrospektiv zu antizipieren. Falls auf der einen Seite trotz erschöpfender Ermittlung eine unmittelbar erhebliche, entlastende Tatsache weder bewiesen noch widerlegt ist, und auf der anderen Seite ein Beweishinweis auf die Richtigkeit dieser Haupttatsache hindeutet, kann man schon im Vorweg mit größtmöglicher Sicherheit ausschließen, dass eine weitere Beweisaufnahme das Urteil irgendwie beeinflussen kann. Dies lässt sich damit begründen, dass in solchen Konstellationen problemlos davon ausgegangen werden kann, dass die entlastende Haupttatsache nicht durch die weitere Beweiserhebung widerlegt wird, sondern entweder bewiesen wird oder unwiderlegt bleibt und gemäß dem Grundsatz in dubio pro reo das Erwiesensein einer entlastenden Haupttatsache und ihre Unwiderlegbarkeit die gleiche Auswirkung haben.³⁰⁶

Unter Berufung auf den Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung kann das Gericht eine beantragte Beweisaufnahme übergehen, wenn es ausschließen kann,

³⁰⁶ Vgl. LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 289; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 186; Born, Wahrunterstellung, S. 245 ff., 253. Diese retrospektive Antizipation gilt nur für Haupttatsachen, nicht auch für Indiztatsachen, s. SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 190 ff.; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 295 f.; a.M. Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1288 ff.; Born, Wahrunterstellung, S. 242 ff., 254; Schulenburg, Verbot, S. 253 ff.; Börner, Legitimation, S. 524 f. Schulenburg behauptet, dass auch bei einer erheblichen und entlastenden Indiztatsache solche Antizipation erlaubt sei, wenn schon die belastenden Indizien ausgeschöpft worden seien und nicht ausreichen, um eine dem Angeklagten nachteilige Entscheidung zu begründen. Hier werde der Grundsatz „in dubio pro reo“ nicht rechtswidrig auf das einzelne entlastende Indiz, sondern zulässig auf die Gesamtheit der übrigen belastenden Feststellungen angewendet. Bei genauer Betrachtung bemerkt man jedoch, dass dieser Weg am Ende zurück zur Beweisantizipation hinsichtlich der Haupttatsache führt. Die Anforderung, dass belastende Beweise an sich nicht ausreichend sind, wird aus dem Grund hinzugefügt, dass nur damit sich ein Schluss auf eine dem Angeklagten günstige Haupttatsache aufgrund der Unwiderlegbarkeit der entlastenden Indiztatsache ziehen lässt. Erst auf dieser Grundlage findet der Zweifelsatz seine Anwendung. Die retrospektive Antizipation hinsichtlich einer Indiztatsache ist an sich nicht zulässig.

dass diese Beweiserhebung die behauptete, erhebliche und rein entlastende Tatsache, die zwar beweisbar, aber nach erschöpfender Ermittlung weder bewiesen noch widerlegt ist, widerlegen wird. Es muss dem Antragsteller aber versprechen, dass es bei der Urteilsfindung die Beweistatsache als bestätigt ansehen und in einer dem Angeklagten günstigen Weise verwenden wird.³⁰⁷ Handelt es sich um eine entlastende Haupttatsache, liegt dieser Handhabung ein Vorgriff auf den Grundsatz in dubio pro reo zugrunde, demgemäß die Unwiderlegbarkeit der entlastenden Haupttatsache dieselbe Auswirkung auf die Urteilsfindung hat wie ihre Bestätigung.³⁰⁸ Im Vergleich dazu lässt es sich nicht klären, wieso nach der Rechtsprechung auch eine Indiz- oder Hilfstatsache als wahr unterstellt werden kann, da der Zweifelssatz darauf keine Anwendung findet und die Unwiderlegbarkeit der Beweistatsache ihrer Erwiesenheit nicht gleichkommt. Unklar ist auch, ob das Gericht aufgrund der als wahr unterstellten Indiz- oder Hilfstatsache auch den vom Antragsteller erstrebten Schluss auf die entlastende Haupttatsache ziehen muss, denn die Indiz- oder Hilfstatsache wäre gerade nicht erheblich, falls das Gericht nicht so verfährt, während die Wahrheitsermittlung beeinträchtigt würde, wenn das Gericht unter Vernachlässigung einer Auseinandersetzung mit allen belastenden Indizien diesen Schluss zieht.³⁰⁹ Neben einer positiven Prognose über die Erheblichkeit der Beweistatsache, die hier nicht als Beweisantizipation definiert ist, verlangt der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung eine retrospektive Antizipation hinsichtlich des Sachverhaltsmodifikationscharakters des zu erwartenden Beweisergebnisses bei fehlenden eindeutigen Feststellungen der bisherigen Beweisaufnahme. Falls man die bedenkliche vorweggenommene Beweiswürdigung hinsichtlich des Ergebnisses der Beweiserhebung zu einer Indiz- oder Hilfstatsache beiseitelässt, ist hier die gleiche Beweisantizipation statthaft wie im Rahmen der Aufklärungspflicht.

ff) Zwischenergebnis

Folglich lässt sich der Schluss ziehen, dass die Amtsaufklärungspflicht und das Beweisantragsrecht die Beweisantizipation grundsätzlich im gleichen Maße ge-

³⁰⁷ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 288 f.; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 186 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 184; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1267 ff.; Born, Wahrunterstellung, S. 245 ff.

³⁰⁸ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 186; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 289; KK-Krehl, § 244 Rn. 184; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1286; Herdegen, NStZ 1984, 337, 340. Nach Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 494 ist dieser Ablehnungsgrund im Prinzip der Verfahrensökonomie verankert und durch „in dubio pro reo“ lediglich begrenzt; zustimmend Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 19; vgl. Born, Wahrunterstellung, S. 99 ff.

³⁰⁹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 288, 290 ff., 296; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 190 ff.; in der Tat ähnlich Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1288 ff.; Born, Wahrunterstellung, S. 242 ff., 254; Schulenburg, Verbot, S. 253 ff.; Börner, Legitimation, S. 524 f., indem sie akzeptieren, dass die Wahrunterstellung einer Indiz- oder Hilfstatsache durch die Wahrunterstellung einer Haupttatsache erfolgt.

statten. Als Ausnahmen sind im Rahmen des Beweisantragsrechts in Fällen ohne eindeutige Feststellungen mehr retrospektive Antizipationsmöglichkeiten hinsichtlich des Beweisergebnisses zulässig (bei dem Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung) und mehr prospektive Antizipationsmöglichkeiten hinsichtlich der Beweiskraft eines Beweismittels statthaft (bei den Ablehnungsgründen der völligen Ungeeignetheit und der Unerreichbarkeit), was, wie erwähnt, aus der Perspektive der Wahrheitsermittlung nicht erklärbar und auch nicht unbedenklich ist. Gleichzeitig bietet die Aufklärungspflicht vor dem Hintergrund einer erdrückenden Beweislage mehr Raum für retrospektive Antizipation hinsichtlich des Beweisergebnisses (als der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht). Dieser Unterschied ist aber gering und hat rein faktische Ursachen.

Daher kann der Inkongruenzlehre nicht gefolgt werden, welcher zufolge dieser kleine Unterschied darauf zurückzuführen sei, dass die Beweiserhebungspflicht in den zwei Bereichen unterschiedliche Wurzeln habe und deswegen verschiedene Ausmaße aufweise. Es ist nicht zu leugnen, dass das Beweisantragsrecht das bedeutendste Mittel des Angeklagten darstellt, das Strafverfahren zu beeinflussen bzw. mitzugestalten.³¹⁰ Diese Einflussnahme des Angeklagten darf aber nur durch die Teilnahme an der Sachverhaltsaufklärung erfolgen und muss deren Grenzen beachten. Das bedeutet vor allem, dass der Angeklagte mithilfe des Beweisantragsrechts keine Beweiserhebung erzwingen kann, die die Wahrheitsermittlung überhaupt nicht zu fördern vermag. Des Weiteren entsteht aus dem Beweisantragsrecht kein Anspruch des Angeklagten auf unendliche Annäherung an die objektive Wahrheit, oder genauer gesagt auf Ausschluss jedes auch abstrakten und unvernünftigen Zweifels. Fordert das strafprozessuale Ziel der Wahrheitserforschung zur Vermeidung eines endlosen Verfahrens nur den Ausschluss aller konkreten und vernünftigen Zweifel, kann das Beweisantragsrecht keine höheren Anforderungen stellen. Anderenfalls würde der Gesetzgeber die gesetzlichen Ablehnungsgründe nicht gestalten. D.h. das Beweisantragsrecht bildet auf der einen Seite eines der wichtigsten Angeklagtenrechte und steht der Verfahrensgerechtigkeit nahe, es wird aber auf der anderen Seite – wie die Aufklärungspflicht – dem Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung zugeordnet. Das Beweisantizipationsverbot ist für die Suche nach materieller Wahrheit unerlässlich, denn es gewährleistet, dass der in der abschließenden richterlichen Beweismwürdigung zu beurteilende Sachverhalt mit größtmöglicher Sicherheit vollständig festgestellt ist, und wirkt dadurch konkreten Gefahren für die Zuverlässigkeit der Sachverhaltsermittlung entgegen, was für seine einheitliche Geltung innerhalb von Amtsaufklärungspflicht und Beweisantragsrecht spricht.³¹¹ Folglich ist der Identitätslehre zuzustimmen, die behauptet, dass die Aufklärungspflicht und das

³¹⁰ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 207 f.; *Spiekermann*, Mißbrauch, S. 35; *Schulz*, StV 1991, 354, 358.

³¹¹ *Schulenburg*, Verbot, S. 225, 275, 277.

Beweisantragsrecht die Beweisantizipation in gleichem Maße gestatten, jedoch unter dem Vorbehalt, dass diese Gleichheit in Ausnahmefällen durchbrochen werden kann, in denen die Stellung eines Beweisantrags eine andere Sachlage erzeugt und die dem Antizipationsverbot zugrundeliegenden Wertungen gebieten, Ungleiches ungleich zu behandeln.

Grund dafür, dass das Antizipationsverbot in der juristischen Praxis je nach Gebiet einen unterschiedlichen Umfang hat bzw. im Rahmen des Beweisantragsrechts deutlich strenger wirkt, liegt hauptsächlich daran, dass die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht in der Praxis viel bedenklicher ist,³¹² obgleich in beiden Bereichen eine nicht zu verleugnende Diskrepanz zwischen dem dogmatischen Idealzustand und der Rechtswirklichkeit zu beobachten ist.³¹³ Einerseits ist es ohne die Orientierungs- bzw. Signalfunktion der gesetzlichen Ablehnungsgründe für den Richter schwieriger, sich ständig die Gefahren ins Bewusstsein zu rufen, die von einer vorweggenommenen Beweiswürdigung für die Zulässigkeit der Sachverhaltsfeststellung ausgehen.³¹⁴ Dabei ist darüber nachzudenken, ob und gegebenenfalls inwiefern das Missverständnis über die Geltung des Antizipationsverbots die Lage noch verschlimmert. Andererseits können ohne umfassende verfahrensrechtliche Garantien beim Beweisantragsrecht die Faktoren, die den Richter in eine unzulässige Beweisantizipation lenken, wie z.B. seine psychologische Begrenzung sowie seine zunehmende Arbeitsbelastung, nicht ausgeglichen werden.³¹⁵

II. Verfahrensrechtliche Garantien

Die unterschiedlichen Garantien für das Beweisantizipationsverbot in den zwei Gebieten lassen sich durch eine Gegenüberstellung der Behandlung der Beweisangebote und derjenigen der Beweisermittlungsanträge, mit denen ein Beweis zwar erstrebt wird, eine bestimmte Beweisbehauptung jedoch nicht aufgestellt oder ein bestimmtes Beweismittel nicht benannt wird,³¹⁶ sowie der Beweiserbieten, die alle Bestandteile eines Beweisantrags mit Ausnahme des Antrags selbst enthalten,³¹⁷ verdeutlichen.

³¹² Perron, *Beweisantragsrecht*, S. 219 f.; Herdegen, *Beweisantragsrecht*, S. 29; Fezer, *StV* 1995, 263, 268; E. Schmidt, *ZStW* 61 (1942), 429, 460.

³¹³ Das Problem bei dem Beweisantragsrecht s. Schulenburg, *Verbot*, S. 280; Fezer, *FG BGH*, 847, 869 f. Das Problem bei der Aufklärungspflicht s. BGH *NSiZ* 1994, 247, 248; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1153.

³¹⁴ Schulenburg, *Verbot*, S. 280; Perron, *Beweisantragsrecht*, S. 221 f.; E. Schmidt, *ZStW* 61 (1942), 429, 460.

³¹⁵ Perron, *Beweisantragsrecht*, S. 220, 383; A. Schmidt, *Beweiswürdigung*, S. 170; Schulz, *StV* 1991, 354, 361; Werle, *JZ* 1991, 789, 792 f.

³¹⁶ Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 180.

³¹⁷ Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 179.

Zu den Gewährleistungen innerhalb des Beweisantragsrechts zählt vor allem die Anforderung, dass ein Beweisantrag nur durch einen rechtzeitig verkündeten und begründeten Gerichtsbeschluss zurückgewiesen werden darf, der verständlich und lückenlos über die zur Ablehnung führenden tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen des Gerichts aufklären muss.³¹⁸ Dadurch wird vor allem eine Eigenkontrolle des Tatrichters aufgebaut, denn er darf sich nicht mit vorschnellen Entscheidungen zufrieden geben, die er auf den ersten Blick persönlich für zutreffend hielt, sondern muss seine Kritikfähigkeit schärfen und damit seine Entscheidung sowie die zugrundeliegenden Erwägungen überprüfen, um eine rationale, intersubjektiv nachvollziehbare Begründung des Gerichtsbeschlusses³¹⁹ liefern zu können.³²⁰ Zusätzlich wird der Antragsteller in die Lage versetzt, sich in seiner Verteidigung auf die Verfahrenslage einzustellen, die durch die Ablehnung des Beweisantrags entstanden ist, insbesondere weitere Anträge zu stellen,³²¹ weil die ausführliche Begründung auf die vorläufige tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Beweislage seitens des Gerichts sowie die ihr zugrundeliegenden Erwägungen hinweist und die Möglichkeiten zur weiteren Einflussnahme auf die Sachverhaltsaufklärung sichtbar macht.³²² Erfolgt die Zurückweisung fehlerfrei, kann der Antragsteller davon lernen und seine Verteidigungsstrategie entsprechend verändern. Verstößt demgegenüber eine Zurückweisung gegen das Antizipationsverbot, hat der Antragsteller aufgrund der gerichtlichen Begründung zu prüfen, ob sie auf irri- ge Verwendung der Erfahrungssätze (prospektive Antizipation) oder auf unzutreffende Bewertung der bisherigen Beweislage (retrospektive Antizipation) zurückzuführen ist, und kann durch weitere Antragstellung, insbesondere durch ihre Begründung, gezielt dagegen an- gehen.³²³ Dadurch können die Fehlorientierungen des Gerichts noch in der Hauptverhandlung erkannt und korrigiert werden, und folglich können Aufklärungslücken vermieden werden, die erst in einer mündlichen Urteilsbegründung offenbart werden, wodurch eine Korrektur noch innerhalb derselben Instanz unmöglich ist.³²⁴ Falls ein Verstoß gegen das Beweisantizipationsverbot nicht bereits in erster Instanz erkannt und durch nachgeholte Beweiserhebung geheilt wird, bietet die Revisionsinstanz noch eine Chance, die dadurch verursachten Aufklärungslücken festzustellen und im Nachhinein zu erfüllen. Mangels der Protokollierung der Beweisaufnahme selbst wird die revisionsgerichtliche Nachprüfung erst auf der Grundlage der tatgerichtlichen

³¹⁸ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1427; *Schulenburg*, Verbot, S. 278; *Schatz*, Beweis- antragsrecht, S. 253.

³¹⁹ *Herdegen*, Beweisantragsrecht, S. 28 f., 100 f., 104 f.; *Rieß*, GA 1978, 257, 265 ff.

³²⁰ *A. Schmidt*, Beweiswürdigung, S. 150; *Börner*, Legitimation, S. 520, 533 f.

³²¹ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1427; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 253.

³²² *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 205 ff., 253 f.; *Börner*, Legitimation, S. 505; *Nicklas*, Fristsetzung, S. 38, 44 ff.

³²³ *Börner*, Legitimation, S. 505.

³²⁴ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 253 f.; *Schünemann*, GA 1978, 161, 174, 178 f.

Begründung im Ablehnungsbeschluss und im Urteil ermöglicht. Das hat zur Folge, dass das Revisionsgericht insoweit auf die subjektiven Schilderungen des Tatgerichts angewiesen bleibt. Beim Beweisantragsrecht ist dies aber dank der konkreten objektiven Ablehnungsgründe nicht bedenklich, da sie auch in der subjektiven Darstellung des Tatgerichts nicht verzerrt werden können und ihm keine schwer zu kontrollierenden Beurteilungs- und Ermessensspielräume eröffnen.³²⁵ Für eine wirksame Revisionskontrolle von Bedeutung ist ferner, dass sowohl die Stellung und der Inhalt des Beweisantrags als auch die Verkündung sowie der Inhalt des Ablehnungsbeschlusses in die Sitzungsniederschrift aufgenommen werden müssen.³²⁶

Im Geltungsbereich der Aufklärungspflicht werden je nach der Art der Beweis-anregung Garantien mit unterschiedlicher Gewichtung angeboten, jedoch immer noch nicht so gewichtig wie in der Beweisantragssituation. Beweisermittlungsanträge sind echte Anträge, die beschieden werden müssen. Das geschieht vor allem in Form einer begründeten Verfügung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung.³²⁷ Wird diese Verfügung gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstandet, entscheidet das Gericht über die Beweiserhebung und hat im Fall der Antragsablehnung die antizipatorischen Erwägungen darzulegen, auf die es seine Überzeugung stützt, dass die verlangten Nachforschungen nicht geeignet seien, zur weiteren Sachaufklärung beizutragen.³²⁸ Ob diese Anforderungen an die Begründung wirklich ernst genommen werden, ist zweifelhaft, wenn man die Praxis berücksichtigt, dass in den Verfahren, in denen nur die Aufklärungspflicht zum Maßstab für die Entscheidung über die Beweisaufnahme gemacht wird (§§ 384 Abs. 3, 420 Abs. 4, 411 Abs. 2 S. 2 StPO), ein Beweisantrag zwar immer noch mit einem begründeten Beschluss abgelehnt werden sollte, jedoch schon die Begründungen genügen, dass die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei oder das Gericht das Gegenteil der Beweistatsache für erwiesen halte.³²⁹ Wie die Lage bei Beweisermittlungsanträgen aussieht, kann man sich gut vorstellen. Wird einem Beweiserbieten nicht entsprochen, bedarf es keines förmlichen Beschlusses, da es sich nur um einen Hinweis handelt und nicht etwa einen Antrag.³³⁰ Im Sitzungsprotokoll festzuhalten sind die Beweisermitt-

³²⁵ Perron, *Beweisantragsrecht*, S. 162 f., 180 f.

³²⁶ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 178 ff.

³²⁷ BGH NStZ 2008, 109, 110; 2009, 401. Nach der anderen Meinung ist keine ausdrückliche Bescheidung in der Hauptverhandlung nötig und eine Behandlung in den Urteilsgründen kann ausreichen, soll aber auch nicht immer erforderlich sein, s. BGH NStZ 1982, 296, 297; 2001 160, 161.

³²⁸ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 165 f.

³²⁹ Vgl. BT-Drs. 12/6853, S. 36; KG Berlin, Urteil vom 12.01.2015 – (2) 161 Ss 174/14 (38/14); Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 420, Rn. 11; KK-Graf, § 420, Rn. 8; Schulenburg, Verbot, S. 278.

³³⁰ BGH NStZ 2001, 160, 161; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 170.

lunsanträge und die ablehnenden Beschlüsse des Gerichts darüber. Beweiserbieten fallen nicht unter die Protokollierungspflicht.³³¹

Eine effektive Revisionskontrolle ist ein integraler Bestandteil der gesetzlichen Konzeption des Beweisantragsrechts, da eine den Vorgaben der gesetzlichen Regelung entsprechende Behandlung der Beweisanträge ohne drohende revisionsgerichtliche Beanstandung und Zurückverweisung nicht selbstverständlich ist, und zwar vor allem deshalb nicht, weil der Beweisantrag darauf abzielt, das erkennende Gericht zu einer Beweiserhebung zu zwingen, die es selbst gerade für überflüssig hält, und dessen bisherige Sachverhaltseinschätzung anzugreifen. Ohne wirksame Revisionskontrolle mit ihrer „Vorwirkung“ auf die Praxis des Tatgerichts ist eine echtes, verbindliches Beweisantragsrecht nicht denkbar, was auch durch die Entstehungsgeschichte des Beweisantragsrechts bestätigt werden kann.³³² Aus demselben Grund wird die richterliche Aufklärungspflicht auch durch die Revision gesichert. Dennoch sind die Erfolgsaussichten einer Revisionsrüge, die sich auf die rechtsfehlerhafte Behandlung eines Beweisantrages stützt, erheblich größer als etwa bei der Rüge, das Gericht habe seine Aufklärungspflicht verletzt. Der Grund liegt in der unterschiedlichen Darlegungslast sowie den Prüfungsmaßstäben der zwei Rügen.³³³

Erstens sind bei der Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts die formellen Anforderungen leichter zu erfüllen.³³⁴ In der Regel braucht der Revisionsführer nur den Inhalt des Antrags nebst Begründung und der darin in Bezug genommenen Aktenbestandteile sowie des gerichtlichen Ablehnungsbeschlusses einschließlich der darin in Bezug genommenen Aktenbestandteile vollständig im Wortlaut oder unter vollständiger Anführung aller wesentlichen Tatsachen sinngemäß mitzuteilen. Wenn die Begründung nicht bereits selbst die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung erkennen lässt, sind zudem noch alle Tatsachen, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses ergeben soll, anzuführen.³³⁵ Im Gegensatz dazu müssen bei einer Aufklärungsrüge die unterlassene Aufklärungsmaßnahme und ihre Notwendigkeit unter lückenloser Angabe aller erforderlichen Tatsachen schlüssig dargelegt werden, inklusive der Ausführung, welche konkrete Tatsache das Gericht hätte aufklären müssen, welches genau und bestimmt bezeichnete, geeignete und erreichbare Beweismittel das Gericht hätte heranziehen müssen oder welche konkrete Maßnahmen das Gericht hätte ergreifen müssen, um die zu erhebenden Beweise zu ermitteln, aus welchen Gründen das

³³¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 178, 180.

³³² Perron, Beweisantragsrecht, S. 162 f., 179; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.

³³³ Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.; Börner, Legitimation, S. 496 f.

³³⁴ Börner, Legitimation, S. 496 f.; vgl. Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 450.

³³⁵ BGH NJW 1998, 2229; 1998, 3284; 2002, 1508, 1509; BGH StV 2004, 578, 579; Hamm, Revision, Rn. 660, 663 ff.; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.

Gericht die weitere Aufklärungsmöglichkeit ersehen konnte, welche Sachverhaltsannahme oder welcher Beweisgrund des Urteils bei erfolgreicher Durchführung der unterbliebenen Beweiserhebung entfallen, und welches bestimmte, für den Revisionsführer günstige Beweisergebnis dadurch erreicht worden wäre, gegebenenfalls auch, mit welcher Begründung das Gericht die gestellte Beweisanregung abgelehnt hat.³³⁶ Auffällig ist, dass sich in den letzten Jahrzehnten eine Verschärfung der Anforderungen an die Begründung der Verfahrensrüge beobachten lässt, indem die Rechtsprechung ungeachtet des Wortlautes des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO einen Vortrag der sogenannten Negativtatsachen verlangt, d.h. derjenigen Tatsachen, die dem Erfolg der Rüge möglicherweise abträglich sind.³³⁷ Das führt dazu, dass sowohl Beweisantragsrügen als auch Aufklärungsrügen mit größerer Wahrscheinlichkeit als unzulässig verworfen werden.³³⁸

Zweitens unterliegt bei der Beweisantragsrüge die Entscheidung des Tatgerichts einer strengeren und umfassenderen revisionsgerichtlichen Kontrolle.³³⁹ Vor allem zwingen die tatbestandlich definierten Ablehnungsgründe für den Beweisantrag nicht nur das Tatgericht zu einer Argumentation „unmittelbar am Gesetz“, sondern geben dem Revisionsgericht auch klare, objektivierte Kriterien für die Überprüfung der Ablehnungsentscheidung an die Hand.³⁴⁰ Im Geltungsbereich der Aufklärungspflicht sind die Prüfungsmaßstäbe nicht durch Rechtsprechung auf diese Art und Weise konkretisiert und formalisiert, was eine gleich feine Kontrolle fast unmöglich macht.³⁴¹ Dieser Unterschied kann erst verringert werden, wenn die oben beschriebene Systematik des Antizipationsverbots unter der Aufklärungspflicht in der Praxis anerkannt wird.³⁴² Dazu zeitigt nicht nur ein Verstoß gegen den abschließenden Ablehnungskatalog, sondern auch ein Verstoß gegen den Bescheidungs- sowie Begründungszwang, wie z.B. eine fehlerhafte Begründung, bei Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechts einen Rechtsfeh-

³³⁶ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 366; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 244 ff.; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.; Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 631 ff.; Hamm, Revision, Rn. 587 ff.

³³⁷ BGHSt 37, 245, 248; BGH NJW 2002, 2257, 2258; BGH StV 2006, 459; BVerfG StraFo 2005, 512; KK-Gericke, § 344, Rn. 38; kritisch dazu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 47; Schünemann, ZIS 2009, 484, 486 f.; SK-Frisch, 5. Aufl., § 344, Rn. 57 ff., 61 ff.

³³⁸ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 37.

³³⁹ Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.; Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 21; Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 449. Statistik über den Erfolg der Beweisantrags- und Aufklärungsrügen s. Perron, Beweisantragsrecht, S. 347.

³⁴⁰ Schatz, Beweisantragsrecht, S. 255 ff.; Börner, Legitimation, S. 497.

³⁴¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 380; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 4; Perron, Beweisantragsrecht, S. 219 f.; Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 29; Börner, Legitimation, S. 497.

³⁴² Perron, Beweisantragsrecht, S. 221 f. Fn. 247.

ler,³⁴³ was bei einer Aufklärungsrüge nicht der Fall ist. Wird einem Beweisermittlungsantrag nicht entsprochen, stellt die Nichtbescheidung des Antrags einen Rechtsfehler dar,³⁴⁴ eine fehlerhafte Begründung aber nicht.³⁴⁵ Und für die Nichtberücksichtigung eines Beweiserbietens wird überhaupt keine Bescheidungspflicht vorgesehen, aus derer Missachtung ein Rechtsfehler entstehen kann. Bei der Beweisantragsrüge wird nicht nur die Gesetzesverletzung häufiger bejaht, sondern auch die Beruhensfrage. Dass das Urteil auf einer fehlerhaften Antragszurückweisung oder einer unzureichenden oder fehlerhaften Begründung der Ablehnung im Hauptverfahren beruht, kann oft nicht verneint werden, denn der Fehler behindert fast immer die Verfahrensführung der Verfahrensbeteiligten. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen kann das Revisionsgericht ausschließen, dass das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht, z. B., wenn das Gericht zwar zu Unrecht von der Unerreichbarkeit des zu vernehmenden Zeugen ausging, aber es sich feststellen lässt, dass der Zeuge auch im Falle einer Ladung nicht zur Hauptverhandlung erschienen wäre.³⁴⁶ Im Vergleich dazu werden bei der Aufklärungsrüge fehlerhafte Erwägungen hinter einer Unterlassung der Beweiserhebung an sich als für das Urteil nicht relevant angesehen,³⁴⁷ obwohl die Beruhensfrage in der Regel positiv beantwortet wird, wenn festgestellt ist, dass das Gericht pflichtwidrig ein weiteres Beweismittel nicht herangezogen hat.³⁴⁸

Nun kann man den Schluss ziehen, dass die Besonderheit des Beweisantragsrechts im Vergleich zu der Amtsaufklärungspflicht nicht in einem umfassenderen Beweisantizipationsverbot liegt, sondern in seinen effektiveren verfahrensrechtlichen Garantien, d. h. den Bescheidungs-, Begründungs- sowie Protokollierungspflichten des Tatgerichts sowie der strengen Kontrolle durch das Revisionsgericht, die das Antizipationsverbot unabhängig vom Willen des Tatgerichts umsetzen.³⁴⁹ Das strafprozessuale Ziel der Wahrheitsermittlung fordert eine einheitliche Geltung des Antizipationsverbots, das eine tragfähige Grundlage für die richterliche Beweiswürdigung und eine zuverlässige Sachverhaltsfeststellung gewährleistet, gleichviel ob es sich um Beweisantragsrecht oder Aufklärungspflicht handelt. Dennoch wird dieses Verbot je nach Bereich mit unterschiedlichen Stärken gesichert und in unterschiedlichem Maße verwirklicht. Erst dies stellt den besonderen Beitrag des Beweisantragsrechts zur Wahrheitsermittlung dar. Jeder

³⁴³ Hamm, Revision, Rn. 619 f.; Börner, Legitimation, S. 507 f.

³⁴⁴ BGH NStZ 2008, 109.

³⁴⁵ OLG Köln, Beschluss vom 04.04.2000 – Ss 76/00 – 61.

³⁴⁶ BGH NStZ-RR 2005, 177; BGH NStZ 1993, 349; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 376; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 263 ff.; SK-Frisch, 5. Aufl., § 337, Rn. 191, 194, 196 f.; ders., 5. Aufl., § 338, Rn. 1, 3, 152 f., 158 f.

³⁴⁷ OLG Köln, Beschluss vom 04.04.2000 – Ss 76/00 – 61.

³⁴⁸ BGHSt 30, 131, 138; SK-Frisch, 5. Aufl., § 337, Rn. 191.

³⁴⁹ Vgl. Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 449 f.

Versuch, diese Schutzvorkehrungen zu lockern oder sogar abzuschaffen, zerstört das Beweisantragsrecht und schädigt die Wahrheitserforschung. Er ist nicht weniger gefährlich als der Versuch, den Ablehnungskatalog zu erweitern oder schlechthin aufzugeben.

B. Beweisantragsrecht und schnellste Verfahrensbeendigung

Der Einfluss des Beweisantragsrechts auf die Verfahrenserledigung lässt sich nur richtig bewerten, wenn er mit der Wirkung der Aufklärungspflicht in demselben Bereich verglichen wird. Kann eine lange Verfahrensdauer auch im Bereich Aufklärungspflicht nicht vermieden werden, wäre es unfair zu behaupten, dass das Beweisantragsrecht für die Prozessdauer verantwortlich sei.

Wie erörtert hat rein theoretisch gesehen das Beweisantizipationsverbot eine fast einheitliche Geltung sowohl im Bereich des Beweisantragsrechts als auch im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht, sodass der Richter in beiden Konstellationen in fast gleichem Maß zu einer Beweiserhebung gezwungen werden soll, die nach seiner rein subjektiven Auffassung nicht sachdienlich und zu unterlassen ist, was zu einem langen Verfahren führt. Dennoch kommt in der Praxis mangels effektiver Schutzvorkehrungen viel häufiger ein Verstoß gegen das Antizipationsverbot durch Umgehung eines eigentlich nützlichen Beweises vor, wenn der Richter im Bereich seiner Aufklärungspflicht handelt,³⁵⁰ was eine Verfahrensbeschleunigung mit sich bringt.

Das Beweisantragsrecht schreibt dem Tatgericht die Bescheidungs-, Begründungs- sowie Protokollierungspflichten vor, von denen der Begründungszwang besonders viel Zeit beansprucht. Hierfür reicht weder eine knappe Begründung für eine Zurückweisung noch eine pauschale Begründung für mehrere Ablehnungen aus. Stattdessen ist verständlich und lückenlos über die zu der konkreten Ablehnung führenden tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen des Gerichts aufzuklären. Unter der Aufklärungspflicht braucht das Gericht, das einem Beweis-erbieten, dem im Vergleich zu einem Beweisantrag lediglich das Antrags-
element fehlt, nicht nachgeht, nichts vorzunehmen, und eine Verfahrenskürzung liegt auf der Hand.

Ferner hat die Aufklärungsrüge weniger Erfolgsaussicht, was ebenfalls Zeit spart. Während der Revisionsführer bei einer Beweisantragsrüge in der Regel nur den Inhalt des Beweisantrags sowie des gerichtlichen Ablehnungsbeschlusses einschließlich ihrer Begründung und die darin in Bezug genommenen Aktenbestandteile mitteilen muss, hat er zur Begründung einer Aufklärungsrüge, wie gezeigt, viel mehr darzulegen und zu begründen. Gelingt diese Darlegung nicht, wird die Rüge durch Beschluss als unzulässig verworfen, wodurch eine Revi-

³⁵⁰ Perron, Beweisantragsrecht, S. 219 f.; Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 29.

sionshauptverhandlung, eine Aufhebung des Urteils sowie eine neue Hauptverhandlung erster Instanz sicher vermieden werden kann. Dazu wird bei der Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht ein Rechtsfehler mit weniger Wahrscheinlichkeit festgestellt und eher verneint, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruht. Beispielsweise kann eine Rüge wegen Nichtbeachtung eines Beweiserbietens keinen Erfolg haben, solange die Aufklärungspflicht an sich unberührt bleibt.

Es ist nicht erstaunlich, dass gerade die umfassenden verfahrensrechtlichen Garantien für das Antizipationsverbot das Verfahren in die Länge ziehen. Dies verkörpert den Konflikt zwischen Wahrheitserforschung und schnellster Verfahrenserledigung.³⁵¹

C. Beweisantragsrecht und Verfahrensgerechtigkeit

Es ist nicht zu leugnen, dass das Beweisantragsrecht gleichzeitig zur Wahrheitsermittlung sowie zur Verfahrensgerechtigkeit beiträgt.³⁵² Beides lässt sich nicht trennen.³⁵³ Auf der einen Seite wird die Suche nach materieller Wahrheit durch die selbstständige Mitwirkung des Angeklagten gefördert, indem das Wahrheitsbild des Gerichts durch abweichende Erfahrungshorizonte sowie Wahrheitsperspektiven des Angeklagten ergänzt oder sogar korrigiert wird,³⁵⁴ auf der anderen Seite lässt sich das Recht des Angeklagten, als Prozesssubjekt das Verfahren formell sowie materiell mitzugestalten, durch Einbeziehung in die Maßnahmen zur Wahrheitserforschung verwirklichen. Jedoch gelten je nach der Perspektive unterschiedliche Maßstäbe zur Bewertung des Beitrags des Beweisantragsrechts: Aus der Perspektive der Wahrheitsermittlung stellt die Verfahrensgerechtigkeit lediglich ein Mittel zum Zweck dar, während eine zuverlässige Sachverhaltsfeststellung vom Standpunkt der Verfahrensgerechtigkeit aus gesehen nur ein Nebenprodukt ist. Hier passt das Bild zweier sich zum großen Teil überschneidender Kreise gut. Die folgende Erörterung vermag zwar Bezug auf die (Teilnahme an der) Wahrheitserforschung zu nehmen, erfolgt aber vollständig im Rahmen der Verfahrensgerechtigkeit.

Innerhalb der Verfahrensgerechtigkeit ist zwischen der minimalen Verfahrensgerechtigkeit und der Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne zu unterscheiden. Während die Erstere unmittelbar aus dem Respekt vor dem Menschen, aus dem absoluten Verbot, den Menschen zu instrumentalisieren, stammt und die absoluten Grenzen innerhalb des Strafprozesses bildet, konkretisiert sowie entwickelt die Letztere diese Minimalforderung und ist einer Abwägung zugänglich.

³⁵¹ *Schulz*, StV 1991, 354, 362; *Fezer*, StV 1995, 263, 267 ff.

³⁵² *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 275 ff.; *Schulz*, StV 1991, 354, 358 ff.; *Frister*, ZStW 105 (1993), 340, 362.

³⁵³ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 277.

³⁵⁴ *Nicklas*, Fristsetzung, S. 42; *Weßlau*, FS Fezer, 289, 305.

Das Beweisantragsrecht gehört offensichtlich zu der zweiten Gruppe. Es flankiert das Recht auf rechtliches Gehör und sichert damit eine der unerlässlichen Voraussetzungen der Kommunikation während des Strafprozesses, wodurch der Wille des Einzelnen berücksichtigt und respektiert werden kann und der Eigenschaft des Menschen als einem willensbegabten Wesen gerecht wird. Zu fragen ist, wie bedeutend die Gewährleistung des Beweisantragsrechts für das Recht auf rechtliches Gehör ist, da umso weniger Raum für eine Verkürzung besteht, je näher das Verzichtbare dem Unverzichtbaren steht, und ob auch die Aufklärungspflicht die gleiche Garantie anbieten kann.

Das Recht auf rechtliches Gehör schließt zunächst das Recht auf Äußerung ein. Mithilfe des Beweisantragsrechts führt der Angeklagte nicht nur einen einzelnen Beweis an, sondern präsentiert sein vollständiges Wahrheitsbild und versucht, es durch konkrete Beweiserhebung für alle nachvollziehbar zu verifizieren.³⁵⁵ Erst dadurch kann das Übergewicht der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren und der überwältigende Einfluss ihrer Perspektive auf das Tatgericht ausgeglichen werden.³⁵⁶ Beim Vorverfahren bestimmt die Staatsanwaltschaft allein die Ermittlungsrichtung, während der Beschuldigte dem Verlauf der Ermittlungen grundsätzlich nicht entgegensteuern kann, was dazu führt, dass das Gericht auf Anklage und Ermittlungsakten angewiesen ist, die eine einseitige und vorurteilsbildende Wirkung haben, und Art, Umfang und Würdigung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung auf diese Weise in erheblichem Maße vorstrukturiert werden.³⁵⁷ Durch die Antragstellung, insbesondere seine Begründung, stellt der Angeklagte eine abweichende Wahrheitshypothese auf, die nicht nur die Tatperspektive der Staatsanwaltschaft als Ganzes in Frage stellt, sondern auch den Horizont des Gerichts erweitert, sein Vorurteil erschüttert und es auf die zu erhebenden entlastenden Beweise vorbereitet, sodass diese Beweise sowohl bei der Beweisführung als auch bei der Beweismwürdigung bessere Chance haben können. Natürlich kann der Angeklagte auch durch Stellung sowie Begründung einer Beweisanregung sein Wahrheitsbild präsentieren, hinsichtlich der Gelegenheit der Äußerung gibt es keinen Unterschied in den Bereichen Beweisantragsrecht und Aufklärungspflicht, bezüglich des Rechts auf Berücksichtigung aber schon.

Die Tatsache, dass eine Beweisanregung mitsamt der durch sie unterstützten Wahrheitshypothese nicht im gleichen Umfang berücksichtigt wird wie ein Beweisantrag und daher nicht dieselbe Wirkung auf den Erkenntnisprozess hat, hat nicht theoretische, sondern praktische Gründe. Wie gesagt ist die Suche nach materieller Wahrheit sowohl der Aufklärungspflicht als auch dem Beweisantragsrecht übergeordnet, und das unmittelbar davon abgeleitete Beweisantizipations-

³⁵⁵ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 277.

³⁵⁶ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 208.

³⁵⁷ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 206 f.; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 56 ff.

verbot gilt trotz einiger Ausnahmen einheitlich in beiden Bereichen. Infolgedessen sollten dieselben Maßstäbe in Frage kommen, wenn das Gericht darüber entscheidet, ob ein vom Angeklagten angebotener Beweis zu erheben ist. Ob diese Regeln wirklich beachtet werden, hängt von den verfahrensrechtlichen Garantien ab, die je nach Bereich eine unterschiedliche Ausprägung aufweisen. Entspricht das Gericht einem Beweisantrag nicht, muss es unter Achtung des klaren, abschließenden Ablehnungskatalogs einen verständlich sowie lückenlos begründeten Beschluss verfassen und rechtzeitig verkünden, der schon in der Hauptverhandlung von dem Antragsteller gezielt angegriffen und später auch durch das Revisionsgericht überprüft werden würde. Als Folge wird der Spielraum des Tatgerichts hinsichtlich der Berücksichtigung des Beweisantrags tatsächlich fast auf Null reduziert. Ein Beweisantrag erzielt nämlich vom gerichtlichen Ermessen weitgehend unabhängig seinen Erfolg.³⁵⁸ Unter Geltung des Aufklärungsgebots ist die Bescheidungs- sowie Begründungspflicht nur in den Fällen vorgesehen, in denen ein Beweisermittlungsantrag vorliegt. Die Begründung darf mangels klarer, formalisierter Bewertungsmaßstäbe viel vager und mangels Anforderungen der Ausführlichkeit viel knapper erfolgen, was eine ebenso effektive Kontrolle durch den Antragsteller sowie durch das Revisionsgericht wie beim Beweisantragsrecht unmöglich macht. Dadurch wird dem Tatgericht ein relativ großer Spielraum hinsichtlich der Frage eingeräumt, ob einer Beweisanregung zu entsprechen und damit das darauf beruhende Wahrheitsbild in Betracht zu ziehen ist. Passt eine Beweisanregung der Verteidigung nicht in das richterliche Verhandlungskonzept, worin gerade ihre Bedeutung liegt, ist zu erwarten, dass sie mit geringerer Wahrscheinlichkeit berücksichtigt wird als ein Beweisantrag.

Dem Äußerungsrecht, das selbst dem Recht auf Berücksichtigung vorgeschaltet ist, geht das Recht auf Information vor. Es trifft jedoch nicht zu, die Beziehung der drei Rechte als eine Linear-Struktur zu begreifen. Die Information von der Gerichtsseite stellt für den Angeklagten nicht nur die faktische Voraussetzung dafür dar, Gegenhypothesen gezielt zu entwickeln und zu äußern,³⁵⁹ sondern gibt ihm auch Feedbacks zu seiner Äußerung bzw. zeigt ihm, inwieweit sein Wahrheitsbild wirklich berücksichtigt wird, und bildet den Ausgangspunkt für seine weitere Handlung. Deshalb lässt sich innerhalb des Rechts auf rechtliches Gehör eine Kreislauf-Struktur beobachten.³⁶⁰ Dies entspricht gerade dem Bild der Kommunikation während des Strafverfahrens. Wenn davon die Rede ist, dass unter Achtung der Autonomie des Bürgers der Beschuldigte als Prozesssubjekt behandelt und während des ganzen Verfahrens mit ihm kommuniziert werden solle, ist eigentlich nicht eine einseitige Offenlegung von Informationen gemeint, sondern

³⁵⁸ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 277.

³⁵⁹ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 253 f.

³⁶⁰ Vgl. *Krehl*, FS Hassemer, 1055, 1057; *Börner*, Legitimation, S. 540.

ein richtiger Austausch, ein gegenseitiges Geben und Nehmen.³⁶¹ Die Äußerung des Angeklagten sowie ihre Berücksichtigung stellt nur eine Hälfte dieser Kommunikation dar. Die andere Hälfte ist die Mitteilung des Gerichts. Aus dieser Perspektive ist die deutsche Hauptverhandlung, die dafür sorgt, dass das Gericht während seiner Aufklärungstätigkeit mit den Prozessbeteiligten in eine Kommunikation eintritt, im Vergleich zu dem anglo-amerikanischen Verfahren, wo die Urteilenden, nämlich die Jury, ihre Meinung überhaupt nicht mit beiden Parteien austauscht, im Vorteil.³⁶² Eine wichtige Absicherung des Informationsflusses vom Gericht zu den Angeklagten im deutschen Prozess bildet die gerichtliche Bescheidungs- sowie Begründungspflicht bei der Ablehnung eines Beweisantrags; durch sie wird der Antragsteller darüber unterrichtet, wie das Gericht den bisherigen Verfahrensstoff bewertet und auf welche Erwägungen es sich dabei stützt, sodass eine gezielte weitere Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung möglich ist.³⁶³ Vor diesem Hintergrund werden häufig Beweisanträge gestellt, nicht um weitere Beweise zu erheben, sondern damit sie abgelehnt werden.³⁶⁴ Dies ist auf der einen Seite Ausdruck des Bedürfnisses der Verteidigung, die vorläufige tatsächliche und rechtliche Beurteilung der Beweislage seitens des Gerichts zu erfahren, und auf der anderen Seite Konsequenz der unzureichenden Möglichkeiten dazu innerhalb des Hauptverfahrens.³⁶⁵ Bestünden andere, bessere Möglichkeiten, eine Mitteilung des Gerichts darüber zu bekommen, würde der Angeklagte diesen Weg gehen und bräuchte keine taktischen Beweisanträge zu stellen. Die einzige richtige Lösung, um solche Antragstellungen zu reduzieren, stellt die Fortentwicklung des heutigen Kommunikationsniveaus dar. Wer eine derartige Taktik einfach als zweckfremden Rechtsgebrauch ansieht und dieser durch Zwang zur Offenlegung der Verteidigungsstrategie entgegenwirken will, verwechselt meiner Meinung nach das Symptom mit der Krankheitsursache und schreibt auf dieser Grundlage ein falsches Rezept vor, das die notwendige innerprozessuale Kommunikation verhindert. Wird eine Beweisanregung trotz Aufklärungspflicht zurückgewiesen, ist eine Bescheidung einschließlich der Begründung entweder nicht geboten oder sie braucht nur geringe Anforderungen zu erfüllen. Das führt dazu, dass diese Bescheidung viel weniger Informationen liefern kann als die Bescheidung eines Beweisantrags. Wenn es dem Angeklagten nicht klar ist, wohin die Reise gehen soll, ist es fragwürdig, ob er sich sinnvoll an der Beweisaufnahme beteiligen, kontrollierend und korrigierend eingreifen kann.³⁶⁶

³⁶¹ Vgl. *Schünemann*, GA 1978, 161, 177; *Börner*, StV 2016, 681, 685.

³⁶² *Schünemann*, GA 1978, 161, 174.

³⁶³ *Börner*, Legitimation, S. 505 ff. und S. 528 f. mit eindrucksvollen Beispielen; *König*, StV 2009, 171, 172; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 285 f.

³⁶⁴ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 253 f.; *Schulz*, GA 1981, 301, 308.

³⁶⁵ *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 126 f., 155 f.

³⁶⁶ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 253 f.

Zusammenfassend bietet das Beweisantragsrecht eine starke und umfassende Gewährleistung für das Recht des Angeklagten auf rechtliches Gehör durch materielle Ausbalancierung der übermächtigen Stellung des Gerichts in der Hauptverhandlung. Das Gleiche schafft die Aufklärungspflicht des Gerichts, die lediglich seine Einschätzungsprärogative verkörpert, nicht. Obwohl beide Bereiche fast keinen Unterschied hinsichtlich des Rechts auf Äußerung aufweisen, werden das Informationsrecht und das Berücksichtigungsrecht unter dem Aufklärungsgebot mit geringerer Stärke gesichert. Das führt zur faktischen Entwertung des Äußerungsrechts, denn es setzt auf der einen Seite genügende Informationen voraus und zielt auf der anderen Seite auf tatsächlichen Einfluss auf Gang und Ergebnis des Verfahrens ab. Jedoch ist dem Recht auf rechtliches Gehör auch durch die heutige Aufklärungspflicht Genüge getan,³⁶⁷ weil es Teil der minimalen Verfahrensgerechtigkeit ist und nur das Untragbare, d.h. den vollständigen Ausschluss der Einflussnahme des Angeklagten auf das Verfahren bzw. die totale Missachtung seines Status als Prozesssubjekt, unterbindet. Daher führt selbst eine Abschaffung des selbstständigen Beweisantragsrechts nicht zum Verstoß gegen die minimale Verfahrensgerechtigkeit, zur Überwindung der unüberwindbaren Grenze, obgleich sie die Verfahrensgerechtigkeit im weiteren Sinne schwer belastet.

D. Ziel des Instituts des Beweisantragsrechts

Mit einem enumerativen Ablehnungskatalog, einer Bescheidungs-, Begründungs- sowie Protokollierungspflicht für das Tatgericht und einer darauf beruhenden Kontrolle durch das Revisionsgericht leistet das Beweisantragsrecht einerseits einen nicht hinwegzudenkenden Beitrag zur Wahrheitsermittlung und steht andererseits einer schnellstmöglichen Verfahrenserledigung im Wege. Dazu ist es nur Ausdruck der Verfahrensgerechtigkeit im weiten Sinne, sodass seine Beschneidung prinzipiell keine Einschränkung der minimalen Verfahrensgerechtigkeit bedeutet.³⁶⁸ Daher ist die Wahrheitsermittlung primäres Ziel des Beweisantragsrechts. Es leistet durch Verbreiterung der Tatsachengrundlage zur Sachverhaltsfeststellung seinen konkreten Beitrag dazu und verkörpert den vom Gesetzgeber gewollten Vorrang der Wahrheitsfindung vor der zügigsten Verfahrensbeendigung.³⁶⁹ Der Gebrauch dieses Rechts sollte an diesem Ziel gemessen werden,³⁷⁰ was die Grundlage der folgenden Diskussion über seinen Missbrauch und eine Missbrauchsabwehr bildet.

³⁶⁷ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 277 f., 260 ff.

³⁶⁸ Ähnlich *Schünemann*, GA 1978, 161, 177 f.

³⁶⁹ Anderenfalls lassen sich das Präklusionsverbot gemäß § 246 Abs. 1 StPO und die hohen Anforderungen an die Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht nicht verstehen, s. *Gössel*, ZIS 2007, 557, 562.

³⁷⁰ BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; BVerfG NJW 1981, 1719, 1722; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 209 Fn. 153 f.; *Wessels*, JuS 1969, 1, 2; *Engels*, GA 1981, 21, 22.

3. Teil

Missbrauch des Beweisantragsrechts und Gegenmaßnahmen

Im Lichte von Sinn und Zweck des Beweisantragsrechts sollen der Missbrauch dieses Rechts und seine Abwehr näher betrachtet werden. In diesem Teil werden zunächst einige allgemeine Problematiken hinsichtlich des Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren erörtert und danach der Missbrauch sowie die Missbrauchsabwehr im Bereich des Beweisantragsrechts. Konkret gesagt sind folgende eng miteinander verknüpfte Fragen zu behandeln: Ist der Missbrauch eines Rechts überhaupt denkbar im Strafverfahren?¹ Wann liegt ein Rechtsmissbrauch vor? Unter welchen Voraussetzungen ist eine Missbrauchsabkämpfung gerechtfertigt? Wann wird ein Missbrauch des Beweisantragsrechts bejaht und wie kann und darf man ihn unterbinden?²

1. Kapitel

Rechtsmissbrauch im Strafverfahren

A. Diskussion und Realität

Das Thema „Missbrauch des Verfahrensrechts“ wurde in der frühen Bundesrepublik kaum behandelt,³ sondern entwickelte sich erst Ende der sechziger Jahre im Rahmen der Verfahren gegen APO-Angehörige sowie politisch motivierte Gewalttäter und Terroristen, insbesondere der RAF-Prozesse einerseits und der großen Wirtschaftsstrafverfahren andererseits.⁴ Seitdem bleibt es eine der meistdiskutierten Problematiken im Bereich des Strafverfahrensrechts und erlebte die besonders intensive Auseinandersetzung in den 90er Jahren wegen der Anerkennung eines allgemeinen Missbrauchsverbots durch den BGH und in den letzten Jahrzehnten aufgrund der verstärkten Durchsetzung dieses Verbots durch die Rechtsprechung.⁵

¹ Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 131.

² Jahn/Schmitz, wistra 2001, 328, 331.

³ Außer bei der strafrechtlichen Kommunistenverfolgung, die vor dem Hintergrund des kalten Krieges keine nennenswerte Beachtung in der Öffentlichkeit erfuhr, s. Grüner, Mißbrauch, S. 100; Weber, GA 1975, 289; Peters, JR 1971, 340.

⁴ Bruns, FS Maurach, 469, 481; Breucker, Verhalten, S. 64 ff.; Grünwald, Gutachten C zum 50. DJT, C 12; Grüner, Mißbrauch, S. 101; Weber, GA 1975, 289 f.; Herrmann, ZStW 85 (1973), 255, 256 ff., 279 f.; G. Schmidt, JR 1974, 320, 323.

⁵ Kempf, FS Hassemer, 1041, 1043.

Die Diskussion über den Rechtsmissbrauch kann der Rechtspraxis nur nützlich sein, wenn sie evidenzbasiert ist. Daher ist zunächst die Frage zu beantworten, ob es tatsächlich „fast das tägliche Brot eines Strafrichters“⁶ ist, mit Missbrauch des Verfahrensrechts konfrontiert zu werden, oder ob der Rechtsmissbrauch seitens der Verteidigung in Wirklichkeit die bloße Ausnahme ist.

Dafür hat man zunächst Statistiken und empirische Studien zu berücksichtigen, die sich mit der Dauer der Verfahren vor Strafgerichten beschäftigen. Seit langem wird das missbräuchliche Verhalten der Verteidigung als ein (Haupt-) Grund überlanger Strafverfahren behauptet.⁷ Das geschieht in der Annahme, dass ein Strafprozess umso länger dauert, je mehr die Verfahrensrechte missbraucht werden. Umgekehrt könne vom Missbrauch seitens der Verteidigung nicht die Rede sein, wenn überlange Verfahren als ein über den Einzelfall hinausgehendes Phänomen selbst nicht empirisch nachweisbar wären.

In den siebziger Jahren ließ sich vor dem Hintergrund des ständig zunehmenden Geschäftsanfalls⁸ eine stetige, sogar „dramatische“⁹ Steigerung der Verfahrensdauer bei den Strafgerichten beobachten. Die durchschnittliche Hauptverhandlungsdauer erstinstanzlicher Verfahren vor dem LG stieg zwischen 1971 und 1981 von 1,96 auf 2,87 Tage und damit um 46,4 %.¹⁰ Diese Entwicklung schien jedoch mit dem Anfang der achtziger Jahre durchbrochen zu sein: Im Jahre 1989 wurden die erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor dem LG durchschnittlich innerhalb von 2,7 Verhandlungstagen erledigt, sodass sich im Vergleich zu Zahlen aus dem Jahr 1981 keine spürbare Veränderung finden lässt.¹¹ Im Zeitraum von 1990 bis 1994 ist die durchschnittliche Sitzungstagezahl sodann von 2,9 auf 3,1 gestiegen und lediglich eine geringe Erhöhung von 5,1 % festzustellen.¹²

⁶ OLG Oldenburg, StV 1987, 523.

⁷ Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 129; Dölling, FS Meyer-Goßner, 101, 108; Lamshöft, Modell, S. 130 ff.; Rudolphi, ZRP 1976, 165, 168 f.; Dahs, NJW 1994, 909; Barton, StV 1996, 690.

⁸ Die Zahl der erledigten Verfahren vor dem AG betrug im Jahre 1971 734.656 und im Jahre 1981 1.443.574, d.h. sie hatte sich ungefähr verdoppelt. Gleichzeitig stieg die Zahl der in erster Instanz von dem LG erledigten Verfahren trotz Schwankungen um 20 %, s. Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland – 1973, S. 113; Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland – 1983, S. 329, abrufbar unter www.digizeitschriften.de.

⁹ Schünemann, FS Pfeiffer, 461, 465.

¹⁰ Schünemann, FS Pfeiffer, 461, 466; mehr Daten s. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 33 Fn. 7; Berz, NJW 1982, 729, 733; Rebmann, NSTZ 1984, 241, 242; Nehm/Senge, NSTZ 1998, 377, 380 ff.; Herrmann, ZStW 85 (1973), 255, 259.

¹¹ H.-J. Albrecht, NJ 1994, 396, 399; mehr Daten s. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 33 f. Fn. 8; Rebmann, NSTZ 1984, 241, 242; Gössel, Gutachten C zum 60. DJT, C 8 ff.

¹² Barton, StV 1996, 690 f.; Kempf, AnwBl 1997, 75; mehr Daten s. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 34 f.; Bandisch, StV 1994, 153, 158; Dölling u.a., Dauer von Strafverfahren, S. 106 ff. Dagegen stellten Meyer-Goßner/Ströber, ZRP 1996, 354, 355 und

Zwischen 1995 und 2004 war wieder eine kontinuierliche und deutliche Erhöhung der Belastung der Justiz wahrzunehmen, die sich an den steigenden Belastungsquotienten sowie Erledigungsquotienten¹³ ablesen lässt. Dieses Phänomen hatte seinen Grund teilweise in erhöhten Eingangszahlen, teilweise in rückläufigen Zahlen im Bereich der Personalverwendung: Trotz einer Zunahme der Eingangszahlen blieb die Richterzahl ungefähr gleich oder wurde Personal sogar abgebaut, was weiter auf fiskalische Gründe zurückzuführen war.¹⁴ Vor diesem Hintergrund ließ sich eine starke Verfahrensverlängerung dennoch nicht beobachten; die durchschnittlichen Hauptverhandlungstage erstinstanzlicher Verfahren vor dem LG blieben innerhalb dieses Jahrzehntes konstant.¹⁵ Ein wesentlicher Grund dafür sei gemäß Dölling in gravierenden Veränderungen der justiziellen Erledigungsstrukturen zu sehen: Die Justiz erledige Strafverfahren zunehmend durch Opportunitätseinstellungen und verzichte darauf, Hauptverfahren durchzuführen.¹⁶ Mit dem Rückgang der Justizbelastung¹⁷ seit 2005 nahm die Verfahrensdauer jedoch deutlich zu. Im Jahre 2008 betrug die durchschnittliche Zahl der Hauptverhandlungstage eines Verfahrens vor dem LG in erster Instanz 3,5, während diese Anzahl nach zehn Jahren um ca. 1/3 auf 4,7 stieg.¹⁸ Ein genaueres Bild zeigte eine aktuelle gerichtsinterne Erhebung unter 22 LGs: In fünf Erhebungsjahren sind insgesamt 11.573 erstinstanzliche Verfahren ausgewertet worden, darunter wurden 74,6 % vor dem Schwurgericht/der Strafkammer verhandelt, 18,3 % vor der Jugendkammer und 6,7 % vor der Wirtschaftsstrafkammer. Im Jahre 2009 betrug die durchschnittliche Anzahl an Hauptverhandlungstagen bei Schwurgericht/Strafkammer sowie Jugendkammer 3,9 und bei Wirtschaftsstrafkammer 10,5. Von 2011 bis 2014 ist die durchschnittliche Anzahl der Hauptverhandlungstage für die Verfahren vor Schwurgericht/Strafkammer von 4,1 um 12,2 % auf 4,6 gestiegen.¹⁹

dies., StV 1997, 212 aufgrund einer Statistik des Landes Hamburg zwischen 1990 und 1994 eine erhebliche Zunahme der Dauer der erstinstanzlichen Strafverfahren fest und erwarteten solche Entwicklung auch bundesweit sowie in der Zukunft.

¹³ Geschäftsentwicklung der Straf- und Bußgeldverfahren in der Eingangs- und Rechtsmittelinstanz (1991–2018), abrufbar unter www.bundesjustizamt.de. Beispielsweise stieg der Belastungsquotient für erstinstanzliche Verfahren vor dem LG von 12,0 im Jahre 1995 auf 14,9 im Jahre 2004 und der Erledigungsquotient von 11,8 auf 14,6.

¹⁴ *Kudlich*, Gutachten C zum 68. DJT, C 19 f.

¹⁵ *Dölling*, FS Meyer-Goßner, 101, 102 f., 118; Rechtspflege – Strafgerichte – 2002, Fachserie 10 Reihe 2.3, Nr. 4.4; Rechtspflege – Strafgerichte – 2004, Fachserie 10 Reihe 2.3, S. 72, abrufbar unter www.destatis.de.

¹⁶ *Dölling*, FS Meyer-Goßner, 101, 104 f.

¹⁷ Geschäftsentwicklung der Straf- und Bußgeldverfahren in der Eingangs- und Rechtsmittelinstanz (1991–2018).

¹⁸ Rechtspflege – Strafgerichte – 2008, Fachserie 10 Reihe 2.3, S. 72; Rechtspflege – Strafgerichte – 2018, Fachserie 10 Reihe 2.3, S. 73, abrufbar unter www.destatis.de.

¹⁹ *Arenhövel/Otte*, DRiZ 2010, 227, 228; *Ferber*, Strafkammerbericht, S. 15 f. 19 ff., 61 f.

Statistisch betrachtet liegt damit ein wesentlicher Anstieg (über-)langer Strafverfahren vor. Dennoch sollte nicht übersehen werden, dass die Dauer eines Verfahrens auch von anderen Faktoren abhängig ist, wie z.B. der hohen Kriminalitätsrate sowie der Entwicklung der Kriminalitätsformen, der zunehmenden rechtlichen Regulierung im strafrechtlichen Bereich und der für die forensische Reproduzierbarkeit zunehmend unglücklicher gefassten materiellrechtlichen Straftatbestände,²⁰ die entweder durch Erhöhung der Arbeitslast der Justiz mittelbar oder unmittelbar auf die Verfahrensdauer wirken. Daher deuten überlange Verfahren noch nicht auf Missbrauchsfälle, sondern lediglich auf den Verdacht des Rechtsmissbrauchs hin.

Aus diesem Grund ermöglichen empirische Studien über den Gebrauch des Beweisantragsrechts, das eines der schärfsten Mittel der Verteidigung darstellt und für besonders missbrauchsanfällig gehalten wird, eine zuverlässigere Aussage über den Missbrauch der Verfahrensrechte seitens der Verteidigung.

In der Studie zu Strafverteidigeraktivitäten von Barton wurden bei 221 ausgewerteten Verfahren aus den Jahren 1977, 1982 sowie 1983 in 14,9 % Beweisanträge festgestellt.²¹ Ähnliche Ergebnisse liefert eine zeitnahe Untersuchung von Vogtherr: Bei 220 ausgewerteten Verfahren mit Hauptverhandlung wurden in jeweils etwa 10 % Beweisanträge auf Zeugenvernehmung sowie auf Anhörung eines Sachverständigen gestellt, in etwa 9 % Anträge auf Herbeischaffung einer Urkunde und in weniger als 3 % Anträge auf Herbeischaffung von Augenscheinsobjekten oder auf Tatortbesichtigung.²² Nach einer Untersuchung hinsichtlich der Rechtspraxis im Jahre 1994 vor LG in Dortmund, Frankfurt a.M. und München stellte die Verteidigung nur in 27 % der Verfahren einen oder mehrere Beweisanträge. Bei knapp der Hälfte dieser Fälle handelte es sich um einen Beweisantrag. Fünf oder mehr Beweisanträge wurden in 6 % der Verfahren gestellt; die fünf höchsten Zahlen lauteten 28, 34, 41, 46 und 105 Beweisanträge. Die Beweisanträge der Verteidigung wurden ganz überwiegend in der Hauptverhandlung gestellt und dort meistens während der Beweisaufnahme: Vor Eröffnung der Beweisaufnahme wurden in unter 1 % aller Verfahren Beweisanträge gestellt, während der Beweisaufnahme in 15,7 % der Verfahren und nach der Beweisaufnahme in 8,3 % der Verfahren. Selbst wenn erst nach der Beweisaufnahme Beweisanträge gestellt wurden, belief sich dies überwiegend (ca. 60 %) auf einen einzigen Antrag. Von den Beweisanträgen wurden insgesamt 69 % abgelehnt,

²⁰ Dölling u.a., Dauer von Strafverfahren, S. 80 ff.; Dölling, FS Meyer-Goßner, 101, 111, 113; ter Veen, Strukturanalyse, S. 307 ff.; Lamshöft, Modell, S. 128 ff.; Peters, in: Strafprozeß und Reform, 82, 84 ff.; Küng-Hofer, Beschleunigung, S. 6 ff.; Meyer-Goßner/Ströber, ZRP 1996, 354, 355 f.; Busse, AnwBl 1997, 73 f.; Schünemann, ZStW 114 (2002), 1, 25; Wagner, Sitzungsbericht zum 60. DJT, M 152; Jahn, Stellungnahme, S. 7 f.

²¹ Barton, StV 1984, 394, 395 f.

²² Vogtherr, Rechtswirklichkeit, S. 20 ff., 342 ff.

4 % wegen Prozessverschleppung. Auf Grundlage dieser Studie ziehen Dölling u. a. den Schluss, dass sich eine exzessive Stellung von Beweisanträgen oder gar eine Überflutung des Gerichts nicht feststellen lasse und auch die besonders verzögernd wirkenden Beweisanträge nach Schluss der Beweisaufnahme so gut wie nie vorkämen.²³ Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt ter Veens Untersuchung hinsichtlich der Großverfahren am Landgericht Hamburg in erster Instanz zwischen 1992 und 1994.²⁴ In Perrons Befragung von 13 Richtern, sieben Staatsanwälten sowie sieben Verteidigern berichteten die Gesprächspartner, dass in der Hauptverhandlung im Verhältnis zu den anderen Verfahrensabschnitten die meisten Beweisanträge gestellt wurden und gaben eine höhere Quote der Beweisanträge an als in vorherigen Untersuchungen. Darüber hinaus wiesen sie auf einzelne, spektakuläre Verfahren hin. Trotzdem kann Perron den Schluss ziehen, dass Beweisanträge in der Alltagsroutine sehr viel seltener seien, als allgemein angenommen werde. Dazu waren die meisten Gesprächspartner damit einverstanden, dass prozesstaktisch motivierte Beweisanträge zwar vorkamen, aber ihr Anteil unter 20 % lag. Von einem sehr großen Anteil „missbräuchlicher“ prozesstaktischer Beweisanträge war nicht die Rede, wenngleich deren Existenz von keiner Seite geleugnet wurde. Berücksichtigt man außerdem, dass in der Hauptverhandlung generell nicht sehr viele Beweisanträge gestellt wurden, so handelt es sich gemäß Perron tatsächlich wohl um Einzelfälle, in denen das Gericht mit Problemen konfrontiert wurde.²⁵ In Betracht zu ziehen ist ferner die Analyse von 11.573 erstinstanzlichen Verfahren, die in den Jahren 2009, 2011, 2012, 2013 und 2014 vor 22 LGs abgeschlossen wurden. Ungefähr 3/4 dieser Verfahren wurde durch die allgemeine Strafkammer und das Schwurgericht erledigt. Bei 51–55,5 % Verfahren vor Schwurgericht/Strafkammer in den Haftsachen wurde gar kein Antrag gestellt und nur bei 2,3–3 % wurden mehr als 20 Anträge gestellt, zu denen nicht nur Beweisanträge, sondern alle Anträge außer Befangenheitsanträgen gehörten. Diese Untersuchung bestätigt erneut den von Dölling u. a. gezogenen Schluss, dass Prozesse, in denen die Verteidigung eine große Menge von Beweisanträgen stellt, nur eine kleine Minderheit seien.²⁶

Folglich scheinen die Behauptungen zutreffend, dass „gesicherte Rechtstatsache ist, dass mehr als 90 % der Strafprozesse ohne größere Probleme zu Urteilen geführt werden, die wiederum zu mehr als 90 % sogar rechtskräftig werden,“²⁷ und dass es sich bei den „Horrorfällen“ mit exzessiver Ausnutzung von Befugnissen der Verteidigung nur um nicht repräsentative Einzelfälle handelt.²⁸

²³ Dölling u. a., Dauer von Strafverfahren, S. 127 ff., 142 ff., 272 f., 284, 287 f.

²⁴ ter Veen, Strukturanalyse, S. 332 ff.

²⁵ Perron, Beweisantragsrecht, S. 314 ff.

²⁶ Ferber, Strafkammerbericht, S. 15 f. 19 ff., 110 f., 114 f.

²⁷ Dahs, NJW 1994, 909.

²⁸ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 36; Barton, StV 1996, 690, 694.

Jedoch hat eine rein statistische Betrachtungsweise ihre Nachteile, da sie die tatsächlichen Einflüsse eines Großverfahrens nicht vollständig messen kann. Der Umstand, dass ein Verfahren, das infolge von Rechtsmissbrauch Monate, gar Jahre dauert, sowie ein Missbrauch, der sich in einem konkreten Fall wiederholt und diesen Einzelfall heftig in die Länge zieht, sich statistisch nicht oder allenfalls mit einem minimalen Wert niederschlagen, beseitigt nicht die dadurch verursachten erheblichen personellen und organisatorischen Schwierigkeiten für den Spruchkörper.²⁹ Ein solches Großverfahren ist wohl in der Lage, eine Strafkammer oder ein ganzes LG zu blockieren.³⁰ Dazu darf man die zum Teil verheerenden Folgen der einzelnen Missbrauchsfälle in der öffentlichen Wahrnehmung nicht vergessen.³¹ Deswegen kann der Rechtsmissbrauch seitens der Verteidigung trotz des Ausnahmecharakters nicht einfach als unbedeutend betrachtet werden,³² sondern soll ein ernstzunehmendes Thema der Untersuchung darstellen.³³

B. Rechtfertigung der Missbrauchs Idee

Während der bisherigen Diskussion wurde nie angezweifelt, dass ein strafprozessuales Recht missbraucht werden kann. Das liegt daran, dass die privatrechtliche Forschung seit langem eine erfolgreiche Begründung dafür geliefert hat, die auch auf das Strafverfahren übertragbar ist. Im Zivilrecht wird die Maxime „nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur“ von Anfang an nicht rein wörtlich verstanden, und eine schrankenlose Rechtsausübung lässt sich niemals damit begründen.³⁴ Hinsichtlich der Quelle des missbräuchlichen Rechtsgebrauchs bestehen bisher Meinungsunterschiede.³⁵ Nach der sogenannten Innentheorie wird ein subjektives Recht immer um der Verwirklichung schutzwürdiger Interessen des Einzelnen willen geschaffen, die mit den Interessen der Allgemeinheit und der Gesamtordnung vereinbar sein müssen; gleichzeitig wird der Inhalt dieses Rechts nicht nur durch gesetzliche Bestimmungen, sondern auch durch diese Interessen des Einzelnen begrenzt.³⁶ Wird das Recht nicht zur Verwirklichung

²⁹ Meyer-Goßner/Ströber, StV 1997, 212, 213; Senge, NStZ 2002, 225; Herrmann, ZStW 85 (1973), 255, 259.

³⁰ Arenhövel/Otte, DRiZ 2010, 270, 271.

³¹ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 8.

³² Senge, NStZ 2002, 225.

³³ Meyer-Goßner/Ströber, ZRP 1996, 354; ders., StV 1997, 212; Barton, FS Bemann, 524, 526 Fn. 1; ders., StV 1996, 690; Herzog, StV 2000, 444, 445 f.

³⁴ Haferkamp, Rechtsmissbrauchslehre, S. 20 ff.; Spiegel, Rechtsmissbrauch, S. 124; Herdgen, NStZ 2000, 1.

³⁵ Konflikt zwischen Willentheorie und Interessentheorie, s. Haferkamp, Rechtsmissbrauchslehre, S. 41 ff.; Krüger, Rechtsmissbrauch, S. 39 ff. Weitere Meinungsunterschiede in der Rechtsgeschichte s. Haferkamp, Rechtsmissbrauchslehre, S. 93 ff., 147 ff.

³⁶ Siebert, Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 152; Staudinger-Reppen, § 226, Rn. 10 f.; MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 80; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 69; Krüger, Rechtsmissbrauch, S. 41 ff.; Rudnik, Gesetzesumgehung, S. 83 f.

dieser Interessen ausgeübt, liegt trotz des Anscheins des Rechtsgebrauchs ein „Handeln ohne Recht“ vor.³⁷ Missbrauch bedeutet nämlich denjenigen Gebrauch eines Rechts, der dessen immanente Inhaltsschranke überschreitet. Im Gegensatz dazu wird der Inhalt eines subjektiven Rechts nach der Außentheorie von der positiven Rechtsordnung abschließend festgelegt und unterliegt ansonsten keiner Schranke. Lediglich die Ausübung des Rechts muss die von außen herangetragenen Grenzen, nämlich vorrangigen positivrechtlichen sowie überpositivrechtlichen Wertungen, beachten. Diese Begrenzung des Rechtsgebrauchs berührt das Recht an sich nicht.³⁸ Daher ist eine Rechtsausübung missbräuchlich, wenn die von außen gesetzten Schranken überschritten sind.

Obwohl heutzutage die Innentheorie vorherrscht,³⁹ ist die Außentheorie⁴⁰ aus methodischer sowie verfassungsrechtlicher Hinsicht zu bevorzugen.⁴¹ Die Innentheorie führt dazu, dass ein subjektives Recht sowohl nach der gesetzlichen als auch nach richterlicher Wertung festgestellt werden muss, wobei der Ersteren kein grundsätzlicher Vorrang zukommt.⁴² Dadurch wird im Namen des „besseren Verständnisses des Gesetzes“ nicht nur die Grenze zwischen Rechtsfindung secundum, Rechtsfortbildung praeter legem sowie contra legem verwischt, sondern auch die unbegrenzte richterliche Rechtsschöpfung ermöglicht,⁴³ was die unrühmliche Inanspruchnahme der Innentheorie zur Implementierung der NS-Ideologie erklärt.⁴⁴ Im Gegensatz dazu trägt die Außentheorie der juristischen Methodenlehre sowie der Gesetzesbindung des Richters Rechnung, da die Trennung von dem Recht an sich und seinen Schranken von außen den Vorrang der gesetzlichen Rechtszuweisung vor dem richterlichen „Rechtsempfinden“ unterstreicht und den Richter dazu zwingt, jeden rechtsfortbildenden Eingriff in das Gesetzesrecht offenzulegen sowie zu begründen.⁴⁵

³⁷ Siebert, Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 152; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70; H. Hübner, BGB AT, § 24 Rn. 408.

³⁸ Hager, Schikane, S. 45; Staudinger-Reppen, § 226, Rn. 11; MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 80; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 69; Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 148; Krüger, Rechtsmissbrauch, S. 41 ff.

³⁹ Im Zivilrecht Staudinger-Reppen, § 226, Rn. 11; MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 205 f.; im Strafrecht BGHSt 38, 111, 113; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 40, 62; Börner, Legitimation, S. 201; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 21.

⁴⁰ Ähnlich LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 62.

⁴¹ Die Innentheorie vertritt z. B. MüKoStPO-Kudlich, Einl., Rn. 345, 606.

⁴² Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 344.

⁴³ Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 350; Krüger, Rechtsmissbrauch, S. 41 ff., 52 f.; Rudnik, Gesetzesumgehung, S. 96 ff.

⁴⁴ Siebert, Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 153 ff.; Rudnik, Gesetzesumgehung, S. 84 f.

⁴⁵ Krüger, Rechtsmissbrauch, S. 41 ff.

C. Kategorien des Rechtsmissbrauchs und ihre Rechtfertigung

I. Kategorien des Rechtsmissbrauchs

Wenn ein strafprozessuales Recht missbraucht werden kann, indem die Rechtsausübung gegen die von außen herangetragen Grenzen verstößt, dann stellt sich die Frage, wann genau ein solcher Rechtsmissbrauch vorliegt.

Eine allgemeingültige Regelung darüber bzw. eine allgemeine Missbrauchsdefinition ist weder möglich, da ein Verstoß gegen die Grenzen der Rechtswahrnehmung immer nur in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umständen beurteilt werden kann,⁴⁶ noch aus der Perspektive der Systematisierung notwendig, weil man durch Fallgruppenbildung schon das Ziel erreichen kann, die Beurteilung von Missbrauch zu kontrollieren und für den Rechtsanwender wie für den Rechtsunterworfenen berechenbarer zu machen.⁴⁷ Für die Bildung von Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren ist es hilfreich, dass man die Missbrauchsidentifizierung im Zivilrecht untersucht, die erfolgreich gestaltet ist und als Vorbild dienen kann.

Dort liegt ein Rechtsmissbrauch vor, wenn gegen das Schikaneverbot des § 226 BGB, gegen die guten Sitten nach § 826 BGB oder gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen wird.⁴⁸ Konkret gesagt ist eine Rechtsausübung missbräuchlich, wenn sie entweder schikanös ist bzw. keine lauterer Motive verfolgt, sondern ausschließlich den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, oder sittenwidrig oder treuwidrig ist. Da eine Schikane und eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung in der Regel treuwidrig sind,⁴⁹ werden §§ 226, 826 BGB weitgehend durch § 242 BGB verdrängt, und so liefert der Grundsatz von Treu und Glauben den wichtigsten Maßstab für die Feststellung des Rechtsmissbrauchs.

Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt Fairness im Rechtsverkehr⁵⁰ und verpflichtet entsprechend zu einem redlichen und loyalen Verhalten sowie zur Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen anderer.⁵¹ Obgleich dieses Prinzip keine subsumtionsfähigen Tatbestandsmerkmale enthält,⁵² wird als seine Konkretisierung individueller sowie institutioneller Rechtsmissbrauch ver-

⁴⁶ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 61.

⁴⁷ Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 139; Rudnik, Gesetzesumgehung, S. 96 ff.

⁴⁸ Staudinger-Repgen, § 226, Rn. 12; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 75 ff.; H. Hübner, BGB AT, § 24 Rn. 409 ff.

⁴⁹ Staudinger-Repgen, § 226, Rn. 9; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 77, 79; H. Hübner, BGB AT, § 24 Rn. 409, 412.

⁵⁰ MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 2.

⁵¹ MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 8, 10; Palandt BGB-Grüneberg, § 242, Rn. 6.

⁵² MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 3, 30; Rudnik, Gesetzesumgehung, S. 89 ff.

boten. Zum individuellen Rechtsmissbrauch gehört erstens die verwerfliche Rechtsausübung einer Partei, die entweder der Art oder den Begleitumständen nach ungehörig ist, oder anderweitige Pflichten verletzt, oder kein schutzwürdiges Interesse der Ausübenden anstrebt, sondern allein die Benachteiligung der anderen bezwecken kann, zweitens ihr früheres Verhalten, mit dem die eigene Rechtsstellung missbilligt begründet oder das entgegenstehende Recht der Gegenpartei missbilligt vereitelt wurde, drittens ihr im Widerspruch zu früherem Handeln stehendes Verhalten, das das geschützte Vertrauen beeinträchtigt, und schließlich ihre Geltendmachung des Rechtsanspruchs trotz des Mangels an eigenem korrespondierendem Verhalten.⁵³ Im Vergleich dazu liegt der institutionelle Rechtsmissbrauch vor, wenn eine Rechtsausübung zwar weder verwerflich noch widersprüchlich ist, aber ein grobes Missverhältnis der objektiven Interessen der Parteien herbeiführt, das an den Zielen des angewandten Rechtsinstituts oder übergeordneten Rechtsquellen, wie z.B. Rechtsprinzipien oder Verkehrssitten, gemessen untragbar ist. Trotz der vielfältigen Möglichkeiten eines Rechtsmissbrauchs wegen der jeweils einzelfallbezogenen Interessenabwägung haben sich einige typische Fallgruppen herausgebildet, nämlich „Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est“, Geringfügigkeit der Fehler der Gegenpartei, fehlende Verhältnismäßigkeit der Rechtsausübung, fehlendes Eigeninteresse, mangelnde Schutzwürdigkeit des Interesses, überwiegende Interessen der Gegenpartei, unzulässige Berufung auf AGB.⁵⁴

Der Unterschied zwischen den Rechtsbereichen schließt die Übertragbarkeit dieser zivilrechtlichen Kategorien des Rechtsmissbrauchs auf das Strafverfahren nicht aus, weil selbst das ihnen zugrunde liegende Treu und Glauben-Prinzip⁵⁵ seine Anwendung im Strafverfahren finden kann.⁵⁶ Im Privatrecht wird die Sonderverbindung als Anwendungsbedingung des Grundsatzes von Treu und Glauben sehr weit verstanden, indem sie alle sozialen Kontakte qualifizierter Art bzw. sämtliche über eine Jedermannbeziehung hinausgehenden Verhältnisse umfasst.⁵⁷ Gerade dieses weite Verständnis ermöglicht die Geltung der Maxime im Zivilpro-

⁵³ MüKoBGB-C. *Schubert*, § 242, Rn. 145, 239 ff., 253 ff., 314 ff., 448 ff.; *Rudnik*, Gesetzesumgehung, S. 86, 102 ff.

⁵⁴ MüKoBGB-C. *Schubert*, § 242, Rn. 461 ff.; *Rudnik*, Gesetzesumgehung, S. 81 f., 86 f., 104 ff.

⁵⁵ Wenn hier von dem Prinzip die Rede ist, ist nur der eingebürgerte Sprachgebrauch gemeint, nicht das der Regel entgegenstehende Prinzip wie bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff., 92 f.

⁵⁶ Das lehnen manche mit der Begründung ab, dass dem Strafprozess eine Sonderverbindung als Voraussetzung für den Einsatz dieses Prinzips fehle, s. *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 79 ff.; *Anders*, Beweiserhebungskontrollen, S. 47 f.; *Spiekermann*, Mißbrauch, S. 23; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 52; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 121 ff.; *Abdallah*, Problematik des Rechtsmißbrauchs, S. 179; *Weber*, GA 1975, 289, 292; *Scheffler*, JR 1993, 170, 172.

⁵⁷ MüKoBGB-C. *Schubert*, § 242, Rn. 87 ff., 125; Palandt BGB-Grüneberg, § 242, Rn. 3; *Rudnik*, Gesetzesumgehung, S. 97.

zess aufgrund des Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Parteien, die die Verwehrung des Rechtsmissbrauchs fordert.⁵⁸ Im Staats- und Verwaltungsrecht untersteht das Rechtsverhältnis zwischen dem Bürger und dem Hoheitsträger bei der Ausübung öffentlicher Gewalt ebenfalls dem Prinzip von Treu und Glauben.⁵⁹ Als Folge kann sowohl hoheitliches Handeln als auch Verhalten des Bürgers als Rechtsmissbrauch rechtlich unbeachtlich sein, z. B. wenn es widersprüchlich ist.⁶⁰ Infolgedessen lässt sich der Schluss ziehen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben auch auf den Strafprozess anzuwenden ist,⁶¹ denn das Prozessrechtsverhältnis⁶² stellt schon eine Sonderverbindung dar, selbst wenn es weder freiwillig eingegangen ist noch zwischen gleichgestellten Rechtssubjekten besteht.⁶³ Diese zwei Besonderheiten des Strafverfahrens beeinflussen nicht die Geltung von Treu und Glauben, sondern nur seine Konkretisierungen, insbesondere diejenige hinsichtlich der Missbrauchsidentifizierung.

Daher sind lediglich zwei privatrechtliche Kategorien des Rechtsmissbrauchs auf das Strafverfahren übertragbar, nämlich der individuelle Rechtsmissbrauch in Form des verwerflichen oder widersprüchlichen Verhaltens sowie der institutionelle Rechtsmissbrauch in Form des zum objektiv untragbaren Rechtszustand führenden Verhaltens, nicht auch die im Zivilrecht entwickelten konkreten Fallgruppen.⁶⁴ Die Tatsache, dass der Beschuldigte unfreiwillig in das Strafverfahren verwickelt ist und den ihm an Macht überlegenen Strafverfolgungsorganen und dem Gericht gegenübersteht, soll nicht nur bei der Feststellung eines widersprüchlichen Verhaltens die Beurteilung des geschützten Vertrauens beeinflussen, sondern auch bei der Bewertung des objektiven Ergebnisses zur Identifizierung eines institutionellen Rechtsmissbrauchs Berücksichtigung finden. Genauer gesagt ist zunächst ein widersprüchliches Verhalten seitens der Verteidigung ausgeschlossen, denn die staatlichen Verfahrensbeteiligten haben kein schutzwürdiges Vertrauen in die Konsistenz der Verteidigungsstrategie. Außerdem muss man bei der Feststellung eines institutionellen Missbrauchs seitens der Verteidigung sehr vorsichtig und zurückhaltend sein, da ihre ordentliche Rechtsausübung nur in wenigen Extremfällen zu einem objektiv untragbaren Ergebnis führen kann. Im Ver-

⁵⁸ BVerfGE 11, 1, 6; MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 104; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 18, § 65 Rn. 49 ff.; Stein/Jonas-Brehm, vor § 1, Rn. 221 ff.; Krebs, Sonderverbindung, S. 128.

⁵⁹ BVerwGE 44, 294, 298; 55, 337, 339; 111, 162, 172; MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 110, 112; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 41 ff.; Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 265 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 6 Rn. 39, § 19 Rn. 38, § 23 Rn. 16; Kopp/Schenke, VwGO, § 58 Rn. 17, § 70 Rn. 6h, § 74 Rn. 18 f.; Wall, Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften, S. 247 f.

⁶⁰ MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 115 f.

⁶¹ MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 110; Küng-Hofer, Beschleunigung, S. 122.

⁶² Peters, Strafprozeß, S. 99 ff.

⁶³ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 79 ff.; Köhler, GA 1995, 10, 19 ff.

⁶⁴ MüKoBGB-C. Schubert, § 242, Rn. 113.

gleich dazu vermag das Verfahrensverhalten der staatlichen Prozessbeteiligten viel häufiger ein grobes Missverhältnis der objektiven Interessen der Beteiligten herbeizuführen.

Zusammenfassend liegt ein Rechtsmissbrauch im Strafprozess vor, wenn ein Verfahrensbeteiligter sich verwerflich verhält, wenn ein öffentlicher Beteiligter sich in Widerspruch zu früherem Handeln setzt, oder wenn das Verhalten eines Beteiligten, insbesondere eines staatlichen Beteiligten, zu einem untragbaren Ergebnis führt. In Anlehnung an diese Struktur lassen sich konkrete Fallgruppen von Rechtsmissbrauch bilden, wie z.B. Folter, Beleidigung und politische Propaganda unter missbilligtem Verhalten, Auswechslung des Ablehnungsgrundes für einen Beweisantrag in den Urteilsgründen unter widersprüchlichem Verhalten und Verwertung eines Beweises aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unter objektiv untragbarem Verhalten. Manche dieser Fallgruppen sind bereits in der StPO anerkannt und verboten.

II. Rechtfertigung der Kategorisierung

So betrachtet sollte ein Rechtsmissbrauch der staatlichen Verfahrensbeteiligten nicht weniger, wenn nicht mehr, vorkommen als derjenige der nichtstaatlichen Beteiligten, was die einseitige Betonung des Letzteren während der bisherigen Diskussion merkwürdig macht. Dies ist einerseits auf die Übertreibung des Missbrauchs des Beschuldigten und des Verteidigers und andererseits auf die Außerachtlassung des Missbrauchs der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zurückzuführen.

1. Dramatisierung des Missbrauchs des Beschuldigten und des Verteidigers

In der Praxis sind vom Gericht als Missbrauch verfahrensrechtlicher Befugnisse nicht nur die gerade erwähnten unordentlichen Prozesshandlungen der Verteidigungsseite gemeint, sondern auch diejenigen, die dem Gericht lästig oder unbequem sind.⁶⁵ Eines der berühmten Beispiele⁶⁶ liefert das LG Ansbach. Es hat einen Officialverteidiger, der sich mittels Ablehnungsanträgen usw. vehement für den Angeklagten einsetzte, entpflichtet, das Verfahren aus diesem Grund ausgesetzt und den Verteidiger mit den Kosten wegen der Aussetzung des Verfahrens belastet, denn seine Art der „Konfliktverteidigung“ sei keine Verteidigung und eine Entpflichtung sei bei der „Weigerung, die Verteidigung zu führen,“ geboten.⁶⁷ Diese Ansicht lehnt nicht nur das OLG Nürnberg, sondern auch das

⁶⁵ Herdegen, Beweisantragsrecht, S. 57; Börner, Legitimation, S. 154; Weber, GA 1975, 289, 300.

⁶⁶ BGH NStZ 1986, 37; OLG Oldenburg StV 1987, 523; OLG Düsseldorf JZ 1986, 408; OLG Nürnberg StV 1995, 287.

⁶⁷ LG Ansbach, Beschluss vom 01.03.1995, wiedergegeben in OLG Nürnberg StV 1995, 287.

Schrifttum ab; im Gegenteil halten sie die Anträge und Erklärungen des Officialverteidigers für durchweg von sachlichen Erwägungen getragen und von dem Interesse seines Mandanten verlangt.⁶⁸

Der Grund für diese Fehlbewertung liegt vor allem in dem Selbstverständnis der Richter. Es gehört zum menschlichen Wesen und wird durch Experimente zuverlässig belegt, dass man faire Verhaltensweisen mehr sich selbst zuordnet und unfaire Verhaltensweisen eher anderen zuschreibt.⁶⁹ Bei Berufsrichtern gilt nichts anderes. Ihr Selbstverständnis als fair handelnde Subjekte wird durch ihre berufliche Rolle – insbesondere ihre leitende Funktion und überwiegende Macht im deutschen Strafverfahren – noch weiter verstärkt.⁷⁰ Werden Verfahrensrechte gegenüber dem Gericht konsequent geltend gemacht oder versucht der Verteidiger lediglich, dem Prozess eine andere Richtung zu geben als dies das Gericht wollte, begründet die richterliche Selbstwahrnehmung der eigenen Fairness fast immer die Vermutung, dass hinter der formal ordentlichen Verteidigung die Intention zum Missbrauch stecke.⁷¹ Da aus Perspektive der Richter die von ihnen verfolgten Interessen nicht persönlich-egoistisch, sondern sachlich-altruistischer Art sind, kann ihre Reaktion darauf besonders intensiv und rücksichtslos sein.⁷² Auch das auf ihrem Beruf basierende Ehrgefühl der Richter trägt zu diesem Problem bei, indem sie dazu neigen, bei Angriffen auf ihre Würde bzw. ihre Macht – nicht zuletzt auch nach eigener Wahrnehmung – übersensibel zu reagieren,⁷³ um den Eindruck zu vermeiden, dass sie sich von der Verteidigung auf der Nase herumtanzen lassen.⁷⁴ Dazu verschlimmert sich das Problem des Tadels ordnungsmäßiger Rechtsausübung weiter wegen der Überlastung der Justiz. Es wird behauptet, dass in der Tat Rechtsmissbrauch nicht die Ursache für die Überlastung der Justiz sei, sondern die Überlastung der Gerichte Ursache für die Rechtsmissbrauchsdiskussion, mit der die Gerichte sich einen bequemen Weg zur Selbsthilfe schufen, obwohl das Kernproblem der mangelnden Personalausstattung ungelöst bleibe.⁷⁵

Allein den Richtern den Vorwurf zu machen, ohne sich die dahinter verborgenen Probleme vor Augen zu führen, die die Einstellung der Richter gegenüber der Verteidigung bzw. dem Verteidiger prägen, ist dennoch unfair. Wie im ersten Teil dargelegt, war im reinen Inquisitionsprozess der Inquisit als Objekt des Verfah-

⁶⁸ *Ventzke*, StV 1996, 524, 526; *Mehle*, StraFo 1995, 73, 80; *Barton*, StV 1995, 290, 292.

⁶⁹ *Bierhoff*, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163, 173.

⁷⁰ *Börner*, Legitimation, S. 94; vgl. *Föhrig*, Strafrichter-Brevier, S. 82 f.

⁷¹ *LR-Kühne*, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 46 f.; *Börner*, Legitimation, S. 94, 188.

⁷² *Alsberg*, Ausgewählte Schriften, S. 347.

⁷³ Vgl. *Weiland*, JuS 1986, 710, 711, 713.

⁷⁴ *Börner*, Legitimation, S. 213.

⁷⁵ *Lamshöft*, Modell, S. 136; *Fischer*, NStZ 1997, 212, 213 f.

rens der Allmacht des Inquirenten unterworfen, der die Rollen des Anklägers, Verteidigers und Richters in sich vereinigt hatte. Bei der Reform des Strafverfahrens im 19. Jahrhundert wurde das Anklageprinzip zusammen mit der Institution der Staatsanwaltschaft eingeführt, wodurch die in der Person des Inquirenten verbundenen Funktionen getrennt und unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten zugeschrieben wurden. Da Strafverfolgungs- und Urteilstätigkeit klar auf Staatsanwaltschaft und Gericht verteilt wurden, wurde die formelle Verteidigung als dialektischer Gegenspieler gegenüber der Staatsanwaltschaft vor dem Gericht erforderlich.⁷⁶ Durch diese Veränderung wurde die Chance für eine Wende der Prozessstellung des Angeklagten eröffnet; die Wende von einem bloßen Verfahrensobjekt zu einem mit eigenen Rechten ausgestatteten Prozesssubjekt kam aber erst, als liberale Vorstellungen über die Unabhängigkeit der Gesellschaft (und ihrer Mitglieder) vom Staat die Staatsräson ersetzte, und als Folge die Grundrechte des Einzelnen, die seinen Freiheitsraum vor staatlichen Eingriffen schützen, anerkannt wurden.⁷⁷ Zur Sicherung dieser materiellen Rechte eines in Strafverfahren verwickelten Grundrechtsträgers, die von dem Verfahrensergebnis abhängig sind, muss der Beschuldigte hinreichende prozessuale Rechte haben, die ihm ermöglichen, effektiv für sich selbst zu kämpfen und den Ausgang des Prozesses zu beeinflussen. Angestrebt wird hier keine bloß symbolische Interaktion zwischen den Verfahrensbeteiligten, sondern eine materielle, qualitätsvolle Verteidigung, die auch Erfolg zu erzielen vermag.⁷⁸ Um seine prozessualen Rechte tatsächlich wahrzunehmen und eine effektive Verteidigung durchzuführen, braucht der Beschuldigte, der meist weder nach seinem geistigen und fachlichen Vermögen noch aufgrund seiner persönlichen Lage, insbesondere wenn er in U-Haft sitzt, fähig ist, sich selbst zu verteidigen,⁷⁹ noch professionelle Hilfe, die durch den Verteidiger geleistet werden soll.⁸⁰

Seit der Reform spielt die Verteidigung im deutschen Strafprozess eine unerlässliche Rolle.⁸¹ Sie leidet jedoch gleichzeitig unter den starken inquisitorischen Elementen im reformierten Strafverfahren. Das reformierte Strafverfahren wird als eine Kombination vom „Akkusationsprozess mit inquisitorischer Hauptverhandlung“⁸² beschrieben, und der Offizial- sowie Anklagegrundsatz, das Prinzip der materiellen Wahrheit und das Instruktionsprinzip gehören zum allgemein ak-

⁷⁶ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 1; Beulke, Verteidiger, S. 51; Vehling, StV 1992, 86, 87.

⁷⁷ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 130 f.

⁷⁸ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 213 ff.

⁷⁹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 1.

⁸⁰ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 1; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 130 f.; Armbrüster, Verteidigung, S. 104 f.; Grüner, Mißbrauch, S. 19 f.; Rieß, FS Reichsjustizamt, 373, 404 f.

⁸¹ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 39, 94, 355.

⁸² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 6.

zeptierten Kernbestand der Prozessmaximen.⁸³ Infolgedessen werden Staatsanwaltschaft und Gericht jeweils die Herrschaft über das Ermittlungsverfahren und diejenige über das Zwischen- sowie Hauptverfahren zugeschrieben. Unter der Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft, die zwar normativ zur Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet ist, in der Rechtspraxis aber aus psychologischen Gründen nicht selten die Belastungsmaterialien überschätzt und die Entlastungsfaktoren unterschätzt oder sogar übersieht und folglich die Verteidigung als Gegenspieler betrachtet, werden die Mitwirkungsrechte der Verteidigung vorenthalten; daher hat sie auf die Ermittlungsakten sowie die Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage nur wenig Einfluss.

Im Hauptverfahren können die Verteidigungsrechte endlich zur vollen Entfaltung kommen, und sie werden auch tatsächlich vehement, manchmal sogar überschießend eingefordert, um ihr Fehlen im vorherigen Verfahrensabschnitt auszugleichen, was man als „kompensatorische Verteidigung“ bezeichnet.⁸⁴ Solche Verteidigung begegnet allerdings Widerständen nicht nur seitens der Staatsanwaltschaft, sondern auch seitens des Gerichts. Selbst wenn nach dem Übergang der Verfahrensherrschaft auf den Richter und der Vorlage der Ermittlungsakten an das Gericht, die die Ansicht der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Sach- sowie Rechtslage verkörpern und die Aufklärung des Gerichts unvermeidlich prägen, die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung weitgehend inaktiv bleibt, kann die Verteidigung auf eine Auseinandersetzung mit ihr nicht verzichten, geschweige denn, wenn die Staatsanwaltschaft aktiv auf die intensive Inanspruchnahme der Verteidigungsrechte reagiert. Die starke Stellung des zur Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichteten Gerichts im Hauptverfahren sollte sich auf die Verteidigung positiv auswirken, jedoch tritt hier dasselbe Problem auf wie bei der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren, d.h. der Unterschied zwischen der normativen Erwartung und der Verfahrenswirklichkeit. Die prozesspsychologischen Untersuchungen zeigen, dass der Richter eher auf der Marschroute der zuvor gelesenen, zuungunsten des Angeklagten wirkenden Ermittlungsakten bzw. der diese Akten bereitstellenden Staatsanwaltschaft vorgeht, weil er dem kaum zu umgehenden Urteilsperserveranzeffekt unterworfen ist und deswegen die in der Hauptverhandlung auftretenden Bestätigungen der Belastungsmomente systematisch überschätzt und die dagegen sprechenden neuen entlastenden Ergebnisse systematisch unterschätzt.⁸⁵ Agiert der Richter in der Tat in einem „Schulterchluss“ mit der Staatsanwaltschaft, muss sich die kompensatorische Verteidi-

⁸³ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 125; Köhler, Inquisitionsprinzip, S. 25 f.; Schöne-mann, FS Pfeiffer, 461, 462; Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 9.

⁸⁴ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 46; vgl. Börner, Legitimation, S. 498 ff.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 410 f.

⁸⁵ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 16, § 9 Rn. 1; vgl. Börner, Legitimation, S. 501 f.

gung auch gegen ihn richten und vor allem gegen ihn als den Urteilstellenden,⁸⁶ was aufgrund der Verfahrensherrschaft des Gerichts nicht nur schwierig durchzuführen ist, sondern auch negative Folge nach sich ziehen kann.

In diesem Zusammenhang ist zuzugeben, dass das Verhältnis zwischen Gericht und Verteidigung im reformierten Strafprozess wegen der speziellen Verfahrensstruktur spannender ist als in anderen Rechtskreisen, was dazu beiträgt, dass die Position der Verteidigung auch schwächer ist. Dies stellt den Hintergrund vieler Regelungen dar, die diese schwächere Stellung zu kompensieren versuchen.⁸⁷ Vor diesem Hintergrund wird verlangt, das inquisitorische Ermittlungsverfahren durch Stärkung der Verteidigung zu reformieren, sodass die Richtigkeit der Ermittlung kontrolliert und eine Balance zwischen Belastungs- und Entlastungsversuchen erreicht werden kann.⁸⁸ Dadurch wird auch das Verhältnis zwischen dem Gericht und der Verteidigung entspannt und folglich die Hauptverhandlung in prozessualer sowie materieller Hinsicht gefördert. Eine nähere Ausführung dieses Punktes würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Neben der inquisitorischen Verfahrensstruktur⁸⁹ hat auch die inquisitorische Prozesskultur Anteil an dem Problem,⁹⁰ dass das Gericht ein verzerrtes Bild über die Strafverteidigung hat und folglich dazu neigt, auch ihre ordentliche Rechtsausübung als Missbrauch anzusehen und zu „bestrafen“. Nach der in der Rechtsprechung unangefochtenen und in der Literatur herrschenden Meinung ist der Verteidiger kein einseitiger Interessenvertreter des Beschuldigten, sondern sein Beistand, der gleichzeitig ein „selbstständiges Organ der Rechtspflege“ darstellt.⁹¹ Hier findet die Organtheorie ihren Niederschlag. Nach der strengen Organtheorie muss der Verteidiger zwar im Interesse des Beschuldigten tätig sein, gleichzeitig ist er aber als Organ der Rechtspflege auch dem öffentlichen Interesse verpflichtet.⁹² Daher kommt es bei Inhalten und Grenzen der Tätigkeit des Verteidigers auf das Ergebnis einer Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen an, wobei das öffentliche Interesse häufig den Vorrang hat.⁹³

⁸⁶ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 88 ff., 135; Welp, ZStW 90 (1978), 804, 807.

⁸⁷ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 145.

⁸⁸ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 46; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 4 ff.

⁸⁹ Weßlau, FS Lüderssen, 787, 793 f.

⁹⁰ Grüner, Mißbrauch, S. 85 ff.

⁹¹ BVerfGE 117, 163; BGHSt 12, 369; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. J, Rn. 108; SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 4; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 3.

⁹² BGHSt 29, 99, 106; 38, 111, 114; BGH StraFo 2011, 92; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., Vor § 137, Rn. 1; SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 5; Beulke, Verteidiger, S. 164 ff., 173 ff.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 136; Welp, ZStW 90 (1978), 101, 119.

⁹³ BGHSt 38, 345, 347; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 3; Heinicke, Verteidiger, S. 449; Beulke, Verteidiger, S. 174 f.

Als Beispiel ist die Aufgabe des Verteidigers zu nennen, darauf hinzuwirken, dass „das Verfahren in sachdienlichen und geordneten prozessualen Bahnen abläuft“.⁹⁴ Dazu ordnet in mehreren Fällen, in denen der Beschuldigte seine Verfahrensrechte missbraucht, das Gericht an, dass er bestimmte Rechte nur noch über den Verteidiger ausüben können soll, mit der Erwartung, dass der Verteidiger als Teilhaber einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege statt ihres Gegners die Ausübung dieser Rechte kanalisiert und beschränkt.⁹⁵ Dieser Organtheorie wird zum Vorwurf gemacht, dass sie „ein Instrument zur Disziplinierung von Anwälten sowie zur Vereinnahmung des Verteidigers für Zwecke der Strafverfolgung“ sei,⁹⁶ die eine Verkennung der Quelle der Institution des Strafverteidigers widerspiegle und endlich zur Missachtung des Interesses des Beschuldigten sowie zur Einbuße seiner Stellung als Prozesssubjekt führe.⁹⁷

Die Versuche zur Heilung dieses Problems laufen auf andere Varianten der Organtheorie⁹⁸ hinaus. Die bedeutendste davon ist die eingeschränkte Organtheorie. Danach hat der Strafverteidiger neben seiner Beistandsfunktion noch der Effektivität der Strafverteidigung, der Effektivität der Strafrechtspflege sowie dem öffentlichen Interesse an der Sicherheit der Bundesrepublik zu dienen. Während der Verteidiger zu einer effektiven Strafverteidigung als dem öffentlichen Interesse in vollem Umfang und auch gegen den Willen des Beschuldigten verpflichtet ist, muss er nur den Kernbereich der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege beachten. Dazu gehören z. B. der Untersuchungszweck im Ermittlungsverfahren, das Lügeverbot, das Verbot der Beweisquellentribung sowie das Verbot der Verfahrensobstruktion oder -sabotage.⁹⁹ Die Kritiker der eingeschränkten Organtheorie bemängeln aber, dass erstens die Inpflichtnahme des Verteidigers für das öffentliche Interesse an effektiver Verteidigung zwar das Interesse des Beschuldigten nicht verletze, aber seine Bevormundung zur Folge habe,¹⁰⁰ zwei-

⁹⁴ BGHSt 38, 111, 115; BGH NSTZ 2005, 341; LG Wiesbaden StV 1995, 239, 240; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., Vor § 137, Rn. 1; SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 9; Berg, DRiZ 1994, 380, 383; Maatz, NSTZ 1992, 513, 517.

⁹⁵ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 9; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 173; Widmaier, NSTZ 1996, 445, 446; Malmendier, NJW 1997, 227, 232; Berg, DRiZ 1994, 380, 384; Maatz, NSTZ 1992, 513, 513 f.

⁹⁶ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. J, Rn. 108; SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 10; Grüner, Mißbrauch, S. 201 ff.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 177 ff.; Beulke, Verteidiger, S. 180, 193 f.; Roxin, FS Hanack, 1, 20 ff.; Fezer, StV 1997, 57, 58 f.; Ventzke, StV 1997, 543, 547 f.

⁹⁷ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 10; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 177 ff.; Heinicke, Verteidiger, S. 328 ff.

⁹⁸ Wie z. B. Heinicke, Verteidiger; Vehling, StV 1992, 86; Dornach, Strafverteidiger, S. 128 ff., 144 ff.

⁹⁹ Beulke, Verteidiger, S. 145 ff., 200 ff.; ders., Strafprozessrecht, Rn. 150; Dornach, Strafverteidiger, S. 91 ff.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 174; Senge, NSTZ 2002, 225, 227 f.

¹⁰⁰ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 231 ff., 238 ff.; Vogtherr, Rechtswirklichkeit, S. 38.

tens das Kriterium zur Bestimmung des Kernbereichs bisher höchst vage bleibe.¹⁰¹

An dieser Stelle ist es klar, dass sich die herkömmlichen Varianten der Organtheorie negativ auf die Verteidigung auswirken, weil sie dem Gericht ein zu stark durch das öffentliche Interesse geprägtes Bild des Strafverteidigers vermitteln und vor diesem Hintergrund Handlungen, die ausschließlich dem gesetzlich nicht verbotenen Willen bzw. Interesse des Beschuldigten dienen und folglich mit diesem Bild nicht vereinbar sind, als missbräuchlich bewertet werden. Das gilt selbst wenn sie in der Tat eine ordentliche Aufgabenerfüllung des Strafverteidigers darstellen.

In jüngerer Zeit lässt sich sogar eine immer bedenklichere Tendenz beobachten: Die Aufmerksamkeit der Justiz verlegt sich „von der Sanktionierung eines nachgewiesenen Missbrauchs hin zur einer verdachtsbasierten Missbrauchsprävention“, um trotz der Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises des Missbrauchs das Bedürfnis zur Bekämpfung des angenommenen Rechtsmissbrauchs zu befriedigen.¹⁰² Zur Missbrauchsprävention können einerseits im Nachhinein die Voraussetzungen für die Anerkennung des Missbrauchs gesenkt oder eine Beweislastumkehr eingeführt werden. Damit soll der Rechtsinhaber beweisen müssen, dass er sein Recht nicht missbräuchlich ausübt. Andererseits kann im Voraus die Ausübung des für Missbrauch anfälligen Rechts durch Steigerung seiner rechtlichen Hürden erschwert oder das Recht schlechthin abgeschafft werden.¹⁰³ Folglich wird immer mehr tatsächlich redliche Rechtsausübung als Rechtsmissbrauch angesehen und untersagt.¹⁰⁴

a) Exkursion

Der Organtheorie steht die Parteiinteressentheorie gegenüber, nach der es die einzige Aufgabe des Verteidigers ist, dem Beschuldigten bei der Wahrnehmung eigener Interessen aus eigenem Recht zu helfen.¹⁰⁵ Als die wichtigste Variante davon glaubt die Vertragstheorie, dass der zivilrechtliche Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Mandanten und Verteidiger die einzige Grundlage der Strafverteidigung bildet und der Verteidiger daher ganz von den Weisungen seines Mandanten abhängig ist, soweit sie nicht gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen.¹⁰⁶ Dennoch sei nach dem Gegner ein Abschied von der Organstellung des Verteidi-

¹⁰¹ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 15; Dornach, Strafverteidiger, S. 116 f.; Temming, StV 1982, 539, 540 ff.

¹⁰² Börner, Legitimation, S. 204.

¹⁰³ Börner, Legitimation, S. 206.

¹⁰⁴ Börner, Legitimation, S. 204, 207.

¹⁰⁵ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 16 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 4 f.; Dornach, Strafverteidiger, S. 65 ff.; Welp, ZStW 90 (1978), 101, 117, 125; ders., ZStW 90 (1978), 804, 817; Beulke, Verteidiger, S. 181 f.

¹⁰⁶ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. J, Rn. 109; LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., Vor § 137, Rn. 33 ff.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 230 ff.

gers – wie die Interessentheorie sowie ihre unterschiedliche Spielarten befürworten – mindestens¹⁰⁷ dadurch gehindert, dass die notwendige Verteidigung, bei der es gar nicht auf den Willen des Beschuldigten ankomme, sich nicht ausschließlich mit dem subjektiven Interesse des Beschuldigten bzw. nicht ohne die Stellung des Verteidigers auch als Organ der Rechtspflege erklären lasse.¹⁰⁸

Der Ausweg besteht darin, einerseits die Organstellung des Verteidigers weiterhin anzuerkennen und andererseits ihren Einfluss auf Inhalte und Grenzen der Tätigkeit des Verteidigers auf den Umfang zu beschränken, der mit dem Sinn und Zweck der Institution der Strafverteidigung nicht in Konflikt steht. Das geschieht dadurch, dass man die zwei Funktionen des Strafverteidigers, nämlich seine Aufgaben zur Überwachung der Einhaltung der Verfahrensregeln durch die Strafjustiz und zur Geltendmachung der Verteidigungsrechte zugunsten des Beschuldigten, trennt und sie jeweils der Rolle als Organ der Rechtspflege sowie der Rolle als Gehilfe des Prozesssubjekts zuordnet.¹⁰⁹ Als Organ der Rechtspflege hat der Verteidiger demgemäß allein die Verfahrensführung durch andere Organe der Strafrechtspflege aus der Perspektive einer unabhängigen Instanz und zugunsten des Beschuldigten zu kontrollieren, dabei kommt es nicht auf den Willen des Beschuldigten an. Dadurch lässt sich der Fall der dem Beschuldigten aufgezwungenen Verteidigung erklären und rechtfertigen, da die Justizförmigkeit des Verfahrens als staatliche Aufgabe dem Beschuldigten nicht zur Disposition steht.¹¹⁰ Ein Verzicht auf die Inpflichtnahme des Verteidigers für die Wahrheitserforschung, auch wenn sie sich zugunsten des Beschuldigten auswirken soll, lässt sich mit den Besonderheiten des deutschen Strafverfahrens begründen: Während Staatsanwaltschaft und Gericht, die im Prozess eine überlegene Stellung besitzen, die Pflicht haben, für Wahrheit und Gerechtigkeit zu sorgen (§§ 160 Abs. 1, 244 Abs. 2 StPO), kann in der StPO keine entsprechende Regelung für den im Vergleich dazu viel schwächeren Strafverteidiger gefunden werden.¹¹¹ Auf dieser Grundlage lässt sich der Schluss ziehen, dass eine solche Verpflichtung gar nicht besteht.¹¹² An dieser Stelle ist jedoch zu beachten, dass sich davon nicht ableiten lässt, dass der Beschuldigte ungünstige Ergebnisse hinnehmen muss, wenn der Verteidiger seine Überwachungsaufgabe vernachlässigt. Konkret gesagt kann diese Ansicht nicht als eine Befürwortung der Widerspruchslösung angesehen werden. Der Grund liegt darin, dass dort der Verteidiger nicht als Gehilfe des

¹⁰⁷ Andere Kritik s. LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. J, Rn. 110; Beulke, Verteidiger, S. 72 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 8; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 70 f., 143; Dornach, Strafverteidiger, S. 72 ff.

¹⁰⁸ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. J, Rn. 110; SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 18; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 4 f., 7 f.; Beulke, Verteidiger, S. 75.

¹⁰⁹ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 29, 36 ff., 42 ff.

¹¹⁰ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 36 ff.

¹¹¹ LR-Lüderssen, 25. Aufl., Vor § 137, Rn. 23; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 136, 138; Welp, ZStW 90 (1978), 101, 119; NJW 1986, 2742, 2743.

¹¹² Jahn, Konfliktverteidigung, S. 177 ff.; Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 28.

Beschuldigten tätig ist, sondern als Organ der Rechtspflege, sodass die Nichterfüllung seiner (Mit-)Verantwortung für ein ordnungsgemäßes Verfahren dem Beschuldigten nicht zugeschrieben werden kann. Übrigens widerspricht das bloße Geschehenlassen von Verfahrensfehlern in der ersten Instanz in Verbindung mit der Berufung darauf in der Revisionsinstanz der Kontrollfunktion des Verteidigers nicht, denn die Art und Weise der Kontrolle liegt in der Hand des Verteidigers.

Als Gehilfe des Prozesssubjekts hat der Verteidiger die Aufgabe, den Beschuldigten bei der Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte zu unterstützen.¹¹³ Dass dadurch auch das öffentliche Interesse an der Justizförmigkeit des Strafverfahrens, konkret gesagt, an der Überwachung der Verfahrensführung gewahrt wird, ist „nicht mehr als ein – willkommener – Schutzreflex“,¹¹⁴ wie die Kontrollfunktion des Strafverteidigers auch dem Interesse des Beschuldigten dient, aber nicht darauf abzielt. Das spricht nicht gegen die Trennung der zwei Funktionen. Bei dem Gebrauchmachen von allen Verteidigungsrechten ist der Verteidiger an Weisungen des Beschuldigten gebunden, gleichgültig, ob sie dem Interesse des Beschuldigten wirklich dienlich sind.¹¹⁵ Das bedeutet natürlich nicht, dass der Verteidiger keinen eigenverantwortlichen Entscheidungsspielraum hat, in dem er seine Sach- und Fachkenntnisse anwenden und das für den Beschuldigten günstigste Verfahrensergebnis erzielen kann.¹¹⁶ An Weisungen ist er nicht gebunden, wenn sie mit einer gesetzlichen Bestimmung, insbesondere einer Vorschrift von StGB sowie StPO, oder mit den guten Sitten kollidieren.¹¹⁷ D.h. der Verteidiger darf weder lügen¹¹⁸ noch die Beweisquellen trüben (§§ 153 ff., 258, 267 StGB); außerdem darf er keine Verfahrenssabotage¹¹⁹ oder andere missbräuchlichen Verhaltensweisen anwenden, z.B. die Beleidigung des Zeugen. Dank dieser Weisungsgebundenheit lässt sich eine Paternalisierung gegen den Willen des Beschuldigten vermeiden, die nicht besser als eine Instrumentalisierung des Beschuldigten ist, da die beiden zwar zwei verschiedene Wege nehmen, aber am Ende zu demselben Ergebnis kommen, d.h. der Leugnung der Subjektstellung des Beschuldigten¹²⁰ sowie der Wurzel der Institution des Strafverteidigers¹²¹: Wird der Wille des Beschuldigten unter Berufung auf das kollidierende öffentliche Interesse missachtet, wird er zum bloßen Objekt des Staates herabgewürdigt;

¹¹³ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 29.

¹¹⁴ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 29; Welp, ZStW 90 (1978), 804, 817.

¹¹⁵ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 248.

¹¹⁶ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 250 ff.

¹¹⁷ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 254 ff.

¹¹⁸ Verschiedene Ansichten über die Reichweite des Lügeverbot s. SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 74, 76 f., 97, 110 f.; Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 127; Grüner, Mißbrauch, S. 137 ff.

¹¹⁹ Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 143 f.; Roxin, FS Hanack, 1, 15.

¹²⁰ SK-Wohlers, 5. Aufl., vor §§ 137 ff., Rn. 42 f.

¹²¹ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 130 f.

wenn der Wille des Beschuldigten im Namen seines „wahren“ Interesses negiert wird, wird er zum bloßen Sklaven seiner Interessen statt ihres Herren gemacht.¹²² Die Bevormundung des Beschuldigten ist nicht nur ungerecht, sondern entspricht auch der Rechtswirklichkeit nicht. Es ist fraglich, inwieweit eine Verteidigung dem Beschuldigten aufgezwungen werden kann, der die Kooperation und sogar die Kommunikation mit dem Verteidiger einfach verweigern kann. Eine Verteidigung gegen seinen Willen ist zwar formell möglich, aber materiell ineffektiv.¹²³ Auf der Kehrseite stellt es Allgemeingut dar, dass der Wahlverteidiger zwar versuchen kann und sollte, den Mandanten hinsichtlich der Verteidigungsstrategie zu überreden, aber nicht gegen den Willen des Mandanten agieren darf, während beim Vertrauensverlust wegen Meinungsverschiedenheiten über die Führung der Verteidigung eine Entpflichtung des Pflichtverteidigers möglich ist.¹²⁴

2. Außerachtlassung des Missbrauchs der Staatsanwaltschaft und des Gerichts

Der zweite Grund für die mit den Missbrauchskategorien nicht vereinbare Einseitigkeit der bisherigen Diskussion liegt darin, dass missbräuchliche Verfahrensführung durch Staatsanwaltschaft oder Gericht ignoriert wird.

Auf den ersten Blick scheint diese Vernachlässigung unverständlich, da allgemein anerkannt ist, dass alle Prozessbeteiligten der Versuchung, Rechte zu missbrauchen, ausgesetzt sind¹²⁵ und Rechtsmissbrauch auch tatsächlich bei allen vorkommt.¹²⁶ Einer der berühmten Fälle des Missbrauchs durch das Gericht¹²⁷ ist die zuvor erwähnte Entscheidung des LG Ansbach, bei der das Gericht von § 145 StPO, der auf der einen Seite die Durchführbarkeit der Hauptverhandlung in den Fällen notwendiger Verteidigung sicherstellen, auf der anderen Seite dem Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung Rechnung tragen soll,¹²⁸ Anwendung macht, um den unliebsamen Verteidiger aus dem Saal zu treiben und dazu noch finanziell zu „bestrafen“.¹²⁹ Die Außerachtlassung des Missbrauchs der

¹²² Zweiter Teil, Kap.1 C. IV. 1.

¹²³ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 224 ff.

¹²⁴ OLG Hamm StV 1982, 510; OLG Düsseldorf StV 1993, 6.

¹²⁵ Meyer, JR 1980, 219 f.

¹²⁶ Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 19; Weßlau, FS Lüderssen, 787; Kempf, FS Hassemer, 1041; Kühne, StV 1996, 684; ders., GA 1999, 454; Fischer, NSTZ 1997, 212, 215; Herzog, StV 2000, 444, 447; Meyer, JR 1980, 219 f.; Barton, StV 1996, 690, 694; Hamm, NJW 1996, 2981; Mehle, StraFo 1995, 73.

¹²⁷ Beispiele für Missbrauch seitens des Gerichts s. Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 112; Kempf, FS Hassemer, 1041, 1047, 1051; Grüner, Mißbrauch, S. 181 f., 218; Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 129 ff.; Herdegen, NJW 1996, 26, 28; Kühne, StV 1996, 684, 685; Hamm, NJW 1993, 289, 297; Föhrig, Strafrichter-Brevier, S. 57 f.

¹²⁸ SK-Wohlers, 5. Aufl., § 143 Rn. 10 f., 17 f., § 145 Rn. 1.

¹²⁹ LG Ansbach, Beschluss vom 01.03.1995, wiedergegeben in OLG Nürnberg StV 1995, 287.

amtlichen Verfahrensbeteiligten in der Gegenwart scheint noch merkwürdiger, wenn man bedenkt, dass in der Rechtsgeschichte der Schwerpunkt der Missbrauchsbekämpfung meist auf der Zügelung der Handlungen der Strafverfolgungs- sowie Rechtsprechungsorgane lag.¹³⁰ Darüber hinaus ist das missbräuchliche Verhalten der amtlichen Verfahrensbeteiligten weniger akzeptabel als dasjenige der nichtamtlichen Beteiligten, weil es zunächst gegen den Gesetzesvorbehalt verstößt, der nur die Ausübung hoheitlicher Gewalt bindet, während dies beim Rechtsmissbrauch der Verteidigung nicht der Fall ist.¹³¹ Zusätzlich hat missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungs- sowie Rechtsprechungsorgane schwerwiegendere Folgen, wie z.B. Gefährdung der Wahrheitsermittlung bzw. Fehlurteil oder Beschneidung der Verfahrensrechte des Beschuldigten bis zur Entwertung seiner Subjektstellung, während der Missbrauch von Verteidigungsrechten auf mehr oder weniger Prozessverzögerung oder Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Prozessbeteiligten hinausläuft.¹³² Gelegentlich wird behauptet, dass Rechtsmissbrauch auf der Verteidigungsseite häufig durch missbräuchliches Verhalten des Gerichts erst provoziert werde¹³³ und eigentlich die Hilflosigkeit gegenüber der Macht des Gerichts zeige,¹³⁴ was zwar keine Rechtfertigung für Rechtsmissbrauch der Verteidigung bietet, dennoch auf die Bedeutung sowie Notwendigkeit hinweist, missbräuchliches Verhalten von staatlichen Verfahrensbeteiligten zu bekämpfen.

Dann lässt sich die Frage stellen, wieso es bei der Diskussion seit Ende der sechziger Jahre nur um den eindimensional wahrgenommenen Missbrauch durch den Beschuldigten und den Verteidiger geht. Dies liegt unmittelbar an den Kriterien zur Beurteilung des Rechtsmissbrauchs und endlich an der Beurteilungsmacht.

Um festzustellen, ob eine Rechtswahrnehmung in der Tat einen Rechtsmissbrauch darstellt, wird sie vor allem an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gemessen.¹³⁵ Dieser Maßstab wird damit begründet, dass alle Verfahrensbeteiligten das Gebrauchmachen von eigenen Verfahrensrechten an den Zielen des Strafprozesses messen müssten und die Erreichung der Verfahrensziele eine funktionstüchtige Strafrechtspflege voraussetze und auch als Bestandteil verlange.¹³⁶ Es sei grundsätzlich ausgeschlossen, dass Staatsanwaltschaft und Ge-

¹³⁰ Horvat, Missbrauchsverbot, S. 53 f.

¹³¹ Weßlau, FS Lüderssen, 787, 797 f.

¹³² Meyer, JR 1980, 219 f.

¹³³ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 51; LR-Lüderssen, 25. Aufl., § 145, Rn. 36; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 42; Eisenberg, NJW 1991, 1257, 1263; Kühne, GA 1999, 454.

¹³⁴ Richter II, Sitzungsbericht zum 60. DJT, M 212 f.; vgl. Peters, in: Strafprozeß und Reform, 82, 88 f.

¹³⁵ Horvat, Missbrauchsverbot, S. 53 f.; Hamm, NJW 1993, 289, 297; Kühne, NJW 1998, 3027, 3028; Riehle, KJ 1980, 316, 321 f.

¹³⁶ Grüner, Mißbrauch, S. 169 ff.; vgl. Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 172 f.

richt als Organe der Strafrechtspflege ihre eigene Funktionstüchtigkeit beeinträchtigten und in diesem Sinne sich „missbräuchlich“ verhielten,¹³⁷ während die Verteidigung gerade von Natur aus danach strebe und auch dafür bestimmt sei, die Strafverfolgung zu hemmen und daher zum „Missbrauch“ neige. Infolgedessen findet sich die Relevanz der Missbrauchsdeutung ausschließlich im Bereich der Verteidigungsrechte.¹³⁸

Dies ist wieder darauf zurückzuführen, dass die Missbrauchsproblematik im Kern ein Interpretationsproblem ist und das Gericht die Macht der Rechtsauslegung sowie -schöpfung bzw. der Beurteilung des Missbrauchs in seiner Hand hat.¹³⁹ Es entscheidet als Bewertender darüber, welchen Inhalt der Maßstab zur Beurteilung des Rechtsmissbrauchs hat, und bewertet demgemäß, ob jemand missbräuchlich handelt, während die übrigen Verfahrensbeteiligten die Bewerteten sind. Und diese Verteilung der Rollen als Bewertende und Bewertete bleibt stabil, d.h. die Bewertenden werden nicht einmal Bewertete und nie haben die Bewerteten die Bewertungsmacht.¹⁴⁰ Aufgrund dieser zweiteiligen Struktur kann das Gericht erstens das Kriterium für die Missbrauchsbeurteilung zu seinen eigenen Gunsten bzw. zuungunsten der Verteidigung bestimmen.¹⁴¹ Zweitens, selbst wenn der Maßstab für Rechtsmissbrauch neutral bestimmt wird, wird zwar weniger häufig, aber fast immer nur die Verteidigung dadurch betroffen, da die Bewertenden sich der Missbrauchsprüfung entziehen und deswegen selbst rechtsmissbräuchliches Verhalten von ihnen nicht festgestellt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass dem Gericht kaum Rechtsmissbrauch vorgeworfen wird.¹⁴² Auch auf eine Kontrolle innerhalb des Justizsystems durch andere Gerichte kann man sich nicht verlassen. Obergerichte korrigieren täglich fehlerhafte Rechtsanwendung der Untergerichte, ohne auf das Wort „Missbrauch“ zurückzugreifen, selbst wenn das gerichtliche Verhalten offensichtlich missbilligt oder widersprüchlich ist oder zu untragbaren Ergebnissen führt.¹⁴³ Bei der Staatsanwaltschaft ist die Lage nicht viel anders, da sie vom Gericht als „Arbeitskollegin“ der Strafrechtspflege betrachtet wird.¹⁴⁴

¹³⁷ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 48.

¹³⁸ Riehle, KJ 1980, 316, 321 f.; Kühne, NJW 1998, 3027, 3028.

¹³⁹ BGHSt 26, 228; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 53; ders., StV 1996, 684, 687 ff.; ders., GA 1999, 454; Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 125; Norouzi, FS Fischer, 765, 769; Weber, GA 1975, 289, 295; Kempf, StV 1996, 507, 509; Herdegen, NSTZ 2000, 1.

¹⁴⁰ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 52.

¹⁴¹ Norouzi, FS Fischer, 765, 768 f.; vgl. Peters, Strafprozeß, S. 89.

¹⁴² Kühne, NJW 1998, 3027, 3027 f.; ders., GA 1999, 454; MüKoStPO-Kudlich, Einl., Rn. 342 Fn. 685.

¹⁴³ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 53; ders., StV 1996, 684, 687 ff.; Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 125.

¹⁴⁴ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 52; ders., GA 1999, 454; Weßlau, FS Lüderssen, 787, 797 f.

An dieser Stelle wird klar, dass die Unvereinbarkeit zwischen den hier vorgeschlagenen Kategorien des Missbrauchs im Strafverfahren und der bisherigen Diskussion durch die strukturbedingte Einseitigkeit der Letzteren herbeigeführt wird. Um zu vermeiden, dass die Missbrauchs-idee endlich eine Waffe gegen die Verteidigung darstellt¹⁴⁵ und eine neue Möglichkeit zum Rechtsmissbrauch für das Gericht eröffnet,¹⁴⁶ müssen die Kategorien sowie die Fallgruppen für den Rechtsmissbrauch im Rahmen des Strafverfahrens weiter bearbeitet werden, so dass sie einerseits allgemein bzw. für jeden Prozessbeteiligten gültig sind¹⁴⁷ und andererseits der speziellen Verfahrens- bzw. Machtstruktur im deutschen Strafprozess, genauer gesagt der besonders schwachen Stellung der Verteidigung, Rechnung tragen.¹⁴⁸ Diese Aufgabe verpflichtet vor allem die Strafrechtswissenschaft, die außerhalb des Strafprozesses steht und daher der Macht der Strafjustiz nicht unterliegt, sondern umgekehrt die Rechtsschöpfungs- sowie Bewertungstätigkeit des Gerichts durch die Vernunft kontrollieren kann.¹⁴⁹ Dabei spielt die Strafrechtswissenschaft „gewissermaßen die Rolle einer vierten Gewalt, die die sonst nicht mehr kontrollierte und deshalb die Gefahr des Machtmissbrauchs bergende dritte Gewalt ausschließlich kontrolliert, ohne selbst Herrschaft auszuüben,“ und ihre eigene Legitimation „in der Herrschaft der Vernunft findet.“¹⁵⁰ Die uralte Frage „qui custodiet ipsos custodientes?“ lässt sich dadurch beantworten.¹⁵¹

D. Rechtfertigung der Missbrauchsabwehr

I. Zulässigkeit der Missbrauchsabwehr in Form der richterlichen Rechtsfortbildung

Nach Darlegung der Missbrauchs-idee im Strafprozess ist zu untersuchen, wie die Missbrauchs-bekämpfung gerechtfertigt werden kann. Eine abstrakte Rechtfertigung bietet schon die Außentheorie an, denn eine mit positivrechtlichen sowie überpositivrechtlichen Wertungen in Konflikt stehende Rechtsausübung ist zu un-

¹⁴⁵ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 174; Rüping, JZ 1997, 865; Beulke, FS Roxin, 1173 f.

¹⁴⁶ Es wird eingewandt, dass das Gericht selbst missbräuchlich agiere, wenn es den Missbrauchsgedanken als Waffe gegen die Verteidigung einsetze, um sie zu domestizieren, sodass das Gericht sich der durch die Verteidigung wahrgenommenen Kontrolle der staatlichen Strafgewalt wieder entziehe (Perron, Beweisantragsrecht, S. 99; Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 147 f.; Weber, GA 1975, 289, 299 f.; Rudolphi, ZRP 1976, 165, 169, 172) und gleichzeitig die eigene Arbeitsbelastung reduziere (Grüner, Mißbrauch, S. 175 f.).

¹⁴⁷ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 6 ff.

¹⁴⁸ Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 227 f., 254; Spriegel, Rechtsmissbrauch, S. 137.

¹⁴⁹ Schünemann, FS Herzberg, 39, 40, 44 f.; Greco, Lebendiges und Totes, S. 200 f.

¹⁵⁰ Schünemann, FS Herzberg, 39, 44 f.; ders., GA 2011, 445, 446, 460.

¹⁵¹ Schünemann, FS Herzberg, 39, 45; ders., FS Roxin, 1, 5 f.; ders., GA 2011, 445, 446.

terbinden. Daneben wird aber noch eine Rechtfertigung der konkreten Abwehrmaßnahme in jedem Einzelfall benötigt. Wenn gesetzliche Abwehrmöglichkeiten gegen einen Rechtsmissbrauch vorgeschrieben sind, wie z. B. beim Beweisverbot wegen Folter nach § 136a Abs. 3 StPO und Entzug des Fragerechts wegen Missbrauchs nach § 241 Abs. 1 StPO, wird mit Rücksicht auf die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative die konkrete Rechtfertigung in der Regel nicht angezweifelt. Unklar bleibt, wie man in den übrigen Fällen die Gegenmaßnahme rechtfertigen kann. Diese Frage lautet, wie sich eine richterliche Rechtsschöpfung rechtfertigen lässt, weil die nicht gesetzlich normierte Missbrauchsabwehr in der Tat eine Abweichung vom Subsumtionsergebnis bzw. eine Rechtsfortbildung ist.

Nach der juristischen Methodenlehre sind drei Stufen richterlicher Rechtsfindung zu unterscheiden: Rechtsfindung *secundum legem* bzw. Gesetzesauslegung, Rechtsfortbildung *praeter legem* bzw. gesetzesergänzende Lückenfüllung und Rechtsfortbildung *contra legem* bzw. Gesetzeskorrektur.¹⁵²

Bei der Auslegung muss der mögliche Wortsinn als äußerste Grenze beachtet werden.¹⁵³ Nach herrschender Meinung werden vier Methoden der Auslegung unterschieden, nämlich Auslegung nach dem Wortlaut, nach der Einordnung der Norm in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung, nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, sowie nach dem objektiven Sinn und Zweck der Regelung. Für jede auszulegende Gesetzesnorm sind sie „einerseits nach ihrer Nähe zum Normtext, andererseits nach der Stichhaltigkeit der konkreten einzelnen Argumente zu gewichten“.¹⁵⁴ Darunter ist die teleologische Auslegung, deren Kriterien die Strukturen des geregelten Sachbereichs sowie die hinter der betroffenen Regelung stehenden rechtsethischen Prinzipien sind,¹⁵⁵ besonders umstritten, da sie eine hohe Gefahr einer subjektiv gefärbten Festlegung des Gesetzeszwecks mit sich bringt und ermöglicht, dass der Richter eigene Maßstäbe anstelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.¹⁵⁶ Vereinzelt wird sogar die Auffassung vertreten, dass die teleologische Auslegung nicht mehr eine heteronome Rechtsanwendung, sondern eine autonome Rechtsschöpfung darstelle und eher der Rechtsfortbildung zuzuordnen sei als der Rechtsfindung *secundum legem*, die sich auf die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers beschränken soll.¹⁵⁷

¹⁵² Krey, JZ 1978, 361; ähnlich die Vier-Stufen-Theorie von Larenz, s. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 187 f., 196 ff., 210 f., 245 ff.

¹⁵³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 143, 145.

¹⁵⁴ BGH JR 2008, 255, 256; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. M, Rn. 36, 38; MüKoStPO-Kudlich, Einl., Rn. 591 ff.

¹⁵⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 153 ff.

¹⁵⁶ BVerfGE 126, 179, 197 f.; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 72 f.; Naucke, JuS 1989, 862, 865.

¹⁵⁷ Schünemann, Rechtsgewinnung, S. 109 ff., 117, 165 f., 169, 367 f. Diese Theorie ist mit der hier vertretenen Außentheorie gut vereinbar.

Nach der herrschenden Meinung überschreitet erst das, was von dem Wortsinn der Rechtsnorm nicht gedeckt wird, die Auslegung und betritt den Bereich der Rechtsfortbildung. Je nachdem, ob das Gesetz beim Vorliegen einer Regelungslücke ergänzt oder wegen sonstiger Mängel korrigiert wird, unterscheidet man zwischen Rechtsfortbildung *praeter legem* und *contra legem*.¹⁵⁸ Rechtsfortbildung *praeter legem* zielt auf die Auffüllung der Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes ab. Zur Feststellung einer Unvollständigkeit sind die in der fraglichen Einzelnorm enthaltenen oder aus einer Mehrzahl von gesetzlichen Regeln abgeleiteten Wertungen des Gesetzgebers oder die Gesamtrechtsordnung, inklusive des Verfassungsrechts sowie Rechtsprinzipien, heranzuziehen. Ihre Planwidrigkeit hängt davon ab, ob der Gesetzgeber bereits durch abschließende gesetzliche Regelungen den Willen zum Ausdruck gebracht hat, diese Unvollständigkeit in Kauf zu nehmen.¹⁵⁹

Zu den Methoden der Rechtsfortbildung zählt zunächst die Analogie. Die Einzelanalogie überträgt die für einen Tatbestand (A) im Gesetz gegebene Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten Tatbestand (B), wenn die beiden Tatbestände in den für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsichten übereinstimmen, während bei der Gesamtanalogie mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an untereinander ähnliche Tatbestände die gleiche Rechtsfolge knüpfen, ein „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ mit bestimmten, in allgemeiner Weise angebbaren Voraussetzungen entnommen wird, der auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand wertungsmäßig ebenso zutrifft wie auf die geregelten Tatbestände. Dabei ist ein Rückgriff auf die Zwecke und den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung notwendig, da man bei der Einzelanalogie die Ähnlichkeit der beiden Tatbestände erst beurteilen und bei der Gesamtanalogie den allgemeinen Rechtsgrundsatz erst formulieren kann, wenn festgestellt ist, welche Elemente eines gesetzlich geregelten Tatbestandes für die gesetzliche Wertung und warum sie für diese bedeutsam sind.¹⁶⁰

Während die Analogie durch das Gebot der Gerechtigkeit gerechtfertigt wird, gleichartige Fälle gleich zu behandeln, stützt sich die teleologische Reduktion auf ein anderes Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln.¹⁶¹ Bei der Schaffung einer abstrakt-generellen Rechtsnorm hat der Gesetzgeber für ihren Tatbestand bzw. ihren Anwendungsbereich auf typische Fallgestaltungen abzustellen, was zwangsläufig zu der Möglichkeit führt, dass eine konkret bestehende Situation von der vom Gesetzgeber typisierend angenommenen Konstellation in der Weise abweicht, dass zwar alle im Gesetz formulierten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, die Anwendung der Vorschrift auf den konkreten Fall aber mit der gesetz-

¹⁵⁸ Krey, JZ 1978, 361, 364.

¹⁵⁹ Krey, JZ 1978, 361, 364 f.

¹⁶⁰ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202 ff.

¹⁶¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 211.

lichen Wertung unvereinbar und „ungerecht“ erscheint.¹⁶² In solchen Fällen fügt die teleologische Reduktion unter Bezugnahme auf die Ziele der gesetzlichen Regel eine Einschränkung ihres eindeutig zu weit gefassten Anwendungsbereichs hinzu, die im Gesetzestext nicht enthalten ist.¹⁶³

Die Rechtsfortbildung erfolgt auch durch das der Analogie nahestehende argumentum a maiore ad minus¹⁶⁴ und die der teleologischen Reduktion gegenüberstehende teleologische Extension¹⁶⁵. Darüber hinaus kann die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die „Natur der Sache“ oder ein rechtsethisches Prinzip völlig neue Rechtsinstitute schaffen.¹⁶⁶

Eine über die Lückenfüllung hinausgehende Rechtsschöpfung stellt Rechtsfortbildung contra legem dar, bei der der Richter seine Abwägungen und rechtspolitischen Überzeugungen in einer Weise an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt, die zu einer völligen Neubestimmung des Norminhalts führt.¹⁶⁷ Anders als die Rechtsfortbildung praeter legem ist die Rechtsfortbildung contra legem aus verfassungsrechtlicher Perspektive¹⁶⁸ nicht unbedenklich, da sie gegen die Gesetzesbindung des Richters verstößt, hinter der drei fundamentale Maxime stehen, nämlich das Demokratieprinzip, das Gewaltenteilungsprinzip sowie das Prinzip der Rechtssicherheit.¹⁶⁹

Es ist dem Demokratieprinzip nach heutigem Verständnis immanent, dass die für das Volk handelnden Staatsorgane ihre Legitimation unmittelbar oder mittelbar aus einem Willensakt des Volkes herleiten müssen, soweit Entscheidungen nicht direkt vom Volk getroffen werden. Durch die allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen wird in der Regel nur die Zusammensetzung einzelner Staatsorgane bestimmt, die ihrerseits demokratische Legitimation an andere Staatsorgane vermitteln.¹⁷⁰ Dies geschieht zum einen dadurch, dass jede Person, die für den Staat in amtlicher Funktion tätig wird, individuell durch eine ununterbrochene Kette der Bestellungsakte mit den unmittelbar legitimierten Staatsorganen und daher mit dem dahinter stehenden Volk verbunden ist,¹⁷¹ zum

¹⁶² Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 61 f.

¹⁶³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 210 f.

¹⁶⁴ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 208 f.

¹⁶⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 216 ff.

¹⁶⁶ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 4, 219, 233 f.; 8, 28, 34; 8, 71, 79; 8, 210, 220 f.; 9, 89, 102; 65, 182, 191, 194; 82, 6, 12; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 121.

¹⁶⁸ Methodenfragen sind zugleich Verfassungsfragen, s. BVerfGE 34, 269, 287; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. M, Rn. 4; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 139; Rüthers, JZ 2006, 53, 56, 60; Krey, JZ 1978, 361, 363.

¹⁶⁹ Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 148 ff.; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 61.

¹⁷⁰ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 82 f.

¹⁷¹ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 164; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 134 ff.

anderen dadurch, dass beim Handeln die Amtswalter zum einen an die Parlamentsgesetze und an das auf ihrer Grundlage erlassene sonstige Recht gebunden und zum anderen Weisungen und Aufsichtsmaßnahmen unterworfen sind.¹⁷² Die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis, sodass eine verminderte Legitimation des einen Stranges durch eine stärkere Legitimation des anderen Stranges ausgeglichen werden kann. Sichergestellt sein muss nur ein bestimmtes Legitimationsniveau bzw. die Effektivität der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns.¹⁷³ Die Judikative gewinnt ihre mittelbare demokratische Legitimation einerseits durch die Richterbestellung, die über eine zwar lange, aber ununterbrochene Legitimationskette auf das Volk rückführbar ist, und andererseits durch die Bindung des Richters an Gesetze. Mehr Gebundenheit, wie z.B. eine parlamentarische Verantwortung, ist nicht nur entbehrlich, sondern läuft auch der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der Richter zuwider, die eine wesentliche Voraussetzung für eine neutrale, objektive Rechtsprechung darstellt.¹⁷⁴ Keiner der beiden erwähnten Stränge kann hinweggedacht werden, ohne dass die effektive demokratische Legitimation der Rechtsprechung entfällt.¹⁷⁵ Vor diesem Hintergrund haben die Richter zwar die Wertungen und Entscheidungen des Gesetzgebers zu ergänzen sowie systemimmanent weiterzuführen und gegebenenfalls konkrete vorrangige verfassungs- oder völkerrechtliche Vorgaben umzusetzen,¹⁷⁶ was einen hohen Grad an Kreativität aufweisen mag. Sie dürfen aber nicht ohne die Normen der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als Grundlage entscheiden, geschweige gegen das Gesetz entscheiden,¹⁷⁷ anderenfalls scheitert die Vermittlung der unmittelbaren demokratischen Legitimation an die Judikative auf sachlich-inhaltlichem Weg und die ganze demokratische Legitimation der Rechtsprechung fällt folglich weg. Darüber hinaus verlangt das Demokratieprinzip, dass je größer die Bedeutung und Reichweite einer zu treffenden Entscheidung ist, desto höher das Legitimationsniveau sein muss. D.h. die wesentlichen Entscheidungen für das Gemeinwesen dürfen nur vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament getroffen werden, soweit die Gewaltenteilung nicht verletzt wird.¹⁷⁸ In solchen Konstellationen gibt es wenig Raum für eine Lückenfüllung durch den Richter. Daher verbietet das Demokratieprinzip einerseits die Rechtsfortbildung contra

¹⁷² v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 168; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 134 ff.

¹⁷³ BVerfG 83, 60, 72; 93, 37, 67; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 170.

¹⁷⁴ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 171.

¹⁷⁵ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 170.

¹⁷⁶ v. Mangoldt/Klein/Starck-Classen, Art. 97, Rn. 13.

¹⁷⁷ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 285 f.

¹⁷⁸ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 186 ff.; Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 233, 247 f.

legen, lässt andererseits je nach der Situation unterschiedliche Maße der richterlichen Rechtsschöpfung praeter legem zu.

Die Gesetzesbindung des Richters ist auch auf das Gebot der Gewaltenteilung zurückzuführen, unter dem man häufig den Grundsatz der funktionalen Verteilung der Staatsgewalt auf verschiedene Organe versteht.¹⁷⁹ Ursprünglich dient dieses Gebot dem Schutz der Menschenwürde und individueller Freiheit, indem es die Machtkonzentration durch „gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten“¹⁸⁰ ersetzt, sodass Staatswillkür und Machtmissbrauch verhindert werden können.¹⁸¹ Folglich bedeutet das Gebot der Gewaltenteilung keine strenge Trennung zwischen den verschiedenen Funktionen wahrnehmenden Verfassungsorganen, sondern lässt unterschiedliche Formen und Verfahren interorganschaftlicher personeller und sachlich-inhaltlicher Kontrolle sowie Zusammenarbeit zu oder gebietet diese sogar.¹⁸² Vor diesem Hintergrund lässt sich ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip nicht schon annehmen, wenn ein Organ Funktionen wahrnimmt, die „an sich“ im Aufgabenbereich eines anderen Organs liegen, sondern erst dann, wenn in den Kernbereich einer anderen Gewalt eingegriffen und die Gewichtsverteilung zwischen den Gewalten dadurch verändert wird.¹⁸³ Hinsichtlich der Beziehung zwischen der Legislative und der Judikative verbietet das Gewaltenteilungsgebot, dass die Richter als Ersatzgesetzgeber fungieren,¹⁸⁴ indem sie gegen eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung judizieren, nämlich ihre Abwägungen und rechtspolitischen Überzeugungen in einer Weise an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen und dadurch den Norminhalt völlig neu bestimmen.¹⁸⁵ Solange kein contra-legem-Judizieren vorliegt, verstößt die schöpferische Rechtsfortbildung durch Richter nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und das daraus abgeleitete Gebot der Bindung des Richters an Gesetz.¹⁸⁶ Später spricht das BVerfG der Gewaltenteilung auch den Zweck zu, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfü-

¹⁷⁹ D.h. die horizontale Gewaltenteilung. Daneben besteht noch die vertikale Gewaltenteilung auf verschiedene staatliche Ebenen, nämlich zwischen dem Bund und den Ländern, s. v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 198.

¹⁸⁰ BVerfGE 34, 52, 59; 95, 1, 15.

¹⁸¹ Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 115 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 197, 205 ff.

¹⁸² v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 210 ff.; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 115 f., 119.

¹⁸³ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 214 ff.; Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 115 f.; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 148 ff.

¹⁸⁴ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Art. 20, Rn. 221.

¹⁸⁵ Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 121.

¹⁸⁶ Mertens, Grundrechtseingriffe, S. 121.

gen.“¹⁸⁷ Da aus dieser Hinsicht das Gewaltenteilungsprinzip die sachgerechte Aufgabenverteilung und -erfüllung der Staatsorgane gewährleistet, liegt eine Verletzung dieses Grundsatzes vor, wenn ein Organ Funktionen wahrnimmt, für die es seiner Zusammensetzung, Verfahrensart und Struktur nach nicht ausgestattet ist.¹⁸⁸ Demgemäß ist richterliche Rechtsfortbildung problematisch, wenn entweder eine Vielzahl von Informationen oder Perspektiven in den Entscheidungsprozess eingehen muss oder die Wirkungen einer Entscheidung für eine unübersehbare Menge von Fällen in der Zukunft prognostiziert werden sollen.¹⁸⁹ Zweifellos gehört die Rechtsfortbildung contra legem dazu, bei der die Richter derartige, bereits durch den Gesetzgeber getroffene Entscheidungen durch eigene ersetzen.

Die Bindung des Richters an das Gesetz manifestiert auch das Prinzip der Rechtssicherheit, das die Freiheit der Bürger schützt und fördert, indem es die Messbarkeit, Berechenbarkeit sowie Vorausssehbarkeit des staatlichen Handelns auf der Grundlage bestimmter Gesetze verlangt. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist nur möglich, wenn die Bürger darauf vertrauen können, dass nur in den gesetzlich geregelten Fällen in ihre Rechte eingegriffen wird.¹⁹⁰ Ein bedeutender Aspekt dieses Prinzips ist der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand des geltenden Rechts, das heißt, der Einzelne darf nicht durch die nachträgliche Entwertung von Rechtspositionen oder plötzliche grundlegende Änderungen rechtlicher Vorgaben überfallen werden.¹⁹¹ Als Folge darf der Richter im Rahmen der Gesetzesbindung zunächst die klaren gesetzlichen Regelungen, denen man vertraut, nicht missachten und keine Rechtsfortbildung contra legem betreiben. Er soll dazu möglichst bei der Rechtsfindung secundum legem bleiben, um eine Beschneidung der Rechtsposition des Einzelnen zu vermeiden. Je schwerwiegender der staatliche Eingriff ist, desto enger muss man die zweite Forderung auslegen.

Wenn es sich um den Strafeingriff handelt, bedeutet die Gesetzesbindung des Richters einen totalen Ausschluss der zu Ungunsten des Beschuldigten wirkenden richterlichen Rechtsfortbildung. Nur dadurch wird dem Prinzip der Demo-

¹⁸⁷ BVerfGE 68, 1, 86; 95, 218, 252; 139, 321, 362.

¹⁸⁸ *Mertens*, Grundrechtseingriffe, S. 117; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 148 ff.

¹⁸⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck-*Classen*, Art. 97, Rn. 14 ff.; *Mertens*, Grundrechtseingriffe, S. 126. Geht es im Gegenteil um die Erledigung der Rechtsfragen in Einzelfällen aufgrund rechtlicher Überlegungen, stellt die richterliche Rechtsfortbildung das geeignete Mittel dar (v. Mangoldt/Klein/Starck-*Classen*, Art. 97, Rn. 14 ff.). In denjenigen Bereichen, die wegen ihrer Neuheit, Flexibilität oder Wandelbarkeit nicht kodifikationsreif oder -fähig sind, ist die richterliche Rechtsfortbildung sogar geboten (*Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 148 ff.; vgl. *Rogall*, Informationseingriff, S. 24 ff.).

¹⁹⁰ v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, Art. 20, Rn. 288; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 154 ff.

¹⁹¹ v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, Art. 20, Rn. 292 f.

kratie, der Gewaltenteilung sowie der Rechtssicherheit Rechnung getragen.¹⁹² Im Strafverfahren findet dieses strenge Verbot nach der herrschenden Meinung keine Anwendung,¹⁹³ weil dort der staatliche Eingriff nicht gleich einschneidend ist. Die Regelungen über die strafprozessualen Grundrechtseingriffe¹⁹⁴ unterscheiden sich von den materiellen Verbotsnormen vor allem dadurch, dass sich die Ersteren hauptsächlich an den Staat richten, während die Letzteren die Handlungsfreiheit aller Bürger einschränken.¹⁹⁵ Dazu stützen die prozessualen Grundrechtseinschränkungen sich lediglich auf den Verdacht, während die Strafe „eine staatliche Übelzufügung auf Grund eines vorwerfbaren, in erhöhtem Maße sozialschädlichen Verhaltens“¹⁹⁶ ist und einen schwerwiegenden Vorwurf enthält.¹⁹⁷ Unklar ist, ob die Regelungen über Prozessvoraussetzungen, insbesondere diejenigen über Verjährung, einem totalen Verbot der zu Ungunsten des Beschuldigten wirkenden schöpferischen Rechtsfindung unterliegen. Eine ablehnende Antwort lässt sich nicht damit begründen, dass ein Bürger kein schutzwürdiges Vertrauen darauf habe, dass seine Verfolgbarkeit nicht nachträglich geändert werde.¹⁹⁸ Da die strengste Gesetzesbindung des Richters sich nicht lediglich auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, sondern auch auf andere zwei Prinzipien stützt. Im Gegenteil spricht es für ein Analogieverbot bei diesen Bestimmungen, dass eine richterliche Rechtsfortbildung die Gefahr der Ausdehnung staatlicher Strafgewalt mit sich bringe.¹⁹⁹ Diese Frage kann aber dahinstehen, weil sie mit dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung nichts zu tun hat. Es genügt hier die Feststellung, dass im Strafprozess die Rechtsfortbildung praeter legem in der Regel nicht verboten ist.

Zusammenfassend wird im Strafverfahren grundsätzlich allein die Rechtsfortbildung contra legem aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Die einzige Ausnahme liegt in den Befugnissen des BVerfG, nach Art. 93 Abs. 1 und Art. 100 Abs. 1 GG i.V.m. §§ 31 Abs. 2, 78, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG ein Gesetz wegen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz für nichtig zu erklären, über den Wortlaut dieser Regelungen hinaus das Gesetz lediglich als mit dem Grund-

¹⁹² v. Mangoldt/Klein/Starck-Nolter/Aust, Art. 103, Rn. 101, 140, 157; vgl. Roxin, Strafrecht AT I, § 5 Rn. 18 ff.; Schünemann, Nulla poena sine lege, S. 9 ff.

¹⁹³ BVerfGE 25, 269, 286 ff.; Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 233, 235 ff.; a. M. LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. M, Rn. 60 f.; Jahn, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 223, 230; Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 233, 252.

¹⁹⁴ Denkbar sind nicht nur Eingriffe in die materiellen Grundrechte, sondern auch Eingriffe in die prozessualen Grundrechte, wie z. B. das Recht auf rechtliches Gehör.

¹⁹⁵ Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 233, 242; Schünemann, Nulla poena sine lege, S. 13 f.; Hörnle, Straftheorien, S. 13.

¹⁹⁶ Roxin, FS Volk, 601, 604.

¹⁹⁷ Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 233, 243, 253.

¹⁹⁸ BVerfGE 25, 269, 287; v. Mangoldt/Klein/Starck-Nolter/Aust, Art. 103, Rn. 111.

¹⁹⁹ Grünwald, MDR 1965, 521, 522 ff.; Schreiber, ZStW 80 (1968), 348, 364 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 21 Rn. 9.

gesetz unvereinbar zu erklären sowie eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes vorzunehmen.²⁰⁰ Trotzdem ist die Rechtsfortbildung contra legem auch bei der Rechtsprechung anderer Gerichte zu beobachten.²⁰¹ Dabei ist der Richter nicht mehr auf seine Rolle als „Diener der Gesetze“ beschränkt, „indem er die normativen Gebote der Gesetzgebung in denkendem Gehorsam ausführt“, sondern schafft als „Baumeister der Rechtsordnung“ Recht, wobei er nur im schwächsten Sinne an das Konzept des „Architekten“ der Rechtsordnung gebunden ist und gute Chancen hat, seine eigenen Gerechtigkeits- und Sozialideale zu verwirklichen.²⁰² Die unzulässige Rechtsfortbildung contra legem verschiebt die verfassungsrechtlich austarierte Machtbalance zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung und bewirkt am Ende einen nicht hinnehmbaren Verfassungswandel vom demokratischen Rechtsstaat zum oligarchischen Richterstaat.²⁰³

II. Rechtfertigung einer richterlichen Abwehrmaßnahme

Nachdem ein Rechtsmissbrauch an vorrangigen positivrechtlichen sowie überpositivrechtlichen Wertungen gemessen festgestellt worden ist, erfolgt die richterliche Missbrauchsbekämpfung durch die Untersagung der Rechtsfolge nach der einschlägigen Rechtsnorm und die Bestimmung einer neuen Rechtsfolge,²⁰⁴ sei es Ermahnung, sei es Beschränkung oder sogar Absage künftiger Rechtsausübung.²⁰⁵ Wo die Grenzen der Rechtsfindung secundum legem auch gezogen werden, kann diese Missbrauchsabwehr, die gerade etwas missbilligt, das dem Wortlaut der gewährenden Norm nach von dieser erfasst ist, ihr nicht zugeordnet werden, sondern lediglich als Rechtsschöpfung betrachtet werden. Die Ablehnung der einschlägigen Rechtsfolge ist eine teleologische Reduktion, mit der eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortlaut eingeschränkt werden kann,²⁰⁶ während die Anordnung einer neuen Rechtsfolge vor allem eine Analogie verkörpert, mit der eine anwendbare Regelung bestehenden Rechtsnormen entnommen werden kann, falls das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält,²⁰⁷ manchmal auch einen Rückgriff auf Rechtsprinzipien oder die „Natur der

²⁰⁰ v. Mangoldt/Klein/Starck-*Voßkuhle*, Art. 93, Rn. 46 ff.

²⁰¹ Z. B. Rechtsprechung über Absprache vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009, BGHSt 50, 40; Rechtsprechung über Widerspruchslösung, BGHSt 39, 349; 50, 272; Rechtsprechung über „unwahre“ Protokollrüge, BGHSt 7, 162; BGH NJW 2006, 3082.

²⁰² BVerfGE 82, 6, 12; *Rüthers*, JZ 2006, 53, 58 f.

²⁰³ BVerfG NJW 2011, 836; 2012, 669; *Rüthers*, JZ 2006, 53, 54, 56, 60.

²⁰⁴ LR-*Kühne*, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 40; *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 60; *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre, S. 349.

²⁰⁵ MüKoStPO-*Kudlich*, Einl., Rn. 346; *ders.*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 234 ff.; *Spriegel*, Rechtsmissbrauch, S. 137 f.; *Meyer*, JR 1980, 219.

²⁰⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198, 210.

²⁰⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 198, 202.

Sache“.²⁰⁸ Wie gesagt ist eine Rechtsfortbildung nur gerechtfertigt, wenn sie kein contra-legem-Judizieren darstellt, bzw. wenn sie gerade eine Regelungslücke ausfüllt, deren Vorhandensein einerseits durch die aus Rechtsnormen abgeleiteten Wertungen des Gesetzgebers oder die Gesamtrechtsordnung begründet und andererseits nicht durch abschließende gesetzliche Regelungen ausgeschlossen wird. Entsprechend kann eine richterliche Missbrauchsabwehr nur gerechtfertigt werden, wenn das Gericht im konkreten Fall nachvollziehbar darlegt, dass zunächst eine Regelungslücke vorhanden ist. Einerseits muss die konkrete unlautere Rechtswahrnehmung vorrangige positivrechtliche sowie überpositivrechtliche Wertungen verletzen und nicht durch gesetzliche Maßnahmen unterbunden werden können und andererseits darf dies nicht vom Gesetzgeber bewusst hingenommen werden. Darüber hinaus muss die konkrete Gegenmaßnahme für die Ausfüllung dieser Lücke bzw. die Schaffung einer Harmonie mit den einmal verletzten Wertungen geeignet sowie erforderlich sein und darf nicht selbst gegen vorrangige positivrechtliche sowie überpositivrechtliche Wertungen verstoßen, was von besonderer Bedeutung ist, wenn die Beschränkung bzw. der Entzug der zukünftigen Rechtswahrnehmung in Betracht kommt.²⁰⁹ Diese Begründungslast kann gemildert werden, wenn die entsprechenden Umstände offensichtlich sind.

Nur durch diese hohen Anforderungen an die Rechtfertigung der Missbrauchs- bekämpfung lässt sich ein Missbrauch der Missbrauchsabwehr vermeiden. Dieses Wechselspiel zwischen Missbrauch und Missbrauchsabwehr lässt sich an zwei Beispielen verdeutlichen: Dem Revisionsgericht wird die Befugnis eingeräumt, eine Revision ohne Hauptverhandlung durch Beschluss zu verwerfen, wenn das Gericht die Revision einstimmig für offensichtlich unbegründet erachtet. Danach ist denkbar, dass das Revisionsgericht diese Befugnis zur Missbrauchsabwehr selbst missbraucht und das Rügerecht beschneidet.²¹⁰ Beim Beweisantragsrecht ist die Lage umgekehrt. Dieses Recht ist dazu bestimmt, Missbrauch der gerichtlichen Befugnis, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen, zu unterbinden. Gleichzeitig wird es selbst von der Verteidigung zur Verfolgung unlauterer Ziele eingesetzt. Zusammenfassend eröffnet eine umfassende Möglichkeit der Missbrauchsabwehr wiederum Raum für Missbrauch. Dadurch gefährdet sie auf der einen Seite die ordnungsgemäße Rechtsausübung anderer Prozessbeteiligter sowie die Erreichung der Zwecke dieser Normen, und ruiniert auf der anderen Seite die Idee der Missbrauchsbekämpfung und verringert die Chance zum Rückgriff auf effektive Maßnahmen in der Zeit wirklicher Not.²¹¹ Im rechtsstaatlichen Strafprozess darf Missbrauchsabwehr daher nur innerhalb enger Grenzen erfolgen.²¹²

²⁰⁸ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 232 ff.

²⁰⁹ MüKoStPO-Kudlich, Einl., Rn. 346; ders., JuS 1997, 507, 511.

²¹⁰ Abdallah, Problematik des Rechtsmißbrauchs, S. 138 ff.

²¹¹ Hassemer, StV 1982, 275, 280.

²¹² BVerfGE 51, 343; Grüner, Mißbrauch, S. 165.

Sie benötigt nämlich nicht nur eine abstrakte, sondern auch eine konkrete Rechtfertigung, die nicht schon von einer Generalklausel, wie z. B. Treu und Glauben, oder einem Grundsatz, wie z. B. *fair trial*, geboten, sondern erst durch tragfähige gerichtliche Begründung geliefert werden kann.

E. Resümee

Rechtsmissbrauch als verwerfliche, widersprüchliche oder objektiv untragbare Rechtswahrnehmung ist nur an positivrechtlichen sowie überpositivrechtlichen Wertungen gemessen festzustellen. Die Missbrauchsabwehr kann im Rahmen einer Rechtsfortbildung nur durch hinreichende Begründung gerechtfertigt werden. Im folgenden Teil werden diese Befunde im Bereich des Beweisantragsrechts überprüft.

2. Kapitel

Missbrauch des Beweisantragsrechts und Missbrauchsabwehr

Die Aufgabe dieses Abschnittes ist die Erörterung des Missbrauchsgedankens der konkreten Situation des Beweisantragsrechts anzupassen und die Frage zu beantworten, wann ein Missbrauch dieses Rechts festgestellt werden kann. Anschließend wird die Missbrauchsbekämpfung thematisiert. Zunächst werden unterschiedliche gesetzliche Möglichkeiten zur Abwehr des Missbrauchs des Beweisantragsrechts seit 1950 sowie die Chancen der richterlichen Rechtsschöpfung im Rahmen der damaligen Rechtslage hinsichtlich ihrer Wirkung überprüft, da die Entwicklung neuer Abwehrmaßnahmen auf den Einwand gestützt wird, dass alle vorhandenen Möglichkeiten nicht ausreichen, missbräuchliches Verhalten zu verhindern. Im Anschluss wird eine Analyse dieser neuen Methoden zur Missbrauchsbekämpfung durchgeführt. Dabei soll insbesondere geprüft werden, ob sie Raum für neuen Missbrauch eröffnen.

A. Missbrauch des Beweisantragsrechts

Wie gesagt liegt im Strafverfahren ein Rechtsmissbrauch vor, wenn abstrakt gesehen eine Rechtsausübung gegen vorrangige positivrechtliche sowie überpositivrechtliche Wertungen verstößt bzw. konkret gesehen verwerflich oder widersprüchlich ist oder zu objektiv untragbaren Ergebnissen führt.

Eine missbilligte Rechtswahrnehmung ist entweder der Art und Weise nach ungehörig, oder verletzt weitere Pflichten, oder verfolgt gar kein schutzwürdiges Interesse des Ausübenden. Die Übergänge zwischen den Fallgruppen sind fließend. Hinsichtlich des Beweisantragsrechts liegt eine nach Art und Weise missbräuchliche Rechtsausübung vor, wenn ein Hilfsbeweisantrag sich zwar nach der

Beweisbehauptung gegen den Schuldspruch richtet, aber nur für den Fall einer bestimmten Rechtsfolgenentscheidung als gestellt gelten soll. Ein solcher Antrag verlangt dem Gericht ab, sich in Umkehrung der sachlogisch vorgegebenen Reihenfolge zunächst über den Inhalt des Strafausspruchs schlüssig zu werden, bevor es darüber befindet, ob es zur Schuldfrage Beweis erheben soll oder nicht. Das Gericht würde folglich in einen Selbstwiderspruch geraten.²¹³ In der Tat will dieser Antrag das Gericht veranlassen, sich zur Vermeidung der lästigen Beweisaufnahme auf einen bestimmten Strafausspruch zu verständigen.²¹⁴ Dieses Ziel und seine mögliche Verwirklichung sind für die Beurteilung des Missbrauchs des Beweisantragsrechts aber unerheblich. Zwar ist ein derartiger *Deal* mit dem Strafzumessungsrecht nicht vereinbar, weil ein strafzumessungsirrelevanter Umstand²¹⁵ berücksichtigt und gegebenenfalls das Gebot des § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, dass die Schuld des Täters Grundlage für die Zumessung der Strafe sein soll,²¹⁶ missachtet wird. Es stellt aber keine Pflichtverletzung des Antragstellers, sondern eine des Gerichts dar, da nur das Gericht an das Strafzumessungsrecht gebunden ist und gerade das Gericht die ausschlaggebende Entscheidung für die Absprache trifft. Ein Hilfsbeweisantrag dieser Art ist daher nicht aufgrund einer Pflichtverletzung, sondern nur der Art bzw. den Begleitumständen nach missbräuchlich. Nicht auf diese Art und Weise verwerflich ist ein Hilfsbeweisantrag, der zwar die Beweiserhebung von einem bestimmten Inhalt des künftigen Urteils abhängig macht, dennoch eine Entscheidung erst im Urteil nicht akzeptiert, sondern eine Verbescheidung vor dem Urteilerlass verlangt.²¹⁷ Unberechtigt ist die Kritik, dass hierdurch das Gericht vor ein Dilemma gestellt werde, entweder über den Antrag noch vor der Urteilsverkündung zu entscheiden, obwohl es zu diesem Zeitpunkt mangels eines Urteilsausspruchs noch offen bleibe, ob ein Hilfsbeweisantrag überhaupt bestehe und einer Entscheidung bedürfe, oder erst beim Eintritt der Bedingung im Urteil den Antrag zu bescheiden, ohne die Vorbescheidungsanforderung zu berücksichtigen.²¹⁸ Denkt man an die Konstellation, dass die Urteilsberatung ergibt, dass die Bedingung eintreten wird und der Beweis zu erheben ist, und das Gericht danach wieder in die Hauptverhandlung eintritt sowie die Beweiserhebung anordnet, wird klar, dass der Hilfsbeweisantrag nicht an ein

²¹³ BGHSt 40, 287, 289 f.; BGH NStZ 2005, 45; Niemöller, JZ 1992, 884, 886 Fn. 30; Herdegen, NStZ 1995, 202; Kudlich, JuS 1997, 507; Hamm, Revision, Rn. 645.

²¹⁴ BGHSt 40, 287, 290; BGH NStZ 1995, 246; 2005, 45; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 156; KK-Krehl, § 244 Rn. 92; Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 563; Kudlich, JuS 1997, 507, 511.

²¹⁵ Die relevanten Umstände s. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 232 ff.

²¹⁶ Diese Grundlagenformel verlangt, die dem Urteilenden gerecht anmutende Entscheidung von der Allgemeinheit zumindest nicht als unerträglich milde oder gar als viel zu streng empfunden wird, s. *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, S. 223.

²¹⁷ Scheffler, NStZ 1989, 158; Schlothauer, StV 1988, 542; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 97.

²¹⁸ BGH NStZ 1994, 583; Niemöller, JZ 1992, 884, 887.

gefälltes Urteil, sondern an den bevorstehenden Urteilsausspruch gekoppelt ist; ebenso ist eine Antragsablehnung während der Hauptverhandlung nach dem Eintritt der Bedingung bei der Beratung wohl möglich.²¹⁹

Zu der pflichtverletzenden Rechtswahrnehmung gehört vor allem die Antragstellung, mit der solche politische Propaganda verbreitet werden soll, die durch das Strafgesetzbuch (z. B. § 130 StGB) verboten ist.²²⁰ Dem kommt ein Beweis-antrag gleich, der zur Diffamierung eines benannten Zeugen oder eines Dritten in der Öffentlichkeit gestellt wird und sein allgemeines Persönlichkeitsrecht in dem unantastbaren Kernbereich oder auf sonstige Art und Weise schwer verletzt.²²¹ Darüber hinaus gibt es den Antrag auf Vernehmung eines Richters als Zeugen, der ausschließlich das Ziel verfolgt, den Richter gemäß § 22 Nr. 5 StPO aus dem Verfahren auszuschließen, und dadurch gegen das Verbot verstößt, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, § 16 S. 2 GVG).²²²

Im Bereich des Beweisantragsrechts liegt, wie im letzten Teil erörtert, das schutzwürdige Interesse des Antragstellers darin, durch Sicherung der ihm nützlichen Beweisaufnahme die Wahrheitsermittlung zu seinen Gunsten zu fördern. Daher stellt es eine Schikane dar, wenn durch die Antragstellung diesem schutzwürdigen Interesse überhaupt nicht nachgegangen wird, sondern lediglich andere Intentionen verfolgt werden oder verfolgt werden können. Dazu zählt vor allem der Beweis-antrag, der offensichtlich eine politische Propaganda oder eine Diffamierung eines Dritten, die anders als der gerade erwähnte Typ die vorrangigen positivrechtlichen sowie überpositivrechtlichen Wertungen nicht schwer verletzt,²²³ oder eine Werbung für eine Einrichtung, ein Unternehmen oder einen Verband anstrebt.²²⁴ Nicht anders ist der Antrag zu sehen, der zwar scheinbar der Wahrheitsermittlung dient, in der Tat aber bewusst eine nutzlose Beweisaufnahme erstrebt, die lediglich eine Verfahrenverschleppung zur Folge haben kann.²²⁵ Nicht selten verfolgt der Antragsteller, vor allem die Verteidigung, nicht

²¹⁹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 161; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 97.

²²⁰ BGHSt 17, 28, 29 ff.; 17, 337, 345; 46, 37, 45 ff.; NK-Ostendorf, § 130, Rn. 4 f.; MüKoStGB-J. Schäfer, § 130, Rn. 1 ff.; Fischer, NStZ 1997, 212, 215; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417, 419.

²²¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 193; Spriegel, Rechtsmissbrauch, S. 134; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 261; Fischer, NStZ 1997, 212, 215; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417, 419; Peters, JR 1971, 340.

²²² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 279.

²²³ Fischer, NStZ 1997, 212, 215; Weber, GA 1975, 289; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417, 419.

²²⁴ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 276; Fischer, NStZ 1997, 212, 215; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417, 419.

²²⁵ Da die Verteidigung nicht zur Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege oder Verfahrensbeschleunigung verpflichtet ist, liegt bei ihrer Verschleppungshandlung keine Pflichtverletzung vor.

nur das Ziel einer Verfahrensverzögerung, sondern gleichzeitig auch weitere Ziele, die außerhalb des schutzwürdigen Interesses des Antragstellers liegen. Beispielsweise wird ein Beweisantrag gestellt, um das Gericht vor ein Dilemma zu stellen, sodass es entweder die durch eine Beweisaufnahme verursachte, (manchmal nicht unerhebliche) Prozessverschleppung in Kauf nimmt,²²⁶ oder zur Vermeidung dieses Zeitaufwands den Antrag zurückweist und dadurch das Risiko einer erhöhten Revisionsanfälligkeit des Urteils wegen eines möglichen Verfahrensfehlers bei der Antragsablehnung eingeht,²²⁷ oder zur Umgehung dieses Risikos den von der Verteidigung gewünschten Weg beschreitet,²²⁸ wenn es z. B. auf einen Freispruch, eine mildere Strafe, Bejahung oder Verneinung des Vorliegens eines Tatbestandsmerkmals oder der Glaubwürdigkeit eines Zeugen usw. erkennt.²²⁹ Einen Sonderfall in dieser Fallgruppe bildet das kontinuierliche und massenhafte Stellen von bewusst nichtsachdienlichen Beweisanträgen, das nicht lediglich eine gewisse Prozessverschleppung herbeiführt, sondern die Verfahrensführung insgesamt blockiert und dadurch die Durchführbarkeit des Strafverfahrens sowie die staatliche Strafverfolgung ernsthaft infrage stellt,²³⁰ selbst wenn das Gericht die Anträge zurückweist, da allein die Antragsbescheidung und deren Begründung sehr zeitaufwändig ist. Folglich wird das Gericht viel stärker unter Druck gesetzt, dem Willen des Antragstellers zu folgen. Obwohl man theoretisch zwischen dem Tsunami-Modell, bei dem zahlreiche Beweisanträge an einem bestimmten Punkt der Verhandlung in einem Zug gestellt werden, sodass das Gericht sich immer mit diesen Anträgen beschäftigen muss und das Hauptverfahren wohl paralysiert werden kann, und dem Geysir-Modell, bei dem neue Beweisanträge auch nach Schluss der Beweisaufnahme schubweise gestellt werden, was auch die Fällung des Urteils in absehbarer Zeit unmöglich machen kann, trennt,²³¹ gehen sie in der Praxis häufig Hand in Hand.

Nicht schikanös und nicht zu dieser Fallgruppe gehörig ist der Antrag, der das Gericht veranlassen soll, während der Hauptverhandlung zumindest partiell zu den bisherigen Beweisergebnissen Stellung zu nehmen.²³² Dabei spielt es keine Rolle, ob es ein unbedingter Beweisantrag, ein mit einer konkreten Beweisstat-

²²⁶ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1241, 1255; *Schlothauer*, StV 1988, 542, 544; *Scheffler*, NSTZ 1989, 158, 159.

²²⁷ *Fahl*, Rechtsmissbrauch, S. 556 ff.; *Schrader*, NSTZ 1991, 224, 225; *Schlothauer*, StV 1988, 542, 544 f.

²²⁸ *Fahl*, Rechtsmissbrauch, S. 554 ff.; *Perron*, Beweisantragsrecht, S. 163; *Schrader*, NSTZ 1991, 224, 225; *Schlothauer*, StV 1988, 542, 544; *Scheffler*, NSTZ 1989, 158, 159.

²²⁹ *Scheffler*, NSTZ 1989, 158.

²³⁰ *Spiegel*, Rechtsmissbrauch, S. 134; *Niemöller*, StV 1996, 501, 503 f.; *Fischer*, NSTZ 1997, 212, 215; *Rüping/Dornseifer*, JZ 1977, 417, 419.

²³¹ *Niemöller*, JR 2010, 332.

²³² *Schulz*, GA 1981, 301, 308; *Hamm*, FG Peters, 169, 174 f.; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 97, 225; *Börner*, Legitimation, S. 539; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1455; *LR-Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 161.

sache bzw. -würdigung verknüpfter Eventualbeweisantrag oder ein vom Inhalt des künftigen Urteilsausspruchs abhängiger und gleichzeitig auf Verlangen immer noch vor Urteilsverkündung zu bescheidener Hilfsbeweisantrag ist.²³³ Zunächst impliziert das Ziel, aus der Stattgabe oder Ablehnung des Antrags durch das Gericht dessen Ansicht über die vorliegende Beweislage zu erfahren, dass der Antragsteller den Antrag für aussichtsreich und seinen Einfluss auf die Sachverhaltsaufklärung zumindest für möglich hält, und nicht selbst von der Nutzlosigkeit der begehrten Beweiserhebung ausgeht.²³⁴ Sein schutzwürdiges Interesse lässt sich hier nicht leugnen. Zudem ist eine sinnvolle Geltendmachung des Beweisantragsrechts nicht möglich, wenn der Antragsteller über keine oder nur unzulängliche Kenntnisse darüber verfügt, wie das Gericht die Beweislage sieht, und damit nicht in der Lage ist, die ihm nützlichen aber vom Gericht verpassten Beweiserhebungen gezielt zu verlangen. Ein Antrag dieser Art zielt gerade darauf ab, strukturell bedingten Informationsdefiziten der nichtstaatlichen Prozessbeteiligten, insbesondere der Verteidigung, zu begegnen und ihnen Ansätze einer möglichen Beweisführung sichtbar zu machen.²³⁵ Dabei lässt sich eine Unterscheidung zwischen dem unbedingten Beweisantrag und den bedingten Anträgen und die Ablehnung der Letzteren²³⁶ nicht begründen. Obwohl die Letzteren durch die Bedingungssetzung einen exakteren Blick auf die gerichtliche Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung ermöglichen,²³⁷ ist das Gericht immer noch in der Lage, den Informationsbonus, der an sich nicht unzulässig ist, wieder zu löschen, indem es bei der Antragsablehnung überhaupt nicht auf die Bedingung eingeht, oder sogar durch die Beweiserhebung offenlässt, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht.²³⁸ Außerdem trifft die Behauptung nicht zu, dass die bedingten Beweisanträge zur Offenlegung endgültiger Beweiswürdigung bzw. Verlagerung der Urteilsberatung in die Hauptverhandlung führen.²³⁹ Die durch Stattgabe oder Zurückweisung eines bedingten Beweisantrags enthüllte Beweiswürdigung ist nur vorläufig, da dennoch neuer Beweis erhoben wird oder werden kann;²⁴⁰ damit erscheint die Furcht vor der Verlagerung der Urteilsberatung in die Hauptverhandlung auch grundlos.

²³³ *Scheffler*, NStZ 1989, 158; *Schlothauer*, StV 1988, 542.

²³⁴ *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 574; *Niemöller*, JZ 1992, 884, 886.

²³⁵ *Schulz*, GA 1981, 301, 308; *Börner*, Legitimation, S. 539.

²³⁶ *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 573 ff.

²³⁷ *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 578; *Hamm*, FG Peters, 169, 174 f.; *Widmaier*, FS Salger, 421, 431.

²³⁸ LR-*Becker*, 26. Aufl., § 244, Rn. 161; Alsberg-*Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1455; *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 566; *Hamm*, FG Peters, 169, 174 f.

²³⁹ BGH NStZ 1991, 47; Meyer-Goßner/*Schmitt-Schmitt*, 61. Aufl., § 244, Rn. 92; *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 569; *Widmaier*, FS Salger, 421, 430 f.; *Niemöller*, JZ 1992, 884, 889, 891; *Brause*, NJW 1992, 2865, 2868.

²⁴⁰ *Hamm*, Revision, Rn. 652; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 97.

Ein missbilligtes früheres Verhalten, mit dem die eigene Rechtsstellung begründet oder das entgegenstehende Recht der anderen vereitelt wird, ist im Rahmen des Beweisantragsrechts nicht denkbar.

Da ein widersprüchliches Verhalten, das das schutzwürdige Vertrauen der anderen beeinträchtigt, wie gesagt nur bei amtlichen Verfahrensbeteiligten vorkommen kann, ist ein Missbrauch des Beweisantragsrechts dieser Art durch die nichtstaatlichen Beteiligten von Anfang an ausgeschlossen. Mit Rücksicht darauf, dass bei Ausübung des Beweisantragsrechts gar kein geschütztes Vertrauen besteht, lässt sich auch ein widersprüchliches Verhalten der Staatsanwaltschaft verneinen. Folglich kommt Missbrauch in dieser Form bei dem Beweisantragsrecht nicht in Betracht.

Im Strafverfahren liegt ein Rechtsmissbrauch schließlich vor, wenn eine Rechtswahrnehmung weder verwerflich noch widersprüchlich ist, aber trotzdem zu einem untragbaren Ergebnis führt. Im Bereich des Beweisantragsrechts ist das der Fall, wenn an einem sachdienlichen Beweisantrag festgehalten wird, obwohl die nach der Sachlage gebotenen Bemühungen zur Herbeischaffung des Beweismittels erfolglos geblieben sind und auch keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit beizubringen. Die Angemessenheit der Herbeischaffungsversuche ist durch eine Abwägung hinsichtlich des Bedürfnisses der Wahrheitsermittlung und der schnellsten Verfahrenserledigung zu bestimmen. Eine Rolle spielen dabei der Beweiswert des Beweismittels, die Bedeutung der Beweistatsache für die zu treffende Entscheidung, die Erfolgsaussicht der Herbeischaffungsmöglichkeiten, die eine zügige Durchführung des Verfahrens verlangenden Umstände, z. B. eine angeordnete Untersuchungshaft, und die Gefahren für die Sachverhaltsaufklärung wegen Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens. Konkret gesagt soll trotz des Risikos des Neubeginns der Hauptverhandlung oder sogar des Eintritts der Verfolgungsverjährung das Beibringen des Beweismittels versucht werden, wenn eine Zeugenaussage für die Entscheidung von ausschlaggebender Bedeutung sein kann, während die üblichen Routineermittlungen schon ausreichen, wenn eine Aussage nur geringe Bedeutung zu haben vermag. Wenn ungeachtet aller gescheiterten angemessenen Herbeischaffungsbemühungen an dem Beweisantrag festgehalten und die Fortsetzung der Versuche, das Beweismittel beizubringen, verlangt wird, entsteht ein objektiv untragbarer Rechtszustand, der nicht nur die Balance zwischen der Wahrheitsermittlung und der schnellsten Verfahrenserledigung zerstört, sondern auch die Suche nach materieller Wahrheit an sich ernsthaft gefährdet.

An dieser Stelle lässt sich der Schluss ziehen, dass ein Missbrauch des Beweisantragsrechts bejaht werden kann, wenn die Antragstellung an sich verwerflich ist, weil sie das Gericht zum Selbstwiderspruch zwingt, vorrangige positivrechtliche sowie überpositivrechtliche Wertungen, wie z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, verletzt oder gar nicht bezweckt, durch Sicherung der dem Antragsteller nützlichen Beweisaufnahme die Wahrheitsermittlung zu seinen Gunsten

zu fördern, oder wenn die Antragstellung eine objektiv untragbare Folge hat, weil sie vor dem Hintergrund, dass eine Beweiserhebung trotz der Bedeutung des Beweises entsprechenden Bemühungen in absehbarer Zeit unmöglich ist, darüberhinausgehende Anstrengungen verlangt.

B. Maßnahmen gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts seit 1950

Nachdem die Varianten des Missbrauchs des Beweisantragsrechts erörtert worden sind, lassen sich in diesem Abschnitt die vom Gesetzgeber seit mehr als einem Halbjahrhundert vorgeschriebenen Abwehrmöglichkeiten sowie die mittels Rechtsfortbildung im Einzelfall entwickelten Lösungen hinsichtlich ihrer Wirksamkeit gegen solchen Missbrauch prüfen. Wenn sie für die Missbrauchsbekämpfung schon ausreichen, lassen sich zusätzliche Methoden der Missbrauchsabwehr, insbesondere die von der Rechtsprechung und der Gesetzgebung neulich entwickelten Maßnahmen, nur schwer rechtfertigen.

I. Gesetzliche Missbrauchsabwehr

Der Gesetzgeber hat das Problem des missbräuchlichen Beweisantrags von Anfang an im Blick und trifft zur Problembewältigung strafprozessuale Maßnahmen. Dazu kommen noch nichtstrafprozessuale Abwehrmöglichkeiten in Betracht.

1. Missbrauchsabwehr in der StPO durch Ablehnungsgründe

a) Gründe für die Ablehnung eines Beweisantrags

Die erste und wichtigste Hürde für den Missbrauch des Beweisantragsrechts bilden die in § 244 Abs. 3 StPO a.F. aufgezählten Gründe, bei deren Vorliegen der Beweisantrag abzulehnen ist.

Der einzige zwingende Ablehnungsgrund in diesem Katalog ist die Unzulässigkeit der Beweiserhebung.²⁴¹ Eine Beweisaufnahme ist rechtlich nicht zulässig, wenn sie Rechtsvorschriften widerspricht oder vorrangige Werte verletzt und folglich einem Beweisverbot unterliegt. Für eine erst durchzuführende Beweisaufnahme kommt wegen des Beweisthemas, des Beweismittels oder der Methode der Beweiserhebung ein Beweiserhebungsverbot in Betracht, während ein in einem früheren Verfahrensstudium bereits gewonnener Beweis einem Beweisverwertungsverbot unterliegt, wenn gegen ein Beweiserhebungsverbot oder gegen die Verfassung verstoßen wird.²⁴² Nicht mit der Unzulässigkeit der Beweisauf-

²⁴¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 186; KK-Krehl, § 244 Rn. 106; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 202.

²⁴² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 187 ff.; KK-Krehl, § 244 Rn. 109 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 203 ff., 335 ff.; Alsborg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 791 ff.

nahme zu verwechseln ist die Unzulässigkeit des Beweisantrags selbst. Die Antragsablehnung im letzteren Fall kann sich zwar nicht unmittelbar auf den Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit stützen, eine analoge Anwendung des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO a. F. ist aber nicht ausgeschlossen.²⁴³

Die Anwendbarkeit der fakultativen Ablehnungsgründe kann nach folgender Reihenfolge geprüft werden:²⁴⁴ An erster Stelle ist die Entscheidungserheblichkeit der Beweistatsache zu untersuchen. Das Gericht braucht keinen Beweis zu erheben, wenn die Beweistatsache für die Entscheidung aus Rechtsgründen ohne Bedeutung ist, indem sie weder allein noch in Verbindung mit weiteren Tatsachen den Schuldspruch oder den Rechtsfolgenausspruch unmittelbar beeinflussen kann,²⁴⁵ oder wenn die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache tatsächlich bedeutungslos ist, weil sie in keinem Zusammenhang mit der Urteilsfindung steht oder ungeachtet eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihrer Bestätigung sich nicht auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt auswirken kann.²⁴⁶

Anschließend erfolgt die Prüfung der Beweisbedürftigkeit der behaupteten Tatsache. Sie wird verneint, wenn die behauptete, nicht unmittelbar erhebliche Beweistatsache oder ihr Gegenteil entweder allgemeinkundig oder gerichtskundig ist, was auch für die Erfahrungssätze gilt,²⁴⁷ oder wenn das Gericht aufgrund des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme die Beweisbehauptung schon für erwiesen hält.²⁴⁸ Mangels Beweisbedürftigkeit erübrigt sich eine Beweisaufnahme auch, wenn das Gericht die zur Entlastung des Angeklagten behauptete, erhebliche Tatsache als wahr unterstellt, die zwar beweisbar, aber bisher weder bewiesen noch widerlegt ist und wegen der Erschöpfung der Möglichkeiten zur Entkräftung auch nicht widerlegt werden kann.²⁴⁹

Danach kommt es auf die Eigenschaft des Beweismittels an. Wenn nach sicherer Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass das benannte Beweismittel die behauptete Beweistatsache überhaupt nicht bestätigen kann,²⁵⁰ oder wenn die

²⁴³ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 185, 198; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 103; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 786 f.

²⁴⁴ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 765 ff.

²⁴⁵ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 217 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 142.

²⁴⁶ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 220 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 143; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 119 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 209 ff.

²⁴⁷ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1049 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 130 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 207 f.; a. M. über Allgemeinkundigkeit einer Haupttatsache s. LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 203 ff.

²⁴⁸ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 228; KK-Krehl, § 244, Rn. 148; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1164 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 214.

²⁴⁹ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 241 ff.; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 288 ff.; KK-Krehl, § 244 Rn. 184; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1265 ff.

²⁵⁰ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 230 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 149 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1177 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 215 ff.

Herbeischaffung des Beweismittels entweder von vornherein aussichtslos ist oder trotz aller der Bedeutung des Beweismittels angemessenen Bemühungen in absehbarer Zeit nicht in Aussicht steht,²⁵¹ ist dem Gericht auch gestattet, den Beweisantrag abzulehnen.

Lassen die oben genannten Ablehnungsgründe eine Ablehnung des Antrags nicht zu, ist die Verschleppungsabsicht zu prüfen.²⁵² Um einer willkürlichen Beschneidung des Beweisantragsrechts durch das Gericht vorzubeugen, ist dieser Ablehnungsgrund an strenge Voraussetzungen geknüpft und „nur in seltenen, besonders gearteten Fällen“²⁵³ anwendbar. Er kann nur zur Ablehnung des Beweisantrags führen, wenn erstens die begehrte Beweiserhebung nach der pflichtmäßigen Überzeugung des Gerichts gar kein entlastendes Beweisergebnis erbringen kann, zweitens auch der Antragsteller sich dessen bewusst ist und mit dem Antrag überhaupt nicht auf die Sachverhaltsaufklärung, sondern allein auf die Verfahrensverzögerung abzielt, sowie drittens die beantragte Beweiserhebung tatsächlich geeignet ist, das Verfahren erheblich in die Länge zu ziehen. Diese drei ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale bilden nach wohl herrschender Meinung die Voraussetzungen für die Annahme eines prozessverschleppenden Antrags.²⁵⁴

b) Missbrauchsbekämpfung durch die gesetzlichen Ablehnungsgründe

Nach Erläuterungen des gesetzlichen Katalogs der Ablehnungsgründe wird seine Auswirkung auf die oben genannten Spielarten des Missbrauchs des Beweisantragsrechts untersucht.

Vor allem kann ein verwerflicher Antrag, der durch eine Verknüpfung von einer schuldspruchbezogenen Beweisbehauptung mit einer allein die Rechtsfolgenentscheidung betreffenden Bedingung das Gericht zum Selbstwiderspruch zwingt, mit einer analogen Anwendung des zwingenden Ablehnungsgrundes als unzulässig zurückgewiesen werden.

Dazu darf das Gericht einen Beweisantrag, der versucht, strafbare politische Propaganda zu verbreiten oder einen Dritten in der Öffentlichkeit schwerwiegend zu verunglimpfen, wegen Unzulässigkeit, Bedeutungslosigkeit oder Verschlep-

²⁵¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 244 ff.; KK-Krehl, § 244, Rn. 156 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 224 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1209 ff.

²⁵² Dieser Ablehnungsgrund ist wegen seines größten Begründungsaufwandes faktisch subsidiär gegenüber den anderen Ablehnungsgründen des § 244 Abs. 3 S. 2, s. LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 267; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1258 f.; Spiekermann, Mißbrauch, S. 129; Frister, StV 1989, 380.

²⁵³ RGSt 12, 335, 336.

²⁵⁴ BGHSt 21, 118, 121; 29, 149, 151; BGH GA 1968, 19; BGH NJW 1982, 2201; 2001, 1956; BGH StV 2009, 5; KK-Krehl, § 244, Rn. 175 ff.; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 265 ff.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 235 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1237 ff.

pungsabsicht ablehnen.²⁵⁵ Für einen gegen § 130 Abs. 3 StGB verstoßenden Beweisantrag kommt noch der Ablehnungsgrund der Offenkundigkeit (des Gegenteils) in Frage.²⁵⁶ Wird die Vernehmung eines Richters als Zeuge beantragt, selbst wenn der Richter bereits durch dienstliche Erklärung in der Hauptverhandlung erklärt hat, dass er weder privat noch dienstlich irgendeine Kenntnis von der Beweisbehauptung hat, ist der Antrag wegen Verschleppungsabsicht zurückzuweisen. Erklärt der Richter, dass er nur das Gegenteil der Beweisbehauptung des Antrags bekunden kann, finden nicht nur der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht, sondern auch derjenige der Offenkundigkeit (des Gegenteils) ihre Anwendung. Falls der Richter die Beweisbehauptung bestätigen kann, ist immer noch denkbar, nach Einführung seines Wissens in die Hauptverhandlung durch dienstliche Erklärung den Beweisantrag wegen Offenkundigkeit abzulehnen, wenn nur eine Hilfsstatsache betroffen ist.²⁵⁷

Ein schikanöser Beweisantrag, der nicht darauf abzielt, durch Sicherung der Beweisaufnahme zugunsten des Antragstellers die Wahrheitsermittlung zu fördern, sondern lediglich andere Zwecke hat oder haben kann, lässt sich in der Regel wegen Offenkundigkeit, Bedeutungslosigkeit, Erwiesenseins oder Wahrunterstellung der Beweisbehauptung, völliger Ungeeignetheit des Beweismittels oder Absicht zur Prozessverschleppung zurückweisen.²⁵⁸ Auch der Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit findet hier Anwendung, z. B. wenn eine Beweiserhebung über Vorgänge der gerade laufenden Hauptverhandlung aus Verschleppungsabsicht beantragt wird.²⁵⁹

Nicht auf diese Art und Weise zu erledigen sind die verfahrensblockierenden Beweisanträge, bei denen nicht nur die Stattgabe der Anträge und die daraus folgende Beweiserhebung, sondern auch die Antragsablehnung unter Berufung auf den Ablehnungskatalog das Gericht in Schwierigkeiten bringen kann. Um den Missbrauch der Ablehnungsmacht durch das Gericht zu unterbinden, hat es jede Ablehnungsentscheidung so konkret zu begründen, dass auf der einen Seite der Antragsteller sowie die weiteren Prozessbeteiligten die Auffassung des Gerichts nachvollziehen und sich auf die neue Verfahrenslage einstellen können und auf der anderen Seite das Revisionsgericht genügend Informationen als Grundlage seiner Prüfung der tatgerichtlichen Entscheidung bekommen kann. Konkret gesagt: Wird auf den Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit abgestellt, hat das Gericht entweder darzulegen, aufgrund welcher Tatsachen und nach welcher Vorschrift es die Beweiserhebung für unzulässig erachtet, oder beim Beweisverbot aufgrund einer Grundrechtsverletzung die Abwägung zwischen dem betroffenen

²⁵⁵ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 276 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1254.

²⁵⁶ BGHSt 46, 36, 46; 47, 278, 284.

²⁵⁷ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 279 ff.

²⁵⁸ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1254.

²⁵⁹ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 204; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 817.

Grundrecht und dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip einer effektiven Strafverfolgung im Einzelnen aufzuzeigen.²⁶⁰ Bei Bedeutungslosigkeit ist anzugeben, ob sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen angenommen wird, und im Fall der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit dazu, anhand welcher Tatsachen und Erwägungen das Gericht den Schluss zieht, dass die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die eigene Entscheidung nicht beeinflussen könnte.²⁶¹ Wenn der Beweisantrag wegen völliger Ungeeignetheit zurückgewiesen wird, hat das Gericht alle tatsächlichen Umstände, aus denen es auf die vollständige Wertlosigkeit des benannten Beweismittels schließt, sowie die dafür maßgebenden Überlegungen mitzuteilen.²⁶² Kommt Unerreichbarkeit des Beweismittels in Betracht, müssen die Tatsachen benannt werden, aus denen das Gericht die Unerreichbarkeit herleitet, insbesondere die bereits unternommenen Nachforschungen und die Aussichtslosigkeit weiterer Bemühungen.²⁶³ Lehnt das Gericht einen Beweisantrag mit dem Grund der Verschleppungsabsicht ab, bedeutet dies besonders viel Begründungsaufwand, denn die Verschleppungsabsicht des Antragstellers ist regelmäßig schwierig festzustellen. Das Gericht gewinnt seine Überzeugung in aller Regel nur aufgrund einer Gesamtwürdigung des Verhaltens des Antragstellers unter Abwägung der dafür und dagegen sprechenden Tatsachen.²⁶⁴ Für die Begründung hat es dann sowohl die Tatsachengrundlage seiner Überzeugung als auch die Würdigung dieser Umstände darzulegen.²⁶⁵ Dazu muss für jeden einzelnen Beweisantrag gesondert geprüft und dargelegt werden, ob die Verschleppungsabsicht vorliegt.²⁶⁶ In Fällen, in denen eine Vielzahl von Beweisanträgen gebündelt gestellt wird, können die Ablehnungsgründe das Gericht nicht von der Pflicht zur Antragsbescheidung befreien; stattdessen hat sich das Gericht mit der Antragsablehnung zu beschäftigen und eine dadurch verursachte Verfahrenslähmung notgedrungen zu akzeptieren.

Verlangt ein Beweisantrag auch in dem Fall, in dem die Beweiserhebung trotz der der Bedeutung des Beweises entsprechenden Bemühungen in absehbarer Zeit unmöglich ist, darüberhinausgehende Anstrengungen, das Beweismittel herbeizuschaffen,²⁶⁷ kommt der Ablehnungsgrund der Unerreichbarkeit in Betracht, um ein objektiv untragbares Ergebnis zu vermeiden.

²⁶⁰ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 201; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1434.

²⁶¹ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 225 f.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1436; Börner, Legitimation, S. 518 und S. 523 gegen die Flucht in die Wahrunterstellung zur Umgehung dieser Begründungspflicht.

²⁶² LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 243; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1438.

²⁶³ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 264; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1439.

²⁶⁴ BGHSt 22, 124; BGH NStZ 1990, 350; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, 270.

²⁶⁵ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 286; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1440.

²⁶⁶ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 287; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1440.

²⁶⁷ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 244 ff.

Grundsätzlich stellen die gesetzlichen Ablehnungsgründe ein effektives Instrument gegen den Missbrauch des Beweisantragsrechts dar.²⁶⁸ Die einzige Ausnahme bildet der Rechtsmissbrauch durch kontinuierliche und massenhafte Stellung von nutzlosen Anträgen.

2. Andere gesetzliche Abwehrmöglichkeiten

Es stellt sich die Frage, ob für den Missbrauch des Beweisantragsrechts, dem nicht mit den Gründen des strafprozessualen Ablehnungskatalogs beizukommen ist, eine gesetzliche Lösung in anderen Bereichen gefunden werden kann, sodass eine richterliche Rechtsschöpfung nicht nötig ist.

In §§ 176 ff. GVG werden erstens die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung durch den Vorsitzenden, zweitens die ihm bei Nichtbefolgung durch den Störer zur Verfügung stehenden, präventiv wirkenden Maßnahmen sowie drittens die Ordnungsmittel mit repressivem Charakter geregelt, um den störungsfreien Verlauf der Sitzung und die Erreichung der Prozessziele auf dieser Grundlage zu gewährleisten.²⁶⁹ Während alle im Sitzungszimmer anwesenden Personen der Anordnung des Vorsitzenden gemäß § 176 GVG unterworfen sind, gelten die Maßnahmen aus §§ 177, 178 GVG, d.h. die Entfernung aus dem Sitzungszimmer, die Ordnungshaft sowie das Ordnungsgeld, nicht gegenüber den Gerichtspersonen, dem Staatsanwalt und dem Verteidiger.²⁷⁰ In diesem Zusammenhang wird versucht, aus § 176 GVG i.V.m. § 238 Abs. 2 StPO eine Pflicht der Prozessbeteiligten, insbesondere des Verteidigers, zur Beachtung prozessleitender Anordnung des Vorsitzenden abzuleiten,²⁷¹ mit der die verfahrensparalisierende Antragstellung verboten werden kann. Diese Argumentation erkennt, dass die Sitzungspolizei und die Verhandlungsleitung nach Zweck und Wesen voneinander verschieden sind, indem § 176 GVG die äußere Ordnung im Gerichtssaal sichert, während § 238 StPO die inhaltliche Durchführung der Hauptverhandlung betrifft; beide können trotz Überschneidung nicht vermischt werden.²⁷²

Auch einige Bestimmungen im Bereich des Kosten- und Gebührenrechts kommen in Betracht. In dem berühmten Fall entpflichtete das LG Ansbach gemäß § 145 Abs. 1 StPO einen Pflichtverteidiger, setzte das Verfahren dann aus und erlegte dem Verteidiger nach § 145 Abs. 4 StPO die durch die Aussetzung verursachten Kosten auf. Das geschah mit der Begründung, der Verteidiger habe sich geweigert, die Verteidigung zu führen, indem er eine nicht als Verteidigung anzu-

²⁶⁸ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 200; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 173.

²⁶⁹ LR-Wickern, 26. Aufl., § 176 GVG, Rn. 1; ders., 26. Aufl., § 177 GVG, Rn. 1; ders., 26. Aufl., § 178 GVG, Rn. 1.

²⁷⁰ BGHZ 67, 184; LR-Wickern, 26. Aufl., § 176 GVG, Rn. 38 ff.; ders., 26. Aufl., § 177 GVG, Rn. 7 f.

²⁷¹ BGH, Beschluss vom 14.03.1994 – AnwSt (B) 18/93.

²⁷² LR-Wickern, 26. Aufl., § 176 GVG, Rn. 2; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 276 ff.

sehende „Konfliktverteidigung“ durchführe, und habe daher die neue Verteidigerbestellung sowie die Aussetzung erforderlich gemacht.²⁷³ Noch einen Schritt weiter geht das OLG Frankfurt, das dem Verteidiger auch die Kosten wegen der Verfahrensaussetzung aufbürden wollte, wenn eine Aussetzung durch pflichtwidriges Verhalten des Verteidigers veranlasst wurde, das nicht unter § 145 Abs. 1 StPO fiel.²⁷⁴ Ein solcher Versuch zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 145 Abs. 4 StPO, sei es aufgrund eines erweiterten Verständnisses des als Voraussetzung dienenden § 145 Abs. 1 StPO oder durch eine Lösung des § 145 Abs. 4 StPO aus dem Kontext des § 145 StPO, zielt darauf ab, diese Vorschrift in eine effektive Waffe gegen „Konfliktverteidigung“ des Officialverteidigers umzuwandeln. Dagegen sprechen sowohl der klare Wortlaut sowie der Zweck des § 145 Abs. 1 StPO als auch die systematische Stellung der Vorschrift. Die Vorschrift des § 145 StPO soll sicherstellen, dass die vom Gesetz eröffnete Möglichkeit für den Beschuldigten, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers zu bedienen, in der Hauptverhandlung auch wirksam wird.²⁷⁵ Die Anwendung des § 145 Abs. 1 StPO ist daher nur im Fall des Ausbleibens des Verteidigers, seines Entfernens sowie seiner Weigerung, Verteidigung zu führen, gerechtfertigt und kann sich nicht auf weitere Umstände erstrecken. Daran knüpft § 145 Abs. 4 StPO an. Folglich kann eine Aufbürdung der Kosten der Verfahrensaussetzung nur erfolgen, wenn die Aussetzung auf die in § 145 Abs. 1 StPO genannten Gründe zurückzuführen ist. Wenn der Gesetzgeber diese Anknüpfung sowie Begrenzung nicht wollte, hätte er die Kostenlast außerhalb des § 145 StPO in einer gesonderten Vorschrift regeln können.²⁷⁶ Da auch die prozessblockierende Antragstellung auf keinen Fall als eine Weigerung der Verteidigungsführung interpretiert werden kann, scheidet § 145 Abs. 4 StPO zur Missbrauchsabwehr aus.

Als „Missbrauchsbekämpfung über das Kostenrecht“²⁷⁷ kann daneben § 51 RVG (vor Inkrafttreten des RVG § 99 Abs. 1 BRAGO) angesehen werden, der für bestellte Verteidiger die Festsetzung einer Pauschvergütung in besonders umfangreichen oder schwierigen Sachen zulässt, die über die regulären Gebühren der

²⁷³ LG Ansbach, Beschluss vom 01.03.1995, wiedergegeben in OLG Nürnberg StV 1995, 287.

²⁷⁴ OLG Frankfurt NJW 1977, 913.

²⁷⁵ LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., § 145, Rn. 1.

²⁷⁶ KG Berlin NStZ-RR 2000, 189, 190; OLG Jena NStZ-RR 2003, 158; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 61. Aufl., § 145, Rn. 18.

²⁷⁷ Diesem Katalog zugeordnet ist noch § 472 Abs. 1 S. 2 StPO, der die Nebenkosten regelt. In dem Beschluss KG Berlin NStZ-RR 1999, 223 wollte das Gericht den Angeklagten nicht mit den gesamten notwendigen Auslagen des Nebenklägers belasten, weil der Letztere Beweisanträge gestellt hat, die nicht dem Schutzzweck der Nebenklage dienen und zu Verfahrensverzögerungen führten. Eine nähere Erläuterung darüber wird in dieser Arbeit nicht vorgenommen, weil Missbrauch des Beweisantragsrechts durch Nebenkläger weder Gegenstand der Forschung ist, noch damit in einer engen Verbindung steht.

Teile 4 bis 6 des Vergütungsverzeichnisses (früher § 97 BRAGO) hinausgeht.²⁷⁸ Zur Zeit der Geltung der BRAGO hat das OLG Schleswig über Anträge von zwei Pflichtverteidigern auf Pauschvergütung entschieden, dass die beantragte Pauschgebühr herabzusetzen war mit der Begründung: „Geht der Pflichtverteidiger in seiner Tätigkeit über das hinaus, was im Rahmen seiner Bestellung objektiv geboten ist, und dient seine Tätigkeit nicht der Förderung des Verfahrens, so kann die hierfür verwandte Zeit bei der Festsetzung der Pauschvergütung nicht berücksichtigt werden, auch wenn das Vorgehen des Pflichtverteidigers prozessual möglich ist“.²⁷⁹ Diese Ansicht teilten OLG Hamburg und OLG Karlsruhe. Das eine glaubte, dass nur die sachgerechte Verteidigung, aber nicht schon die Ausnutzung „jeder von der Prozeßordnung gebotenen Möglichkeit“ für die Anwendung des § 99 BRAGO bestimmend sei,²⁸⁰ während das andere schrieb, dass rechtsmissbräuchliche Verteidigung, wie z. B. eine offenkundig missbräuchliche Ausnutzung des Beweisantragsrechts und des Fragerechts, nicht aus der Staatskasse honoriert werden könne.²⁸¹ In der Abhängigkeit des Vergütungsanspruchs des Pflichtverteidigers von der gerichtlichen Billigung der Verfahrensnützlichkeit seiner Tätigkeit sehen viele aber eine Zensur der Verteidigungstätigkeit und erwidern, dass erstens gemäß dem Grundsatz der „Freien Advokatur“ der (Pflicht)verteidiger hinsichtlich der Art und Weise der Führung der Verteidigung grundsätzlich nicht der Kontrolle des Gerichts unterstehe,²⁸² und zweitens die Aufgabe des (Pflicht)verteidigers gerade darin liege, zur Wahrung der Interessen des Mandanten durch rechtmäßige und prozessual zulässige Mittel dem (im Sinne der Planung des Gerichts) technisch glatten Ablauf des Verfahrens entgegenzuwirken.²⁸³ Diese Bedenken treffen zwar grundsätzlich zu, sie lassen sich aber entkräften, wenn man § 51 Abs. 1 RVG bzw. § 99 Abs. 1 BRAGO allein als Waffe gegen verfahrensparalyisierende Beweisanträge auffasst und die ordentliche Verteidigungstätigkeit davon unberührt bleibt. Diese Kostenlösung zur Missbrauchsabwehr scheitert aus anderen Gründen. Vor allem betrifft sie nur den gerichtlichen bestellten Verteidiger und kann Rechtsmissbrauch durch Wahlverteidiger nicht unterbinden.²⁸⁴ Außerdem wird dadurch eine Benachteiligung der Pflichtverteidiger gegenüber den Wahlverteidigern bewirkt, die gegen den Grundsatz verstößt, dass „die Verschiedenheit des Grundes der Bestellung, ob Auftrag oder Gesetz, ... keinen Einfluss auf den Kreis der aus dem einmal be-

²⁷⁸ Schneider/Wolf-Schneider, § 51 Rn. 14 ff., 42.

²⁷⁹ OLG Schleswig, Beschluss vom 16.10.1986 – 1 Str 174/86.

²⁸⁰ OLG Hamburg JurBüro 1988, 598.

²⁸¹ OLG Karlsruhe JurBüro 1981, 721.

²⁸² Vgl. KG Berlin JR 1982, 349; OLG Hamm NSTZ-RR 2002, 95; Feuerich/Weyland-Träger, § 43, Rn. 23; Widmaier, NSTZ 1996, 445, 446; Eisenberg/Classen, NJW 1990, 1021, 1022 f., 1025.

²⁸³ Widmaier, NSTZ 1996, 445, 446.

²⁸⁴ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 234.

gründeten Verhältnisse hervorgehenden Rechte und Pflichten“ ausüben darf.²⁸⁵ Ferner greift das Kostenrecht erst nach dem Verfahren ein und kommt damit zu spät.²⁸⁶

Eine weitere Möglichkeit der Missbrauchsabwehr bietet das anwaltliche Standesrecht.²⁸⁷ Nach §§ 113 Abs. 1, 114 Abs. 1 BRAO werden gegen Rechtsanwälte, die schuldhaft gegen Berufspflichten verstoßen, anwaltsgerichtliche Maßnahmen verhängt, in schwerwiegenden Fällen kann der Rechtsanwalt sogar aus der Anwaltschaft ausgeschlossen werden. Mit diesen Maßnahmen könnte auch ein Missbrauch des Beweisantragsrechts geahndet werden, wenn er einen anwaltlichen Pflichtverstoß darstellen würde. Zunächst ist zu prüfen, ob eine solche Schlussfolgerung auf das Sachlichkeitsgebot des § 43a Abs. 3 BRAO gestützt werden kann. Während § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO den Rechtsanwalt allgemein zur Sachlichkeit verpflichtet, nennt S. 2 die wesentlichen Beispiele für Pflichtverstöße.²⁸⁸ Da nachvollziehbare Kriterien zur Abgrenzung von sachlichem und unsachlichem Verhalten bisher nicht entwickelt wurden,²⁸⁹ wird eingewandt, dass § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO nur eine „nichtjustiziable Leerformel“ darstelle.²⁹⁰ Eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots sei nur anzuerkennen, wenn die in § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO ausdrücklich genannten unsachlichen Verhaltensweisen vorliegen.²⁹¹ Diese Ansicht ist zu teilen. Als Einschränkungen der Berufsfreiheit sowie der Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts müssen berufsrechtlichen Maßnahmen Grenzen gesetzt werden. Eine berufsrechtliche Ahndung wegen unsachlichen Verhaltens ist nur insoweit statthaft, als sie „durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt“.²⁹² Diesen Anforderungen wird der sehr unbestimmte § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO nicht gerecht. Und selbst unter der Annahme, dass anwaltliches (Fehl-) Verhalten gemäß § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO geahndet werden könne, kann man das Gebot einer sachgemäßen anwaltlichen Arbeit²⁹³ nicht mit der Anforderung an „Sachangemessenheit“ der Führung der Verteidigung gleichsetzen und folglich dem Verteidiger die Ausschöpfung der Verteidigungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung untersagen, ohne den mit § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO im Zusammen-

²⁸⁵ RGSt 17, 315 f.; *Widmaier*, NStZ 1996, 445, 446; *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 53, 58.

²⁸⁶ *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 57.

²⁸⁷ *Fahl*, Rechtsmißbrauch, S. 68 f.

²⁸⁸ *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a, Rn. 90.

²⁸⁹ BVerfGE 76, 176.

²⁹⁰ *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a, Rn. 91; *Henssler/Prütting-Henssler*, § 43a, Rn. 131; *Jahn*, Konfliktverteidigung, S. 284.

²⁹¹ *Feuerich/Weyland-Träger*, § 43a, Rn. 31, 35 ff.; *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a, Rn. 93 f.; *Hartung/Scharmer-W. Hartung*, § 43a, Rn. 43 ff.

²⁹² *Feuerich/Weyland-Träger*, § 43a, Rn. 33; vgl. BVerfGE 61, 291, 312.

²⁹³ BR-Drs. 93/93, S. 81; BT-Drs. 12/4993, S. 27; *Feuerich/Weyland-Träger*, § 43a, Rn. 31.

hang stehenden Regelungen, dem Willen des Gesetzgebers sowie der Natur bzw. Aufgabe des Berufsrechts zu widersprechen.²⁹⁴ Hier gibt es keinen Raum für ein Verbot der prozessblockierenden Beweisanträge. § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO verbietet allein die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten sowie die herabsetzenden Äußerungen, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben haben. Die genannte Variante von Rechtsmissbrauch fällt nicht darunter und kann somit nicht sanktioniert oder auch nur berufsrechtlich missbilligt werden.

Da das Ständesrecht kein konkretes Missbrauchsverbot enthält, kann eine derartige Pflicht eventuelle aus Generalklauseln abgeleitet werden. Dafür kommt § 43 BRAO in Betracht, der die allgemeine Berufspflicht des Rechtsanwalts normiert. Ursprünglich umschrieb diese Generalklausel, die in der Spruchpraxis weitgehend durch die von der BRAK aufgrund der allgemeinen Auffassung zu Fragen der Ausübung des Anwaltsberufes erlassenen Richtlinien konkretisiert wurde, die Berufspflichten des Rechtsanwalts, soweit diese nicht von speziellen Normen geregelt wurden, und bildete zusammen mit den Vorschriften der §§ 113 ff. BRAO die Grundlage für die ehrengerichtliche Ahndung schuldhafter Pflichtverletzungen.²⁹⁵ Da die Richtlinien keine Normqualität besitzen und weder Rechtsklarheit²⁹⁶ noch Rechtssicherheit bewirken können, entschied das BVerfG im Jahre 1987, dass sie keine ausreichende Grundlage für Einschränkungen der anwaltlichen Berufsausübung sind und nach einer Übergangszeit nicht mehr als Hilfsmittel zur Auslegung und Konkretisierung des § 43 BRAO herangezogen werden können. Der dadurch verursachte Mangel hinsichtlich der Konkretisierung der in der Generalklausel verankerten beruflichen Pflichten ist durch eine Berufsordnung in Gestalt von Satzungsrecht zu beheben. Dabei ist zu beachten, dass der Gesetzgeber in der BRAO die Pflichten bestimmen soll, die für den Status des Rechtsanwalts von grundsätzlicher Bedeutung sind, und der Berufssatzung nur die zur Ergänzung der grundlegenden gesetzlichen Normen notwendigen Regelungen für die Berufsausübung überlassen kann.²⁹⁷ Die Rechtsprechung bewirkt die Neugestaltung des dritten Teils der BRAO durch Gesetz vom 02.09.1994, die eine eingehendere Normierung der beruflichen Pflichten mit sich bringt, und die Berufsordnung vom 29.11.1996. Seitdem erlebt § 43 BRAO einen Bedeutungswandel: Obwohl die Norm als eine „in diesem Gesetz“ bestimmte Pflicht weiterhin Grundlage für die anwaltsgerichtliche Ahndung schuldhafter Pflichtverletzungen bleibt, funktioniert sie nicht allein, sondern immer nur in Verbindung mit anderen gesetzlichen Vorschriften mit berufsrechtlicher Relevanz oder solchen der BRAO, da sie nicht bestimmt genug ist, um anwaltsgerichtliche

²⁹⁴ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 282 ff.

²⁹⁵ BVerfGE 66, 337; Feuerich/Weyland-Träger, § 43, 7.

²⁹⁶ BVerfGE 57, 121; 60, 215; 71, 162; 76, 171; 110, 226; Feuerich/Weyland-Träger, § 43, Rn. 1 f.

²⁹⁷ BVerfGE 76, 171, 184 ff.

Maßnahmen darauf zu stützen, und mit Hilfe anderer Normen konkretisiert werden muss.²⁹⁸ In der Tat überträgt § 43 BRAO lediglich die aus anderen gesetzlichen Normen sich ergebenden, berufsrechtlich relevanten Pflichten in das anwaltliche Berufsrecht. Ein als Verteidiger tätiger Rechtsanwalt hat nämlich die Vorschriften der StPO und des StGB sowie der strafrechtlichen Nebengesetze zu beachten. Überschreitet er schuldhaft diese Grenze, handelt er nach § 113 Abs. 1 BRAO pflichtwidrig; hier kommt die anwaltsgerichtliche Ahndung zur Anwendung.²⁹⁹ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass mangels einer entsprechenden Regelung in der StPO § 43 BRAO allein weder eine anwaltliche Berufspflicht, auf Rechtsmissbrauch, insbesondere die kontinuierliche und massenhafte Stellung von nichtsachdienlichen Anträgen, zu verzichten, begründen noch den Eingriff der anwaltsgerichtlichen Maßnahmen in solchen Fällen rechtfertigen kann.

Übrigens sollte man beachten, dass die standesrechtliche Lösung, auch wenn sie möglich wäre, mehrere Nachteile hat. Vor allem gilt diese Lösung nur für Missbrauch des Rechtsanwalts und kann missbräuchliches Verhalten eines Verteidigers, solange er kein Rechtsanwalt ist, sowie anderer Verfahrensbeteiligter, insbesondere des Angeklagten, nicht unterbinden.³⁰⁰ Außerdem kann hierdurch der Rechtsmissbrauch nur nachträglich geahndet werden.³⁰¹

Schließlich ist zu prüfen, ob mithilfe des materiellen Strafrechts, genauer gesagt mittels § 258 StGB, dem erwähnten Missbrauch des Beweisantragsrechts entgegengewirkt werden kann. Zum Schutz der Strafrechtspflege³⁰² verbietet diese Vorschrift das Vereiteln der Strafverfolgung sowie -vollstreckung. Bei Verfolgungsvereitelung liegt der tatbestandsmäßige Erfolg vor, wenn der Vortäter nicht dem Strafgesetz gemäß bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird, sondern bessergestellt ist. Für eine Besserstellung soll es schon ausreichen, dass die Ahndung „für geraume Zeit“ unterbleibt bzw. verzögert wird.³⁰³ Dieser Erfolg ist dem Täter erst zuzurechnen, wenn seine Handlung nicht nur für den Eintritt des Erfolges ursächlich ist, sondern auch eine rechtlich missbilligte Gefahr

²⁹⁸ Feuerich/Weyland-Träger, § 43, Rn. 7 f., 10 ff.; Henssler/Prütting-Prütting, § 43, Rn. 8, 19 ff.; Hartung/Scharmer-W. Hartung, § 43, Rn. 4 ff., 14; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 282 f.

²⁹⁹ Feuerich/Weyland-Träger, § 43, 19.

³⁰⁰ Roxin, FS Hanack, 1, 9; Beulke, Verteidiger, S. 218; ders., FS Roxin, 1173, 1184; Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 71 f.

³⁰¹ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 70 f.; Spiekermann, Mißbrauch, S. 168; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 102 ff.; Abdallah, Problematik des Rechtsmissbrauchs, S. 59 f.; Berg, DRiZ 1994, 380, 382.

³⁰² LK-T. Walter, § 258, Rn. 4; Fischer, StGB, § 258 Rn. 2; a.M. LK-T. Walter, § 258, Rn. 5 ff.

³⁰³ LK-T. Walter, § 258, Rn. 30, 35; Fischer, StGB, § 258 Rn. 7 f. Dafür fehlt jedoch ein konkreter Bewertungsmaßstab, folglich werden hinsichtlich der geeigneten Zeitspanne unterschiedliche Vorschläge vorgebracht, s. LK-T. Walter, § 258, Rn. 36; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 286 ff.

geschaffen hat, die sich gerade in dem Taterfolg verwirklicht hat.³⁰⁴ Wenn dazu noch der Vorsatz vorliegt, der den Willen zur Verwirklichung des Straftatbestandes des § 258 StGB in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände bedeutet,³⁰⁵ ist das Verhalten des Täters tatbestandsmäßig und ohne Rechtfertigungsgründe auch rechtswidrig.

An diesen Kriterien gemessen müsste jeder Strafverteidiger Strafreitelung begehen und deswegen nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO aus dem Verfahren ausgeschlossen werden.³⁰⁶ Das ist aber nicht der Fall und darf auch nicht so sein, weil eine „Behinderung“ der Strafrechtspflege durch die Institutionalisierung der Verteidigung in den §§ 137 ff. StPO gerade gewollt oder mindestens in Kauf genommen ist.³⁰⁷ Man kann dem Gesetzgeber nicht unterstellen, dass er die Institution des Strafverteidigers einmal schaffe und dann wieder abschaffe und auf diese Art und Weise sich selbst widerspreche.³⁰⁸ Es ist daher klar, dass ein Strafverteidiger sich nicht wegen bloßer Tätigkeitsausübung nach § 258 StGB strafbar machen soll. Ob es dabei um einen Tatbestandsausschluss oder eine Rechtfertigung handelt,³⁰⁹ macht für das vorliegende Thema keinen Unterschied. Allerdings wird dadurch nicht die Straflosigkeit jedes Verteidigerverhaltens eingeräumt. Man braucht nur an die Konstellationen denken, in denen der Verteidiger die Beweismittel vernichtet. Dann stellt sich die Frage, wie man die Grenze zwischen der (vielleicht lästigen, aber immer noch) straflosen Strafverteidigung und der strafbaren Strafreitelung ziehen soll, sodass eine Balance zwischen dem Schutz der Rechtspflege und der Gewährleistung der Institution des Strafverteidigers erreicht werden kann.

Einer weit verbreiteten Ansicht nach verläuft diese Grenze parallel zu der Grenze zwischen prozessual zulässigem und unzulässigem Verhalten.³¹⁰ Es wird vor allem eingewandt, dass mit dieser Aussage das Abgrenzungsproblem noch nicht gelöst, sondern lediglich auf eine andere Ebene verschoben sei, denn es

³⁰⁴ LK-T. Walter, § 258, Rn. 109 ff.

³⁰⁵ LK-T. Walter, § 258, Rn. 112 ff.; Fischer, StGB, § 258 Rn. 33.

³⁰⁶ Schneider, FS Geppert, 607, 616; I. Müller, StV 1981, 90, 99.

³⁰⁷ Krekeler, NStZ 1989, 146.

³⁰⁸ Vgl. Jahn, Konfliktverteidigung, S. 313; Böhm, NJW 2006, 2371, 2373.

³⁰⁹ Nach der herrschenden Meinung wird ein berufsadäquates Verhalten, mit dem jemand seinen Beruf ausübt und das im Rahmen der Berufsausübung „für sich betrachtet“ harmlos ist, nicht als Tathandlung angesehen. Gleichzeitig wird im Anschluss an das Arztrecht der Standpunkt vertreten, dass die Strafverteidiger zwar durch Ausübung ihrer Tätigkeit den Tatbestand der Strafreitelung erfüllen, die Rechtswidrigkeit dennoch wegen des rechtsstaatlichen Wertes dieser Tätigkeit entfällt, s. LK-T. Walter, § 258, Rn. 63 ff., 68; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 306 ff., 313 f., 334 ff.; I. Müller, StV 1981, 90, 95 ff.

³¹⁰ BGHSt 38, 345, 347; 46, 53, 54; OLG Düsseldorf StV 1994, 472; OLG Koblenz NStZ 1992, 146, 147; OLG Frankfurt, StV 1992, 360, 361; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 315; SSW-Beulke, Einl., Rn. 181; Heinicke, Verteidiger, S. 470; Krekeler, NStZ 1989, 146; Welp, ZStW 90 (1978), 804, 818.

bestehe bisher keine Einigkeit über das prozessual Zulässige der Strafverteidigung.³¹¹ Wenn von einem offensichtlichen Missbrauch wie der verfahrensparalysierenden Antragstellung die Rede ist, hat man aber kein Problem bei der Differenzierung.³¹² Trotzdem ist immer noch die Frage zu beantworten, ob ein Strafverteidiger sich schon strafbar macht, sobald er prozessual unzulässige Handlungen unternimmt. Eine bejahende Antwort würde mit der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts unvereinbar sein, nach der Strafe als „schärfstes Schwert des Staates“ nur dort gerechtfertigt ist, wo weniger einschneidende Mittel im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes nicht ausreichen.³¹³ Um diesem Prinzip gerecht zu werden, sollte prozessual unzulässigem Verhalten primär mit prozessualen Sanktionen oder anderen außerstrafrechtlichen Ahndungen begegnet werden,³¹⁴ die auch genügen sollen, um einen geringfügigen Angriff auf die Rechtspflege zu unterbinden; nur wenn in schwerwiegenden Fällen die übrigen Maßnahmen nicht mehr funktionieren, darf das Strafrecht eingreifen. D.h. nicht jedes prozessual unzulässige Verteidigerverhalten bedeutet eine Strafvereitelung, sondern nur dasjenige, das sehr gravierend und daher nicht auf andere Art und Weise zu bekämpfen ist. Das ist nur der Fall, wenn der Verteidiger die Beweisquellen trübt. Beispielsweise begeht der Verteidiger Strafvereitelung, wenn er als Täter eine Urkunde fälscht oder als Teilnehmer eine Falschaussage initiiert.³¹⁵ Vor diesem Hintergrund kommt für die Inanspruchnahme des Beweisantragsrechts in Form der verfahrensparalysierenden Anträge eine strafrechtliche Sanktion nicht in Frage. Es ist nicht zu bezweifeln, dass eine Strafbewehrung die Missbrauchsabwehr sowie den Schutz der Rechtspflege fördern kann, dennoch wird ihre Erforderlichkeit infrage gestellt. Es wird behauptet, dass bei Lösung des Missbrauchsproblems, das einen prozessualen Kern hat, die prozessrechtlichen Gegenmittel, wie z. B. die Einschränkung des entsprechenden Verfahrensrechts, immer Vorrang haben sollen.³¹⁶ Eine Abwehrmaßnahme in anderen Bereichen, wie z. B. im Kostenrecht, Standesrecht usw., wird zwar nicht gegenüber einer prozessualen Missbrauchsregelung, aber schon gegenüber einer Strafandrohung bevorzugt. Obwohl die bisherige Erläuterung zeigt, dass zurzeit weder eine strafprozessuale noch eine außerstrafprozessuale Abwehrmöglichkeit gegen Rechtsmissbrauch mittels verfahrensparalysierender Beweisanträge existiert, be-

³¹¹ LK-T. Walter, § 258, Rn. 71; Kargl, FS Hamm, 235, 237 f.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 323 f.; Beulke, FS Roxin, 1173, 1179; Krekeler, NStZ 1989, 146.

³¹² Böhm, NJW 2006, 2371.

³¹³ Jahn, Konfliktverteidigung, S. 349 f.

³¹⁴ Krekeler, NStZ 1989, 146, 152.

³¹⁵ LK-T. Walter, § 258, Rn. 57, 69, 80, 156 ff.; Fischer, StGB, § 258 Rn. 19, 21 f.; SSW-Beulke, Einl., Rn. 181 f.; ders., Verteidiger, S. 151 ff., 219 f.; a.M. über die Strafbarkeit des Verteidigers bei Teilnahme am Meineid s. Kargl, FS Hamm, 235, 251, 253; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 298 f.

³¹⁶ Fahl, Rechtsmissbrauch, S. 76 f.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 349; Beulke, Verteidiger, S. 219; ders., FS Roxin, 1173, 1190 f.; Krekeler, NStZ 1989, 146, 152.

deutet das nicht, dass eine strafrechtliche Verbotsnorm erforderlich ist. Stattdessen tritt das Bedürfnis nach einer neuen Vorschrift in der StPO oder, wenn eine solche Regelung wegen des zeitaufwändigen Gesetzgebungsprozesses vorläufig oder wegen der Eigenschaft des konkreten Rechtsgebiets langfristig nicht zustande kommt, nach einer richterlichen Rechtsschöpfung, die eine mildere, aber gleich wirksame Prozessmaßnahme gegen den erwähnten Missbrauch vorsieht, in den Vordergrund.

Gegen die strafrechtliche Lösung spricht schließlich, dass sie wie die Kostenrechts- und Standesrechtslösung nur den Strafverteidiger betreffen kann. Der Angeklagte hat das Selbstbegünstigungsprivileg und wird somit nicht wegen Strafvereitelung bestraft.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass keine der vier genannten Lösungen in den Bereichen des Gerichtsverfassungsrechts, des Kostenrechts, des Standesrechts sowie des materiellen Strafrechts in der Lage ist, die verfahrensparalysierende Inanspruchnahme des Beweisantragsrechts effektiv zu bekämpfen. Vor diesem Hintergrund hat man sich der Rechtsfortbildung im konkreten Fall zuzuwenden.

II. Missbrauchsabwehr durch vorsichtige und einzelfallbezogene Rechtsfortbildung praeter legem

Eine Missbrauchsabwehr mittels richterlicher Rechtsfortbildung ist erst gerechtfertigt, wenn in Bezug auf den Rechtsmissbrauch eine Regelungslücke besteht und die konkrete Gegenmaßnahme zur Ausfüllung dieser Lücke verhältnismäßig ist.³¹⁷

Infolgedessen setzt eine zulässige Bekämpfung der verfahrensparalysierenden Beweisanträge durch Rechtsschöpfung vor allem eine planwidrige Unvollständigkeit voraus. D.h. die Antragstellung im konkreten Fall rechtfertigt zwar eine Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht, kann aber nicht durch eine Antragszurückweisung auf eine Art und Weise erledigt werden, die den Wertungen hinter dem Ablehnungsgrund gerecht wird. Dafür hat das Gericht festzustellen, dass die kontinuierlich und massenhaft gestellten Beweisanträge keinen Beitrag zur Wahrheitsermittlung leisten können und wollen. Das stellt zuweilen eine große Herausforderung für das Gericht dar, nicht nur weil das völlige Fehlen der Absicht zur Förderung der Wahrheitsforschung sich erst aufgrund des gesamten Prozessverhaltens des Antragstellers bejahen lässt, wobei die Art der Antragstellung grundsätzlich ein Indiz bildet, sondern auch weil die Sachdienlichkeit jedes einzelnen Antrags gesondert geprüft bzw. verneint werden muss. Darüber hinaus muss die Ablehnung dieser Anträge durch begründete Gerichtsbeschlüsse eine Verfahrensblockade auf unabsehbare Zeit bewirken können. Dass die Planwidrig-

³¹⁷ Dritter Teil, Kap. I D. II.

keit dieser Regelungslücke nicht durch § 244 Abs. 6 StPO a.F. i.V.m. § 34 StPO ausgeschlossen ist, lässt sich damit begründen, dass zunächst Rechtsmissbrauch dieser Art erstmals in dem Fall, der der Entscheidung BGHSt 38, 111 zugrunde lag, auftrat und der Gesetzgeber das Problem davor nicht erkannt hatte, und zweitens es nicht vorstellbar ist, dass der Gesetzgeber die ernsthafte Infragestellung des Wesens des Strafverfahrens sowie der staatlichen Strafverfolgung durch die verfahrensparalysierenden Beweisanträge in Kauf nehmen wollte.

Ferner verlangt eine zulässige Rechtsfortbildung, dass die geschaffene Maßnahme gegen die verfahrensparalysierenden Beweisanträge verhältnismäßig ist, nämlich einerseits zur Vermeidung der drohenden Verfahrensblockade geeignet sowie erforderlich ist und andererseits nicht selbst die dem Beweisantragsrecht zugrundeliegende Wertung bzw. die Suche nach materieller Wahrheit beeinträchtigt. Dem Gericht sollte gestattet werden, die kontinuierlich und massenhaft gestellten, nutzlosen Beweisanträge mit gemilderter Begründungslast erst im Urteil zu bescheiden. Das bedeutet noch nicht, dass sie wie Hilfsbeweisanträge behandelt werden dürften, deren Ablehnung weder einen besonderen Entscheidungssatz noch einen besonderen Abschnitt in den Urteilsgründen benötigt, sondern verlangt lediglich, dass den Urteilsgründe entnommen werden kann, dass das Gericht den Antrag nicht übersehen und aus welchen Gründen es ihm nicht entsprochen hat.³¹⁸ Stattdessen ist im Urteil nachvollziehbar darzulegen, dass die Beweisanträge der Sachverhaltsaufklärung gar nicht dienen konnten und lediglich zur Prozessverschleppung gestellt worden sind, bei der eine pauschale Erörterung ausreicht, und dass zur Vermeidung einer Verfahrensblockade auf unabsehbare Zeit die normale Antragsablehnung durch die Zurückweisung in den Urteilsgründen ersetzt werden musste. Die Antragsbescheidung im Urteil mit gemilderter Begründungslast ist zur Verhinderung unnötiger Verfahrensverzögerung geeignet und erforderlich, da weder eine Zurückweisung während der Hauptverhandlung diesen Effekt haben kann, selbst wenn die Begründungspflicht reduziert ist, noch die Bescheidung in den Urteilsgründen, wenn die Darlegungslast nicht erleichtert wird. Eine pauschale Antragsablehnung ohne inhaltliche Prüfung oder eine Beschränkung oder sogar ein Entzug der zukünftigen Rechtsausübung sind zwar effektiver, sie bergen aber ein nicht geringes Risiko, sachdienliche Anträge zu übergehen oder ihnen vorzubeugen, und gefährden dadurch die Wahrheitsermittlung. Um den Austausch zwischen dem Gericht und anderen Verfahrensbeteiligten möglichst zu sichern und damit der Wahrheitsermittlung hinreichend Rechnung zu tragen, soll das Gericht noch während der Hauptverhandlung mit knapper Begründung klarstellen, dass die gestellten Anträge wegen Rechtsmissbrauchs erst in den Urteilsgründen beschieden werden.³¹⁹ Darüber hinaus verhindert diese Maßnahme gegen verfahrensparalysierende Beweisanträge nicht, dass

³¹⁸ BGH wistra 2009, 68; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 159.

³¹⁹ Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 458.

das Gericht in der Hauptverhandlung auf Abweichung von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- und Rechtslage sowie auf eine veränderte Sachlage hinweist, wenn dies für eine effektive Verteidigung erforderlich ist.³²⁰

Auf diese Art und Weise lässt sich das Missbrauchsproblem bei BGHSt 38, 111 besser lösen. Die Rechtsprechung genügt bereits den meisten hier gestellten Anforderungen, weil das Bestehen der Regelungslücke sowie die Verhältnismäßigkeit der Missbrauchsabwehr weitgehend erläutert werden. Diese Rechtsprechung weist gleichzeitig gewisse Schwächen auf, weil die Nutzlosigkeit der Beweisanträge nicht dargelegt ist und die Angemessenheit der Beschränkung des Beweisantragsrechts des Angeklagten nicht überzeugend begründet wird.

Da sich die verfahrensparalysierenden Beweisanträge durch vorsichtige und einzelfallbezogene Rechtsfortbildung praeter legem erfolgreich bekämpfen lassen, ist das Problem des Missbrauchs des Beweisantragsrechts im Rahmen der Rechtslage seit 1950 lösbar.³²¹ Vor diesem Hintergrund scheinen alle in letzter Zeit entwickelten Lösungen überflüssig zu sein.³²² Ihre Rechtfertigung wird weiterhin infrage gestellt, wenn sie neue Missbrauchsgefahren mit sich bringen, genauer gesagt, wenn das Gericht unter Berufung auf diese Maßnahmen seine Pflichten verletzt und sich daher verwerflich verhält.³²³ Ob dies der Fall ist, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

C. Neue Maßnahmen gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts

Die Rechtsprechung hat drei Sonderlösungen entwickelt, um dem Missbrauch des Beweisantragsrechts effektiv entgegenzuwirken.³²⁴ Flächendeckend wirkt das allgemeine Missbrauchsverbot, das Missbrauchshandlungen generell untersagt und außergesetzlichen prozessualen Abwehrmaßnahmen zugrunde liegt. Nicht so weit geht die Konnexitätslösung. Danach erhöht das Gericht durch Hinzufügung des neuen Elements der „Konnexität“ die formalen Anforderungen an einen Beweisantrag und spricht bei Fehlen der Konnexität einem Antrag die Beweisantragsqualität ab, sodass er nach eigenem Ermessen des Gerichts behandelt werden kann. Die zurückhaltendste Alternative bildet die Fristenlösung, bei der eine Frist für die Antragstellung gesetzt wird, deren Versäumen entweder die Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht erleichtert oder die Zurückweisung

³²⁰ Vgl. BGH NStZ 2011, 168; Börner, Legitimation, S. 512; ders., JZ 2018, 232, 234, 236 f.; Krehl, FS Fischer, 705, 716.

³²¹ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 63.

³²² Vgl. Schlothauer, FS Fischer, 819, 822; SSW-Sättle, § 244, Rn. 129.

³²³ Dritter Teil, Kap. 1 C. I.

³²⁴ Erster Teil, C. II.

eines Antrags erst in den Urteilsgründen ermöglicht. Die Gesetzesänderungen in den Jahren 2017 und 2019 haben die formelle Fristenlösung in einer geänderten Fassung sowie das Konnexitätserfordernis gesetzlich fixiert und dazu die Ablehnung der zur Prozessverschleppung gestellten Beweisanträge vereinfacht. Ob diese vier Maßnahmen als Missbrauchsabwehr wirklich effektiv sind, und ob sie die Gefahr des Missbrauchs der Missbrauchsabwehr heraufbeschwören, ist im Folgenden zu prüfen.

I. Das allgemeine Missbrauchsverbot

1. Rechtsprechung und Kritik

Das von der Judikatur des BGH und BVerfG geprägte Bild des allgemeinen Missbrauchsverbots sieht zurzeit so aus, dass im Strafverfahren der Richter auch ohne spezielle Eingriffsnorm, sondern lediglich aufgrund eines ungeschriebenen allgemeinen Verbotes des Rechtsmissbrauchs zu prozessualen Maßnahmen greifen kann, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung verfahrensfremder oder verfahrenswidriger Zwecke einsetzt und dadurch das Verfahren erschwert oder schutzwürdige Belange verletzt werden. Dennoch dürfen die sich auf das allgemeine Missbrauchsverbot stützenden Einschränkungen das Recht des betroffenen Beschuldigten, sich umfassend verteidigen zu können, nicht in Frage stellen. Die Befürchtung vor dem Missbrauch dieses allgemeinen Missbrauchsverbots durch die Gerichte sei grundlos, weil sein seltener Gebrauch in der Praxis die ausgesprochene Zurückhaltung der Justiz belege.³²⁵

Gegenüber dieser Auffassung wird viel Kritik geübt. Bei dieser Kritik kann man zwischen Einwänden gegen die Missbrauchsklausel an sich und Einwänden gegen die Anwendung dieser Klausel im Bereich des Beweisantragsrechts unterscheiden. Zu der ersten Gruppe zählt vor allem die Kritik, dass die Konstituierung eines allgemeinen Missbrauchsverbotes im Strafverfahren auf der Grundlage einzelner Vorschriften der StPO³²⁶ und des bestehenden Missbrauchsverbotes in anderen Prozessen methodisch fraglich sei. Diese Gesamtanalogie sei nicht nur nicht zwingend,³²⁷ sondern verstoße auch gegen den Willen des Gesetzgebers, der durch die Rechtsgeschichte und die Regelungen der StPO verkörpert werde. Erstens zeige die Entstehungsgeschichte der StPO, dass dem Gesetzgeber der Begriff des Missbrauchs und der Gedanke der Missbrauchsbekämpfung nicht fremd sei und er trotzdem aus guten Gründen „keine durchlaufende Missbrauchs-

³²⁵ Erster Teil, C. II. 1.

³²⁶ Wie z. B. §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 29 Abs. 2, 137 Abs. 1 S. 2, 138a Abs. 1 Nr. 2, 241 Abs. 1, 244 Abs. 3, 245 Abs. 2 S. 3, 257 Abs. 3, 266 Abs. 3 S. 1 StPO, s. *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 29; *Stankewitz*, FS Schlüchter, 25, 29 f.; *Meyer*, JR 1980, 219; *Niemöller*, StV 1996, 501.

³²⁷ *Jahn*, StV 2009, 663, 667; *Thomas*, StV 2010, 428, 431.

abwehr“ wolle.³²⁸ Vor diesem Hintergrund würden die speziellen Regelungen der StPO über eine Rechtsversagung beim Rechtsmissbrauch eher als Ausnahmenvorschriften verstanden, die nur für gesetzlich festgelegte Fälle gälten und einer Erweiterung entgegenstünden. Ihre Analogiefähigkeit gerate nämlich in Zweifel.³²⁹ Einer allgemeinen Missbrauchsklausel fehle aus diesem Grund eine tragfähige Grundlage. Die Konstituierung des allgemeinen Missbrauchsverbotes überschreite daher die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.³³⁰ Zweitens wird es für bedenklich gehalten, ein allgemeines Missbrauchsverbot, das als solches tiefe Eingriffe in die Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens sowie in das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG sowie des Art. 103 Abs. 1 GG erlaube,³³¹ aus Extremfällen herzuleiten, was einen klaren Widerspruch darstelle.³³² Darüber hinaus wird die Unbestimmtheit des allgemeinen Missbrauchsverbots und die dadurch verursachte Missbrauchsgefahr thematisiert. Dieses konturenlose Missbrauchsverbot enthalte weder präzise Voraussetzung für die Annahme eines Missbrauchs noch konkrete Rechtsfolgen³³³ und eröffne Raum dafür, den Missbrauchsvorwurf gegenüber unliebsamen Auffassungen zu erheben und die Verfahrensrechte der Verteidigung ohne gesetzliche Grundlage zu beschneiden.³³⁴ Das führe weiter dazu, dass das sensible System strafprozessualer *checks and balances* empfindlich gestört werde.³³⁵ Die Sorge um den „Missbrauch des Miss-

³²⁸ BT-Drs. 7/3649, Anlage 2, S. 9; BT-Drs. 7/2989, S. 5; BT-Drs. 7/2526, S. 36; Kühne, StV 1996, 684, 685; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 75 f., 268; Grüner, Mißbrauch, S. 108; Vogel, NJW 1978, 1217, 1223 f.; Kudlich, HRRS 2007, 9, 11.

³²⁹ Weßlau, FS Lüderssen, 787, 788 f.; Ignor, FS Schlüchter, 39, 45; Vogel, NJW 1978, 1217, 1223; Hamm, NJW 1993, 289, 296; Jahn, StV 2009, 663, 667; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 414; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Thomas, StV 2010, 428, 431; a. M. über die Analogiefähigkeit der Ausnahmenvorschriften s. Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 82 Fn. 88; Würdinger, AcP 2006, 946, 967.

³³⁰ Jahn/Schmitz, wistra 2001, 328, 331 f.

³³¹ Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 139.

³³² Spiekermann, Mißbrauch, S. 147; Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 142; Krawczyk, HRRS 2007, 101, 109.

³³³ KK-Krehl, § 244, Rn. 113; Spiekermann, Mißbrauch, S. 140 f.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 174; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 354 ff.; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 76 f.; Weßlau, FS Lüderssen, 787, 792; Hassemer, FS Meyer-Goßner, 127, 139; Weber, GA 1975, 289, 298; Scheffler, JR 1993, 170; Kempf, StV 1996, 507, 511; Duttge, JZ 2005, 1012, 1014; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 414; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Thomas, StV 2010, 428, 431; Knapp, AnwBl 1975, 373, 377.

³³⁴ KK-Krehl, § 244, Rn. 113; LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 44 f., 60 f.; Spiekermann, Mißbrauch, S. 140 ff., 148 f.; Kudlich, Allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 354 ff.; Weßlau, FS Lüderssen, 787, 793; Krawczyk, HRRS 2007, 101, 110; Weber, GA 1975, 289, 300; Jahn, StV 2009, 663, 667; Scheffler, JR 1993, 170, 171; Duttge, JZ 2005, 1012, 1014; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 413 f.; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Gaede, StraFo 2007, 29, 32.

³³⁵ Spiekermann, Mißbrauch, S. 151; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 76, 269 f.; Vogel, NJW 1978, 1217, 1223; Thomas, StV 2010, 428, 431; Knapp, AnwBl 1975, 373, 377; Groß, NJW 1975, 422, 424; Gaede, StraFo 2007, 29, 33.

brauchsverbotes“ lasse sich nicht einfach mit der Behauptung entkräften, dass die Justiz dieses Verbot bisher mit Zurückhaltung handhabe, da dies keine Garantie für seine vorsichtige und rechtsstaatliche Anwendung in Zukunft biete.³³⁶ Im Gegenteil neige ein Gericht wegen der immanenten Spannungen im Verfahren eher dazu, jedes Verhalten der Verteidigung außerhalb des „Programmablaufs“ der Hauptverhandlung als missbräuchlich anzusehen.³³⁷

Gegen die Anwendung des allgemeinen Missbrauchsverbotes im Bereich des Beweisantragsrechts wird angeführt, dass dadurch die enumerativen Ablehnungsgründe entbehrlich gemacht würden und das formalisierte Beweisantragsrecht ausgehöhlt werde.³³⁸ Ein Konflikt zwischen dem allgemeinen Missbrauchsverbot und dem Wortlaut des Gesetzes sowie dem dahinter stehenden Willen des Gesetzgebers, nach dem das Beweisantragsrecht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit geschaffen und dabei ein gewisser Missbrauch in Kauf genommen werde,³³⁹ liege klar auf der Hand. Darüber hinaus sei die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das allgemeine Missbrauchsverbot umstritten.³⁴⁰ In der Rechtsprechung wurde z.B. nach Stellung Tausender Beweisanträge durch den Angeklagten angeordnet, dass er in Zukunft Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger stellen durfte.³⁴¹ Als Alternative wurde vorgeschlagen, auf die präventive Maßnahme zu verzichten und die Rechtsentziehung *ex nunc* durch eine *en bloc* Ablehnung gestellter Anträge ohne inhaltliche Prüfung zu ersetzen.³⁴²

2. Eigene Stellungnahme

Obwohl das allgemeine Missbrauchsverbot, das den Missbrauch der Verfahrensbefugnisse generell untersagt und daran rechtliche Konsequenzen knüpft, die missbräuchliche Inanspruchnahme des Beweisantragsrechts aller Arten unterbinden kann, birgt es eine Missbrauchsgefahr.

An erster Stelle ist ein Verstoß gegen die Gesetzesbindung des Richters deutlich. Die allgemeine Missbrauchs Klausel ist Folge einer Gesamtanalogie, indem sie mehreren Vorschriften der StPO entnommen wird, die verschiedenen Formen unlauteren Gebrauchs der Verfahrensrechte den Erfolg absprechen. Dennoch will der Gesetzgeber gerade keine durchgehende Missbrauchs bekämpfung in die

³³⁶ Krawczyk, HRRS 2007, 101, 109; Gaede, StraFo 2007, 29, 33.

³³⁷ Weber, GA 1975, 289, 300; Jahn, Konfliktverteidigung, S. 269 f.

³³⁸ LR-Kühne, 27. Aufl., Einl. H, Rn. 58, 61; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 181; Spiekermann, Mißbrauch, S. 144; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 414; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Herdegen, FS Gössel, 529, 530.

³³⁹ Weßlau, FS Lüderssen, 787, 791 f., 794; Rudolphi, ZRP 1976, 165, 172; Vogel, NJW 1978, 1217, 1223; Thomas, StV 2010, 428, 431; Gaede, StraFo 2007, 29, 33.

³⁴⁰ Schulz, GS Meurer, 355, 364 f.

³⁴¹ BGH, NStZ 1992, 140.

³⁴² Niemöller, JR 2010, 332, 338.

StPO aufnehmen und schreibt deswegen statt einer Generalklausel nur fragmentarische Abwehrmöglichkeiten vor, die nicht wieder Grundlage einer Analogie sein dürfen. Man kann die Analogiefähigkeit dieser Vorschriften nicht bejahen, ohne den Willen des Gesetzgebers zu ignorieren oder zu verzerren. Im Bereich des Beweisantragsrechts steht das allgemeine Missbrauchsverbot sogar unmittelbar in Konflikt mit dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem eine Antragsablehnung nur beim Vorliegen gesetzlich aufgezählter Gründe gestattet ist, und bildet schlechthin eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem*.³⁴³

Dazu eröffnet das inhaltsarme Missbrauchsverbot der richterlichen Willkür die Tür und Tor. Die Missbrauchsvorschriften der StPO betreffen mehrere Institutionen, wie z. B. die Wahl und Ausschließung des Verteidigers, die Richterablehnung, das Fragerecht sowie das Beweisantragsrecht. Diese gesetzlichen Vorschriften zur Missbrauchsabwehr sehen nicht nur vielfältige Tatbestände, sondern auch unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Die Rechtsfolgen können in drei Gruppen eingeteilt werden: Die Ablehnung unlauterer Anträge,³⁴⁴ die Rechtsentziehung³⁴⁵ sowie die verschiedenartigen präventiven Maßnahmen.³⁴⁶ Daher wundert es nicht, dass dem auf dieser Grundlage konstituierten allgemeinen Missbrauchsverbot selbst ein Minimum an inhaltlicher Bestimmtheit fehlt, indem er weder eine präzise Voraussetzung für die Annahme eines Missbrauchs nennt, noch eine konkrete Rechtsfolge an den Missbrauchsfall knüpft, denn die Allgemeingültigkeit der Missbrauchsklausel wird mit der Folge ihrer Konturlosigkeit gewonnen. Infolgedessen liegen die Feststellung des Missbrauchs sowie die Bestimmung der entsprechenden Rechtsfolge völlig in der Hand des Gerichts, das sich nicht gerne an die juristische Methodenlehre sowie die dadurch verlangte Begründungspflicht bindet, da es anderenfalls mit der oben vorgeschlagenen Rechtsfortbildung *praeter legem* zufrieden sein sollte. Dies ermöglicht eine kaum begrenzte Verkürzung der Verfahrensrechte der anderen Prozessbeteiligten, vor allem der Verteidigungsrechte, sowie eine Verletzung der hinter diesen Rechten stehenden Wertungen.³⁴⁷

Im Rahmen des Beweisantragsrechts ermöglicht das allgemeine Missbrauchsverbot durch Aushöhlung des Ablehnungskatalogs die Ablehnung lästiger, aber immer noch sachdienlicher Beweisanträge oder die Vorbeugung dagegen. Eine Besonderheit des deutschen Strafprozesses im Vergleich zum anglo-amerikanischen System liegt darin, dass die deutschen Richter dazu verpflichtet sind, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und dafür die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Be-

³⁴³ Vgl. BGHSt 40, 211; *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 54 f.

³⁴⁴ §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 3, 245 Abs. 2 S. 3, 266 Abs. 3 S. 1 StPO.

³⁴⁵ § 241 Abs. 1 StPO.

³⁴⁶ §§ 29 Abs. 2, 137 Abs. 1 S. 2, 138a Abs. 1 Nr. 2, 257 Abs. 3 StPO.

³⁴⁷ *Schulz*, GS Meurer, 355, 366.

deutung sind. Wird ein nützlicher Beweisantrag unter Berufung auf das Missbrauchsverbot fehlerhaft zurückgewiesen oder besteht für eine solche Antragstellung sogar keine Chance, missachtet das Gericht nicht nur das Verfahrensrecht der Prozessbeteiligten sowie die Suche nach materieller Wahrheit als Ziel des Strafverfahrens, sondern handelt auch gegen seine Aufklärungspflicht. Ein Beispiel für einen solchen Missbrauch der Missbrauchsabwehr ist die Anordnung eines präventiven Rechtsentzugs bei exzessivem Missbrauch des Beweisantragsrechts durch den Angeklagten, wonach er in Zukunft Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger stellen darf. Vielfach wird diese Reaktion für unverhältnismäßig gehalten. Viele sehen dies sogar als eine unzulässige Prozessstrafe an. Nicht zu übersehen ist der dadurch verursachte Nachteil für die richterliche Sachverhaltsaufklärung, die zwar nicht an Anträge anderer Verfahrensbeteiligter gebunden ist, aber deren Mitwirkung, insbesondere die Teilnahme des Angeklagten, der sicher mehr weiß als die anderen, aus eigenem Interesse nicht ausschließen darf, wenn sie noch Erfolg erzielen sollte.³⁴⁸ Hier schließt das Gericht die Ansicht des Angeklagten weitgehend aus, was seiner Pflicht nicht gerecht wird. Als Alternative wird eine pauschale Ablehnung ohne inhaltliche Prüfung vorgeschlagen, „wenn Beweisanträge in solcher Menge und Vielfalt gestellt werden, dass allein schon deren Prüfung und Bescheidung den Abschluss des Verfahrens erheblich verzögern würde“.³⁴⁹ Dennoch ist es fraglich, ob man ohne inhaltliche Prüfung allein aufgrund der Zahl der Anträge den Missbrauch des Beweisantragsrechts richtig identifizieren kann.³⁵⁰ Die Wahrnehmung der Juristen spricht gerade dagegen: Nicht nur in Fällen des Wirtschaftsstrafrechts sowie Umweltstrafrechts, sondern auch in Fällen, die auf den ersten Blick gar nicht so kompliziert aussehen, kann eine Vielzahl an Beweisanträgen gestellt werden, ohne dass eine Missbrauchsabsicht vorliegt.³⁵¹ In der Tat wird die pauschale Ablehnung eher durch den Verdacht des Missbrauchs veranlasst als durch den Rechtsmissbrauch an sich; als Folge werden auch ordentliche Anträge fehlerhaft für missbräuchlich gehalten und zurückgewiesen.³⁵² Auch dieser Vorschlag kann deshalb dem Beweisantragsrecht sowie der Wahrheitsermittlung nicht gerecht werden, was nicht durch das typische anglo-amerikanische Argument gerechtfertigt werden kann, dass der missbräuchlich handelnde Antragsteller für den Mangel der Wahrheitsfindung verantwortlich sei und die Nachteile hinnehmen müsse.³⁵³

Folglich sollte darauf verzichtet werden, mit dem allgemeinen Missbrauchsverbot den Missbrauch des Beweisantragsrechts einzudämmen, anderenfalls müsste man sich bald um dessen Missbrauch seitens der Gerichte Sorgen machen.

³⁴⁸ *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 239 ff.

³⁴⁹ *Niemöller*, JR 2010, 332, 337 f.

³⁵⁰ Das verneint BGHSt 29, 149.

³⁵¹ *Horvat*, Missbrauchsverbot, S. 39 f.; *Schulz*, GS Meurer, 355, 359 ff.

³⁵² Vgl. *Börner*, Legitimation, S. 544.

³⁵³ *Niemöller*, JR 2010, 332, 338 f.

II. Konnexität im weiteren Sinne

1. Rechtsprechung, Gesetzgebung und Kritik

Heutzutage sind sich die fünf Senate des BGH einig, dass ein formeller Beweisantrag aus drei eigenständigen konstitutiven Elementen besteht: Einer konkreten Beweistatsache, einem bestimmten Beweismittel und einem Zusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel, nämlich der Konnexität im weiteren Sinne. Fehlt es an dieser Konnexität, liegt kein Beweisantrag vor, sondern lediglich ein Beweisermittlungsantrag, den das Gericht nur nach den Maßstäben der Aufklärungspflicht zu behandeln braucht. Umstritten bleibt dennoch das Kriterium der Konnexität im weiteren Sinne. Während der zweite, der dritte und der vierte Senat eine einfache Konnexität ausreichen lassen, streben der erste und der fünfte Senat eine qualifizierte Konnexität an. Wird lediglich eine einfache Konnexität im weiteren Sinne verlangt, um eine sachgerechte Anwendung der Ablehnungsgründe zu ermöglichen, insbesondere derjenigen der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels sowie der Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Gründen, hat ein Antrag auf Zeugenvernehmung darzulegen, warum der Zeuge die behauptete Wahrnehmung gemacht haben kann, wenn dies aus dem Inhalt des Beweisbegehrens nicht ohne weiteres erkennbar ist. Ist der Antragsteller zu der Darlegung der qualifizierten Konnexität verpflichtet, hat er dem Tatgericht plausibel zu machen, dass die beantragte Beweiserhebung zur Wahrheitsermittlung beitragen kann, konkret gesagt, der benannte Zeuge die Beweistatsache wahrnehmen können, sofern sich solches nicht von selbst versteht. Hierfür muss der Antragsteller die Tatsachen bestimmt behaupten, auf die sich die Konnexität im weiteren Sinne stützt. Bei fortgeschrittener Beweisaufnahme soll die Wahrnehmungssituation des Zeugen unter Einbeziehung der Ergebnisse der bisher durchgeführten einschlägigen Beweisaufnahme konkretisiert werden.³⁵⁴

Gegen die Konnexität im weiteren Sinne wird vor allem eingewandt, dass sie für eine sachgerechte Anwendung der Ablehnungsgründe nicht nur entbehrlich, sondern auch hinderlich sei.³⁵⁵ Auf der einen Seite schienen die Gerichte vor der Schaffung der Konnexitätsanforderung keine Schwierigkeiten gehabt zu haben, die gesetzlichen Ablehnungsgründe anzuwenden.³⁵⁶ Und selbst wenn die Kenntnis über den konkreten Zusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel dazu beitragen könne, einen Beweisantrag aus dem Grund der völligen Ungeeignetheit zurückzuweisen, komme es darauf bei dem Ablehnungs-

³⁵⁴ Erster Teil, C. II. 2.

³⁵⁵ Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 638; Eidam, JR 2008, 520, 521; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61 f.; Jahn, StV 2009, 663, 664 f.; Ventzke, StV 2009, 655, 657 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 419 ff.; Trüg, StraFo 2010, 139, 143 f.; ders., StV 2013, 66, 68; Habetha, StV 2011, 239, 243; F Rose, NSTZ 1998, 633, 634.

³⁵⁶ Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 636 f.; Eidam, JR 2008, 520, 520 f.

grund der Bedeutungslosigkeit gar nicht an.³⁵⁷ Auf der anderen Seite stehe das Konnexitätserfordernis im systematischen Widerspruch zu dem abschließenden Katalog der gesetzlich geregelten Ablehnungsgründe³⁵⁸ und folglich zur Konzeption des Beweisantragsrechts.³⁵⁹ Während ein Beweisbegehren, das keine Hoffnung auf Erfolg habe, sondern gezielt zur Verfahrensverschleppung gestellt werde und erhebliche Verfahrensverzögerung herbeiführen könne, als Beweisantrag anzusehen und nur mit dem Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht durch Gerichtsbeschluss zurückzuweisen sei, werde ein Beweisbegehren, das die Relation zwischen Beweistatsache und Beweismittel nicht darlege und es daher offen lasse, ob die beantragte Beweiserhebung zur Sachverhaltserklärung beitragen könne, schon nicht mehr als Beweisantrag behandelt und könne relativ leicht abgewiesen werden.³⁶⁰ Dasselbe gelte für den Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels.³⁶¹ Durch das Verlangen nach Konnexität im weiteren Sinne werde daher ein „Meta-Ablehnungsgrund“³⁶² geschaffen, der die gesetzlichen Ablehnungsgründe verdränge³⁶³ und sowohl gegen den Grundsatz des Fürmöglichhaltens des Beweisgelingens als auch gegen das Beweisantizipationsverbot verstoße.³⁶⁴

Ferner entziehe sich das Tatgericht unter Berufung auf diesen „Meta-Ablehnungsgrund“ seiner Argumentationslast für eine Herabstufung vom Beweisantrag zum Beweisermittlungsantrag undbürde dem Antragsteller eine Darlegungspflicht zur Vermeidung der Disqualifizierung auf, die nicht nur mit der gesetzlichen Konzeption des Beweisantragsrechts unvereinbar sei,³⁶⁵ sondern auch zu

³⁵⁷ KK-Krehl, § 244, Rn. 83; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 114; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 57; Tenorth-Sperschneider, Korrespondenz, S. 157 ff.; Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 636 f.; ders., FG BGH, 847, 872; Herdegen, FS Gössel, 529, 539; Eidam, JR 2008, 520, 520 f.; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61.

³⁵⁸ KK-Krehl, § 244, Rn. 83 f.; Habetha, StV 2011, 239, 243.

³⁵⁹ Eidam, JR 2008, 520, 521; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61; Ventzke, StV 2009, 655, 658.

³⁶⁰ KK-Krehl, § 244, Rn. 73; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 50; Schulz, StV 1985, 312, 314; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 59; Trüg, StraFo 2010, 139, 142; Habetha, StV 2011, 239, 242; Ventzke, NSTZ 2011, 301, 302; Welp, JR 1988, 387, 388.

³⁶¹ Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 417 f.; bestätigt durch BGH NSTZ 1999, 362, 363.

³⁶² SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 57; Fezer, FS Meyer-Goßner, 629; Herdegen, NSTZ 1999, 176.

³⁶³ Herdegen, FS Gössel, 529, 539; Schulz, StV 1985, 312; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 59; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 416 ff.; Habetha, StV 2011, 239, 242; Welp, JR 1988, 387, 390.

³⁶⁴ Fezer, FS Meyer-Goßner, 629; Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 455 f.; ders., StV 2013, 66, 67; F. Rose, NSTZ 1998, 633, 634.

³⁶⁵ KK-Krehl, § 244, Rn. 83; Herdegen, FS Gössel, 529, 539 ff.; Widmaier, NSTZ 1993, 602; Eisenberg, ZIS 2008, 469; Eidam, JR 2008, 520, 521; Fezer, HRRS 2008, 457, 457 f.; Ventzke, StV 2009, 655, 658; Jahn, StV 2009, 663, 664; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 419 ff.; Trüg, StraFo 2010, 139, 143.

einem Verstoß gegen das Schweigerecht des Angeklagten sowie die Verschwiegenheitspflicht der Verteidiger führen könne.³⁶⁶ Als Folge der Darlegungspflicht würden der Angeklagte und sein Verteidiger dazu gezwungen, eigene Ermittlungen durchzuführen, da sie sonst keine sichere Kenntnis von dem Zusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel hätten.³⁶⁷ Mangels entsprechender Befugnisse sei der Erfolg der Ermittlungen seitens der Verteidigung aber unsicher.³⁶⁸ Wenn eine Vorabanhörung des Zeugen durch die Verteidigung trotzdem gelinge, könne zwar dem Konnexitätserfordernis und auch dem Beweisbegehren entsprochen werden, verringere sich aber der Beweiswert eines solchermaßen „vorvernommenen Zeugen“ aus Sicht mancher Tatgerichte.³⁶⁹

Nach einer Gesamtbetrachtung komme man zu dem Schluss, dass die Konnexität im weiteren Sinne durch die Einebnung der strukturell notwendigen Abstufung zwischen Beweisantragsrecht und Aufklärungsgrundsatz dieses eigenständige Recht weitgehend aushöhle.³⁷⁰ Infolgedessen werde die durch das Beweisantragsrecht garantierte Wahrheitsermittlung gefährdet³⁷¹ und das autoritäre Element im Strafverfahren verstärke sich.³⁷² Die Beschränkung der Konnexitätsanforderung auf Fälle, in denen der Zusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel aus dem Inhalt des Beweisbegehrens nicht ohne weiteres erkennbar sei, funktioniere fast nicht, da ein klares Kriterium dafür fehle, sondern ermögliche nur ein gefährliches Ermessen des Tatgerichts und erzeuge eine gewisse Rechtsunsicherheit.³⁷³

Für die Konnexität im qualifizierten Sinne gelten alle Einwände gegen die Konnexität im weiteren Sinne.³⁷⁴

³⁶⁶ Schulz, StV 1985, 312, 313 f.; Jahn, StV 2009, 663, 664; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61; Eidam, JR 2008, 520, 521; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 209.

³⁶⁷ KK-Krehl, § 244, Rn. 83; Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 201 f.; Widmaier, NSTZ 1993, 602; Eisenberg, ZIS 2008, 469; Schneider, NSTZ 2012, 169, 170.

³⁶⁸ Alsberg-Dallmeyer, 6. Aufl., Rn. 202; Perron, Beweisantragsrecht, S. 94 f.; Julius, MDR 1989, 116, 118; Welp, JR 1988, 387, 387 f.

³⁶⁹ Fezer, HRRS 2008, 457, 459; Ventzke, StV 2009, 655, 658.

³⁷⁰ KK-Krehl, § 244, Rn. 84; SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 57; Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 637 ff.; ders., HRRS 2008, 457, 457 f.; Julius, MDR 1989, 116, 119; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420 f.

³⁷¹ Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 421; Trüg, StraFo 2010, 139, 144; ders., StV 2013, 66, 67; Habetha, StV 2011, 239, 244.

³⁷² Fezer, FS Meyer-Goßner, 629, 639; Ventzke, StV 2009, 655, 657 f.

³⁷³ Herdegen, FS Gössel, 529, 540; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61 f.; Jahn, StV 2009, 663, 664 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420; Trüg, StraFo 2010, 139, 143; ders., StV 2013, 66, 67 f.; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 203.

³⁷⁴ Herdegen, FS Gössel, 529, 535; Schneider, FS Eisenberg, 609, 629 f.; Brünig, ZJS 2008, 554, 556; Eidam, JR 2008, 520, 521 f.; Eisenberg, ZIS 2008, 469, 469 f.; Fezer, HRRS 2008, 457, 457 ff.; Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58, 61 f.; Jahn, StV 2009, 663, 664 f.; Ventzke, StV 2009, 655, 658; ders., NSTZ 2011, 301, 302; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420; Trüg, StraFo 2010, 139, 143; ders., StV 2013, 66, 68; Habetha, StV 2011, 239, 244; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 206, 209, 211.

Gemäß dem neuen § 244 Abs. 3 S. 1 StPO liegt ein Beweisantrag erst vor, wenn einem Antrag auf Beweiserhebung zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. In der Gesetzesbegründung wird auf die Rechtsprechung vom ersten sowie dritten Senat Bezug genommen, die die Konnexität im engeren Sinne sowie im weiteren Sinne (Beweisbehauptung „ins Blaue hinein“) und die qualifizierte Konnexität betrifft, und behauptet, dass durch diese neue Anforderung der Umgang mit solchen Beweisersuchen erleichtert werde, die die unter Beweis gestellte Tatsache ungenau bezeichnen, oder die keinen konkreten Zusammenhang des bezeichneten Beweismittels mit der Beweistatsache aufweisen.³⁷⁵

An dem gesetzlichen Konnexitätserfordernis wird zunächst bemängelt, dass es zur Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit führe, weil erstens sich die Anforderungen an die Substantiierung der Konnexität vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Rechtsprechung nicht trennscharf bestimmen ließen, und zweitens die Darlegung der Konnexität gemäß § 244 Abs. 3 S. 1 StPO ein Regelerfordernis darstelle, während sie nach der Gesetzesbegründung nur verlangt werde, wenn sich die Konnexität nicht ohnehin von selbst verstehe.³⁷⁶ Die einmal geäußerte Kritik gegen das Richterrecht als solche verliert durch die Legalisierung der Konnexitätsanforderung ihre Berechtigung, während die anderen Einwände bei dem neuen Merkmal des Beweisantrags immer noch Anwendung finden.³⁷⁷ Als Folge wird vorgeschlagen, die Konnexitätsanforderung so zu interpretieren, dass sie von dem Antragsteller lediglich eine Darlegung der Grundplausibilität des Beweismittels verlange, und dem Gericht die Pflicht aufzuerlegen, auf den Substantiierungsmangel hinzuweisen, sodass eine weitere Konkretisierung möglich sei.³⁷⁸

2. Eigene Stellungnahme

Nach der Anerkennung des Konnexitätserfordernisses in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO verliert die richterliche Rechtsfortbildung an Bedeutung, weswegen hier lediglich die gesetzliche Bestimmung analysiert wird, die als Billigung aller drei Varianten des Konnexitätserfordernisses interpretiert werden kann.³⁷⁹ Für die Be-

³⁷⁵ BT-Drs. 19/14747, S. 33 f.

³⁷⁶ KMR-Eschelbach, § 219, Rn. 2, 4; Momsen/Schwarze, Stellungnahme, S. 9; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 8.

³⁷⁷ KMR-Eschelbach, § 219, Rn. 1 f., 5; Schneider, ZRP 2019, 126, 128; Stellungnahme des DAV, S. 13; Momsen/Schwarze, Stellungnahme, S. 9; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 8.

³⁷⁸ Tenorth-Sperschneider, Korrespondenz, S. 168 ff., 174, 206; Alsberg-Dallmeyer, 7. Aufl., Rn. 135 ff.; Momsen/Schwarze, Stellungnahme, S. 9.

³⁷⁹ In der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages verlangte Mosbacher eine Klarstellung darüber, dass unter der Konnexitätsanforderung nicht die Konnexität im qualifizierten Sinne zu verstehen sei, s. Mosbacher, Stellungnahme, S. 8. Das geschah in der Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drs. 19/15161) aber nicht. Im Vergleich dazu wurde Mosbachers Vorschlag über die Formu-

seitigung der dadurch verursachten Unsicherheit sowie die Unklarheit darüber, ob die Erläuterungen zur Konnexität entbehrlich sind, wenn sie sich von selbst versteht, ist die Justiz verantwortlich.

Die Anforderung an die Konnexität im engeren Sinne wird bereits in dem Verlangen eingeschlossen, dass ein Beweisantrag eine konkrete Tatsache bestimmt behaupten muss, und hat daher keinen eigenen Abwehreffekt. Im Vergleich dazu vermag es ein effektives Mittel gegen denjenigen Missbrauch des Beweisantragsrechts, der herkömmlich mit den Ablehnungsgründen der völligen Ungeeignetheit und der Verschleppungsabsicht bekämpft wird, z.B. wenn die Verteidigung Zeugen im Telefonbuch sucht, darzustellen, dass man mit der Konnexität im weiteren Sinne oder im qualifizierten Sinne die formellen Anforderungen an den Beweisantrag erhöht und diejenigen Anträge, die die steigenden Anforderungen nicht erfüllen, nicht mehr als Beweisanträge behandelt bzw. auch ohne ausführliche Begründung zurückweist. Die Vorteile dieser zwei Spielarten der Konnexitätsanforderung gehen aber Hand in Hand mit ihren Nachteilen. Im Folgenden wird lediglich die Schattenseite der Konnexität im weiteren Sinne untersucht, da die Ergebnisse sicher auch für die qualifizierte Konnexität gelten.

Durch die neuerliche Abschaffung der Möglichkeit der Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht vermeidet der Gesetzgeber den Konflikt zwischen diesem Ablehnungsgrund und der Konnexitätsanforderung, oder genauer gesagt die Situation, dass ein Beweisbegehren, das mit der Sachverhaltsaufklärung gar nichts zu tun hat, sondern lediglich eine Verfahrensverzögerung bezweckt, besser behandelt werden soll als ein anderes, dessen Beitrag zur Wahrheitsermittlung unklar ist. Dennoch bleibt die ähnliche Spannung zwischen dem Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels und dem neuen Merkmal des Beweisantrags stehen, weil ein Beweisbegehren, bei dem das benannte Beweismittel nach sicherer Lebenserfahrung die behauptete Tatsache nicht bestätigen kann, noch als Beweisantrag behandelt wird und damit unter starkem Schutz steht, während einem Beweisbegehren, bei dem das bezeichnete Beweismittel die Beweistatsache eigentlich belegen kann, die Qualität als Beweisantrag schon abgesprochen wird, falls ihm eine klare Angabe bezüglich der Konnexität fehlt. Zudem ist der Vorwurf, dass das Konnexitätserfordernis die Ablehnungsgründe in den Hintergrund drängt, immer noch berechtigt, da sie weniger Anwendung finden, weil Beweisbegehren, die herkömmlich als Beweisanträge anerkannt waren, nicht mehr als solche anzusehen sind. Dies weist darauf hin, dass der Gesetzgeber es nicht geschafft hat, das Problem an der Wurzel zu bekämpfen.

Der Sinn und Zweck des Beweisantragsrechts liegt darin, durch einen abschließenden Ablehnungskatalog, eine Bescheidungs- sowie Begründungspflicht und

lierung des neuen § 244 Abs. 6 S. 2 StPO angenommen, s. *Mosbacher*, Stellungnahme, S. 8; BT-Drs. 19/15161, S. 6, 12. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Genehmigung der Konnexität im qualifizierten Sinne nicht ausschließen, wenn nicht annehmen.

eine strenge Revisionskontrolle die nützliche Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten bei der Sachverhaltsaufklärung vor richterlicher Willkür zu schützen. Für besonders schutzwürdig gehalten – und daher als Beweisanträge gesichert – werden diejenigen Beweisbegehren, die die Erhebung eines bestimmten Beweismittels zur Bestätigung einer konkreten Beweisbehauptung ernsthaft verlangen und daher eine gute Chance zu haben scheinen, zur Wahrheitsermittlung beizutragen. Nur diese umfassende Garantie wird dem Ziel dieses Instituts gerecht. Je weniger Beweisbegehren als Beweisanträge betrachtet werden, desto stärker verliert das Beweisantragsrecht an Bedeutung und desto mehr gefährdet ist die Wahrheitsfindung. Die Anforderung an Konnexität im weiteren Sinne schließt aber gerade möglicherweise sachdienliche Beweisbegehren aus dem Kreis des Beweisantrags aus und läuft auf einen Widerspruch innerhalb des Beweisantragsrechts hinaus. Noch bedenklicher ist, dass der Richter bei der Beurteilung der Erörterung der Konnexität im weiteren Sinne einen gewissen Spielraum hat und diesen missbrauchen kann, um sich der Strenge des Beweisantragsrechts zu entziehen und unliebsame Anträge leichter abzuweisen. Die Konnexität im weiteren Sinne höhlt nicht nur das eigenständige Beweisantragsrecht aus, sondern gefährdet gleichzeitig auch den Grundsatz, die materielle Wahrheit von Amts wegen zu erforschen.

Nach der Disqualifizierung eines Beweisbegehrens wegen fehlender Angabe hinsichtlich der Konnexität stellt sich die Frage, wie das Gericht³⁸⁰ im Rahmen seiner Aufklärungspflicht mit diesem umgehen wird. Im Idealfall soll es die herkömmliche Vorgehensweise innerhalb des Beweisantragsrechts als Vorbild nehmen. Wenn die Sachdienlichkeit der Beweisaufnahme sich nicht schon von selbst versteht, soll es für eine zutreffende Bewertung Informationen sammeln, d.h. den Ersuchenden nach seiner Wissensquelle oder der Grundlage für seine Behauptung fragen, wobei eine unbefriedigende oder ausbleibende Antwort sich zuungunsten des Ersuchenden auswirken kann,³⁸¹ oder sogar eigene Ermittlungen vornehmen, falls über den Zusammenhang zwischen der behaupteten Beweistatsache und dem benannten Beweismittel noch Unklarheit besteht.³⁸² Falls die Situation ausnahmsweise weiterhin unklar bleibt, ist das Beweisbegehren zugunsten des Ersuchenden auszulegen. Erst nach dem Scheitern solcher Auslegung wird

³⁸⁰ Ein Beweisermittlungsantrag ist durch Gerichtsbeschluss abzulehnen, sofern er erkennbar als Beweisantrag gestellt worden ist, weil es Sache des gesamten Spruchkörpers ist, darüber zu entscheiden, ob es sich bei dem Beweisbegehren entgegen der Auffassung des Antragstellers nur um einen Beweisermittlungsantrag handelt, s. BGH StV 1994, 172; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 166; Alsberg-Dallmeyer, 7. Aufl., Rn. 144. Anderenfalls muss der Gesetzgeber in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO nicht betonen, dass die Ablehnung eines zur Prozessverschleppung gestellten Antrags keinen Gerichtsbeschluss benötigt, um eine Ausnahme von der Regel zu machen.

³⁸¹ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1415; Alsberg, 5. Aufl., S. 45; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 187; Thole, Scheinbeweisantrag, S. 55, 59 ff., 65 f.

³⁸² Tenorth-Sperschneider, Korrespondenz, S. 49; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 211.

ein Zusammenhang völlig verneint.³⁸³ Dahinter steht die Aufgabe des Richters, im Rahmen der ihm obliegenden Aufklärungspflicht die Unklarheit über die Eignung einer Beweiserhebung für die Sachverhaltsaufklärung zu beseitigen und auf dieser Grundlage darüber zu entscheiden, ob die Beweisaufnahme durchzuführen oder zu unterlassen ist. Um zu sichern, dass diese Erforschungspflicht in der Spruchpraxis nicht umgangen wird, soll sie durch eine Darlegungslast begleitet werden.

Gegen diese Vorstellung spricht die Konnexitätsanforderung, die im Rahmen des Beweisantragsrechts das Gericht von der herkömmlichen Obliegenheit befreit, den Beitrag der begehrten Beweiserhebung zur Sachverhaltsaufklärung zu prüfen, und dem Antragsteller die Informationslast aufbürdet,³⁸⁴ wodurch das Recht der Verfahrensbeteiligten auf Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung in eine Wahrheitspflicht umgewandelt und die richterliche Pflicht zur Wahrheit, die das gesamte Hauptverfahren durchdringen soll, verdrängt wird. Wenn die einmal aufgehobene richterliche Obliegenheit später ohnehin nachgeholt werden muss, kann man sich das Institut der Konnexität im weiteren Sinne von Anfang an ersparen, das sonst lediglich die Kompliziertheit erhöht. Dagegen ist zu erwarten, dass der Richter der inneren Logik des Konnexitätserfordernisses folgt und trotz seiner Aufklärungspflicht die Erforschungsaufgabe nicht ernst nimmt, nachdem er in der Beweisantragssituation, bei der er strenger gebunden sein soll, gerade von derselben Obliegenheit befreit worden ist. Die nicht beseitigte Unklarheit über die Sachdienlichkeit der weiteren Beweiserhebung kann dann nur zulasten des Ersuchenden gehen und zur Übergehung des Beweisersuchens führen. Indem wegen der fehlenden Konnexität ein Beweisbegehren zunächst nicht als Beweisantrag betrachtet und danach seine Stattgabe auch unter Aufklärungsgesichtspunkten für nicht geboten gehalten wird, gestattet man in der Rechtspraxis eine neue Spielart der Beweisantizipation, die die Sachdienlichkeit des Beweises schon verneint, wenn der Zusammenhang zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel nicht erkennbar ist, statt nur in Fällen, in denen es aufgrund logischer Denkmethoden, naturwissenschaftlicher Erkenntnisse oder wegen des kumulativen Zusammentreffens mehrerer Besonderheiten des Einzelfalles absolut auszuschließen ist, dass der Beweismittel die Beweistatsachen beweisen kann, und wegen ihrer Unzuverlässigkeit bisher weder im Bereich des Beweisantragsrechts noch im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht zugelassen wird.³⁸⁵ Im juristischen Alltag kommen Anregungen zu solchen Beweisaufnahmen, deren Beitrag zur Ermittlung des wahren Sachverhalts nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, besonders häufig auf der Verteidigungsseite vor. Das liegt an ihren gegenüber den Staatsorganen nur begrenzten Ermittlungsmöglichkeiten, mit de-

³⁸³ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 187 ff.; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1414 ff.

³⁸⁴ Habetha/Triüg, GA 2009, 406, 420 f.; Habetha, StV 2011, 239, 240 f.

³⁸⁵ Zweiter Teil, Kap. 2 A. I. 3. b) ff).

nen die Relation zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel nicht gut aufgeklärt werden kann.³⁸⁶ Das Konnexitätserfordernis führt endlich zum Unterlassen entlastender Beweiserhebungen und einer weniger zuverlässigen Sachverhaltsfeststellung. Daher ist es sowohl aus prozessualer als auch aus materieller Perspektive unvereinbar mit der Maxime, die materielle Wahrheit von Amts wegen zu erforschen.

Die oben geäußerte Kritik gegen die Forderung nach Konnexität im weiteren Sinne gilt auch für das qualifizierte Konnexitätserfordernis.

Der Vorschlag hinsichtlich der Hinweispflicht des Gerichts bietet keine richtige Lösung für das Konnexitäts-Problem, denn sie kann weder den durch die Konnexitätsanforderung bewirkten Widerspruch innerhalb des Beweisantragsrechts beseitigen, noch die Übertragung der Ermittlungsaufgabe sowie der Informationslast und das damit entstehende Risiko für die Wahrheitsfindung ändern. Im Vergleich dazu kann eine weniger einschneidende Konnexitätsanforderung, die nur eine Erläuterung der Grundplausibilität verlangt, die Bedrohung dieses Erfordernisses für das Beweisantragsrecht sowie die Amtsaufklärungspflicht verringern. Dazu muss auch den trotzdem herabzustufenden Anträgen hinreichender Schutz gewährt werden, indem der Tatrichter sie nicht vorschnell zurückweisen kann, sondern im prozessualen sowie materiellen Sinne pflichtgemäß zu behandeln hat.

III. Fristenlösung

In diesem Abschnitt werden die zwei Spielarten der Fristenlösung, d.h. das formelle und das materielle Fristenmodell, getrennt untersucht.

1. Das formelle Fristenmodell

a) Rechtsprechung, Gesetzgebung und Kritik

In extrem gelagerten Fällen, in denen die Hauptverhandlung schon wiederholt durch die zum Zweck der Prozessverschleppung gestellten Beweisanträge bzw. die notwendige Bescheidung solcher Anträge verzögert wurde, gestattet die Rechtsprechung dem Vorsitzenden des Tatgerichts, zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerungen den Verfahrensbeteiligten eine Frist für die Stellung der unbedingten Beweisanträge zu setzen. In dem fristsetzenden Beschluss soll eine pauschale Zurückweisung aller nach Fristablauf gestellten Beweisanträge wegen bestimmter Ablehnungsgründe vorab mit Begründung angekündigt werden. Danach können nach Ablauf der Frist gestellte Anträge erst in den Urteilsgründen abgewiesen werden, obwohl sie immer noch bis zur Urteilsverkündigung entgegengenommen und vor allem nach Maßstäben der Amtsaufklärungspflicht

³⁸⁶ *Kühl*, Prozeßgegenstand, S. 80 ff.; *Schneider*, FS Eisenberg, 609, 623 f.

überprüft werden. Bei der Verbescheidung im Urteil ist auch eine Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen. Zu beachten ist, dass die Auseinandersetzung mit dem Prozessverhalten eines Verfahrensbeteiligten nicht als Vorabinformation über die zukünftigen Ablehnungsgründe für die anderen dient und eine Ablehnung ihrer Anträge erst in den Urteilsgründen nicht rechtfertigen kann. Da die Fristsetzung eine sachleitende Anordnung des Vorsitzenden ist, hängt ihre Anfechtung mittels Revision von einer Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO ab, während die Zulässigkeit einer Rüge, die die Bescheidung eines Beweisantrags betrifft, eine solche Beanstandung nicht voraussetzt.³⁸⁷

Diese Fristenlösung stößt weitgehend auf Kritik. Zunächst stehe die Verbescheidung der nach Fristablauf gestellten Beweisanträge erst in den Urteilsgründen in einem unlöslichen Konflikt mit § 244 Abs. 6 StPO a.F.,³⁸⁸ der für die Ablehnung eines Beweisantrags eindeutig einen vor dem in § 258 Abs. 1 StPO bezeichneten Schluss der Beweisaufnahme bekanntgegebenen und gemäß § 34 StPO begründeten Gerichtsbeschluss verlange, um dem Antragsteller zu ermöglichen, sich mithilfe der konkreten Ablehnungsbegründung darüber zu informieren, wie das Gericht die vorliegende Beweislage beurteile, sich darauf einzustellen und gegebenenfalls weitere Anträge zu stellen.³⁸⁹ Darüber hinaus könne eine vorab beschlossene generelle Zurückweisung der verfristeten Beweisanträge, obwohl solche Beweisanträge letztendlich immer noch entgegenzunehmen und nach Überprüfung zu bescheiden seien, in Widerspruch zu § 246 Abs. 1 StPO stehen, der eine Präklusion im Strafprozess absolut verbiete.³⁹⁰ Damit verbunden ist der Zweifel an der Vereinbarkeit der pauschalen Ablehnung der nach Fristablauf gestellten Beweisanträge, die die „Verspätung“ mehr oder weniger zu einem neuen Grund für die Antragszurückweisung erhebe, mit § 244 Abs. 3 StPO a.F., der einen abschließenden Katalog der Ablehnungsgründe für Beweisanträge vorsehe.³⁹¹ Außerdem wird darauf hingewiesen, dass eine Vorab-Ablehnung noch nicht gestellter Anträge eine unzulässige Beweisantizipation verkörpere³⁹² und daher die in § 244 Abs. 2 StPO vorgeschriebene Amtsaufklärungspflicht sowie die Suche nach materieller Wahrheit beeinträchtige.³⁹³ Ferner wird die Sorge geäußert, dass Unklarheit sowie Unsicherheit über den Anwendungsbereich der for-

³⁸⁷ Erster Teil, C. II. 3.

³⁸⁸ *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1013, 1015; *Ventzke*, HRRS 2005, 233, 234; *Dahs*, StV 2006, 116, 117; *Gössel*, JR 2006, 128, 128 f.; *ders.*, ZIS 2007, 557, 564; *Börner*, Legitimation, S. 560.

³⁸⁹ *Beulke*, FS Amelung, 543, 550; *Witting*, FS Volk, 885, 889.

³⁹⁰ *Beulke*, FS Amelung, 543, 550; *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1013, 1015; *Dahs*, StV 2006, 116, 117; *Gössel*, ZIS 2007, 557, 564.

³⁹¹ *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1014; vgl. *Börner*, Legitimation, S. 561.

³⁹² *Witting*, FS Volk, 885, 890; *Ventzke*, HRRS 2005, 233, 235; vgl. *Börner*, Legitimation, S. 561.

³⁹³ *Duttge*, JZ 2005, 1012, 1013, 1015.

mellen Fristenlösung bestehe, da ein allgemeines, rechtlich verlässlich überprüfbares Kriterium für ihre Voraussetzung, d.h. den „Extremfall“, fehle.³⁹⁴

Auf der Grundlage der Rechtsprechung und der Kritik an ihr entsteht der § 244 Abs. 6 S. 2–4 StPO a.F., der lautet: „Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können im Urteil beschieden werden; dies gilt nicht, wenn die Stellung des Beweisantrags vor Fristablauf nicht möglich war. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gestellt, sind die Tatsachen, die die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht haben, mit dem Antrag glaubhaft zu machen.“ Hier ist die Intention, die Schwäche der durch die Rechtsprechung entwickelten Fristenlösung zu überwinden, deutlich erkennbar. Auf der einen Seite bemüht sich der Gesetzgeber, eine effektivere Missbrauchsabwehr zu gestalten als das materielle Fristenmodell, das die verspätete Antragstellung nur als Indiz der Verschleppungsabsicht heranzieht und folglich das Strafgericht nicht von der aufwändigen Antragsbescheidung während der Hauptverhandlung befreit.³⁹⁵ Auf der anderen Seite wird versucht, einen Widerspruch zu §§ 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO a.F. und § 246 Abs. 1 StPO zu vermeiden, der bei dem richterlichen formellen Fristenmodell durch eine vorab beschlossene pauschale Ablehnung der verfristeten Beweisanträge verursacht ist.³⁹⁶ Obwohl solche Bemühungen zu begrüßen sind, ist die neue Regelung nach Meinung seiner zahlreichen Kritiker immer noch nicht befriedigend.

Das liege vor allem daran, dass das Kernstück dieser Fristenlösung, d.h. die Verbescheidung der nicht fristgerecht gestellten Beweisanträge erst in den Urteilsgründen, das Beweisantragsrecht weitgehend beschneide und den durch dieses Recht gewährleisteten Dialog zwischen dem Gericht und den anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere mit der Verteidigung, verhindere.³⁹⁷ Dadurch betroffen seien zunächst der Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör sowie auf ein faires Verfahren und seine Subjektstellung. Sie lägen dem § 244 Abs. 6 StPO a.F. zugrunde, der eine begründete Bescheidung der Beweisanträge durch Gerichtsbeschluss in der Hauptverhandlung verlange, um den Antragsteller rechtzeitig über die vom Gericht angenommenen Gründe für die Ablehnung zu informieren und ihm dadurch zu ermöglichen, sein weiteres Verteidigungsverhalten darauf einzustellen.³⁹⁸ Selbst wenn Beweisanträge nur hilfsweise für einen

³⁹⁴ *Ventzke*, HRRS 2005, 233, 234; *Dahs*, StV 2006, 116, 117.

³⁹⁵ *Basar/Schiemann*, KriPoZ 2016, 177, 190 f.

³⁹⁶ *Hamm*, StV 2018, 525, 528; *Mosbacher*, NSTZ 2018, 9, 10. Zweifel an dem Gelingen dieses Versuchs s. *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 239.

³⁹⁷ *Conen*, AnwBl online 2017, 640, 645; *SSW-Sättele*, § 244, Rn. 129; vgl. *Börner*, Legitimation, S. 572 f.

³⁹⁸ *Singelnstein/Derin*, NJW 2017, 2646, 2651; *Hamm*, StV 2018, 525, 526 ff.; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, Rn. 240.

erst im Urteil festgestellten Eventualfall gestellt würden, dürfe die Bescheidung nicht dem Urteil vorbehalten bleiben, soweit der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht in Betracht komme, sodass dem Antragsteller durch eine Vorabmitteilung die Möglichkeit eingeräumt werden könne, den in diesem Zurückweisungsgrund steckenden persönlichen Vorwurf zu entkräften.³⁹⁹ Die Veränderung der Art und Weise der Antragsbescheidung laufe gerade diesen Verfassungsprinzipien zuwider, was gleichzeitig zur Beeinträchtigung der Wahrheitsermittlung führe.⁴⁰⁰ Da das Gericht seine Auffassung dazu, ob die nach Fristablauf begehrte Beweiserhebung überhaupt zur Sachaufklärung beitragen könne und daher durchgeführt werden sollte, bis zur Urteilsverkündung für sich behalten dürfe, sei der Antragsteller nicht mehr fähig, während der Hauptverhandlung durch eine weitere Antragstellung die unzutreffende Beweisantizipation des Gerichts zu korrigieren und dadurch eine unvollständige Sachverhaltsaufklärung sowie ein darauf basierendes Fehlurteil zu vermeiden.⁴⁰¹

Es sei zu befürchten, dass diese Nachteile im juristischen Alltag immer wieder vorkämen, weil nach dem Wortlaut des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO a.F. die Fristsetzung lediglich voraussetzt, dass die von Amts wegen vorgesehene Beweisaufnahme abgeschlossen sei.⁴⁰² Daneben würden anders als bei der bisherigen Rechtsprechung weder Anzeichen für einen Missbrauch des Beweisantragsrechts noch das Verstreichen einer gewissen Anzahl von Verhandlungstagen noch eine kurze Begründung verlangt.⁴⁰³ Infolgedessen sei zu erwarten, dass sich die Fristsetzung in Zukunft keinesfalls auf Extremfälle beschränken werde. Während vereinzelt die Auffassung vertreten wird, dass die Auslegung unterschiedlicher Arten dafür spreche, dass der Vorsitzende sich der Fristsetzung als einer Maßnahme zur Beschleunigung des Verfahrens anlasslos bedienen dürfe,⁴⁰⁴ glaubt die herrschende Lehre, dass die Einschränkung des Beweisantragsrechts in Form der gesetzlichen Fristenlösung nur mit dem in der Gesetzesbegründung beschriebenen Regelungszweck, der sukzessiven Stellung von Beweisanträgen zum Zwecke der Verfahrensverzögerung zu begegnen, gerechtfertigt werden könne.⁴⁰⁵ Aus diesem

³⁹⁹ Hamm, StV 2018, 525, 527; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 98.

⁴⁰⁰ Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177, 191; Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651.

⁴⁰¹ Hamm, StV 2018, 525, 529 f.; vgl. Börner, Legitimation, S. 572 f.

⁴⁰² Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95 f.; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1471; Krehl, FS Fischer, 705, 722; Conen, AnwBl online 2017, 640, 645; Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651; Basar, KriPoZ 2017, 95, 102 f.; Hamm, StV 2018, 525, 531; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 10 f.; Börner, JZ 2018, 232, 238.

⁴⁰³ Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95; Schlothauer, FS Fischer, 819, 823; Krehl, FS Fischer, 705, 710; Basar/Schiemann, KriPoZ 2016, 177, 191; Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651; Hamm, StV 2018, 525, 528 f., 531; Burhoff, ZAP 2017, 907, 914.

⁴⁰⁴ Schneider, NStZ 2019, 489, 493 f.; vgl. Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1471.

⁴⁰⁵ Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1471; Burhoff, ZAP 2017, 907, 914; Hamm, StV 2018, 525, 531; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 10; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 359h.

Grund wird eine einschränkende Auslegung des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO a.F. bzw. eine teleologische Reduktion fast einhellig vorgeschlagen.⁴⁰⁶ Es wird sogar die Ansicht vertreten, dass die Frist für Antragstellung nur für denjenigen Verfahrensbeteiligten gelten sollte, der durch sein Verhalten hierzu Anlass gebe.⁴⁰⁷ Darüber hinaus wird die Geltung der Fristenlösung für Beweisanträge nach § 245 Abs. 2 StPO von mehreren Autoren abgelehnt.⁴⁰⁸

Obwohl der Antragsteller durch Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit einer fristgerechten Antragstellung der Bescheidung der verspäteten Beweisanträge im Urteil und den damit verbundenen Nachteilen entgehen könne, wird dieser Ausweg für zu unberechenbar gehalten. In der Gesetzesbegründung werde keine klare Antwort darauf gegeben, was unter „Unmöglichkeit“ zu verstehen sei, sondern lediglich ein Beispiel dafür genannt, dass das Beweismittel dem Antragsteller erst nach Ablauf der Frist bekannt geworden sei.⁴⁰⁹ So betrachtet sei im Vergleich zu der im Expertenentwurf und Referentenentwurf vorgesehenen Fassung⁴¹⁰ nun viel weniger Raum für die Antragsbescheidung in der Hauptverhandlung geblieben.⁴¹¹ Um diese zu weitgehende Einschränkung zu mildern, werden im Schrifttum weitere Konstellationen der Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Antragstellung genannt, wie z.B. wenn der Beweisantrag auf einen ablehnenden Beschluss, der erst nach Ablauf der Frist ergangen ist, gestützt wird.⁴¹² Dabei würden die berechtigten Interessen der Verteidigung berücksichtigt und eine Überspannung der Anforderungen an die Unmöglichkeit abgelehnt.⁴¹³ Außerdem seien sowohl einfache als auch eidesstattliche Erklärung des Angeklagten als Mittel zur Glaubhaftmachung ausgeschlossen, weswegen zu erwarten sei, dass ein unverteidigter Angeklagte in der Regel in Beweisnot gerate.⁴¹⁴ Vor diesem

⁴⁰⁶ Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95a; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 359h; SSW-Sättele, § 244, Rn. 129a; Krehl, FS Fischer, 705, 710; Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651; Hamm, StV 2018, 525, 531; Hamm/Pauly, Beweis-antragsrecht, Rn. 234, 239; Mosbacher, NSTz 2018, 9, 10 f.; Börner, JZ 2018, 232, 238.

⁴⁰⁷ SSW-Sättele, § 244, Rn. 129a.

⁴⁰⁸ Krehl, FS Fischer, 705, 711; Schlothauer, FS Fischer, 819, 821; Börner, JZ 2018, 232, 239; a.M. Mosbacher, NSTz 2018, 9, 11; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95a.

⁴⁰⁹ BT-Drs. 18/11277.

⁴¹⁰ Erster Teil, C. III.

⁴¹¹ Basar, KriPoZ 2017, 95, 102.

⁴¹² Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95c, 97; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1648; Schlothauer, FS Fischer, 819, 827; Krehl, FS Fischer, 705, 714, 718; Mosbacher, NSTz 2018, 9, 12; Hamm/Pauly, Beweis-antragsrecht, Rn. 308; Schneider, NSTz 2019, 489, 496.

⁴¹³ Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2651; Burhoff, ZAP 2017, 907, 915; Hamm, StV 2018, 525, 531 f.; Börner, JZ 2018, 232, 239; Schneider, NSTz 2019, 489, 496 f.; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 359p; SSW-Sättele, § 244, Rn. 129e.

⁴¹⁴ SSW-Sättele, § 244, Rn. 129f; Schneider, NSTz 2019, 489, 498; Krehl, FS Fischer, 705, 719; Mosbacher, NSTz 2018, 9, 12 f.

Hintergrund wird dafür plädiert, dass zur Vermeidung einer Verletzung des Anspruchs des Angeklagten auf ein faires Verfahren entweder die Glaubhaftmachung durch seine eigene Erklärung bei Beweisnot ausnahmsweise zuzulassen⁴¹⁵ oder ein unverteidigter Angeklagter aus dem Anwendungsbereich der Fristenlösung auszunehmen sei.⁴¹⁶ Die Gegenmeinung beruft sich auf den Grundsatz der Unzulänglichkeit selbstreferenzieller Erklärungen zur Glaubhaftmachung eigenen Vorbringens und die Unvereinbarkeit der Eidespflicht mit der Stellung des Angeklagten.⁴¹⁷

Eng damit verbunden ist die Frage, ob das Gericht vor der Urteilsverkündung im Wege einer Zwischenbescheidung dem Antragsteller mitteilen müsse, dass seine Glaubhaftmachung der Gründe für die späte Antragstellung nicht gelingt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers resultiert ein Meinungsstreit: Aus der Perspektive der Befürworter eines solchen Zwischenbescheids ergibt sich der Anspruch aus dem Prinzip des rechtlichen Gehörs. Danach müsse der Angeklagte Gelegenheit erhalten, die Bedenken des Gerichts noch in der Hauptverhandlung auszuräumen.⁴¹⁸ Dagegen wird eingewandt, dass ein solcher Zwischenbescheid nicht nur sinnlos sei, da eine Chance zur Ergänzung der Glaubhaftmachung im weiteren Verfahren für den Antragsteller sowieso nicht bestehe, sondern auch den Sinn und Zweck der Neuregelung verfehle, durch Verzicht auf die Bescheidspflicht während der Hauptverhandlung einen zügigen Verfahrensabschluss zu ermöglichen.⁴¹⁹

Zum Ausgleich der Nachteile der Fristenlösung wird in der Literatur neben der Zwischenbescheidung der Glaubhaftmachung ein anderer Ausweg gesucht: Ein verfristeter Beweisantrag solle noch in der Hauptverhandlung durch Gerichtsbeschluss beschieden werden, falls die Antragsablehnung im Urteil das Informationsinteresse des Antragstellers unvertretbar beeinträchtigen würde.⁴²⁰ Vertreten wird sogar der Standpunkt, dass eine Antragszurückweisung erst in den Urteilsgründen unzulässig sei, wenn die Antragsablehnung auf Tatsachen oder Bewertungen gestützt werde, die bisher nicht bekannt gemacht worden seien, was sich aus § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO ergebe. § 244 Abs. 6 S. 1 StPO i.V.m. § 34 StPO gehe als *lex specialis* dem § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO als *lex generalis* vor und § 244 Abs. 6 S. 3 StPO a.F. bilde wiederum eine Ausnahme von der spezialge-

⁴¹⁵ *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 13; *Alsberg-Güntge*, 7. Aufl., Rn. 1649.

⁴¹⁶ *Krehl*, FS Fischer, 705, 719; *SSW-Sättle*, § 244, Rn. 129f.

⁴¹⁷ *Schneider*, NStZ 2019, 489, 499; *Schlothauer*, FS Fischer, 819, 832; *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, 62. Aufl., § 244, Rn. 98.

⁴¹⁸ *Krehl*, FS Fischer, 705, 720; *Schlothauer*, FS Fischer, 819, 829 f.; *SSW-Sättle*, § 244, Rn. 129f; ähnlich *Hamm/Pauly*, *Beweisantragsrecht*, Rn. 309.

⁴¹⁹ *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 12; *Schneider*, NStZ 2019, 489, 500; *LR-Becker*, 27. Aufl., § 244, Rn. 359m, 359r.

⁴²⁰ *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, 62. Aufl., § 244, Rn. 96; *Krehl*, FS Fischer, 705, 716; *Börner*, JZ 2018, 232, 235 ff.; *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 13.

gesetzlichen Bescheidungsspflicht. Während § 244 Abs. 6 S. 3 StPO a.F. dem Gericht Ermessen über den Zeitpunkt der Antragsbescheidung einräume, sei § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO zwingend formuliert, was zum Vorrang des Letzten führe. Eine Antragszurückweisung vor der Urteilsverkündung sei gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO notwendig, wenn das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- und Rechtslage abweichen wolle. Erst dadurch ließen sich Überraschungsentscheidungen vermeiden.⁴²¹

Im Schrifttum findet sich die dritte Auffassung, nach der die gesetzte Frist für eine Beweisantragstellung völlig unwirksam sei und alle verspäteten Beweisanträge in der Hauptverhandlung behandelt werden müssten, sofern das Gericht nach der Fristsetzung wieder in die Beweisaufnahme eintrete, und zwar entweder aufgrund gestellter Beweisanträge oder von Amts wegen. Das gebiete die erforderliche grundlegende Neubewertung des Verfahrensstandes, zumal in einer solchen Konstellation die mit der Fristsetzung angestrebte Verfahrensbeschleunigung sowieso nicht zu verwirklichen sei.⁴²² Diese Ansicht wird in der Begründung für das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens abgelehnt. Dort wird behauptet, dass Sinn und Zweck des § 244 Abs. 6 StPO eine erneute Fristsetzung nur für solche Beweisanträge erfordere, die sich aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergäben,⁴²³ was die Gültigkeit der alten Frist trotz des Wiedereintritts in die Beweisaufnahme impliziert.

b) Eigene Stellungnahme

Nachdem die formelle Fristenlösung in § 244 Abs. 6 StPO normiert ist, und zwar in einer zum ehemaligen Richterrecht geänderten Fassung, verliert Letzteres an Bedeutung, sodass hier lediglich zu der gesetzlichen Regelung Stellung genommen wird. Wegen der Gesetzesänderung im Jahre 2019 sind nun nicht mehr Satz 2–4, sondern Satz 3–5 des § 244 Abs. 6 StPO relevant.

Das formelle Fristenmodell kann die sukzessive Stellung von Beweisanträgen zur Verfahrensverzögerung, die weder während des gerichtlichen Beweisprogramms noch innerhalb der gesetzten Frist, sondern gerade erst danach geschieht, wirksam unterbinden,⁴²⁴ was aber mit Nachteilen verbunden ist.

⁴²¹ Börner, JZ 2018, 232, 234, 236 f.; Krehl, FS Fischer, 705, 716; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 240; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 359o; ähnlich Mosbacher, NStZ 2018, 9, 13; SSW-Sätze, § 244, Rn. 129d; ablehnend Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 96.

⁴²² Krehl, FS Fischer, 705, 717; Börner, JZ 2018, 232, 239; SSW-Sätze, § 244, Rn. 129g; a.M. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 99; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 359l; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 14.

⁴²³ BT-Drs. 19/14747, S. 33.

⁴²⁴ Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1257.

Die Bescheidungs-, Begründungs- sowie Protokollierungspflicht des Tatgerichts stellt eine tragende Säule des Beweisantragsrechts dar und bietet gleichzeitig die Antwort auf die Frage, ob und gegebenenfalls wie das Beweisantragsrecht einen im Vergleich zur Amtsaufklärungspflicht eigenständigen Beitrag zur Wahrheitsermittlung leisten kann.⁴²⁵ Mit einem rechtzeitig verkündeten und verständlich begründeten Gerichtsbeschluss zur Zurückweisung eines Beweisantrags ist der Antragsteller in der Lage, die Beurteilung der Beweislage seitens des Gerichts zur Kenntnis zu nehmen und auf dieser Grundlage weiterhin Einfluss auf die Sachverhaltsaufklärung zu nehmen: Während der Antragsteller bei einer fehlerfreien Antragszurückweisung seine Verteidigungsstrategie verbessern und der Wahrheitsermittlung dienende Anträge anbringen kann, kann er bei einer gegen das Antizipationsverbot verstoßenden Ablehnung die Lücke in der gerichtlichen Argumentation entdecken und durch weitere Anträge gezielt auf die fehlerhafte Argumentation hinweisen und zu weiterer Sachverhaltsaufklärung bewegen. Gerade die verfahrensrechtlichen Garantien ermöglichen eine bessere Durchsetzung des Antizipationsverbots als das Vertrauen auf die Amtsaufklärungspflicht, was eine zuverlässigere Sachverhaltsfeststellung gewährleistet. Umgekehrt tangiert jeder Versuch, diese Schutzvorkehrungen zu lockern, das selbstständige Beweisantragsrecht und birgt ein Risiko für die Wahrheitserforschung. Der § 244 Abs. 6 S. 3–5 StPO, der die Bescheidung der verfristeten und nicht hinreichend entschuldigten Anträge erst im Urteil zulässt,⁴²⁶ will genau diese Schutzvorkehrungen des Beweisantragsrechts bzw. diesen Korrekturmechanismus für die Lücken der Sachverhaltsaufklärung abbauen. Diese Beschneidung ist nur gerechtfertigt, wenn sie zur Abwehr des Missbrauchs des Beweisantragsrechts, der die Verfahrensführung einschließlich der Wahrheitsermittlung blockieren kann, unerlässlich ist und ihr negativer Einfluss durch andere Institutionen hinreichend kompensiert werden kann. Dies ist hier aber nicht der Fall.

Im Rahmen der gesetzlichen Fristenlösung ist die Fristsetzung lediglich an den Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme geknüpft und hat einen beinahe uferlosen Anwendungsbereich. Für die Missbrauchsabwehr notwendig ist sie offensichtlich nicht. Es lässt sich sogar bezweifeln, ob sie mit der Missbrauchsbekämpfung in irgendwelcher Verbindung steht.⁴²⁷ Gegen diesen Zweifel spricht der Wille des Gesetzgebers, die Fristenlösung nur in Fällen zu billigen, „in denen sich der Verdacht aufdrängt, dass Beweisanträge zu einem späten Verfahrenszeitpunkt mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung gestellt werden und diese Anträge aufgrund der erforderlichen Bescheidung durch begründe-

⁴²⁵ Zweiter Teil, Kap. 2 A. II.

⁴²⁶ Dadurch kann auch die Begründungslast bei der Bescheidung reduziert werden, indem die für Hilfsbeweisanträge entwickelten Grundsätze Anwendung finden, s. *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 14; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 96.

⁴²⁷ Vgl. *Schneider*, NStZ 2019, 489, 494; *Alsberg-Güntge*, 7. Aufl., Rn. 1471.

ten Beschluss das Verfahren lediglich verzögern, ohne es weiter zu befördern.“⁴²⁸ Aber selbst wenn diese Begrenzung in der Gesetzesbegründung ernstgenommen wird, setzt die Fristsetzung keinen festgestellten Rechtsmissbrauch, sondern lediglich einen Missbrauchsverdacht voraus. Die Fristenlösung ist daher mehr eine Missbrauchsprävention als eine Missbrauchsabwehr. Folglich wird sie sehr wahrscheinlich nicht nur den Rechtsmissbrauch, sondern auch den Rechtsgebrauch eindämmen. Wird eine Frist in einem kurz dauernden Verfahren gesetzt, werden ordentliche Anträge mit noch höherer Wahrscheinlichkeit betroffen. Das Gleiche gilt, wenn es sich um Anträge auf Erhebung präsenter Beweismittel handelt, die sich im Vergleich zu Beweisanträgen nach § 244 Abs. 3 StPO weniger zum Rechtsmissbrauch eignen.⁴²⁹ Erst mit einer teleologischen Reduktion ihres Anwendungsbereichs könnte die gesetzliche Fristenlösung als eine auf Missbrauchsabwehr zielende Maßnahme angesehen werden. Eine solche richterliche Rechtsfortbildung würde aber ihre verfassungsrechtliche Grenze überschreiten und zur unzulässigen Rechtsfindung contra legem werden. Die Geltung der Frist auch für andere Prozessbeteiligte als denjenigen, der durch sein Verhalten den Anlass zur Fristsetzung liefert,⁴³⁰ stellt die Beziehung dieser Maßnahme zur Missbrauchsabkämpfung sowie ihre Rechtfertigung zwar in Frage,⁴³¹ dieses Problem lässt sich aber nicht durch den Richter, sondern nur durch den Gesetzgeber selbst lösen.

Die Nachteile der Fristenlösung sind dem Gesetzgeber bewusst, und gerade um sie zu kompensieren, ermöglicht er es dem Antragsteller, die Unmöglichkeit einer fristgerechten Antragstellung glaubhaft zu machen und durch eine Bescheidung des Beweisantrags in der Hauptverhandlung immer noch sicherzustellen, dass er unter Berücksichtigung der Ablehnungsgründe nachgebesserte Beweisbegehren stellen kann. Diese Exkulpationschance bildet aber keinen ausreichenden Ausgleich, da sich die Anforderungen an die Darlegung der Unmöglichkeit einer früheren Antragstellung nur in Extremfällen erfüllen lassen und die rechtzeitige Bescheidung von ordentlichen Beweisanträgen dadurch lediglich ausnahmsweise gewährleistet werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die Rechtswissenschaft für ein weites Verständnis dieser Unmöglichkeit der Fristwahrung plädiert und mehrere Fallgruppen bildet. Ob die Rechtspraxis dadurch

⁴²⁸ BT-Drs. 18/11277, S. 35. Die Leugnung dieses Willens und das Vernachlässigen der Möglichkeit der teleologischen Reduktion durch *Schneider*, NStZ 2019, 489, 493 f. ist nicht zu teilen.

⁴²⁹ *Krehl*, FS Fischer, 705, 712.

⁴³⁰ Vgl. *Schlothauer*, FS Fischer, 819, 833; *Knierim*, in: *Gesamtes Strafrecht aktuell*, Kap. 18 Rn. 69.

⁴³¹ Vgl. *Schneider*, NStZ 2019, 489, 491. *Schneider* befürwortet eine anlasslose, von Erwägungen zur Missbrauchsabkämpfung total abzukoppelnde Fristsetzung und seine Auffassung ist widerspruchsfrei. Im Gegensatz dazu ist es inkonsistent, wenn einige Autoren einerseits die Fristsetzung nur bei dysfunktionaler Antragstellung gestatten wollen und andererseits die aus der Perspektive der redlichen Verfahrensbeteiligten gerade anlasslos gesetzte Frist als überhaupt nicht problematisch ansehen.

beeinflusst werden kann, muss abgewartet werden. Daneben kann die Art und Weise der Glaubhaftmachung und ihre Bewertung durch das Gericht die praktische Relevanz dieser Exkulpationsmöglichkeit begrenzen. Als Mittel zur Glaubhaftmachung ungeeignet sind sowohl die einfache Erklärung des Angeklagten als auch seine eidesstattliche Versicherung. Deshalb hat ein Angeklagter ohne Verteidiger keine Chance, mit eigenen Mitteln die Unmöglichkeit einer fristgerechten Antragstellung glaubhaft zu machen, selbst wenn ein solcher Fall in der Tat vorliegen sollte.⁴³² In solchen Konstellationen stellt die gesetzliche Fristenlösung eine besonders starke Bedrohung für das Beweisantragsrecht und die Wahrheitsermittlung dar. Dennoch kann man den unverteidigten Angeklagten nicht einfach aus dem Anwendungsbereich der Fristenlösung herausnehmen, weil das gegen den Wortlaut des § 244 Abs. 6 S. 3 StPO verstößt und auch ein solcher Angeklagter sein Beweisantragsrecht missbrauchen kann. Empfehlenswert ist folglich die Lösung, die Erklärung des unverteidigten Angeklagten als Mittel der Glaubhaftmachung ausnahmsweise zuzulassen, wenn er seine Beweisnot darlegen kann. Das bedeutet nicht, dass diese Glaubhaftmachung vom Gericht akzeptiert werden muss. Sodann ist fraglich, wann das Gericht die „Unmöglichkeit“ für hinreichend wahrscheinlich halten wird, wenn man berücksichtigt, dass sein Vorsitzender gerade aus Sorge vor Rechtsmissbrauch eine Frist für die Stellung von Beweisansträgen gesetzt hat und im Fall der Glaubhaftmachung *Zweifel zu Lasten* des Antragstellers gehen.⁴³³

Gerade vor diesem Hintergrund gewinnt der Vorschlag hinsichtlich der Notwendigkeit einer Zwischenbescheidung über die Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit der Fristwahrung⁴³⁴ Bedeutung, die eine Ergänzung der Gründe für die Glaubhaftmachung oder eine neue Antragstellung mit verfeinerter Glaubhaftmachung ermöglicht, sodass die Exkulpationschance gegen das mögliche Vorurteil des Gerichts gesichert werden kann. Selbst wenn ein Nachschieben von Gründen zur Glaubhaftmachung nach der Fassung des § 244 Abs. 6 S. 5 StPO nicht statthaft ist, bietet der Zwischenbescheid dem Antragsteller neue Handlungsmöglichkeiten. Gleichzeitig muss man jedoch erkennen, dass der Zwischenbescheid in Konflikt mit dem Sinn und Zweck der Fristenlösung steht. Man kann nicht erwarten, dass der Gesetzgeber zur Eindämmung der sukzessiven Stellung von Beweisansträgen auf die Antragsbescheidung während der Hauptverhandlung verzichtet, um sodann eine Pflicht zur Zwischenbescheidung einzuführen, die wie ihren Vorgänger von Verfahrensbeteiligten zum Missbrauch ausgenutzt werden kann. Der Vorschlag einer Zwischenbescheidung ist daher abzulehnen.

⁴³² Mosbacher, NStZ 2018, 9, 13.

⁴³³ LR-Siolek, 27. Aufl., § 26, Rn. 17; LR-Graalman-Scheerer, 27. Aufl., § 45, Rn. 16; LR-Krause, 27. Aufl., § 74, Rn. 25; Schatz, Beweisantragsrecht, S. 340.

⁴³⁴ Krehl, FS Fischer, 705, 720; Schlothauer, FS Fischer, 819, 829 f.; SSW-Sättele, § 244, Rn. 129f; ähnlich Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 309.

Im Bewusstsein der Unzulänglichkeit der gesetzlichen Exkulpationsmöglichkeit werden im Schrifttum noch zwei weitere Kompensationsmaßnahmen vorgeschlagen. Nach der ersten hat das Gericht einen fristwidrigen Beweisantrag in der Hauptverhandlung zu bescheiden, wenn anderenfalls eine nicht hinnehmbare Verletzung des Informationsinteresses des Antragstellers zu erwarten ist. Dieser Ratschlag stützt sich auf § 265 Abs. 2 Nr. 2–3 StPO, der als zwingende Bestimmung Vorrang vor der Ermessensregelung in § 244 Abs. 6 S. 4 StPO genießt. Nach der zweiten wird verlangt, dass die Wirkung der gesetzten Frist bei Wiedereintritt in die Beweisaufnahme vollständig entfallen soll. Diesem Verlangen ist jedoch nicht zu folgen, nicht nur, weil es dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, sondern auch weil es ermöglicht, dass ein Verfahrensbeteiligter durch taktische Antragstellung die gesetzte Frist zu Fall bringt oder sogar von der ordentlichen Antragstellung der anderen Verfahrensbeteiligten oder der richterlichen Aufklärungsarbeit profitiert. Dem Bedürfnis aller Verfahrensbeteiligten, sich auf die neue Verfahrenslage einzustellen, die durch die erneute Beweisaufnahme entstanden ist, trägt die Lösung in der Begründung für das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens bereits hinreichend Rechnung, nach der die gesetzte Frist für diejenigen Beweisanträge nicht gilt, die sich aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergeben.⁴³⁵

Lässt man die in der Literatur vorgeschlagenen Kompensationen außer Acht, stellt die gesetzliche Fristenlösung einen kaum beschränkten und nicht wiedergutzumachenden Abbau der Bescheidungs- sowie Begründungspflicht im Rahmen des Beweisantragsrechts dar. Dadurch drohen eine unzulässige vorweggenommene Beweismwürdigung sowie die Ausschließung der weiteren Verfahrensbeteiligten von der Förderung der Sachverhaltsaufklärung, was der richterlichen Pflicht, die materielle Wahrheit von Amts wegen zu ermitteln und sich dafür aller Mittel zu bedienen, zuwiderläuft. Die Gefahr des Missbrauchs der Missbrauchsabwehr liegt nahe. Um diese Gefahr möglichst zu vermeiden, soll die gesetzliche Fristenlösung wie folgt gestaltet werden, soweit ihre Abschaffung nicht möglich ist:

1. Ihre Anwendung muss auf extreme Fälle beschränkt werden, in denen ein Verfahrensbeteiligter schon Beweisanträge offensichtlich ausschließlich zur Verfahrensverzögerung gestellt hat⁴³⁶ und sein Verhalten den Schluss rechtfertigt, dass er in Zukunft weiterhin solche Beweisanträge stellen wird. Zudem muss die Fristenlösung ausschließlich Verfahren von größerer Verfahrensdauer vorbehalten sein.

⁴³⁵ BT-Drs. 19/14747, S. 33.

⁴³⁶ Die Ablehnung der vorherigen Anträge aus anderen Gründen reicht nicht aus, da sie als einen Teil des Diskurses im Strafverfahren betrachtet wird, s. *Börner*, Legitimation, S. 572.

2. Die Bescheidung der Anträge auf Erhebung präsender Beweismittel soll von dem Fristenmodell unberührt bleiben.
3. Die Fristsetzung soll nur gegenüber demjenigen Verfahrensbeteiligten erfolgen, der durch sein Verhalten hierzu Anlass gibt, wenn der Gesetzgeber diese Einschränkung billigt.
4. Die Anordnung der Fristsetzung muss begründet sein und kann nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden.
5. Vor dem Erlass dieser Anordnung hat der Vorsitzende den Abschluss des gerichtlichen Beweisprogramms sowie die Absicht zur Fristsetzung anzukündigen und den Prozessbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme, insbesondere zur Angemessenheit der beabsichtigten Frist einzuräumen.⁴³⁷
6. Die Anforderung an die Unmöglichkeit der fristgerechten Antragstellung darf nicht überspannt werden. Als Mittel zur Glaubhaftmachung dieser Unmöglichkeit ist die Erklärung des Angeklagten grundsätzlich ungeeignet, es sei denn, dass der Angeklagte keinen Verteidiger hat und dartun kann, dass er andernfalls in Beweisnot gerät. Das Gericht legt erst im Urteil dar, wieso es die Unmöglichkeit fristkonformer Antragstellung oder deren hinreichende Glaubhaftmachung verneint.
7. Das Gericht hat § 265 Abs. 2 StPO zu beachten und einen verspäteten Beweis-antrag immer noch in der Hauptverhandlung zu bescheiden, wenn das für eine genügende Verteidigung erforderlich ist.
8. Bei Wiedereintritt in die Beweisaufnahme nach der Fristsetzung gilt die gesetzte Frist nicht für diejenigen Beweisanträge, die sich aus der erneuten Beweisaufnahme ergeben. Der Vorsitzende kann eine neue Frist setzen.
9. All dies außer Nr. 3 soll einer effektiven Revisionskontrolle unterliegen.⁴³⁸

2. Das materielle Fristenmodell

a) Rechtsprechung und Kritik

Nach der in der Rechtsprechung des BGH und BVerfG entwickelten materiellen Fristenlösung hat der Vorsitzende der Tatsacheninstanz aufgrund seines Rechts und seiner Pflicht zur Sachleitung des Verfahrens die Befugnis, nach Abschluss der vom Gericht nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht für geboten gehaltenen Beweiserhebung sämtlichen Verfahrensbeteiligten eine Frist für die

⁴³⁷ Krehl, FS Fischer, 705, 713 f.; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 11; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1644; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 306; Schneider, NStZ 2019, 489, 495.

⁴³⁸ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 108; Krehl, FS Fischer, 705, 720 f.

Stellung der Beweisanträge zu setzen, wenn regelmäßig bereits zehn Verhandlungstage verstrichen sind und bestimmte Anzeichen für eine Verschleppungsabsicht im bisherigen Prozessverhalten vorliegen. Die Dauer der Frist muss den Verfahrensbeteiligten ermöglichen, auf der Basis des bisherigen Prozessverlaufs darüber zu entscheiden, ob und gegebenenfalls welche Beweisanträge noch gestellt werden sollen. Bei einer Antragstellung nach Fristablauf kann das Gericht grundsätzlich davon ausgehen, dass der Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezweckt, es sei denn, dass die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO gleichwohl zur Beweiserhebung drängt. Falls ausnahmsweise der Antragsteller gerade nicht derjenige ist, der die Veranlassung für die Fristsetzung gegeben hat, sind an die Prüfung, ob ein Beweisantrag aus Verschleppungsabsicht gestellt wird, strenge Anforderungen in subjektiver Hinsicht zu stellen. Der Antragsteller kann aber die Gründe für die Fristversäumung nachvollziehbar und substantiiert darlegen, um die Indizwirkung der verfristeten Antragstellung zu entkräften. Die Anforderungen an die Darlegung dürfen aber nicht überspannt werden. Wird die Absicht der Prozessverschleppung bejaht, darf das Gericht beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht gemäß § 244 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. den Beweisantrag zurückweisen. Der Vorsitzende hat die Anordnung der Fristsetzung nach § 273 Abs. 3 S. 1 StPO zu protokollieren und dabei die Anordnung sowie die Angemessenheit der Frist in gebotenem Umfang zu begründen. Dazu soll er die Verfahrensbeteiligten darauf hinweisen, dass auch verspätete Beweisanträge nach den allgemeinen Regeln entgegenezunehmen und zu bescheiden sind, wobei eine Bejahung der Verschleppungsabsicht des Antragstellers und eine Antragsablehnung unter erleichterten Bedingungen möglich ist.⁴³⁹

Wie das formelle Fristenmodell ist auch die materielle Fristenlösung gegen Kritik nicht immun. Sie stelle zunächst eine Gefahr für die Suche nach der materiellen Wahrheit dar. Durch diese Fristenlösung werde bei einer Verfahrensdauer von mehr als zehn Tagen und bestimmten Anzeichen für eine Verschleppungsabsicht im bisherigen Verhalten der Verfahrensbeteiligten⁴⁴⁰ das Nachweisen der Absicht zur Verschleppung sowie die Anwendung dieses Ablehnungsgrundes stark erleichtert. Werde eine Frist gesetzt, gehe das Gericht grundsätzlich davon aus, dass die nachträglichen Beweisanträge ausschließlich zur Prozessverzögerung gestellt seien, es sei denn, dass seine Aufklärungspflicht gleichwohl zur Beweiserhebung dränge. Dennoch sei der nach Ablauf der Frist gestellte Beweisantrag als ein signifikantes Indiz für die Verschleppungsabsicht eher ein Werk des Gerichts als Ausfluss eines Prozessverhaltens des Antragstellers, weil es ohne Fristsetzung überhaupt keinen verfristeten Antrag geben könne. Das Vorhaben des Antragstellers, den Verfahrensabschluss zu verzögern, sei nämlich nicht

⁴³⁹ Erster Teil, C. II. 3.

⁴⁴⁰ *Eidam*, JZ 2009, 318, 320; *Gaede*, NJW 2009, 608; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 145.

bewiesen, sondern angenommen.⁴⁴¹ Im Gegenteil lasse sich die Sachdienlichkeit der Beweisanträge, die erst nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms oder sogar nach Ablauf der vom Vorsitzenden gesetzten Frist (sukzessiv) gestellt werden, nicht allgemein verneinen oder gering schätzen. Zunächst sei es üblich, dass die Verteidigung bewusst das Ende der amtlichen Beweisaufnahme abwarte, bevor sie mit einem eigenem Beweisprogramm beginne, weil sie um einer besseren Verteidigung willen zunächst bewerten wolle, wie sich die Beweisführung der Anklage entwickle. Um den angestrebten Entlastungseffekt zu erreichen, empfehle sich dazu, die zur Verteidigung dienende Beweisführung in der richtigen Reihenfolge zu planen.⁴⁴² Zweitens könne die Verteidigung eine nachträgliche Antragstellung keinesfalls mit Sicherheit vermeiden, denn die Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms sei ein „Ereignis“, dessen Eintritt allein in der Hand des Gerichts liege.⁴⁴³ Drittens sei bei einem Gericht, das sich dem kommunikativen Diskurs in der Hauptverhandlung dadurch entziehe, dass Beweisanträge lange zurückgestellt und spät (nicht selten erst kurz vor dem Schluss des gerichtlichen Beweisprogramms oder nach dem Fristablauf) beschieden würden, eine erneute Antragstellung zur Sicherung des Diskurses nur zu einem späteren Zeitpunkt möglich.⁴⁴⁴ Daher könnten bei dem materiellen Fristenmodell auch sachdienliche Beweisanträge vorschnell als zur Verfahrensverschleppung gestellt angesehen und zurückgewiesen werden. Ob diese Gefahr mittels der Exkulpationsmöglichkeit vermieden werden könne, sei fraglich, weil das Tatgericht die Begründung für die nachträgliche Antragstellung nach „Gutdünken“ nicht zu akzeptieren brauche, da eine normative Vorgabe für diese Entscheidungsbefugnis und eine Kontrolle über deren Ausübung fehle.⁴⁴⁵ Die vorsichtige und zurückhaltende Handhabung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht durch das Gericht in der Vergangenheit ziele darauf, sicherzustellen, dass die ernstliche Mitwirkung der anderen Prozessbeteiligten bei der Sachverhaltsaufklärung keinesfalls beeinträchtigt werde.⁴⁴⁶ Diese Idee scheine bei der Fristenlösung aufgegeben worden zu sein.

Ein anderer Einwand ist, dass die Fristenlösung eine Rechtsfortbildung contra legem darstelle.⁴⁴⁷ Da bei der Fristenlösung sich die Ablehnung aufgrund Ver-

⁴⁴¹ Niemöller, JR 2010, 332, 334; Börner, Legitimation, S. 568, 572.

⁴⁴² Börner, Legitimation, S. 570 f.; Beulke, Verteidiger, S. 205.

⁴⁴³ Schlothauer, FS Fischer, 819, 824; Hamm, StV 2018, 525, 529; Börner, Legitimation, S. 474; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 95.

⁴⁴⁴ Richter II, Sitzungsbericht zum 60. DJT, M 213; Conen, AnwBl online 2017, 640, 645; Basar, KriPoZ 2017, 95, 102; Hamm, StV 2018, 525, 532; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 302 f.; vgl. Föhrig, Strafrichter-Brevier, S. 57 f.; Dahs, StraFo 1998, 253, 254.

⁴⁴⁵ Thole, Scheinbeweisantrag, S. 175 f.; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 35.

⁴⁴⁶ BGHSt 21, 118, 121.

⁴⁴⁷ Nicklas, Fristsetzung, S. 99; Witting, FS Volk, 885, 899; Tepperwien, FS Widmaier, 583, 587 f., 597; Eschelbach, ZAP, 2013, 681, 699; Eidam, JZ 2009, 318, 320;

schleppungsabsicht hauptsächlich, wenn nicht allein, auf die (vermeidbare) späte Stellung des Beweisantrags stütze⁴⁴⁸ und die Frist in der Praxis sogar als Präklusionsfrist wirke,⁴⁴⁹ sei sie mit § 246 Abs. 1 StPO schwerlich vereinbar, der um der Wahrheitsermittlung willen ausschließe, dass aus dem zeitlichen Aspekt als solchem sich negative Folgen für einen Beweisantrag ergäben.⁴⁵⁰ Dem Antragsteller dürfe nämlich weder unmittelbar noch mittelbar vorgeschrieben werden, Beweismittel zu einem möglichst frühen oder einem von anderen als angemessen gehaltenen Zeitpunkt vorzubringen.⁴⁵¹ Nicht der Antragsteller sei verpflichtet, Beweisanträge zeitgerecht zu stellen, sondern es sei die Pflicht des Gerichts, bis zur Urteilsverkündung Beweisanträge entgegenzunehmen.⁴⁵² Um die Indizwirkung eines nach Fristablauf gestellten Beweisantrags zu widerlegen und sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu entziehen, habe der Antragsteller nach der Rechtsprechung die Gründe dafür nachvollziehbar und substantiiert darzulegen. Hierbei werde § 246 Abs. 1 StPO wieder umgangen. Eine Obliegenheit, ein spätes Vorbringen der Beweismittel zu entschuldigen, dürfe dem Antragsteller nach der Vorschrift nicht auferlegt werden.⁴⁵³ Nicht der Antragsteller trage eine Substantiierungslast bei später Antragstellung, sondern das Gericht habe die Ablehnung eines Beweisantrags zu begründen.⁴⁵⁴ Dieser Konflikt lasse sich nicht beilegen, indem man unter Berufung auf die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzen-

Gaede, NJW 2009, 608; Jahn, StV 2009, 663, 667 ff.; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 38; Wohlers, NJW 2010, 2470, 2473; F. Guido Rose, NSTZ 2012, 18, 26 f.; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1257.

⁴⁴⁸ KK-Krehl, § 246, Rn. 1; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 425 ff.; Trüg, StraFo 2010, 139, 145; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 36 f.; Börner, Legitimation, S. 568 f.

⁴⁴⁹ Witting, FS Volk, 885, 893; Eidam, JZ 2009, 318, 319 f.; Gaede, NJW 2009, 608; ders., BLJ 2009, 107, 110; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 425 f.; Trüg, StraFo 2010, 139, 146; ders., StV 2010, 528, 536; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 36 f.; Thomas, StV 2010, 428, 432; Beulke/Ruhmannseder, NSTZ 2008, 300, 302; König, StV 2009, 171, 173; Schlothauer, StraFo 2011, 459, 466; F. Guido Rose, NSTZ 2012, 18, 27.

⁴⁵⁰ Trüg, FS Heintschel-Heinegg, 447, 455; Börner, Legitimation, S. 567.

⁴⁵¹ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 179; Tepperwien, FS Widmaier, 583, 589; Eidam, JZ 2009, 318, 319 f.; Jahn, StV 2009, 663, 667 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 425 ff.; Trüg, StraFo 2010, 139, 146; Fezer, HRRS 2009, 17 f.; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 35; Thomas, StV 2010, 428, 432; König, StV 2009, 171, 172 f.; Schlothauer, StraFo 2011, 459, 466; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1244.

⁴⁵² Witting, FS Volk, 885, 892 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 426 f.; Trüg, StraFo 2010, 139, 146; Niemöller, JR 2010, 332, 334; Beulke/Ruhmannseder, NSTZ 2008, 300, 302.

⁴⁵³ SK-Frister, 5. Aufl., § 244, Rn. 179; Tepperwien, FS Widmaier, 583, 589; Trüg, StraFo 2010, 139, 145; Fezer, HRRS 2009, 17 f.; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 35; Niemöller, JR 2010, 332, 334; Schlothauer, StraFo 2011, 459, 466; Beulke/Ruhmannseder, NSTZ 2008, 300, 302; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1244.

⁴⁵⁴ Beulke/Ruhmannseder, NSTZ 2008, 300, 302; Jahn, StV 2009, 663, 668; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 426 f.; Trüg, StraFo 2010, 139, 146; Niemöller, JR 2010, 332, 334.

den § 246 Abs. 1 StPO eng auslege oder sogar eine teleologische Reduktion durchführe. Aus dieser Sachleitungsbefugnis ergebe sich eigentlich keine Befugnis zur Beschneidung der Verfahrensrechte der übrigen Verfahrenssubjekte.⁴⁵⁵ Dazu brauche § 246 Abs. 1 StPO sich nicht nach der Sachleitungsbefugnis zu richten, weil das Beweisantragsrecht keine Komplettierung der Amtsaufklärungspflicht, sondern ein von der „Sachleitungshoheit“ des Vorsitzenden unabhängiges Parteirecht sei.⁴⁵⁶ Auch das Beschleunigungsgebot unterstütze keine enge Auslegung oder teleologische Reduktion von § 246 Abs. 1 StPO. Das Beschleunigungsgebot werde fehlerhaft ausgelegt und angewendet, wenn es sich nicht zugunsten des Angeklagten, sondern zu seinen Ungunsten auswirke, indem im Namen dieses Prinzips Verteidigungsrechte beschnitten würden.⁴⁵⁷ Selbst wenn man dieses Gebot vor dem Hintergrund der Anforderung an eine funktionstüchtige Strafrechtspflege verstehe und auf dieser Grundlage die Verfahrensrechte des Angeklagten verkürzen wolle, sollten beim Konflikt mit dem hinter § 246 Abs. 1 StPO stehenden Verfahrensziel der Erforschung der materiellen Wahrheit wegen des Vorrangs der Letzteren solche Versuche doch wieder aufgegeben werden.⁴⁵⁸ Das entspreche auch der nach Abwägung unterschiedlicher Interessen getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers.⁴⁵⁹

Es wird weiter kritisiert, dass das materielle Fristenmodell negativen Einfluss auf die freie sowie effektive Verteidigung habe⁴⁶⁰ und die bestehende Asymmetrie der Hauptverhandlung noch mehr ins Ungleichgewicht bringe.⁴⁶¹ Insbesondere könnten wegen der Darlegungslast in Fällen der späteren Antragstellung das Verteidigungskonzept, das Mandatsbinnenverhältnis, die Verschwiegenheitspflicht des Verteidigers und sogar der nemo tenetur-Grundsatz in Gefahr geraten.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 37.

⁴⁵⁶ König, StV 2009, 171, 172; Fezer, HRRS 2009, 17, 18; Gaede, NJW 2009, 608; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 37; Schlothauer, StraFo 2011, 459, 466.

⁴⁵⁷ Hassemer, StV 1982, 275; Michalke, StV 2008, 228, 230; Eidam, JZ 2009, 318, 320; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 37; I. Roxin, GA 2010, 425, 434 f.; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1244.

⁴⁵⁸ KK-Krehl, § 246, Rn. 1; Tepperwien, FS Widmaier, 583, 589; Gaede, NJW 2009, 608; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 427; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 36 f.; Beulke/Ruhmannseder, NSZ 2008, 300, 301.

⁴⁵⁹ Eidam, JZ 2009, 318, 319 f.; Gaede, NJW 2009, 608; Alsberg-Güntge, 7. Aufl., Rn. 1244.

⁴⁶⁰ Eschelbach, ZAP 2013, 681, 699; Ventzke, StV 2009, 655, 660; ders., HRRS 2005, 233, 235; Eidam, JZ 2009, 318, 319; Gaede, NJW 2009, 608; Jahn, StV 2009, 663, 669; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 36; Börner, Legitimation, S. 570 f.

⁴⁶¹ Eschelbach, ZAP 2013, 681, 699; Jahn, StV 2009, 663, 668; König, StV 2009, 171, 172.

⁴⁶² Tepperwien, FS Widmaier, 583, 589; Witting, FS Volk, 885, 894; Jahn, StV 2009, 663, 668; Ventzke, StV 2009, 655, 659 f.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 426; Trüg, StraFo 2010, 139, 145 f.; Duttge/S. Neumann, HRRS 2010, 34, 35; König, StV 2009, 171, 172; Börner, Legitimation, S. 571.

Schließlich sei bei der Fristenlösung ein kontraproduktiver Effekt zu befürchten, dass die Verteidigung durch die Fristsetzung provoziert werde, alle möglichen Beweisanträge vorsorglich anzubringen, um dem Risiko der Verfristung zu entgehen.⁴⁶³

b) Eigene Stellungnahme

Durch die materielle Fristenlösung wird die Bejahung eines prozessverschleppenden Vorhabens des Antragstellers und die Bekämpfung der ausschließlich zur Verfahrensverzögerung gestellten Beweisanträge deutlich erleichtert. Gleichzeitig ermöglicht sie die Zurückweisung nützlicher Beweisanträge durch das Gericht, gleichbedeutend mit einer Vernachlässigung der eigenen Aufklärungspflicht. Die Missbrauchsbekämpfung mutiert zum Missbrauch eigener Befugnisse.

Herkömmlich hat das Tatsachengericht zur Feststellung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht die unlauteren Beweggründe des Antragstellers zweifelsfrei nachzuweisen, um sicherzustellen, dass die ernst gemeinte Teilnahme an der Sachverhaltsaufklärung nicht durch fehlerhafte Antragsablehnung beeinträchtigt wird.⁴⁶⁴ Dafür hat das Tatgericht eine Gesamtwürdigung des Verhaltens des Antragstellers vorzunehmen und ausführlich darzulegen, und sie wird später durch das Revisionsgericht unter eigener Würdigung auch in tatsächlicher Hinsicht überprüft.⁴⁶⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es ratsam, den Antragsteller nach dem Zweck seines Beweisantrags und nach den ihm zugrunde liegenden Informationen zu befragen und die Verweigerung einer Antwort darauf als Indiz für die Verschleppungsabsicht zu werten.⁴⁶⁶

Nach dem materiellen Fristenmodell braucht das Gericht nur Anzeichen für eine Prozessverschleppung im Verteidigungsverhalten zu sammeln, nach der Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms und dem zehnten Verhandlungstag eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen, die Sachdienlichkeit eines verfristeten Antrags zu verneinen, gegebenenfalls die Exkulpation des Antragstellers als gescheitert zu beurteilen, bevor es das Vorhaben des Antragstellers, den Verfahrensabschluss zu verzögern, bejahen kann. Statt das Verhalten des Antragstellers unter Abwägung der dafür und dagegen sprechenden Tatsachen insgesamt zu würdigen, konzentriert sich das Gericht vor der Fristsetzung lediglich auf Anzeichen für eine Prozessverschleppung. Und es wundert auch nicht, dass sich diese leicht finden lassen,⁴⁶⁷ weil an deren Feststellung keine hohen Anforderun-

⁴⁶³ Thole, Scheinbeweisantrag, S. 209 ff.; König, StV 2009, 171, 173; Börner, Legitimation, S. 578.

⁴⁶⁴ RGSt 12, 335, 336 f.; 20, 206, 207 f.; BGHSt 21, 118, 121.

⁴⁶⁵ BGHSt 21, 118, 121; 22, 124; BGH NStZ 1986, 519, 520; 1990, 350, 351.

⁴⁶⁶ BGH NStZ 1986, 519, 520; StV 1989, 234, 235. Zwischen Rückfrage hinsichtlich der Sachdienlichkeit eines Beweisantrags und Rückfrage hinsichtlich der Gründe für eine späte Antragstellung ist zu unterscheiden, s. Hamm, StV 2018, 525, 528.

⁴⁶⁷ Lamshöft, Modell, S. 150.

gen gestellt werden. Ausgehend vom Wortlaut der Rechtsprechung wird eine vorherige Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht nicht verlangt⁴⁶⁸ und die Begründungslast hinsichtlich dieser Anzeichen ist reduziert.⁴⁶⁹ Folglich sollte die Fristsetzung zwar auf keinen Fall Routine darstellen, aber auch nicht nur in äußerst begrenzten Fällen Anwendung finden. Nach der Fristsetzung muss das Gericht, um dem Antragsteller wegen Fristversäumung Missbrauch vorwerfen zu können, noch ein Hindernis überwinden. Das Gericht muss nämlich ausschließen können, dass seine Aufklärungspflicht zu der beantragten Beweiserhebung drängt. Es lässt sich dann fragen, warum die Aufklärungsperspektive der Maßstab für die Absicht des Antragstellers sein kann, zumal zweifelhaft bleibt, ob das Gericht die Sachdienlichkeit einer nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms begehrten Beweisaufnahme nicht immer negativ beurteilt, weil sie gerade darauf abzielt, das Wahrheitsbild des Gerichts infrage zu stellen.⁴⁷⁰ Unverständlich ist auch, dass das, was unter der objektiven Voraussetzung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht geprüft werden sollte, nun noch einmal bei der Prüfung seiner subjektiven Bedingung berücksichtigt werden muss. Die letzte Hürde für die Bejahung der Verschleppungsabsicht des Antragstellers besteht darin, dass der Indizwirkung der Fristversäumung entgegengewirkt werden kann, wenn der Antragsteller die verfristete Antragstellung genügend entschuldigt. Deswegen vermag diese Exkulpationsmöglichkeit nicht für diejenigen Beweisanträge zu gelten, die einerseits sachdienlich sind und andererseits zwar früher hätten gestellt werden können, aber aus taktischen Gründen zurückgehalten wurden. Dazu wird diese eingeschränkte Exkulpationsmöglichkeit nicht immer genutzt, insbesondere wenn der den Antrag stellende Angeklagte keinen Verteidiger hat. Selbst wenn diese Chance in Anspruch genommen wird, fällt es dem Antragsteller nicht leicht, mit den hohen Anforderungen an die Darlegung zurechtzukommen, wobei das Gericht keine Hilfe leisten muss. Und endlich liegt der Erfolg der Entschuldigung allein in der Hand des Tatgerichts, das bei der Bewertung der Exkulpation an keine eindeutigen Kriterien gebunden ist. D.h. das Gericht hat nicht nur keine Pflicht zu sichern, dass ordentliche Beweisanträge nicht fehlerhaft für missbräuchlich gehalten werden, sondern kann auch Versuche seitens des Antragstellers, dies zu gewährleisten, einfach zunichtemachen. Die schnelle Bejahung unlauterer Beweggründe des Antragstellers führt unmittelbar zu einer vorschnellen Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht, da die Nutzlosigkeit der beantragten Beweiserhebung leicht vom Gericht bejaht werden kann und bereits während der Prüfung der Absicht des Antragstellers angenommen ist. Zudem wird schon in der damaligen Rechtsprechung angestrebt, das Er-

⁴⁶⁸ Diese Anforderung in der ersten Entscheidung zur Fristenlösung (BGH JZ 2005, 1010) wird nun aufgegeben, s. BGHSt 51, 333; BGH StV 2007, 563; BGH JZ 2009, 316; BGH JR 2011, 124.

⁴⁶⁹ Lamshöft, Modell, S. 150.

⁴⁷⁰ Nicklas, Fristsetzung, S. 95 ff.; Witting, FS Volk, 885, 892.

fordernis einer möglichen wesentlichen Verfahrensverzögerung zu streichen.⁴⁷¹ Dadurch begünstigt das materielle Fristenmodell die Missbrauchsbekämpfung auf Kosten der Suche nach materieller Wahrheit, was mit dem das deutsche Strafverfahren kennzeichnenden Ermittlungsgrundsatz kaum vereinbar ist.

Missbräuchlich ist auch, dass das materielle Fristenmodell Ergebnis einer Rechtsfortbildung *contra legem* ist. § 246 Abs. 1 StPO verbietet es, einen Beweisantrag deswegen abzulehnen, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden ist. Dieses Verbot ist Ausdruck der richterlichen Pflicht, alles zur Erforschung der Wahrheit Notwendige zu tun.⁴⁷² Als Reflex können die Verfahrensbeteiligten frei darüber entscheiden, wann sie in der Hauptverhandlung ihre Beweisanträge anbringen. Nach dem materiellen Fristenmodell steht der Antragsteller wegen des späten Zeitpunktes seiner Antragstellung nämlich sowohl vor prozessualen Nachteilen als auch vor materiellen Nachteilen. Zu den prozessualen Nachteilen zählen nicht nur die teilweise Umkehr der Darlegungslast für die Zurückweisung eines Beweisantrags, die gegen § 244 Abs. 6 StPO a. F. i. V. m. § 34 StPO verstoßen kann, sondern auch das Verlangen einer nachvollziehbaren und substantiierten Darlegung der Gründe für die Fristversäumung als solche, was mit § 246 Abs. 1 StPO kaum vereinbar ist. Von der durch diese Vorschrift gesicherten Freiheit der Verfahrensbeteiligten, Beweisanträge bis zur Urteilsverkündung anzubringen, lässt sich ableiten, dass vom Antragsteller nicht gefordert werden kann, eine späte Antragstellung zu entschuldigen.⁴⁷³ Eine Anforderung an die Exkulpation hinsichtlich des Vorliegens der Verschleppungsabsicht ist mit § 246 Abs. 1 StPO konform, ein Verlangen nach Entschuldigung für das späte Anbringen eines Beweisantrags aber nicht. Es stellt sich die Frage, warum gerade eine Exkulpation für die Verspätung verlangt wird, wenn, wie die Rechtsprechung behauptet, nach dem materiellen Fristenmodell die Antragsablehnung nicht aufgrund der Verspätung, sondern aufgrund der Verschleppungsabsicht erfolgt. Diese prozessualen Nachteile enthüllen schon das Wesen der materiellen Nachteile der Fristversäumung, d. h. nicht die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit der Antragsablehnung, sondern die Antragsablehnung an sich. Nach dem materiellen Fristenmodell wird der Zeitfaktor zum zentralen Kriterium für die Ablehnung von Beweisanträgen,⁴⁷⁴ obwohl er auf den ersten Blick nur ein Merkmal von mehreren ist, denn alle übrigen Voraussetzungen außer dem Zehn-Tage-Erfordernis für die Fristsetzung liegen im richterlichen Ermessen. Daher wundert es nicht, dass in der Praxis die Gerichte Beweisanträge lediglich wegen ihrer Verspätung zurückweisen und das materielle Fristenmodell in eine faktische Präklusionsfrist umwandeln, während die Verteidigungsseite die Frist

⁴⁷¹ BGHSt 51, 333, 342 f.; BGH StV 2008, 9, 10.

⁴⁷² BGH StV 1986, 374, 375; 2005, 420; LR-Becker, 26. Aufl., § 246, Rn. 1.

⁴⁷³ Gaede, BLJ 2009, 107, 110.

⁴⁷⁴ Ähnlich Nicklas, Fristsetzung, S. 161.

auch als ernst zu nehmende Präklusionsfrist versteht, um der Exkulpationslast zu entgehen und keine Ablehnung zu riskieren.⁴⁷⁵ Ein Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO a.F. und § 246 Abs. 1 StPO liegt auf der Hand. Und es hilft nicht, das materielle Fristenmodell mit dem Argument zu verteidigen, dass die Fristenlösung an sich mit den beiden Vorschriften vereinbar sei und nur die Handhabung in der Praxis bedenklich sei. Das Problem wurzelt in der materiellen Fristenlösung als solcher.

Seit Ende 2019 kann der Vorsitzende einen Beweisantrag als ein einfaches Beweisersuchen zurückweisen, falls er gemäß § 244 Abs. 6 S. 2 StPO die Nutzlosigkeit der dadurch beantragten Beweisaufnahme sowie die unlautere Absicht des Antragstellers feststellt. Die Verschleppungsabsicht stellt nämlich keinen Ablehnungsgrund mehr für einen Beweisantrag dar, sondern ist nur dessen negatives Merkmal. Infolgedessen kann das materielle Fristenmodell nicht die Ablehnung eines Beweisantrags, sondern die Herabstufung eines Beweisantrags zu einem bloßen Beweisersuchen und dessen vereinfachte Zurückweisung fördern. Dieser Wandel ändert nichts daran, dass es die Antragstellung mit Verschleppungsabsicht immer noch eindämmen kann. Unberührt bleibt auch der Konflikt dieser Lösung mit der Wahrheitsermittlung sowie der richterlichen Aufklärungspflicht. Wie erwähnt sind beides zwei Seiten einer Medaille. Da nicht mehr die Behandlung eines Beweisantrags als solche, sondern seine Anerkennung beeinflusst wird, verstößt das materielle Fristenmodell nicht mehr gegen § 246 Abs. 1 StPO, ermöglicht aber dem Tatrichter eine Umgehung des gesamten Beweisantragsrechts, insbesondere § 244 Abs. 3 S. 2–3 StPO. Folglich lässt sich eine Rechtsfortbildung contra legem noch immer erkennen.

Mit Rücksicht auf die erwähnten Nachteile und die Rechtsunsicherheit sowie Begriffsverwirrung, die durch das Nebeneinander der gesetzlichen formellen Fristenlösung sowie des richterrechtlichen materiellen Fristenmodells verursacht werden können,⁴⁷⁶ ist der Abschied von dem materiellen Fristenmodell empfehlenswert.

IV. Erleichterte Ablehnung zur Prozessverschleppung gestellter Anträge

a) Gesetzgebung und Kritik

Nach dem neuen § 244 Abs. 6 S. 2 StPO und seiner Begründung liegt ein zum Zweck der Verfahrensverschleppung gestellter Beweisantrag vor, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers einbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und tatsächlich die

⁴⁷⁵ Kudlich, Gutachten C zum 68. DJT, C 79; Gaede, NJW 2009, 608.

⁴⁷⁶ Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, 62. Aufl., § 244, Rn. 69e; Börner, JZ 2018, 232, 238; ders., StV 2016, 681, 683; Krehl, FS Fischer, 705, 708; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 372.

Verschleppung des Verfahrens bezweckt, wobei nicht ausgeschlossen wird, dass er gleichzeitig noch andere verfahrensfremde Ziele verfolgt. Es ist nicht mehr erforderlich, dass die beantragte Beweisaufnahme eine wesentliche Verzögerung zur Folge haben kann. Ein solcher Antrag ist eigentlich kein Beweisantrag, sondern lediglich ein Beweisersuchen, das nicht durch einen Gerichtsbeschluss, sondern durch eine Verfügung des Vorsitzenden zurückzuweisen ist, die gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstanden werden kann. Sowohl der Vorsitzende als auch das Tatgericht stellen einen prozessverschleppenden Antrag nach freier Würdigung fest; infolgedessen soll das Revisionsgericht nur überprüfen, ob der Vorsitzende bzw. das Tatgericht seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat.

An erster Stelle wird die Erforderlichkeit dieser neuen Maßnahme zur Missbrauchsbekämpfung überwiegend bezweifelt. Es sei unverständlich, dass die einschneidende Reform des Beweisantragsrechts im Jahre 2017 ohne tragfähige empirische Erkenntnisse zu ihrer Auswirkung auf die Praxis nach zwei Jahren schon als unzureichend empfunden werde, zumal die ersten Erfahrungen aus den Tatsacheninstanzen dafür sprächen, dass die gesetzliche Fristenlösung die sukzessive Antragstellung effektiv unterbinden könne. Fehlten dem Tatrichter genügend Möglichkeiten zur Missbrauchsabwehr nicht, sei eine neue Einschränkung des Beweisantragsrechts überflüssig.⁴⁷⁷

Zudem wird dem Verzicht auf das Element der wesentlichen Verfahrensverzögerung kritisch begegnet, weil es widersprüchlich sei, ohne diese Verzögerung dem Antragsteller die Absicht zur Prozessverschleppung zu unterstellen, und ohne dieses rein objektive Kriterium ein Missbrauchstatbestand geschaffen werde, der vom Ermessen des Tatrichters abhängt und höchwahrscheinlich auch lästige aber ordentliche Anträge treffen könne.⁴⁷⁸

Ferner wird die Herabstufung der verfahrenverschleppenden Anträge und ihre anschließende Behandlung bemängelt. Zunächst werde das hinter dem Beweisantragsrecht stehende Antizipationsverbot umgangen, wenn die abwesende Verschleppungsabsicht ein Merkmal des Beweisantrags werde und ihre Feststellung einschließlich der Bewertung der Sachdienlichkeit des Beweisersuchens nicht mehr dem Beweisantragsrecht unterliege, sondern seine Anwendung bedinge.⁴⁷⁹ Bedenklich sei auch, dass im Falle der Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht – die in zwei Schritten erfolge, nämlich durch die Herabqualifizierung zum einfachen Beweisersuchen sowie durch die anschließende Zurückweisung,

⁴⁷⁷ *Schneider*, ZRP 2019, 126, 127; *Neuhaus*, StV 2019, 843, 852; Stellungnahme des DAV, S. 3, 5, 15; Stellungnahme des RAV, S. 1; *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 10; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 10; *Jahn*, Stellungnahme, S. 10, 22.

⁴⁷⁸ *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 10; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 11; Stellungnahme des RAV, S. 5.

⁴⁷⁹ *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 10 f.

da die richterliche Aufklärungspflicht nicht gebieten könne, einem überhaupt nicht nützlichen Beweisersuchen nachzugehen⁴⁸⁰ – ein begründeter Gerichtsbeschluss erspart und die darauf basierende Kontrolle des Revisionsgerichts verhindert werde.⁴⁸¹ Selbst bei einer Beanstandung gegen die Anordnung des Vorsitzenden nach § 238 Abs. 2 StPO werde vom Gericht ein im Vergleich zur Beweisantragssituation reduzierter Begründungsaufwand erfordert, denn allein ihm obliege die Annahme der Verschleppungsabsicht aufgrund aller maßgeblichen Umstände im konkreten Fall und die Revisionskontrolle solle sich nur auf die Frage beschränken, ob das Tatgericht seinen Beurteilungsspielraum überschritten habe.⁴⁸² Damit werde der Tatrichter beim Umgang mit prozessverschleppenden Anträgen von aller formalen und inhaltlichen Strenge des Beweisantragsrechts – konkret gesagt dem Beweisantizipationsverbot, der ausführlich begründeten Ablehnungsentscheidung sowie der effektiven revisionsrechtlichen Kontrolle – befreit und es sei nicht zu erwarten, dass er diese „Chance“ nicht für eigene Arbeitsentlastung ausnutze bzw. unliebsame Beweisangebote leicht und schnell bewältige.⁴⁸³ Dadurch werde nicht nur das wichtigste Verfahrensrecht des Angeklagten und der Rechtsstaatsprinzip verletzt, sondern gerade auch die Wahrheitsermittlung in erhebliche Gefahr.⁴⁸⁴

Infolgedessen wird vorgeschlagen, dass bei der Anrufung des Gerichts eine ähnliche Begründungslast herrschen soll wie innerhalb des Beweisantragsrechts,⁴⁸⁵ oder dass die Verantwortung für die Bescheidung eines Antrags zur Prozessverzögerung beim Tatgericht verbleiben soll, um dem Gewicht dieser Entscheidung für das besonders wichtige Verfahrensrecht gerecht zu werden.⁴⁸⁶

b) Eigene Stellungnahme

Der neue § 244 Abs. 6 S. 2 StPO wurzelt teilweise in dem Vorschlag der Wissenschaft, bei der Annahme der Intention zur Prozessverzögerung dem Phänomen des Motivbündels Rechnung zu tragen,⁴⁸⁷ teilweise in der aktuellen Rechtsprechung, die den objektiven Tatbestand der erheblichen Verzögerung beseitigen

⁴⁸⁰ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 11, Fn. 5.

⁴⁸¹ BT-Drs. 19/14244, S. 5; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 11 f.; *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 10.

⁴⁸² *Caspari*, Stellungnahme, S. 29; *Schneider*, ZRP 2019, 126, 128; *Claus*, NStZ 2020, 57, 60.

⁴⁸³ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 8, 11 f.; *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 10; Stellungnahme des RAV, S. 5; *Neuhaus*, StV 2019, 843, 852.

⁴⁸⁴ BT-Plenarprotokoll 19/128, 15.11.2019, S. 16086 B; Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung, S. 2 f.

⁴⁸⁵ *Schork*, NJW 2020, 1, 4; *Schneider*, ZRP 2019, 126, 129.

⁴⁸⁶ *Mosbacher*, Stellungnahme, S. 8.

⁴⁸⁷ LR-*Becker*, 27. Aufl., § 244, Rn. 270; *Alsberg-Güntge*, 6. Aufl., Rn. 1241; *Gössel*, ZIS 2007, 557, 562; *Hirsch*, Beweisanzug, S. 70.

will,⁴⁸⁸ und teilweise in der in den letzten 40 Jahren immer wiederholten Reformbestrebung, allein dem Gericht die Würdigung der im Einzelfall verschleppungsrelevanten Umstände zu überlassen.⁴⁸⁹ Darüber hinaus liegt der Verdacht nahe, dass die Herabstufung der zur Prozessverschleppung gestellten Beweisanträge zur Rechtfertigung der Konnexitätsanforderung erfolgt, weil dadurch der Vorwurf entkräftet wird, dass ein missbräuchliches Beweisersuchen besser behandelt werde als ein anderes, dessen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung nur unklar ist.⁴⁹⁰ Als eine Mischung aller diesen Elemente erleichtert diese Vorschrift materiell sowie prozessual die Feststellung der prozessverschleppenden Beweisanträge und vereinfacht ihre Zurückweisung. Damit wird die Bekämpfung solcher Anträge zwar wesentlich gefördert, diese Förderung hat allerdings auch ihre Kosten.

Zunächst ist zu befürchten, dass die Lockerung der Anforderungen an die Annahme eines verfahrensverschleppenden Antrags in der Praxis missbraucht wird. Indem die Verschleppungsabsicht des Antragstellers auch dann anzunehmen, wenn bei diesem neben der Intention der Verfahrensverlängerung auch andere missbräuchliche Motive, wie z. B. diejenigen der politischen Propaganda, vorliegen, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Menschen in der Regel nicht aus einem einzelnen Motiv, sondern aus einem Motivbündel heraus handeln und es dabei nicht immer klar hervortritt, welche Intention im Vordergrund steht. Kann die Antragstellung auf mehrere Intentionen zurückgeführt werden, ohne dass das Vorhaben zur Verfahrensverzögerung deutlich nachrangig scheint, lässt sich eine Verschleppungsabsicht problemlos bejahen.⁴⁹¹ Wenn im Gegensatz dazu ein anderes missbräuchliches Motiv offensichtlich im Vordergrund steht, oder genauer gesagt, wenn die Prozessverzögerung nicht einmal als Ziel angestrebt, sondern nur als Nebeneffekt billigend in Kauf genommen wird, dann ist es fraglich, ob man auch hier auf einen verfahrensverschleppenden Antrag erkennen soll.⁴⁹² Dagegen spricht zunächst, dass der Gesetzeswortlaut des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO ein zweckgerichtetes sowie intentionales Handeln verlangt, das nicht mit Wissen und Inkaufnahme gleichzusetzen ist. Im Strafrecht unterscheidet man daher zwischen *dolus directus* 1. Grades und *dolus directus* 2. Grades.⁴⁹³ Auch die Trennung zwischen Verfahrensverschleppung und Verfolgung verfahrensfremder Zwecke in § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO steht einem weiten Verständnis der Verschleppungsabsicht entgegen. Außerdem hätte dem Gesetzgeber freigestanden, in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO den Vorwurf der Prozessverschleppung durch den des Rechtsmissbrauchs zu ersetzen. Dass dies nicht geschehen ist, kann man als

⁴⁸⁸ BGHSt 51, 333, 342 f.; BGH StV 2008, 9, 10.

⁴⁸⁹ Erster Teil, C. I.

⁴⁹⁰ Wehowsky, NSStZ 2019, 59, 64.

⁴⁹¹ Vgl. BGHSt 18, 246, 251; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1241.

⁴⁹² Vgl. Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1241.

⁴⁹³ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1241 f.

Beleg eines gegenteiligen Willen annehmen.⁴⁹⁴ Dennoch ist es wahrscheinlich, dass in der Rechtspraxis anders verfahren und die Verschleppungsabsicht schon bejaht wird, wenn ein beliebiges Vorhaben zum Missbrauch des Beweisantragsrechts vorliegt, in dem die Inkaufnahme der daraus folgenden Verfahrensverlängerung zwingend eingeschlossen ist. Dies ist damit zu begründen, dass sich eine leicht zu bejahende Verschleppungsabsicht für den Tatrichter arbeitsentlastend auswirkt und ihm bei der Klärung der Intention des Antragstellers ein großer Spielraum gestattet wird, worauf später zurückzukommen ist.

Gleichzeitig schafft die neue Vorschrift die traditionelle Anforderung ab, dass die beantragte Beweisaufnahme wesentliche Verzögerung zur Folge haben können muss.⁴⁹⁵ Dies ist an sich nicht zu beanstanden. Schon früher wurde behauptet, dass ein systematischer Widerspruch bestünde, wenn eine Ablehnung wegen Verschleppungsabsicht nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. eine zu erwartende erhebliche Prozessverzögerung voraussetzte, während eine Antragszurückweisung aus dem gleichen Grund gemäß § 245 Abs. 2 S. 3 StPO a.F. dies nicht verlangte.⁴⁹⁶ Zur Vereinheitlichung der Voraussetzungen des Ablehnungsgrundes der Prozessverschleppung sei eine Übertragung des Merkmals der wesentlichen Verfahrensverzögerung auf das Verständnis von § 245 Abs. 2 S. 3 StPO a.F. zwar denkbar, aber abzulehnen, weil die Erhebung eines präsenten Beweismittels nur in wenigen, rein hypothetischen Sachverhaltskonstellationen zur wesentlichen Prozessverschleppung führen könne und dieses Merkmal das Leerlaufen dieses Ablehnungsgrundes zur Folge haben würde. Der einzige Weg sei folglich die Transformation der Anforderungen in § 245 Abs. 2 S. 3 StPO a.F. auf den Ablehnungsgrund in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. und die Aufhebung des Moments der wesentlichen Verfahrensverzögerung dort.⁴⁹⁷ Dazu wurde als Argument herangezogen, dass ein Ablehnungsgesuch gegen den Richter gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO wegen Prozessverschleppung zurückgewiesen werden könne, selbst wenn eine übermäßige Unterbrechung der Hauptverhandlung nicht dadurch verursacht, sondern nach § 29 Abs. 2 StPO a.F. vermieden werden könne.⁴⁹⁸ Die

⁴⁹⁴ Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1253.

⁴⁹⁵ Der § 244 Abs. 6 S. 2 StPO verbietet es aber nicht, die mögliche wesentliche Ausdehnung des Verfahrens als ein Indiz für die subjektive Verschleppungsabsicht zu betrachten, vgl. Niemöller, NStZ 2008, 181, 185 f.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 28; Holz, GA 2016, 639, 641 f.

⁴⁹⁶ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 275; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1247 ff.; Schrader, NStZ 1991, 224, 226; Niemöller, NStZ 2008, 181, 182 ff.; Wehowsky, NStZ 2019, 59, 62.

⁴⁹⁷ BGHSt 51, 333, 342 f.; BGH StV 2008, 9, 10; LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 275; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1247 ff.; Niemöller, NStZ 2008, 181, 184; vgl. Thole, Scheinbeweisantrag, S. 209 ff.; a.M. KK-Krehl, § 244 Rn. 178; Spiekermann, Mißbrauch, S. 101; Beulke/Ruhmannseder, NStZ 2008, 300, 301; Michalke, StV 2008, 228, 229.

⁴⁹⁸ LR-Becker, 26. Aufl., § 244, Rn. 275; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1249; Wehowsky, NStZ 2019, 59, 62.

Gesetzesänderung Ende 2019 nimmt dieser Kritik nicht ihre Berechtigung. Darüber hinaus wird der Verzicht auf das Element der wesentlichen Verzögerung dem Ziel des Beweisantragsrechts gerecht. Wenn man dieses Ziel lediglich in der Förderung der Wahrheitsermittlung sieht, ist es nicht ersichtlich, warum ein nicht sachdienlicher Beweisantrag erst abgelehnt werden kann, wenn er erhebliche Verfahrensverzögerung verursachen wird.⁴⁹⁹ In Anbetracht dessen, dass diese objektive Anforderung die Funktion hat, den Anwendungsbereich des Vorwurfs der Verschleppungsabsicht auf die wirklich auf Prozessverlängerung abzielenden Anträge einzuschränken, ist jedoch zu bedenken, ob die Kombination dieser Neuerung mit derjenigen hinsichtlich der Intention des Antragstellers auf eine noch größere Gefahr hinausläuft, wonach im juristischen Alltag der Tadel der Verschleppungsabsicht als Oberbegriff für alle Spielarten des Missbrauchs des Beweisantragsrechts gehandhabt werden könnte.⁵⁰⁰

Nach der neuen Regelung stellt ein als prozessverzögernd verurteilter Antrag keinen Beweisantrag dar, folglich bestimmt der Umfang dieses Vorwurfs den Einflussbereich des Beweisantragsrechts. Würde dieser Tadel nach der vorherigen herrschenden Meinung erst bei Erfüllung dreier strenger Voraussetzungen bestätigt, wäre die Reichweite des Beweisantragsrechts zwar verkürzt, jedoch in kleinem Umfang. Im Vergleich dazu wird unter den aktuellen gelockerten Anforderungen und dem tatrichterlichen Spielraum bei ihrer Feststellung diese so bedeutende Garantie für die Wahrheitsermittlung weitgehend umgangen und entwertet. Das führt nicht nur dazu, dass die gesetzlich aufgezählten Ablehnungsgründe im großen Umfang verdrängt werden, wie z.B. wenn ein zur politischen Propaganda gestellter Antrag nicht mehr wegen Bedeutungslosigkeit, sondern aufgrund von unterstellter Verschleppungsabsicht zurückzuweisen ist, sondern auch dazu, dass ein detailliert begründeter Gerichtsbeschluss im Falle der Antragszurückweisung und eine diesbezügliche effektive Kontrolle durch das Revisionsgericht häufig erspart werden, die für die Sicherung des redlichen Handelns des Tatrichters unerlässlich sind. Die Missbrauchsgefahr ist nicht zu unterschätzen, wenn der Vorsitzende die prozessverschleppenden Anträge mit knapper Begründung zurückweisen kann und diese Verfügung an sich keiner Revisionskontrolle unterliegt. Erst mit zusätzlicher Belastung, konkret gesagt mit einer Beanstandung gemäß § 238 Abs. 2 StPO,⁵⁰¹ kann der Antragsteller eine Entscheidung des Gerichts herbeiführen und eine Überprüfung durch das Revisionsgericht er-

⁴⁹⁹ Dagegen lässt sich diese Anforderung als Hürde für eine Kompetenzverlagerung gut verstehen, falls, wie die Inkongruenzlehre behauptet, das Beweisantragsrecht als die Kompetenz der Verteidigung betrachtet wird, den Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen.

⁵⁰⁰ Vgl. *Thole*, Scheinbeweisantrag, S. 190 ff.

⁵⁰¹ Der Antragsteller hat einen Eingriff in seine Verfahrensrechte und einen potentiellen Einfluss der beanstandeten Maßnahme auf die Urteilsfindung schlüssig darzulegen, s. *LR-Becker*, 27. Aufl., § 238, Rn. 32.

möglichen, deren Durchführung für einen unverteidigten Angeklagten problematisch sein kann. Trotzdem folgt aus der Entscheidung des Gerichts und deren Überprüfungsmöglichkeit auf Revisionsebene noch kein gleich effektiver Schutz vor Fehlern und Willkür wie innerhalb des Beweisantragsrechts.

Nach der Gesetzesbegründung beurteilt das Tatgericht nach freier Würdigung, ob ein Antrag zur Verfahrensverlängerung gestellt ist, und die Revisionsinstanz hat das tatrichterliche Ermessen zu beachten. Neu ist diese Auffassung nicht, sondern beschreibt lediglich die normale tat- und revisionsrichterliche Arbeitsteilung. Schon seit Beginn der Bundesrepublik hat der BGH klargemacht, dass das Revisionsgericht sich damit zu begnügen hat, dass die tatrichterliche Entscheidung über die Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht „aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden“ ist. Ob es bei einer eigenen Würdigung aller relevanten Umstände zum gleichen Ergebnis wie das Tatgericht gelangen würde, ist von keiner Bedeutung.⁵⁰² Obwohl der zweite Senat des BGH einmal die gegenteilige Auffassung vertrat, dass zur Unterbindung des Rechtsmissbrauchs seitens des Tatgerichts das Revisionsgericht die tatrichterliche Begründung „unter eigener Würdigung auch in tatsächlicher Hinsicht nachzuprüfen“ hatte,⁵⁰³ nimmt er später Abschied davon und schließt sich der herrschenden Meinung an.⁵⁰⁴ Zu beachten ist dabei, dass auch Verstöße gegen Denk- und Naturgesetze zur fehlerhaften Rechtsanwendung zählen,⁵⁰⁵ weswegen der BGH in seiner jüngeren Rechtsprechung erklärt, dass das Revisionsgericht die tatrichterlichen Erwägungen daraufhin überprüft, ob sie „in tatsächlicher Hinsicht tragfähig und rechtlich zutreffend sind“.⁵⁰⁶ Folglich hat der Tatrichter bei der Anwendung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht trotz seines Beurteilungsspielraums eine schwere Begründungslast; nach der herrschenden Meinung sollen in der Ablehnungsentscheidung alle Umstände erläutert und eingehend gewürdigt werden, die für und gegen den prozessverschleppenden Charakter des Antrags sprechen. Vor diesem Hintergrund scheint die neue Bestimmung bezüglich der Würdigungsfreiheit des Tatrichters allein eine Bestätigung der bestehenden Rechtslage zu sein. Harmlos ist sie dennoch nicht. Selbst die Befürworter der Unterstreichung dieses Spielraums sprechen von ihrer „Signalwirkung“, dass das Revisionsgericht die Anforderungen an die tatrichterliche Begründungspflicht sowie die Intensität eigener Kontrolle reduzieren wird,⁵⁰⁷ und von „etwas freier und einzelfallangepaßter“

⁵⁰² BGHSt 1, 29; BGHSt 51, 333, 336 f.; BGH NStZ 1982, 391; 1990, 350; NJW 2001, 1956; Alsberg-Güntge, 6. Aufl., Rn. 1440; LR-Becker, 27. Aufl., § 244, Rn. 286.

⁵⁰³ BGHSt 21, 118; auch *ter Veen*, Beweisumfang, S. 293 ff.

⁵⁰⁴ BGH NStZ 1982, 39; 1984, 466; StV 1989, 234; *Schweckendieck*, NStZ 1991, 109, 111 f.

⁵⁰⁵ *Schmitt*, Beweiswürdigung, S. 492 f.; vgl. *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 365.

⁵⁰⁶ BGHSt 51, 333, 336 f.; BGH NJW 2001, 1956.

⁵⁰⁷ *Rebmann*, NStZ 1984, 241, 246.

Handlung des Tatrichters als Folge.⁵⁰⁸ Die Gegner verstehen darunter schlechthin eine Anregung an die Tatrichter, auch ohne tragfähige Tatsachengrundlage und schlüssige Würdigung die Verschleppungsabsicht anzunehmen und sich damit lästiger Anträge mühelos zu entledigen, sowie einen Appell an die Revisionsrichter, die tatrichterliche Entscheidung grundsätzlich nicht infrage zu stellen, was am Ende eine größere tatrichterliche Freiheit bewirkt als zuvor.⁵⁰⁹ Als Folge ist nichts anderes zu erwarten als fehlerhafte Antragsablehnungen sowie Beeinträchtigungen der Sachverhaltsaufklärung.

Zusammenfassend wird mit der Herabqualifizierung des Antrags sowie dem erweiterten tatrichterlichen Spielraum nicht nur dem richterlichen Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet, sondern auch der Richter dazu ermutigt, seine Pflicht zur Wahrheitsermittlung zu missachten.⁵¹⁰ Um diese Nachteile möglichst zu reduzieren, ist die Würdigungsfreiheit des Tatrichters so auszulegen, dass sie nur die bestehende Arbeitsteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht umfasst und die tatrichterliche Darlegungslast sowie die revisionsrichterliche Kontrolle davon unberührt bleiben. Dadurch kann verhindert werden, dass das Tatgericht mehr Anträge herabstuft als es darf, wie z.B. wenn es alle Varianten des Missbrauchs des Beweisantragsrechts dem Vorwurf der Verschleppungsabsicht zuordnet. Zur Lösung des Problems der missbräuchlichen Vorsitzendenverfügung als Folge der Herabqualifizierung wäre es denkbar, eine Ausnahme von der nicht unumstrittenen Regel, dass die Zulässigkeit der gegen die Anordnung des Vorsitzenden gerichteten Revisionsrüge die Anrufung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO voraussetzt, zuzulassen.⁵¹¹

D. Resümee

Schon mit den sich aus der Rechtslage nach 1950 ergebenden Mitteln war das Problem des Missbrauchs des Beweisantragsrechts lösbar. Während die meisten Varianten des Rechtsmissbrauchs bereits durch die in der StPO ausdrücklich geregelten Antragsablehnungsmöglichkeiten bekämpft werden konnten, konnte eine verfahrensparalysierende Antragstellung mittels einer eng begrenzten Rechtsfortbildung praeter legem unterbunden werden. Vor diesem Hintergrund erscheinen die zusätzlichen Maßnahmen der richterlichen Rechtsfortbildung und der Gesetzgebung in den letzten Jahren überflüssig. Es ist nicht zu leugnen, dass

⁵⁰⁸ Vorschläge, StV 1982, 325, 326.

⁵⁰⁹ Erklärung der Vereinigung hessischer Strafverteidiger e. V., StV 1982, 392, 396; *Frister*, ZStW 105 (1993), 340, 353 Fn. 32; *ders.*, StV 1997, 150, 152 f.; *Fezer*, StV 1995, 263, 266 f., 268; *Schulz*, StV 1991, 354, 355 f.; *Schatz*, Beweisantragsrecht, S. 366.

⁵¹⁰ *Fezer*, StV 1995, 263, 267, 268.

⁵¹¹ Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 17 f.; *LR-Becker*, 27. Aufl., § 238, Rn. 43 ff.

diese neuen Maßnahmen der Missbrauchsbekämpfung ihrem Zweck auch dienen, gleichzeitig muss jedoch auch anerkannt werden, dass sie das Beweisantragsrecht entweder tiefgehend beschneiden oder umgehen. Letztendlich gefährden sie jedenfalls die dem Beweisantragsrecht zugrunde liegenden Wertungen, nämlich die Feststellung der materiellen Wahrheit, und verletzen die richterliche Pflicht zur Wahrheit. Wenn man die Möglichkeit der parallelen Anwendung unterschiedlicher Maßnahmen berücksichtigt, ist die Lage noch besorgniserregender. Eine zu weit gehende Missbrauchsabwehr gegenüber der Verteidigung, wie hier, ermöglicht am Ende selbst Rechtsmissbrauch durch den Richter.

Schlusswort

Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung lässt sich Folgendes festhalten:

Nach dem hier vertretenen zweigleisigen Rechtfertigungsmodell sind die Förderung der legitimen Strafzufügung als Ziel des Strafverfahrens und der Respekt vor Menschen im Sinne des Instrumentalisierungsverbots als dessen absolute Schranke zu betrachten. Aus dem Endzweck des Verfahrens, künftigen Straftaten vorzubeugen, ohne das Schuldprinzip zu durchbrechen, lassen sich noch zwei Zwischenziele herleiten: Die Erforschung der materiellen Wahrheit und die schnelle Verfahrenserledigung.

Im Hinblick auf die vollständige Wahrheitsermittlung ist das Beweisantragsrecht unerlässlich, weil es über verfahrensrechtliche Garantien verfügt, die eine unsichere vorweggenommene Beweiswürdigung des Gerichts effektiv unterbinden können. Zur Verhinderung mutmaßlichen Missbrauchs haben die Rechtsprechung und die Gesetzgebung jedoch Maßnahmen entwickelt, die dieses Recht einschränken.

Den Befunden einer allgemeinen Untersuchung des Rechtsmissbrauchs und der Missbrauchsbekämpfung im Strafverfahren entsprechend kann ein Missbrauch des Beweisantragsrechts nur bejaht werden, wenn die Antragstellung an sich verwerflich ist, weil sie das Gericht zum Selbstwiderspruch zwingt, vorrangige positivrechtliche sowie überpositivrechtliche Wertungen verletzt oder gar nicht bezweckt, durch ein Erzwingen der dem Antragsteller nützlichen Beweisaufnahme die Wahrheitsermittlung zu seinen Gunsten zu fördern, oder wenn die Antragstellung zu einem objektiv untragbaren Ergebnis führt, weil sie vor dem Hintergrund, dass eine Beweiserhebung trotz der der Bedeutung des Beweises entsprechenden Bemühungen in absehbarer Zeit unmöglich ist, darüberhinausgehende Anstrengungen verlangt.

Mit dem Katalog der gesetzlichen Ablehnungsgründe verfügt das Gericht grundsätzlich über ein effektives Instrumentarium gegen den Missbrauch des Beweisantragsrechts, allerdings mit einer Ausnahme: Dem Rechtsmissbrauch durch kontinuierliche und massenhafte Beweisanträge ist weder mit den gesetzlichen Ablehnungsmöglichkeiten der StPO noch den nichtstrafprozessualen Maßnahmen effektiv entgegenzuwirken. Doch bietet sich im Rahmen einer zurückhaltenden und einzelfallbezogenen Rechtsfortbildung ein Ausweg. Dem Gericht wird nach einem knapp begründeten Hinweis während der Hauptverhandlung auf den Rechtsmissbrauch durch die Vielzahl der Beweisanträge die Möglichkeit eröffnet, erst im Urteil die Beweisanträge zu bescheiden. In den Entscheidungsgrün-

den des Urteils hat das Gericht dann nachvollziehbar darzulegen, dass erstens die Ablehnung der überhaupt nicht auf die Sachverhaltsaufklärung abzielenden Beweisangebote durch begründete Gerichtsbeschlüsse eine Verfahrensblockierung auf unabsehbare Zeit bewirkt hätte, und zweitens die geschaffene Maßnahme einerseits für die Vermeidung der bevorstehenden Verfahrensblockierung geeignet sowie erforderlich ist und andererseits nicht selbst die hinter dem Beweisangebotsrecht stehende Suche nach materieller Wahrheit beeinträchtigt.

Da sich alle Varianten des Missbrauchs des Beweisangebotsrechts durch diese genannten Maßnahmen effektiv unter Beachtung der Verfahrensgarantien bekämpfen lassen, sind die vier durch Rechtsprechung und Gesetzgebung in jüngerer Zeit geschaffenen Maßnahmen – d.h. das allgemeine Missbrauchsverbot, die Anforderung an Konnexität im weiteren Sinne, die (materielle sowie formelle) Fristenlösung, und die erleichterte Angebotsablehnung wegen Verschleppungsabsicht – überflüssig. Vielmehr stellen diese Mittel gegen Rechtsmissbrauch selbst eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips dar, weil sie dem Tatrichter gestatten, entweder einen Teil der drei Säulen des Beweisangebotsrechts zu umgehen oder sich diesem Recht schlechthin zu entziehen, und somit das Beweisangebotsrecht als bedeutendes Verfahrensrecht im Kern betreffen. Diese neuen Maßnahmen stehen auch im unüberbrückbaren Widerspruch zu dem strafprozessualen Ziel der Wahrheitsermittlung sowie dem Grundsatz der Amtsermittlung. Das „Gegengift“, d.h. die Einschränkung des Beweisangebotsrechts mit dem Ziel der Abwehr eines mutmaßlichen Missbrauchs, wirkt am Ende selbst „toxisch“.

Um aus dieser rechtsstaatlichen Misere zu gelangen, muss der Richter den richterrechtlichen Sondermaßnahmen entsagen und die gesetzlich verankerten Maßnahmen zur Missbrauchsabwehr zurückhaltend und umsichtig gebrauchen, zumindest ist auf die Anwendung mehrerer Maßnahmen zur gleichen Zeit so oft wie möglich zu verzichten. Zudem könnte man aus der Reaktion des RG auf den Abbau des Beweisangebotsrechts in der NS-Zeit lernen und in der richterlichen Aufklärungspflicht den Schutz der Wahrheitsfindung suchen, konkret gesagt, durch die Unterstreichung der Amtsaufklärungspflicht die Verkürzung des Beweisangebotsrechts mehr oder weniger ausgleichen. Um diese Forderungen trotz der Herrschaft der Idee der Missbrauchsabwehr und der Verfahrensbeschleunigung in der Justiz umzusetzen, muss die Strafrechtswissenschaft sich noch aktiver für ihre Aufgabe als „vierte Gewalt“ einsetzen und die Tätigkeit der Gerichte noch intensiver durch die Vernunft kontrollieren. In ähnlicher Weise ist gegen die aus der Legislative stammende Erosion des rechtsstaatlichen Strafverfahrens Widerstand zu leisten. Nur so wird das Pendel eines Tages wieder in die richtige Richtung zurückschlagen. Und gerade diese Bemühungen sind für die chinesischen Kollegen am meisten inspirierend.

Literaturverzeichnis

7. Strafverteidigertag vom 15. bis 17.04.1983 in Frankfurt/M-Ergebnisse der Arbeitsgruppen, StV 1983, 260.

Abdallah, Tarek: Die Problematik des Rechtsmißbrauchs im Strafverfahren: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bezüge des Strafprozeßrechts, Berlin 2002 (zitiert: *Abdallah*, Problematik des Rechtsmißbrauchs).

Aktueller Stand der Bestrebungen zur Änderung der Strafprozeßordnung, StV 1982, 600.

Albrecht, Hans-Jörg: Ist das Strafverfahren noch zu beschleunigen?, NJ 1994, 396.

Albrecht, Peter-Alexis: Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, NJ 1994, 193.

Albrecht, Peter-Alexis: Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO), NSTz 1983, 486.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 8. Aufl., Berlin 2018 (zitiert: *Alexy*, Theorie der Grundrechte).

Alsberg, Der Beweisanspruch im Strafprozess

- 7. Aufl., von Jens Dallmeyer, Georg-Friedrich Guntge, Michael Tsambikakis, Köln 2019 (zit. als *Alsberg-Bearbeiter*; 7. Aufl.).
- 6. Aufl., von Jens Dallmeyer, Georg-Friedrich Guntge, Michael Tsambikakis, Köln 2013 (zit. als *Alsberg-Bearbeiter*; 6. Aufl.).
- 5. Aufl., von Max Alsberg, Karl-Heinz Nüse, Karlheinz Meyer, Köln 1983 (zitiert: *Alsberg*, 5. Aufl.).

Alsberg, Max: Max Alsberg – Ausgewählte Schriften, Baden-Baden 1992 (zitiert: *Alsberg*, Ausgewählte Schriften).

Alsberg, Max: Das Verbot der Beweisantizipation, JW 1922, 258.

Ambos, Kai: Verfahrensverkürzung zwischen Prozeßökonomie und „fair trial“: Eine Untersuchung zum Strafbefehlsverfahren und zum beschleunigten Verfahren, Jura 1998, 281.

Anders, Ralf Peter: Beweiserhebungskontrollen des Tatgerichts und Autonomie der Verteidigung durch Präsentation von Entlastungsbeweisen in der Hauptverhandlung des Strafprozesses, Berlin 1998 (zitiert: *Anders*, Beweiserhebungskontrollen).

Arbeitstagung der Generalstaatsanwälte und des Generalbundesanwalts zum „Verteidigerverhalten in Terroristenverfahren“, StV 1991, 284.

Arenhövel, Wolfgang/*Otte*, Stefanie: Situation der Strafkammern der Landgerichte (Teil 1) – Vergleichende Untersuchung an sechzehn Landgerichten in sechs OLG-Bezirken, DRiZ 2010, 227.

- Arenhövel, Wolfgang/Otte, Stefanie*: Situation der Strafkammern der Landgerichte (Teil 2) – Vergleichende Untersuchung an sechzehn Landgerichten in sechs OLG-Bezirken, DRiZ 2010, 270.
- Armbrüster, Klaus*: Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, ein rechtsgeschichtlicher Beitrag von den Anfängen einer Verteidigertätigkeit in Deutschland bis zum Ende der Weimarer Zeit, Berlin 1980 (zitiert: *Armbrüster*, Verteidigung).
- Arzt, Gunther*: Salomonische Wahrheit – heute, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 19–32 (zitiert: *Arzt*, FS Volk).
- Asbrock, Bernd*: Entlastung der Justiz zu Lasten des Rechtsstaats?, ZRP 1992, 11.
- Asbrock, Bernd*: ÖTV-Stellungnahme zu den geplanten Gesetzesänderungen im Strafverfahrensrecht, ZRP 1983, 20.
- Bachler, Lars*: Der nur zum Schein gestellte Beweis Antrag, in: Jan Bockemühl, Bernd von Heintschel-Heinegg, Ricarda Lang u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag, Berlin 2017, S. 1–11 (zitiert: *Bachler*, FS Breidling).
- Bandisch, Günter*: Zum Entwurf eines Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 04.01.1994: Eine vorläufige Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Rechtsanwaltsvereins, StV 1994, 153.
- Bandisch, Günter*: Entschließung der Mitgliederversammlung des Deutschen Anwaltsvereins am 8. Mai 1991, Strafrechtsausschuß, AnwBl 1991, 311.
- Barth, Holger*: Das Beweis antragsrecht zwischen verfassungsrechtlichem Anspruch und Reformforderungen auf ungesicherter empirischer Grundlage, ZStW 108 (1996), 155.
- Barton, Stephan*: Eine selbsterfüllende Prophezeiung: Die zunehmende Dauer von Strafverfahren, in: Joachim Schulz, Thomas Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann, zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1997, S. 524–541 (zitiert: *Barton*, FS Bemann).
- Barton, Stephan*: Rechtstatsachen zur Dauer von Strafverfahren und zu deren Gründen: Zugleich eine Entgegnung auf Meyer-Goßner/Ströber, Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen, ZRP 1996, S. 354 ff., StV 1996, 690.
- Barton, Stephan*: Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg vom 09.05.1995 – Ws 461/95, StV 1995, 290.
- Barton, Stephan*: Strafverteidigungs-Aktivitäten im Justizalltag, StV 1984, 394.
- Basar, Eren*: Reformvorhaben StPO, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur „effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“, KriPoZ 2017, 95.
- Basar, Eren/Schiemann, Anja*: Die StPO-Reform: Großer Wurf oder vertane Chance?, KriPoZ 2016, 177.
- Basdorf, Clemens*: Änderungen des Beweis antragsrechts und Revision, StV 1995, 310.
- Bauer, Fritz*: Die Wiederaufnahme teilweise abgeschlossener Strafverfahren, JZ 1952, 209.

- Beccaria*, Cesare: Abhandlung über Verbrechen und Strafen, von neuem aus dem Italiänischen übersetzt, Leipzig 1798 (zitiert: *Beccaria*, Verbrechen und Strafen).
- Berg*, Michael: Saboteure, DRiZ 1994, 380.
- Bergmann*, Karl-Otto: Die Beweisanregung im Strafprozess, Dissertation, Universität Münster 1970 (zitiert: *Bergmann*, Beweisanregung).
- Bertram*, Günter: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (Strafrecht) 1995, ZRP 1996, 46.
- Berz*, Ulrich: Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des Strafverfahrens, NJW 1982, 729.
- Beulke*, Werner: Missbrauch von Verteidigerrechten-Eine kritische Würdigung der jüngsten Rechtsprechung, in: Martin Böse, Detlev Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 543–564 (zitiert: *Beulke*, FS Amelung).
- Beulke*, Werner: Zwickmühle des Verteidigers – Strafverteidigung und Strafvereitelung im demokratischen Rechtsstaat, in: Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 1173–1194 (zitiert: *Beulke*, FS Roxin).
- Beulke*, Werner: Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt am Main 1980 (zitiert: *Beulke*, Verteidiger).
- Beulke*, Werner/*Ruhmannseder*, Felix: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 09.05.2007 – 1 StR 32/07, NSTz 2008, 300.
- Beulke*, Werner/*Swoboda*, Sabine: Strafprozessrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2018 (zitiert: *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht).
- Beulke*, Werner/*Witzigmann*, Tobias: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.06.2008 – 5 StR 38/08, StV 2009, 58.
- Bierhoff*, Werner: Prozedurale Gerechtigkeit: Das Wie und Warum der Fairneß, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163.
- Birkmeyer*, Karl von: Deutsches Strafprozeßrecht, mit eingehender Bezugnahme auf die preußischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechtes, Berlin 1898 (zitiert: *Birkmeyer*, Strafprozeßrecht).
- Böhm*, Klaus Michael: Verteidigerfremdes Verhalten – Neue Wege zur Ausschließung lästiger Strafverteidiger?, NJW 2006, 2371.
- Born*, Birgit: Wahrunterstellung zwischen Aufklärungspflicht und Beweisablehnung wegen Unerheblichkeit, Spardorf 1984 (zitiert: *Born*, Wahrunterstellung).
- Börner*, René: Der Diskursvorbehalt der Fristlösung für Beweisanträge: Wider die ängstliche Strafjustiz, JZ 2018, 232.
- Börner*, René: Die Fristsetzung für Beweisanträge gem. § 244 Abs. 6 E-StPO, Prozessrechtsdogmatik und rechtspolitische Stimmung, StV 2016, 681.
- Börner*, René: Legitimation durch Strafverfahren: Die normative Kraft des Misstrauens, Berlin 2014 (zitiert: *Börner*, Legitimation).

- Bosch*, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht: Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“, Berlin 1998 (zitiert: *Bosch*, nemo tenetur).
- BRÄK und DAV an den Bundesminister der Justiz, AnwBl 1991, 308.
- Brause*, Hans Peter: Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß, NJW 1992, 2865.
- Breucker*, Hannes: Verteidigungsfremdes Verhalten, Berlin 1993 (zitiert: *Breucker*, Verhalten).
- Brüning*, Janique: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.06.2008 – 5 StR 38/08, ZJS 2008, 554.
- Bruns*, Hans-Jürgen: Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, in: Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, S. 469–486 (zitiert: *Bruns*, FS Maurach).
- Bruns*, Hans-Jürgen: Zur Frage der Zulässigkeit der „Beweisantizipation“ im Strafverfahren, DR 1940, 2041.
- Bünger*, Ralph: Die tatrichterlichen Möglichkeiten der Reaktion auf einen Missbrauch des Beweisantragsrechts, NStZ 2006, 305.
- Burhoff*, Detlef: Effektiveres und praxistauglicheres Strafverfahren – Teil 2: Hauptverhandlung, ZAP 2017, 907.
- Busse*, Felix: Die Anwaltschaft und ihre Verantwortung für das Strafverfahren, AnwBl 1997, 73.
- Caspari*, Stefan: Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 11. November 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/666900/c068a83c49b80c4dbd2ab26868bb05e0/caspari-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Claus*, Susanne: Zur Modernisierung des Strafverfahrens, NStZ 2020, 57.
- Conen*, Stefan: Einhegung und Abbau von Beschuldigtenrechten in der StPO-Reform: Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, AnwBl online 2017, 640.
- Dahs*, Hans: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 14.06.2005 – 5 StR 129/05, StV 2006, 116.
- Dahs*, Hans: Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses, StraFo 1998, 253.
- Dahs*, Hans: Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 – ein Produkt des Superwahljahres, NJW 1995, 553.
- Dahs*, Hans: Stumpf gewordene StPO?, NJW 1994, 909.
- Dallmeyer*, Jens: Reformbedarf im Recht der Befangenheitsanträge, Besetzungsrügen und Beweisanträge?, StV 2018, 533.
- Dedes*, Christos: Beweisverfahren und Beweisrecht, Berlin 1992 (zitiert: *Dedes*, Beweisverfahren).
- Dencker*, Friedrich: Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, ZStW 102 (1990), 51.

- Die Strafrechtsnovellen v. 28. Juni 1935: Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs (RGBl. I S. 839), Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes (RGBl. I S. 844) und die amtlichen Begründungen zu diesen Gesetzen, Berlin 1935 (zitiert: Strafrechtsnovellen v. 28.06.1935).
- Dippel*, Karlhans: Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß, GA 1972, 97.
- Dölling*, Dieter: Über die Beschleunigung des Strafverfahrens, in: Albin Eser, Jürgen Goydke, Kurt Rüdiger Maatz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 101–125 (zitiert: *Dölling*, FS Meyer-Goßner).
- Dölling*, Dieter/*Feltes*, Thomas/*Dittmann*, Jörg u. a.: Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten: Eine empirische Analyse zur Rechtswirklichkeit von Strafverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 2000 (zitiert: *Dölling* u. a., Dauer von Strafverfahren).
- Donna*, Edgardo Alberto: Die ethische Autonomie des Menschen als wesentliches Rechtsgut, in: Roland Hefendehl, Tatjana Hörnle, Luis Greco (Hrsg.), Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 17–28 (zitiert: *Donna*, FS Schünemann).
- Dornach*, Markus: Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens: Ein Plädoyer für die öffentlichen Funktionen des Strafverteidigers, Berlin 1994 (zitiert: *Dornach*, Strafverteidiger).
- Duttge*, Gunnar: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 14.06.2005 – 5 StR 129/05, JZ 2005, 1012.
- Duttge*, Gunnar/*Neumann*, Stephanie: „Wir übernehmen jeden Fall!“, HRRS 2010, 34.
- Eidam*, Lutz: Anmerkung zum Beschluss BGH vom 22.08.2008 – 2 StR 195/08, JR 2008, 520.
- Eidam*, Lutz: Anmerkung zum Beschluss BGH vom 23.09.2008 – 1 StR 484/08, JZ 2009, 318.
- Eisenberg*, Ulrich: Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 10. Aufl., München 2017 (zitiert: *Eisenberg*, Beweisrecht).
- Eisenberg*, Ulrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.6.2008 – 5 StR 38/08, ZIS 2008, 469.
- Eisenberg*, Ulrich: Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers, NJW 1991, 1257.
- Eisenberg*, Ulrich/*Classen*, Maike: Beeinträchtigung der notwendigen Verteidigung: Dargestellt am Beispiel der Judikatur zu § 99 BRAGO, NJW 1990, 1021.
- Engels*, Dieter: Beweisantizipationsverbot und Beweiserhebungsumfang im Strafprozeß, GA 1981, 21.
- Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Berlin 1908.
- Erklärung der Vereinigung hessischer Strafverteidiger e. V. zu den „Vorschlägen zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtsbarkeit“, StV 1982, 392.

- Erklärung des 15. Strafverteidigertages vom 26.–28. 04.1991 in Berlin und erste Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zu den Beschlüssen der Konferenz der Justizminister und -senatoren vom 24.04.1991 zur „Straffung des Strafverfahrens“, StV 1991, 280.
- Erklärung von 94 deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, StV 1991, 398.
- Eschelbach*, Ralf: Grundfragen des Beweisantragsrechts im Strafprozess, ZAP 2013, 681.
- Fahl*, Christian: Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, Heidelberg 2004 (zitiert: *Fahl*, Rechtsmißbrauch).
- Ferber*, Sabine: Strafkammerbericht: Fakten und Folgerungen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung landgerichtlicher Strafverfahren (2009–2014), Baden-Baden 2017 (zitiert: *Ferber*, Strafkammerbericht).
- Feuerbach*, Paul Johann Anselm: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 3. Aufl., Giessen 1805 (zitiert: *Feuerbach*, Lehrbuch).
- Feuerich*, Wilhelm E./*Weyland*, Dag: Bundesrechtsanwaltsordnung, Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung, 9. Aufl., München 2016 (zit. als *Feuerich/Weyland-Bearbeiter*).
- Fezer*, Gerhard: Gesetzeswidrige Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen, HRRS 2009, 17.
- Fezer*, Gerhard: Verschärfung des Konnexitätserfordernisses, HRRS 2008, 457.
- Fezer*, Gerhard: Der Beschleunigungsgrundsatz als allgemeine Auslegungsmaxime im Strafverfahrensrecht?, in: Heinz Schöch, Helmut Satzger, Gerhard Schäfer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 177–190 (zitiert: *Fezer*, FS Widmaier).
- Fezer*, Gerhard: Die „Herabstufung“ eines Beweisantrags in der Revisionsinstanz: Zugleich eine Kritik am sog. Konnexitätsprinzip, in: Albin Eser, Jürgen Goydke, Kurt Rüdiger Maatz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 629–643 (zitiert: *Fezer*, FS Meyer-Goßner).
- Fezer*, Gerhard: Amtsaufklärungsgrundsatz und Beweisantragsrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris, Andreas Heldrich, Klaus J. Hopt u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft – Band IV – Strafrecht, Strafprozeßrecht, München 2000, S. 847–881 (zitiert: *Fezer*, FG BGH).
- Fezer*, Gerhard: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 20.12.1995 – 5 StR 445/95, StV 1997, 57.
- Fezer*, Gerhard: Reduktion von Beweiserfordernissen, Systemverändernde Tendenzen in der tatrichterlichen Praxis und in der Gesetzgebung, StV 1995, 263.
- Fincke*, Martin: Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit, GA 1973, 266.
- Finger*, A.: Kurze Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, GerS 87 (1920), 428.

- Fischer*, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., München 2019 (zitiert: *Fischer*, StGB).
- Fischer*, Thomas: Rechtsmißbrauch und Überforderung der Strafjustiz, NStZ 1997, 212.
- Föhrig*, Friedrich-Karl: Kleines Strafrichter-Brevier oder: Der überlastete Strafrichter? Wegweiser zur zügigen Urteilsfindung, 2. Aufl., München 2013 (zitiert: *Föhrig*, Strafrichter-Brevier).
- Freund*, Georg: Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“: Eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlverurteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale, Heidelberg 1987 (zitiert: *Freund*, Tatsachenfeststellung).
- Frister*, Helmut: Die Einschränkung von Verteidigungsrechten im Bundesratsentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“, StV 1997, 150.
- Frister*, Helmut: Beschleunigung der Hauptverhandlung durch Einschränkung von Verteidigungsrechten?, StV 1994, 445.
- Frister*, Helmut: Das Verhältnis von Beweisantragsrecht und gerichtlicher Aufklärungspflicht im Strafprozeß, ZStW 105 (1993), 340.
- Frister*, Helmut: Fehlende Begründung eines Beweisantrages als Indiz für Verschleppungsabsicht?, StV 1989, 380.
- Frohn*, Hansgeorg: Strafverteidigung und rechtliches Gehör – Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Strafverfahrensreform, GA 1984, 554.
- Gaede*, Karsten: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 23.09.2008 – 1 StR 484/08, NJW 2009, 608.
- Gaede*, Karsten: Rechtsmissbrauchsvorsorge durch präkludierende Fristsetzungen im strafprozessualen Beweisantragsrecht, BLJ 2009, 107.
- Gaede*, Karsten: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.08.2006 – 3 StR 284/05, StraFo 2007, 29.
- Galen*, Margarete Gräfin von: Mehr Stillstand als Reform – Bericht der Expertenkommission zur StPO-Reform, ZRP 2016, 42.
- Geppert*, Klaus: Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Gunnar Duttge (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln 2002, S. 43–64 (zitiert: *Geppert*, GS Schlüchter).
- Gerhardt*, Rudolf: Ein altes Fach wird neu entdeckt; Die Renaissance der Strafverteidigung, FAZ vom 04.09.1984.
- Gesetzliche Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafergerichtsbarkeit: Stellungnahme des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins v. 7.6.82 zu Vorschlägen für die Justizministerkonferenz, AnwBl 1982, 298.
- Glaser*, Julius: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, Leipzig 1883 (zitiert: *Glaser*, Beiträge).
- Glaser*, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Band I, Leipzig 1883 (zitiert: *Glaser*, Handbuch).
- Goldschmidt*, James: Zur Reform des Strafverfahrens, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1919 (zitiert: *Goldschmidt*, Reform).

- Gollwitzer*, Walter: Gerechtigkeit und Prozeßwirtschaftlich-Einige Gedanken zum knappen Gut der Rechtsgewährung, in: Karl Heinz Gössel, Hans Kauffmann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, München 1985, S. 147–171 (zitiert: *Gollwitzer*, FS Kleinknecht).
- Gössel*, Karl Heinz: Quo vadis, Strafverfahren?, in: Edda Weßlau, Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 495–530 (zitiert: *Gössel*, FS Fezer).
- Gössel*, Karl Heinz: Aus Wissenschaft und Praxis: Über die Ablehnung prozessverschleppender Beweisanträge, ZIS 2007, 557.
- Gössel*, Karl Heinz: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 14.06.2005 – 5 StR 129/05, JR 2006, 128.
- Gössel*, Karl Heinz: Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen?, Gutachten C zum 60. Deutschen Juristentag, München 1994 (zitiert: *Gössel*, Gutachten C zum 60. DJT).
- Gössel*, Karl Heinz: Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, ZStW 94 (1982), 5.
- Graf zu Dohna*, Alexander: Das Problem der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafverfahren, in: Paul Bockelmann, Georg Dahm, Alexander Graf zu Dohna u. a., Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag, Berlin 1944, S. 319–338 (zitiert: *Graf zu Dohna*, FS Kohlrausch).
- Grasnick*, Walter: Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, Heidelberg 1993, S. 55–75 (zitiert: *Grasnick*, 140 Jahre GA).
- Greco*, Luís: „Fortgeleiteter Schmerz“ – Überlegungen zum Verhältnis von Prozessabsprache, Wahrheitsermittlung und Prozessstruktur, GA 2016, 1.
- Greco*, Luís: Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft: Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015 (zitiert: *Greco*, Strafprozesstheorie).
- Greco*, Luís: Was ist Folter?, in: Roland Hefendehl, Tatjana Hörnle, Luís Greco (Hrsg.), Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlin 2014, S. 69–82 (zitiert: *Greco*, FS Schünemann).
- Greco*, Luís: Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, Berlin 2009 (zitiert: *Greco*, Lebendiges und Totes).
- Greco*, Luís: Die Regeln hinter der Ausnahme, Gedanken zur Folter in sog ticking time bomb-Konstellationen, GA 2007, 628.
- Groß*, Karl-Heinz: Der erweiterte Verteidigerausschluß nach § 138a II StPO – eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, NJW 1975, 422.

- „Große Reformvorhaben nicht an Mehrbelastung scheitern lassen“: Insolvenzrechtsreform, Strafverfahrensrecht, Richterwahl – Ein Gespräch mit der Bundesministerin der Justiz, DRiZ 1994, 190.
- Grüner*, Gerhard: Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, Berlin 2000 (zitiert: *Grüner*, Mißbrauch).
- Grünwald*, Gerald: Empfiehlt es sich, besondere strafprozessuale Vorschriften für Großverfahren einzuführen?, Gutachten C zum 50. Deutschen Juristentag, München 1974 (zitiert: *Grünwald*, Gutachten C zum 50. DJT).
- Grünwald*, Gerald: Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, MDR 1965, 521.
- Habetha*, Jörg: Übergehen „unwahrscheinlicher“ Beweisanträge ohne Ablehnungsgrund, StV 2011, 239.
- Habetha*, Jörg/*Trüg*, Gerson: Erosion des Beweisantragsrechts: Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, GA 2009, 406.
- Hadamitzky*, Anke: Anträge auf Beweiserhebung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, StraFo 2012, 297.
- Haferkamp*, Hans-Peter: Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, Berlin 1995 (zitiert: *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre).
- Hagemann*, Sigrid: Entstehung, Entwicklung und Bedeutung der Vorschrift über die präsenten Beweismittel im Strafprozessrecht (§ 245 StPO), Dissertation, Universität Würzburg 1980 (zitiert: *Hagemann*, Entstehung).
- Hager*, Lothar Wilhelm: Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte, München 1913 (zitiert: *Hager*, Schikane).
- Hahn*, Carl: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band III: Materialien zur Strafprozeßordnung – Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Abtheilung I, Berlin 1880 (zitiert: *Hahn*, Materialien I).
- Hahn*, Carl: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band III: Materialien zur Strafprozeßordnung – Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Abtheilung II, Berlin 1881 (zitiert: *Hahn*, Materialien II).
- Hamm*, Rainer: Das Ende des formalisierten Dialogs im Beweisantragsrecht, StV 2018, 525.
- Hamm*, Rainer: Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl., Berlin 2010 (zitiert: *Hamm*, Revision).
- Hamm*, Rainer: Mißbrauch des Strafrechts, NJW 1996, 2981.
- Hamm*, Rainer: Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß, NJW 1993, 289.
- Hamm*, Rainer: Wert und Möglichkeiten der „Frühkennung“ richterlicher Beweiswürdigung durch den Strafverteidiger, in: Klaus Wasserburg, Wilhelm Haddenhorst (Hrsg.), Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages, Heidelberg 1984, S. 169–178 (zitiert: *Hamm*, FG Peters).

- Hamm, Rainer/Pauly, Jürgen*: Beweisanspruchsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2019 (zitiert: *Hamm/Pauly, Beweisanspruchsrecht*).
- Hanack, Ernst-Walter*: Vereinbarungen im Strafprozeß: Ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?, StV 1987, 500.
- Hanack, Ernst-Walter*: Aktuelle Probleme der Strafverteidigung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans Walder, Stefan Trechsel (Hrsg.), Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, Bern 1977, S. 299–326 (zitiert: *Hanack, FG Schultz*).
- Hänle*: Aus den Erfahrungen eines Vertheidigers über das bayerische Strafgesetz vom 10. Nov. 1848, GerS 6 (1854), 38.
- Hartung*: Die Einschränkung der Beschränkbarkeit der Beweisaufnahme in amtsrichterlichen Strafsachen und die Aufhebung der Berufungsbeschränkung in Privatklage-sachen, DJZ 1926, Sp. 129.
- Hartung, Wolfgang/Scharmer, Hartmut* (Hrsg.): Berufs- und Fachanwaltsordnung, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43–59m BRAO), 6. Aufl., München 2016 (zit. als *Hartung/Scharmer-Bearbeiter*).
- Hassemer, Winfried*: Förmlichkeiten im Strafprozess, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 207–222 (zitiert: *Hassemer, FS Volk*).
- Hassemer, Winfried*: Über den Mißbrauch von Rechten, in: Albin Eser, Jürgen Goydke, Kurt Rüdiger Maatz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 127–143 (zitiert: *Hassemer, FS Meyer-Goßner*).
- Hassemer, Winfried*: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990 (zitiert: *Hassemer, Einführung*).
- Hassemer, Winfried*: Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, KritV 1990, 260.
- Hassemer, Winfried*: Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, StV 1982, 275.
- Heinicke, Günther*: Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland: Die Geschichte ihrer Beziehung und die Rechtsstellung des Verteidigers heute, München 1984 (zitiert: *Heinicke, Verteidiger*).
- Henkel, Heinrich*: Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1968 (zitiert: *Henkel, Strafverfahrensrecht*).
- Henkel, Heinrich*: Die Gestalt des künftigen Strafverfahrens, Gedanken zur Strafverfahrenserneuerung, DJZ 1935, 530.
- Henkel, Heinrich*: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStW 54 (1935), 35.
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns* (Hrsg.): Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA, FQO, EuRAG, RDG, MediationsG, PartGG, RAVPV, 5. Aufl., München 2019 (zit. als *Henssler/Prütting-Bearbeiter*).
- Herdegen, Gerhard*: Judikatorische Gründe für die Ablehnung von Beweisansprüchen in Strafverfahren, in: Dieter Dölling, Volker Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz

- Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2002, S. 529–541 (zitiert: *Herdegen*, FS Gössel).
- Herdegen*, Gerhard: Das Beweisantragsrecht, Zum Rechtsmissbrauch, NStZ 2000, 1.
- Herdegen*, Gerhard: Das Beweisantragsrecht, NStZ 1999, 176.
- Herdegen*, Gerhard: Da liegt der Hase im Pfeffer, NJW 1996, 26.
- Herdegen*, Gerhard: Beweisantragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision: Abhandlungen und Vorträge, Baden-Baden 1995 (zitiert: *Herdegen*, Beweisantragsrecht).
- Herdegen*, Gerhard: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.10.1994 – 2 StR 328/94, NStZ 1995, 202.
- Herdegen*, Gerhard: Bemerkungen zum Beweisantragsrecht, NStZ 1984, 97.
- Herdegen*, Gerhard: Bemerkungen zum Beweisantragsrecht, NStZ 1984, 337.
- Herrmann*, Joachim: Das Versagen des überlieferten Strafprozeßrechts in Monsterverfahren, ZStW 85 (1973), 255.
- Herzog*, Felix: Ein kritischer Bericht aus der fortlaufenden StPO-Novellengesetzgebung, StV 2000, 444.
- Hillenkamp*, Thomas: Verwirkung des Strafanspruches durch Verfahrensverzögerung?, JR 1975, 133.
- Hippel*, Robert von: Der deutsche Strafprozess: Lehrbuch, Marburg 1941 (zitiert: *Hippel*, Strafprozess).
- Hippel*, Robert von: Deutsches Strafrecht, Band I, Berlin 1925 (zitiert: *Hippel*, Deutsches Strafrecht).
- Hirsch*, Johannes Magnus: Der zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellte Beweisantrag und seine strafprozessuale Behandlung, Frankfurt am Main 1996 (zitiert: *Hirsch*, Beweisantrag).
- Hoffmann*, Paul: Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren: Die Unerreichbarkeit des Zeugen gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 der Strafprozessordnung – Geschichtliche Untersuchung und aktuelle Problemstellung einschließlich der V-Mann-Problematik, Berlin 1991 (zitiert: *Hoffmann*, Der unerreichbare Zeuge).
- Holz*, Jürgen: Zu Bedeutung und Funktion der Beweisprognose im Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht (§ 244 III 2 Var. 6 StPO), GA 2016, 639.
- Hörnle*, Tatjana: Straftheorien, 2. Aufl., Tübingen 2017 (zitiert: *Hörnle*, Straftheorien).
- Horvat*, Christian: Das allgemeine Missbrauchsverbot im Strafprozess – Praxis oder Recht?, Hamburg 2012 (zitiert: *Horvat*, Missbrauchsverbot).
- Hübner*, Claudia: Allgemeine Verfahrensgrundsätze, Fürsorgepflicht oder fair trial?, Tübingen 1983 (zitiert: *Hübner*, Verfahrensgrundsätze).
- Hübner*, Heinz: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin 1995 (zitiert: *H. Hübner*, BGB AT).
- Hufen*, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl., München 2019 (zitiert: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht).

- Ignor*, Alexander: Zur Rechtsstellung und zu den Aufgaben des Verteidigers, in: Gunnar Duttge (Hrsg.), Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß-)rechtlicher Sicht zum 60. Geburtstag von Ellen Schlüchter, Baden-Baden 1998, S. 39–48 (zitiert: *Ignor*, FS Schlüchter).
- Jahn*, Matthias: Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens (BT-Drs. 19/N.N. = BR-Drs. 532/19) am 11. November 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/666904/ad4d54d3a26692d0f9ee3d9e37707c66/jahn-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Jahn*, Matthias: Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Strafverfahren, GA 2014, 588.
- Jahn*, Matthias: Rechtstheoretische Grundlagen des Gesetzesvorbehaltes im Strafprozessrecht, in: Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeitsprinzip und Strafrecht, Berlin 2012, S. 223–232 (zitiert: *Jahn*, in: Gesetzlichkeitsprinzip und Strafrecht).
- Jahn*, Matthias: Konnexitätsdoktrin und „Fristenlösungsmodell“: Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Fremdkontrolle im Beweisantragsrecht der Verteidigung durch den Bundesgerichtshof, StV 2009, 663.
- Jahn*, Matthias: Kann „Konfliktverteidigung“ Strafvereitelung (§ 258 StGB) sein?, ZRP 1998, 103.
- Jahn*, Matthias: „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998 (zitiert: *Jahn*, Konfliktverteidigung).
- Jahn*, Matthias/*Schmitz*, Alexandra: Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen? Dargestellt am Problem der fehlenden Zustimmung zur Nachtragsanklage durch den Angeklagten, wistra 2001, 328.
- Jerouschek*, Günter: Wie frei ist die freie Beweiswürdigung? Überlegungen zur Genese, Funktion und zu Perspektiven eines strafprozessualen Rechtsinstituts, GA 1992, 493.
- Jescheck*, Hans-Heinrich: Der Strafprozeß – Aktuelles und Zeitloses, JZ 1970, 201.
- Julius*, Karl-Peter: Beweis-, Beweisermittlungs- und Verschleppungsantrag im Strafprozeß, MDR 1989, 116.
- Julius*, Karl-Peter: Die Unerreichbarkeit von Zeugen im Strafprozeß: Eine an der gegenwärtigen Kriminalitätsentwicklung orientierte Analyse unter Ausklammerung der Problematik behördlich geheimgehaltener Zeugen, Köln 1988 (zitiert: *Julius*, Unerreichbarkeit).
- Kahlo*, Michael: Der Begriff der Prozeßsubjektivität und seine Bedeutung im reformierten Strafverfahren, besonders für die Rechtsstellung des Beschuldigten, KritV 1997, 183.
- Kargl*, Walter: Das Unrecht der Strafvereitelung – insbesondere zu den strafrechtlichen Grenzen der Strafverteidigung, in: Regina Michalke, Wolfgang Köberer (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, Berlin 2008, S. 235–253 (zitiert: *Kargl*, FS Hamm).

- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., hrsg. von Rolf Hannich, München 2019 (zit. als *KK-Bearbeiter*).
- Kaufmann*, Arthur: Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997 (zitiert: *Kaufmann*, Rechtsphilosophie).
- Kaufmann*, Arthur: Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 1–19 (zitiert: *Kaufmann*, ARSP Beiheft 18).
- Kempf*, Eberhard: Der (zu) späte Beweisantrag, StraFo 2010, 316.
- Kempf*, Eberhard: Missbrauch im Strafprozess – Peccatur intra et extra muros, in: Felix Herzog, Ulfrid Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 1041–1053 (zitiert: *Kempf*, FS Hassemer).
- Kempf*, Eberhard: Lange und überlange Strafverfahren: Eine Herausforderung für die Strafjustiz, AnwBl 1997, 75.
- Kempf*, Eberhard: Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 1996, 507.
- Kindhäuser*, Urs: Strafprozessrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (zitiert: *Kindhäuser*, Strafprozessrecht).
- Kleine-Cosack*, Michael: Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, 7. Aufl., München 2015 (zit. als *Kleine-Cosack*, BRAO).
- KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von Bernd von Heintschel-Heinegg, Jan Bockemühl, 95. Lfg., Stand: Februar 2020 (zit. als *KMR-Bearbeiter*).
- Knapp*, Wolfgang: Verteidigung des Rechtsstaats durch Bekämpfung des Verteidigers?, AnwBl 1975, 373.
- Knauer*, Florian: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 06.10.2009 – 2 BvR 2580/08, JR 2011, 359.
- Knierim*, Thomas C.: Kap. 18: Effektiveres und praxistauglicheres Strafverfahren, in: Thomas C. Knierim, Anna Oehmichen, Susanne Beck u. a. (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht aktuell, Baden-Baden 2018, S. 293–322 (zitiert: *Knierim*, in: Gesamtes Strafrecht aktuell).
- Koch*, Wolf-Peter: Die Reform des Strafverfahrensrechts im Dritten Reich unter besonderer Berücksichtigung des StVO-Entwurfs 1939: Ein Beitrag zur Strafrechtsgeschichte, Dissertation, Universität Erlangen-Nürnberg 1972 (zitiert: *Koch*, Reform).
- Koffka*, Johannes: Die Notverordnung vom 14. Juni 1932 – Erster Teil: Vereinfachung und Ersparnis, Kap. I: Strafrechtspflege, JW 1932, 1930.
- Köhler*, Michael: Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, GA 1995, 10.
- Köhler*, Michael: Das präsenste Beweismittel nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, NJW 1979, 348.
- Köhler*, Michael: Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO), Heidelberg 1979 (zitiert: *Köhler*, Inquisitionsprinzip).
- König*, Stefan: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 23.09.2008 – 1 StR 484/08, StV 2009, 171.

- Kopp*, Ferdinand O./*Schenke*, Wolf-Rüdiger (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, 24. Aufl., München 2018 (zit. als *Kopp/Schenke-Bearbeiter*).
- Krawczyk*, Lucian: Rechtsmissbräuchlichkeit der unwahren Verfahrensrüge, HRRS 2007, 101.
- Krebs*, Peter: Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflichten, München 2000 (zitiert: *Krebs*, Sonderverbindung).
- Krehl*, Christoph: Was bedeutet die Neuregelung zur Fristsetzung für Beweisanträge für den Strafprozess?, in: Stephan Barton, Ralf Eschelbach, Michael Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 705–722 (zitiert: *Krehl*, FS Fischer).
- Krehl*, Christoph: Der verfassungsrechtliche Schutz rechtlichen Gehörs im Strafverfahren, in: Felix Herzog, Ulfrid Neumann (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2010, S. 1055–1072 (zitiert: *Krehl*, FS Hassemer).
- Krekeler*, Wilhelm: Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, NSTZ 1989, 146.
- Kreuzer*, Elisabeth: Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im deutschen, französischen und italienischen Strafprozess, Dissertation, Universität Freiburg 1964 (zitiert: *Kreuzer*, Beweisaufnahme).
- Krey*, Alexander: Art. Inquisitionsprozess, in: Albrecht Cordes, Hans-Peter Haferkamp, Heiner Lück u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band II: Geistliche Gerichtsbarkeit – Konfiskation, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1243–1248 (zitiert: *A. Krey*, Inquisitionsprozess).
- Krey*, Volker: Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem – Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem, JZ 1978, 361.
- 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 2011, S. 233–250 (zitiert: *Krey/Windgätter*, FS Achenbach).
- Kröpil*, Karl: Die Bedeutung der strafprozessualen Verfahrensziele für den Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse, JZ 1998, 135.
- Krüger*, Heike S.: Rechtsmissbrauch im Sozialrecht, Berlin 2018 (zitiert: *Krüger*, Rechtsmissbrauch).
- Kubiciel*, Michael: Strafprozessuale Verwertbarkeit digitaler Konterbande, GA 2013, 226.
- Kudlich*, Hans: Strafprozess – noch mehr Reformbedarf?, ZRP 2018, 9.
- Kudlich*, Hans: Das Gesetzlichkeitsprinzip im deutschen Strafprozessrecht, in: Hans Kudlich, Juan Pablo Montiel, Jan C. Schuhr (Hrsg.), Gesetzlichkeitsprinzip und Strafrecht, Berlin 2012, S. 233–254 (zitiert: *Kudlich*, in: Gesetzlichkeitsprinzip und Strafrecht).
- Kudlich*, Hans: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Verständigung im Strafverfahren, Fristsetzung für Beweisanträge, Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien, Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010 (zitiert: *Kudlich*, Gutachten C zum 68. DJT).

- Kudlich*, Hans: „Missbrauch“ durch bewusste Berufung auf ein unrichtiges Hauptverhandlungsprotokoll? Zugleich Besprechung des Urteils BGH 3 StR 284/05 vom 11.8.2006, HRRS 2007, 9.
- Kudlich*, Hans: Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot: Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse, Berlin 1998 (zitiert: *Kudlich*, Allgemeines Mißbrauchsverbot).
- Kudlich*, Hans: Unzulässigkeit eines mißbräuchlichen Hilfsbeweisantrags – BGHSt 40, 287, JuS 1997, 507.
- Kühl*, Jörn: Prozeßgegenstand und Beweisthema im Strafverfahren, Baden-Baden 1987 (zitiert: *Kühl*, Prozeßgegenstand).
- Kühne*, Hans-Heiner: Die realen und potentiellen Auswirkungen des Beschleunigungsgebots für die Struktur des Strafverfahrensrechts: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?, JZ 2010, 821.
- Kühne*, Hans-Heiner: Die Instrumentalisierung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren, GA 2008, 361.
- Kühne*, Hans-Heiner: Buchrezension – Matthias Jahn, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998, GA 1999, 454.
- Kühne*, Hans-Heiner: Rechtsmißbrauch des Strafverteidigers, NJW 1998, 3027.
- Kühne*, Hans-Heiner: Wer mißbraucht den Strafprozeß?, StV 1996, 684.
- Kunert*, Karl Heinz: Strafprozessuale Beweisprinzipien im Wechselspiel, GA 1979, 401.
- Küng-Hofer*, Rolf: Die Beschleunigung des Strafverfahrens unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit, Bern 1984 (zitiert: *Küng-Hofer*, Beschleunigung).
- Küper*, Wilfried: Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß, in: Klaus Wasserburg, Wilhelm Haddenhorst (Hrsg.), Festgabe für Karl Peters aus Anlaß seines 80. Geburtstages, Heidelberg 1984, S. 23–46 (zitiert: *Küper*, FG Peters).
- Küper*, Wilfried: Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967 (zitiert: *Küper*, Richteridee).
- Kurtze*, Max: Die Ablehnung von Beweisanträgen im deutschen Strafprozess: Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Dissertation, Universität Jena 1926 (zitiert: *Kürtze*, Ablehnung).
- Lamshöft*, Annik: Das Modell des vereinfachten Ablehnungsverfahrens: Ein Gegenentwurf zur strafprozessualen Fristenlösung des Bundesgerichtshofs, Frankfurt am Main 2013 (zitiert: *Lamshöft*, Modell).
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995 (zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre).
- Lehmann*, Rudolf: Die Strafprozeßnovelle vom 28.06.1935, DJ 1935, 999.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VIII (§§ 242–262), 12. Aufl., hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, Berlin 2010 (zit. als *LK-Bearbeiter*).

Lesch, Heiko Hartmut: Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung, ZStW 111 (1999), 624.

Liemersdorf, Thilo: Beweisantragsrecht und Sachverhaltsaufklärung – Ihre Bedeutung für das Verhalten des Strafverteidigers in der Hauptverhandlung in Hinblick auf eine mögliche Revision und die Behandlung etwaiger Rügen des Strafverteidigers im Revisionsverfahren, StV 1987, 175.

Loos, Fritz/*Radtke*, Henning: Das beschleunigte Verfahren (§§ 417–420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz, NStZ 1996, 7.

Loos, Fritz/*Radtke*, Henning: Das beschleunigte Verfahren (§§ 417–420 StPO) nach dem Verbrechensbekämpfungsgesetz, NStZ 1995, 569.

Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze, 15. Aufl., hrsg. von Werner Rosenberg, Berlin 1922 (zit. als *Löwe-Bearbeiter*).

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen

- 27. Aufl., hrsg. von Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser u.a., Band I (Einleitung; §§ 1–47), Berlin 2016; Band II (§§ 48–93), Berlin 2018; Band V, Teilband II (§§ 158–211), Berlin 2018; Band VI (§§ 212–255a), Berlin 2019 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 27. Aufl.).
- 26. Aufl., hrsg. von Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke u.a., Band IV (§§ 112–150; Sachregister), Berlin 2007; Band VI (§§ 213–295), Teilband I (§§ 213–255a), Berlin 2010; Band VI (§§ 213–295), Teilband II (§§ 256–295), Berlin 2013; Band X (GVG; EGGVG), Berlin 2010; Band XI (EMRK; IPBPR), Berlin 2012 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 26. Aufl.).
- 25. Aufl., hrsg. von Peter Rieß, Band III (§§ 137–212b), Berlin 2004; Band IV (§§ 213–295), Berlin 2001 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 25. Aufl.).
- 24. Aufl., hrsg. von Peter Rieß, Band II (§§ 112–197), Berlin 1989 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 24. Aufl.).
- 23. Aufl., von Hanns Dünnebier, Walter Gollwitzer, Karlheinz Meyer u.a., Band III (§§ 213–358), Berlin 1978 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 23. Aufl.).
- 21. Aufl., hrsg. von Hanns Dünnebier, Friedrich-Wilhelm Geier, Heinrich Jagusch u.a., Band I (Einleitung, §§ 1–373a StPO), Berlin 1963 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 21. Aufl.).
- 20. Aufl., hrsg. von Emil Niethammer, Band I (Strafprozeßordnung), Berlin 1958 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 20. Aufl.).
- 19. Aufl., hrsg. von Hans Gündel, Fritz Hartung, Heinrich Lingemann u.a., Berlin 1934 (zit. als *LR-Bearbeiter*; 19. Aufl.).

Maatz, Kurt Rüdiger: Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust, NStZ 1992, 513.

Maiwald, Manfred: Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, 33.

Malek, Klaus: Abschied von der Wahrheitssuche, StV 2011, 559.

- Malmendier*, Bertrand: „Konfliktverteidigung“ – ein neues Prozeßhindernis?, NJW 1997, 227.
- Mangoldt, v./Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl., hrsg. von Peter M. Huber, Andreas Voßkuhle, Band II (Art. 20–82), München 2018; Band III (Art. 83–146), München 2018 (zit. als *v. Mangoldt/Klein/Starck-Bearbeiter*).
- Marx*, Michael: Die Verwertung präsenter Beweismittel nach neuem Recht, NJW 1981, 1415.
- Materialien zur Strafrechtsreform, Band VII: Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz 1930, Bonn 1954.
- Maurer*, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017 (zitiert: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Mehle*, Volkmar: Der „Fall Rechtsanwalt W.“ – eine (kommentierte) Dokumentation zur Ausschließung eines Strafverteidigers, StraFo 1995, 73.
- Mengler*, Till: Die lückenhafte Beweiswürdigung im tatgerichtlichen Urteil: Eine Untersuchung zum System der Beweiswürdigungsfehler, Baden-Baden 2017 (zitiert: *Mengler*, Beweiswürdigung).
- Merckel*: Welche Mittel stehen dem Assisenpräsidenten zu Gebote, um unnötige Weitläufigkeit zu vermeiden, und allzulange oder abschweifende Reden auf das rechte Maß zurückzuführen?, GerS 1 (1849), 244.
- Mertens*, Oliver: Strafprozessuale Grundrechtseingriffe und Bindung an den Wortsinn der ermächtigenden Norm, Frankfurt am Main 1996 (zitiert: *Mertens*, Grundrechtseingriffe).
- Meurer*, Dieter: Beweis und Beweisregel im deutschen Strafprozeß, in: Rolf Dietrich Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, Köln 1985, S. 357–377 (zitiert: *Meurer*; FS Oehler).
- Meyer*, Karlheinz: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 06.02.1979 – 5 StR 713/78, JR 1980, 219.
- Meyer-Goßner*, Lutz: Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, NJW 1987, 1161.
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Schmitt*, Bertram: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen
– 62. Aufl., München 2019 (zit. als *Meyer-Goßner/Schmitt-Bearbeiter*, 62. Aufl.).
– 61. Aufl., München 2018 (zit. als *Meyer-Goßner/Schmitt-Bearbeiter*, 61. Aufl.).
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Ströber*, Hubert: Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen: Erwiderung auf Barton, Rechtstatsachen zur Dauer von Strafverfahren und zu deren Gründen, StV 1996, S. 690 ff., StV 1997, 212.
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Ströber*, Hubert: Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen: Analysen und Vorschläge anlässlich des Legislativverfahrens für ein Zweites Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege, ZRP 1996, 354.
- Michalke*, Regina: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 09.05.2007 – 1 StR 32/07, StV 2008, 228.

- Momsen, Carsten/Schwarze, Mathis*: Stellungnahme zum Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/100719_Stellungnahme_Momsen-Schwarze_Modernisierung-Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Mosbacher, Andreas*: Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens – BR-Drs. 532/19 zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 11. November 2019, <https://www.bundestag.de/resource/blob/666644/2d8a39cc43c5a23d65c2c2fbf3c0a566/mosbacher-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Mosbacher, Andreas*: Fristsetzung für Beweisanträge, NSTz 2018, 9.
- Müller, Ingo*: Die Strafvereitelung im System der Rechtspflegedelikte, StV 1981, 90.
- Müller, Ingo*: Der Wert der „materiellen Wahrheit“, Leviathan 1977, 522.
- Müller-Dietz, Heinz*: Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), 1177.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II (§§ 241–310), 8. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u. a., München 2019 (zit. als *MüKoBGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III (§§ 80–184j), 3. Aufl., hrsg. von Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, München 2017 (zit. als *MüKoStGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band I (§§ 1–150), hrsg. von Christoph Knauer, Hans Kudlich, Hartmut Schneider, München 2014 (zit. als *MüKoStPO-Bearbeiter*).
- Murmann, Uwe*: Über den Zweck des Strafprozesses, GA 2004, 65.
- Naucke, Wolfgang*: Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, JuS 1989, 862.
- Nehm, Kay/Senge, Lothar*: Ursachen langer Hauptverhandlungen – dargestellt am Beispiel von 3 Strafverfahren, NSTz 1998, 377.
- Neuhaus, Ralf*: Die Revision aus der Sicht der anwaltlichen Praxis, StV 2019, 843.
- Neumann, Ulfrid*: Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: Lothar Philipps, Heinrich Scholler (Hrsg.), Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 73–83 (zitiert: *Neumann, FS Kaufmann*).
- Neumann, Ulfrid*: Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 101 (1989), 52.
- Nicklas, Philipp*: Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Fristsetzung beim strafprozessualen Beweisantragsrecht: Kritische Betrachtung und eigener Lösungsansatz, Hamburg 2013 (zitiert: *Nicklas, Fristsetzung*).
- Niemöller, Martin*: Zum exzessiven Gebrauch des Beweisantragsrechts, JR 2010, 332.
- Niemöller, Martin*: Prozessverschleppung – die Absicht genügt, NSTz 2008, 181.
- Niemöller, Martin*: Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 1996, 501.

- Niemöller, Martin: Bedingte Beweisanträge im Strafverfahren, JZ 1992, 884.
- Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paefßen, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. als NK-Bearbeiter).
- Norouzi, Ali B.: Verfahrensrecht als Machtfrage – ein blinder Fleck in der strafprozessualen Methodenpraxis, in: Stephan Barton, Ralf Eschelbach, Michael Hettinger u. a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 765–776 (zitiert: *Norouzi*, FS Fischer).
- Oppenhoff, Friedrich Christian: Die Preußischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen und über die vorläufigen Straffestsetzungen wegen Übertretungen, Berlin 1860 (zitiert: *Oppenhoff*, Die Preußischen Gesetze).
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 77. Aufl., von Gerd Brudermüller, Jürgen Ellenberger, Isabell Götz u. a., München 2018 (zit. als Palandt-Bearbeiter).
- Paulus, Rainer: Rainer Paulus – Abhandlungen zum Strafprozessrecht und zum Strafrecht – Ausgewählte Aufsätze, Berlin 2013 (zitiert: *Paulus*, Abhandlungen).
- Paulus, Rainer: Strafprozessuale Beweisstrukturen, in: Edda Weißlau, Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 243–265 (zitiert: *Paulus*, FS Fezer).
- Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2018 (zitiert: *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Perron, Walter: Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten – Ursache oder Symptom der Krise des deutschen Strafprozesses?, ZStW 108 (1996), 128.
- Perron, Walter: Das Beweisantragsrecht 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 (zitiert: *Perron*, Beweisantragsrecht).
- Peters, Karl: Strafprozeß: Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Heidelberg 1985 (zitiert: *Peters*, Strafprozeß).
- Peters, Karl: Der Wandel im Revisionsrecht, in: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 137–153 (zitiert: *Peters*, FS Schäfer).
- Peters, Karl: Beschleunigung des Strafverfahrens, in: Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), Strafprozeß und Reform: Eine kritische Bestandsaufnahme, Neuwied 1979, S. 82–112 (zitiert: *Peters*, in: Strafprozeß und Reform).
- Peters, Karl: Diskussionsbeitrag, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages – Wiesbaden 1978, Band II (Sitzungsberichte), Teil L, München 1978, L 78–80 (zitiert: *Peters*, Sitzungsbericht zum 52. DJT).
- Peters, Karl: Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten C

- für den 52. Deutschen Juristentag, München 1978 (zitiert: *Peters*, Gutachten C zum 52. DJT).
- Peters*, Karl: Fehlerquellen im Strafprozeß: Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Systematische Untersuchungen und Folgerungen, Karlsruhe 1972 (zitiert: *Peters*, Fehlerquellen).
- Peters*, Karl: Anmerkung zum Beschluss des KG 1. StS vom 10.05.1971 – 1 Ws 33 u. 35/71, JR 1971, 340.
- Peters*, Karl: Zur Neuordnung des Strafverfahrens: Eine kritische Stellungnahme zu den Vorschlägen der Abhandlungen über das kommende Strafverfahren im „Deutschen Strafrecht“ 1935, ZStW 56 (1937), 34.
- Pfeiffer*, Gerd: Das strafrechtliche Beschleunigungsgebot, in: Gunther Arzt, Gerhard Fezer, Ulrich Weber u. a. (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1992, S. 329–348 (zitiert: *Pfeiffer*, FS Baumann).
- Piel*, Hannah Milena: Beschleunigungsgebot und wirksame Verteidigung, in: Heinz Schöch, Helmut Satzger, Gerhard Schäfer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 429–445 (zitiert: *Piel*, FS Widmaier).
- Planck*, Johann Julius Wilhelm von: Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857 (zitiert: *Planck*, Darstellung).
- Popp*, Andreas: Verfahrenstheoretische Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren: Eine Darstellung am Beispiel der Eingriffsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, Berlin 2005 (zitiert: *Popp*, Fehlerkorrektur).
- Radtke*, Henning: Das Strafverfahren-effektiv und praxistauglich?, DRiZ 2017, 190.
- Radtke*, Henning: Das Strafverfahren als Diskurs?, in: Knut Amelung, Werner Beulke, Hans Lilie u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2003, S. 375–385 (zitiert: *Radtke*, FS Schreiber).
- Ranft*, Otfried: Strafprozeßrecht: Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 3. Aufl., Stuttgart 2005 (zitiert: *Ranft*, Strafprozeßrecht).
- Rebmann*, Kurt: Strafprozessuale Bewältigung von Großverfahren, NSTZ 1984, 241.
- Reichsjustizamt* (Hrsg.): Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Band I: Erste Lesung, Berlin 1905.
- Reichsjustizamt* (Hrsg.): Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, Band II: Zweite Lesung und Zusammenstellung der Beschlüsse, Berlin 1905.
- Rentzel-Rothe*, Wolfgang: Der „Goldschmidt-Entwurf“: Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920, Pfaffenweiler 1995 (zitiert: *Rentzel-Rothe*, Goldschmidt-Entwurf).
- Resolution des 6. Strafverteidigertages zu den geplanten Gesetzänderungen im Strafverfahrensrecht, StV 1982, 301.
- Richter II*, Christian: Diskussionsbeitrag, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages – Münster 1994, Band II/2 (Sitzungs-

- berichte – Diskussion und Beschlußfassung), Teil M, München 1994, M 212–214 (zitiert: *Richter II*, Sitzungsbericht zum 60. DJT).
- Riehle*, Eckart: Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, KJ 1980, 316.
- Rieß*, Peter: Über die Aufgaben des Strafverfahrens, JR 2006, 269.
- Rieß*, Peter: Sicherung einer effektiven Strafrechtspflege – ein Verfassungsgebot?, StraFo 2000, 364.
- Rieß*, Peter: Reflexionen zur Lage der Strafjustiz, NStZ 1994, 409.
- Rieß*, Peter: 15 Jahre Strafprozeßreform in Raten-Rückblick und Bilanz, in: Otto Friedrich Freiherr Gramm, Peter Raisch, Klaus Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1988, S. 155–174 (zitiert: *Rieß*, FS Pfeiffer).
- Rieß*, Peter: Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Helwig Hassenpflug (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, Berlin 1980, S. 155–221 (zitiert: *Rieß*, FS Schäfer).
- Rieß*, Peter: Zur Revisibilität der freien tatrichterlichen Überzeugung, GA 1978, 257.
- Rieß*, Peter: Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozeßordnung, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Festschrift zum 100jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 01.01.1877, Köln 1977, S. 373–440 (zitiert: *Rieß*, FS Reichsjustizamt).
- Rieß*, Peter: Gesamtreform des Strafverfahrensrechts – eine lösbare Aufgabe?, ZRP 1977, 67.
- Rogall*, Klaus: Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, Tübingen 1992 (zitiert: *Rogall*, Informationseingriff).
- Rose*, Frank: Anmerkung zum Urteil des BGH vom. 23.10.1997 – 5 StR 317/97, NStZ 1998, 633.
- Rose*, Frank Guido: Beweisanträge auf Vernehmung von Auslandszeugen: Entwicklung und Tendenzen der neueren Rechtsprechung, NStZ 2012, 18.
- Rosenberg*, Leo/*Schwab*, Karl Heinz/*Gottwald*, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018 (zitiert: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht).
- Roxin*, Claus: Prävention, Tadel und Verantwortung, Zur neuesten Strafzweckdiskussion, GA 2015, 185.
- Roxin*, Claus: Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 601–616 (zitiert: *Roxin*, FS Volk).
- Roxin*, Claus: Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., München 2006 (zitiert: *Roxin*, Strafrecht AT I).
- Roxin*, Claus: Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: Peter Rieß, Claus Roxin, Eberhard Wahle (Hrsg.), Festschrift für Ernst-

- Walter Hanack zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 1–25 (zitiert: *Roxin*, FS Hanack).
- Roxin*, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377.
- Roxin*, Claus/*Schünemann*, Bernd: Strafverfahrensrecht: Ein Studienbuch, 29. Aufl., München 2017 (zitiert: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht).
- Roxin*, Imme: Ambivalente Wirkungen des Beschleunigungsgebotes, GA 2010, 425.
- Rudnik*, Tanja: Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts: Vom Sachgrunderfordernis zum Rechtsmissbrauchsverbot, Berlin 2019 (zitiert: *Rudnik*, Gesetzesumgehung).
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Strafprozeß im Umbruch: Eine Bilanz der strafverfahrensrechtlichen Reformen seit Kriegsende, ZRP 1976, 165.
- Rüping*, Hinrich: Der Mißbrauchsgedanke im Strafprozeßrecht und sein Mißbrauch, JZ 1997, 865.
- Rüping*, Hinrich: Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band II: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, Aalen 1994 (zitiert: *Rüping*, Studien- und Quellenbuch II).
- Rüping*, Hinrich: „Auflockerung“ im Strafverfahrensrecht – Grundsätzliche Entwicklungen zwischen Liberalismus, „deutschem Gemeinrecht“ und Naturrecht, in: Hubert Rottlenthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 65–74 (zitiert: *Rüping*, ARSP-Beiheft 18).
- Rüping*, Hinrich: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976 (zitiert: *Rüping*, Grundsatz).
- Rüping*, Hinrich/*Dornseifer*, Gerhard: Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, JZ 1977, 417.
- Rüping*, Hinrich/*Jerouschek*, Günter: Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl., München 2011 (zitiert: *Rüping/Jerouschek*, Grundriss).
- Rüthers*, Bernd: Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53.
- Rzepka*, Dorothea: Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt am Main 2000 (zitiert: *Rzepka*, Fairness).
- Sachs*, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, 8. Aufl., München 2018 (zit. als *Sachs-Bearbeiter*).
- Sarstedt*, Werner: Beweisregeln im Strafprozeß, in: Juristische Fakultät der Freien Universität Berlin (Hrsg.), Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch zum 65. Geburtstag, Berlin 1968, S. 171–186 (zitiert: *Sarstedt*, FS Hirsch).
- Satzger*, Helmut/*Schluckebier*, Wilhelm/*Widmaier*, Gunter (Hrsg.): Strafprozessordnung, 4. Aufl., Köln 2020 (zit. als *SSW-Bearbeiter*).
- Savigny*, Friedrich Carl von: Ueber Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozeße, GA 6 (1858), 469.
- Schäfer*, Leopold/*Lehmann*, Rudolf/*Dörffler*, Fritz: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935 mit Ausführungsvorschriften, Berlin 1935 (zitiert: *Schäfer/Lehmann/Dörffler*, Novellen).

- Schatz*, Holger: Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung – Reformgeschichte und Reformproblematik: Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse, Berlin 1999 (zitiert: *Schatz*, Beweisantragsrecht).
- Scheffler*, Uwe: Kurzer Prozeß mit rechtsstaatlichen Grundsätzen?, NJW 1994, 2191.
- Scheffler*, Uwe: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.11.1991 – 4 StR 252/91, JR 1993, 170.
- Scheffler*, Uwe: Der Hilfsbeweis Antrag und seine Bescheidung in der Hauptverhandlung, NStZ 1989, 158.
- Schliemann*, Harald: Effektivierung des Strafverfahrens oder Angriff auf den Rechtsstaat?, ZRP 2007, 73.
- Schlothauer*, Reinhold: Beweisantragsrecht unter Fristenregiment: Zur Neuregelung des § 244 Abs. 6 StPO, in: Stephan Barton, Ralf Eschelbach, Michael Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 819–833 (zitiert: *Schlothauer*, FS Fischer).
- Schlothauer*, Reinhold: Gesetzesrecht – Richterrecht, StraFo 2011, 459.
- Schlothauer*, Reinhold: Hilfsbeweis Antrag – Eventualbeweis Antrag – bedingter Beweis Antrag, StV 1988, 542.
- Schlüchter*, Ellen: Beschleunigung des Strafprozesses und insbesondere der Hauptverhandlung ohne Rechtsstaatsverlust, GA 1994, 397.
- Schlüchter*, Ellen: Weniger ist mehr: Aspekte zum Rechtspflegeentlastungsgesetz, Baden-Baden 1992 (zitiert: *Schlüchter*, Weniger ist mehr).
- Schmid*, Werner: Der Revisionsrichter als Tatrichter, ZStW 85 (1973), 360.
- Schmidhäuser*, Eberhard: Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, S. 511–524 (zitiert: *Schmidhäuser*, FS Schmidt).
- Schmidt*, Andrea: Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht, Frankfurt am Main 1994 (zitiert: *A. Schmidt*, Beweiswürdigung).
- Schmidt*, Eberhard: Deutsches Strafprozeßrecht: Ein Kolleg, Göttingen 1967 (zitiert: *E. Schmidt*, Deutsches Strafprozeßrecht).
- Schmidt*, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965 (zitiert: *E. Schmidt*, Einführung).
- Schmidt*, Eberhard: Von Sinn und Notwendigkeit wissenschaftlicher Behandlung des Strafprozeßrechts, ZStW 65 (1953), 161.
- Schmidt*, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Göttingen 1952 (zitiert: *E. Schmidt*, Lehrkommentar).
- Schmidt*, Eberhard: Die Kriegsstrafverfahrensordnung im Ganzen der deutschen Strafprozeßrechtsentwicklung, ZStW 61 (1942), 429.
- Schmidt*, Gerhard: Großverfahren und Strafprozeßrecht, JR 1974, 320.
- Schmidt-Hieber*, Werner: Der Beweis Antrag im Strafprozeß, JuS 1985, 291.

- Schmidt-Hieber*, Werner: Vereinbarungen im Strafverfahren, NJW 1982, 1017.
- Schmitt*, Bertram: Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß: Eine Studie zu Wesen und Funktion des strafprozessualen Grundsatzes der „freien Beweiswürdigung“ sowie zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Revision in Strafsachen; Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Kriminalistik und staatlicher Strafrechtspflege, Lübeck 1992 (zitiert: *Schmitt*, Beweiswürdigung).
- Schneider*, Hartmut: Ein reanimierter Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht? Zur Modernisierung des strafprozessualen Beweisantragsrechts, ZRP 2019, 126.
- Schneider*, Hartmut: Bemerkungen zu einigen ausgewählten Rechtsfragen aus dem Anwendungsbereich des § 244 Abs. 6 S. 2–4 StPO, NStZ 2019, 489.
- Schneider*, Hartmut: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 03.11.2010 – 1 StR 497/10, NStZ 2012, 169.
- Schneider*, Hartmut: Zur Strafbarkeit des Verteidigers wegen Strafvereitelung durch Stellen von Beweisanträgen zum Zwecke der Prozessverschleppung, in: Claudius Geisler, Erik Kraatz, Joachim Kretschmer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 607–632 (zitiert: *Schneider*, FS Geppert).
- Schneider*, Hartmut: 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 (zitiert: *Schneider*, FS Eisenberg).
- Schneider*, Norbert/*Wolf*, Hans-Joachim (Hrsg.): Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, 7. Aufl., Bonn 2014 (zitiert: *Schneider/Wolf-Bearbeiter*).
- Schoetensack*, August: Der Strafprozess der Carolina, Leipzig 1904 (zitiert: *Schoetensack*, Carolina).
- Schork*, Stefanie: Das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens: Änderung der Kräfteverhältnisse zum Nachteil der Verteidigung, NJW 2020, 1.
- Schrader*, Henning: Der Hilfsbeweisantrag – ein Dilemma, NStZ 1991, 224.
- Schreiber*, Hans-Ludwig: Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte, ZStW 80 (1968), 348.
- Schroeder*, Friedrich-Christian: Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532, Stuttgart 2000 (zitiert: *Schroeder*, Peinliche Gerichtsordnung).
- Schroth*, Ulrich: Strafrechtliche und strafprozessuale Konsequenzen aus der Überlänge von Strafverfahren, NJW 1990, 29.
- Schubert*, Werner (Hrsg.): Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, Abteilung III: NS-Zeit (1933–1939) – Strafverfahrensrecht, Band I: Entwürfe zu einer Strafverfahrensordnung und einer Friedens- und Schiedsrichterordnung (1936–1939), Berlin 1991 (zitiert: *Schubert*, Entwürfe).
- Schubert*, Werner/*Regge*, Jürgen (Hrsg.): Entstehung und Quellen der Strafprozessordnung von 1877: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 1989 (zitiert: *Schubert/Regge*, Entstehung und Quellen).

- Schulenburg*, Johanna: Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafprozeß, Berlin 2002 (zitiert: *Schulenburg*, Verbot).
- Schulz*, Joachim: Missbrauch des Beweisantragsrechts: Bemerkungen zum Dortmunder Fall, in: Eva Graul, Gerhard Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 355–367 (zitiert: *Schulz*, GS Meurer).
- Schulz*, Joachim: Die Erosion des Beweisantragsrechts, StV 1991, 354.
- Schulz*, Joachim: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 06.12.1983 – 5 StR 677/83, StV 1985, 312.
- Schulz*, Joachim: Die prozessuale Behandlung des Beweisermittlungsantrages, GA 1981, 301.
- Schünemann*, Bernd: Sinn und Zweck der Strafe – eine unendliche Geschichte?, in: Jan C. Joerden, Kurt Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag, Berlin 2017, S. 501–511 (zitiert: *Schünemann*, FS Yamanaka).
- Schünemann*, Bernd: Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik? Zu Fischers These der „fremden seltsamen Welten“ anhand aktueller BGH-Urteile zu Begriff und Funktion der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, GA 2011, 445.
- Schünemann*, Bernd: Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren, ZIS 2009, 484.
- Schünemann*, Bernd: Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in: Holm Putzke, Bernhard Hardtung, Tatjana Hörnle u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 39–53 (zitiert: *Schünemann*, FS Herzberg).
- Schünemann*, Bernd: Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells, in: Edda Weßlau, Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 555–576 (zitiert: *Schünemann*, FS Fezer).
- Schünemann*, Bernd: Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?, ZStW 119 (2007), 945.
- Schünemann*, Bernd: Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco, GA 2007, 644.
- Schünemann*, Bernd: Wohin treibt der deutsche Strafprozess?, ZStW 114 (2002), 1.
- Schünemann*, Bernd: Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 1–32 (zitiert: *Schünemann*, FS Roxin).
- Schünemann*, Bernd: Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens, in: Otto Friedrich Freiherr Gramm, Peter Raisch, Klaus Tiedemann (Hrsg.), Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1988, S. 461–484 (zitiert: *Schünemann*, FS Pfeiffer).
- Schünemann*, Bernd: Kognition, Einstellung und Vorurteil bei der Rechtsfindung, in: Ernst-Joachim Lampe (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie, Stuttgart 1985, S. 68–84 (zitiert: *Schünemann*, ARSP Beiheft 22).
- Schünemann*, Bernd: Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozeß, GA 1978, 161.

- Schünemann*, Bernd: Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin 1978 (zitiert: *Schünemann*, Nulla poena sine lege).
- Schünemann*, Bernd: Die vier Stufen der Rechtsgewinnung – exemplifiziert am strafprozessualen Revisionsrecht, Habilitation, Universität München 1975 (zitiert: *Schünemann*, Rechtsgewinnung).
- Schwarz*: Der neue Strafprozeß auf Grund des Gesetzes vom 28.06.1935, DJZ 1935, 925.
- Schweckendieck*, Helmut: Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht – eine zu wenig genutzte Möglichkeit? Eine Untersuchung der Rechtsprechung des BGH, NSTZ 1991, 109.
- Schwinge*, Erich: Der Kampf um die Schwurgerichte: Bis zur Frankfurter Nationalversammlung, Aalen 1970 (zitiert: *Schwinge*, Schwurgerichte).
- Sellert*, Wolfgang: Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band I: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen 1989 (zitiert: *Sellert*, Studien- und Quellenbuch I).
- Senge*, Lothar: Missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten – wesentliches Merkmal der Konfliktverteidigung? Abwehr der Konfliktverteidigung, NSTZ 2002, 225.
- Siebert*, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur Exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG), Marburg 1934 (zitiert: *Siebert*, Unzulässigkeit der Rechtsausübung).
- Siegert*, Karl: Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStW 54 (1935), 14.
- Singelstein*, Tobias/*Derin*, Benjamin: Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens: Was aus der StPO-Reform geworden ist, NJW 2017, 2646.
- Spiekermann*, Monika: Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts, Berlin 2001 (zitiert: *Spiekermann*, Mißbrauch).
- Spiegel*, Wilfried: Willensfreiheit und Rechtsmissbrauch im Strafantragsrecht, Aachen 2003 (zitiert: *Spiegel*, Rechtsmissbrauch).
- 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 (zitiert: *Stamp*, Wahrheit).
- Stankewitz*, Rolf G.: Grenzen zulässiger Rechtsausübung im Strafprozeß – Rechtsmissbrauch im Strafprozeß, in: Gunnar Duttge (Hrsg.), Kritische Studien aus vorwiegend strafprozeß-rechtlicher Sicht zum 60. Geburtstag von Ellen Schlüchter, Baden-Baden 1998, S. 25–37 (zitiert: *Stankewitz*, FS Schlüchter).

- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch II (§§ 241–243), hrsg. von Dirk Olzen, Gottfried Schiemann, Dirk Looschelders, Berlin 2015 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I (Einleitung, §§ 1–77), 23. Aufl., hrsg. von Reinhard Bork, Herbert Roth, Tübingen 2014 (zit. als *Stein/Jonas-Bearbeiter*).
- Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens“ – Beweisanzugsrecht, Recht der Besetzungsruhe, Befangeneheitsrecht, https://www.bundestag.de/resource/blob/667738/66b68b916dfdc7601e81fb91744c4dc/conen_stvb-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Stellungnahme des DAV durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/100119_Stellungnahme_DAV_Modernisierung-Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Stellungnahme des RAV zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2019/Downloads/100819_Stellungnahme_RAV_Modernisierung-Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt aufgerufen am 30.04.2020).
- Stemann*, Christian von: Skizze des Preußischen Strafprozesses, GerS 7 (1855), 382.
- Stock*, Ulrich: Das Ziel des Strafverfahrens, in: Karl Engisch, Reinhart Maurach (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München 1954, S. 429–454 (zitiert: *Stock*, FS Mezger).
- Stock*, Ulrich: Zur Strafprozessenerneuerung, Leipzig 1935 (zitiert: *Stock*, Strafprozessenerneuerung).
- Streng*, Franz: Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2002 (zitiert: *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen).
- Sturm*, Anja: Die Konnexität im Beweisanzugsrecht, StraFo 2009, 407.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK
- 5. Aufl., hrsg. von Jürgen Wolter, Band III (§§ 137–197), Köln 2016; Band IV (§§ 198–246), Köln 2015; Band V (§§ 246a–295), Köln 2016; Band VII (§§ 333–373a), Köln 2018 (zit. als *SK-Bearbeiter*, 5. Aufl.).
 - 4. Aufl., hrsg. von Jürgen Wolter, Band II (§§ 94–136a), Köln 2010; Band VIII (§§ 374–495), Köln 2013 (zit. als *SK-Bearbeiter*, 4. Aufl.).
- Temming*, Gerd: Der Verteidiger als (modifiziertes) Organ der Rechtspflege, StV 1982, 539.
- Tenorth-Sperschneider*, Miriam: Zur strukturellen Korrespondenz zwischen den gesetzlichen Ablehnungsgründen nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO und den Anforderungen an einen zulässigen Beweisanzug: Eine Analyse der neueren Revisionsrechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung des Merkmals der Konnexität, Berlin 2004 (zitiert: *Tenorth-Sperschneider*, Korrespondenz).

- Tepperwien*, Ingeborg: Beschleunigung über alles? Das Beschleunigungsgebot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, NSTZ 2009, 1.
- Tepperwien*, Ingeborg: „Schöpferische Rechtsfindung“ in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, in: Heinz Schöch, Helmut Satzger, Gerhard Schäfer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 583–597 (zitiert: *Tepperwien*, FS Widmaier).
- ter Veen*, Heino: Strukturanalyse strafrechtlicher Großverfahren am Landgericht Hamburg, Baden-Baden 1998 (zitiert: *ter Veen*, Strukturanalyse).
- ter Veen*, Heino: Zu den Gründen (über-)langer Verfahrensdauer in Strafsachen: Bericht über eine Strukturanalyse strafrechtlicher Großverfahren am Landgericht Hamburg in I. Instanz, StV 1997, 374.
- ter Veen*, Heino: Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß: Eine Analyse zur Interpretation des Beweisantragsrechts (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) und der Kontrolle seiner tatrichterlichen Anwendung in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, Heidelberg 1995 (zitiert: *ter Veen*, Beweisumfang).
- Thole*, Ulrich: Der Scheinbeweisantrag im Strafprozess, Berlin 1992 (zitiert: *Thole*, Scheinbeweisantrag).
- Thomas*, Sven: „Konfliktverteidigung“: Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht, StV 2010, 428.
- Trüg*, Gerson: Rechtsmissbrauch des Beweisantragsrechts, in: Jan Bockemühl, Katrin Gierhake, Henning Ernst Müller u. a. (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 447–458 (zitiert: *Trüg*, FS Heintschel-Heinegg).
- Trüg*, Gerson: Zur Beweiserhebung über einen Beweisantrag, StV 2013, 66.
- Trüg*, Gerson: Beweisantragsrecht – Disziplinierung der Verteidigung durch erhöhte Anforderungen?, StraFo 2010, 139.
- Trüg*, Gerson: Quo curris, Strafverfahren? Zum Verhältnis der objektiven Dimension der Beschleunigungsmaxime zur Wahrheitsfindung, StV 2010, 528.
- Ulsenheimer*, Klaus: Einschränkungen des Beweisrechts in Gegenwart und Zukunft, AnwBl 1983, 373.
- Vehling*, Karl-Heinz: Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1992, 86.
- Ventzke*, Klaus-Ulrich: Zu der Konnexität von Beweisanträgen und deren Antrag „aufs Geratewohl“, NSTZ 2011, 301.
- Ventzke*, Klaus-Ulrich: „Warum stellen Sie denn keinen Beweisermittlungsantrag?“ oder: Die revisionsrechtliche Aufklärungsrüge – ein beweisantragsrechtliches Problem, StV 2009, 655.
- Ventzke*, Klaus-Ulrich: Tatrichterliche Notwehr gegen Mißbrauch des Beweisantragsrechts?, HRRS 2005, 233.
- Ventzke*, Klaus-Ulrich: Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs – viel Getue um nichts?, StV 1997, 543.

- Ventzke, Klaus-Ulrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.05.1996 – 1 StR 154/96, StV 1996, 524.
- Verrel, Torsten: Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – 1. Teil, NStZ 1997, 361.
- Verrel, Torsten: Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes – 2. Teil, NStZ 1997, 415.
- Vogel, Hans-Jochen: Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, NJW 1978, 1217.
- Vogler, Theo: Die Rechtskraft des Strafbefehls: Ein Rechtskraftproblem, Karlsruhe 1959 (zitiert: *Vogler*, Rechtskraft).
- Vogtherr, Thomas H.: Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, Frankfurt am Main 1991 (zitiert: *Vogtherr*, Rechtswirklichkeit).
- Volk, Klaus: Diverse Wahrheiten, in: Albin Eser, Hans Josef Kullmann, Lutz Meyer-Goßner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1995, S. 411–419 (zitiert: *Volk*, FS Salger).
- Volk, Klaus: Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht: Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht, Ebelsbach 1978 (zitiert: *Volk*, Prozeßvoraussetzungen).
- Vormbaum, Thomas: Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, Berlin 1988 (zitiert: *Vormbaum*, Lex Emminger).
- Vorschläge zu gesetzlichen Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in der Strafgerichtsbarkeit (Stand März 1982 – Auszug), StV 1982, 325.
- Wächtler, Hartmut: Der autoritäre Strafprozeß: Das beschleunigte Verfahren neuer Art im Entwurf eines sogenannten Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes von CDU/CSU und FDP, StV 1994, 159.
- Wagner, Heinz: Diskussionsbeitrag, in: Ständige Deputation des DJT (Hrsg.), Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages – Münster 1994, Band II/2 (Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlußfassung), Teil M, München 1994, M 151–153 (zitiert: *Wagner*, Sitzungsbericht zum 60. DJT).
- Wall, Heinrich de: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht: Dargestellt anhand der privatrechtlichen Regeln über Rechtsgeschäfte und anhand des allgemeinen Schuldrechts, Tübingen 1999 (zitiert: *Wall*, Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften).
- Walter, Gerhard: Freie Beweiswürdigung: Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979 (zitiert: *Walter*, Freie Beweiswürdigung).
- Waßmer, Martin Paul: Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im Strafverfahren als Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, ZStW 118 (2006), 159.
- Weber, Ulrich: Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289.
- Wehowsky, Ralf: Zur Justage – Befangenheitsgesuche und Beweisanträge, NStZ 2019, 59.

- Weichbrodt*, Korinna: Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen: Zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung, Berlin 2006 (zitiert: *Weichbrodt*, Konsensprinzip).
- Weigend*, Thomas: Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 19.03.2012, StV 2013, 424.
- Weigend*, Thomas: Deliktopfer und Strafverfahren, Berlin 1989 (zitiert: *Weigend*, Deliktopfer).
- Weiland*, Bernd H.: Das Hauptverfahren in Strafsachen, JuS 1986, 710.
- Welp*, Jürgen: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 19.12.1986 – 2 StR 324/86, JR 1988, 387.
- Welp*, Jürgen: Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978), 101.
- Welp*, Jürgen: Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, ZStW 90 (1978), 804.
- Werle*, Gerhard: Aufbau oder Abbau des Rechtsstaats?, JZ 1991, 789.
- Wessels*, Johannes: Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, JuS 1969, 1.
- Weßlau*, Edda: Der blinde Fleck: Eine Kritik der Lehre vom Beweisantragsrecht, in: Edda Weßlau, Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 289–310 (zitiert: *Weßlau*, FS Fezer).
- Weßlau*, Edda: Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, StraFo 2007, 1.
- Weßlau*, Edda: Der Missbrauch von Verfahrensrechten im Strafverfahren, in: Cornelius Prittitz, Michael Baurmann, Klaus Günther u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, S. 787–801 (zitiert: *Weßlau*, FS Lüderssen).
- Weßlau*, Edda: Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Weßlau*, Konsensprinzip).
- Westhoff*, Ursula: Über die Grundlagen des Strafprozesses: Mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, Berlin 1955 (zitiert: *Westhoff*, Grundlagen).
- Widmaier*, Gunter: Anmerkung zum Beschluss des OLG Schleswig vom 22.02.1996 – 1 StR 35/96 und 192/95, NSTz 1996, 445.
- Widmaier*, Gunter: Der Hilfsbeweisantrag mit „Bescheidungsklausel“, in: Albin Eser, Hans Josef Kullmann, Lutz Meyer-Goßner u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln 1995, S. 421–434 (zitiert: *Widmaier*, FS Salger).
- Widmaier*, Gunter: Kritische Gedanken zur diskutierten Reform des Beweisantrags- und Revisionsrechts, NSTz 1994, 414.
- Widmaier*, Gunter: Zu den Anforderungen an die Individualisierung eines in einem Beweisantrag mit unvollständiger Anschrift benannten Zeugen und zum Umfang der strafgerichtlichen Aufklärungspflicht, NSTz 1994, 248.
- Widmaier*, Gunter: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 06.07.1993 – 5 StR 279/93, NSTz 1993, 602.

- Winters*, Karl-Peter: Jahresbericht 1982/83 der Geschäftsführung des Deutschen Anwaltsvereins, AnwBl 1983, 289.
- Wißgott*, Volkmar: Das Beweisantragsrecht im Strafverfahren als Kompensation der richterlichen Inquisitionsmaxime: Die Judikatur des Reichsgerichts zum strafprozessualen Beweisrecht, Frankfurt am Main 1998 (zitiert: *Wißgott*, Beweisantragsrecht).
- Witting*, Peter: Die Fristsetzung bei „missbräuchlicher“ Beweisantragstellung – eine akzeptable Präklusion des Beweisantragsrechts?, in: Winfried Hassemer, Eberhard Kempf, Sergio Moccia (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 885–899 (zitiert: *Witting*, FS Volk).
- Wohlens*, Wolfgang: Das Strafverfahren in den Zeiten der „Eilkrankheit“, NJW 2010, 2470.
- Wolf*, Manfred/*Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016 (zitiert: *Wolf/Neuner*, BGB AT).
- Wolfslast*, Gabriele: Absprachen im Strafprozeß, NStZ 1990, 409.
- Würdinger*, Markus: Die Analogiefähigkeit von Normen: Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, AcP 2006, 946.
- Zachariä*, Heinrich Albert: 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, Band I: Welcher die Einleitung, die rationellen und historischen Grundlagen des deutschen Strafprocesses und die Lehre von der Strafgerichtsverfassung enthält, Göttingen 1861 (zitiert: *Zachariä*, Handbuch).
- Zachariä*, Heinrich Albert: Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens: Dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips, Göttingen 1846 (zitiert: *Zachariä*, Gebrechen).

Sachwortregister

- Abwägung** 77, 80, 83 f., 105 f., 111
allgemeines Missbrauchsverbot 199 ff., 201 ff.
– Entwicklung 52 f.
– Reformvorschlag 201, 203
Amtsermittlungsverfahren 111, 202 f.
Antragsablehnung
– Gründe 31 f., 34, 37, 39, 45, 71 f., 132 f., 135, 137, 184 f.
– pauschale 197, 201, 203, 211 ff.
– Reihenfolge 129 Fn. 302, 183 ff.
Aufklärungspflicht 22, 24, 41 f., 118, 162, 229, 240
– Vernachlässigung 202 f., 209 ff., 218 ff., 227 ff., 234 ff.
Außentheorie 151, 167
- Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache** 56, 121 ff., 204 f.
Begründungspflicht
– für andere Beweisbegehren 135, 142 f., 232, 235 ff.
– für Beweisangebote 59 f., 134 f., 142 f., 186 f., 197, 213, 218, 225, 227 f.
Bescheidigungspflicht
– Gerichtsbeschluss 60 f., 134 f., 142 f., 187, 209 Fn. 380, 212 ff., 218 f.
– Urteilsgründe 60 ff., 68 ff., 197, 211 ff.
– Verfügung 72 f., 135, 232, 235 ff.
Beschleunigung
– des Verfahrens 46, 50, 95 Fn. 143, 96 f., 214
– Gebot 61, 64 f., 107, 226
Beschuldigter
– Objekt des Verfahrens 22 f., 38 f., 86 f., 156 f., 163 f.
– Prozesssubjekt 65, 86, 102 f., 105, 110, 140, 142, 157, 160, 163 f., 165, 213
- Beweisanregung** 135, 141 ff.
Beweisantizipation
– Begriff 114 f.
– der Erheblichkeit der Beweistatsache 116, 121 ff.
– des Beweiswertes 124 ff.
– des Sachverhaltsmodifikationscharakters des Beweisergebnisses 127 ff.
– kraft Überzeugung vom Gegenteil 121
– positive u. negative 116
– prospektive u. retrospektive 120
– Verbot 33 f., 41 f., 113 f., 116 ff., 131 ff., 137 f., 218
– vorläufige u. endgültige 115 f.
Beweisantrag
– Begriff 15 f., 56 ff., 73
– Fakten 148 f.
– Herabstufung 53, 57, 71 ff., 205, 208 ff., 230 ff., 235 ff.
– mit untragbarer Folge 182, 187
– pflichtverletzender 179, 185 f.
– schikanöser 179 ff., 186
– ungehöriger 177 ff., 185
– verfahrensblockierender 180, 186 f., 188 ff., 196 ff.
Beweisantragsrecht
– Ausbau 31 f., 34, 36 f., 42 f.
– eigenständiger Beitrag 112, 131 ff., 133 ff., 218
– Entstehung 32 ff.
– gesetzlicher Abbau 38 ff., 46 ff., 68 ff., 208 f., 213 ff., 218 ff., 231 f., 233 ff.
– Präklusionsverbot 15, 31, 46, 144 Fn. 369, 212, 225 f., 229

- richterrechtliche Aushöhlung 52 ff., 201 f., 205 f., 212, 223 ff., 227 ff., 234 ff.
- Ziel 144
- Beweisaufnahme**
 - Gebundenheit *siehe* Beweisantragsrecht sowie Präsentationsrecht
 - richterliches Ermessen 22, 25 f., 28 f., 33 f., 40 f., 112 ff.
- Beweisbegehren** 29, 208 ff.
- Beweisbehauptung** aufs Geratewohl ins Blaue hinein 54 f., 70 ff.
- Beweiserbieten** 16 Fn. 5, 133, 135 f., 138, 140
- Beweismittlungsantrag** 16 Fn. 4, 53 f., 135, 138, 209 Fn. 380
- Beweisregeln**
 - gesetzliche 22, 23 ff., 35
- Beweisverbot** 102, 183, 186
- Constitutio Criminalis Carolina** 21 f.
- Darlegungslast**
 - des Antragstellers 56 ff., 62 f., 65 f., 205 ff., 210 f., 215 f., 219 f., 225 f., 228 ff.
 - des Gerichts u. Vorsitzenden *siehe* Begründungspflicht
- Demokratieprinzip** 170 ff.
- Ermittlungsakten** 18, 114 Fn. 241, 115, 141, 158
- Ermittlungsverfahren** 24, 141, 158 f.
- Erwiesensein der Beweistsache** 116, 128
- faïres Verfahren** 64 ff., 102 Fn. 183, 213, 216
- formelle Fristenlösung** 211 ff., 218 ff.
 - Entwicklung 61 ff., 66 ff., 68 ff., 211 ff.
 - Reformvorschlag 215 ff., 219 ff.
 - Vorgänger 31, 46 ff., 50 f.
- freie Beweiswürdigung** 24 f., 34 f., 41, 90, 112
- Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege** 65, 69, 93, 160, 165 f., 179 Fn. 225, 226
- gegensatzaufhebende Begriffsbildung** 77 f., 93
- Gerechtigkeit**
 - materielle 21 f., 76 Fn. 4, 84
 - prozessuale, *siehe* Verfahrensgerechtigkeit
- Gesetzesauslegung** 45, 151, 168, 173, 184 f., 215, 226
 - teleologische Auslegung 168
- Gesetzesbindung des Richters** *siehe* Demokratieprinzip, Gewaltenteilung, Rechtssicherheit
- Gestellungsrecht** 26 ff., 32, 37
- Gewaltenteilung** 172 f.
- Grundrechtsschutz**
 - materieller 42, 157
 - prozessualer 174
- Hauptverhandlungsdauer** 146 f.
- Hilfsbeweisantrag** 60 f., 63, 66, 177 ff., 213 f.
- Identitätslehre** 119, 132 f.
 - in dubio pro reo 40 f., 130 f.
- Inkongruenzlehre** 119, 132
- Innentheorie** 150 f.
- Inquisitionsverfahren** 21 ff., 156 f.
- Instrumentalisierungsverbot** 81 f., 85 ff., 105
 - idealistisches u. empirisches Verständnis 98
 - zweistufiges Verständnis 98 ff.
- intime conviction** 25, 34
- Justizeffektivierung** 95 f., 110
- Justizentlastung** 46, 48 ff., 50, 232, 234
- Justizförmigkeit des Strafverfahrens** 76 Fn. 4, 162 f.
- Justizüberlastung** 156

Konnexität

- Entwicklung 55 ff., 71 ff., 207
- im engeren Sinne 56 f., 59, 207 f.
- im qualifizierten Sinne 58 f., 204, 206, 207 f., 211
- im weiteren Sinne 56 f., 59, 204 ff., 207 ff.
- Reformvorschlag 207, 211
- Vorgänger *siehe* Beweisbehauptung aufs Geratewohl ins Blaue hinein

Legitimation der Machtausübung

- deontologische Schranke 80 f., 83 f.
- Handlungspflicht 81 f.
- konsequentialistischer Zweck 80 f.
- Unterlassungspflicht 80 ff.

legitime Strafzufügung 84, 86 ff., 92

- Lösung des Zielkonflikts 108 ff.

Missbrauchsabwehr

- als neuer Missbrauch 53, 55, 58 f., 65 f., 155 f., 161, 164, 167, 200 ff., 205 ff., 212 ff., 223 ff., 231 ff., 240
- gegenüber dem Beschuldigten 27 f., 30 ff., 39 f., 44 ff., 52 ff., 68 ff.
- gegenüber der Staatsanwaltschaft u. dem Gericht 22 ff., 26 ff., 32 f., 35 ff., 41 f., 55, 59 f., 133, 186 f.
- durch Ablehnungsgründe 185 ff.
- durch einzelfallbezogene Rechtsfortbildung 196 ff.
- durch Gerichtsverfassungsrecht 188
- durch Kostenrecht 188 ff.
- durch materielles Strafrecht 193 ff.
- durch Standesrecht 191 ff.
- Notwendigkeit 188, 196, 198, 231, 237
- Rechtfertigung 167 ff., 175 ff.
- Reihenfolge 195 f.
- Wechselspiel 74, 176, 238, 240

Missbrauchsprävention 161, 203, 219, 228

Missbrauchsverdacht 54, 68, 148, 161, 203, 218 f.

nemo tenetur-Prinzip 103 f.

Offenkundigkeit 116, 127 f., 186

Organtheorie 161

- eingeschränkte 160 f.
- strenge 159 f.

Parteiinteressentheorie 44, 161 f.

- Vertragstheorie 161 f.

Parteiverfahren 111, 203

Paternalisierung 107, 160, 163 f.

Persönliche Überzeugung 24 f., 34, 40 ff., 90 f., 112 f.

Präsentationsrecht *siehe* Verwendungspflicht gegenüber präsenten Beweismitteln

raschste Verfahrensbeendigung

- Anforderung 94 ff.
 - Verfahrensvereinfachung 95, 97, 110
 - Verhältnis zur Ressourcenersparung 96 f.
 - Ziel des Strafverfahrens 94, 96
- Recht auf rechtliches Gehör 102 f.
- Aufklärungspflicht 141 ff.
 - Beweisantragsrecht 141 ff., 213 f., 216
- Rechtsfindung contra legem 151, 170, 201 f., 219, 224 f., 229 f.
- Ausnahme des Verbots 174 f.
 - Rechtsstaat zum Richterstaat 175
 - Verbot 170 ff., 202, 219
- Rechtsfindung praeter legem 33, 151, 169 f., 171 f., 174, 176, 196 ff., 202, 237
- Analogie 169, 175, 199 ff.
 - Analogieverbot 173 f.
 - teleologische Reduktion 169 f., 175, 215, 219, 226

Rechtsfindung secundum legem *siehe* Gesetzesauslegung

Rechtsfrieden 76 ff.

Rechtskraft 76 Fn. 10, 78 f.

Rechtsmissbrauch

- als Interpretationsproblem 166
- Definition 52 f., 152
- der Staatsanwaltschaft u. des Gerichts 21, 23, 35, 133, 164 f., 190
- des Beschuldigten 27, 96, 149 f., 165
- einseitige Diskussion 145, 155 ff., 164 ff., 167
- Grundlage *siehe* Außentheorie u. Innentheorie
- hinsichtlich des Beweisantragsrechts 177 ff.
- im Zivilrecht 152 f.
- Kategorien im Strafverfahren 154 f., 167
- Rechtssicherheit 76 Fn. 10, 78 f., 173
- Rechtswissenschaft
 - als vierte Gewalt 167, 240
 - Gründe statt Entscheidungen 17
- reformierter Strafprozess 23 ff., 27, 157 ff.
- akkusatorische Elemente 24, 157 f.
- inquisitorisch Elemente 24, 157 ff.
- Respekt vor Menschen *siehe* Instrumentalisierungsverbot
- Revisionskontrolle
 - Aufklärungsrüge 40 f., 136 ff., 139 f.
 - Begrenzung 47 f., 72 f., 231 f., 235 ff.
 - Beweisantragsrüge 136 ff., 139
 - Tatfrage u. Rechtsfrage 26, 33, 35, 91 Fn. 113, 236
- Richterpsychologie
 - kognitive Dissonanz 89
 - Perseveranz- u. Schulterschlusseffekt 114 Fn. 241, 158 f.
 - Selbstverständnis 156
 - Überforderung 24
- Schweigerecht 104
- Selbstladungsrecht 26 ff., 40, 42
- Sonderverbindung 153 f.
- Strafbefehlsverfahren 95, 109 f.
- Straftheorie 86, 92
 - absolute 84

- Generalprävention 81, 85, 87, 94 f., 108 f.
- relative 84 f.
- Schuldprinzip 85 f., 88, 94 f., 109, 111
- Spezialprävention 85, 87 f., 94 f., 108 f.
- Vereinigungstheorie 85 f.
- Strafvereitelung 193 ff.
- Strafverfahren
 - als Kommunikationsvorgang 58, 79, 81, 102 ff., 142 f., 213 f., 224
 - Schranken *siehe* Instrumentalisierungsverbot
 - Ziele 75 ff., *siehe auch* legitime Strafüzufügung
 - Ziel-Schranke-Verhältnis 110 f., 140

Treu und Glauben 152 ff.

überlange Verfahren 44, 46 Fn. 197, 95 f., 146 ff.

ultima ratio-Prinzip 195 f.

Unerreichbarkeit des Beweismittels 125 ff., 138

Unzulässigkeit

– der Beweiserhebung 45, 183

– des Beweisantrags 184

Verbot

– der Folter 100 ff.

– der Totalüberwachung 101

– des Eingriffs in Kernbereich der Privatsphäre 101

– unmenschlicher Behandlung 102

Verfahrensbalance 105

Verfahrensgerechtigkeit

– im weiteren Sinne 103 f., 105 ff., 111, 140 f., 144

– minimale 81 f., 103 f., 105 f., 110 f., 144

Verhältnismäßigkeit 106, 109, 111, 196 ff., 203

Verhandlungsleitung 63, 188, 225 f.

Verschleppungsabsicht

- als Oberbegriff des Rechtsmissbrauchs 235, 237
- auch unerhebliche Verfahrensverzögerung 71 ff., 232 ff.
- freie richterliche Würdigung 47 f., 50 f., 71 ff., 232 f., 236 f.
- herkömmliche Voraussetzungen 59 f., 129 f., 185, 205, 227, 236
- materielle Fristenlösung 62 ff., 222 ff.
- Motivbündel 71 ff., 232 ff.
- Reformvorschlag 230, 232, 237

Verteidiger

- Berufspflicht 160, 163, 192 f.
- freie Advokatur 190
- Gehilfe des Prozesssubjekts 163 f.
- Inpflichtnahme 52, 62, 159 ff., 162, 165 f., 179 Fn. 225, 188, 210
- Organ der Rechtspflege 162 f.
- Pflichtverteidiger 164, 190 f.
- Sachlichkeitsgebot 191 f.
- Vergütung 189 f.
- Wahlverteidiger 164

Verteidigung

- formelle u. materielle 157
- im Hauptverfahren 18, 158 f.
- im Vorverfahren 148 f., 158 f.
- Konfliktverteidigung 44 f., 155 f.

- notwendige 162

- Verteidigungsstrategie 65, 69, 134, 143, 154, 163, 218, 224, 226 f., 230

- Weigerung 155 f., 188 f.

Verwendungspflicht gegenüber präsenten Beweismitteln 26 ff., 30 ff., 36 ff., 40, 42 f., 45 f.

völlige Ungeeignetheit des Beweismittels 124 f., 204 f., 208

Wahrheit

- Fehlerquellen 88 f.
- formelle 92 f.
- objektive, materielle 88 ff., 117 f.

Wahrheitsermittlung

- Anforderung 88 ff., 117 f., 132, 138
- Mitwirkung des Beschuldigten 25 f., 90, 110, 140 f., 158 f., 203, 209 f., 221, 224
- richterliche Pflicht *siehe* Aufklärungspflicht
- Ziel des Strafverfahrens 87 f., 91 f.

Wahrunterstellung 130 f.

Widerspruchslösung 162 f.

Wille 98 ff., 106 f., 141, 162 ff.

Zweifel 41, 91, 117 f., 132