

HRRS-Gedächtnisgabe für GUNTER WIDMAIER

**Beiträge auf der Gedenkveranstaltung
für Gunter Widmaier
am 28. September 2013 in Berlin**

**herausgegeben von
Alexander Ignor, Gerhard Strate und Ali B. Norouzi
in Verbindung mit Karsten Gaede und Stephan Schlegel**

Hinweis: Die Schriftgrößen dieses Dokuments sind so gestaltet, dass das Dokument zweiseitig auf dem Format A4 (Querformat) ausgedruckt werden kann.

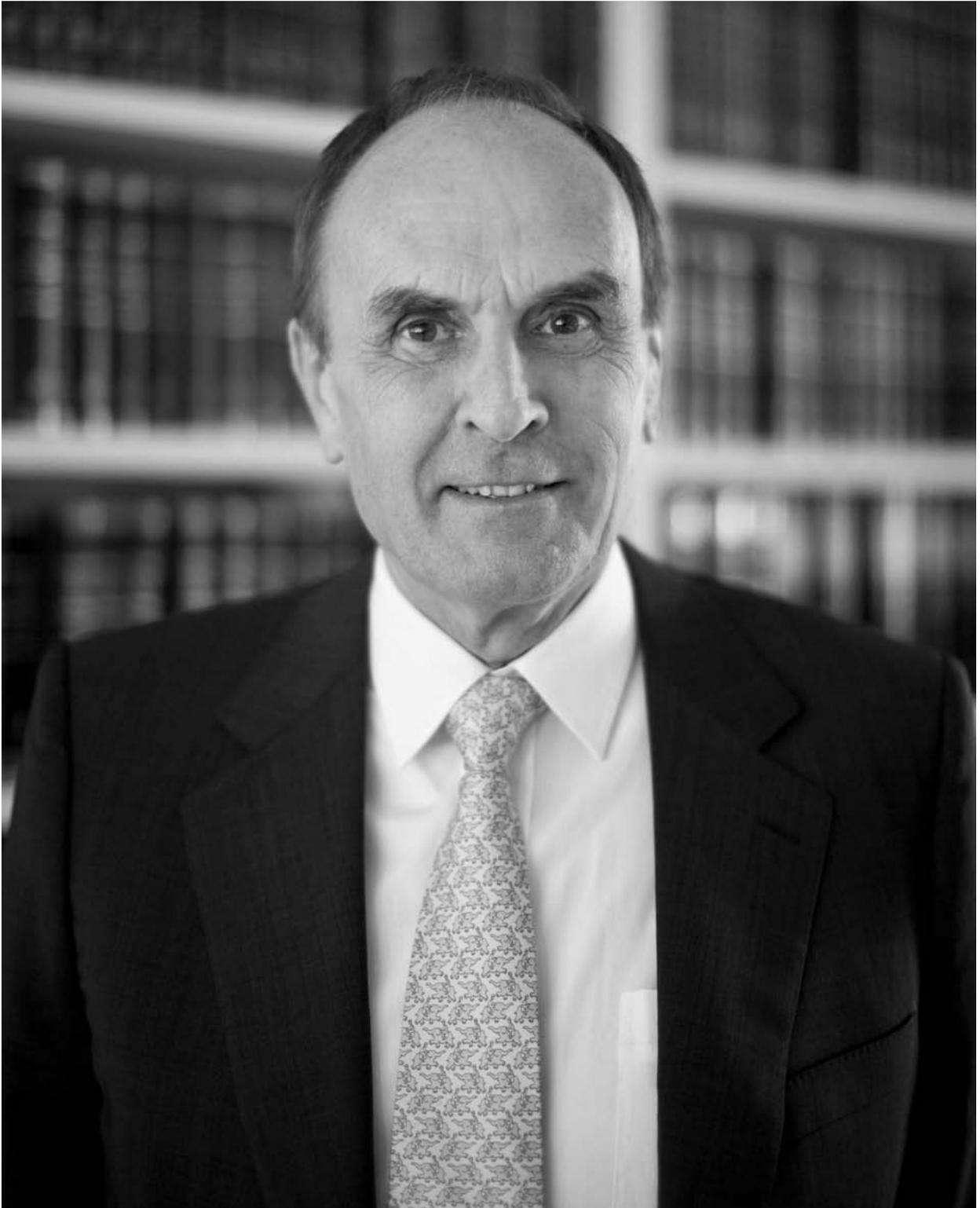
HRRS-Gedächtnisgabe für Gunter Widmaier, Beiträge auf der Gedenkveranstaltung für Gunter Widmaier am 28. September 2013 in Berlin, hrsg. von Alexander Ignor, Gerhard Strate und Ali B. Norouzi i.V.m. Karsten Gaede und Stephan Schlegel, Hamburg 2014

© 2014 HRRS – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>)

Redaktion HRRS
Prof. Dr. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg

Bezugsquelle: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/>

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe, und der Übersetzung, vorbehalten. Das vorliegende Dokument darf zum eigenen Gebrauch – auch außerhalb privater Zwecke – elektronisch gespeichert und ausgedruckt werden. Ein Weitervertrieb bedarf der Einwilligung der Rechteinhaber.



Gunter Widmaier

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
---------------	----

Erinnerungen an Gunter Widmaier

ALEXANDER IGNOR

Ein Jahr danach – Erinnerungen an Gunter Widmaier	3
---	---

GERHARD SCHÄFER

Symposium zum Gedenken an Gunter Widmaier in Berlin am 28. September 2013 – Erinnerungen an Gunter Widmaier	7
--	---

ALI B. NOROUZI

Empathie als anwaltliche Tugend – Gunter Widmaier als anwaltlicher Lehrer	15
--	----

Perspektiven des Strafprozessrechts

1. Perspektiven der Verfahrensrüge

GABRIELE CIRENER

Die Angriffsrichtung der Verfahrensrüge	27
---	----

GERHARD STRATE

Perspektiven der Verfahrensrüge.....	39
--------------------------------------	----

2. Perspektiven des Beweisantragsrechts

KLAUS-ULRICH VENTZKE

Beweisantrag – Bedeutungslosigkeit – Beruhen	53
--	----

ANDREAS MOSBACHER

Perspektiven des Beweisantragsrechts – Der spezielle
Beweiserhebungsanspruch als Anspruch auf Teilhabe am Prozess der
Wahrheitsfindung..... 79

3. Perspektiven der Strafverteidigung

THOMAS FISCHER

Perspektiven der Strafverteidigung – aus Richtersicht 101

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber..... 129

Vorwort

Am 11. September 2012 erlag *Gunter Widmaier* den schweren Folgen eines tragischen Unfalls, der sich eine Woche zuvor, ausgerechnet am Tag des von ihm mit so viel Wonne und Vorfreude getragenen Umzugs seiner Sozietät nach Berlin ereignet hatte.

Gunter Widmaier begriff den Wechsel der Kulisse seines anwaltlichen Handelns von Karlsruhe, »der Residenz des Rechts«, in die Hauptstadt nicht nur als Beginn eines Abenteuers, das sich ihm unversehens auf der Schlussgeraden eines an (Revisions-)Erfolgen reichen Berufslebens bot. Er sah hierin auch, wie er im internen Gespräch ernüchtert preisgab, einen symbolischen Beleg für die Umwälzung des Revisionsverfahrens, wie sie von der Praxis in den vergangenen 28 Jahren vollzogen wurde, in denen sein Büro in der Karlsruher Herrenstraße, fußläufig zum Sitz des Bundesgerichtshofs, seinen Platz hatte. Vorbei war die Zeit, als er noch an einem Vormittag mehrere Revisionshauptverhandlungstermine hatte. Die mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum in Einklang zu bringende Dominanz des schriftlichen Beschlussverfahrens ließ auch einen – besser: *den* – Revisionspezialisten keinen Grund mehr erkennen, warum seine Kanzlei ausgerechnet »am Hofe« residieren sollte.

Diese persönliche Beobachtung kann man zum Anlass nehmen, weitere Fragen nach den Grundlagen des Strafverfahrensrechts zu stellen: Welche Zukunft hat das *Gunter Widmaier* so am Herzen liegende und mit seinem Namen als dem Schöpfer des Konnexitätsbegriffs untrennbar verbundene Beweisanzugsrecht? Welche Perspektiven bleiben der strafprozessualen Verfahrensrüge angesichts einer zunehmenden Ergebnisorientierung der revisionsgerichtlichen Spruchpraxis? Und wie muss die Rolle der Strafverteidigung begriffen, definiert und gelebt werden nach der – auch von *Gunter Widmaier* geforderten – gesetzlichen Verankerung der Verständigung im Strafverfahren?

Um sich diesen Themen im Gedenken an *Gunter Widmaier* zu widmen, kamen am 28. September 2013, dem Tag seines 75. Geburtstags, auf Einladung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer Freunde und Weggefährten aus allen Bereichen der Strafrechtspflege im neuen Jacob-und-Wilhelm-Grimm-Zentrum der Berliner Humboldt-Universität zusammen. Wie es *Gunter Widmaiers* Grundvorstellung entsprach, dogmatische Probleme nicht in blasser Theorie, sondern in Kenntnis ihrer praktischen Funktionsbedingungen zu diskutieren, hielten jeweils Verteidiger und Bundesrichter Impulsreferate zu den drei Themenkomplexen »Perspektiven der Verfahrensrüge, des Beweisantragsrechts und der Strafverteidigung«.

Das Angebot von *Gerhard Strate* als Herausgeber der HRRS, die Vorträge wie auch die persönlichen Ansprachen zur Erinnerung an *Gunter Widmaier* als Freund, Kollegen und Lehrer einem größeren Publikum zugänglich zu machen, haben die Referenten fast ausnahmslos angenommen. Ihnen gebührt hierfür unser Dank, ebenso den Kollegen *Hannah Milena Piel* und *Michael Rosenthal* für die sachkundige Moderation sowie *Karsten Gaede* und *Stephan Schlegel* für die geduldvolle Lektorierung dieser HRRS-Sonderausgabe zum Gedenken an *Gunter Widmaier*.

Alexander Ignor, Gerhard Strate und Ali B. Norouzi,
Berlin und Hamburg im November 2014

Erinnerungen an
Gunter Widmaier

ALEXANDER IGNOR

Ein Jahr danach – Erinnerungen an Gunter Widmaier

Liebe Inge Otto,

sehr geehrte Mitglieder der Familie Widmaier,

sehr geehrter Herr Vizepräsident,

sehr geehrte Gäste,

namens der Bundesrechtsanwaltskammer darf ich Sie herzlich zum Gedenksymposium für Gunter Widmaier willkommen heißen.

Heute vor 75 Jahren wurde Gunter Widmaier in Ravensburg geboren, heute vor einem Jahr wurde er in München beigesetzt. Kurz zuvor ist er hier in Berlin verstorben, an den Folgen eines tragischen Unfalls.

Das ist der Grund, weshalb wir uns heute in Berlin im Gedenken an Gunter Widmaier zusammengefunden haben.

Nachdem er fast sein ganzes Leben im Süden Deutschlands verbracht hatte, zog es ihn zuletzt in die deutsche Hauptstadt. Zusammen mit seinem jungen Kollegen Ali Norouzi verlegte seine Kanzlei von der Herrenstraße in Karlsruhe an den Kurfürstendamm in Berlin-Charlottenburg, in das Herz alten Westens.

Dieser Umzug hatte zunächst private Gründe, aber auch solche, die mit dem fachlichen Teil unserer Gedenkfeier zusammenhängen.

Karlsruhe, der Hort bundesrepublikanischen Rechts, an dem er jahrzehntelang als auf das Revisionsstrafrecht spezialisierter Anwalt glänzend gewirkt

hatte – glänzend war ein Lieblingswort von Gunter Widmaier – Karlsruhe also hatte für ihn im Laufe der Jahre an Glanz verloren.

Gunter Widmaier liebte den Auftritt beim BGH, er liebte die Revisionshauptverhandlung. Hier konnte er neben seinen juristischen seine rhetorischen Talente zur Entfaltung bringen und mit Juristen, denen er sich ebenbürtig wusste, nach Herzenslust die dogmatischen Klänge kreuzen.

Zu seinem großen Bedauern hatte er hierzu im Laufe der Jahre immer weniger Gelegenheit. Nicht, weil es ihm an Fällen mangelte. Sondern weil die Revisionshauptverhandlungen spürbar zurückgingen.

In früherer Zeit kam es vor, dass er an einem einzigen Vormittag in drei Verhandlungen hintereinander agierte. Im letzten Jahr hatte er bis zu seinem Tod nicht an einer einzigen teilgenommen. Die nächste stand erst für den Oktober auf seinem Programm.

Überhaupt konstatierte Gunter Widmaier einen Bedeutungsverlust der Revision, zumal der Verfahrensrügen, die er besonders gern verfocht. Wir werden darauf im Laufe des Tages sicher noch näher zu sprechen kommen.

Ein Symposium für einen verstorbenen Rechtsanwalt ist eine seltene Ehre. Noch seltener kommt es vor, dass sich dazu so viele namhafte Vertreter anderer juristischer Professionen einfinden, wie dies heute hier der Fall ist.

Die Liste der Vortragenden spiegelt diese Besonderheit wieder. Neben Rechtsanwälten sind in gleicher Zahl Richter vertreten, und alle haben auf Anfrage spontan und gerne ihre Teilnahme zugesagt. Dafür möchte Ihnen, liebe Frau Cirener, und Ihnen, liebe Herren Richter, liebe Herren Kollegen, sehr herzlich danken.

Die Besonderheit dieses Symposions gilt einer besonderen Persönlichkeit. Ich kenne kaum einen anderen Rechtsanwalt, der sich zu Lebzeiten einer solcher Anerkennung und Wertschätzung erfreuen durfte wie Gunter Widmaier.

Anlässlich seines Todes im vergangenen Jahr ist sein außerordentliches Wirken als Rechtsanwalt Gegenstand vieler Nachrufe gewesen. Heute werden

Gerhard Schäfer, der langjährige Richterfreund, und Ali Norouzi, der Schüler, den er der beruflichen Partnerschaft für würdig befand, an die Persönlichkeit Gunter Widmaiers erinnern.

Gestatten Sie mir, lieber Ali Norouzi, meinerseits eine kleine Anekdote beizutragen, von der Sie mir erzählt haben. Sie beleuchtet eine Facette der Persönlichkeit Gunter Widmaiers, die mich selbst immer besonders beeindruckt und öfters mitgerissen hat. Ich meine seinen »glänzenden« Optimismus.

Anders als Richter müssen Anwälte viele Niederlagen ertragen. Dem Richter an sich sind Niederlagen fremd, weil er nicht in die Situation des Kampfes um das Recht gerät, sondern von Rechts wegen darüber steht und ihn entscheidet. Dass es einem als Richter widerfahren kann, überstimmt oder mit einem Urteil aufgehoben zu werden, würde ich nicht als Niederlage bezeichnen.

Was eine Niederlage bedeutet, habe ich gerade erst wieder in diesem Jahr erleben müssen, als der Bundesgerichtshof in seiner Weisheit hintereinander zwei Freisprüche aufgehoben hat, die ich jeweils mühsam errungen hatte.

Auch Gunter Widmaier widerfuhren solche Enttäuschungen, und Ali Norouzi hat ihn häufiger dabei begleitet. Er erlebte, wie Gunter Widmaier voller Enthusiasmus in eine Revisionshauptverhandlung ging, beseelt von dem Anliegen, für das er focht, wie er sich ins Zeug legte – und am Ende verlor. Dann traten die beiden auf die Straße – und was, meinen Sie, geschah?

Gunter Widmaier sagte zu dem Fall kein einziges Wort. Er sprach von dem *nächsten* Fall und vertiefte sich in diesen mit genau dem gleichen Enthusiasmus, mit dem er sich eben noch in dem verlorenen engagiert hatte.

Eine Tages sprach Ali Norouzi ihn darauf an und fragte: »Herr Widmaier, wie kommt es, dass Sie trotz so vieler Enttäuschungen immer wieder mit neuer Begeisterung und neuem Optimismus an einen Fall herangehen? Woher nehmen Sie die Kraft dazu?«

Was, meinen Sie, hat Gunter Widmaier geantwortet?

»Lieber Herr Norouzi. Ich erinnere mich nur an meine Erfolge.«

Lieber Gerhard Schäfer, lieber Ali Norouzi: Bitte erzählen Sie uns von den Erfolgen Gunter Widmaiers.

GERHARD SCHÄFER

Symposium zum Gedenken an
Gunter Widmaier in Berlin
am 28. September 2013 –
Erinnerungen an Gunter Widmaier

Sehr verehrte Frau Otto, liebe Inge,

sehr geehrter Herr Otto Widmaier,

verehrte Angehörige,

meine Damen und Herren!

Gunter Widmaiers Bedeutung als sensibler Strafverteidiger in der Instanz, als glänzender Revisionsanwalt,

als brillanter Vorsitzender der strafrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentags,

als mit umfassenden Wissen agierender Referent bei Fortbildungsveranstaltungen sowohl für Strafverteidiger als auch für Richter und Staatsanwälte,

als souveräner Vorsitzender des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer,

als Honorarprofessor und schließlich als Autor unzähliger großer und kleiner Schriften rund um das Strafrecht und das Strafprozessrecht

wurde in berührenden Nachrufen nach seinem plötzlichen Unfalltod breit gewürdigt¹.

Lassen Sie mich hier Ihnen ein paar persönliche Erinnerungen vortragen.

Mitte der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts tauchte beim Landgericht in Stuttgart ein junger, der Landessprache durchaus mächtiger, Anwalt aus München auf, der wegen seiner juristischen und verteidigerpraktischen Fähigkeiten schnell höchstes Ansehen genoss, dem man wegen seiner Erfolge bei Revisionen Respekt entgegenbrachte, der aber auch – und das darf man heute sagen – zum Schwarm junger Richterinnen und weiblicher Angestellter wurde. So konnte es kommen, dass gestandene ältliche Strafrichter trotz der ansonsten von ihnen verbreiteten Langeweile plötzlich Zuhörer im Verhandlungsraum fanden, die sich von den in der Regel männlichen und ältlichen »Berufszuhörern« durch Alter und Geschlecht stark unterschieden.

Dies war die Zeit der erfolgreicher Verfahrensrügen wegen unrichtiger Schöffenbesetzungen. Gunter Widmaier beherrschte die Klaviatur des GVG wie kein anderer und wenn er auf der Schöffengeschäftsstelle auftauchte und die Schöffenlisten und Verhinderungsanzeigen und Entscheidungen durchsah, konnte sich die Vertretungskammer schon mal auf einen weiteren Fall vorbereiten. Zugegeben: die Rechtsprechung zu diesen Fragen war konfus und die Gesetzeslage unübersichtlich. Aber wie sagte Gunter Widmaier einmal, freilich in anderem Zusammenhang, nämlich zur Rechtsprechung zur Widerspruchslösung: Das Recht ist für die Wachen da und zu denen gehörte er. So erreichte er eine Vielzahl von Urteilsaufhebungen, da ihm der absolute Revisionsgrund zur Seite stand und der Bundesgerichtshof auch nicht mit Überlegungen zum Beruhen gegensteuern konnte oder wollte. Dies tat dann der Gesetzgeber mit Einführung der Präklusionslösung und einer Änderung im GVG.

¹ *Dahs* NStZ 2013, 185; *Leitner* StraFo 2012, 385; *Ignor* BRAK-Mitt. 2012, 221; *Strate* HRRS 2012, 357; *G. Schäfer* StV 2012 Heft 11.

In einem solchen Fall falscher Schöffenbesetzung zeigte Gunter Widmaier schon früh sein großes taktisches Geschick als Verteidiger. In einem sehr mühseligen, langen Punkteverfahren, in dem er selbst verteidigt hatte, erhob er die Verfahrensrüge und beschränkte die Revision auf den Rechtsfolgenausspruch. Er verzichtete auf den für einen jungen Verteidiger doch recht prestigeträchtigen Erfolg einer Totalaufhebung, sondern suchte, sicher nach eingehender Beratung mit seinem Mandanten, den für diesen besten Weg. Der »neue« Tatrichter hat es ihnen gedankt.²

Dies alles habe ich nur aus der Distanz beobachten können. Unsere erste Begegnung ließ noch einige Zeit auf sich warten. Es muss Ende der siebziger Jahre gewesen sein, dass der Bundesgerichtshof auf die Revision – natürlich – von Gunter Widmaier ein rechtlich sehr schwieriges und materialreiches Verfahren an das Landgericht zurückverwies. Unsere Kammer war nun zustän-

² Herr Richter am Bundesgerichtshof a.D. Dr. Foth hat mir die nachstehend abgedruckte kleine Geschichte mitgeteilt, die ich in Berlin nicht vortragen konnte, die aber den Lesern dieser Gedächtnisschrift nicht vorenthalten bleiben soll:

»Ein Punkt, der mir immer imponiert hat, war die Beschränkung Widmaiers auf die Fragen, um die zu streiten es sich lohnte. Meine erste (schriftliche) Begegnung mit W. werde ich nicht vergessen:

Damals – in den sechziger Jahren – war ich Richter bei der Strafkammer des LG Rottweil. Anhängig war ein größeres Betrugsverfahren. Der Haftbefehl gegen den Beschuldigten war gegen einen erheblichen Geldbetrag außer Vollzug gesetzt worden. Trotzdem floh der Beschuldigte ins Ausland unter Umständen, die keinen Zweifel am Verfall der Sicherheitsleistung gestatteten.

Dennoch veranlasste der entsprechende Antrag der Staatsanwaltschaft den anderen Verteidiger zu einem mehrseitigen Schriftsatz – alles leeres Stroh. Am nächsten Tag ging der Schriftsatz Herrn Widmaiers (damals noch bei Bossi) ein:

*»In der Strafsache nehme ich zum Antrag der Staatsanwaltschaft wie folgt Stellung:
Schade um das schöne Geld.*

Widmaier«

Das hat mich beeindruckt.«

dig. Es ging um Betrug und falsche Bilanzierung. Ein Unternehmer hatte sein Lebenswerk – eine Fertighausfirma – an Banken veräußert, die damals wild darauf waren, solche Firmen zu besitzen um in das Baufinanzierungsgeschäft einsteigen zu können. Unser Angeklagter – ein ausgewiesener Bilanzierungsexperte, der nach dem Studium am einschlägigen Lehrstuhl einer namhaften Universität Assistent gewesen war – bestritt die Vorwürfe mit großem Geschick. Es wurde hart aber fair verhandelt; Staatsanwaltschaft und Verteidigung gaben keinen Schritt nach. Notgedrungen wurden wir alle damals zu Fachleuten in Bewertungs- und Rückstellungsfragen.

Als eine Art Zwischenstand der Beweisaufnahme erreicht war, fasste der Vorsitzende am späten Abend eines Verhandlungstag in einem für diese Zwecke gut geeigneten kleinen Sitzungssaal, in dem sich die Verfahrensbeteiligten gewissermaßen Auge in Auge gegenübermaßen und in den sich auch kein Publikum verirrt hatte, das vorläufige Beweisergebnis zusammen mit der Bitte, nicht sofort zu reagieren, sondern über das Wochenende in aller Ruhe nachzudenken und am nächsten Sitzungstag Stellung zu nehmen, so dies gewünscht werde.

Der nächste Sitzungstag kam. Wir hatten kein Signal von der Verteidigung bekommen, ob und wie sie oder der Angeklagte sich äußern würde. Entsprechend hoch war die Anspannung, denn schlimmstenfalls drohte ein monatelanger Streit um viele Details. Als wir den Sitzungssaal betraten sahen wir außer dem Angeklagten und seinem Verteidiger in der ersten Reihe sitzend ersichtlich die Ehefrau des Angeklagten und zwei seiner erwachsenen Kinder. Das sah nach großer Selbstrechtfertigung aus.

Nichts davon!

Er habe nicht nur uns, sondern allen Verfahrensbeteiligten und vor allem auch seiner Familie lange Jahre die Unwahrheit gesagt. Das wolle er hiermit in aller Öffentlichkeit klarstellen.

Ich weiß bis heute nicht und wollte es auch gar nie wissen, wie Gunter Widmaier diese geradezu kopernikanische Wende im Verteidigungsverhalten

seines Mandanten geschaffen hat. Er hat aber damit schon früh bewiesen, dass Verteidigung nicht nur im Sitzungssaal stattfindet.

In den folgenden Jahren sind wir uns dann häufiger dienstlich, aber auch privat begegnet. Das Schöne dabei war, dass bei aller Fachsimpelei über gemeinsame Fälle nie auch andeutungsweise gesprochen wurde, ohne dass es dazu einer Absprache bedurft hätte.

Ab 1989 konnte ich dann das Geschick des Revisionsrichters Gunter Widmaier unmittelbar erleben. Seine hohe Kunst als Revisionsführer wurde in den Nachrufen ausgiebig gewürdigt. Auch dazu ein kleines Bonbon:

Nach einem ganz besonders glänzenden Plädoyer vor dem 5. Strafsenat, ein nicht glänzendes habe ich nie erlebt, neigte sich in der Urteilsberatung die Waage zum Nachteil der Rechtsauffassung von Gunter Widmaier .

Wie ungerecht doch die Welt sein könne, meinte darauf ein Kollege. Jetzt habe er das beste Plädoyer gehört, das er jemals – auch in vielen Tatrichterjahren – erlebt habe und dieser Verteidiger verliere den Prozess.

Dass Gunter Widmaier gerade in Verfahren, in denen es um die Rechte der Strafverteidigung ging, viele Revisionen gewonnen hat, ist für den, der ihn dabei erlebt hat, keine Überraschung. Hier spürte man sein Herzblut besonders.

Aber auch in den Drittmittelverfahren zeigte er überragendes Engagement. Er hatte erkannt, dass es einen Weg geben muss, um der Wissenschaft – nicht Privaten – Zuwendungen zu ermöglichen, ohne sich strafbar zu machen. Mit dem schließlich gefundenen Tatbestandsausschluss bei Einhaltung der universitären oder gesetzlichen Verfahrensvorschriften, wurde ein gangbarer Weg gefunden, der – soweit ersichtlich – unangefochten Bestand hat.

Dass Gunter Widmaier auch ein dem Leben zugewandter und zutiefst musischer Mensch war, wurde vor allem von Hans Dahs im Nachruf³ sehr liebevoll beschrieben. Es war für Ihn selbstverständlich, dass er seinen 70. Ge-

³ Dahs NStZ 2013, 185.

burtstag in Wien am Rande einer Strauda-Tagung feierte, oder fand die Strauda-Tagung am Rande seines Geburtstagsfestes statt?

Über die fachlichen Leistungen Gunter Widmaiers als Mitglied des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, kurz Strauda, dessen Vorsitzender Gunter Widmaier von 1995 bis 2007 war, hat Herr Ignor berichtet. Hier soll auf Anderes hingewiesen werden. Zum Beispiel darauf, dass der Wechsel im Vorstand des Ausschusses von Herrn Hammerstein zu Herrn Dahs im Jahre 1990 durch den Pianisten Widmaier zusätzlichen Glanz erhielt. Anlass und künstlerischer Anspruch veranlassten ihn, zu diesem Ereignis einen angemessenen Flügel nach Friedrichsruhe transportieren zu lassen.

Ich weiß nicht, wie es die Verantwortlichen fertig brachten, dass pünktlich zu einer Strauda-Tagung Claudio Abbado die Berliner Philharmoniker dirigierte oder in Stuttgart der Neuenfelssche Don Giovanni sein Unwesen trieb und dass die Tagungsteilnehmer dabei sein konnten. Dass man im Anschluss an solche Delikatessen noch zusammensaß, war angesichts harter Tagungsarbeit selbstverständlich. In Bamberg erschreckte Gunter Widmaier die Tagungsteilnehmer, weil er – ganz ungewöhnlich – sich über die Mittagszeit für eine Stunde entschuldigte. Des Rätsels Lösung erlebte man abends im barocken Festsaal des Klosters Ebrach, wo wir von den Kochkünsten der dortigen Justizvollzugsanstalt überzeugt werden sollten. Nicht dieses Essen war freilich der Höhepunkt des Abends, sondern Gunter Widmaier am Flügel, der mit Streichern der Bamberger Symphoniker einige Klavierquartette aufführte. Die mittägliche Abwesenheit war der Verständigungsprobe geschuldet.

Und jetzt Berlin:

Diese Stadt hat Gunter Widmaier in den letzten Jahren zunehmend angezogen. Ich glaube, nirgends fanden mehr Strauda-Sitzungen statt als hier. Dabei empfand er seine erste Begegnung mit dem östlichen Teil nach dem Fall der Mauer nicht sehr erfreulich.

Es muss im Spätfrühjahr 1991 gewesen sein, dass er eine Revision beim 5. Strafsenat in Berlin zu vertreten hatte, dem ich damals seit kurzem angehör-

te. Am Vorabend wollte ich ihm und seinem Sohn Uli, der zufällig aus USA auf Deutschlandurlaub war und sich natürlich für die Lage in Berlin interessierte, mir wichtig erscheinende Teile von Ostberlin zeigen. Als fuhren wir auf den Gendarmenmarkt. Es war ein nasser, windiger Abend. Der Platz war menschenleer. Irgendwo parkten scheinbar verlassen zwei Autos. Außer den beiden Domen, dem Schauspielhaus und dem Hilton noch viele Ruinen; an der Südwestecke ein in seiner Unfertigkeit geradezu gespenstisch wirkendes Parkhaus.

Dazu ein leeres Restaurant, der damalige Französische Hof.

Diese Atmosphäre ertrug der sensible Ästhet Gunter Widmaier nicht. Wir flüchteten schnell.

Ganz anders jetzt:

Ich hatte das Gefühl, Berlin sollte für ihn ein Neuanfang werden. Meiner Frau sagte er einmal: Wir machen es jetzt wie Ihr. Am Wochenende sind wir zu Hause, aber während der Woche versuchen wir so viel Kultur wie möglich zu genießen.

ALI B. NOROUZI

Empathie als anwaltliche Tugend – Gunter Widmaier als anwaltlicher Lehrer^{*}

I. Thema und Person

Als wir vor genau einem Jahr und fast um die selbe Uhrzeit in der Andachts-
halle auf dem Münchener Nordfriedhof *Gunter Widmaier* die letzte Ehre er-
wiesen haben, beendete ich meine kurze Trauerrede mit den Worten:

*»Ich verdanke ihm unsagbar viel. Aber das Wichtigste, was ich von ihm gelernt
habe, bleibt, dass Empathie die vornehmste Anwaltstugend ist.«*

Daran möchte ich heute anknüpfen nach einem Jahr, in dem ich mir mehr
und mehr über die Bedeutung und die prägende Kraft gewahr werden konn-
te, die die fünf Jahre an der Seite *Gunter Widmaiers* – wenngleich aus der
Froschperspektive – für mich hatten.

Gleichwohl zwingen mich Titel und Anlass zu zwei Klarstellungen: Ich will
mich zunächst davor hüten, an dieser Stelle etwas über anwaltliche Tugen-
den zu sagen. Wer bin ich, mir dies anzumaßen?! Und: Ich werde mich nach
Kräften darum bemühen, der Versuchung zu widerstehen, *Gunter Widmaier*
als Herold der Tugendhaftigkeit zu verklären. Er selbst hätte dazu wohl nur
mit seiner süddeutschen Klangfärbung gesagt: »Desischjetzübertrieben!«

* Der Text entspricht der persönlichen Ansprache, die ich auf dem Symposium zu
Ehren *Gunter Widmaiers* am 28. September 2013 in Berlin gehalten habe. Der Vor-
tragsstil wurde weitgehend beibehalten, Fußnoten nur sehr zurückhaltend ge-
setzt. Ich danke meinem Freund *Uli Widmaier*. Das Bild, das ich von seinem Vater
hier zeichne, bleibt notgedrungen *meiner* Wahrnehmung geschuldet. Möge sie
nicht allzusehr von *seiner* abweichen.

Stattdessen möchte ich – wir sind ja unter uns – auch die schwachen Seiten seiner Stärken nicht verschweigen: Ja, er war brilliant und begabt, aber: Er war sich dessen auch bewusst und im Auftreten und Gestus nicht immer frei von einer zuweilen primadonnahaften Eitelkeit. Ja, er war sehr, sehr großzügig, doch die von allen Seiten geschätzte Großzügigkeit glitt manchmal ins Verschwenderische über, wenn Mitte und Maß verloren gingen. Und: Ja, er war ein Kernkraftwerk des Optimismus, aber damit einher ging auch ein gewisser Hang zur Verklärung dessen, was, nüchtern betrachtet, die realen Gegebenheiten waren. Tragisch konnte es werden, wenn hieraus Selbsttäuschungen wurden, dramatisch, wenn die – von ihm nie beabsichtigte – Täuschung Dritter folgte.

All dies räume ich gerne ein. Worum es mir geht, ist wenigstens anzudeuten, was es für mich – wie für viele andere – bedeutet hat, in die »Widmaier-Schule« gehen zu dürfen. Das Besondere liegt hier – da professionelle, rechtlich fundierte Strafverteidigung heutzutage kein Alleinstellungsmerkmal einiger Auserwählter ist – *weniger* in der Sache und *mehr* in der *Person*. Ein Blick in die Festschrift für *Gunter Widmaier* bestätigt diesen Eindruck.¹ Zweierlei fällt auf, geht man die für diese Publikationsgattung typischen »Anker-Sätze« durch (sie nenne ich so, weil sie im Vorspann oder Nachtrag eines Beitrags den mal mehr, mal weniger geglückten Versuch verkörpern, das Thema des Aufsatzes, mag es auch noch so wenig den Interessen des Geehrten entsprechen, irgendwie bei ihm zu *verankern*):

Einerseits scheint *Gunter Widmaier* Träger unzähliger allegorischer Titel gewesen zu sein, sei es dass (wenig republikanisch) vom »König«² oder (wenig weltlich) vom »Papst« oder (nicht unbedingt schmeichelhaft) vom »Wotan

¹ Schöch u. a. (Hrsg.): Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften – Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag (2008) (nachfolgend: FS Widmaier).

² Friedrichsen, FS Widmaier, S. 11, 14.

des Revisionsstrafrechts«³ die Rede ist, sei es dass man ihn den »Champion des Beweisantragsrechts«⁴ oder – besonders hübsch – den »Leitenden Oberrechtsanwalt«⁵ genannt hat.

Andererseits werden häufig seine menschlichen Qualitäten hervorgehoben. *Knauer* etwa hat seine »Seriosität und Integrität [wie] jeder, der mit ihm je zusammengearbeitet hat, als vorbildlich erlebt«.⁶ *Böttcher* beschreibt ihn als »exzellenten Juristen mit einem feinen Gefühl für die menschliche und soziale Seite der Fälle«;⁷ und unser Gastgeber bescheinigt seinem Vorgänger im Vorsitz des Strafrechtsausschusses über »Kommunikationsbereitschaft, Freundlichkeit und Fairness, Aufgeschlossenheit und Empathie« verfügt zu haben.⁸

Da wären wir: Empathie – was ist das eigentlich? Der altgriechische Ursprung *empátheia* bedeutet so viel wie »Leidenschaft«. Sie ist für jeden Beruf ein Ideal, weil sie ihn gleichsam zur Berufung macht, und seine Berufung hatte *Gunter Widmaier* als Strafverteidiger fraglos gefunden. Aber, mir geht es um etwas anderes: Die Empathie, wie wir sie heute verstehen, bezeichnet mehr, nämlich, so die landläufige Definition, die Fähigkeit, Gedanken, Emotionen, Absichten und Persönlichkeitsmerkmale des anderen zu erkennen und zu verstehen.⁹ Doch, wer ist *der andere*? Ich werde mich auf den Revisionsrichter, den Mandanten und den anwaltlichen Kollegen beschränken.

³ *Basdorf*, FS Widmaier, S. 51.

⁴ Ebenda.

⁵ *Friedrichsen*, FS Widmaier, S. 11, 14.

⁶ *Knauer*, FS Widmaier, S. 291, 309.

⁷ *Böttcher*, FS Widmaier, S. 81, 93.

⁸ *Ignor*, FS Widmaier, S. 5, 9 f.

⁹ So die Begriffserklärung bei <http://de.wikipedia.org/wiki/Empathie>.

II. Ton und Gefühl

Das Erste, was wir in der Herrenstraße 23 lernten, war es, zu versuchen, die revisionsrichterliche Perspektive vorauszuahnen. In der Tatsachensacheninstanz urteilen Richter über Angeklagte, meist über Menschen, die ihnen nach ihrer Sozialisierung, Bildung und Weltsicht fremd sind. In der Revision urteilen sie über die Arbeit von Richtern, also ihresgleichen, am Maßstab des Rechts. Diese strukturell bedingte Empathie und Sympathie des Wächters für den Bewachten war *Gunter Widmaier* kein Dorn im Auge. In der Sprache seiner Eingaben wurde er ihr stets gerecht. Es ist kein Zufall, wenn *Mosbacher Widmaiers* Schriftsätze als »im Ton moderat« beschreibt.¹⁰ Warum? Ich erinnere mich noch ganz genau an den Vermerk, den ich zu einem meiner ersten Entwürfe erhielt, der noch in der Manier eines Hochschulassistenten verfasst war, welcher sich neumalklug daran macht, eine Entscheidung zu rezensieren. Der Meister schrieb: »Ich weiß genau, wie allergisch der Bundesgerichtshof auf Spott über das Tatgericht reagiert – also mäßigen Sie sich!«. Das alles betraf die *Form*.

Aber auch in der Art, das Recht zu denken, versuchte sich *Gunter Widmaier* in das Denken der hohen Richter hineinzuversetzen. Er anerkannte, dass die Praxis der Revisionsgerichte bei allem Bemühen um systematische Geschlossenheit immer auch den zu entscheidenden Einzelfall im Blick behalten muss. Wer ihn in der Revisionshauptverhandlung vor dem Bundesgerichtshof erlebt hat, weiß, dass der am häufigsten verwendete Topos seiner Argumentation nicht den gängigen Begriffen der juristischen Methodenlehre entstammte (weil er wohl insgeheim wusste, dass diese von einem bestimmten Vorverständnis abhängig sind) – nein, er orientierte sich lieber gleich: am *Rechtsgefühl*.

Rechtsgefühl wird an Universitäten natürlich nicht gelehrt. Es ist sogar verpönt, weil es Assoziationen an das nationalsozialistisch diskreditierte »gesunde Volksempfinden« weckt. Judiz ist etwas, was man hat, darüber spricht man

¹⁰ *Mosbacher*, FS *Widmaier*, S. 339, 340.

nicht, und schon gar nicht lernt man es. Aber *Gunter Widmaier* wusste, dass das von ihm angestrebte Ziel auch stets *intuitiv* nachvollziehbar sein musste. So bildete er meisterlich Vergleichsfälle, mit deren Hilfe das einmal erwünschte Ergebnis bestätigt bzw. der für unerwünscht erachtete Urteilspruch auf seine evidente Unhaltbarkeit hin verworfen werden konnte.

In einem Aufsatz, der den bezeichnenden Titel »*Dogmatik und Rechtsgefühl*« trug, schrieb er:

»Das Rechtsgefühl sollte immanente Leitlinie einer sorgfältigen Dogmatik sein, aber es darf sich nicht verselbstständigen. Und vollends darf es nicht mit emotionaler Besetztheit verwechselt werden.«¹¹

Revisionsrichter werden das nie so schreiben. Aber vielleicht genauso denken.

III. Andere Welten

Die Welt des Honorarprofessors, Herausgebers, Ausschussvorsitzenden und Revisionskönigs ist die Welt der Hochschullehrer, Bundesrichter und Staatssekretäre, kurz: der juristischen Elite. Aber: Das war nicht nur *Gunter Widmaiers* Welt. Im Alltag blieb er ein Strafverteidiger in der Revision, und weil diese weniger die Instanz der weißen Hemdkrägen, also der wohlbetuchten Wirtschaftsstraftäter, ist, bleibt die Welt des Strafverteidigers dort meist die des türkischen Ehrenmörders, des albanischen Drogenhändlers und des niederbayerischen Grundschullehrers mit pädophilen Neigungen. Sie – oder meist: ihre Angehörigen – waren es, die sich verzweifelt und hoffnungsvoll in der Revisionsinstanz an ihn wandten, und sie stießen fast immer auf etwas,

¹¹ *Widmaier* NJW 2003, 2788, 2791. Es spricht für sich, wenn der große Nestor der Strafrechtswissenschaft, *Claus Roxin*, diesem Aufsatz *Widmaiers* – es ging um die normative Einschränkung der Heimtücke beim Mordtatbestand – im Ergebnis beigetreten ist (s. *Roxin*, FS *Widmaier*, S. 741).

womit man bei diesem großen und ruhmträchtigen Namen nicht gerechnet hätte: auf eine sehr menschliche Art, sich ihrer Sache anzunehmen.

Wer ihn jemals in einer Besprechung in diesem champagnerfarbenen Zimmer – das mehr an das Bühnenbild aus *Helmut Dietls* »Kir Royal«, denn an ein Anwaltsbüro erinnerte – gesehen hat, wie er mit dem nur radebrechend deutschsprechenden, vor zwei Generationen eingewanderten türkischen Großvater sprach, dessen Gastarbeiterdasein den heute so bezeichneten Migrationshintergrund seines Enkelsohns bildete, eines gefallenen Enkelsohns, der in dieser Gesellschaft nie Fuß gefasst hat und nunmehr die Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe vor sich sah, wer je erlebt hat, wie *Gunter Widmaier* sich der Verzweiflung dieser Menschen anzunehmen wusste – die Fotos ihrer Familie, die sie stolz zeigten, mit seiner typischen Bemerkung »Ach, sehen die nett aus!« betrachtete –, wie er ihnen Hilfe und seinen ganzen Kampf versprach und dort, wo auch er wie so oft letztlich nichts bewirken konnte, wenigstens Trost und Perspektiven zu gewähren wusste, wer all dies weiß, wird verstehen, warum sich *Gunter Widmaier* über eine Formulierung in einer etwas jüngeren Entscheidung des Bundesgerichtshofs so maßlos geärgert hat, als dort zu lesen war, das Verhältnis des Verteidigers zu seinem Mandanten sei in der Regel »ein geschäftsmäßiges«. Nein, geschäftsmäßig war er nie.

Eines muss ich aber zugeben: Das Einzige, bei dem ihm ab und an die Empathie für den Mandanten abhanden kam, war bei der Darstellung der eigenen Honorarvorstellungen.

IV. Der eine Brief mehr

Wie Kollegen ihn sahen, kann ich in Gänze nicht beantworten. Sicherlich gab es welche, die ihn nicht mochten – und umgekehrt. Aber wie er sich – fernab jeder standesrechtlich verbrämten Kollegialität – menschlich zu benehmen wusste, veranschaulicht dieses Beispiel:

Fünf Tage nach seinem Tod – die Nachricht hatte sich längst in Windeseile verbreitet – erhielt ich eine E-Mail von einem mir damals noch nicht persönlich bekannten, aber sehr bedeutenden Berliner Kollegen. Er drückte sein Bedauern aus und schrieb mir:

»Ich habe [Gunter Widmaier] persönlich nicht gut gekannt, bin ihm nur einmal auf einer Veranstaltung und einmal im Rahmen einer Revisionshauptverhandlung begegnet, bei der wir gegensätzliche Interessen zu vertreten hatten. Das ist bestimmt acht Jahre her und ich war relativ frisch Anwalt. Er hat mir hinterher einen Brief geschrieben, dass ihm meine Ausführungen, obwohl er sie mandatsbezogen nicht teilen konnte, imponiert haben. Das hat mich außerordentlich gefreut und aus seiner Feder auch subjektiv geschmeichelt und ermuntert, unabhängig von ›o.u.-Backpfeifen‹ ... unverdrossen weiterzumachen. Seinen Brief habe ich nie zur Akte genommen, sondern habe ihn heute noch in meinem Zimmer liegen. Obwohl ich ihn wie gesagt nie näher kennengelernt habe, ist es diese Geste der Empathie des Kollegen Widmaier aus dem ›Olymp des Revisionsrechts‹, mit der er ... seine intellektuelle Redlichkeit ... einem ihm vollkommen unbekanntem jungen Kollegen, der sein revisionsrechtlicher Gegenpart war, zuteil werden ließ, ... [die mir] in Erinnerung bleiben wird.«

Müsste ich es auf einen Nenner bringen, so würde ich sagen: Dieser eine Brief *mehr*, diese Geste, die keiner erwartet, über die sich jeder freut, war das Typische für *Gunter Widmaiers* Umgang mit dem anderen.

Und reich an solchen Gesten war die Art, mit der er mit uns Jüngeren in seinem Büro umging. Er wusste, dass wir mehr Fragen stellen als Antworten geben konnten – und: dass wir Fehler machten. Mal kleine, mal große. Dann baute er sich nicht donnernd wie ein Pavian vor einem auf, sondern erzählte mit der Souveränität eines *Silberrücken*¹² von seinen peinlichsten Missgeschick-

¹² Nicht ganz uneitel wie er nun einmal war, mochte es *Gunter Widmaier*, wenn ihn ein befreundeter Münchener Kollege so nannte.

cken, um einen zu trösten. Als Mann der Revision wusste er, dass sich Größe in der Niederlage zeigt, auch im Umgang mit der des anderen.

Er war ein ganz Großer.

Perspektiven des Strafprozessrechts

1. Perspektiven der Verfahrensrüge

GABRIELE CIRENER

Die Angriffsrichtung der Verfahrensrüge

Richterrechtliche Schranke zur Abschwächung effektiven Revisionsrechtsschutzes oder gesetzlich vorgesehene Vortragerfordernis?

Im Untertitel sind bereits die gegenläufigen Interessen und die sich daraus ergebende Lagerbildung – Revisionsverteidiger einerseits und Revisionsrichter andererseits – vorgegeben. Die Lagerbildung aufzulockern wird kaum gelingen, da die abweichenden Rechtspositionen durch die Wahrnehmung unterschiedlicher Aufgaben bei der Rechtsfindung beeinflusst sind. Dies zu leugnen, wäre naiv. Dennoch möchte ich versuchen, darzustellen, wieso die Revisionsenate meinen, die Angriffsrichtung der Rüge zu einem Vortragerfordernis erheben zu dürfen.

Ich möchte zunächst meine Auffassung begründen, wieso zum Vortrag gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO auch die konkrete Benennung des geltend gemachten Mangels gehört, und darlegen, dass es sich bei dieser Benennung um nichts anderes als die Angriffsrichtung handelt. Sodann möchte ich kurz auf die Auswirkungen eines solchen Vortragerfordernisses eingehen. Dies möchte ich anhand einiger kleinerer Beispielfälle erläutern.

Voranstellen möchte ich allerdings ein Zitat von Herrn Widmaier, zu dessen Ehren wir uns heute hier treffen. In einem kurzen und wie stets beeindruckend prägnanten Aufsatz¹ – auf knapp vier Seiten ist dort alles zusammengefasst, was man im Wesentlichen zur Zulässigkeit einer Verfahrensrüge wissen muss – heißt es:

¹ Widmaier StraFo 2006, 437 ff.

»Wenn es also eine allgemeine Verfahrensrüge nicht gibt, dann muss die Revision konkret zum Ausdruck bringen, in welchem Punkt sie das Verfahren für fehlerhaft hält.«

1. Beispielfall

Die Revision des Angeklagten beanstandet die Verletzung von Prozessrecht und beantragt die Aufhebung des Urteils und die Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung. »Zur Erfüllung der Vortragserfordernisse des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO« wird der gesamte Akteninhalt inklusive des Protokolls vorgetragen.

Ist die Revision zulässig? Es wird niemanden erstaunen, wenn hier das Ergebnis lautet: Nein, es ist keine zulässige Verfahrensrüge erhoben, die Revision mithin unzulässig.

Aber wieso ist die Rüge der Verletzung prozessualen Rechts nicht zulässig? Der Revisionsführer hat einen § 344 Abs. 1 StPO genügenden Revisionsantrag gestellt und jedenfalls so vorgetragen, dass das Revisionsgericht nicht in die Akten gucken muss. So wird in der Literatur² die Pflicht des Revisionsgerichts zur erschöpfenden rechtlichen Würdigung betont, solange nur ein § 344 Abs. 1 StPO genügender Antrag gestellt ist und »die Tatsachen« vorgebracht sind.

Das obige Beispiel belegt jedoch, dass diese beiden Komponenten – Revisionsantrag und Vortrag prozessualen Geschehens – für sich genommen nicht ausreichen können. Denn dies führte zur Zulässigkeit der allgemeinen Verfahrensrüge.

Es muss also noch etwas hinzukommen. Unter Rückgriff auf Widmaiers Zitat können wir auch sagen, was das ist: Der Revisionsführer muss konkret zum Ausdruck bringen, in welchem Punkt er das Verfahren für fehlerhaft hält. Genau daran mangelt es der Revision im Beispielfall. Sie trägt zwar

² Norouzi NStZ 2013, 203, 205; ders. NJW 2011, 1525, 1526.

umfassend vor, benennt aber den Mangel, zu dem die Tatsachen vorgetragen werden, nicht.

Meine Schlussfolgerung lautet daher: § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ist dahingehend auszulegen, dass zu den Tatsachen nicht nur prozessuales Geschehen gehört, sondern der Mangel, der in diesen Tatsachen enthalten sein soll, zu benennen ist. Dies ist unabdingbare Voraussetzung des Tatsachenvortrags. Fehlt es daran, verfehlt der Vortrag losgelösten prozessualen Geschehens seinen Sinn, nämlich einen Mangel zu belegen.

Vergleicht man das mit einem mathematischen Vorgehen, so kann man sagen: Das Revisionsgericht kann die Gleichung nur lösen, also beurteilen, ob eine Verfahrensvorschrift verletzt ist, wenn zwei Faktoren bekannt sind, nämlich der behauptete Fehler und der diesen belegenden Tatsachenvortrag. Die Gleichung x (Verfahrensfehler) \times 1 (prozessuales Geschehen) = y ist hingegen unlösbar.

Diese Abhängigkeit wird letztlich auch von Norouzi³ konstatiert, in dem er darlegt, dass die Angriffsrichtung für den Revisionsführer eine wichtige Kontrollfunktion habe, um zu überprüfen, ob er alles Erforderliche vorgetragen habe. Wenn der Revisionsführer ohne Vergegenwärtigung der Angriffsrichtung schon nicht beurteilen kann, ob er vollständig vorträgt, wie soll das Revisionsgericht ohne eine solche Angabe dann beurteilen, ob ein Verfahrensfehler vorliegt?

Danach ist die konkrete Benennung des Mangels ein vom Gesetz vorgegebenes Vortragserfordernis und kein gesetzesfremdes Kriterium.

Diese Auslegung findet sich auch in der Entscheidung des 1. Senats vom 25. Januar 2012 – 1 StR 45/11, in der es heißt: »Die Revision bleibt durch widersprüchliches Vorbringen auch die erforderliche klare Bezeichnung der Angriffs-

³ AaO (Fn. 2).

richtung schuldig, mithin werden die den Mangel begründenden Tatsachen nicht in einer § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Weise dargetan.»

Aber es ist nicht nur der 1. Strafsenat, der einen solchen Vortrag zur Zulässigkeit der Verfahrensrüge fordert, auch andere Senate des Bundesgerichtshofs tun dies und auch nicht erst in jüngster Zeit.

So führt der 3. Strafsenat in einem Beschluss aus dem Jahr 2011⁴ aus, als Revisions Senat an die deutlich gemachte Umgrenzung des geltend gemachten Verfahrensmangels nach § 344 Abs. 2 StPO gebunden zu sein. Der 2. Strafsenat hat in einem Urteil vom 10. Juli 2013⁵ darauf abgehoben, dass die Angriffsrichtung des Rügevorbringens eindeutig erkennbar sei. Schon in einer Entscheidung dieses Senats vom 29. Februar 1952⁶ wird konstatiert, dass gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO die *»den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden müssen, und zwar so vollständig, dass klar erkennbar wird, gegen welche Handlung oder Unterlassung des Gerichts der Vorwurf der Rechtsverletzung erhoben wird«*.⁷

In diese Richtung ging auch schon das RG⁸, wie u.a. ein Urteil vom 20. März 1917 – belegt: *»... hat sie gänzlich unterlassen anzugeben, inwiefern durch die behauptete Tatsache gegen das Gesetz verstoßen ... sein soll«*.

Diese Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO steht auch im Einklang mit dem Willen des historischen Gesetzgebers. Aus den Motiven zu den Reichs-Justizgesetzen⁹ ergibt sich, dass die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm

⁴ Vom 3. Mai 2011 – 3 StR 277/10, StV 2012, 3 = HRRS 2011 Nr. 769.

⁵ 2 StR 195/12, BGHSt 58, 310, 311 = HRRS 2013 Nr. 754.

⁶ 2 StR 112/50, BGHSt 2, 168.

⁷ Hieran anknüpfend auch Löwe/Rosenberg-Franke, StPO, 26. Aufl. (2013), § 344 Rn. 78, 81 mwN.

⁸ V 137/17, RGSt 50, 253.

⁹ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 3/1. Abteilung, 2. Aufl. (1886), S. 254.

und die Angabe der Tatsachen, die den gerügten Mangel enthalten sollen, für erforderlich gehalten wurden. Denn dort heißt es:

»Wird die Verletzung einer Prozessvorschrift behauptet, so wird außer der Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm auch die Angabe der Tatsachen erfordert, welche den gerügten Mangel enthalten sollen ...«.

Auch das BVerfG hat eine solche Auslegung als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet. In dem Beschluss vom 25. Januar 2005¹⁰ zur Überspannung der Vortragspflicht bei sog. Negativtatsachen – eine Entscheidung, die bei Revisionsverteidigern bestimmt gut bekannt ist – wird die konkrete Benennung des gerügten Fehlers vorausgesetzt, denn anders machen die Ausführungen keinen Sinn, wonach zur Vortragspflicht einer Rüge der Verletzung des § 261 StPO auch gehört, dass das Tatgericht von anderen nahe liegenden Möglichkeiten einer prozessordnungsgemäßen Einführung keinen Gebrauch gemacht hat.¹¹ Dementsprechend führt das BVerfG sodann aus:

»Das Revisionsvorbringen der Beschwerdeführer erreicht alle Ziele, die § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verfolgt. ... Sie haben Gegenstand und Angriffsrichtung ihrer Verfahrensrüge, ..., bezeichnet und ihre Verfahrensrüge so hinreichend mit Tatsachen unterlegt, dass der Bundesgerichtshof in die Lage versetzt wurde, allein anhand der Revisionsbegründungen über die Schlüssigkeit der Rüge des Verstoßes gegen § 261 StPO zu entscheiden.«¹²

In den genannten Zitaten sind unterschiedliche Begrifflichkeiten verwandt, gemeint ist aber nichts anderes als die Benennung der Angriffsrichtung. Es handelt sich um kein zusätzliches, gar gesetzesfremdes Vortragserfordernis, sondern gehört zur Verpflichtung zur Benennung der gerügten Verfahrensweise. Dabei geht es nicht um die Angabe einer verletzten Rechtsnorm, son-

¹⁰ 2 BvR 656/99, BVerfGE 112, 185 = NJW 2005, 1999.

¹¹ BVerfG aaO (Fn. 10), unter C. I. 1. c. dd.

¹² BVerfG aaO (Fn. 10), unter C. I. 3.c.

dern um die genaue Bezeichnung dessen, was als fehlerhaft geltend gemacht wird. Keine Rüge wird unzulässig sein, weil sie das Wort Angriff oder Angriffsrichtung nicht verwendet. Es geht allein darum, dass aus dem Revisionsvortrag deutlich werden muss, was angegriffen wird.

Zur Verdeutlichung soll der zweite Beispielsfall dienen.

2. Beispielsfall

Der Revisionsführer rügt ausdrücklich eine Verletzung des § 261 StPO. Der Sache nach führt er aus, die Urteilsfeststellungen widersprüchen dem Inhalt einer verlesenen Vernehmungsniederschrift. Er trägt vor, er habe zunächst einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen gestellt, der bekunden solle, der Geschädigte habe angegeben, die Zahlung von 100.000 € sei darlehensweise als Sicherheit für Anteile an einer Mine erfolgt. Daraufhin habe der Vorsitzende einen Vermerk des benannten Zeugen verlesen. Dieser Vermerk wird umfassend vorgetragen; danach hat der Geschädigte angegeben, 100.000 € als Darlehen gewährt und hierfür als Sicherheit Anteile an einer Mine erhalten zu haben. Nach dieser Verlesung habe die Verteidigung den Beweisantrag zurückgenommen und mit dem Inhalt neu gestellt, der Zeuge werde bekunden, der Geschädigte habe von der Zahlung als Darlehen gesprochen. Die Strafkammer unterstellt die Beweisbehauptung als wahr. Die Revision beanstandet, im Urteil sei nicht zugrunde gelegt, dass der Geschädigte ausweislich des Vermerks erklärt habe, für das Darlehen eine Sicherheit als Anteil an einer Mine erhalten zu haben.

In welchem Punkt hält die Revision das Verfahren für fehlerhaft?

Ausdrücklich erhoben wird eine Inbegriffsrüge. Dies wird auch bei genauer Betrachtung der Ausführungen der Revision als Mangel benannt, ist mithin die tatsächliche Angriffsrichtung der Rüge. Der Mangel wird nicht in der Behandlung des Beweisantrags gesehen, sondern in der mangelnden Auseinandersetzung mit dem Inhalt des verlesenen Vermerks. Dies wird belegt durch die resümierende Feststellung der Revision, dass genau der Inhalt des Vermerks – nämlich für das Darlehen Sicherheit erhalten zu haben – nicht berücksichtigt worden sei. Hingegen wird nicht beanstandet, der Inhalt der als wahr unterstellten Beweistatsache sei nicht beachtet worden.

Wir denken uns den Vortrag der Revision jetzt etwas abweichend. Zunächst wird der Vermerk nicht vorgetragen und sodann lässt sich den rechtlichen Ausführungen und dem Resümee der Revision die Beanstandung entnehmen, dass sich das Urteil nicht mit der Darlehensgewährung und deren Umständen auseinandergesetzt habe. Wogegen richtet sich der Revisionsführer nun? Die Rüge des § 261 StPO hilft ihm nicht weiter. Wird von ihm etwas anderes als Mangel benannt, mithin als konkrete richterliche Handlung bzw. Unterlassen angegriffen?

Hierzu gilt: Der Revisionsrichter muss in einem solchen Fall die Revisionsbegründung auslegen, der Rechtsgedanke des § 300 StPO gilt auch insoweit.¹³ Er muss ermitteln, welchen Mangel der Revisionsführer konkret benennt, bzw. wie er den geltend gemachten Verfahrensfehler umgrenzt,¹⁴ was nichts anderes als die Angriffsrichtung seiner Rüge meint. Wenn sich dies aus den Gesamtumständen ergibt, kommt es auf die richtige oder unrichtige Bezeichnung der vermeintlich verletzten Rechtsnorm nicht an.¹⁵

Zurück zum abgewandelten Beispielfall: Anders als im Ursprungsfall zielen die Ausführungen der Revision nicht eindeutig auf die Verletzung des § 261 StPO, sind mithin auslegungsfähig. Angegriffen wird vielmehr die mangelnde Auseinandersetzung mit der Aussage des Geschädigten, die nur mittels der als wahr unterstellten Angabe zum Gegenstand des Revisionsvortrags gemacht wird. Beweisanträge und der Gerichtsbeschluss sind umfassend vorgetragen. Auch dies ist bei der Ermittlung des Angriffsziels einzubeziehen. Der Revisionsführer wird schwerlich die mangelnde Übereinstimmung zwischen dem nicht vorgetragenen Vermerk und den Urteilsgründen rügen

¹³ Vgl. BVerfG aaO (Fn. 10), unter C. I. 1. c. cc; BGH, Beschluss vom 12. Februar 2011 – 3 StR 426/10, NStZ 2011, 648 = HRRS 2011 Nr. 555.

¹⁴ Zur Formulierung vgl. BGH, Beschluss vom 3. Mai 2011 – 3 StR 277/10, StV 2012, 3 = HRRS 2011 Nr. 769.

¹⁵ Vgl. hierzu auch Hahn aaO (Fn. 9), dargestellt bei Ignor/Bertheau NStZ 2013, 188, 191.

wollen. Trägt er den Gerichtsbeschluss vor, ermöglicht er insoweit einen Abgleich zur Einhaltung der Wahrunterstellung. Nach alledem ist in der Rüge eine solche des § 244 Abs. 3 StPO zu sehen.

Aber natürlich wird sich die so verstandene Angriffsrichtung nicht stets zugunsten des Revisionsführers auswirken. Um die Auswirkungen näher zu beleuchten, stelle ich einen weiteren Beispielsfall vor.

Beispielsfall 3¹⁶

Mit der Verfahrensrüge wird »ein Verstoß gegen § 257c StPO« geltend gemacht. Beanstandet wird konkret, dass dem Angeklagten »bei einem voll umfassenden Geständnis ... im Sinne der Anklage« lediglich »eine Strafuntergrenze von drei Jahren und neun Monaten« zugesichert, nicht aber eine Strafobergrenze »für den Fall des Bestreitens« genannt worden sei. Die weiteren Ausführungen der Revision zielen ebenfalls darauf, dass der Angeklagte in Unkenntnis über die Sanktionsschere zwischen der Untergrenze im geständigen Fall und der Obergrenze im Bestreitensfalle geblieben sei und daher den strafprozessualen Vorteil eines Geständnisses nicht richtig habe einschätzen können.

Was ist gerügt? In welchem Punkt hält die Revision das Verfahren für fehlerhaft? Eindeutig und damit nicht auslegungsfähig – anders als im abgewandelten zweiten Beispielsfall – ergeben die Ausführungen der Revision der Sache nach, dass als Handlung bzw. Unterlassen des Gerichts die Nichtangabe der zu erwartenden Strafe ohne Geständnis, also ohne Zustandekommen einer Verständigung im Sinne des § 257c StPO, beanstandet wird. Nicht aber wird beanstandet, dass das Tatgericht keine Strafobergrenze im Sinne des § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO benannt habe.

Nur die Angriffsrichtung »Nichtmitteilung der Sanktionsschere« prüfend, entschied der 5. Senat, dass diese beanstandete Handlung keinen Rechtsfehler darstelle. § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO erfasse nur die Angabe der Unter-

¹⁶ Fall nach BGH, Urteil vom 3. September 2013 – 5 StR 318/13 = HRRS 2013 Nr. 901.

und Obergrenze für den Fall einer erfolgreichen Verständigung, deren Bestandteil in aller Regel ein Geständnis sei.

Dieser Fall wäre im Hinblick auf das Erfordernis der Angriffsrichtung viel weniger interessant, wenn nicht tatsächlich dem Revisionsführer durch das Tatgericht keine Obergrenze für den Fall eines Geständnisses mitgeteilt worden wäre. Durch die Prüfung des konkret gerügten Rechtsverstößes («Sanktionsschere») wird ein möglicher Fehler sichtbar, der von der Revision nicht ausdrücklich beanstandet wird.

Dies ändert aber nichts daran, dass die Revision das Verfahren in diesem Punkt nicht für verfahrensfehlerhaft hält (um mit Widmaier zu sprechen), es nicht erkennbar ist, dass sich die Revision gegen dieses richterliche Unterlassen als rechtsfehlerhaft richtet (um mit BGHSt 2, 168, vgl. Fn. 6, zu sprechen) oder, wie es neuerdings etwas kämpferischer anmutend formuliert wird, sich der Angriff der Revision nicht dagegen richtet.

Dieser Mangel im Vortrag führt dazu, dass keine zulässige Rüge dieses Fehlers vorliegt. Wollte man dagegen diesen, nicht als solchen benannten Mangel ebenfalls der Kognitionspflicht des Revisionsgerichts unterwerfen, würde das mit dem ersten Beispielfall herausgearbeitete, vom Gesetz vorgegebene Erfordernis der Benennung des Mangels aufgegeben. Die Überprüfung eines behaupteten Geschehens auf alle hierbei möglicherweise unterlaufenen Fehler bedeutete nichts anders als die Zulässigkeit einer allgemeinen Verfahrensrüge. Denn ein Unterschied zwischen den Fällen, in denen nur ein Mangel benannt worden ist, sich aber ein anderer als möglich ergibt und den Fällen, in denen überhaupt kein Mangel benannt worden ist, besteht der Sache nach nicht. Allein die Angabe eines Mangels als Vortragserfordernis zu fordern, um dann umfassend auch auf andere Mängel zu prüfen, soweit dies auf der Grundlage des vorgetragenen prozessualen Sachverhalts möglich ist, wäre tatsächlich eine sinnentkleidete formalistische Schranke. Dies würde das Revisionsgericht aber auch vor unlösbare Aufgaben stellen. Ohne die Benennung des Fehlers kann nämlich nicht überprüft werden, ob alles Erforderliche vorgetragen ist und mithin auch nicht, ob tatsächlich ein Fehler vorliegt.

Vielmehr bezieht sich die Kognitionspflicht gemäß § 352 Abs. 1 StPO nur auf die Tatsachen, die innerhalb der Frist des § 345 Abs. 1 StPO bezeichnet worden sind. Zu denen zählt nach der von mir vertretenen Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO eben auch die Benennung des gerügten Mangels, mithin die Angriffsrichtung.

Beispielsfall 4

Bei einer Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung wird ausdrücklich die »Einführung des Insolvenzgutachtens« gerügt. Das wird mit folgendem prozessualen Sachverhalt unterlegt: Der Vorsitzende hat die Einführung zahlreicher Urkunden und auch einen Bericht des vorläufigen Insolvenzverwalters im Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO angeordnet. Dagegen hat die Verteidigung Widerspruch eingelegt. Jetzt rügt die Revision:

- a) das Gericht habe über den Widerspruch nicht entschieden und sich mit den darin dargelegten Gründen gegen die Einführung des Insolvenzgutachtens im Selbstleseverfahren nicht auseinandergesetzt. Es sei doch wirklich ein Unding, den sehbehinderten Angeklagten auf die Kenntnisnahme durch Lesen zu verweisen;
- b) dass der Insolvenzgutachter nicht selbst gehört worden sei. Ein Ausnahmetatbestand nach § 256 oder § 251 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO habe nicht vorgelegen;
- c) in dieser Beanstandung sind außerdem die ladungsfähige Anschrift des Insolvenzverwalters und Ausführungen dazu enthalten, dass dieser zum nicht aufgeklärten Verbleib von Zahlungen an die vom Angeklagten geführte GmbH in Höhe von 1 Mio. € Angaben hätte machen können. Diese hätten ergeben, wohin die Gelder geflossen seien, was wiederum die Zahlungsfähigkeit belegt hätte.

Ausgehend vom Grundfall kommt zunächst mehr als ein Verfahrensmangel in Betracht. Als beanstandete Handlung lässt sich die Einführung im Selbstleseverfahren entnehmen. Diese kann unter verschiedenen Aspekten rechtsfehlerhaft gewesen sein, so dass dieser Vortrag für sich genommen eine Überprüfung nicht zulässt. Man weiß z. B. nicht, was mit dem Widerspruch geschehen ist oder ob der Insolvenzverwalter auch persönlich gehört worden ist. Die Gleichung zur Ermittlung, ob das Urteil auf einem Verfahrensfehler

beruht, hat noch zwei Unbekannte. Neben dem Ergebnis ist auch der zu prüfende Verfahrensmangel unbekannt. Solange dieser Faktor unbekannt ist, kann das Ergebnis nicht ermittelt werden.

Deswegen muss benannt werden, worin der Verfahrensmangel gesehen wird. Die beanstandete Handlung oder Unterlassung muss so eindeutig beschrieben werden, dass erkennbar ist, welcher Rechtsfehler¹⁷ gerügt werden soll. In der Variante a. lässt sich dem Revisionsvortrag entnehmen, dass die Nichtbeurteilung des Widerspruchs und die Einführung im Selbstleseverfahren angefochten werden soll. In der Variante b. hingegen ist ein Verstoß gegen § 250 StPO gerügt.¹⁸ In der Variante c. ist zudem eine Aufklärungsrüge enthalten, auch wenn diese nicht ausdrücklich benannt wird. Diese Angriffsrichtungen schließen sich nicht aus, was manchmal auch der Fall sein kann,¹⁹ sie können auch kumulativ vorliegen, müssen aber dem Vortrag zu entnehmen sein.

Zwar kann dagegen eingewandt werden, die Begrenzung auf eine Angriffsrichtung sei lebensfern, da der Revisionsführer wie aus dem Revisionsantrag ersichtlich die Aufhebung begehre, gleichgültig aus welchem Grund, kommt es auf dieses Begehren nach der Ausgestaltung des Revisionsrechts nicht an. Vielmehr verfolgt die Vorschrift des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO u. a. den Sinn und Zweck, dass der Revisionsführer in den Stand gesetzt wird, selbst darüber zu befinden, ob er einen bestimmten Verfahrensverstoß hinnehmen

¹⁷ Vgl. *Hahn* a.a.O. (Fn. 9) , S. 254: Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm muss enthalten sein.

¹⁸ Hierzu wäre kein Widerspruch erforderlich, denn dessen »Angriffsrichtung« richtet sich gegen die Einführung im Selbstleseverfahren statt im Verfahren nach § 249 Abs. 1 StPO. Er ist aber nicht Voraussetzung für die Rüge der fehlerhaften Annahme der Verlesbarkeit überhaupt.

¹⁹ Vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – 1 StR 373/11 = HRRS 2012 Nr. 317.

will, wie es das BVerfG²⁰ formuliert. Dies umschreibt der Sache nach die auch im Verfahrensrügenrecht dominante Rolle der Dispositionsbefugnis.²¹ Danach obliegt es dem Revisionsführer bei der Begründung der Revision festzulegen, welchen Verfahrensfehler er rügen möchte, diesen Fehler muss er dann benennen.

Es reicht also nicht aus, nur zu behaupten, das Urteil sei fehlerhaft und man begehre die Aufhebung. Dies bedeutete nichts anderes als die Zulässigkeit der allgemeinen Verfahrensrüge, die manchem als erstrebenswert erscheinen mag, mit dem geltenden Revisionsrecht aber nichts zu tun hat. In den Motiven bei Hahn²² heißt es hierzu:

»So konnte er (der Entwurf, die Verf.) doch nicht so weit gehen, vorzuschreiben, dass der Beschwerdeführer nur die Revision einzulegen brauche, der Revisionsrichter aber schon in Folge dieser Einlegung zu einer neuen rechtlichen Würdigung der Sache verpflichtet sei, auch wenn der Beschwerdeführer über die Richtung und die Gründe seiner Beschwerden gar keine Erklärung abgegeben habe. ... Die Gewährung eines derartigen Rechtsmittels würde aber auch zweifelsohne dahin führen, dass von demselben ein sehr leichtfertiger Gebrauch gemacht und die Revisionsgerichte mit frivolen Revisionen überschüttet würden.«

Sie sehen: Es braucht die Angriffsrichtung, um der Frivolität im Revisionsverfahren Einhalt zu gebieten!

²⁰ AaO; vgl. auch BVerfG ‹Vorprüfungsentscheid›, Beschluss vom 12. November 1984 – 2 BvR 1350/84, NJW 1985, S. 125, 126.

²¹ Vgl. hierzu einerseits Cirener NStZ-RR 2011, 134, 135; andererseits Nourouzi NJW 2011, 1525, 1526; ders. NStZ 2013, 203, 204.

²² Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 3/1. Abteilung, 2. Aufl. (1886), S. 253.

GERHARD STRATE

Perspektiven der Verfahrensrüge

Dem Thema »Perspektiven der Verfahrensrüge« widmete sich Gunter Widmaier stets, vor allem aber in den letzten Jahren, mit Elan und Hingabe. Vor allem gegenüber der Handhabung der Zulässigkeitshürde des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Entscheidungspraxis der Revisionsgerichte fand er Worte höchster Besorgnis. Nach der Lektüre der in der NStZ-RR veröffentlichten regelmäßigen Berichte über die Zulässigkeitspraxis des Bundesgerichtshofs bleibe »Skepsis (und nicht selten verständnisloses Kopfschütteln)«. Habe der Revisionsvortrag trotz aller hohen Hindernisse die Anerkennung der Zulässigkeit erreicht, könne der Revisionsführer darauf wetten, dass seine Verfahrensrüge die Beruhensprüfung nicht überstehen wird.¹

Beiden Themen – der Schlüssigkeit des Tatsachenvortrages, der einer Verfahrensrüge unterlegt sein muss, sowie der Beruhensprüfung – möchte auch ich hier einige Gedanken widmen.

Die Frage, wohin jemand geht – so Widmaier in seinem Vortrag »Quo vadis, Revision?«² – lässt sich leichter beantworten, wenn man weiß, woher er kommt und welchen Weg er bisher genommen hat. Deshalb werfe ich zu Beginn ein kurzes historisches Schlaglicht.

Der vom Bundesrat beschlossene und 1874 an den Reichstag zur Beratung weitergeleitete Entwurf der Strafprozessordnung hatte hinsichtlich der Anforderungen an die Revisionsbegründung exakt dieselbe Fassung wie der heutige § 344 StPO (im Entwurf noch § 305, in der Reichsstraßprozessord-

¹ Widmaier StraFo 2010, 310, 315.

² Widmaier StraFo 2010, 310.

nung alsdann § 384). In der Beratung der Kommission wurde ein Jahr später dieser Paragraph ohne Debatte angenommen.³ Es gab keinen Streit, kein Problem der Fassung oder Auslegung, man war sich einig.

Auch der »Löwe«, der einzige dickere Kommentar zur RStPO in jener Zeit, vermittelt in den ersten Auflagen nicht den Eindruck, als ob das Reichsgericht den Beschwerdeführern zum Deutungsgehalt des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (damals § 384 Abs. 2 Satz 2 StPO) viel zu erklären gehabt hätte. Im ersten Band der amtlichen Sammlung findet sich eine Reihe wichtiger verfahrensrechtlicher Entscheidungen, denen auch klare Beanstandungen der Verteidigung zugrunde lagen. Nur in einer Entscheidung des ersten Bandes äußert sich das Reichsgericht zu § 384 Abs. 2 StPO und erläutert dem Anwalt eines Verurteilten, dass das alleinige Vorbringen des Satzes »er sei unschuldig verurteilt worden«, nicht den Anforderungen an eine Revisionsbegründung genüge.⁴ In der 13. Auflage, erschienen 1913 und zum ersten Mal von Werner Rosenberg bearbeitet, werden zur fallspezifischen Erläuterung, welche tatsächlichen Darstellungserfordernisse eine Verfahrensrüge habe, insgesamt vier Entscheidungen des Reichsgericht zitiert.⁵ Immerhin war dessen amtliche Sammlung zu diesem Zeitpunkt bereits auf 46 Bände angewachsen, die – verteilt auf jeden Band – viele großartige Entscheidungen zum Verfahrensrecht enthielten, die allesamt ein tiefes Verständnis für die Bedeutung schützender Formen offenbarten. Der Begriff der »Negativtatsachen« oder auch nur der Gedanke, der Beschwerdeführer müsse von sich aus die seinem Vortrag gegenläufigen Tatsachen vortragen, welche der Berechtigung seines Vorbringens den Boden entziehen, war in jener großen Zeit des Reichsgerichts noch nicht geboren.

³ Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3, 2. Aufl., Berlin (1885), S. 1036.

⁴ RGSt 1, 257.

⁵ Löwe, StPO, 13. Aufl. (1913), Anm. 5a zu § 384.

Sind wir nun hundert Jahre später klüger geworden? Der Text der Vorschrift ist immer noch der gleiche: »*Ersterenfalls* (wenn die Revision mit der Verletzung einer Rechtsnorm des Verfahrens begründet wird) *müssen die den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden.*«

Probleme scheint das Verständnis dieses Satzes in den ersten Jahrzehnten seiner Existenz als einer den Gang des Revisionsverfahrens regulierenden Vorschrift offenbar nie ernstlich bereitet zu haben. Ein Problembewusstsein scheint sich erst in den letzten zwei Jahrzehnten fühlbar gemacht zu haben. Transponierte man diesen einen Satz in den Bereich des optisch Wahrnehmbaren, so gewinnt in der neueren Rechtsprechung des BGH der § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO plötzlich das Aussehen eines Vexierbildes, dessen Inhalt beim ersten Draufschaun völlig klar zu sein scheint, welches durch eine leichte Drehung aber plötzlich einen ganz anderen Bildinhalt bekommt. *Franz Kafka* schrieb in seinem Tagebuch 1911 »*das Versteckte in einem Vexierbild sei deutlich und unsichtbar. Deutlich für den, der gefunden hat, wonach zu schauen er aufgefordert war, unsichtbar für den, der gar nicht weiß, daß es etwas zu suchen gilt.*«⁶

Das beschreibt die Situation des Revisionsverteidigers, der sich in der neueren Rechtsprechung des BGH zu den Begründungsanforderungen für eine Verfahrensrüge zu orientieren versucht. Der Gaukler, der das Vexierbild bewegt, zeigt sich gelegentlich tückisch, manchmal auch höhnisch. Greifen wir uns ein Beispiel aus der Rechtsprechungsübersicht zur »Zulässigkeit von Verfahrensrügen in der Rechtsprechung des BGH«.⁷ Der Verfasser der Revisionsbegründung war bestimmt kein Laienspieler; immerhin hatte er es mit einem anderen Part seines Rügevorbringens bis in die amtliche Sammlung geschafft⁸. Die dort nicht abgedruckten Passagen des vom 1. Strafsenat am 23.8.2011 gefassten Beschlusses finden sich in der erwähnten Rechtspre-

⁶ *Franz Kafka*, Kritische Ausgabe, Tagebücher, Frankfurt a.M. (1990), S. 47.

⁷ BGH 1 StR 153/11 v. 23.8.2011, bei *Cirener* in NStZ-RR 2012, 65, 66 = HRRS 2011 Nr. 1036.

⁸ BGHSt 57, 1 f. = HRRS 2011 Nr. 1036.

chungsübersicht. Sie befassen sich mit den Verfahrensrügen des Verteidigers, der vorgetragen hatte, der Beschuldigte sei nicht ordnungsgemäß nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO über sein Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers belehrt worden; der Kriminalbeamte hatte Gegenteiliges bekundet und hinzugefügt, der Angeklagte hätte schon aus einem anderen Verfahren um sein Recht gewusst; der Verteidiger stützte sich darauf, dass entgegen Nr. 45 RiStBV die Belehrung nicht protokollarisch festgehalten worden sei; das zu seiner Rechtfertigung von dem Polizeibeamten Vorgebrachte, er protokolliere die Belehrung nie, sei unglaubhaft. Unabhängig von der fehlenden Belehrung sei dem Beschuldigten tatsächlich auch die Kontaktaufnahme zu einem Anwalt verwehrt worden. Hier sieht der Bundesgerichtshof Unklarheiten in der »Angriffsrichtung« des Revisionsvorbringens und Widersprüchlichkeiten:

»b) Im Übrigen sprechen die genannten ineinander übergehend beide Gesichtspunkte ansprechenden Ausführungen der Revision dafür, dass Grundlage eines Beweisverwertungsverbots offenbar sowohl die unterbliebene Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation (BGH, Urteil vom 22. November 2001 – 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172, 173 f.), als auch die Verhinderung der ausdrücklich gewünschten Kontaktaufnahme mit dem Verteidiger (BGH, Urteil vom 29. Oktober 1992 – 4 StR 126/92, BGHSt 38, 372, 374; vgl. auch Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK; hierzu Schädler in KK-StPO 6. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 50 mwN) sein soll. Unbeschadet der Frage nach der gebotenen Klarheit der »Angriffsrichtung« dieser Rüge (vgl. BGH, NStZ 2010, 403, 404 mwN) in tatsächlicher Hinsicht, erscheint zweifelhaft, ob, wie für eine zulässige Verfahrensrüge stets erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2010 – 1 StR 157/10, StV 2011, 399; BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2005 – 1 StR 117/05, NStZ-RR 2006, 181, 182 mwN), der Vortrag widerspruchsfrei ist. Einerseits sei der Hinweis von KHK H. auf die bei der Vernehmung aktuelle Kenntnis des Angeklagten von seinem Recht auf Verteidigerkonsultation – sie stünde trotz unterbliebener Belehrung einem Verwertungsverbot entgegen (BGH, Urteil vom 22. November 2001 – 1 StR 220/01, BGHSt 47, 172, 174) – unzutreffend, andererseits habe der Angeklagte Kontakt mit seinem Verteidiger

verlangt. Wie es miteinander vereinbar ist, dass ein Recht unbekannt ist, aber dennoch geltend gemacht wird, liegt nicht auf der Hand.»

Eigentlich waren diese Überlegungen l'art pour l'art, weil der Senat in einem anschließenden Absatz ohnehin feststellt, es komme auf all das nicht an; er habe keinen Grund, die Angaben des Kriminalbeamten anders zu bewerten als die Jugendkammer, mithin sei das Revisionsvorbringen nicht bewiesen. Wäre es aber darauf angekommen, dann hätte eigentlich die Angriffsrichtung der Verfahrensrüge außer Zweifel gestanden: Sie richtete sich zunächst gegen das – schon in der Hauptverhandlung beanstandete – Unterlassen einer Belehrung und des weiteren – als einem gesonderten Akt – gegen die Verweigerung der Kontaktaufnahme. Das sind zwei eigenständige Verstöße, die unabhängig voneinander rügbar sind, auch wenn sie wegen des inneren Zusammenhangs im tatsächlichen Geschehen in einem Zuge berichtet werden. Das angeblich widersprüchliche Vorbringen, dessen Abmahnung durch den BGH in dem Satz kulminiert,

»Wie es miteinander vereinbar ist, dass ein Recht unbekannt ist, aber dennoch geltend gemacht wird, liegt nicht auf der Hand.«,

ist nicht scharfsinnig, sondern spitzfindig. Menschliches Handeln ist nicht motiviert durch die Wahrnehmung von Rechten, sondern durch die Erfüllung von Bedürfnissen, ohne dass dies stets von dem Bewusstsein begleitet wird, auf die Erfüllung auch ein Recht zu haben. Ein Beschuldigter, der um die Möglichkeit zur Kontaktaufnahme mit einem Anwalt bittet, muss deshalb noch lange nicht wissen, dass der Inhalt der Bitte auch sein gutes Recht ist. Schon gar nicht lässt sich aus der Kontaktbitte ein Widerspruch zu der Beanstandung herleiten, der Beschuldigte sei über das Recht zur Konsultation eines Anwalts nicht unterrichtet worden.

Zweideutigkeiten in der »Angriffsrichtung«, tatsächliche oder scheinbare Widersprüchlichkeiten im Sachvortrag können die Zulässigkeit der Verfahrensrüge gefährden. Die Zulässigkeitshürde wird regelrecht unüberwindbar, wenn der erforderliche Vortrag zu den den Mangel enthaltenden Tatsachen

die Einholung von Informationen verlangt, die schlechterdings gar nicht zu erlangen sind:

»Vor diesem Hintergrund – so der 2. Strafsenat des BGH in einem für die amtliche Sammlung vorgesehenen Urteil vom 10.7.2013⁹, wobei ich den gemeinten Hintergrund sogleich erläutern werde – muss ein Revisionsführer, der eine Verletzung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO rügen will, – gegebenenfalls nach Einholung von Erkundigungen beim Instanzverteidiger (...) – bestimmt behaupten und konkret darlegen, in welchem Verfahrensstadium, in welcher Form und mit welchem Inhalt Gespräche stattgefunden haben, die auf eine Verständigung abzielten (vgl. BGHSt 56, 3). Denn das bloße Fehlen einer Mitteilung reicht nach dem oben Ausgeführten nicht aus, um einen – vom Revisionsführer darzulegenden – Rechtsfehler zu begründen.«

Das ist zwar nicht neu¹⁰. Zwar hat bereits in der Vergangenheit der BGH vom Revisionsverteidiger verlangt, er solle über ein bestimmtes Geschehen in der Hauptverhandlung erforderlichenfalls selbst Erkundigungen einziehen. Das bezog sich aber früher noch auf halbwegs unverfängliche Bereiche: Geschehnisse während einer überdehnten zeitweiligen Abwesenheit des Angeklagten zum Beispiel, in welcher nach dem Protokoll »die Sach- und Rechtslage« erörtert wurde. Das war – wiederholt im Revisionsvortrag – dem Revisionsgericht zu wenig; hier hätte – allerdings auch damals schon problematisch – der Revisionsverteidiger seinen Vortrag etwas andicken und mit konkreteren Inhalten unterlegen sowie hierzu bei dem Instanzverteidiger Rücksprache halten sollen.

Jedoch: Wer auf derartige Informationsquellen zurückgreifen muss, hat damit zu rechnen, dass sie – je nach regionalen und gerichtsbezogenen Abhängigkeiten – von vornherein stark eingetrübt sind. Wenn der Revisionsverteidiger seine Erkundigungen einziehen muss bei Pflichtverteidigern z.B. im

⁹ BGHSt 58, 315 = HRRS 2013 Nr. 757.

¹⁰ Vgl. nur BGH in StV 2006, 459 m. Anm. Ventzke = HRRS 2005 Nr. 43.

Gerichtssprengel des Landgerichts Augsburg oder des Landgerichts Traunstein, hat man kaum eine Chance tatsächlicher Aufklärung. Dort sind manche Kollegen »ihren« Vorsitzenden langjährig, häufig lebenszeitlich verbunden. Ihnen fühlen sie sich mehr verpflichtet als ihren zeitweiligen Mandanten, deren ephemere Existenz mit der Abrechnung der Akte endet. Und selbst wenn der Mandant nicht Opfer irgendwelcher informellen Absprachen zwischen seinem Instanzverteidiger und dem Vorsitzenden, sondern Opfer von Absprachen des Verteidigers eines Mitangeklagten wurde? Wenn diese Absprachen mit Gericht oder Staatsanwaltschaft Vergünstigungen im Falle belastender Angaben gegen seinen Nachbarn auf der Anklagebank zum Inhalt hatten: Soll der Revisionsverteidiger nun versuchen, Erkundigungen bei dem Verteidiger des Mitangeklagten einzuziehen? Ihre Beantwortung wäre unwahrscheinlich, weil rechtlich unzulässig, jedenfalls ohne Zustimmung des Mitangeklagten strafbar.

Die verfahrensrechtlichen Unzuträglichkeiten des Revisionsvortrages hängen eng zusammen mit der Inhaltsbestimmung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, wie sie der 2. Strafsenat in dem Urteil vom 10.7.2013 vorgenommen hat. Ich möchte mich deshalb damit noch etwas näher befassen. Diese Entscheidung ist sehr bedeutsam und ihre Verfasser genießen unser aller Wertschätzung und Respekt. Dennoch: In ihrer Koppelung völlig überzogener Vortragspflichten und einer engherzig am Wortlaut sich erfreuenden Interpretation des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO hat der BGH mit diesem Urteil vor dem Wildwuchs weiterhin grassierender informeller Absprachen nicht nur kapituliert, sondern ihm – an den Intentionen der BVerfG-Entscheidung vom 19.3.2013 vorbei – regelrecht freie Bahn verschafft.

Ich möchte das erklären. Schritt für Schritt:

§ 244 Abs. 4 StPO hat in der seit Herbst 2009 geltenden Fassung folgenden Wortlaut:

»Der Vorsitzende teilt mit, ob Erörterungen nach den §§ 202a, 212 stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung

(§ 257c) gewesen ist und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Diese Pflicht gilt auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben.»

§ 202a StPO ist hier auch noch kurz zu erwähnen:

»Erwägt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, kann es den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der wesentliche Inhalt einer Erörterung ist aktenkundig zu machen.«

Es gibt also alle möglichen Dinge, über die man im Vorfeld als auch während einer Hauptverhandlung reden kann, verfahrensökonomische Fragen, vorläufige Einschätzungen zur Beweisbarkeit einzelner Tatvorwürfe, aber auch Erörterungen, die der Verständigung über den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens dienen. Wenn überhaupt keine auf eine Verständigung abzielenden Gespräche stattgefunden haben, sei das Regelungskonzept des § 257c StPO – so der 2. Strafsenat – überhaupt nicht tangiert, so dass es einer Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht bedürfe, wenn überhaupt keine oder nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind. Denn das »Ob« stehe unter dem Vorbehalt des »Wenn«.

Das wirkt auf den ersten Blick logisch und hält sich an den Wortlaut des Gesetzes. Was will man mehr? Bei näherem Hinsehen ist der Gesetzeswortlaut allerdings doch nicht so glatt. Denn der Zusatz »und wenn ja« (in diesem Falle soll auch der Inhalt der Erörterungen mitgeteilt werden), macht ja nur Sinn, wenn spiegelbildlich das »und wenn nein« mitreflektiert wird (in diesem Falle entfällt die Mitteilung des Inhalts, weil es nichts zu berichten gibt). Das weist auch vom Gesetzeswortlaut her darauf hin, dass auf jeden Fall eine Mitteilung sowohl über die Führung als auch die Unterlassung von Verständigungsgesprächen erforderlich ist.

Ist der Gesetzestext so eindeutig nicht, ist auch einzubeziehen, dass in dem Entwurf des Verständigungsgesetzes – im Zusammenhang mit einer Abgren-

zung von insoweit auch geänderten Vorschriften des Ordnungswidrigkeitengesetzes – ausdrücklich die »in § 243 Absatz 4 StPO-E enthaltene Pflicht, auch eine Nichterörterung mitzuteilen«¹¹ angesprochen wird. Die Pflicht einer Mitteilung auch über die Unterlassung von Verständigungsgesprächen gehörte also zur eindeutigen Intention des Gesetzgebers.

Wenn mehrere Interpretationen möglich sind, sollte das »respice finem!« (Bedenke das Ende!) der Leitspruch bleiben. Die Revisionsgerichte führen uns das ja auch sonst häufig vor.

Denn welche Konsequenzen hat es, wenn § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nur dann eine Mitteilungspflicht auslöst, wenn es tatsächlich Erörterungen, die auf eine Verständigung hinzielten, gegeben hat? Welche Konsequenzen hat es, wenn es hinsichtlich des Unterlassens von Verständigungsbemühungen keine Mitteilungspflicht gibt?

Das ist sehr einfach, hat allerdings nichts mit der Strafprozessordnung, allenfalls etwas entfernt mit dem Strafgesetzbuch zu tun:

Ein deutscher Strafrichter kennt seine StPO. Im Umgang mit ihr lässt er aber auch gelegentlich Fünfe gerade sein. Wenn er eine Verfahrensnorm übersieht oder sie nach eigenem Gusto auslegt: Es macht nichts. Wenn das Urteil rechtskräftig wird, sowieso nicht, wenn das Urteil im Falle einer Revision aufgehoben wird, bleibt dies auch sanktionslos. Dann muss ein anderer die Arbeit noch einmal machen. Solange nicht ein bewusster Rechtsbruch zum Thema wird, erlaubt das System dem Tatrichter eine große Gelassenheit im Umgang mit dem Verfahrensrecht.

Nur eines tut ein deutscher Strafrichter nicht: lügen. Ein deutscher Strafrichter lügt *nicht*. Das sage ich ohne einen Anflug von Zweifel oder Ironie. Und erst recht lügt er nicht zu Protokoll (ganz unabhängig von der Strafbarkeit einer derartigen Lüge gemäß § 348 StGB).

¹¹ BT-Drucks. 16/12310, S. 16.

Und hier ist der springende Punkt hinsichtlich der Leitentscheidung des BGH vom 10.7.2013:

Indem der Bundesgerichtshof die Feststellung, dass Verständigungsgespräche nicht stattgefunden haben, der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO entzieht, macht er die Vorschrift zu einer unvollkommenen Norm. Diejenigen Vorsitzenden, die Verständigungsgespräche geführt haben, können davon Mitteilung machen. Diejenigen Vorsitzenden, die weiterhin ihre informellen Gespräche führen und diese im kleinen Zirkel bilateral oder multilateral geheim halten wollen, können dies sanktionslos tun. Sie müssen nicht befürchten, ihre heimlich geführten Gespräche nur dann heimlich fortführen zu können, wenn sie eine Lüge zu Protokoll geben. Solange die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO sich nicht einschränkungslos auf das Bekenntnis zur Unterlassung von Verständigungsgesprächen erstreckt, ist kein Richter dazu gezwungen, Farbe zu bekennen.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil vom 19.3.2013 zur Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes betont, dass ein Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit einer gleichwohl getroffenen Verständigung führe. Halte sich das Gericht an eine solche gesetzeswidrige Verständigung, werde ein Beruhen des Urteils auf diesem Gesetzesverstoß regelmäßig schon deshalb nicht auszuschließen sein, weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist.¹² In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht den Radius der dem Revisionsgericht zustehenden Beruhensprüfung gemäß § 337 Abs. 1 StPO auf einen minimalen Durchmesser beschränkt: Ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen Transparenz – und Dokumentationspflichten sei nur »in besonderen Ausnahmefällen« ausgeschlossen, eine Feststellung, die das Bundesverfas-

¹² BVerfGE 133, 168, 223 (Rdnr. 97) = HRRS 2013 Nr. 222.

sungsgericht ausdrücklich auch auf die gebotene Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO erstreckt.¹³

Dies war faktisch eine Intervention des Bundesverfassungsgerichts in revisionsgerichtliche Kompetenzen, hatte doch der BGH bis dahin beim Verstoß des Instanzrichters gegen Protokollierungs- und Belehrungspflichten im Rahmen einer Verständigung ein Beruhen des Urteils auf dem konstatierten Fehler meist ausgeschlossen. Diente das Urteil des 2. Strafsenats der Abwehr dieser Intervention?

Letztlich hatte das Bundesverfassungsgericht die Beruhensprüfung gemäß § 337 Abs. 1 StPO im Falle einer Verständigung lediglich auf das Maß zu-rechtgestutzt, welches früher bei der Beruhensprüfung *generell* galt: Die bloße *Möglichkeit*, dass das Urteil auf einem festgestellten Fehler beruht, reicht aus; nur wenn sie ausgeschlossen ist oder rein theoretisch ist, fehlt es an einem ursächlichen Zusammenhang.¹⁴ Die »Perspektiven der Verfahrensrüge« eröffnen sich nunmehr, wenn auch nur partiell, wieder auf jener Sichthöhe, von der das herkömmliche Revisionsrecht seinen Ausgang nahm. Wir werden sehen, welcher Maßstab für die Beruhensprüfung künftighin gilt.

Nachbemerkung: Der 5. Strafsenat des BGH hatte sich mit Beschlüssen vom 22.8.2013 (5 StR 310/13 = HRRS 2013 Nr. 900) und vom 17.9.2013 (5 StR 258/13 – wistra 2013, 474, 475 = HRRS 2013 Nr. 1016) der Auffassung des 2. Strafsenats zur Auslegung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ohne nähere Begründung angeschlossen. Beide Entscheidungen wurden in zwei parallel er-gangenen Beschlüssen der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfas-sungsgerichts vom 26.8.2014 (2 BvR 2172/13 = HRRS 2014 Nr. 822 und 2 BvR 2400/13 = HRRS 2014 Nr. 823) wegen Verstoßes gegen das Willkür- verbot aufgehoben und an den Bundesgerichtshofs zurückverwiesen. Die

¹³ BVerfGE a.a.O. (Rdnr. 98).

¹⁴ BGHSt 21, 288, 290.

Auslegung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, wonach eine Mitteilungspflicht gemäß dieser Vorschrift nicht bestehe, wenn keine auf eine Verständigung hinielenden Gespräche stattgefunden haben, sei unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich haltbar. *Roma locuta, causa finita.*

2. Perspektiven des Beweisantragsrechts

KLAUS-ULRICH VENTZKE

Beweisantrag – Bedeutungslosigkeit – Beruhen

Bemerkungen zur Zukunft des Beweisantragsrechts aus Verteidigersicht*

»Es obliegt uns Verteidigern, die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten zu erkennen, abzuwägen und zweckentsprechend von ihnen Gebrauch zu machen. Gerade für die Verteidigung gilt der Satz: ›Das Recht ist für die Wachen da.« Mit dieser prägnanten Formulierung trat *Gunter Widmaier*¹ einer gelegentlich zu beobachtenden Neigung von Strafverteidigern zur Wehleidigkeit entgegen, der z.B. das Ausbleiben überbordender tatgerichtlicher Fürsorge als grundlegender Mangel des Strafverfahrens erscheint. »Erst durch die Verteilung der Prozeßfunktionen der Anklage, der Verteidigung und auch des Urteils auf verschiedene Personen« – so führte er² im Anschluß an *Dahs* weiter aus – werde »der Prozeß der Wahrheitsfindung dialektisch ausgestaltet und sicher(e) so am besten das Ziel der gerechten Entscheidung.«

* Dieser (geringfügig aktualisierte) Text lag meinem Beitrag auf dem Gedenksymposium für *Gunter Widmaier* am 28.09.2013 in Berlin zugrunde.

¹ *Widmaier* NStZ 1992, 519, 522 f.

² (Fn. 1) S. 523.

1.

Kaum ein Bereich des Prozeßrechts bestätigt diesen Zusammenhang eindringlicher als das strafprozessuale Beweisantragsrecht. Das aus mehreren (normativen wie faktischen) Gründen:

- Das Beweisantragsrecht vermittelt dem Angeklagten die Handhabe, dem Tatrichter Beweiserhebungen aufzunötigen, die in dessen (regelmäßig bei der Eröffnungsentscheidung, also anlässlich der Bejahung hinreichenden Tatverdachts, erstellten³) Beweisprogramm bisher keine Rolle spielen sollten.⁴
- Nur auf diesem Weg kann es ihm im Rahmen eines schlüssigen Verteidigungskonzeptes gelingen, die so vorgeprägte Überzeugungsbildung des Tatrichters (§ 261 StPO) zu beeinflussen, indem er die dem Anklagevorwurf zugrundeliegenden Beweise erschüttert, mit eigenen Beweismitteln Gegenteiliges zu den Anklagekonstrukten positiv aufzeigt, den Tatvorwurf herabdefiniert oder wenigstens für den Angeklagten sprechende Strafzumessungstatsachen in die Beweisaufnahme einführt.⁵
- Vor allem aber: Die Beweishypothesen der Staatsanwaltschaft in diesem Sinn anzugreifen, hilft dem Angeklagten allein wenig. In den Grenzen der §§ 264, 265 StPO ist nur das (mit der staatsanwaltschaftlichen Sichtweise nicht notwendigerweise, wenn auch *faktisch* recht oft deckungsgleiche) Bild (§ 261 StPO) bedeutsam, das sich *der Tatrichter* von der Beweislage macht. Von ihm werden die Verfahrensbeteiligten indes erst durch das schriftliche Urteil rechtswirksam unterrichtet. *Er* – nicht der Staatsanwalt – ist deshalb bei *normativer* Betrachtungsweise

³ Vgl. instruktiv hierzu *Wohlers*, FS Roxin (2011), S. 1313 ff.

⁴ Vgl. hierzu nur *Ventzke StV* 2009, 655 f. m.w.N.

⁵ Diese Zusammenhänge finden sich auf den Punkt gebracht bei *Deckers*, *Der strafprozessuale Beweisantrag*, 3. Aufl. (2013), Rn. 11 ff.

der Struktur der tatgerichtlichen Hauptverhandlung *der* Gegner von Angeklagtem und Verteidigung.⁶ Das, was theoretisch als dialogische oder dialektische Struktur der Hauptverhandlung umschrieben wird,⁷ meint ungeachtet der dogmatischen Herleitung gar aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen vorrangig etwas ganz Profanes: Das von der Verteidigung sachgerecht gehandhabte Beweisantragsrecht vermittelt ihr eine der raren forensischen Chancen, frühzeitig – in den Worten *Widmaiers*⁸ – einen «Blick ins Beratungszimmer» des Tatrichters zu werfen: § 244 Abs. 6 StPO.⁹

Allerdings: In der Rechtsprechung des *BGH* wird zwar deshalb fast liebevoll das Bild des »Dialogs der Verfahrensbeteiligten« gezeichnet. Das hält sie seit *BGHSt* 43, 212 aber nicht davon ab, dem Tatrichter zu versichern, er sei »unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (verpflichtet), seine Würdigung des Ergebnisses einer Beweiserhebung dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung mitzuteilen«¹⁰ – ein Prozeßverständnis, das das *BVerfG*¹¹ lapidar für unbedenklich erklärt hat: »Unsicherheit darüber, welchen Beweiswert das Gericht einem bestimmten Beweismittel zumessen wird«, stelle »eine Problematik (dar), die im Strafverfahren – in graduell unterschiedlicher Ausprägung – typischerweise auftritt und mit der die Verteidigung umgehen kann.« Die aus § 244 Abs. 6 StPO folgende Pflicht zur substantiellen Begründung von Beschlüssen, durch die der Tatrichter Beweisanträge zurückweist, ist

⁶ Vgl. hierzu eindringlich *J. Schulz*, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft (2007), S. 14, 17 f., 19 ff.; 40, 43 ff.; 164, 180 ff.

⁷ Prägnant etwa bei *Deckers* (Fn. 5), Rn. 341 ff. Dieser Gedanke ist nunmehr von *R. Börner* (StraFo 2014, 133) vertieft worden.

⁸ *Widmaier* StraFo 2006, 437.

⁹ Darin wird manchmal auch der Charme von Hilfsbeweisanträgen gesehen (vgl. *Scheffler* NStZ 1989, 158, 159).

¹⁰ *BGH* 5 StR 38/08 = HRRS 2009 Nr. 107, Rn. 22.

¹¹ 2 BvR 2025/07 = HRRS 2009 Nr. 467, Rn. 17.

deshalb – insbesondere beim Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit – von nicht zu überschätzender Bedeutung für eine effektive Verteidigung.

2.

Stellt man sich aus Verteidigersicht die Frage nach der Perspektive des Beweisantragsrechts, so müssen diese Zusammenhänge im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen. Wie sich das Beweisantragsrecht entwickeln *wird*, ist nicht vorhersehbar. Zum Beleg hierfür reicht ein vergleichender Blick in die im Abstand von 30 Jahren erschienene 5. und 6. Auflage des »Alsberg«.¹² Wie sich das Beweisantragsrecht entwickeln *sollte*, ist hingegen eine Frage, deren Beantwortung nicht nur am Rande dessen effektive Sicherung im Revisionsverfahren in den Blick nehmen muß.

a.

Es nimmt deshalb nicht wunder, daß dies aus tatrichterlicher Sicht nicht anders gesehen wird.¹³ Den Blick in das Beratungszimmer des Tatrichters werfen zu wollen, erscheint manch einem als untrügliches Indiz für Konfliktverteidigung.¹⁴ Die gelegentlich von Strafrechtswissenschaftlern¹⁵ geführte Kla-

¹² Vgl. das Vorwort von *Dallmeyer/Güntge/Tsambikakis*, in: *Alsberg*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 6. Aufl. (2013), S. V.

¹³ In »Rechtspolitische(n) Eckpunkten für die 18. Wahlperiode« unter der Überschrift »Zehn-Punkte-Papier zur Stärkung des Rechtsstaates« wird von Lobbyisten der Justizjuristen mit der behaupteten Zielsetzung »Strafanspruch des Staates wirksam durchsetzen« ein »effizienteres Beweisantragsrecht«, u.a. durch Transformation der Fristsetzungsrechtsprechung in Gesetzesrecht gefordert, »um insbesondere Wirtschaftsstrafverfahren in angemessener Zeit mit einem Urteil zu beenden.« (DRiB rista 3/2013, 12).

¹⁴ Erhellend ist insoweit der Blick in die einschlägigen Passagen der neuesten einschlägigen Veröffentlichung aus tatrichterlicher Feder (*Heinrich*, Konfliktverteidi-

ge, der Tatrichter werde gleichermaßen von Gesetzgeber, Justizverwaltung, den »viele(n) ›schwarze(n) Schafe(n)‹ unter den Strafverteidigern«¹⁶ und der »Hypertrophie ›obergerichtlicher Aufsicht«¹⁷ unter »Dauerstress«¹⁸ gesetzt, zielt in die gleiche Richtung.¹⁹

Fast konsequent ist es, daß das *Kammergericht* den Versuch unternommen hat – und das illustriert die Aktualität dieser Fragestellung –, die Einblicksmöglichkeiten der Verteidigung in das Beratungszimmer auch beweisantragsrechtlich zu verstellen. Wir erinnern uns: Außerhalb des Beweisantragsrechts ist der Tatrichter nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung «unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (verpflichtet), seine Würdigung des Ergebnisses einer Beweiserhebung dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung mitzuteilen.» Was schlußfolgert das *Kammergericht*?

»Für das in einen Beweisantrag gekleidete Verlangen des Prozessbeteiligten nach einer solchen vorläufigen Bewertung der Beweisaufnahme durch das erkennende Gericht vor der Urteilsberatung kann aber jedenfalls dann nichts anderes gelten, wenn der Beweisantrag lediglich die Erklärung nach § 257 Abs. 2 StPO ersetzt und nicht ernsthaft auf die Erhebung des Beweises, sondern allein auf die Erteilung eines solchen Hinweises abzielt.«²⁰

Und schon hat der Scheinbeweisantrag eine neue Ausprägung erhalten. Eine derartige Entwicklung wäre verhängnisvoll: Der für den Blick in das Beratungszimmer wesentliche Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit der

gung im Strafprozess (2013), Rn. 32 ff.; dazu jetzt überzeugend *Sommer StV* 2014, 443).

¹⁵ Vgl. *Krey*, FS Achenbach (2011), S. 233, 234 ff.

¹⁶ *Krey* (Fn. 15), S. 238.

¹⁷ *Krey* (Fn. 15), S. 245.

¹⁸ *Krey* (Fn. 15), S. 235.

¹⁹ Deutlich auch *VRiLG Erhard StV* 2013, 655, 659.

²⁰ (4) 161 Ss 191/12 (262/12) BeckRS 2013, 03998.

Beweistatsache²¹ ist seit jeher Zankapfel zwischen Tatgerichten und Revisionsgerichtsbarkeit. Dieser Streit belegt zudem, daß auch der beweisantragsrechtlich »Wache« nichts auszurichten vermag, wenn niemand darüber wacht, daß mit den von ihm kunstgerecht gehandhabten Rechten pfleglich umgegangen wird. Wer kennt nicht die Beschlüsse gem. § 244 Abs. 6 StPO, in denen der Tatrichter dem Antragsteller lediglich bedeutet, die Beweisbehauptungen seien unerheblich, da sie nur mögliche Schlüsse auf Entscheidungserhebliches gestatteten, er, der Tatrichter, aber nicht gedenke, diesen von dem Antragsteller angestrebten Schluß zu ziehen?²² Dieser Basta-Rechtsprechung sind die Revisionsgerichte mit Blick auf die Funktion des Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO schon immer und mit zunehmender Strenge entgegengetreten. Fast gebetsmühlenartig wird dem störrischen Tatrichter folgendes ins Stammbuch geschrieben:

»Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihr aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch beimisst. Geht es wie hier letztlich um die Glaubwürdigkeit einer Zeugin, bedarf es der Darlegung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle ihres Nachweises unbeeinflusst ließe. Die Anforderungen an die Begründung entsprechen grundsätzlich den Darlegungserfordernissen bei der Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (BGH, Beschluss vom 19. Oktober 2006 – 4 StR 251/06, NStZ-RR 2007, 84, 85 mwN; Beschluss vom 27. März 2012 – 3 StR 47/12).«²³

²¹ Vgl. umfassend Güntge (Fn. 12), Rn. 1119 ff.

²² Vgl. nur das Beispiel bei Ventzke HRRS 2010, 461, 465 f.

²³ BGH 2 StR 29/13 = HRRS 2013 Nr. 756; aus der letzten Zeit vgl. nur BGH 1 StR 379/13 = HRRS 2014 Nr. 196, Rn. 20 ff.; 2 StR 283/13 = HRRS 2014 Nr. 207, Rn. 5 ff.; 2 StR 448/13 = HRRS 2014 Nr. 628, Rn. 8 f.; 3 StR 154/13 = HRRS 2014 Nr. 41, Rn. 9 f. (m. Anm. Allgayer NStZ 2014, 112); 4 StR 374/13 = HRRS

b.

Aber nicht jede auf eine derartig defizitäre Beschlußbegründung ordnungsgemäß (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) gestützte Verfahrensrüge hat bei den Revisionsgerichten Erfolg. Pointiert formuliert: Selbst wenn der Beschwerdeführer die revisionsgerichtlich entwickelten Klippen, die vor einer erfolgsversprechenden Beweisantragsrüge liegen, umschiff hat, also z.B.²⁴ die Konnexität – welchen Grades auch immer – außer Zweifel steht, die Angriffsrichtung der Rüge erkennbar ist und kein Rechtsmißbrauch²⁵ besorgt wird, darf er sich nicht sicher wähnen. Er muß eine letzte Hürde überwinden, die Prüfung des Beruhenszusammenhanges (§ 337 Abs. 1 StPO).²⁶ *Gunter Widmaier*²⁷ hat

2014 Nr. 113, Rn. 6 ff.; vgl. für § 244 Abs. 5 S. 2 StPO BGH 4 StR 445/13 = HRRS 2014 Nr. 406, Rn. 10.

²⁴ Vgl. zu den Rügebarrieren etwa *Ventzke* HRRS 2008, 180, 186 f. Gerade § 344 Abs. 2 S. 2 StPO darf in diesem Zusammenhang nicht unterschätzt werden (vgl. zuletzt BGH 3 StR 118/13 = HRRS 2013 Nr. 789, Rn. 1; 4 StR 7/14 = HRRS 2014 Nr. 753).

²⁵ Hierzu instruktiv BGH 4 StR 504/12 = HRRS 2013 Nr. 611, Rn. 14 ff.

²⁶ Freilich schwimmen hier gelegentlich durchaus die Grenzen, wenn etwa die Klärung der Beweisantragseigenschaft mit der Beruhensprüfung verschränkt wird; z.B. BGH 3 StR 290/10 = HRRS 2011 Nr. 3: »Damit ist die Ablehnung des Antrags zwar rechtsfehlerhaft begründet; denn sollte es für die Überzeugungsbildung des Landgerichts zu der Glaubhaftigkeit der Angaben des früheren Mitangeklagten S. darauf angekommen sein, ob dieser in einem anderen Verfahren einen Dritten wahrheitswidrig belastet hatte, so hätte dieses nicht nur naheliegend die tatsächliche Möglichkeit, sondern auch die Pflicht gehabt (§ 244 Abs. 2 StPO), den Wahrheitsgehalt dieser früheren Beschuldigung aufzuklären. Der Senat kann indes das Beruhen des Urteils auf diesem Rechtsfehler ausschließen. Als alleiniger weiterer Bestandteil der gesamten Ermittlungsakte, der hinreichend konkretisiert ist, um dem Beweisbegehren den Charakter eines Beweisantrags zu verleihen (vgl. hierzu LR-Becker, 26. Aufl., 2009, § 244 Rn. 106), ist das Protokoll der polizeilichen Vernehmung des früheren Mitangeklagten S. vom 19. Juni 2008 bezeichnet. Dessen Inhalt konnte aber von vornherein keinen Beweis für die innere Tatsache erbringen, dass S. Dritte verschiedener Straftaten ›bezichtigt‹, erkennbar gemeint: wahrheitswidrig beschuldigt, habe, um sich selbst in seiner eigenen Strafsache Vorteile zu verschaffen. Eine weitergehende Aufklärungsrüge ist nicht erhoben.«

nüchtern konstatiert, daß sie sich »in ganz besonderer Weise zum Vehikel für den revisionsgerichtlichen Blick aufs Ergebnis entwickelt« hat.²⁸ So sehr die Erheblichkeit der Beruhensprüfung praktisch außer Zweifel stehen dürfte, so wenig sind deren Details gedanklich gesichert.²⁹ Ein Blick in die einschlägigen Kommentierungen und Handbücher illustriert dies. Weit überwiegend wird in ihnen diese Fragestellung eher cursorisch abgehandelt.³⁰ Das rechtfertigt auch angesichts neuerer Entscheidungen des *BGH* eine Vertiefung dieser Fragestellung, der sich *Gunter Widmaier* in sehr origineller – und wie ich zu zeigen hoffe: sehr aktueller – Weise unter der Überschrift »Überholende Kausalität bei Verfahrensrügen« angenommen hatte.³¹

²⁷ *Widmaier* StraFo 2010, 310, 315.

²⁸ Deshalb hat die Rechtsprechung auch nicht der Versuchung widerstehen können, in die absoluten Revisionsgründe eine Beruhensprüfung zu implantieren (vgl. nur *Ventzke* StV 2000, 249 ff.)

²⁹ Das ist zwischenzeitlich wohl zu modifizieren: Die verfassungsgerichtlich inspirierte Rechtsprechung zur Prüfung des Beruhenszusammenhanges im Kontext von (durchgeführten oder gescheiterten) verfahrensbeendenden Verständigungen hat in bemerkenswerter (und im Vergleich zur deutlich höheren Schutzbedürftigkeit von Angeklagten in streitig durchgeführten Verfahren [vgl. *Ventzke* StraFo 2012, 212, 213] eher überzogen anmutender) Weise zu einer partiellen Neujustierung der Beruhensprüfung geführt (z.B. *BGH* 2 StR 195/12 = HRRS 2013 Nr. 754, Rn. 15 ff.; vgl. aber weniger radikal *BGH* 5 StR 253/13 = HRRS 2013 Nr. 815, Rn. 11 ff.; 1 StR 237/13 = HRRS 2013 Nr. 927; Rn. 8 f.; 3 StR 89/13 = HRRS 2014 Nr. 556, Rn. 13 ff.), die allerdings durch *BGH* 3 StR 210/13 = HRRS 2014 Nr. 366, Rn. 12 ff. (dazu zutr. *H. Schneider* NStZ 2014, 251, 255 f.) ansatzweise wieder ins Lot gebracht worden ist.

³⁰ Vgl. z.B. *Güntge* (Fn. 12), Rn. 1671 ff.; *Deckers* (Fn. 5), Rn. 334; *Becker* (Fn. 26), § 244, Rn. 376; *Bachler*, in: *Beck-OK*, StPO, Stand: 24.03.2014; § 244, Rn. 119; *Krehl*, in: *KK*, StPO, 7. Aufl. (2013), § 244, Rn. 234 ff.; *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl. (2012), Rn. 489 ff.; ausführlicher: *Hamm*, Die Revision im Strafprozess, 7. Aufl. (2010), Rn. 517 ff. (525 ff.).

³¹ *Widmaier*, FS Hanack (1999), S. 387 ff.

aa. »Kausalität«? Damit ist das Problem benannt. Hier ist nicht der Ort, die Untiefen des revisionsverfahrensrechtlichen Beruhensbegriffs auszuloten. Daß das Beruhen eines Urteils auf einem Verfahrensfehler eine Kausalitätsfrage darstellt, entspricht freilich der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung. Nur beispielhaft eine der wenigen Entscheidungen des BGH, in der dies hinsichtlich der anzuwendenden Kriterien näher ausgeführt wird:

»Bei der Frage, ob ein Urteil auf einer Gesetzesverletzung beruht, handelt es sich um die Prüfung eines ursächlichen Zusammenhanges, für dessen Bejahung oder Verneinung es keine wissenschaftlichen Erfahrungssätze gibt. Aus diesem Grunde kann die genannte Frage auch nur aufgrund aller im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände aus tatsächlichen Gründen beantwortet werden und nicht mit Hilfe einer allgemeinen Rechtsregel (vgl. RGSt 45, 138, 143). (...) Verfahrensvorschriften über die Beweisaufnahme sind nicht Selbstzweck, sondern dienen der Wahrheitsfindung. Ihre Verletzung führt deshalb nach einer Verfahrensrüge nicht zwangsläufig zur Urteilsaufhebung, sondern nur dann, wenn nicht auszuschließen ist, daß die Wahrheitsfindung beeinträchtigt wurde.«³²

Im Ergebnis deckt sich diese Sichtweise mit einem im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Hinweis, wonach es nicht »nöthig (sei), die Richter des Revisionsgerichts, also in allen wichtigeren Fällen die Richter am Reichsgerichte, in peinlicher Weise am Gängelband zu führen,« zumal dies auch »nicht zweckmäßig (sei), weil man dem richterlichen Ermessen hier wie in anderen Dingen freien Spielraum lassen müsse.«³³

*Frisch*³⁴ hat indes mit überzeugenden Gründen anhand der Funktion des Revisionsverfahrens und in Auseinandersetzung mit konkurrierenden Versu-

³² BGH 2 StR 596/95 NStZ 1996, 400.

³³ Von Amsberg, in: Hahn, Die Gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 3, Abteilung 1, 2. Auflage (1885) (Neudruck 1983), S. 1025. Vgl. zur Entstehungsgeschichte des jetzigen § 337 StPO den kurzen Überblick bei Kraus, Die Beruhensfrage im strafprozessualen Revisionsrecht (2004), S. 7 ff.

³⁴ Frisch, FS Rudolphi (2004), S. 609 ff.

chen der Normativierung des Beruhenszusammenhanges³⁵ herausgearbeitet, daß es nur um eines gehen kann: Zeigt die revisionsrechtliche Beanstandung die »ernsthafte Möglichkeit (auf), dass die Entscheidung wegen der auf dem (prozessualen oder gedanklichen) Weg zu ihr unterlaufenen Gesetzesverletzung das Ziel der Rechtsverwirklichung verfehlt«?³⁶ Für Verfahrensfehler, die Vorschriften betreffen, »deren Funktion es ist, eine zutreffende (oder doch jedenfalls akzeptable) Urteilsgrundlage zu gewährleisten«,³⁷ ist – so *Frisch* weiter – wie bei anderen »funktional auf die Gewährleistung einer zutreffenden Urteilsbasis gerichteten Vorschriften«³⁸ der Beruhenszusammenhang zwischen einer sie betreffenden Rechtsverletzung und dem tatrichterlichen Urteil »im Grunde schon durch den Entstehungs- und Erfahrungshintergrund der Norm belegt (...), dass nur bei dem erwarteten Vorgehen hinreichende Gewähr für die Gewinnung einer zutreffenden Urteilsbasis besteht, während eine Abweichung hiervon erfahrungsbegründet die Gefahr einer Fehlentscheidung in sich birgt.«³⁹ Anders gewendet: Die in diesen Fällen »generell begründete Vermutung, dass das Urteil auf der Gesetzesverletzung beruhe, kann durch konkrete Umstände (Besonderheiten) des Einzelfalles ausgeschlossen sein.«⁴⁰ Hier liegt – so *Frisch* – »der eigentliche Schwerpunkt der Beruhens-Prüfung«.⁴¹

bb. Wie sieht die revisionsgerichtliche Rechtsprechung dies insbesondere in den angesprochenen Fällen, in denen der Tatrichter seine Aufgabe verfehlt,

³⁵ Vgl. z.B. *Bloy* JuS 1986, 585, 596; *Schlüchter*, FS Krause (1990), S. 485 ff.; *Paulus*, GS Schlüchter (2002), S. 587 ff.; *Herdegen*, Beweisanztragsrecht, Beweiswürdigung, strafprozessuale Revision (1995), S. 181 ff.

³⁶ *Frisch* (Fn. 34), S. 625, 627 ff.

³⁷ *Frisch* (Fn. 34), S. 637.

³⁸ *Frisch* (Fn. 34), S. 637.

³⁹ *Frisch* (Fn. 34), S. 637 f.

⁴⁰ *Frisch* (Fn. 34), S. 637.

⁴¹ *Frisch* (Fn. 34), S. 639.

bei Anwendung des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit die Gründe des Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO ausreichend darzulegen? Trägt sie den beweisantragsrechtlichen Besonderheiten in dieser Fallkonstellation bei Anwendung des § 337 Abs. 1 StPO Rechnung?

Im Grundsatz kann diese Frage bejaht werden. Der Zusammenhang zwischen beanstandetem Gesetzesverstoß und Urteil wird von der Rechtsprechung des *BGH* gerade mit Blick auf die Funktion der verletzten beweisantragsrechtlichen Begründungspflicht im Regelfall nicht ausgeschlossen.⁴² Die Revisionsgerichtsbarkeit trifft deshalb eine Beweislast für die ausnahmsweise Verneinung dieses Beruhenzusammenhanges.⁴³ Gleichwohl haben sich Denkfiguren etabliert, die diese Sichtweise relativieren.

aaa. Dazu gehört eine Überlegung, die bereits zur Verneinung eines beweisantragsrechtlichen Fehlers führen soll: Die Paraphrasierung des Gesetzeswortlautes als Begründungssurrogat soll nämlich dann rechtlich unbedenklich sein, wenn die den Tatrichter bei seiner Entscheidung leitenden Gesichtspunkte für den Antragsteller offensichtlich waren.⁴⁴ Angesichts des revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbotes und der auch deshalb grundsätzlich eingeschränkten Möglichkeiten des Revisionsgerichts, denjenigen pro-

⁴² Z.B. *BGH* 3 StR 284/11 = HRRS 2012 Nr. 98, Rn. 14 unter Hinweis auf 3 StR 519/09 = HRRS 2011 Nr. 161, Rn. 11. Ebenso: *Becker* (Fn. 26), Rn. 376; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. (2014), § 337, Rn. 38.

⁴³ So prägnant: *Detter*, Revision im Strafverfahren (2011), Rn. 376.

⁴⁴ Vgl. *BGH* 2 StR 29/13 = HRRS 2013 Nr. 756, Rn. 7: »Die unter Beweis gestellte Tatsache hätte die Schlussfolgerung zugelassen, dass die Zeugin H. während ihres Aufenthalts in der Wohnung des Angeklagten von ihrem Lebensgefährten körperlich misshandelt wurde und daher ein Tatmotiv hatte. Das Landgericht hat in seinem Beschluss indes weder mitgeteilt, dass es diesen möglichen Schluss nicht ziehen wollte, noch hat es seine Entscheidung mit konkreten Erwägungen begründet. Die Bedeutungslosigkeit lag auch nicht auf der Hand, was eine fallbezogene Begründung ausnahmsweise entbehrlich hätte machen können (vgl. *BGH*, Beschluss vom 2. Dezember 2009 – 2 StR 363/09, StV 2010, 557 = HRRS 2010 Nr. 114; Beschluss vom 27. März 2012 – 3 StR 47/12 mwN = HRRS 2012 Nr. 490).«

zessualen Kontext nachträglich zu erfassen, in dem der unzureichend begründete Beschluß erging, erscheint eine derartige Relativierung der Begründungspflicht selbst durchgreifend bedenklich. Sie überzeugte auch normlogisch nicht: Den Tatrichter träfe nämlich die Verpflichtung, den Beschluß gem. § 244 Abs. 6 StPO in der o.g. Dichte zu begründen, es sei denn, die ihn motivierenden und von ihm verschwiegenen Gründe seien für den Antragsteller offensichtlich. Ruft man sich die Neigung mancher Tatrichter in Erinnerung, begierig nach derartigen vermeintlich tragfähigen Strohhalmen zu greifen, um nicht bereits in der Hauptverhandlung Farbe bekennen zu müssen, wird man hinsichtlich dieser Ausnahme wohl kaum – in zudem fast paradox anmutender Weise – auf die tatrichterliche Selbsteinschätzung zurückgreifen können. Dann aber liegt es auf der Hand, daß es sich bei dieser Ausnahme um die Folge einer Beurteilung des Antragsinhalts durch das Revisionsgericht handelt, die vom unterschweligen Verdacht des Rechtsmißbrauchs gegen den Antragsteller – er hatte es in dieser Logik unternommen, offensichtlich Belangloses unter Beweis zu stellen – getragen wird.⁴⁵

bbb. Nicht weniger problematisch ist die durchaus gängige Bewertung des Revisionsgerichts, der Begründungsmangel sei i.S.d. § 337 Abs. 1 StPO unerheblich, da auszuschließen sei, daß sich der Antragsteller anders – und das meint: erfolgversprechender – hätte verteidigen können, wäre der Tatrichter gesetzeskonform vorgegangen.⁴⁶

⁴⁵ Deshalb ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß es der Sache nach immer – erst recht im Rahmen der Verwendung dieses Arguments bei der Prüfung der rechtsfehlerhaften Anwendung anderer Ablehnungsgründe – allein um Fragen des Beruhens gehen kann (*Becker NStZ* 2003, 415, 420 in Fn. 44).

⁴⁶ Z.B. *BGH* 3 StR 53/08 = *HRRS* 2008 Nr. 693, Rn. 2: »Der Senat nimmt Bezug auf die Antragsschrift des Generalbundesanwalts und bemerkt ergänzend zu den Verfahrensrügen, mit denen die Ablehnung von Beweisanträgen wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache beanstandet wird: Das Landgericht ist zugunsten des Angeklagten davon ausgegangen, dass dieser seinen Wagen an andere Personen verliehen hat (UA S. 19); das Urteil kann daher nicht auf der Ablehnung des Beweisantrages beruhen, mit dem genau dies nachgewiesen werden sollte. Im Übrigen weist die Revision zwar im Ansatz zutreffend darauf

Gedanklich ist gegen diese Erwägung auf den ersten Blick wenig einzuwenden. Das ändert sich freilich, lenkt man ihn auf die mit revisionsgerichtlichen Bordmitteln vorzunehmende Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes.⁴⁷ Bei ihr droht die Arbeitsteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht überspielt zu werden.⁴⁸ Mehr noch: Mit diesem Argument wird im Kern die Funktion des Beweisantragsrechts, ein zentrales Partizipationsrecht⁴⁹ des Angeklagten zu sein, unterminiert. Woher soll das Revisionsgericht wissen, welches Verteidigungskonzept dem Agieren in der tatgerichtlichen Hauptverhandlung zugrundelag?⁵⁰ Wie soll es erahnen, in welcher Weise das Tatgericht konkret regelkonform agiert und wie die anderen Prozeßbeteiligten ihrerseits hierauf reagiert hätten?

Unproblematisch wäre es allenfalls, wenn mit den Mitteln des Revisionsrechts und unter Berücksichtigung der besonderen Wirkweise beweisanztragsrechtlicher Begründungsmängel in der Tatsacheninstanz sicher festzu-

hin, dass die Ablehnungsbeschlüsse an sich nicht den Begründungserfordernissen entsprechen, die an die Darstellung der antizipierenden Beweiswürdigung bei der Zurückweisung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung zu stellen sind (vgl. BGH, Beschl. vom 22. November 2007 – 3 StR 430/07 m. w. N. = HRRS 2008 Nr. 292). Dies ist hier aber unschädlich, denn der Senat kann im Hinblick auf die sonstige Beweislage und die – wenn überhaupt – nur entfernt indizielle Bedeutung der unter Beweis gestellten Geschehnisse im Kosovo ausschließen, dass der Angeklagte seine Verteidigung bei einer näheren Begründung des entsprechenden Ablehnungsbeschlusses anders als geschehen hätte einrichten können. Auch die revisionsgerichtliche Prüfung ist noch hinreichend möglich.»

⁴⁷ So mit Recht *Frisch* (Fn. 34), S. 640.

⁴⁸ So auch *Kraus* (Fn. 33), S. 74.

⁴⁹ Daß die gesetzlich für den Tatrichter vorgesehene Möglichkeit, Beweisanträge des Angeklagten abzulehnen, nichts daran ändert, daß der Angeklagte durch die hierbei zu beachtenden Erledigungsmechanismen (§ 244 Abs. 6 StPO) an der Beweisaufnahme aktiv partizipieren kann, sei zur Vermeidung vom Mißverständnissen klargestellt.

⁵⁰ Vgl. hierzu erneut *Deckers* (Fn. 5), Rn. 11 ff.

stellen wäre, daß sich der Verfahrensfehler prozessual erledigt hat, weil die mit dem Beweisantrag geführten Angriffe gegen die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage deshalb ausweislich der schriftlichen Urteilsgründe⁵¹ obsolet geworden sind, da der Angeklagte unabhängig hiervon allein aufgrund seiner rechtsfehlerfrei als glaubhaft bewerteten Einlassung verurteilt worden ist, oder aber die gebotene Begründung der Zurückweisung eines (inhaltlich verwandten) Beweisantrages in einem anderen Beschluß gem. § 244 Abs. 6 StPO rechtzeitig »nachgeliefert« wurde.⁵²

Daß diese revisionsgerichtliche Argumentation zudem vielfach leerformelhaften Charakter hat, wird deutlich, wenn man sich ihre revisionspraktischen Varianten vor Augen hält. Etwa wenn die Unbeachtlichkeit des Begründungsdefizites eines Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO in Fällen dieser Art ohne jede Erläuterung gleichzeitig mit den Behauptungen begründet wird, *einerseits* habe der Tatrichter sein Urteil aus materiellrechtlichen Gründen überhaupt nicht auf die von ihm begründungslos als unerheblich behandelten Beweisbehauptungen stützen dürfen, *andererseits* sei gleichwohl sicher davon auszugehen, der Angeklagte hätte sich bei korrekter Behandlung dieses Antrages nicht »anders als geschehen gegen den Tatvorwurf (...) verteidigen können«.⁵³

Eine weitere Abwandlung: Das Revisionsgericht kann sich durchaus in die Lage versetzt sehen, *einerseits* mit Blick auf die ihm aufgrund der Revisionsrechtfertigung bekannt gewordenen sonstigen Beweisanträge eines Angeklagten sicher auszuschließen, dieser hätte im Fall der gebotenen Anwendung beweisanzugsrechtlicher Normen andere sachdienliche Anträge gestellt, *andererseits* den Beruhenszusammenhang bei Anwendung beweisanzugsrechtlicher Normen in Anbetracht »erhebliche(r) Beschränkungen der

⁵¹ Vgl. z.B. BGH 1 StR 226/13 = HRRS 2013 Nr. 846, Rn. 18.

⁵² Z.B. BGH 3 StR 290/10 = HRRS 2011 Nr. 3, Rn. 2; 4 StR 234/13 = HRRS 2013 Nr. 873.

⁵³ So: BGH 1 StR 275/10 = HRRS 2011 Nr. 334, Rn. 26.

Beweislage« wegen der Möglichkeit einer anderen tatrichterlichen Überzeugungsbildung zu bejahen.⁵⁴

ccc. Damit korrespondiert – und das macht zugleich die Flexibilität des revisionsgerichtlichen Instrumentariums⁵⁵ deutlich –, daß der *BGH* in jüngerer Zeit wiederholt Beweisantragsrügen hat durchgreifen lassen, zugleich aber ausdrücklich die sachlich-rechtliche Unbedenklichkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung festgestellt hat.⁵⁶ Nur so konnte er – ganz im Sinn des von *Frisch* vertretenen Verständnisses der Beruhensprüfung – dem Umstand Rechnung tragen, daß durch die dem Tatrichter unterlaufene Verletzung beweisantragsrechtlicher Normen Vorschriften betroffen waren, deren penible Einhaltung gerade wegen der berührten Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten für die Richtigkeit des tatrichterlichen Urteils bürgt. Unausgesprochen wird damit bedacht, daß die Wahrung von Verteidigungsrechten nicht »nur« irgendwelche Individualrechte betrifft, sondern Vorschriften, durch deren Einhaltung die inhaltliche Qualität des Urteils garantiert werden soll. Deshalb darf eben für die Suggestivwirkung des vermeintlich goldrichtigen Urteils, der vielfach der Bedeutungsschwund der Verfahrensrüge⁵⁷ zugeschrieben wird, kein Raum bleiben.

ddd. Gleiches gilt für eine interessante, gleichwohl eher unbeachtet gebliebene Entscheidung des 3. Strafsenats des *BGH* zur revisionsgerichtlichen Kontrolle der Anwendung des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit. Sie betrifft einen nicht seltenen Fall, der einem in Fällen von »Aussage gegen

⁵⁴ So: *BGH* 5 StR 499/04 = HRRS 2005 Nr. 295, Rn. 6 f.

⁵⁵ Vgl. nur *Ventzke* NStZ 2011, 481 ff. m.w.N.

⁵⁶ Z.B. *BGH* 3 StR 31/12 = HRRS 2012 Nr. 556, Rn. 9 i.V.m. Rn. 3; 3 StR 44/11 = HRRS 2011 Nr. 994, Rn. 14.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Widmaier* StraFo 2010, 310, 312 ff.; *Wohlers*, in: *Wehe dem, der beschuldigt wird* – 34. Strafverteidigertag (2011), S. 103 ff.; *Weßlau*, FS *Frisch* (2013), S. 1289 ff.; *Fezer*, in: ebenda, S. 1313 ff.; *ders.*, in: *Wehe dem...* (Fn. 57), S. 85 ff.

Aussage«⁵⁸ vorwiegend unter sachlich-rechtlichem Blickwinkel begegnet: Der Tatrichter handelt diverse Einwände gegen die von ihm bejahte Glaubhaftigkeit des Belastungszeugen ab und kann für jeden von ihnen bei isolierter Betrachtungsweise vernünftige Gründe für deren beweisrechtliche Unerheblichkeit aufzeigen. Die Frage, ob die Häufung dieser Einwände nicht erörterungsbedürftig ist, legt er sich nicht vor. Das ist sachlich-rechtlich durchgreifend bedenklich.⁵⁹ Was geschieht aber, wenn sich diese Gedankenoperationen nur in Beschlüssen gem. § 244 Abs. 6 StPO finden und damit der Sachrüge entziehen? Das Revisionsgericht kann – die Erhebung einer Verfahrensrüge dieser Angriffsrichtung⁶⁰ vorausgesetzt – einen Verstoß gegen § 244 Abs. 3 S. 2 StPO darin sehen, daß in den Beschlüssen diese Gesamtwürdigung unterblieben ist.⁶¹ Es kann aber diesen Zusammenhang auch bei der Beruhensprüfung berücksichtigen, obwohl dies bei der klassischen Kausalitätsbetrachtungsweise nicht eben selbstverständlich ist. Hierzu der 3. Strafsenat des BGH wörtlich:

»Bei mit fehlerhafter Begründung abgelehnten Beweisanträgen kann ein Beruhen des Urteils in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden, wenn die Anträge mit anderer Begründung zu Recht hätten abgelehnt werden können und die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten hierdurch nicht berührt wurden (Kuckein in KK 6. Aufl. § 337 Rdn. 38 m. w. N.). Insbesondere im Zusammenhang mit Hilfstatsachen des Beweises, also mit Tatsachen, die einen zwingenden oder möglichen Schluss auf den Beweiswert eines Beweismittels zulassen, kann sich

⁵⁸ Dort schließt der BGH ein Beruhen des Urteils auf der rechtsfehlerhaften Behandlung eines Beweisantrages regelmäßig nicht aus, der für die Glaubhaftigkeitsprüfung wesentliche Indizien zum Gegenstand hatte (BGH 3 StR 250/10 = HRRS 2010 Nr. 801, Rn. 11: Unvereinbarkeit von Beschluß gem. § 244 Abs. 6 StPO und Urteil bei Bejahung von Bedeutungslosigkeit). Vgl. auch BGH 5 StR 143/13 = HRRS 2013 Nr. 659, Rn. 9.

⁵⁹ Statt aller: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 42), § 261, Rn. 11a (= S. 1156 Mi.).

⁶⁰ Kritisch hierzu Norouzi NStZ 2013, 203 ff.

⁶¹ Statt aller: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 42), § 244, Rn. 56.

für das Revisionsgericht die Überzeugung ergeben, dass der Tatrichter den Beweisantrag auch mit der Begründung der tatsächlichen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache hätte zurückweisen und der Angeklagte sich in Kenntnis einer solchen Ablehnung nicht weitergehend hätte verteidigen können. Hierfür ist die gesamte Beweissituation, wie sie sich aus dem Urteil darstellt, ebenso von Bedeutung wie die Art und Anzahl der gestellten Beweisanträge. Vorliegend hat sich der Angeklagte mit einer Vielzahl von Beweisanträgen verteidigt. Soweit dabei Tatsachen unter Beweis gestellt wurden, handelte es sich überwiegend um solche, die der Widerlegung einzelner, mit dem Tatgeschehen nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehender Bekundungen der Nebenklägerin oder allgemein der Weckung von Zweifeln an deren Glaubwürdigkeit dienen sollten. Die Revision rügt über die beiden vorgenannten Fälle hinaus die Ablehnung weiterer Beweisanträge als rechtsfehlerhaft. Auch insoweit weisen die Entscheidungen des Landgerichts Mängel auf, die den Generalbundesanwalt veranlasst haben, in seinem Antrag, die Revision nach § 349 Abs. 2 StPO zu verwerfen, jeweils umfangreich darzulegen, dass ein Beruhen des Urteils auf dem einzelnen Rechtsfehler ausgeschlossen werden könne. Was bei isolierter Betrachtung der Beweisanträge und ihrer Behandlung durch die Strafkammer möglicherweise zu einer solchen Überzeugung des Revisionsgerichts hätte führen können, ist dem Senat vorliegend aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände nicht möglich.»⁶²

eee. Schließlich: Wer sich als Revisionsrichter dem Kausalitätsdogma verpflichtet sieht und den Kopf zerbricht, ob denn bei diesem Tatrichter auszuschließen sei, er könne bei rechtskonformer Behandlung des Beweisantrages zu einem

⁶² 3 StR 519/09 = HRRS 2011 Nr. 161, Rn. 11 f. (meine Hervorhebung). Vgl. auch BGH 5 StR 145/13 = HRRS 2013 Nr. 457, Rn. 4.; 5 StR 554/12 = HRRS 2013 Nr. 147 (Verstoß gegen § 245 Abs. 1 StPO [Beruhen bejaht mit Blick auf in der Revisionsbegründung mitgeteilte Aktenbestandteile]). Dieser Gedanke dürfte auch auf andere Rügen zu übertragen sein. Steht z.B. fest, daß der Tatrichter verschiedene dieselbe Beweisfrage betreffende Urkunden entgegen der Behauptung seines Urteils nicht in die Beweisaufnahme eingeführt hatte, wird bei der Beruhensprüfung auch eine Gesamtschau der Inbegriffsrügen (§ 261 StPO) veranlaßt sein.

dem Beschwerdeführer günstigeren Urteil gelangt sein, könnte ins Grübeln geraten: Wäre es nicht besser, wenn er selbst diese Beweisfrage klärte?

Derartiges war bisher eher blasse Theorie: Immerhin hatte der 3. Strafsenat des *BGH* zu einer Zeit, in der die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge⁶³ noch nicht etabliert war, selbst einen Blick in den Inhalt von Urkunden geworfen, deren Nichteinführung unter dem Blickwinkel des § 245 Abs. 1 StPO vermißt worden war, und bekannt, auch bei der gebotenen äußersten Zurückhaltung könne auf dieser Grundlage das Beruhen verneint werden.⁶⁴ Der 2. Strafsenat des *BGH* hatte Sachverständige gehört, um sich auf diesem Weg über den Beweiswert von Faserspuren informieren zu lassen, um solchermaßen instruiert beweiswürdigend den Beruhenszusammenhang zwischen der fehlerhaften Anwendung des Ablehnungsgrundes der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels und dem Urteil verneinen zu können.⁶⁵ Ein letztes Beispiel, in dem die Berücksichtigung allgemeinkundigen Erfahrungswissens durch das Revisionsgericht in die einzelfallbezogene Befragung eines Sachverständigen durch das Revisionsgericht umschlägt, findet sich in einer Entscheidung des 1. Strafsenats des *BGH*⁶⁶: Gerügt worden war dort ein Verstoß gegen § 251 Abs. 4 StPO anlässlich der tatgerichtlichen Beweisführung mittels eines Notarztberichts. Daß der Inhalt dieser Urkunde i.S.v. § 337 Abs. 1 StPO belanglos war, stützt der Senat nicht nur auf seine Analy-

⁶³ Statt aller *Meyer-GoßnerSchmitt* (Fn. 42), § 261, Rn. 38a.

⁶⁴ 3 StR 323/73 (bei *Dallinger* MDR 1975, 369).

⁶⁵ 2 StR 503/92 = NStZ 1993, 395, 396 (dazu: *Hamm* [Fn. 30]).

⁶⁶ 1 StR 634/99 (HRRS, Rn. 4 ff.).

se des Inhalts anhand des gerichtsmedizinischen Schrifttums, sondern auch auf das Ergebnis eines von ihm hierzu eingeholten gerichtsmedizinischen Gutachtens.⁶⁷

⁶⁷ Wörtlich: »Weitere Angaben des Notarztes wären hier eventuell zu der Frage zu erwarten gewesen, ob die von ihm festgestellten Leichen- bzw. Totenflecken bereits ›fixiert‹ oder noch ›verschieblich‹ (wegdrückbar) waren. Insoweit stützt sich die Revision aber auf einen unzutreffenden Ausgangspunkt. Entgegen ihrer Ansicht kann von noch wegdrückbaren Totenflecken nicht darauf geschlossen werden, daß der Tod erst 20-60 Minuten vor der Untersuchung durch den Notarzt (ca. 20.30 Uhr) und mithin nicht zum von der Strafkammer festgestellten Zeitpunkt (durch sofort tödliche Schüsse kurz nach 16.45 Uhr) eingetreten ist. Nach etwa 20 bis 60 Minuten treten Totenflecken überhaupt erst auf. Sie sind dann anschließend zumindest 5 ½ Stunden (nach anderen Beobachtungen sogar bis zu 36 Stunden) lang noch vollständig wegdrückbar (Pohl, Handbuch der Naturwissenschaftlichen Kriminalistik, 1981, S. 366-369; Forster, Praxis der Rechtsmedizin (1986), S. 18-21; Arbab-Zadeh/Prokop/Reimann, Rechtsmedizin (1977), S. 3 f.). Auch im übrigen kann ausgeschlossen werden, daß der Notarzt bei einer Vernehmung in der Hauptverhandlung des Landgerichts Angaben hätte machen können, die über die Darlegungen in der verlesenen Vernehmungsniederschrift hinausgehen und durch die das Gericht bzw. ein medizinischer Sachverständiger den anhand von Zeugenaussagen festgestellten Todeszeitpunkt (etwa 16.45 Uhr) als unwahrscheinlich oder unmöglich beurteilt hätte. Insoweit folgt der Senat den in sich widerspruchsfreien und überzeugenden Ausführungen des vom Senat eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. Eisenmenger. Demnach hätten auch weitergehende Angaben des Notarztes zur Ausprägung und Qualität der Totenflecken, zu ihrer Lage und zudem bei ihrem ›Wegdrücken‹ erforderlichen Druck keine genauere Schätzung des Todeszeitpunktes als ›zwischen 16.15 und 19.45 Uhr‹ ermöglicht. Selbst für den erfahrenen Rechtsmediziner ist es schwer, aufgrund dieser Todeszeichen eine Einschätzung des Todeszeitpunktes vorzunehmen, die den Anspruch erhebt, auch nur auf wenige Stunden exakt zu sein. Die bei dieser Art der Todeszeitbestimmung gegebene ›enorme Variationsbreite‹ beruht u.a. darauf, daß der untersuchende Arzt den mit seinen Fingern entfalteten Druck nicht exakt dosieren und wiedergeben kann. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Totenstarre. Die in dem polizeilichen Vernehmungsprotokoll enthaltenen diesbezüglichen Angaben des Notarztes lassen einen Todeszeitpunkt zwischen 13.30 und 20.00 Uhr zu. Exaktere Schätzungen hätten sich auch nicht treffen lassen, wenn der Notarzt zusätzliche Angaben zur subjektiv empfundenen Graduierung der Starre oder zur Umgebungstemperatur gemacht hätte (vgl. zur großen Variationsbreite bei der Feststellung des Todeszeitpunktes anhand der Graduierung der Totenstarre Henßge/Madea, Methoden zur Bestimmung der Todeszeit an Leichen (1988), S. 106 ff.). Eine zusätzliche Aussage des Notarztes zu sogenannten supra-

Hat das Revisionsgericht damit letztlich die Kompetenz, die prozessuale Überholung von Verfahrensrügen herbeiführen zu können? Wäre – angelehnt an 1 StR 263/12⁶⁸ – folgendes Szenario⁶⁹ denkbar? Der Beschwerdeführer rügt, der Tatrichter sei nicht seinem Beweisantrag nachgegangen, alle 5.000 Geschädigten der angeklagten Betrugsserie zu der Behauptung zu hören, sie hätten sich nicht in einem für die Zahlung ursächlichen täuschungsbedingten Irrtum befunden.⁷⁰ Dies hatte er in einer Weise dargelegt, daß die Beweisantragsqualität seines Vorbringens außer Zweifel steht.⁷¹ Der Tatrichter hatte diese Behauptung als bedeutungslos behandelt, da nach der Lebenserfahrung und der gebotenen Annahme eines normativ geprägten Vorstellungsbildes⁷² vom Gegenteil der Beweisbehauptung auszugehen sei. Der Revisionsrichter verzweifelt ob dieser evident fehlerhaften Begründung des von ihm für richtig gehaltenen Ergebnisses. Er überlegt deshalb, ob er nicht kurzerhand per Fragebogenaktion zur Ressourcenschonung einige Zeugen an-

vitalen Reaktionen und Augenhintergrundveränderungen wäre u.a. wegen der subjektiv getönten Befunderhebung und der schwierigen meßtechnischen Erfassung der Kriterien zu einer genaueren Leichenaltersbestimmung ungeeignet (vgl. Henßge/Madea a.a.O. S. 23 ff., 126/31).« (a.a.O. Rn. 7 f.). Vgl. auch BGH 1 StR 91/04 = HRRS 2005 Nr. 368; BGH 5 StR 534/02 (Beweisbeschluß vom 02.02.2004; HRRS 2004 Nr. 687: freisprechendes Urteil vom 22.04.2004, Rn. 10 ff.).

⁶⁸ HRRS 2013 Nr. 387, Rn. 9 ff.

⁶⁹ Vgl. auch das von Knauer (NStZ 2012, 583, 584) gebildete Beispiel.

⁷⁰ Strukturell gleicht das der BGH 4 StR 252/91 (= BGHSt 38, 111; Volltext über juris abrufbar) zugrundeliegenden Konstellation. Dazu instruktiv gegen gängige Verzeichnungen des Falles Schulz (Fn. 6) S. 245 ff.

⁷¹ Vgl. zum Problem nur Deckers (Fn. 5) Rn. 89 ff.

⁷² Vgl. BGH 1 StR 263/12 = HRRS 2013 N. 387, Rn. 16.

hört, um bei Bestätigung des normativ zu erwartenden Vorstellungsbildes die Revision mit Blick auf § 337 Abs. 1 StPO als offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO) zu verwerfen.⁷³

Um *Basdorf*⁷⁴ zu paraphrasieren: Darf das Revisionsgericht das? Darf es mit Blick auf den Beruhenszusammenhang – im Sinn des erwähnten Festschriftbeitrages *Widmaiers* – eine Art überholende Kausalität initiieren?

⁷³ Der Tatrichter dürfte die Beweisaufnahme womöglich so gestalten (vgl. BGH [Fn. 72] Rn. 18 u.H.a. BGH 5 StR 394/08 = HRRS 2009 Nr. 718, Rn. 14 f.): »Auch in der Sache hätte das Landgericht der beantragten Beweiserhebung nicht nachkommen müssen. Bei einer im Wesentlichen auf eine Zahlungsanforderung beschränkten Erklärung reicht es – wie der Senat in seinem Beschluss vom 9. Juni 2009 bezüglich des Mitangeklagten G. in derselben Sache bereits ausgeführt hat – für einen Irrtum im Sinne des § 263 StGB aus, wenn sich die Empfänger in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befinden, dass die Tarifberechnung in Ordnung sei. Ein differenziertes Vorstellungsbild bei den einzelnen Empfängern der Rechnungen liegt hier fern. Insoweit weicht die Fallkonstellation im vorliegenden Fall von den von der Revision in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9, 11) ab, die von den Geschädigten individuell zu bearbeitende Rechnungen oder Überweisungen zum Gegenstand hatten. Diese Fälle unterscheiden sich von dem hier vorliegenden schon dadurch, dass die Entgeltforderung hier für den jeweiligen Grundstückseigentümer eine wirtschaftlich nicht sehr gewichtige und auch völlig unauffällige Erklärung darstellte. Bei dem einzelnen Empfänger konnte deshalb nur das von dem sachgedanklichen Mitbewusstsein umfasste Vorstellungsbild entstanden sein, dass die Abrechnung jedenfalls nicht betrügerisch sei. Dieses von ihm angenommene und im Wesentlichen normativ geprägte Vorstellungsbild der Empfänger hat das Landgericht zudem erhärtet, indem es mehrere Zeugen einvernommen hat und in deren Aussagen dieses Ergebnis bestätigt fand. Angesichts dieses Befunds – zumal mit Blick auf die abgeurteilte einheitliche Tat – bedurfte es keiner weiteren Aufklärung durch die zusätzliche Vernehmung weiterer Zeugen. Dass das Landgericht in den Urteilsgründen nur die Aussage von drei dieser Zeugen wiedergegeben hat, verstößt nicht gegen §§ 261, 267 Abs. 1 Satz 2 StPO. Das Tatgericht ist nicht gehalten, sämtliche Zeugenaussagen zu dokumentieren.« Diese Problematik hat die Rechtsprechung des BGH im Anschluß an diese Entscheidung wiederholt beschäftigt (2 StR 616/12 (vom 05.03.2014, Rn. 40 [juris]); 3 StR 342/13 = HRRS 2014 Nr. 559, Rn. 24 f.; 3 StR 154/13 = HRRS 2014 Nr. 41, Rn. 12 f.; 4 StR 430/13 = HRRS 2014 Nr. 666, Rn. 17 ff.; 5 StR 510/13 (vom 19.02.2014, Rn. 24 [juris])).

Auslöser dieser Fragestellung⁷⁵ ist eine Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH,⁷⁶ die eine Beweisantragsrüge gegen ein Urteil des LG Braunschweig⁷⁷ dem Beschlußverwerfungsverfahren zuführte. Die hierfür gegebene Begründung ist nach einhelliger Auffassung⁷⁸ – vorsichtig formuliert – beweisantragsrechtlich innovativ. Es wird nie zu enträtseln sein, auf welchem revisionsrechtlich methodisch belastbaren Weg es dem Senat gelungen sein könnte, dem beweisantragsrechtlich gerügten Begründungsmangel des Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO dadurch die Eignung zu nehmen, den Bestand des Urteils zu gefährden, daß er die vom Tatrichter mit unstreitig rechtsfehlerhafter Begründung unterlassene Beweiserhebung nachholte, um wegen deren Ergebnisses nicht etwa den Beruhenszusammenhang (§ 337 Abs. 1 StPO) zu verneinen, sondern zu schließen, aufgrund eines erst hierdurch angeblich offenbar werdenden Rechtsmißbrauches bei der Antragstellung sei dem Tatrichter überhaupt kein i.S.d. § 244 Abs. 6 StPO bescheidungsbedürftiger Beweisantrag vorgelegt worden.⁷⁹

Basdorfs⁸⁰ Ausführungen legen vor dem Hintergrund der Schlußüberlegung des Senats⁸¹ nahe, daß die allein dogmatisch *dem Grunde nach* stringente Ansiedlung dieser Frage in der Beruhensprüfung im Senat nicht durchsetzbar war (§ 349 Abs. 2 StPO).

Ohne Zweifel: Einfach das im Revisionsverfahren nachholen zu können, was der Tatrichter mit rechtsfehlerhafter Begründung unterlassen hatte, mag ei-

⁷⁴ Basdorf NStZ 2013, 186.

⁷⁵ Sie verdient keine oberflächliche Polemik, wie sie sich gleichwohl ansatzweise bei Groß-Bölting (HRRS 2013, 228 ff.) findet.

⁷⁶ 5 StR 444/11 = HRRS 2012 Nr. 516, Rn. 7 ff.

⁷⁷ Vom 21.06.2011 (4a KLS 7/11, Rn. 30 ff [juris]).

⁷⁸ Vgl. Knauer (Fn. 69) S. 583; Trüg StV 2013, 66 ff.; Mosbacher JuS 2012, 705, 707 ff.

⁷⁹ So schon Ventzke StV 2013, 6 in Fn. 2.

⁸⁰ (Fn. 74), S. 187 f.

⁸¹ 5 StR 444/11 = HRRS 2012 Nr. 516, Rn. 13.

nen gewissen Reiz auf manche Revisionsgerichte ausüben. Der Beschwerdeführer erhält das, was er von Anfang an wollte, nämlich die begehrte Beweisaufnahme, und gleichzeitig werden die Ressourcen des Justizsystems geschont.

Bloß: Reicht dies – und mehr kann man für diese Vorgehensweise argumentativ letztlich nicht ins Feld führen⁸² – aus? Daß die Frage zu verneinen ist, legt bereits die an 1 StR 263/12 angelehnte Fallabwandlung nahe: Selbst wenn die Zeugen die Fragen vermeintlich eindeutig beantworteten, bleibe deren Bewertung eine – auch und gerade verfassungsrechtlich verbürgte (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) – klassische Domäne des Tatrichters.⁸³ Deshalb hatte es der 4. Strafsenat des BGH in einem gleichsam spiegelbildlichen Fall auch abgelehnt, sich bei der Prüfung einer Beweisantragsrüge (§ 244 Abs. 4 StPO) mit der Frage zu befassen, ob durch ein von der Verteidigung mit ihr vorgelegtes, den konkreten Fall betreffendes psychowissenschaftliches (Gegen-)Gutachten die Feststellungen und Wertungen des Tatrichters durchgreifend in Frage gestellt werden.⁸⁴

Zudem: Beweisgewinnungsakte des Strengbeweises⁸⁵ unterliegen der Dynamik des Prozesses vor dem Tatgericht. Sie zu rekonstruieren, ist im Beratungszimmer des Revisionsgerichts nicht möglich; es handelte sich um ein steriles Experiment, das die Trennung von tatrichterlichem und revisionsgerichtlichem Verantwortungsbereich zwangsläufig verfehlen müßte.

Und vor allem: Gangbar wäre dieser Weg – bezogen auf die konkrete Schuldfrage des zur Entscheidung des Revisionsgerichts stehenden Verfahrens –

⁸² Das zeigt *Basdorfs* Argumentation (Fn. 74, S. 187 f.) in aller Deutlichkeit, indem er ohne dogmatische Herleitung von einem zulässigen »Freibeweisverfahren im Rahmen der Beruhensprüfung« ([Fn. 74], S. 188) spricht.

⁸³ Mustergültig deshalb die Beruhensprüfung hinsichtlich einer Inbegriffsrüge in *BGH 1 StR 79/13 = HRRS 2013 Nr. 706, Rn. 6.*

⁸⁴ *BGH 4 StR 633/97 = BeckRS 1998, 30009665.*

⁸⁵ Vgl. hierzu auch *Trüg* (Fn. 78), S. 69.

ohnehin nur dann, wenn – wie der Leipziger Senat⁸⁶ nicht verkennt – der Ausnahmefall vorläge, daß »ein eindeutiges, von keiner weiteren gerichtlichen Bewertung abhängiges Beweisergebnis zu erwarten ist«. Was bedeutete es aber, gerade im Bereich des Beweisantragsrechts das Faß aufzumachen und bei unstreitig vorliegendem tatrichterlichem Gesetzesverstoß zur Rettung des Urteils vor einer dies mit Recht angreifenden Verfahrensbeanstandung die Flucht in das Freibeweisverfahren anzutreten? Man müßte eine Kasuistik dazu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Konstellation beweisrechtlich ausnahmsweise zu bejahen wäre.

Das führte auch deshalb in die Irre, weil eine der zentralen Funktionen der Revision, nämlich die der Begründungskontrolle, verfehlt würde. Eine neuere Entscheidung des 5. Strafsenats des *BGH* bestätigt diese Einschätzung eindrucksvoll. Der Beschwerdeführer hatte die Begründung eines Beschlusses gem. § 244 Abs. 6 StPO beanstandet, da in ihm eine Auseinandersetzung mit denjenigen Einwänden unterblieben sei, auf die die Verteidigung – unter Beifügung einer Stellungnahme des nunmehr benannten Sachverständigen zum Erstgutachten – die Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens gestützt hatte (§ 244 Abs. 4 StPO). Der Senat hielt die Rüge für nicht ordnungsgemäß erhoben (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Mit Blick auf die Wiedergabe der Ausführungen des Erstgutachters *im Urteil* (nicht etwa im Ablehnungsbeschluß) sei zu einem (sich erst hieraus ergebenden) Umstand nicht vorgetragen worden, der dem Senat die Möglichkeit eröffnet hätte, gegebenenfalls im Freibeweisverfahren zu klären, ob die von dem Zweitgutachter befürwortete Untersuchungsmethode hier überhaupt anzuwenden gewesen wäre.⁸⁷ Wie dies mit der von demselben Senat⁸⁸ sonst

⁸⁶ (Fn. 76), Rn. 13. Ebenso: *Basdorf* (Fn. 74), S. 188.

⁸⁷ *BGH* 5 StR 340/13 = HRRS 2013 Nr. 905, Rn. 2: »Es bestehen bereits durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der durch den Angeklagten C. erhobenen Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Der von der Verteidigung ursprünglich als »bundesweit tätiger und forensisch versierter Gutachter für Stimmenvergleichsgutachten« bezeichnete, mit der Methode der automatischen Sprechererkennung vertraute, auf den Beweisantrag des

durchaus als überragend bedeutsam angesehenen Angriffsrichtung einer Verfahrensrüge (hier: Begründungs-, nicht Aufklärungsmangel) revisionsrechtlich zu vereinbaren sein soll, bleibt freilich eher dunkel.

Kurzum: Die Etablierung eines revisionsgerichtlichen Freibeweisverfahrens im Kontext der Beruhensprüfung von Beweisantragsrügen verfehlte auf der Ebene der revisionsgerichtlichen Kontrolle gänzlich die Funktion des Beweisantragsrechts: die Gewährleistung des Schutzes des Überzeugungsbildungsprozesses in der Hauptverhandlung (§§ 244 Abs. 2, 261 StPO) vor allzu selbstgewissen (durch die Entscheidung im Zwischenverfahren vorgeprägten) tatrichterlichen Evidenzerlebnissen.⁸⁹

Angeklagten von der Strafkammer dann auch vernommene und nach den einschlägigen Richtlinien gutachtende Sachverständige M. hat als einen wesentlichen gegen die Anwendung der Methode sprechenden Umstand angeführt, dass diese bei kurzen Gesprächen (unterhalb von 30 Sekunden) nicht einsetzbar sei (UA S. 39). Vor diesem Hintergrund hätte die Revision die Länge der in der Hauptverhandlung in Augenschein genommenen Gesprächsmitschnitte mitteilen müssen, um dem Senat die Möglichkeit zu eröffnen, gegebenenfalls im Freibeweisverfahren zu klären (vgl. zur Möglichkeit des Freibeweisverfahrens im Revisionsgerichts zug: BGH, Urteile vom 24. November 1992 – 5 StR 500/92, BGHSt 39, 49, 53; vom 29. April 1997 – 1 StR 511/95, BGHSt 43, 66, 72; vom 17. Dezember 1998 – 1 StR 156/98, BGHSt 44, 308, 312 ff.; vom 30. Juli 1999 – 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164, 166 f.; vom 22. April 2004 – 5 StR 534/02 = HRRS 2004 Nr. 687, NStZ-RR 2004, 270, 271; vom 15. Februar 2005 – 1 StR 91/04 = HRRS 2005 Nr. 368, StV 2005, 374; Beschluss vom 25. April 2012 – 5 StR 444/11 = HRRS 2012 Nr. 516, NJW 2012, 2212, 2213), ob die Methode der automatischen Sprechererkennung nach Art und Länge der Sprechproben und Gesprächsmitschnitte hier anzuwenden gewesen wäre.« Ich war Revisionsverteidiger in dieser Sache. Man wird angesichts des leicht ironischen Untertons der Beschlußbegründung nicht in der Annahme fehlgehen, der Senat habe ein selbstwidersprüchliches Verhalten der Verteidigung geargwöhnt, da der jetzt von ihr kritisierte Erstgutachter just mit Hinweis auf dessen überragende Sachkompetenz von ihr zuvor benannt worden war.

⁸⁸ Zuletzt BGH 5 StR 318/13 = HRRS 2013 Nr. 901, Rn. 6.

⁸⁹ Vgl. zur diesbezüglichen Funktion von Verteidigung Alsberg, Philosophie der Verteidigung (1930), in: Ausgewählte Schriften (1992), S. 323, 328.

Gunter Widmaier hat anlässlich seiner erwähnten Erörterung überholender Kausalität bei Verfahrensrügen der (revisionsgerichtlich bewirkten) Herbeiführung abweichender Prozeßstatsachen eine eindeutige Absage erteilt. Lapidar führte er aus: »Veränderungen im tatsächlichen Bereich, die zeitlich nach dem angefochtenen Urteil liegen, vermögen deshalb (nicht) zur Verneinung der Beruhensfrage zu führen.«⁹⁰

Die Untersuchung der bei der Beruhensprüfung in beweisanspruchsrechtlichen Fällen anzustellenden Überlegungen hat die Richtigkeit seines Urteils bestätigt.

⁹⁰ *Widmaier* (Fn. 31), S. 393, 395.

ANDREAS MOSBACHER

Perspektiven des Beweisantragsrechts – Der spezielle Beweiserhebungsanspruch als Anspruch auf Teilhabe am Prozess der Wahrheitsfindung

I. Einleitung

1. Ausgangspunkt

Das Beweisantragsrecht legt als Ausgleich zur starken Stellung des Gerichts bei der Wahrheitsermittlung im reformierten Inquisitionsprozess fest, in welchem Umfang die anderen Prozesssubjekte durch Beweisanträge auf das Beweisprogramm des Gerichts Einfluss haben können¹. Die Funktion des Beweisantragsrechts besteht im Kern darin, den übrigen Verfahrensbeteiligten eine *Teilhabe am Prozess der Wahrheitsfindung* in der Hauptverhandlung zu sichern, indem das Gericht in bestimmten Fällen gezwungen werden kann, Beweise zu erheben, die es von sich aus nicht erheben will. Es geht also um die Mitgestaltung des tatsächlichen Verfahrensstoffs, der als Inbegriff der Hauptverhandlung zur Grundlage der richterlichen Erkenntnis wird. Diese Einflussnahme beschränkt sich auf die Tatsachengrundlage der Überzeugungsbildung des Gerichts; nicht erfasst wird davon der Vorgang der Überzeugungsbildung selbst (vgl. § 261 StPO).

¹ Becker, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2009), § 244 Rn. 1 m.w.N.

2. Der spezielle Beweiserhebungsanspruch

Das Beweisantragsrecht lässt sich, wie *Alsberg* in seiner Schrift »Der Beweisantrag im Strafprozess« näher ausgeführt hat, als Summe derjenigen Regeln lesen, die Voraussetzung und Grenzen eines speziellen strafprozessualen Beweiserhebungsanspruch formulieren². Dieser spezielle Beweiserhebungsanspruch geht über den allgemeinen Beweiserhebungsanspruch der Verfahrensbeteiligten, der durch die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts formuliert wird (§ 244 Abs. 2 StPO), hinaus. Beweisantragsrecht und Sachaufklärungspflicht sind nicht deckungsgleich³.

Der allgemeine, aus der Amtsaufklärungspflicht herrührende Beweiserhebungsanspruch setzt keine weiteren Aktivitäten der Verfahrensbeteiligten voraus. Anders der spezielle Beweiserhebungsanspruch: Die Befugnis, eine Beweiserhebung zu verlangen, muss in Form eines Beweisantrags ausgeübt werden, um den speziellen Beweiserhebungsanspruch zulässig geltend zu machen. Dass die Strafprozessordnung die Geltendmachung des speziellen Beweisantragsrechts – schon vom *Reichsgericht* als das wichtigste aller Rechte in der Hauptverhandlung bezeichnet⁴ – an eine bestimmte Form knüpft, macht eine der besonderen Schwierigkeiten dieses Rechtsgebiets aus.

3. Fragestellungen im Beweisantragsrecht

Insoweit stellen sich insbesondere folgende Fragen: Welche Anforderungen stellt man an diese Form? Muss etwa der Antragsteller neben einem bestimmten Beweismittel und einer bestimmten Beweistatsache weitere Angaben zur Beziehung zwischen Beweismittel und Beweistatsache machen (sog.

² *Alsberg/Nüse*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 2. Aufl. (1956), S. 61 ff.

³ Näher *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl. (1983), S. 29 ff. m. w. N.

⁴ RGSt 22, 335, 336; *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 3), S. 371 m.w.N.

»Konnexität« oder gar »erweiterte Konnexität«)? Was ist, wenn die Verfahrensbeteiligten die Form nicht beherrschen? Muss das Gericht aus Fürsorgegründen eine wohlwollende Auslegung praktizieren oder gar auf eine sachgerechte Antragsstellung hinwirken? Inwieweit ist die Bewertung der Form für die revisionsgerichtliche Überprüfung von Bedeutung?

Ganz andere Fragen stellen sich bei der inhaltlichen Begrenzung des speziellen Beweiserhebungsanspruchs. *Alsberg* unterschied in inhaltlicher Hinsicht zwischen grundlegenden Voraussetzungen des Beweiserhebungsanspruchs (Beweiserheblichkeit der Tatsache und Möglichkeit ihrer Erhebung), der Hemmung des Beweiserhebungsanspruchs (etwa durch Beweisverbote, Offenkundigkeit, Wahrunterstellung oder Erwiesenheit) und dem Verbrauch des Anspruchs (durch Erhebung des Beweises)⁵. Hinzu kam nach seiner Auffassung das Verbot der Beweisantizipation als Grundbedingung eines Rechtsanspruchs auf Beweiserhebung⁶.

Eine dritte Gruppe von Fragen stellt sich im Zusammenhang mit der Entscheidung von Beweisanträgen. Der formgerechte Beweisantrag führt nach der gesetzlichen Konzeption entweder zur begehrten Beweiserhebung oder zur einem begründeten Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO), der den Antragsteller darüber informiert, aus welchem gesetzlichen Grund der Beweis nicht erhoben werden soll. Fraglich ist insoweit, welche Begründungstiefe bei der Beweisantragsablehnung verlangt wird, ob und unter welchen Voraussetzungen das Gericht seine Einschätzung des Ablehnungsgrundes ändern darf und hiervon Mitteilung geben muss (Problem der Kontinuität, auch in Hinblick auf den späteren Urteilsinhalt) und ob die Äußerungen des Gerichts in seiner Ablehnungsbegründung darüber hinaus möglicherweise relevante Vertrauenstatbestände schaffen.

⁵ Vgl. *Alsberg/Nüse* (Fn. 2), S. 63 ff.

⁶ *Alsberg/Nüse* (Fn. 2), S. 77 ff.

Eine vierte Gruppe von Fragen dreht sich um die Behandlung des Beweisantragsrechts in der Revisionsinstanz: Wie und von wem kann eine Verletzung des speziellen Beweisantragsanspruchs gerügt werden? Wie muss die durch § 337 Abs. 1 StPO vorgesehene Beruhensprüfung in diesem Fall aussehen?

Aus der Perspektive des Beweisantragsrechts als eines Rechts auf Teilhabe an der Gewinnung der tatsächlichen Grundlagen der richterlichen Überzeugungsbildung sollen nachfolgend drei aktuelle Fragestellungen im Beweisantragsrecht untersucht werden:

Das Problem der Wahrunterstellung bei späterer Bedeutungslosigkeit, das Problem der Rügebefugnis des Nichtantragstellers und das Problem der irreführenden Begründung bei der Ablehnung eines Beweisermittlungsantrags.

II. Die Untersuchung einzelner Fragestellungen

1. Wahrunterstellung und spätere Bedeutungslosigkeit

a) Ein Beispiel

In einer Hauptverhandlung werden eine Vielzahl von Zeugen gehört. Es geht um den Vorwurf der Steuerhinterziehung durch Verwendung von Scheinrechnungen und Einschaltung vorgeblicher Subunternehmer. Der Angeklagte stellt die Vorwürfe in Abrede. Im Zentrum der Verteidigungsbemühungen steht u. a. das Bemühen, die Glaubwürdigkeit der Belastungszeugen (mutmaßlich Scheinrechnungssteller) zu erschüttern. Anknüpfungspunkte hierfür gibt es zahlreiche, denn bei den Zeugen handelt es sich – nicht untypisch in diesem Bereich – um Drogen- und Alkoholabhängige, Kleinkriminelle oder Minderbemittelte. Nachdem ein derartiger Zeuge gehört wurde, beantragt die Verteidigung, einen Zeugen zum Nachweis der Tatsache zu hören, dass der Belastungszeuge früher in bestimmte, im Einzelnen bezeichnete kriminelle Machenschaften verwickelt war, weshalb seinen Angaben kein Glaube

geschenkt werden könne. Das Gericht unterstellt die Beweistatsache als wahr.

Variante 1): Im Rahmen der Schlussberatung kommt das Gericht zum Ergebnis, dass den Angaben des Zeugen aus anderen Gründen nicht zu glauben und die als wahr unterstellte Tatsache deshalb ohne Bedeutung ist.

Variante 2): Das Gericht glaubt diesem Zeugen und meint, dass er früher in kriminelle Machenschaften verstrickt sei, sei für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit seiner jetzigen Aussage aus im einzelnen benannten Gründen ohne Bedeutung.

Der Angeklagte rügt in beiden Fällen eine fehlerhafte Ablehnung seines Beweisantrags, denn das Gericht hätte die Beweistatsache tatsächlich als bedeutungslos ablehnen müssen.

Es handelt sich, wie *Karlheinz Meyer* in der 5. Auflage des *Alsberg/Nüse/Meyer* schreibt, um den praktisch häufigsten Fall der Wahrunterstellung überhaupt, nämlich betreffend Indiztatsachen, bei denen von vorneherein fraglich ist, ob das Gericht daraus irgendwelche Schlussfolgerungen zugunsten des Angeklagten ziehen wird, und auf die es für die Entscheidung im Ergebnis daher möglicherweise nicht ankommt⁷.

b) Gesetzlicher Ausgangspunkt

Nach der gesetzlichen Konzeption schließen sich die Ablehnungsgründe der Wahrunterstellung und der Bedeutungslosigkeit aus. Das Gericht darf einen Beweisantrag mittels Wahrunterstellung nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO nur ablehnen, wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr. Weil die Ablehnung eines Beweisantrags spätestens bis zum Abschluss der Beweisaufnahme zu erfolgen hat, kann die Einschätzung

⁷ *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 3), S. 667.

des Gerichts von der Erheblichkeit der Beweistatsache allerdings stets nur eine vorläufige sein. In der Schlussberatung kann sich ergeben, dass die als wahr unterstellte Tatsache nach der aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpften Überzeugung, die sich auch auf die Plädoyers und das letzte Wort des Angeklagten bezieht, für die Entscheidung des Gerichts unerheblich ist. Bei der Behandlung eines Beweisantrags ist häufig nicht ohne weiteres absehbar, ob die Beweistatsache im Zusammenhang mit weiteren Beweiserhebungen oder Erklärungen der Verfahrensbeteiligten von Belang ist oder nicht. Manchmal ergibt sich für das Gericht etwa erst aus dem Plädoyer des Verteidigers, weshalb dieser im Rahmen seiner Verteidigungsstrategie Wert auf eine bestimmte Beweistatsache legt.

c) Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Aus allen diesen Gründen liegt nach der bisherigen st. Rspr. des RG und des BGH in der Wahrunterstellung nicht die Zusage des Gerichts, die Beweistatsache auch im Urteil als erheblich anzusehen, sondern nur die Einschätzung, es handele sich nach gegenwärtigem Stand um eine potentiell erhebliche Tatsache. Schon das Reichsgericht hat hierzu im 65. Band der amtlichen Sammlung ausgeführt⁸:

»Im Laufe der Verhandlung lässt sich vielfach noch kein endgültiges Urteil darüber fällen, welche einzelnen Tatsachen erheblich, das heißt geeignet seien, in Verbindung mit anderen Tatsachen den gesetzlichen Tatbestand zu erfüllen oder seiner Erfüllung den Boden zu entziehen oder die Strafbarkeit auszuschließen oder zu vermindern oder zu erhöhen oder einen Beitrag für die Zumessung der Strafe zu liefern oder den Schluss auf eine Tatsache zu begründen, der eine der zuvor benannten Wirkungen zukommt. Deshalb kann die Ablehnung eines Beweisantrags auf die Unerheblichkeit der behaupteten Tatsache nur gestützt werden, wenn das Gericht schon zur Zeit seiner EntschlieÙung über den Antrag da-

⁸ RGSt 65, 322, 330.

von überzeugt ist, dass ein Zusammenhang zwischen der behaupteten Tatsache und dem abzuurteilenden Ereignis überhaupt nicht besteht, oder dass diese Tatsache ungeachtet eines solchen Zusammenhangs die zu treffende Entscheidung keinesfalls zu beeinflussen vermag.

Die Voraussetzung der Wahrunterstellung ist anders geartet. Sie greift auch Platz, solange mit der Möglichkeit eines von der behaupteten Tatsache ausgehenden Einflusses auf die Entscheidung gerechnet wird. Als ihr Grund dient die Erwägung, dass es überflüssig ist, Beweis zu erheben, wenn das Gericht entweder dem Vorbringen des Angeklagten ohne weiteres Glauben beimisst oder dieses als unwiderlegbar ansieht. Ergibt sich dann nach Schluss der Verhandlung bei der Urteilsfindung, dass der als wahr unterstellten Behauptung keine Bedeutung für die Entscheidung zukommt, dass sie also unerheblich ist, so ist doch das Gericht nicht verbunden, die Verhandlung wieder zu eröffnen und den Beteiligten seine Erkenntnis von der Unerheblichkeit der Tatsache zu offenbaren oder die Tatsache trotz dieser Erkenntnis in den Urteilsgründen als erheblich gelten zu lassen.«

Im Ergebnis hat der Tatrichter damit – wie *Karlheinz Meyer* schreibt – die Wahl, ob er den Beweisantrag schon in der Hauptverhandlung wegen Unerheblichkeit der (Indiz-)Tatsache ablehnt oder die Tatsache zunächst als wahr unterstellt und erst im Urteil erklärt, dass es auf sie für die Entscheidung nicht ankommt⁹. Der Antragsteller kann deshalb nicht darauf vertrauen, dass das Gericht die wahrunterstellte Beweistatsache auch im Ergebnis als belangvoll behandelt. Indes ist nicht zu verkennen, dass diese Rechtsprechung zum Missbrauch einlädt, nämlich dazu, schon frühzeitig als belanglos bewertete Tatsachen als wahr zu unterstellen, um später dann auf die schon vorher ins Auge gefasste Bedeutungslosigkeit auszuweichen. Zweck eines solchen Manövers kann es sein, dem Antragsteller gerade nicht den bei dem Ablehnungsgrund der Unerheblichkeit von der Rspr. des BGH geforderten »Blick

⁹ *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 3), S. 592.

ins Beratungszimmer«¹⁰ zu öffnen (siehe Variante 2: insoweit ist nicht ersichtlich, was sich geändert haben sollte). Hinzu kommen die hohen Begründungsanforderungen im Falle der Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit¹¹ und das Erfordernis, bei einer Vielzahl von Beweisanträgen deren Gesamtheit für die Beurteilung der Bedeutungslosigkeit in den Blick zu nehmen¹², während im Fall der Wahrunterstellung ein Satz zur Begründung der Antragsablehnung genügt.

d) Kritik

Die Kritik der überwiegenden Auffassung im Schrifttum zweifelt schon am Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung und hält die Wahrunterstellung nur dann für möglich, wenn das Gericht von der Erheblichkeit der Beweistatsache im Zeitpunkt der Antragsbescheidung überzeugt ist¹³. Konsequenterweise wird dann verlangt, dass das Gericht den Beweisantrag neu bescheiden muss, wenn es später auf die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache abstellen will. Tatsächlich sprechen für die u. a. von *Fischer* und *Becker* vertretene Auffassung gewichtige systematische und teleologische Argumente sowie der Wortlaut von § 244 Abs. 3 StPO. Ausführlich und überzeugend wurde diese Kontroverse zuletzt von *Hartmut Schneider* im Gedenkheft der NStZ für *Gunter Widmaier* abgehandelt¹⁴.

¹⁰ *Widmaier* StraFo 2006, 437.

¹¹ Vgl. BGH NStZ-RR 2007, 84, 85; 2012, 255 = HRRS 2007 Nr. 46.

¹² BGH NStZ-RR 2010, 211 = HRRS 2011 Nr. 161; BGH NStZ 2013, 478 = HRRS 2013 Nr. 457.

¹³ Vgl. *Fischer*, in: KK-StPO, 6. Aufl. (2008), § 244 Rn. 187.

¹⁴ *Schneider* NStZ 2013, 215 ff. mit umfassenden Nachweisen zu den einzelnen Positionen.

e) Die (inkonsequente) Weiterentwicklung der Rechtsprechung

Eine neuere Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH¹⁵, die an die Ausreißerentscheidung BGHSt 30, 383 anknüpft (in der es im Kern weniger um Fragen des Beweisantragsrechts als um Hinweispflichten entsprechend § 265 StPO wegen veränderter Tatzeit ging¹⁶), scheint nun das Ende der bisherigen Rechtsprechung einzuläuten.

In dieser Entscheidung heißt es zur Frage der Hinweispflicht:

»Auf einen dahingehenden Hinweis darf jedoch ... jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn es naheliegt, dass der Angeklagte wegen der Wahrunterstellung davon absieht, Beweisanträge zu einem Thema zu stellen, das mit der als wahr unterstellten Tatsache im Zusammenhang steht und das – im Gegensatz zu dieser Tatsache – für die Entscheidung möglicher Weise von Bedeutung ist.«

Dies wird in den meisten Fällen der späteren Bedeutungslosigkeit zunächst als wahr unterstellter Tatsachen naheliegen, es sei denn, die Entscheidung des Gerichts beschwert den Angeklagten ohnehin nicht, weil er sein Beweisziel aus anderen Gründen erreicht (siehe Variante 1).

Angesichts der Konstruktion des Ablehnungsgrundes der Wahrunterstellung durch die Rechtsprechung kann der Angeklagte bisher gerade nicht darauf vertrauen, dass die als wahr unterstellte Tatsache belangvoll bleibt. Er ist letztlich nur im Vertrauen darauf geschützt, dass nicht das Gegenteil der Beweistatsache Grundlage der Überzeugungsbildung des Gerichts wird. In der Konsequenz führt die neue Rechtsprechung des 3. Strafsenats dazu, dass die Grundlage der bisherigen Rechtsprechung beseitigt wird. Damit scheint indes das Pferd von hinten aufgezäumt. Einerseits vorauszusetzen, der Angeklagte könne auf den Bestand der Wahrunterstellung nicht vertrauen, um andererseits aufgrund Vertrauensschutzes Hinweispflichten beim Absinken

¹⁵ BGH StV 2012, 580 = HRRS 2012 Nr. 556.

¹⁶ Vgl. Schneider NStZ 2013, 215, 219.

der Wahrunterstellung zur Bedeutungslosigkeit zu postulieren, verträgt sich nicht¹⁷. Schlüssiger erscheint es, den Ausgangspunkt aufzugeben und zwischen Bedeutungslosigkeit und Wahrunterstellung eine verlässliche Schranke einzuziehen.

f) Perspektive des Beweisantragsrechts als eines Rechts auf Teilhabe

Dafür spricht letztlich auch die Perspektive des Beweisantragsrechts als eines Rechts auf Teilhabe an der Gestaltung der tatsächlichen Grundlagen richterlicher Überzeugungsbildung. Der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schränkt die Teilhabemöglichkeiten des Antragstellers aus Gründen ein, die weder im Beweismittel selbst noch in anderen äußeren Umständen liegen, sondern in einem inneren Wertungsakt des Gerichts, nämlich seiner Überzeugungsbildung. Wie oben kurz angesprochen beschränkt sich ja die Einflussmöglichkeit des Teilhaberechts auf die tatsächlichen Grundlagen der Überzeugungsbildung des Gerichts und betrifft nicht die Überzeugungsbildung selbst. Soll nun der innere Vorgang der Überzeugungsbildung Einfluss auf die eigentlich vorgelagerte Frage haben, in welchem Umfang ein Anspruch auf Mitwirkung an den tatsächlichen Grundlagen der Überzeugungsbildung besteht, ist es nur recht und billig, das Gericht dazu zu verpflichten, diesen inneren Vorgang offenzulegen. Das ist der Preis dafür, dass das Gericht überhaupt aufgrund der Art und Weise seiner Überzeugungsbildung (auf die der Antragsteller keinen Einfluss hat) berechtigt ist, bestimmte Beweise vom Beweiserhebungsanspruch auszuschließen. Der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit stellt sich letztlich als gravierendste Einschränkung des Teilhaberechts dar, die ihren Grund nur in der Sphäre des Gerichts hat und jedem Einfluss des Antragstellers entzogen ist. Die Überzeugungsbildung des Gerichts darf aber dem Antragsteller nicht jede Chance darauf abschneiden, die tatsächlichen Grundlagen der Überzeugungsbildung zu beein-

¹⁷ Ausführlich hierzu *Schneider* NStZ 2013, 215, 219 ff.

flussen und dadurch mittelbar auf den Vorgang der Überzeugungsbildung selbst einzuwirken. Nur wenn das Gericht schon in der Verhandlung den Gang seiner Überzeugungsbildung offenlegt, kann der Antragsteller in die Lage versetzt werden, auch hierauf Einfluss zu nehmen, um weiter effektiv an der Gestaltung der tatsächlichen Grundlagen mitwirken zu können.

2. Die Rügeberechtigung des Nichtantragstellers

a) Ausgangspunkt: Die bisherige Rechtsprechung

Seit der Entscheidung des Reichsgerichts RGSt 67, 180 hat die höchstrichterliche Rspr. vertreten, dass auch derjenige die rechtswidrige Ablehnung eines Beweisantrages in der Revision rügen kann, der den Antrag weder gestellt noch sich ihm angeschlossen hat. Voraussetzung hierfür soll lediglich sein, dass das Beweisbegehren auch in seinem Interesse lag¹⁸. Im Jahr 1998 formuliert der 3. Strafsenat des BGH:

»Außer dem Antragsteller ist zur Anfechtung jeder Verfahrensbeteiligte berechtigt, der durch die einen Beweisantrag ablehnende Gerichtsentscheidung beschwert ist. Das sind auch diejenigen Prozessparteien, deren Interessen mit denjenigen des Antragstellers so erkennbar übereinstimmen, dass das Gericht auch ihnen gegenüber zur rechtlich einwandfreien Behandlung des Beweisantrags verpflichtet war.«¹⁹

Dies wird bei Beweisanträgen von Mitangeklagten angenommen, wenn der Beweisantrag gemeinschaftliches Verteidigungsvorbringen enthält²⁰ und der Nichtantragsteller deshalb davon ausgehen konnte, dass über den Antrag

¹⁸ Vgl. BGHSt 32, 10, 12; BGH bei Pfeiffer NStZ 1981, 96; BGH Urt. v. 28. 1. 1975 – 1 StR 569/74;

¹⁹ BGH StraFo 1998, 375, 376.

²⁰ BGH Urt. v. 8. 10. 1974 – 1 StR 463/74.

auch zu seinen Gunsten entschieden wird²¹. Teilweise wurde auch in dem Prozessverhalten ein stillschweigender Anschluss an den Antrag des Beweis-antragstellers gesehen²². So hatte das Reichsgericht schon in RGSt 58, 141 (und RGSt 64, 30, 32) zwar entschieden, dass sich der Nichtantragsteller auf den Beweisantrag eines anderen grundsätzlich nicht berufen kann, es sei denn, er habe ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck gebracht, dass er sich dem Beweisantrag des Mitangeklagten anschließe²³. Hierfür genügte es dem Reichsgericht aber, wenn der Nichtantragsteller durch sein Verhalten in irgendeiner Art und Weise erkennen ließ, dass er mit dem Beweisantrag einverstanden ist, und wenn er nach Lage der Sache erwarten durfte, dass der Tatrichter den Beweisantrag auch zu seinen Gunsten würdigen werde²⁴. Einen stillschweigenden Anschluss an den Antrag sah das Reichsgericht schon dadurch gegeben, dass ein Erweis der Beweistatsache rechtsnotwendig auch zum Freispruch des Mitangeklagten geführt hätte und sich die Verteidigung des Mitangeklagten in die gleiche Richtung bewegte (Freispruchsantrag).

b) Neuere Entwicklungen

Der 5. und ihm folgend der 3. Strafsenat des BGH haben im Jahr 2011 angedeutet, dass sie an dieser Rechtsprechung nicht mehr festhalten wollen²⁵. Nach Auffassung des 5. und ihm folgend des 3. Strafsenats liegt es näher, den Revidenten in diesem Fall auf die Möglichkeit der Aufklärungsrüge zu

²¹ BGH Urt. v. 28. 1. 1975 – 1 StR 569/74; vgl. auch RGSt 67, 180, 183.

²² Vgl. BGH NJW 1952, 273.

²³ RGSt 58, 141.

²⁴ RGSt 58, 141.

²⁵ BGH StraFo 2011, 280 = HRRS 2011 Nr. 633; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Rüge-recht 4 = StV 2011, 711 (LS) = HRRS 2011 Nr. 765.

verweisen, die einen weitergehenden Revisionsvortrag verlangt. Eine nähere Begründung enthalten die beiden Entscheidungen insoweit nicht.

c) Perspektive des Beweisantragsrechts als Rechts auf Teilhabe

Aus der Perspektive des Beweisantragsrechts als Anspruch auf Teilhabe an der Mitgestaltung der Tatsachengrundlage für die richterliche Überzeugungsbildung erweisen sich die beiden neuen Judikate als richtig.

Kern der Verletzung des Beweisantragsrechts ist die Verletzung des Beweiserhebungsanspruchs des Antragsberechtigten. Voraussetzung des Entstehens dieses Anspruchs ist, dass er in der Form des Beweisantrags geltend gemacht wird. Jeder antragsberechtigten Verfahrensbeteiligte kann selbst entscheiden, ob er einen solchen Antrag stellt und damit seinen Beweiserhebungsanspruch geltend macht oder nicht. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch folgende Erwägung: Hat ein Mitangeklagter einen Beweisantrag mit für alle Mitangeklagten günstiger Beweistatsache gestellt und haben sich die übrigen dem Beweisantrag nicht ersichtlich angeschlossen, nimmt dieser aber nunmehr seinen Beweisantrag zurück, müsste das Gericht auf der Grundlage der bisherigen Rspr. wegen der gleichlautenden Interessenslage weiterhin verpflichtet sein, den zurückgenommenen Beweisantrag gegenüber den Mitangeklagten zu bescheiden, obwohl diese selbst überhaupt keine Anträge gestellt haben. Das kann nicht richtig sein, weil ein nach § 244 Abs. 6 StPO bescheidungspflichtiger Antrag nicht mehr vorliegt.

Zutreffend ist deshalb, die Nichtantragsteller auf den Amtsaufklärungsgrundsatz zu verweisen, deren Verletzung sie unabhängig von jeder eigenen Beweisantragstellung mit der Revision rügen können, wozu sie aber dann auch anders in der Revision vortragen müssen. So deutet es auch schon das Reichsgericht in der anfangs genannten Grundsatzentscheidung RGSt 67, 180 an, wenn es dort heißt: »...die Beschwerdeführer und ihre Verteidiger konnten, ohne sich ausdrücklich dem Antrag anschließen zu müssen, erwar-

ten, dass das Gericht aufgrund seiner Aufklärungspflicht den Antrag auch im Interesse der Beschwerdeführer würdigen werde...«²⁶

3. Fehlerhafte Bescheidung eines Beweisermittlungsantrags und »irreführende Prozesslage« – Fall Schreiber

a) Der Fall

Die Perspektive des Beweisantragsrechts als Teilhaberecht kann vielleicht auch bei der Beurteilung einer Konstellation helfen, die folgendem Fall des BGH zugrunde lag:

Der Angeklagte Schreiber wurde vom LG wegen Steuerhinterziehung in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte Schreiber den Finanzbehörden Provisionszahlungen aus den Jahren 1988 bis 1993 in Höhe von mehr als 64 Mio. DM verschwiegen. Nach Auffassung des LG hatte der auch in Kanada lebende Schreiber in diesen Jahren sein Welteinkommen in Deutschland zu versteuern.

Ein auf Beweiserhebung gerichteter Antrag der Verteidigung zielte darauf ab, mit einer Vielzahl von Zeugen nachzuweisen, dass sich Schreiber jeweils mehr als sechs Monate pro Jahr in Kanada aufgehalten habe. Die Staatsanwaltschaft beanstandete den Antrag, weil die Beweisbehauptungen teils zu unbestimmt seien und teilweise bloße Beweisziele enthielten. Das LG wies den Antrag wegen rechtlicher Bedeutungslosigkeit der Beweistatsachen zurück. In der Begründung des Beschlusses verwies es darauf, dass es unter den gegebenen Umständen aufgrund einer »Rückfallklausel« nach dem Doppelbesteuerungsabkommen mit Kanada für die Steuerpflicht in Deutschland unerheblich sei, wo Schreiber in den betreffenden Jahren gelebt habe.

²⁶ RGSt 67, 180, 183.

b) Die Lösung des BGH

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hob das Urteil teilweise auf, weil eine Verfahrensrüge des Angeklagten in Zusammenhang mit der geschilderten Antragsablehnung Erfolg hatte²⁷. Die Argumentation des BGH lässt sich kurz wie folgt zusammenfassen: Rechtlich bedeutungslos waren die unter Beweis gestellten Tatsachen nicht, weil das LG das Doppelbesteuerungsabkommen falsch verstanden hat. Auf der rechtsfehlerhaften Ablehnung des Antrags beruht das Urteil auch.

Soweit, so nachvollziehbar. Überraschend sind die nunmehr folgenden Ausführungen des BGH. Denn im Folgenden heißt es, es würde zum selben Ergebnis führen, wenn man den Antrag nicht als Beweisantrag, sondern wegen der Unbestimmtheit der Beweisbehauptungen im Einklang mit der Auffassung der Staatsanwaltschaft nur als Beweisermittlungsantrag ansieht. Zwar könne die Zurückweisung eines Beweisermittlungsantrags die Revision nur dann begründen, wenn das Tatgericht seine Aufklärungspflicht verletzt habe, was das Revisionsgericht aus seiner Sicht prüfe. Hieran ändere die Ablehnung des Beweisermittlungsantrags in Form der Bescheidung eines Beweisantrags nicht. Habe allerdings das Tatgericht durch die Behandlung des Antrags als Beweisantrag und die unzutreffende Begründung der Bedeutungslosigkeit eine »irreführende Prozesslage« geschaffen, führe dies auch dann zum Erfolg der Revision, wenn unter Aufklärungsgesichtspunkten eine rechtsfehlerfreie Ablehnung des Antrags möglich gewesen wäre. Durch die falsche Behandlung als Beweisantrag sei dem Angeklagten die Möglichkeit genommen worden, den Antrag so nachzubessern, dass er die Qualität eines Beweisantrags erlangt. Hinzu komme, dass das LG den Antragsteller durch die fehlerhafte Behandlung des Antrags auch im Unklaren darüber gelassen habe, welches Gewicht das Gericht den auf Grund der bisherigen Beweisauf-

²⁷ BGH NStZ 2012, 577 (1 StR 633/10, Urt. v. 6. 9. 2011) = HRRS 2011 Nr. 1142.

nahme erlangten Anhaltspunkten für eine Ansässigkeit des Angeklagten in Deutschland beimesse.

c) Perspektive des Beweisantragsrechts als eines Rechts auf Teilhabe

Einfach ist der Fall, wenn es sich um einen Beweisantrag gehandelt haben sollte, denn dann war die Entscheidung des BGH ohne weiteres richtig. Gehen wir deshalb davon aus – wofür auch einiges spricht –, dass es sich nicht um einen Beweisantrag, sondern um einen Beweisermittlungsantrag gehandelt hat.

Zur Abschichtung der einzelnen Problembereiche kann wieder die Perspektive des Beweisantragsrechts als Teilhaberecht dienen. Von diesem Blickwinkel aus wird deutlich, dass (jenseits der Amtsaufklärungspflicht) der Rechtsfehler offensichtlich nicht im Unterlassen einer gebotenen Beweiserhebung liegt, denn mangels Beweisantrag im eigentlichen Sinne war der Beweiserhebungsanspruch nicht zulässig geltend gemacht.

So gesehen geht es im Kern weniger um eine Beweisantragsrüge als vornehmlich um die Äußerung einer falschen Rechtsauffassung des Gerichts, die Einfluss auf das Verhalten der übrigen Prozessbeteiligten haben kann. Zurück geht diese Rechtsprechung auf eine Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH aus dem Jahr 1996, in der allerdings die entsprechende Verfahrensrüge (Ablehnung eines als Beweisantrag gestellten Beweisermittlungsantrags mit der unzutreffenden Begründung, ohne Angabe von Geburtsort und Geburtsdatum könne keine Anfrage beim BZR und AZR getätigt werden) gerade keinen Erfolg hatte. Der BGH führt 1996 dazu aus:

»Hat, wie hier, der Tatrichter mit unzutreffenden Erwägungen begründet, warum er eine – rechtlich nach Aufklärungsgesichtspunkten zu beurteilende – Beweiserhebung nicht für erforderlich hält, kann dies auch dann zum Erfolg der Revision führen, wenn eine rechtsfehlerfreie Begründung desselben Ergebnisses möglich gewesen wäre. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass durch den (unzutreffenden) Inhalt der Begründung hinsichtlich der Bedeutung der Beweiser-

hauptung eine »irreführende Prozesslage« geschaffen worden sein kann, die auf das Verteidigungsverhalten Einfluss gehabt haben kann.«²⁸

Richtig verortet ist das Problem deshalb nicht im Beweisantragsrecht, sondern im Anspruch auf ein faires Verfahren. Ein faires Verfahren erfordert, dass alle Verfahrensbeteiligten auf die Rechtslage und Äußerungen des Gerichts und die dadurch geschaffene Verfahrenslage vertrauen können²⁹. Erteilt das Gericht eine Belehrung, muss diese richtig sein, ansonsten liegt ein Fairnessverstoß vor³⁰.

Gerade bei dem Ablehnungsgrund der rechtlichen Bedeutungslosigkeit besteht nun die Gefahr, dass das Gericht falsche Rechtsauffassungen äußert, auf deren Richtigkeit die Verfahrensbeteiligten zu Unrecht vertrauen. Durchgreifen wird dieser Rechtsfehler in der Revision immer dann, wenn der Antragsteller plausibel machen kann, dass er im Vertrauen auf die falsche Rechtsauskunft des Gerichts über die Erheblichkeit bestimmter Tatsachen naheliegende Antragsstellungen unterlassen hat, die möglicher Weise zu einem anderen Ergebnis geführt hätten. Dann ist auch in der Regel die Verteidigung durch einen Gerichtsbeschluss in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt unzulässig beschränkt worden (§ 338 Nr. 8 StPO). Eine solche Rüge erfordert schon ihrer Natur nach einen anderen Vortrag als die Rüge eines Verstoßes gegen das Beweisantragsrecht. Der Revisionsführer, der – wie hier durch die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft – schon damit rechnen muss, dass seinem Antrag vielleicht die Qualität als Beweisantrag abgeht, kann die falsche Ablehnung seines Beweisermittlungsantrags nicht nur als Verletzung der Aufklärungspflicht, sondern auch als Fairnessverstoß rügen, wenn er plausibel machen kann, dass er durch die rechtsfehlerhaften Äußerungen des Gerichts in seinem Verteidigungsverhalten beeinträchtigt

²⁸ BGH NStZ-RR 1997, 41.

²⁹ Esser, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2013), Art. 6 EMRK Rn. 241.

³⁰ LR/Esser (Fn. 29), Art. 6 EMRK Rn. 242.

wurde. Soweit zur systematischen Einordnung des Gesichtspunkts »Schaffung einer irreführenden Prozesslage durch Äußerung falscher Rechtsansichten bei der Antragsablehnung wegen rechtlicher Bedeutungslosigkeit«.

Ein ganz anders »Fass« macht der 1. Strafsenat hingegen mit der Bemerkung auf, durch die Behandlung des Beweisermittlungsantrags als Beweisantrags habe das Gericht dem Antragsteller die Chance der Nachbesserung seines Antrags hin zu einem »richtigen« Beweisantrag genommen. Diese Bemerkung dürfte nur im Zusammenhang mit der bereits aus anderen Gründen angenommenen »irreführenden Prozesslage« berechtigt sein. Denn der 1. Strafsenat wollte sicher nicht sagen, dass es regelmäßig durchgreifend rechtsfehlerhaft wäre, einen Beweisermittlungsantrag als Beweisantrag zu behandeln, weil der Antragsteller dadurch in die Irre geführt und an einer Nachbesserung seines Antrags gehindert wird. Einer solchen Rechtsauffassung stünde die Judikatur wohl aller Strafsenate des BGH aus den letzten Jahrzehnten entgegen.

Die Verantwortung dafür, dass es sich bei seinem Antrag um einen Beweisantrag im Rechtssinne handelt, trägt der Antragsteller (jedenfalls wenn er rechtskundig ist oder von einem Rechtskundigen beraten wird). Wählt der Antragsteller äußerlich die Form eines Beweisantrags für sein Begehren, kann es nicht falsch sein, darauf in der Form des § 244 Abs. 6 StPO und mit den Gründen aus § 244 Abs. 3 bis 5 StPO zu antworten. Handelt es sich statt um einen Beweisantrag lediglich um einen Beweisermittlungsantrag, hat sich der Antragsteller selbst der irreführenden Form bedient, nicht das Gericht. Der 1. Strafsenat des BGH hat im Jahr 1993³¹ ebenso wie der 3. Strafsenat des BGH im Jahr 2008³² sogar vertreten, dass ein Antrag, der bewusst als Beweisantrag gestellt wurde, in der Form des § 244 Abs. 6 StPO zu bescheiden ist.

³¹ BGH StV 1994, 172.

³² BGH NStZ 2008, 109 = HRRS 2007 Nr. 1076.

Es bleibt deshalb dabei, dass die fehlerhafte Bescheidung des Beweisermittlungsantrags grundsätzlich nur als Verstoß gegen die Aufklärungspflicht gerügt werden kann, es sei denn, die Ablehnungsbegründung enthält ausnahmsweise falsche Rechtsauffassungen, die das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten erkennbar beeinflussen. Dann liegt jedoch kein Verstoß gegen Beweisantragsrecht, sondern gegen das Recht auf ein faires Verfahren vor, der entsprechend gerügt werden muss.

III. Zusammenfassung

Die Perspektive des Beweisantragsrechts als Recht auf Teilhabe am Prozess der Wahrheitsermittlung fördert eine differenzierte Analyse neuerer Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Beweisantragsrecht. Das Ergebnis ist nicht einheitlich. Die Untersuchung zeigt Tendenzen teils hin zu einer Stärkung des Teilhaberechts (Wahrunterstellung und Bedeutungslosigkeit), teils hin zu einer klareren Abgrenzung der Teilhaberechte (Rügemöglichkeit des Nichtrevidenten) und kann bei der systematischen Verortung der Wertungsgesichtspunkte eine wichtige Aufgabe leisten (Fall Schreiber). Die Entwicklung bleibt spannend. Umso bedauerlicher ist, dass Gunter Widmaier, der viel zur Entwicklung des Beweisantragsrechts in seiner jetzigen Form beigetragen hat, diese nicht mehr miterleben und mitgestalten kann.

3. Perspektiven der Strafverteidigung

THOMAS FISCHER

Perspektiven der Strafverteidigung – aus Richtersicht^{*}

I. Perspektiven

Ich habe mich sehr darüber gefreut, dass ich von den Veranstaltern gefragt worden bin, ob ich bereit sei, zum Gedenken an Gunter Widmaier einen kleinen Beitrag zum Thema »Perspektiven der Strafverteidigung« beizusteuern. Dies als Richter zu tun, erfordert den Hinweis auf zwei Einschränkungen:

Zum einen auf die Erkenntnis, möglicherweise oder wahrscheinlich nicht wirklich zu wissen, über was man spricht; jedenfalls: es nur vermuten, nicht aber auf ein Gefühl tatsächlichen Erlebens stützen zu können. Deshalb müssen Darlegungen von Richtern über die Tätigkeit von Strafverteidigern wohl notwendig in einem Bereich des Beschreibenden bleiben.¹ Und auch dann ist Zurückhaltung angebracht, damit nicht ein unangenehmer Unterton des Belehrenden in den Vordergrund schwingt: Indem etwa überwiegend dargelegt wird, was ein »guter« Strafverteidiger zu tun und ein »schlechter« zu lassen habe. Da geht es den Verteidigern wie den Richtern und beiden wie der bösen Stiefmutter im Märchen: Sie betrachten sich gern im Spiegel; aber allzu viele fremde Wahrheiten möchten sie nicht hören.

* Geringfügig erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verf. am 28. September 2013 in Berlin im Rahmen des Symposiums zum Gedenken an den Strafverteidiger *Gunter Widmaier* gehalten hat.

¹ Vgl. auch *Fischer*, Strafverteidigung aus der Sicht des Richters – Rückblick und Aussicht, *Strafverteidiger* 2014, S. 47 ff.

Zum anderen auf die Erkenntnis, dass Erläuterungen von Richtern über »Strafverteidigung« in der Regel ebenso viel und oft mehr über die (oder jedenfalls den jeweils sprechenden) Richter aussagen werden als über die Strafverteidiger. Das liegt in der Natur der Sache und beruht darauf, dass sich uns die *Wahrheit* und die Tatsachen der Welt nicht einfach offenbaren, sondern dass wir sie im Erkennen und Sprechen konstruieren: Jeweils einzigartig und jeweils neu. Unsere Sinnesorgane sind keine Datenschnittstellen, und unser Gehirn ist kein Rechner.

Die Hirnforschung, die Strafruristen beunruhigt, weil sie befürchten, das Schuldprinzip könne ihnen abhanden kommen, kann uns gerade insoweit wieder beruhigen: Wahrheitserkenntnis ist – zumindest auch – eine Funktion von Erinnerung, und Erinnerung ist – zumindest auch – eine Funktion von Emotion: Wer eine depressive Erkrankung hat, leidet unter Gedächtnisschwierigkeiten. Wem die *Hippocampi*, also Teile des für die Gefühlsentstehung zuständigen limbischen Systems, entfernt wurden, entwickelt eine schwere anterograde Amnesie, kann sich also nichts Neues mehr merken (der Rückgriff auf alte Inhalte bleibt erhalten). Daraus ergibt sich: Wie Gefühle, Erinnerung und Sprache sind Tatsachenerkenntnis und Wirklichkeitsvermutung höchstpersönliche Leistungen.

Dies anzuerkennen, fällt gerade Juristen vermutlich besonders schwer, obwohl ihre Berufswelt geradezu übervoll ist von beeindruckenden Beispielen dafür. Denn sie sind von Berufs wegen auf der Spur der *Wahrheit*: Sie suchen sie, fürchten sie, verteidigen sie, bestreiten sie, usw. Sie haben scheinbar komplexe, bei näherem Hinsehen ziemlich anspruchslose, alltagstheoretische Modelle und Erklärungsmuster für eine – angebliche – »Konstruktion« von Wahrheit entwickelt. Höhepunkt dieser Theorie ist eine Unterscheidung in »wirkliche« und »forensische« Wahrheit. Die Unterscheidung zwischen beidem ist die Heimat der Strafprozessordnung: Sie fordert, bekämpft, begünstigt, erschwert sie – alles zugleich, je nach Blickwinkel.

Auf der Klaviatur der professionellen Blickwinkel konnte – in unserer Profession – kaum jemand sich so kenntnisreich, phantasievoll, kreativ, tiefgründig

bewegen wie *Gunter Widmaier*. Man kann dafür in seinen Schriften wie in den eigenen Erinnerungen an Zusammenreffen mit diesem beeindruckenden und faszinierenden Juristen eine Vielzahl von Belegen finden. Ich will hier nur einen zitieren, der von meinem Thema scheinbar relativ weit entfernt ist: Das von *Widmaier* selbst verfasste Neunte Kapitel des von ihm auch herausgegebenen Handbuchs der Strafverteidigung, das den Titel trägt: »Die Hauptverhandlung im Blickwinkel der Revision«. Dieses nur etwa 70 Seiten lange Kapitel gehört nach meiner Ansicht zum Besten, was in der Strafprozessrechts-Literatur geschrieben wurde. Es ist für Strafverteidiger unverantwortlich, in Hauptverhandlungen zu gehen, ohne das Kapitel sorgfältig gelesen zu haben. Und es ist für Strafrichter ziemlich wenig verantwortlich, Hauptverhandlungen zu führen, ohne *Widmaier* gelesen und *im Kern* verstanden zu haben.

Ich meine damit nicht die Demonstration der Stoffbeherrschung, die das Kapitel bietet. Sie ist wunderbar und muss weder gelobt noch beteuert werden. Sie steht in krassem Gegensatz zu einer heute geläufigen Flut nachahmender »Praktiker-Literatur«; die aus den jeweils »aktuellen« Einzelfällen angebliche Regeln filtert und nach systematisch schwankenden Kriterien darbringt – mit dem Effekt, dass wirkliches Verständnis kaum entstehen kann, weil Komplexität nur *vorgetäuscht* wird.

Wer den genannten Text *Widmaiers* liest, der mit den überraschenden und programmatischen Worten beginnt:

»Der Titel des Kapitels täuscht. Im Blickwinkel der Hauptverhandlung steht die Hauptverhandlung«,

erlangt stattdessen *wirkliche* Kenntnis und Vorstellung von dem überaus komplexen Zusammenspiel von Verfahren und Wirklichkeit, Interesse und Blickwinkel, normativem Rahmen und praktischer Begrenztheit. Auch *Widmaier* weiß natürlich – wie jeder – nicht alles darüber, aber beeindruckend viel: Wohl mehr als die meisten Strafverteidiger, und mehr auch als die Richter, die ihm in den Jahrzehnten seiner Tätigkeit als Revisions-Strafverteidiger

ihre mal herablassenden, mal geschmeichelten Belehrungen haben zuteil werden lassen.

Was will ich damit sagen? Dass *Gunter Widmaier* uns ein Vorbild sein kann in der Anstrengung, die Perspektiven unserer Professionen wirklich zu durchdringen und zu verstehen und auf dieser Grundlage zu synthetisieren. Wenn wir über Rechtskultur und Rechts-»Wissenschaft« sprechen und nicht nur über normativ verbrämte und mit den eingebildeten Kleidern des Kaisers verhüllte Macht, muss dies die Mindestanforderung sein: Den Blickwinkel wechseln zu *wollen* und zu *können*, die Dinge und Verhältnisse im Sinne eines *Weberschen* »Idealtypus« zu betrachten, den »unermesslichen Strom des Geschehens« – selbst wenn es sich nur um das vergleichsweise unbedeutende Rinnsal des Strafprozesses in Deutschland handelt – in seinen einzelnen, widersprüchlichen, hart gegensätzlichen, mit Sinn erfüllten Bedingungen wahrzunehmen, und gerade in der reflektierten Beschränkung auf hochspezifische Blickwinkel ein rationales Bild der Gesamtheit zu gewinnen.

II. Standorte

Über die Perspektive der Strafverteidigung kann man nichts sagen, ohne den Standpunkt anzugeben, von welchem aus man diesen Blick entwerfen möchte. Das ist banal; deshalb ist das populäre Vortragsthema nach der »Perspektive von ...«² vorrangig die Frage nach einer Bestimmung des eigenen Standorts, nach einer Beschreibung der Vorzüge oder Beschwerneisse, des heute Erreichten oder Unerträglichen. »Perspektiven« lassen sich entwickeln, wenn man den Status bestimmt oder zumindest hypothetisch beschrieben hat.

Ein Revisionsrichter hat nach Herkunft, Ausbildung und Erfahrung in der Regel eine nur geringe eingeborene Kompetenz zur Bestimmung der »Per-

² Diesem oder jenem: der Strafverteidigung, des Revisionsrechts, des Opferschutzes usw. usf.

spektive der Strafverteidigung«. Die Vorstellung, Strafjustiz und Strafverteidigung drehen an den Rädern derselben Maschine und dienen derselben Sache, mag zutreffen, wenn man den Abstraktionsgrad der Beschreibung nur hoch genug wählt, etwa als soziologische Beschreibung eines Systems. Unterhalb dessen ist sie aber oft vorschnell und verdeckt mehr als sie erhellt. Strafjustiz ist staatliche Machtausübung; Strafverteidigung ist ein Schutzschild des Bürgers vor dieser Macht.

Das sagt nichts über *reale* Machtverhältnisse in der Lebenswirklichkeit und im Einzelfall aus: Selbstverständlich kann Strafverteidigung – auch der einzelne Strafverteidiger – »mächtiger« sein als das konkret zuständige Gericht oder als der Staatsanwalt: durch Kenntnis, Ressourcen, politischen Willen. Die Erfahrung solcher Macht-Umkehrung ist geeignet, die Wahrnehmung zu verzerren: Wie der Polizeibeamte, der im Vorzimmer des Vorstandsbüros einer Gesellschaft abgefertigt wird, der man mit »Compliance« nicht mehr zu kommen braucht, mag der Richter oder Staatsanwalt, der jemals in ein große Räderwerke zu greifen versucht, am Schmerz dieser Wirklichkeit verbittern. Das führt, in beiden Fällen, zu einer geduckten Haltung – nicht nur der Resignation und Anpassung, sondern auch des unterdrückten Rachebedürfnisses. Es findet sein Ventil dort, wo die eigene Macht ausreicht. Es fördert auch die Bereitschaft, den Staat im ewigem Notstand zu wähen.

Dies ändert freilich nichts am Grundsatz, oder darf es nicht. Der Satz »Strafverteidigung ist Kampf«³ ist kein – zu einer Art »Staatsnotwehr« legitimierendes – Ausscheren aus einer vorgeblich gemeinsamen Verpflichtung von Justiz und Strafverteidigung, Verbrecher angemessen zu bestrafen.⁴ Er ist

³ Hans Dachs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. (2005), S. 6 (Rn. 1).

⁴ Vgl. BGHSt (Großer Senat) 50, S. 40, 54 ff. = HRRS 2005 Nr. 310: Die dort dargestellte Bedrohung der Gesamtrechtsordnung – diese vertreten durch die Strafprozessordnung – durch eine »Haltung«, einen »Sinn« oder eine »Richtung« der heutigen Strafverteidigung als solcher erscheint mir frei erfunden. Das dargestellte »Gefühl« jedenfalls kann weder objektiviert noch belegt werden.

vielmehr eine Selbstverständlichkeit in einem rechtsstaatlichen System, in welchem der Staat um der Grundrechte seiner Bürger willen existiert und verwirklicht werden muss. Daher ist auch die Rede vom »Supergrundrecht Sicherheit« eine recht unernsthafte Verdrehung: Nicht die Freiheitsrechte der Bürger sind unter dem Vorbehalt ihrer Sicherheit zu definieren, sondern umgekehrt die Sicherheits-Anforderungen aus dem Blickwinkel der Freiheit. Der Staat hat keine allgemeine Legitimation, seine Bürger für das Rechtsgut »private Sicherheit« in Anspruch und in die Pflicht zu nehmen. Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen gesetzlicher Grundlagen; sie sind, wie diese selbst, am Maßstab der Grundrechte zu messen. Diese Grundannahmen der bürgerlichen Revolutionen drohen unterzugehen im Geschrei über Systemrelevanzen, Krieg gegen unsterbliche Gegner⁵ und das hieraus angeblich resultierende Erfordernis, Sicherheit der Rechtsgüter mittels totaler Kontrolle herzustellen.

Strafverteidigung hat hier, wie die Strafjustiz, einen klaren Platz und eine klare Aufgabe: Sie steht auf der Seite des Einzelnen, des Beschuldigten, des Bürgers, gegen die letztlich unbeschränkte Macht des Staats. Ein Staat, der das nicht aushält, gibt seine Legitimation als Rechtsstaat auf; Strafverteidiger, die es nicht aushalten, erfüllen ihre Aufgabe unzureichend.

⁵ Wir haben uns, anders als viele annahmen, tatsächlich daran gewöhnt, was bei *George Orwell* im Roman 1984 (im Jahr 1948) wie eine literarische Zuspitzung klang: Dass eine immerwährende Gefahr im Dunkeln bestehe; dass die Grenze zwischen Krieg und Frieden verschwimme; dass Verbrechensgefahren, die wir mittels des Strafrechts identifizieren und bekämpfen wollen, ins Unermessliche wachsen: »Geldwäsche«, »Internationaler Terrorismus«, »weltweiter Drogenhandel«, und hierdurch Ewigkeitscharakter erlangen wie die Mittel der »Bekämpfung« selbst: Seit 50 Jahren fehlt immer gerade noch die letzte Strafnorm oder Durchsuchungsanordnung, um den Drachen zu besiegen. Die Erkenntnisse über die NSA-Aktivitäten und den weltweiten Aufbau bislang unvorstellbarer vernetzter Kontrollapparate haben das Rhema auf eine neue Stufe gehoben.

Das Maß der Gemeinsamkeiten und die Übereinstimmung der Aufgabenstellung zwischen Justiz und Strafverteidigung halten sich daher in Grenzen. Vereinnahmungen und Verbrüderungen sind unangebracht, mögen sie auch menschlich verständlich und entlastend sein in konfliktbezogenen Berufen. Zugleich ist damit die Erkenntnis verbunden, dass das gegenseitige »Verstehen« begrenzt ist, die Standorte einander fern bleiben, und dass die Fähigkeit eingeschränkt ist, Handlungsmöglichkeiten, Motive und Bewertungen der jeweils anderen Seite zu verstehen. Banal gesagt: Richter wären keine besseren Strafverteidiger, Strafverteidiger keine besseren Richter. Deshalb sollte das Maß, in welchem sie sich gegenseitig gute Ratschläge zur Berufsausübung geben, sich auf Grundregeln der Form beschränken, denen beide durch Verfahren verpflichtet sind: Offenheit, Klarheit, Fairness.

Vielleicht sehen dies viele Richter anders, gerade auch in Strafsenaten des Revisionsgerichts. Dem liegt – nach meiner Ansicht – eine »déformation professionnelle« zugrunde, eine Verkennung aus unreflektiertem Interesse. Eine Kultur der *Belehrung* über stets einseitig definierte »Anforderungen« und einer auf ein imaginäres Modell der »Fortbildung« fixierten Diskussion ohne echte Auseinandersetzung unterstellt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, wie auch immer, die »richtige« Perspektive eigentlich stets schon *kennt*, Strafverteidigung diese entweder noch *lernen* müsse oder per definitionem gar nicht lernen *wolle*. Diese These *unterschätzt* die Komplexität der Dinge und *überschätzt* banale, unzuverlässige und normativ belanglose Parameter, insbesondere aber auch die Komponente der Macht.

Tatsächlich wird das Verfahrensrecht nicht nur zwischen Justiz und Verteidigung, sondern auch *innerhalb* dieser Gruppen ständig verhandelt, ausgehandelt und fortentwickelt.⁶ Die Neigung der Justiz, diese eigentlich banale Tat-

⁶ Die Strafsenate des BGH sind in einer Vielzahl von Rechtsfragen unterschiedlicher Ansicht. Nur wenige spektakuläre Dissense werden offenbar; so etwa die weit auseinanderstrebende Rechtsprechung zum Schadens-Begriff oder die evident widersprüchliche Rechtsprechung zum Verfallsgegenstand im Sinne von

sache nach außen zu leugnen und im Inneren zu übersehen, führt zu der gelegentlich penetranten Haltung der »Besserwisserei«, die sich letztlich auf nichts anderes stützt als auf die Macht der eigenen Rechtssprüche. Das ist eine Art »Föhring«-Perspektive. Sie ist von Herablassung geprägt, die keinen inhaltlichen Grund braucht. Für Strafverteidiger ist es, strukturell, aber auch individuell-biografisch, nicht selten schwierig, damit umzugehen

III. Strafprozess

Die Wirklichkeit der Strafverteidigung ist zurzeit vor allem und weiterhin von einer Frage bestimmt oder abhängig: Nach welchem Verfahrensrecht wird ein Ergebnis angestrebt und erzielt? Wie ist das Verhältnis von Absprache-Verfahren und Normal-Verfahren? Dies ist, nach der Regelung durch den Gesetzgeber und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Mai 2013, die *bestimmende* Frage; in diesem alles bestimmenden Schatten stehen die Fragen nach Opferschutz und Beweisantragsrecht, Rügepräklusion und Befangenheitsrecht, Beschleunigung und Eingriffsbefugnissen.

Ich habe mich zum Thema Absprache und insbesondere zur »informellen« Umgehung der hierfür geltenden Regeln schon oft geäußert und meine Ansichten seither nicht geändert. Eine Kritik dahin, dass sich dem Gesetzesgehorsam verpflichtete Richter eigentlich schämen müssten, gezielt nach »Tricks« zur Umgehung des offenkundigen Willens des Gesetzgebers zu er-

§ 73 StGB. Über solche Rechtsunsicherheit klagen die Strafverteidiger zu recht. Ihre Klage ist freilich zweifach vergiftet: Zum einen bejammern sie stets nur die ihrem *Interesse* widersprechende Ansicht; zum anderen fordern sie eine autoritative »Linie des BGH«, die sie bei nächster Gelegenheit wieder als »obrigkeitsstaatlich« geißeln. Wissenschaft und Rechtsprechung können sich auf Strafverteidigung nicht ansatzweise »verlassen«. Wer das (und die Gründe dafür) leugnet, hat wenig verstanden. Wer es bestätigt, muss Konsequenzen ziehen.

sinnen⁷, wurde vor wenigen Jahren noch als Ausdruck der Ungeeignetheit für ein Beförderungsamtsamt gewertet. Diese Rechtsfrage wurde inzwischen geklärt.⁸ Im Übrigen haben das BVerfG und ihm folgend der Bundesgerichtshof entschieden, dass bewusste Umgehungen des § 302 Satz 2 StPO mit der Verfassung unvereinbar sind⁹; das Bundesverfassungsgericht hat die Staatsanwaltschaften aufgefordert, gegen Missachtungen des Verfahrensrechts vorzugehen¹⁰; entsprechende informelle Vereinbarungen begründen ohne weiteres die Revision¹¹; Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger, die an illegalen Deals mitwirken, setzen sich dem Risiko der Strafverfolgung gem. § 339 StGB aus.¹²

1.

Wir haben uns daran gewöhnt, bestimmte Thesen über die Realität, die Ursachen und die Folgen von Absprachen fast unhinterfragt zugrunde zu legen und zu übernehmen. Sie haben mit der Perspektive der Strafverteidiger ebenso zu tun wie mit derjenigen der Strafrichter, der Rechtspolitik und – zuletzt – des Revisionsrechts. Ich möchte hier beispielhaft nur zwei zentrale Thesen nennen:

- Absprache und Informalität seien Ergebnis einer ständig steigenden Belastung der Gerichte (und Staatsanwaltschaften);

⁷ *Fischer* ZRP 2009, 49, 50 f.

⁸ Vgl. VG Karlsruhe DRiZ 2012, 206 ff.

⁹ BVerfG, Urt. v. 19. März. 2013 (2 BvR 2628/10), Rn. 98 ff. = HRRS 2013 Nr. 222; BGH, Urteil vom 10. Juli 2013 – 2 StR 195/13, BGHSt 58, 310 (m. Anm. Radtke NStZ 2013, 669).

¹⁰ BVerfG (Fn. 9), Rn. 92 f.

¹¹ 2 StR 195/13.

¹² Vgl. *dazu Fischer*, Gedächtnisschrift für Manfred Seebode, 2014.

- Absprachen seien Ergebnis einer Ausuferung des materiellen Strafrechts, dessen (tatbestandliche) Grenzen so unscharf geworden seien, dass die Rechtspraxis zu informellen Einigungen mindestens angehalten werde.¹³

So hat *Rainer Hamm* kürzlich ausgeführt:

»Am wichtigsten ist die ... These über die Entwicklung des materiellen Strafrechts als Hauptursache für den durch ›Deals‹ regulierten Überdruck der Strafjustiz. So lange diese materiellen Ursachen nicht reduziert werden, wird immer so etwas wie ein justizphysikalisches Naturgesetz seine Wirkung entfalten. Wie sich in der realen physikalischen Welt das Wasser immer einen Weg des geringsten Widerstandes sucht, um von oben nach unten zu fließen (...) wird auch die Strafjustiz immer ein Mittel finden, die durch die Erscheinungsformen moderner Straftatbestände stetig steigende Prozessmasse zu bewältigen.«¹⁴

Ich möchte – probeweise und in der Hoffnung, dass dies als Teil eines in der Sache engagierten Dialogs angesehen wird – beiden genannten Thesen widersprechen:

Anschließen an den Text von *Hamm* findet sich im selben Heft des Strafverteidiger ein Beitrag des Vorsitzenden Richters am Landgericht Frankfurt am Main *Erhard*: »Sind aus Sicht der Praxis nach dem Verständigungsurteil des BVerfG Reformen des Strafprozessrechts erforderlich?«. Dort findet sich eine Passage über den tatsächlichen Druck auf Tatrichter, die ich im Ausschnitt wörtlich zitieren will:

»Wenn Tatrichter einem Anforderungsdruck ausgesetzt sind, der objektiv und subjektiv an ihre Grenzen geht, drohen nicht nur Fehlentwicklungen im Kontext von Verfahrensabsprachen. E drohen vermehrt fehlerhafte Urteils. Es droht aber

¹³ Diese These hat auch *Franz Salditt* in seinem Referat zumindest teilweise vertreten.

¹⁴ *Hamm StV* 2013, 654, 655.

auch zunehmende Ungleichheit vor dem Gesetz. Kein Strafrichter wird sich eingestehen, dass das Maß der Rückstände, die er hat, einhergeht mit mildereren Urteilen und häufigeren Einstellungen. Es werden immer die Sachgründe (...) sein, die den Ausschlag geben (...) Leider ist es nun mal das Fatale, das unbewusst Verführerische am Beruf des Strafrichters, dass man in schwierigeren Fällen häufiger Bewährung gibt, Einlassungen für nicht widerlegbar erachtet oder Verfahren einstellt. Nun könnte man meinen, dass gegen etwas mehr Milde nichts einzuwenden sei (...) Es besteht aber die Gefahr, dass es gerade die Beschuldigten in schwierigen Verfahren sind, die davon profitieren (...) Eine solche Asymmetrie kann niemand wollen.»

Dies ist eine eindrucksvolle Darlegung der Perspektive und Bedrängnisse eines Richters, der sich ersichtlich nach besten Kräften bemüht, die Vielzahl gleichzeitiger Anforderungen zu erfüllen und überhaupt zu verstehen, die an ihn gestellt werden. Ich habe keinen Zweifel daran, dass seine Darstellung subjektiv zutrifft und dass die hier genannten Argumente in vielen Fällen handlungsmotivierend sind. Gleichwohl möchte ich ihr eine eigene These gegenüberstellen. Sie lautet:

Die Justiz ist nicht überlastet. Sie *fühlt* sich überlastet. Dies ist kein Resultat ausufernder Strafverteidigung. Die Justiz hat kein Kapazitätsproblem, sondern ein Legitimitätsproblem und ein (individuelles) Freiheitsproblem.

a.

Überlastung der Justiz wird beklagt, seit es staatliche Justiz gibt. Wir können sie im gemeinen Recht nachlesen, bei Feuerbach, im Reichsrecht, in der Deutschen Richterzeitung 1914 und 2014. Die Justiz ist, aus ihrer Sicht, *immer* »überlastet«. Warum ist das so? Es liegt gewiss nicht daran, dass Justiz-

angehörige fauler, langsamer oder selbstmitleidiger wären als andere.¹⁵ Vielmehr speist sich das Überlastungs-Erleben aus zwei Quellen: Zum einen aus der politischen und gesellschaftlichen Missachtung, welche dem Justiz-System entgegen gebracht wird.¹⁶ Zum anderen aus der Sache selbst, welche die Justiz betreibt:

Sie hat streitig zu entscheiden, was wahr ist und was gelogen, was richtig ist und was falsch. Ein *wenig* mehr Mühe, ein Quantum mehr Zeit, Hinwendung, Interesse oder Einfühlung könnte vielleicht das Ergebnis ändern. Das weiß jeder Richter. Wir wissen nicht *wirklich* ganz genau, wie es gewesen ist. Aber wir müssen uns entscheiden, früher oder später, und endgültig. Denn

¹⁵ Eher dürfte das Gegenteil der Fall sein. Die Bedingungen, unter denen die Justiz – erstaunlicherweise immer noch: gut, gründlich, schnell und mit hoher Akzeptanz – arbeitet, sind teilweise katastrophal. Personaleinsparungen bis zur absoluten Grenze der Belastbarkeit (bei »Anpassung« der Gerichtsverfassung an die Haushaltsslage), Ausgliederung von Service-Einheiten, Bibliotheken auf einem Stand, der nur mehr als beschämend bezeichnet werden kann, usw. sind nur Stichworte aus einem breiten Katalog der Umstände, die seit Jahrzehnten kontinuierlich zu Lasten der Justiz verschlechtert worden sind. Hinzu kommt eine Besoldungspolitik, welche die Angehörigen des höheren Justizdienstes systematisch zunächst als so genannte »Besserverdienende«, sodann als »privilegierte Arbeitsplatzinhaber« gegenüber anderen Einkommengruppen benachteiligte.

¹⁶ Stichwort: »Knappe Ressource Recht« – als handle es sich um eine Wohltat, die der Staat aus einem zu begrenzenden Vorrat schöpft und unter die Armen verteilt. An der Ressource Geld kann es kaum liegen: Die Etats der Justizministerien des Bundes und der Länder liegen konstant zwischen ein und zwei Prozent des Gesamthaushalts. Sie gelten gleichwohl notorisch als überzogen und dringend kürzungsbedürftig; Justizminister, die *Kürzungen* verhindern, gelten schon als überdurchschnittlich »erfolgreich«. Die technische, organisatorische und personelle Ausstattung aller Staatsanwaltschaften und Gerichte eines großen Flächenbundeslandes wie z. B. Bayern (Haushaltsgesetz 2013/2014) – darf jährlich etwa *halb* so viel (570 Mio. €) kosten wie der Ausbau der Kindertagesstätten (1.330 Mio €); das sind immerhin 130 Mio. € weniger als die Elbphilharmonie und 2.000 Mio. Euro weniger als ein bekannter deutscher »Groß«-Flughafen.

danach kommt nur noch die Gewalt: der Henker, der Vollstrecker, der Anstaltspsychologe.

aa. Wir tun Menschen, die wir als Verbrecher identifiziert haben, die größtmögliche als legitim angesehene Gewalt an: Wir sperren sie über lange Zeit, nicht selten gar für *unabsehbare* Zeit, in einen Raum, dessen Größe und Ausstattung sich nach der *Untergrenze* der Menschenwürde bestimmt und anhand dieses Maßstabs gelegentlich neu bemessen wird.¹⁷ Wir vollziehen damit gewaltsame Eingriffe in Güter, die nach unserer Auffassung jeder Mensch hat und haben muss: Bewegungsfreiheit, Lebensgestaltungsfreiheit, Selbstbestimmung.¹⁸ Das ist ein ziemlich furchtbares, jedenfalls gewalttätiges Tun. Es unterscheidet sich, auch wenn wir uns dies aufgrund der Entfernung, in der es stattfindet¹⁹, gern vorgaukeln, letztlich nicht substantiell davon, den Verbrecher seines Körpers, seiner physischen Existenz zu berauben – einen Finger für den Meineid; eine Hand für den Raub – oder seine Unversehrtheit anderweitig zu verletzen, etwa durch Brandmarken, Prügeln, Kahlscheren.

¹⁷ Ebenso wie etwa die Fragen, ob die Notdurft in einem abgetrennten Teil des Raums verrichtet werden darf, ob jüdische und muslimische Gefangene Schweinefleisch essen müssen, ob Gefangene einen Wasserkocher oder einen Laptop besitzen dürfen und welches Maß an Außenkontakt als minimaler Kompromiss zwischen Vollzugsziel und Sicherheitsanforderungen geboten ist.

¹⁸ Das gleichmäßige Vorhandensein des Gutes »Bewegungsfreiheit« bzw. des menschenrechtlichen und tatsächlichen Anspruchs darauf ist die Quelle des Freiheitsentzugs *als Strafe*. Das gilt für die Freiheit wie für die körperliche Unversehrtheit; nicht für Geld, Kraftfahrzeuge oder Erlaubnisse. Der Entzug von Gütern, die *nicht* jeder hat, kann nicht allgemein und abstrakt angedroht und auch kaum rational verglichen werden.

¹⁹ Der Fall ist abgeschlossen, wenn der Urteil geschrieben und die Zählkarte ausgefüllt ist. Der Rest findet fernab im Nebel statt; man begegnet ihm allenfalls wieder als »Vorstrafenakte«. Solche Routinisierungen und Abstumpfungen sind individuell nicht vorwerfbar; sie sind Resultat eines Systems, in dem sich Verhältnis von Öffentlichkeit und Verborgenheit des Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens im Laufe von 300 Jahren vollständig umgedreht hat.

bb. Dass wir dies tun, ohne daran als einem barbarischen Akt selbst zu leiden, gilt uns als »Praxis-Härte«, professionelle Routine, Pflicht. Auch dieses Ertragen hat mindestens zwei Quellen: Eine soziale, eine normative.

Die soziale Quelle ist überwiegend banal. Es ist pure Sozialadäquanz; Gewöhnung; die Platzierung der Justiz in den Bereich allgemeiner Verwaltung. Das Unerhörte wird zum Alltag der Erledigung²⁰; hinzu kommen die Ferne und Fremdheit des Vollzugs. Strafrichter schreiten daher – wenn sie sich nicht lächerlich machen wollen – bei uns in der Regel nicht mehr umher wie die finsternen Herren des Schicksals. Durchschnittlich sind sie vielmehr weiblich, fahren den Zweit-SUV der Familie, scherzen vor der Verhandlung mit den Beteiligten und müssen um 16 Uhr die Kinder abholen.

Die normative Quelle mag man – alles dies probeweise, wie gesagt! – aus dem Blickwinkel *Foucaults* betrachten: Man richtet sich ein. Auch in den Kellern der Vernichtungshaft und den Zellen der Inquisition gab es Vertrauen, Gewöhnungen, vermutlich auch Weihnachtsfeiern, gute und schlechte Tage, und Momente der Geborgenheit im Unglück.

Wir können das Ergebnis ertragen, weil das auf außerordentlich breitem und tiefem Fundament gewachsene *Verfahrensrecht* uns eine Stütze bietet: So darf das Ergebnis nur sein, weil und wenn es in *diesem* Verfahren hergestellt wurde. Die Wahrheit gilt uns heute nichts, wenn sie erfoltert wurde, oder wenn sie dadurch ans Licht kam, dass dem Beschuldigten ein Mikrofon unters Bett geschmuggelt wurde.

²⁰ Jeder Straf-Richter und Staatsanwalt kennt dies: Bereits nach kurzer Zeit der Berufstätigkeit sinken die beantragten oder ausgeworfenen Strafmaße zu bloßen *Rechnungsgrößen* herab, als deren Bezugssystem nicht vorrangig das Freiheitsinteresse der Betroffenen, sondern das Vergleichssystem der Straf-Zumessung erscheint. Die Lebenswirklichkeit der Strafe ist von Richtern meist ebenso weit entfernt wie vom Normalbürger, und man muss bewusste Anstrengungen unternehmen, um sich ihrer Realität zu versichern.

Stimmt das? Sind wir sicher? Glauben wir an ein Recht des Räubers, des »Mörders« und des Betrügers, mit sich allein zu sein, zu sich selbst über sich zu sprechen, seinem Spiegelbild die Tat zu gestehen, ohne dass wir »zugreifen« auf diese (angebliche) Entäußerung des Bösen?²¹ Ich gestehe: Ich weiß es nicht genau, und mir scheint, als ob auch die so genannte herrschende Meinung es nicht genau wisse, so lange so engagiert und mit solcher Leidenschaft darum gestritten wird.

2.

Trifft es tatsächlich zu, dass die Justiz deshalb *dealt*, weil sie sonst nicht fertig würde mit Ihren Verfahren?

a.

Stellen wir einige Plausibilitäts-Fragen:

Erstens: Sind Richter Menschen, die ihrer Natur oder Ihrer Ausbildung oder ihrer Erfahrung nach *verheimlichen* würden, dass sie überlastet sind? Hier sollte man wohl unterscheiden zwischen einer subjektiven Überlastung, also einer solchen aus persönlichen Gründen, und einer Überlastung aus objektiven, strukturellen Gründen. Im ersten Fall ist es eine allgemein menschliche Verhaltensweise, Überforderungen zu leugnen, nach außen zu verbergen, ihnen durch »Abkürzung« und »Vereinfachung« von vorgeschriebenen Verfahrensweisen zu begegnen, in der Hoffnung, dass es erstens nicht herauskommt und zweitens nicht zu allzu vielen Fehlern führt.

²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 22. Dezember 2011 – 2 StR 509/10, BGHSt 57, 71, zur Unverwertbarkeit von Selbstgesprächen in einem Kfz = HRRS 2012 Nr. 268; und dazu *Allgayer* NStZ 2012, 399; *Jahn/Geck* JZ 2012, 561; *Ladiges* StV 2012, 517; *Mitsch* NJW 2012, 1486; *Warg* NStZ 2012, 237; *Wohlers* JR 2012, 389.

Ganz anders bei objektiven Überlastungen und Beschwernissen: Viele Präsidien von Landgerichten haben sich jährlich mit Anträgen von Vorsitzenden von Strafkammern zu befassen, sie von Zuständigkeiten zu entlasten, weil sie die Menge der anhängigen Verfahren nicht bewältigen könnten. Der 2. Strafsenat des BGH, dessen Mitglied ich bin, hat über eine Vielzahl von Zuständigkeitsstreiten und sonstigen Konflikten zwischen Gerichten zu entscheiden, in denen nicht selten Fragen der Überlastung eine wichtige Rolle spielen. Schließlich das Hauptverfahren selbst: In zahlreichen konkreten Fragen des Verfahrensgangs entscheiden Gerichte, dass sie aufgrund ihrer Belastungs-Situation zu diesem oder jenem nicht in der Lage seien. Es gibt also ersichtlich keine natürliche Hemmung von Strafrichtern, eine Situation von Überlastung einzuräumen, wenn sie nicht auf subjektiven Unzulänglichkeiten, sondern auf objektiven Erschwernissen beruht.

Zweitens: Ist es bekannt geworden, dass Beamte von Bau-, Ausländer- oder Umweltämtern in größerer Zahl öffentlich äußern, aufgrund der Vielzahl der Verwaltungsverfahren und der Unfähigkeit des Gesetzgebers, ein einfacheres und schnelleres Verfahren zur Verfügung zu stellen, seien sie gezwungen, fortan Genehmigungs- und Eingriffsverfahren nicht mehr gesetzmäßig, sondern im Wege informeller »Einigungen« mit den Beteiligten zu führen? Mir sind entsprechende Äußerungen nicht bekannt. Wo solche Abkürzungen vorkommen, werden sie von den Beteiligten nicht als Triumph einer neuen Verwaltungskultur beschrieben; Verfechter einer an den Regelungen des VwVfG orientierten Verwaltung werden nicht als »praxisferne« Erbenzähler verhöhnt.

Richter beteuern gelegentlich, die Sorge um die die Beschuldigten belastenden Effekte langer Verfahren erhöhe ihre eigene oder die Bereitschaft zur informellen Umgehung des Verfahrensrechts im Allgemeinen. Ich halte dies für eine meist vorgeschützte Behauptung. Motivierend wirkt sich in der Mehrzahl der Fälle nicht die empathische Vorstellung vom Leiden des möglicherweise unschuldig eingesperrten Beschuldigten aus, sondern eine irrationale Furcht, vom so genannten Obergericht »aufgehoben«, von Kollegen als

»Versager« und von Dienstvorgesetzten als nicht »tüchtig« genug angesehen zu werden. Auch hinter der Kollegialität der Richter schlummert, wie bei den Strafverteidigern, der Tiger der Konkurrenz, und das Beurteilungs- und Beförderungswesen tut das seinige, um die Bereitschaft zu perpetuieren, sich in eine beamtenartige Hierarchie einzuordnen.

Alles andere wäre übrigens auch schwer zu erklären: Wir sprechen über Strafkammern von Landgerichten, die die Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten verhängt oder ihre Anordnung bestätigt oder verlängert haben, die ggf. einen »hinreichenden Tatverdacht« bejaht und eine Hauptverhandlung auf dieser Grundlage begonnen haben. Dass die Mitglieder dieser Kammern nach sechs oder acht Monaten plötzlich schwere verfassungsrechtliche Zweifel plagten, wenn sie an ihre Fälle denken, ist möglich, aber nicht wahrscheinlich.

Drittens: Wurde jemals vertreten, wegen des Anstiegs des Reiseverkehrs und der Überlastung der Lokomotivführer sei es im Interesse einer Beschleunigung des Ganzen geboten, Halte- und andere Signale zukünftig individuell »flexibel« zu interpretieren?²² Wurde gefordert, Operationen in Krankenhäusern sollten wegen der allgemeinen Überlastung des Gesundheitswesens auch ohne präoperative anästhesistische Explorationen durchgeführt werden, da der zu erwartende Anstieg der Komplikationen um 1 % für die Volksgesundheit insgesamt unerheblich, die Einspar-Effekte hingegen beträchtlich wären?

Viertens: Strafverteidiger und ihnen zustimmende Rechtswissenschaftler streiten häufig engagiert für die Ansicht, in besonderen Situationen seien Regelungen des Wirtschaftsordnungsrechts ggf. zu suspendieren. Die Justiz stemmt sich dem mit Nachdruck entgegen: Wer die Zahlungsunfähigkeit der von ihm geleiteten GmbH auch nur um einen Monat vor sich selbst leugnet,

²² Etwa: Rote Haltesignale dürften im Einzelfall nicht beachtet werden, wenn der Lokführer sich per Mobiltelefon mit eventuell Entgegenkommenden darüber einigt habe, wer es eiliger habe.

darf auf wenig Nachsicht hoffen; und wer vor dem Abschluss eines *Swap*-Geschäfts nicht ahnen *wollte*, dass dies seine letzte Großtat als Finanzvorstand sein werde, den belehren wir mit der Empörung des reihenendhausbesitzenden Strafkammervorsitzenden, seine Einlassungen seien *lebensfremd*.

b.

Ich glaube also *nicht*, dass Gerichte vor allem *deshalb* dealen, weil sie »überlastet« sind. Selbstverständlich sind sie unter »Druck«, von vielen Seiten. Aber deutsche Richter missachten nicht vorsätzlich das Recht, nur weil sie möglichst viele Beschuldigte möglichst rasch und menschenrechts-schonend aburteilen und den unschuldig Angeklagten zur Freiheit verhelfen möchten, oder weil sie es nervlich nicht ertragen könnten, dass die Anzahl unerledigter Verfahren in der Registratur steigt. Dies ist eine veritable *Legende*. Insofern gilt für die Analyse von *Altenhain*²³ nichts anderes als für einen Vergleich zwischen der Rechtslage vor und nach dem Verständigungs-Gesetz oder vor und nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Ich glaube vielmehr, dass es sich um ein Problem der richterlichen *Freiheit*, also auch der *Macht* handelt; und dass sich dahinter ein schwerwiegendes Problem der Legitimität verbirgt.

aa. Richter sind frei. Das geltende Recht gibt ihnen eine außerordentliche Fülle von Macht. Sie steuern den Einsatz äußerster Gewalt gegen andere Bürger. Sie sind Inquisitor, Verfahrensgarant und Entscheider in Einem. Sie sollen, nach normativen Vorgaben, in einem der menschlichen Psyche schwer möglichen Maß »Unvoreingenommenheit« garantieren, wo *Voreingenommenheit* die menschliche Regel wäre.²⁴ Sie bewegen sich in einem merkwürdig

²³ *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren (2013) = (Gutachten für das BVerfG).

²⁴ Dass Richter nicht die Besorgnis der Befangenheit »aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten« begründen, die in einem zuvor abgetrennten Verfahren kurz zuvor den »Gehilfen« zur jetzt angeklagten Haupttat verurteilt und ausdrücklich festge-

unklaren Rahmen von Beamtenrecht, individueller Verantwortung und alltäglicher Routine; zwischen kumpelhaftem »Wie kriegen wir diesen Fall vom Tisch« und auftrumpfendem »Wir können auch anders«. Diesem Zwiespalt sind viele von uns nicht oder jedenfalls nicht ohne Weiteres gewachsen, weder intellektuell noch emotional. Denn sie werden auf ihn nicht vorbereitet; er spielt in der Ausbildung von Richtern keinerlei Rolle.

Man muss es sich in seiner ganzen Wirklichkeit klar machen: Die gesamte, durchschnittlich acht Jahre lange Ausbildung (plus dreijährige »Probe«-Zeit) für einen der *konflikthaftesten* Berufe unserer Gesellschaft – einen Beruf, der fast ausschließlich aus Konfrontationen von Interessen, Durchsetzen gegen hohen Widerstand, Entscheiden gegen Druck und Empörung besteht – enthält *keine einzige* Lehreinheit über Konfliktbewältigung, Management von Interessengegensätzen, Gruppendynamische Prozesse. Das Wort »Supervision« mutet durchschnittliche deutsche Strafjustizmitglieder an wie eine kabarettistische Provokation.²⁵ Dieser Beruf zieht nun, wider die spontane Erwartung, überdies nicht etwa die Souveränsten, die Selbstsichersten, die Offensiven und Kreativsten an – sondern, wie uns die empirische Sozialforschung leider gelegentlich mitteilt, eher durchschnittlich begabte, an Regelmäßigkeit interessierte, auf konfliktfreie Mehrheiten hin orientierte Menschen, denen »Spieltheorie« oder »Kreativität« nicht als Herausforderungen, sondern als Abgrund erscheinen.

Wir orientieren, von Anfang an, mit aller Härte und Konsequenz, Richter im Hinblick auf ein bestimmtes *Ergebnis*, nicht im Hinblick auf ein bestimmtes

stellt und über viele Seiten begründet haben, warum der jetzige Angeklagte der Haupttäter sei, ist psychologisch nicht zu erklären und hat auch mit der »Vernunft« von Beschuldigten nichts zu tun. Es ist vielmehr eine rein normative Behauptung: Weil Richter unvoreingenommen sein sollen, wird das vermutet, selbst wenn jegliche Erfahrung dem widerspricht (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 11. Juni 2014 – 2 StR 489/13).

²⁵ Dasselbe gilt übrigens für Strafverteidiger, die weithin dieselbe Ausbildung und »Sozialisation« erleben.

Verfahren: Am Anfang des Studiums wie in seinem Mittelpunkt steht die Frage: *Schuldig* oder *Unschuldig*. Die Schuld des Täters, der meistens »T« heißt, ergibt sich aus dem Sachverhalt. Woraus sich der Sachverhalt ergibt, kommt später oder gar nicht dran.

Einem solchen jahrelang bis zur vollständigen Routinisierung eingeübten Denken gilt notwendig Mehr, *das Richtige* getan zu haben, als etwas *Richtig getan* zu haben. Das mag eine auf »Effizienz« von Bewertungen orientierte Schwäche unseres Verständnisses sein, die anthropologisch, sozial und psychologisch nahe liegt; gleichwohl ist sie geschichtsfern, erfahrungsfern und letztlich menschenfern. Sie ist freilich keine Schwäche allein der Richter, sondern hat die ganze Gesellschaft erfasst. Die Richter sind es, die dem kraft Verständnisses entgegen treten müssten, anstatt es zum zivilisatorischen Minimum zu promovieren; die Strafverteidiger sind es, die kraft ihrer Aufgabe widersprechen müssen.

bb. *Salditt* sagt, wie *Hamm*, und wie viele andere (ich selbst gelegentlich eingebriffen): Es sei die Ausuferung des *materiellen* Rechts, die uns den Deal beschert hat. Auch das ist, glaube ich, nicht ganz zutreffend.

»Hypertrophie« ist freilich als These zur Beschreibung einer (angeblichen oder tatsächlichen) Krise des Strafrechts nicht neu. Als »hypertroph« konnte schon der Eifer angesehen werden, mit der vor 60 Jahren das rasch vom größten Schmutz gereinigte politische Strafrecht wieder in die Stellungen des Kalten Kriegs gerückt wurde. Als es in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts galt, eine überschaubare Anzahl von Straftätern aus dem Umfeld des politisch motivierten Terrorismus abzuurteilen, wurden die Anforderungen der Tatbestandsbestimmtheit ebenso wie die der Beteiligungslehre, des Konkurrenzrechts und des Aufklärungsgrundsatzes an das Strafbedürfnis der überwältigenden Mehrheit der Gesellschaft angepasst. Ein Bedürfnis, das Verfahrensrecht mit den Beschuldigten auszuhandeln oder das materielle Recht zu »entkriminalisieren«, wurde hier wie im ersten Fall nicht gesehen.

§ 176 StGB ist seit ungefähr 140 Jahren in seinem Kern gleich geblieben: Sexuelle Handlungen mit Kindern werden bestraft. Die Regelung ist nicht schwierig zu verstehen; trotz aller Differenzierungs- und Aufspreizungskunst des Gesetzgebers und aller Bemühungen der Kommentatoren wissen wir im Grundsatz, was gemeint ist. Die Hypertrophie des Deals in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern kann nicht materiell-rechtlich erklärt werden – jedenfalls nicht mit einer angeblichen »Ausuferung des Tatbestands«. Sie findet ihren Grund vielmehr hier in einer Legitimitätskrise des Strafverfahrensrechts: Da, wo es angeblich gilt, die *Schwächsten* vor besonders gravierenden Rechtsgutsverletzungen zu schützen, ist das Verfahrens-Recht – angeblich – inkompetent, diese Ziel zu verwirklichen. Es wird sogar behauptet, es sei strukturell darauf ausgerichtet, das gerade *Gegenteil* zu bewirken, nämlich eine Entlastung der Täter bei gleichzeitiger Re-Viktimisierung der Opfer. Ich halte auch diese These nicht für zutreffend.

Nichts anderes gilt im Ergebnis etwa für § 211 StGB in seiner seit 70 Jahren hochproblematischen Fassung²⁶ oder für neuere Straftatbestände, deren angeblich mangelnde Bestimmtheit man gerügt hat – vom Landfriedensbruch über den Subventionsbetrug bis zur Wasserverunreinigung: Es gibt keine Beispiele dafür, dass Wissenschaft oder Praxis aus den tatsächlichen oder behaupteten Unklarheiten materiell-rechtlicher Straftatbestände das Erfordernis abgeleitet hätten, Verfahrensrecht nur noch »ungefähr«, nach Maßgabe von subjektiven Gerechtigkeits-Anschauungen oder von Absprache mit Vertretern der Beschuldigten anzuwenden.

Heute gilt als »hypertroph« das Bemühen, das täuschungs- und irrtumsbedingte Verschwinden von Billionen Euro Tatbeständen zu subsumieren, die man für solcherlei systemerschütternde Zwecke nicht konzipiert hat, oder die Verfolgung von Korruptionsszusammenhängen mit Hilfe eines »angepassten« Amtsträger-Begriffs zu ermöglichen. Die genannten Beispiele widerstreiten aber der

²⁶ Dazu jetzt *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 2014, 9 ff.; vgl. auch *Fischer*, DIE ZEIT Nr. 51/2013, S. 8; *Mitsch* StV 20014, 366.

verbreiteten Ansicht, bei Tatbeständen wie § 263 oder § 266 StGB führe vor allem materiell-rechtliche Unbestimmtheit zur Aufweichung des Verfahrens.

In der angeblich besseren alten Zeit gab es nicht wesentlich weniger Tatbestände und auch nicht weniger Versuche, das jeweils als strafwürdig Angesehene mit ihnen zu erfassen. Ein vielleicht entscheidender Unterschied mag darin bestehen, dass viele Jahre lang das materielle Strafrecht mit recht klarer rechtspolitischer Zielrichtung geschaffen und angewandt wurde: Als Durchsetzung einer weithin geschlossenen Ordnung gegen eine – tatsächliche, gefühlte oder normativ bestimmte – Minderheit: die Armen, die Dummen, die unteren sozialen Schichten. Die geborene Klientel der Strafjustiz war leicht zu finden, sozial, ökonomisch und städtebaulich: Sie wohnte »hinter dem Bahnhof«. Heute finden wir dort oft nur mehr Künstler-Lofts und Outlet-Stores; zugleich durchsuchen Staatsanwälte, von Kamerateams begleitet, gelegentlich die Büros von Bankenvorständen.

Zusammengefasst: Mag der informelle Deal und damit die Zerstörung des Verfahrens durch Randunschärfen von Betrug, Untreue oder Bestechung auch gefördert werden, so hat er hierin doch nicht seine Quelle. Vieles spricht m. E. vielmehr dafür, dass es sich um ein *Macht*problem und *daher* um ein Problem der Legitimität handelt. Wenn die herrschende Meinung in einer Gesellschaft bestimmte Handlungen als hochgefährlich definiert, findet sie »Mittel und Wege«, sie zu kriminalisieren. Es handelt sich um eine Frage der Legitimität, nicht um eine solche der Kapazität oder der Rechtstechnik. Strafverfahren wegen Untreue gegen Vorstände von Banken oder wegen Korruption gegen Manager oder Politiker leiden nicht an der Unbestimmtheit der Strafvorschriften, sondern an der Ungeklärtheit der Frage, ob es sich bei den zugrunde liegenden Handlungen überhaupt um *strafwürdiges* Unrecht handelt. Hierüber gehen die Meinungen bekanntlich weit auseinander, und die sozialen Machtverhältnisse sind gravierend zugunsten der potentiell Beschuldigten verschoben. Deshalb sprechen wir seit 20 Jahren anhaltend über die angeblich unüberwindlichen Schwierigkeiten, einen großen Untreueprozess so zu führen, dass er in Verlauf und Ergebnis dem geltenden Recht entspricht.

Zielrichtung, Aufgaben und Legitimitätsfragen des materiellen Strafrechts haben sich grundlegend geändert. Das ist – sozial – unvermeidlich, nicht zu beklagen und ernst zu nehmen. Es führt nicht für sich zu einer »Hypertrophie« des Strafrechts, vielmehr zu einer großen – fortbestehenden – Unruhe über seine Anwendung.

3.

Vor wenigen Wochen hat mir ein Strafverteidiger folgende Schilderung einer Tagung mitgeteilt, die ich vollständig wiedergeben möchte:

»(...) Ich war bei einer Veranstaltung der Richterakademie in X., zu der auch StAe und Verteidiger eingeladen sind und bei der es um die Verständigung und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁷ ging.

Anwesende Staatsanwälte teilten mit, die Leiter der Staatsanwaltschaften in Nordrhein-Westfalen hätten in ihren Behörden (übereinstimmend) mitgeteilt, im Hinblick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts sei ›nichts zu veranlassen‹. Man werde doch nicht gegen Richter Verfahren einleiten, mit denen man noch 20 Jahre zusammen arbeiten müsse. Es sollten vielmehr die Richter dienstlich angewiesen werden, nicht mehr neben dem Gesetz zu dealen.

Mehrere Richter vertraten die Ansicht, wegen der Überlastung ließen sich die gesetzlichen Vorgaben der Verständigung nicht umsetzen; man müsse ›den Faktor Mensch‹ berücksichtigen; das BVerfG kenne die Realität nicht. In der Praxis werde man noch weiter ins Informelle flüchten.

Nur ein Richter gab zu bedenken, die angebliche Arbeitsüberlastung der Gerichte möge etwas damit zu tun haben, dass man nach 15.30 Uhr dort niemanden mehr telefonisch erreiche und die 40-Stunden-Woche eine Lüge sei.

Ich versichere Ihnen, dass ich weder übertreibe noch lüge.«

²⁷ Gemeint: Vom 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 = HRRS 2013 Nr. 222.

Wenn diese Schilderung zutrifft – was mir von einem weiteren Teilnehmer der Tagung bestätigt wurde –, wurde von behördlicher Seite angeordnet oder nahegelegt, gegen unzulässig informelle Absprachen auch zukünftig nichts zu unternehmen. Damit wäre wohl unzweifelhaft die *Bedingung* eingetreten, welche das Bundesverfassungsgericht für die Verfassungswidrigkeit der Regelung gesetzt hat²⁸; dies wäre durch weiteren Beschluss des Gerichts festzustellen.

Die vom Bundesverfassungsgericht in Auftrag gegebene Erhebung hat ergeben, dass ein beträchtlicher Anteil der Richter, denen die Strafrechtsprechung von Verfassungs wegen anvertraut ist, bereit ist, das geltende Verfahrensrecht bewusst zu missachten, wenn es ihnen private Vorstellungen von Gerechtigkeit oder Arbeitserleichterung nahelegen, eine als »herrschende Meinung« angesehene schweigende Mehrheit dies toleriert und das *Risiko*, dafür zur Verantwortung gezogen zu werden, gering ist. Das, so meine ich, können die Rechtsgemeinschaft und die Justiz nicht hinnehmen, ohne schwerwiegenden Schaden zu erleiden. Das Bundesverfassungsgericht hat eindeutige und klare Schlussfolgerungen gezogen; es hat die besondere Verantwortung gerade auch der Revisionsgerichte und der Staatsanwaltschaften betont.²⁹ Beide werden hieran gemessen werden.

Das alles betrifft selbstverständlich auch die Strafverteidiger. In deren Geschäft habe ich mich nicht einzumischen; sie mögen vor *ihrer* Tür kehren. Die Betroffenheit, mit der gelegentlich der Druck beklagt wird, welcher von Staatsanwaltschaften und Gerichten in Richtung auf informelle Einigungen

²⁸ »Sollte sich die gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen und sollten die materiellen und prozeduralen Vorkehrungen des Verständigungsgesetzes nicht ausreichen, um das festgestellte Vollzugsdefizit zu beseitigen und dadurch die an eine Verständigung im Strafverfahren zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen, muss der Gesetzgeber der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken (...) Unterbliebe dies, träte ein verfassungswidriger Zustand ein« (BVerfGE [oben Fn. 9], Rn. 121 = HRRS 2013 Nr. 222).

²⁹ BVerfG (oben Fn. 9), Rn. 92, 93 = HRRS 2013 Nr. 222.

ausgeht, ist nicht stets ehrlich. Sie ist übrigens auch wenig schmeichelhaft und, mit Blick auf Beteiligungsfragen, nicht ungefährlich.³⁰

IV. Strafverteidigung

Was also ist, aus meiner beschränkten Richtersicht, die heutige »Perspektive der Strafverteidigung«? *Franz Salditt* hat in seinem Referat darüber viel Wichtiges gesagt; ich will ihn weder widerlegen noch übertreffen.

1.

Selbstverständlich muss man bei jeder Antwort berücksichtigen, dass es »die Strafverteidigung« nur auf einem hohen Abstraktionsniveau gibt. In der alltäglichen Wirklichkeit zerfällt das Berufsbild seit langem in unverbundene Teile, die durch rechts- oder verbands-*politische* Formeln nur locker zusammengehalten werden. Ich glaube, dass es heute mindestens drei oder vier »Abteilungen« der Strafverteidigung gibt, die auf ganz unterschiedlichen Feldern tätig sind und daher auch die strategischen wie taktischen Probleme sehr unterschiedlich definieren. Die öffentliche Diskussion ist insoweit etwas einseitig dominiert. Aber das kann nicht die Sorge eines Revisionsrichters sein.

Für jede der differenzierten Berufsgruppen der Strafverteidiger stellen sich Aufgaben und Perspektiven anders und umso unterschiedlicher, je mehr man sich dem konkreten Berufsalltag nähert. »Großbaustellen« materieller und formeller Art gibt es für jede Gruppe. Vielfach sind dies Probleme im Zusammenhang des Ermittlungsverfahrens, in welchem die weiter steigende Übermacht der Polizei – und damit auch eines polizeilich-präventiven Den-

³⁰ Vgl. dazu jetzt auch *Fischer*, Strafbarkeitsrisiken beim Dealen mit dem Recht, Gedächtnisschrift für Manfred Seebode, 2014, m. w. Nachw.

kens – über die justizförmig agierende, vielfach miserabel ausgestattete und daher heillos überforderte Staatsanwaltschaft nicht mehr allein als Organisationsdefizit beklagt, sondern endlich als staatsrechtliches Problem der Gewaltenteilung problematisiert werden sollte. Es gibt Probleme der Asymmetrie (von Information und Verfahrensmacht) im Umgang mit großen Wirtschaftsstrafverfahren. Es gibt – weiterhin – erhebliche Defizite in der Entwicklung einer tragfähigen Struktur der Hauptverhandlung in Strafsachen im «Normal»-Fall: »Widerspruchslösung«, Präklusion von Beweisanträgen, Schuld-Interlokut sollen hier als Stichworte genannt werden. Von hoher Bedeutung ist nach meiner Ansicht die Diskussion um eine angemessene Dokumentation der Beweisergebnisse der tatrichterlichen Hauptverhandlung an Landgerichten. Und es gibt eine Fülle interessanter revisions-rechtlicher Fragen, deren Diskussion und Handhabung nicht allein »Revisions-Verteidiger« angehen, sondern von dort in die Tatsachen-Instanzen hineinwirken könnten.

Nichts anderes gilt im materiellen Recht: Seit langem wundert es mich, wie widerspruchslos die Strafverteidiger hinnehmen, was sich im klassischen »Bekämpfungsrecht« des Betäubungsmittel-Strafrechts abspielt: Fragen nach dem strafrechtlichen Sinn der Prohibition sind so exotisch geworden wie fundierte Kritik an der Preisgabe aller dogmatischen Regeln bei ihrer Vollstreckung. Mit spitzen Fingern, so scheint mir gelegentlich, berühren die anwaltlichen Beherrscher der »Compliance« die Kolleginnen und Kollegen, an denen der Geruch der Fixerstuben und Spielhallen klebt. Wenn der Begriff der »Strafverteidigung« einen *programmatischen* Sinn haben sollte, wäre dies jedenfalls der Rede wert.

2.

Ich habe hier freilich keine (rechtstechnischen) Vorschläge zur Lösung von Problemen der Strafverteidigung oder des Strafverfahrens zu unterbreiten, von denen ich meine, dass sie noch gar nicht umfassend erkannt und erörtert

sind. Ich möchte vielmehr, zusammenfassend, für etwas anderes werben, was mit hoher Wahrscheinlichkeit schwieriger ist als eine rasche Einigung auf die beiden oben genannten struktur-pessimistischen Thesen, die Justiz sei überlastet und das materielle Recht hypertroph. Beides trifft nur nach Maßgabe einer Vielzahl von Prämissen zu, welche die eigentlich wichtigen Probleme enthalten.

Ich halte eine weitere Diskussion für erforderlich. Ich meine, dass sie *kontroverser* und offener geführt werden könnte und müsste, als dies in den letzten 20 Jahren geschehen ist, jenseits von floskelhafter Konsensualität. Zugleich aber, dass der Kontroverse eine auf Sachkenntnis und Empathie ruhende *Anerkennung* der jeweils anderen Sichtweise zugrunde liegen muss.

Hierfür, das will ich abschließend noch einmal sagen, ist der bedeutende Strafverteidiger Gunter Widmaier ein leuchtendes Beispiel gewesen. Für die Perspektive der Strafverteidigung und die Rechtskultur in Deutschland hat er Überraschendes geleistet.

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

RiBGH GABRIELE CIRENER,
Karlsruhe

Vors. RiBGH Prof. Dr. THOMAS FISCHER,
Karlsruhe

Prof. Dr. KARSTEN GAEDE, Bucerius Law School,
Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. ALEXANDER IGNOR,
Berlin

RiBGH Prof. Dr. ANDREAS MOSBACHER,
Leipzig

Rechtsanwalt Dr. ALI B. NOROUZI,
Berlin

Vors. RiBGH a.D. Dr. GERHARD SCHÄFER,
Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. STEPHAN SCHLEGEL
Zürich

Rechtsanwalt Dr. h.c. GERHARD STRATE,
Hamburg

Rechtsanwalt KLAUS-ULRICH VENTZKE,
Hamburg
