

Die Verfassungskonformität der vollständigen Negierung eines
unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber
Mitangeklagten gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Benjamin Tullmin

aus: Kempen

Referent: Professor Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer

Korreferent: Professor Dr. Anja Schiemann

Tag der mündlichen Prüfung: 15.01.2026

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis----- IV

Einführung----- 1

1. Teil: Die Rechte des Beschuldigten im Strafprozess und ihre Grundlagen----- 4

A.	Das Recht auf ein faires Verfahren-----	5
I.	Auf nationaler Ebene-----	5
II.	Supranational im Sinne der EMRK und des IPBPR-----	6
III.	Mindeststandards und Ermessensrahmen-----	8
IV.	Einzelne Konkretisierungen in Gesetz und Rechtsprechung-----	10
V.	Das Fragerecht des Angeklagten-----	11
B.	Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit-----	14
I.	Auf nationaler Ebene-----	14
II.	Supranational im Sinne der EMRK und des IPBPR-----	16
III.	Konkreter Inhalt des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit-----	17
IV.	Das Schweigerecht des Angeklagten-----	19
C.	Das Recht auf effektiven Rechtsschutz-----	22
D.	Das Recht auf rechtliches Gehör-----	27
E.	Weitere Rechte des Beschuldigten aus Art. 103, 101 und 104 GG, die Unschuldsvermutung und der Grundsatz „in dubio pro reo“-----	33
F.	Das Verhältnis der Beschuldigtenrechte zueinander-----	40

2. Teil: Das Spannungsverhältnis zwischen Fragerecht und Schweigerecht----- 41

A.	Ausgangslage-----	42
I.	Koexistenz: Kein Spannungsverhältnis im klassischen Fall nur eines einzelnen Angeklagten-----	42
II.	Konfliktfall: Mehrere Mitangeklagte-----	42
B.	Bisherige Regelung gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO-----	43
I.	Inhalt und Intention-----	43
II.	Unmittelbares und mittelbares Fragerecht-----	44
III.	Verfassungs- und konventionsrechtliche Bewertung in der bisherigen nationalen Rechtsprechung-----	46
C.	Relevanz der Problematik-----	48
I.	Keine Relevanz bei fehlendem Ausübungswillen-----	48
II.	Keine Relevanz bei Unerheblichkeit-----	49
III.	Keine Relevanz bei entgegenstehendem Schweigerecht-----	52
1.	Einführung von Aussagen eines Mitangeklagten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in die strafprozessuale Hauptverhandlung-----	52
2.	Teilschweigen-----	57
IV.	Keine Relevanz bei bestelltem Verteidiger-----	60
1.	Verteidigung durch einen Wahlverteidiger gemäß § 138 StPO-----	61
2.	Verteidigung durch Pflichtverteidiger-----	67
aa)	Die Fälle notwendiger Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 StPO-----	68
(1)	§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO-----	69
(2)	§ 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO-----	71
(3)	§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-----	71
(4)	§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-----	72
(5)	§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-----	73

	(6) § 140 Abs. 1 Nr. 6 StPO -----	74
	(7) § 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO-----	75
	(8) § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO -----	75
	(9) § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO-----	76
	(10) § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO -----	77
	(11) § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO -----	82
	bb) Die Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO -----	83
	(1) Variante 1: Die Schwere der Tat und die Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge -----	84
	(2) Variante 2: Die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage -----	86
	α) Die Schwierigkeit der Sachlage-----	87
	β) Die Schwierigkeit der Rechtslage -----	89
	(3) Variante 3: Die Unfähigkeit zur Selbstverteidigung -----	90
	cc) Weitere Fälle notwendiger Verteidigung außerhalb von § 140 StPO --	93
	dd) Die Beiordnung als weitere Voraussetzung der Pflichtverteidigung ---	96
	ee) Verbleibende verteidigerfreie Fälle-----	101
V.	Keine Relevanz bei Ausübung durch den Vorsitzenden -----	102
	1. Kenntnis des Angeklagten und gerichtliche Aufklärungspflicht -----	103
	2. Der Richter als Verteidiger des Angeklagten? -----	110
	3. Psychologische Faktoren bei der Ausübung des mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden -----	117
VI.	Zusammenfassung: Relevanz insbesondere bei Verfahren von Massen- und Alltagskriminalität vor den Strafrichtern der Amtsgerichte -----	132
3.	Teil: Kompensatorische Lösung zur Gewährleistung verfassungsrechtlicher Vorgaben -----	134
	A. Die Beweiswürdigungslösung des BGH-----	135
	B. Die Kritik an der Beweiswürdigungslösung -----	141
	C. Stellungnahme: Keine ausreichende Kompensation des Fragerechtsentzugs durch besonders sorgfältige Beweiswürdigung -----	144
4.	Teil: Lösungsvorschläge -----	147
	A. Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten-----	147
	B. Vorübergehende Verfahrenstrennung bei Verfahren mit mehreren Angeklagten -----	150
	C. Statuierung einer konkreten gerichtlichen Hinweispflicht bezüglich des mittelbaren Fragerechts-----	152
	D. Schaffung eines ergänzenden Falls notwendiger Verteidigung für Verfahren mit Mitangeklagten-----	155
	Abschließende Zusammenfassung -----	159

Literaturverzeichnis

- Arnoldi, Olaf*, Praxiskommentar zu BGH, Urteil vom 04.05.2017 – 3 StR 323/16, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 38. Jahrgang 2018, S. 55–56 (zit. als *Arnoldi*, NSTZ 2018, 55).
- Arntzen, Friedrich*, Psychologie der Zeugenaussage, System der Glaubhaftigkeitsmerkmale, 5. Aufl. 2011 (zit. als *Arntzen*, Psychologie der Zeugenaussage).
- Aronson, Elliot/Wilson, Timothy D./Akert, Robin M.*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014 (zit. als *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie).
- Asch, Solomon E.*, Effects of Group Pressure Upon the Modification and Distortion of Judgments, in: Guetzkow, Harold (Hrsg.), Groups, Leadership and Men, Research in Human Relations, 1951, S. 177–190 (zit. als *Asch*, in: Guetzkow, Groups, Leadership and Men, S. 177).
- Bär, Oliver E.*, Das Fragerecht des Rechtsanwalts gemäß § 240 StPO, - Inhalt, Umfang und Mißbrauch -, 1999 (zit. als *Bär*, Fragerecht).
- Barthe, Christoph/Gericke, Jan* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl. 2023 (zit. als *KK-StPO-Bearbeiter*).
- Beulke, Werner*, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtstellung, 1980 (zit. als *Beulke*, Der Verteidiger).
- Böse, Martin*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 149. Jahrgang 2002, S. 98–128 (zit. als *Böse*, GA 2002, 98).
- Böß, Tillmann*, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 40. Jahrgang 2020, S. 185–193 (zit. als *Böß*, NSTZ 2020, 185).
- Breyer, Steffen/Endler, Maximilian/Sturm, Anja* (Hrsg.), AnwaltFormulare Strafrecht, Erläuterungen und Muster, 5. Aufl. 2022 (zit. als *Breyer/Endler/Sturm-Bearbeiter*, AnwaltFormulare).
- Brunhöber, Beatrice*, Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 5. Jahrgang 2010, S. 761–771 (zit. als *Brunhöber*, ZIS 2010, 761).
- Buchholz, Momme*, Der nemo tenetur-Grundsatz, Eine rechtsethische Untersuchung, 2018 (zit. als *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz).
- Bühler, Ottmar*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914 (zit. als *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte).
- Bülte, Jens*, Ne bis in idem bei Schwarzarbeit und Nettolohnbarauszahlungen: Zum Strafklageverbrauch bei Nichtabführen von Sozialversicherungsabgaben nach Einstellung des Steuerstrafverfahrens, in: Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, 6. Jahrgang 2017, S. 49–60 (zit. als *Bülte*, NZWiSt 2017, 49).
- Burhoff, Detlef* (Hrsg.), Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 9. Aufl. 2022 (zit. als *Burhoff-Bearbeiter*, Handbuch Ermittlungsverfahren).
- Burhoff, Detlef*, Beiordnung eines Pflichtverteidigers wegen richterlicher Vernehmung nach dem neuen § 141 Abs. 3 S. 4 StPO, in: Strafverteidiger Forum, 2018, S. 405–410 (zit. als *Burhoff*, StraFo 2018, 405).
- Cierniak, Jürgen/Zimmermann, Georg*, Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht – 2. Teil, in: NSTZ Rechtsprechungsreport Strafrecht, 19. Jahrgang 2014, S. 129–136 (zit. als *Cierniak/Zimmermann*, NSTZ-RR 2014, 129).
- Dannecker, Gerhard*, Beweiserhebung, Verfahrensgarantien und Verteidigungsrechte im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenverfahren als Vorbild für ein europäisches Sanktionsverfahren, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 111, 1999, S. 256–296 (zit. als *Dannecker*, ZStW 1999, 256).

- Deckers, Rüdiger*, 25 Jahre Strafverteidigung im Gegenwind, in: *Strafverteidiger Forum*, 2009, S. 2–10 (zit. als *Deckers*, *StraFo* 2009, 2).
- Deckers, Rüdiger/Köhnken, Günter* (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Juristische, aussagepsychologische und psychiatrische Aspekte*, 5. Band, 2022 (zit. als *Deckers/Köhnken*, *Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen*).
- Dehne-Niemann, Jan*, „Nie sollst du mich befragen“ – Zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH, Zugleich Besprechung von BGH 4 StR 461/08 – Beschluss vom 9. Juni 2009, HRRS 2009 Nr. 803 und EGMR HRRS 2009 Nr. 459, in: *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 11. Jahrgang 2010, S. 189–207 (zit. als *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189).
- Dettenborn, Harry/Fröhlich, Hans-Hermann/Szewczyk, Hans*, *Forensische Psychologie, Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie für Juristen, Kriminalisten, Psychologen, Pädagogen und Mediziner*, 2. Aufl. 1989 (zit. als *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, *Forensische Psychologie*).
- Detter, Klaus*, Einige Gedanken zu audiovisueller Vernehmung, V-Mann in der Hauptverhandlung und der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache El Motassadeq, in: *Strafverteidiger*, 2006, S. 544–551 (zit. als *Detter*, *StV* 2006, 544).
- Dingeldey, Thomas*, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozess, in: *Juristische Arbeitsblätter*, 16. Jahrgang 1984, S. 407–414 (zit. als *Dingeldey*, *JA* 1984, 407).
- Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, StGB | StPO | Nebengesetze, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022 (zit. als *NK-GS-Bearbeiter*).
- Dreier, Horst* (Begr.)/*Brosius-Gersdorf, Frauke* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar, Band I, Präambel, Vorbemerkungen, Artikel 1–19*, 4. Aufl. 2023 (zit. als *Dreier-Bearbeiter*).
- Dreier, Horst* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar, Band III, Artikel 83–146*, 3. Aufl. 2018 (zit. als *Dreier-Bearbeiter*).
- Dreier, Horst* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar, Band II, Artikel 20–82*, 3. Aufl. 2015 (zit. als *Dreier-Bearbeiter*).
- Dünnebier, Hanns*, Die Verbindung von Strafsachen nach §§ 2 bis 4, 13 StPO, in: *Juristische Rundschau*, 1975, S. 1–5 (zit. als *Dünnebier*, *JR* 1975, 1).
- Dürkop, Marlis*, *Der Angeklagte, Eine sozialpsycholog. Studie zum Verhalten vor Gericht*, 1977 (zit. als *Dürkop*, *Der Angeklagte*).
- Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alica*, *Psychologie für Juristen*, 2019 (zit. als *Effer-Uhe/Mohnert*, *Psychologie für Juristen*).
- Eisele, Jörg*, Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts, in: *Juristische Rundschau*, 2004, S. 12–20 (zit. als *Eisele*, *JR* 2004, 12).
- Eisenberg, Ulrich* (Hrsg.), *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 10. Aufl. 2017 (zit. als *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*).
- Eisenberg, Ulrich*, Referentenentwurf des BMJ „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)“ 2010, in: *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 12. Jahrgang 2011, S. 64–72 (zit. als *Eisenberg*, HRRS 2011, 64).
- Eisenberg, Ulrich*, Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 44. Jahrgang 1991, S. 1257–1263 (zit. als *Eisenberg*, *NJW* 1991, 1257).
- Eisenberg, Ulrich* (Begr.)/*Kölbl, Ralf* (Hrsg.), *Beck'sche Kurz-Kommentare Band 48, Jugendgerichtsgesetz*, 26. Aufl. 2025 (zit. als *Kölbl/Eisenberg*, *Jugendgerichtsgesetz*).
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), *BeckOK Grundgesetz* (online, 60. Edition, Stand: 28.12.2024) (zit. als *BeckOK GG-Bearbeiter*).

- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, §§ 185–262, 4. Aufl. 2021 (zit. als *MüKoStGB-Bearbeiter*).
- Eschelbach, Ralf*, Staatliche Selbstbelastungs-, Fremdbelastungs- und Tatprovokation, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 162. Jahrgang 2015, S. 545–563 (zit. als *Eschelbach*, GA 2015, 545).
- Eser, Albin*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 79, 1967, S. 565–623 (zit. als *Eser*, ZStW 1967, 565).
- Esser, Robert*, Verurteilung wegen Beteiligung an der Entführung der Lufthansa-Maschine Landshut auf Grund anonymer Zeugen, Anmerkung zur Entscheidung des EGMR vom 17.11.2005 - 73047/01 *Monika Haas/Deutschland*, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 27. Jahrgang 2007, S. 106–109 (zit. als *Esser*, NSTZ 2007, 106).
- Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, 2002 (zit. als *Esser*, *Europäisches Strafverfahrensrecht*).
- Festinger, Leon*, *A theory of cognitive dissonance*, Neuauflage 1962 (zit. als *Festinger, A theory of cognitive dissonance*).
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847 (zit. als *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts*).
- Fezer, Gerhard*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: *Juristenzeitung*, 56. Jahrgang 2001, S. 363–364 (zit. als *Fezer*, JZ 2001, 363).
- Fischer, Lorenz/Wiswede, Günter*, *Grundlagen der Sozialpsychologie*, 3. Aufl. 2009 (zit. als *Fischer/Wiswede, Grundlagen der Sozialpsychologie*).
- Frister, Helmut*, Plädoyer für die Streichung der Vorschriften über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, in: *Edda Weßlau, Edda/Wohlens, Wolfgang* (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, 2008, S. 211–226 (zit. als *Frister*, FS Fezer, S. 211).
- Gaede, Karsten*, Schranken des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK bei der Sperrung verteidigungsrelevanter Informationen und Zeugen, in: *Strafverteidiger*, 2006, S. 599–607 (zit. als *Gaede*, StV 2006, 599).
- Gau, Patrick J.*, Drohende Jugendstrafe - ein Fall notwendiger Verteidigung?, in: *Strafverteidiger Forum*, 2007, S. 315–318 (zit. als *Gau*, StraFo 2007, 315).
- Gerdemann, Anna*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, 2010 (zit. als *Gerdemann*, *Verwertbarkeit*).
- Gerlach, J. von*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.05.1968 - I StR 552/67, in: *Juristische Rundschau*, 1969, S. 149–152 (zit. als *Gerlach*, JR 1969, 149).
- Gerrig, Richard J.*, *Psychologie*, 21. Aufl. 2018 (zit. als *Gerrig, Psychologie*).
- Gleiß, Sabine*, Zur „Beweiswürdigungs-Lösung“ des BGH, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 54. Jahrgang 2001, S. 3606–3607 (zit. als *Gleiß*, NJW 2001, 3606).
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Ein Studienbuch, 6. Aufl. 2016 (zit. als *Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention*).
- Grabitz, Eberhard* (Begr.)/*Hilf, Meinhard* (ehem. Hrsg.)/*Nettesheim, Martin* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band I, EUV/AEUV (Loseblatt, Stand: 83. Ergänzungslieferung Juli 2024) (zit. als *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Bearbeiter*).

- Graf, Jürgen* (Hrsg.), BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra (online, 54. Edition, Stand: 01.01.2025) (zit. als BeckOK StPO-Bearbeiter).
- Greuel, Luise/Offe, Susanne/Fabian, Agnes/Wetzels, Peter/Fabian, Thomas/Offe, Heinz/Stadler, Michael*, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage, Theorie und Praxis der forensisch-psychologischen Begutachtung, 1998 (zit. als *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler*, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage).
- Grillmeister, Ferdinand*, Die Hinweispflicht des Tatrichters, in: Strafverteidiger Forum, 1997, S. 8–13 (zit. als *Grillmeister*, StraFo 1997, 8).
- Grünwald, Gerald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993 (zit. als *Grünwald*, Beweisrecht).
- Grünwald, Gerald*, Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 30.04.1968 – 1 StR 625/67, in: Juristenzeitung, 23. Jahrgang 1968, 752–754 (zit. als *Grünwald*, JZ 1968, 752).
- Günther, Hans-Ludwig*, Strafrichterliche Beweiswürdigung und schweigender Angeklagter, in: Juristische Rundschau, 1978, S. 89–94 (zit. als *Günther*, JR 1978, 89).
- Hauptmann, Walter*, Psychologie für Juristen, Kriminologie für Psychologen, Einführung in die Sozialpsychologie des Strafrechts, 2. Aufl. 1993 (zit. als *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen).
- Heckhausen, Jutta/Heckhausen, Heinz* (Hrsg.), Motivation und Handeln, 5. Aufl. 2018 (zit. als *Heckhausen/Heckhausen-Bearbeiter*, Motivation und Handeln).
- Heintschel-Heinegg, Bernd von/Kudlich, Hans* (Hrsg.), BeckOK StGB (online, 64. Edition, Stand: 01.02.2025) (zit. als BeckOK StGB-Bearbeiter).
- Heinz, Wolfgang*, Sekundäranalyse empirischer Untersuchungen zu jugendkriminalrechtlichen Maßnahmen, deren Anwendungspraxis, Ausgestaltung und Erfolg, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, 2019 (zit. als *Heinz*, Sekundäranalyse).
- Hilgendorf, Erich/Kudlich, Hans/Valerius, Brian* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grundlagen des Strafrechts, 2019 (zit. als *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts).
- Huber, Michael*, Grundwissen - Strafprozessrecht: Schweigerecht des Beschuldigten, in: Juristische Schulung, 47. Jahrgang 2007, S. 711–712 (zit. als *Huber*, JuS 2007, 711).
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Hrsg./Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian (ehem. Hrsg.)), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel, Artikel 1–19, 8. Aufl. 2024 (zit. als *Huber/Voßkuhle-Bearbeiter*).
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Hrsg./Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian (ehem. Hrsg.)), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, Artikel 20–82, 8. Aufl. 2024 (zit. als *Huber/Voßkuhle-Bearbeiter*).
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Hrsg./Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian (ehem. Hrsg.)), Grundgesetz, Kommentar, Band 3, Artikel 83–146, 8. Aufl. 2024 (zit. als *Huber/Voßkuhle-Bearbeiter*).
- Jäger, Christian*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003 (zit. als *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess).
- Jaeger, Renate*, Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege - Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 57. Jahrgang 2004, S. 1–7 (zit. als *Jaeger*, NJW 2004, 1).
- Jahn, Matthias*, Fair trial als strafprozessuales Leitprinzip im Mehrebenensystem, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 127, 2015, S. 549–615 (zit. als *Jahn*, ZStW 2015, 549).
- Jansen, Gabriele*, Zeuge und Aussagepsychologie, 3. Aufl. 2022 (zit. als *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie).

- Jarass, Hans D./Kment, Martin* (Hrsg.)/*Pieroth, Bodo* (ehem. Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 18. Aufl. 2024 (zit. als *Jarass/Pieroth*).
- Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021 (zit. als *Kirchner, Abkürzungsverzeichnis*).
- Klaas, Arne*, Die notwendige und die „Pflichtverteidigung“ - eine fallorientierte Anwendung der §§ 140 ff. StPO, in: Juristische Arbeitsblätter, 52. Jahrgang 2020, S. 262–268 (zit. als *Klaas, JA 2020, 262*).
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 4, GVG, EGGVG, GDolmG, EMRK, EGStPO, EGStGB, ZSHG, StrEG, JGG, G 10, AO, 2. Aufl. 2025 (zit. als *MüKoStPO-Bearbeiter*).
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 2, §§ 151-332 StPO, 2. Aufl. 2024 (zit. als *MüKoStPO-Bearbeiter*).
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 3, §§ 333-500, 2. Aufl. 2024 (zit. als *MüKoStPO-Bearbeiter*).
- Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Band 1, §§ 1-150 StPO, 2. Aufl. 2023 (zit. als *MüKoStPO-Bearbeiter*).
- Kortz, Benedikt*, Die Notwendigkeit der Verteidigung im Strafverfahren, Eine Untersuchung des Instituts der notwendigen Verteidigung und zugleich ein Beitrag zur Stärkung des Rechts auf Verteidigerbeistand gem. § 137 Abs. 1 S. 1 StPO, 2009 (zit. als *Kortz, Notwendigkeit der Verteidigung*).
- Kudlich, Hans*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse, 1998 (zit. als *Kudlich, Strafprozeß und allg. Mißbrauchsverbot*).
- Kühl, Kristian*, Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörigen Zeugen, in: Juristische Schulung, 26. Jahrgang 1986, S. 115–122 (zit. als *Kühl, JuS 1986, 115*).
- Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2010 (zit. als *Kühne, Strafprozessrecht*).
- Kumlehn, Rolf*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, Darstellung der nicht normierten Prozesspflichten insbesondere des Strafgerichtes gegenüber dem Angeklagten, 1976 (zit. als *Kumlehn, Gerichtliche Fürsorgepflicht*).
- Kunert, Karl H.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.07.2000 – 1 StR 169/00, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 21. Jahrgang 2001, S. 217–218 (zit. als *Kunert, NStZ 2001, 217*).
- Kunig, Philip/Münch, Ingo von* (Begr.)/*Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Präambel bis Art. 69, 7. Aufl. 2021 (zit. als *Münch/Kunig-Bearbeiter*).
- Kunig, Philip/Münch, Ingo von* (Begr.)/*Kämmerer, Jörn-Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, Art. 70 bis 146, 7. Aufl. 2021 (zit. als *Münch/Kunig-Bearbeiter*).
- Lenckner, Theodor*, Mitbeschuldigter und Zeuge, in: Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 333–348 (zit. als *Lenckner, FS Peters, S. 333*).
- Lorenz, Dieter*, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 105, 1980, S. 624–649 (zit. als *Lorenz, AöR 1980, 624*).
- Lorenz, Frank Lucien*, „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „institutionelle Kontrolle“, in: Juristenzeitung, 47. Jahrgang 1992, S. 1000–1011 (zit. als *Lorenz, JZ 1992, 1000*).
- Lorenz, Konrad*, Die angeborenen Formen möglicher Erfahrung, in: Zeitschrift für Tierpsychologie, 5. Jahrgang 1943, S. 235–409 (zit. als *Lorenz, Zeitschrift für Tierpsychologie 1943, 235*).

- Lorenz, Konrad*, Über die Bildung des Instinkt Begriffes, in: Die Naturwissenschaften, 25. Jahrgang 1937, S. 324–331 (zit. als *Lorenz*, Naturwissenschaften 1937, 324).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Zehnter Band, Teilband 2, §§ 464–500; EGStPO, 27. Aufl. 2024 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Zwölfter Band, EMRK; IPBPR, 27. Aufl. 2024 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Vierter Band, Teilband 2, §§ 137–150, 27. Aufl. 2021 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Siebter Band, §§ 256–295, 27. Aufl. 2021 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Vierter Band, Teilband 1, §§ 112–136a, 27. Aufl. 2019 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Sechster Band, §§ 212–255a, 27. Aufl. 2019 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Zweiter Band, §§ 48–93, 27. Aufl. 2018 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erster Band, Einleitung; §§ 1–47, 27. Aufl. 2016 (zit. als *Löwe/Rosenberg-Bearbeiter*).
- Ludewig, Revital/Baumer, Sonja/Tavor, Daphna* (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis, Zwischen Wahrheit und Lüge, 2017 (zit. als *Ludewig/Baumer/Tavor*, Aussagepsychologie für die Rechtspraxis).
- Mahlstedt, Tobias*, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei, Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, 2011 (zit. als *Mahlstedt*, Verdeckte Befragung).
- Maiwald, Manfred*, Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen, in: Warda, Günter/Waider, Heribert/Hippel, Reinhard von/Meurer, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 745–764 (zit. als *Maiwald*, FS Lange, S. 745).
- Markl, Hubert*, Biologie und menschliches Verhalten. Dispositionen, Grenzen, Zwänge?, in: Gruter, Margaret/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 54, 1983, S. 67–84 (zit. als *Markl*, in: Gruter/Rehbinder, Beitrag der Biologie, S. 67).
- Maunz, Theodor* (Begr.)/*Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Ulsamer, Gerhard* (ehem. Hrsg.)/*Bethge, Herbert* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, (Loseblatt, Stand: 64. Ergänzungslieferung August 2024) (zit. als *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bearbeiter*).
- Meyer-Gofßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 6, Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 66. Aufl. 2023 (zit. als *Meyer-Gofßner/Schmitt*).
- Michalke, Reinhart*, Reform der Untersuchungshaft - Chance vertan?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 63. Jahrgang 2010, S. 17–20 (zit. als *Michalke*, NJW 2010, 17).

- Miebach, Klaus*, Der teilschweigende Angeklagte, - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung -, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 20. Jahrgang 2000, S. 234–242 (zit. als *Miebach*, NStZ 2000, 234).
- Milgram, Stanley*, Behavioral Study of Obedience, in: The American Psychological Association (Hrsg.), The Journal of Abnormal and Social Psychology, Band 67, 1963, S. 371–378 (zit. als *Milgram*, in: A. P. A., The Journal of Abnormal and Social Psychology, S. 371).
- Molketin, Rüdiger*, Die Rechtsprechung zu § 140 Abs. 2 S. 1 StPO in den Jahren 1996/97 (1. Teil), in: Anwaltsblatt, 2001, S. 85–93 (zit. als *Molketin*, AnwBl 2001, 85).
- Montenbruck, Axel*, „Entlassung aus der Zeugenrolle“ – Versuch einer Fortentwicklung der materiellen Beschuldigtentheorie, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 89, 1977, S. 878–898 (zit. als *Montenbruck*, ZStW 1977, 878).
- Mosbacher, Andreas*, Aktuelles Strafprozessrecht, in: Juristische Schulung, 57. Jahrgang 2017, S. 742–747 (zit. als *Mosbacher*, JuS 2017, 742).
- Mosbacher, Andreas*, Aktuelles Strafprozessrecht, in: Juristische Schulung, 47. Jahrgang 2007, S. 724–728 (zit. als *Mosbacher*, JuS 2007, 724).
- Müller, Eckhart/Schlothauer, Reinhold/Knauer, Christoph* (Hrsg.)/*Widmaier, Gunter* (Begr.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022 (zit. als MAH Strafverteidigung-Bearbeiter).
- Müller-Dietz, Heinz*, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 93, 1981, S. 1177–1270 (zit. als *Müller-Dietz*, ZStW 1981, 1177).
- Musielak, Hans-Joachim* (Begr.)/*Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 22. Aufl. 2025 (zit. als *Musielak/Voit-Bearbeiter*).
- Niemöller, Martin*, Die strafrichterliche Beweiswürdigung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Strafverteidiger, 1984, S. 431–442 (zit. als *Niemöller*, StV 1984, 431).
- Nothhelfer, Martin*, Die Freiheit von Selbstbeichtigungszwang, Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, 1989 (zit. als *Nothhelfer*, Freiheit von Selbstbeichtigungszwang).
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986 (zit. als *Paeffgen*, Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts).
- Plötz, Winfried*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, 1980 (zit. als *Plötz*, Fürsorgepflicht im Strafverfahren).
- Redmayne, Mike*, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, in: Oxford Journal of Legal Studies, 27. Jahrgang 2007, S. 209–232 (zit. als *Redmayne*, OJLS 2007, 209).
- Strafrechtsausschuss der deutschen Anwaltschaft*, Reform der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Thesen mit Begründung, in: Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Band 13, 2004 (zit. als *Strafrechtsausschuss*, BRAK-Schriftenreihe 2004).
- Reiß, Wolfram*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren, 1987 (zit. als *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren).
- Renzikowski, Joachim*, Das Konfrontationsrecht im Fokus des Anspruchs auf ein faires Verfahren, in: Hiebl, Stefan/Kassebohm, Nils/Lilie, Hans (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009, 2009, S. 529–548 (zit. als *Renzikowski*, FS Mehle, S. 529).
- Rogall, Klaus*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur se ipsum prodere“ im Strafprozeß, 1977 (zit. als *Rogall*, Der Beschuldigte).

- Rösinger, Luna*, Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung, Über den Begründungszusammenhang von Mitwirkungsfreiheit und Strafverfahreingriff, 2019 (zit. als *Rösinger*, Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung).
- Roxin, Claus*, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 17. Jahrgang 1997, S. 18–21 (zit. als *Roxin*, NStZ 1997, 18).
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 30. Aufl. 2022 (zit. als *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht).
- Rüping, Hinrich*, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, in: Juristische Rundschau, 1974, S. 135–140 (zit. als *Rüping*, JR 1974, 135).
- Sachs, Michael* (Begr.)/*Coelln, Christian von/Mann, Thomas* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024 (zit. als *Sachs-Bearbeiter*).
- Sander, Günther M.*, Zur Beweiswürdigung, vor allem bei Aussage gegen Aussage, in: Strafverteidiger, 2000, S. 45–48 (zit. als *Sander*, StV 2000, 45).
- Schlothauer, Reinhold*, Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung, Zur Umsetzung der „Legal Aid“-Richtlinie EU 2016/1919 in deutsches Strafprozessrecht, in: Strafverteidiger, 2018, S. 169–187 (zit. als *Schlothauer*, StV 2018, 169).
- Schlothauer, Reinhold*, Neuregelung der Pflichtverteidigung: effektiver und praxistauglicher!?, in: Strafverteidiger, 2017, S. 557–560 (zit. als *Schlothauer*, StV 2017, 557).
- Schlothauer, Reinhold*, Die Flucht aus der Justizförmigkeit durch die europäische Hintertür, in: Strafverteidiger, 2001, S. 127–131 (zit. als *Schlothauer*, StV 2001, 127).
- Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim*, Erweiterte Handlungsspielräume - gesteigerte Verantwortung der Verteidigung im künftigen Ermittlungsverfahren, in: Strafverteidiger, 2004, S. 504–517 (zit. als *Schlothauer/Weider*, StV 2004, 504).
- Schmidt, Eberhard*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 02.05.1961 – 5 StR 579/60, in: Juristische Rundschau, 1961, S. 430–431 (zit. als *Schmidt*, JR 1961, 430).
- Schmidhäuser, Eberhard*, Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 2. Aufl. 1971, S. 511–525 (zit. als *Schmidhäuser*, FS Schmidt, S. 511).
- Schneider, Hartmut*, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten, - Allgemeiner Teil -, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 37. Jahrgang 2017, S. 73–77 (zit. als *Schneider*, NStZ 2017, 73).
- Schneider, Hartmut*, Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen, in: Juristische Ausbildung, Band 12, 1990, S. 572–582 (zit. als *Schneider*, Jura 1990, 572).
- Schneider, Lothar*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, Zur Bedeutung nichtsprachlicher Begleiterscheinungen der Aussage für die forensische Glaubwürdigkeitsbeurteilung, 1991 (zit. als *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse).
- Schneidewin, Karl*, Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, in: Juristische Rundschau, 1951, S. 481–489 (zit. als *Schneidewin*, JR 1951, 481).
- Scholler, Heinrich J.*, Die Freiheit des Gewissens, 1958 (zit. als *Scholler*, Freiheit des Gewissens).
- Schönke, Adolf* (Begr.)/*Schröder, Horst* (ehem. Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019 (zit. als *Schönke/Schröder-Bearbeiter*).
- Schramm, Edward*, Die fehlende Möglichkeit zur konfrontativen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und ihre Auswirkungen auf die Beweiswürdigung, in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, 12. Jahrgang 2011, S. 156–160 (zit. als *Schramm*, HRRS 2011, 156).

- Schroth, Hans-Jürgen*, Der Vorhalt eigener protokollierter Aussagen an den Angeklagten, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 87, 1975, S. 103–131 (zit. als *Schroth*, ZStW 1975, 103).
- Schübel-Pfister, Isabel*, Aktuelles Verwaltungsprozessrecht, in: Juristische Schulung, 62. Jahrgang 2022, S. 416–420 (zit. als *Schübel-Pfister*, JuS 2022, 416).
- Schumann, Antje*, Bedenkliche Tendenzen in der Rechtsprechung des BGH nach „Schatschaschwili vs. Deutschland“, in: Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, 18. Jahrgang 2017, S. 354–359 (zit. als *Schumann*, HRRS 2017, 354).
- Seibert-Fohr, Anja*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, Das Verhältnis des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte zu nationalem Recht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 62. Jahrgang 2002, S. 391–422 (zit. als *Seibert-Fohr*, ZaöRV 2002, 391).
- Sherif, Muzafer*, A study of some social factors in perception, in: Woodworth, R. S. (Hrsg.), Archives of Psychology, Band 187, 1935 (zit. als *Sherif*, in: Archives of Psychology, 187).
- Sodan, Helge* (Hrsg.), Beck'sche Kompakt-Kommentare, Grundgesetz, 5. Aufl. 2024 (zit. als *Sodan-Bearbeiter*).
- Sommer, Ulrich*, Fragen an den Zeugen - Vorhalte an das Recht, Rechtliche Baustellen auf dem Weg zur Konturierung eines Fragerechts, in: Strafverteidiger Forum, 2010, S. 102–111 (zit. als *Sommer*, StraFo 2010, 102).
- Sommer, Ulrich*, Das Fragerecht der Verteidigung, seine Verletzung und die Konsequenzen, in: Neue Juristische Wochenschrift, 58. Jahrgang 2005, S. 1240–1242 (zit. als *Sommer*, NJW 2005, 1240).
- Sowada, Christoph*, Zur Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 25. Jahrgang 2005, S. 1–7 (zit. als *Sowada*, NStZ 2005, 1).
- Spahn, Andreas Guido*, Die notwendige Verteidigung im Jugendstrafverfahren, in: Strafverteidiger Forum, 2004, S. 82–84 (zit. als *Spahn*, StraFo 2004, 82).
- Spitzer, Albert*, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung aus europarechtlicher Sicht, in: Strafverteidiger, 2020, S. 418–426 (zit. als *Spitzer*, StV 2020, 418).
- Stetten, Annette von*, Beweisverwertung bei nicht rechtzeitig erfolgter Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda, Sabine (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1053–1066 (zit. als *Stetten*, FS Beulke, S. 1053).
- Strafrechtsausschuss und Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins*, Entwurf für eine Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Stellungnahme Nr. 51/2005, 2005 (zit. als *Strafrechtsausschuss und Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV*, Stellungnahme Nr. 51/2005).
- Stree, Walter*, Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren, in: Juristenzeitung, 21. Jahrgang 1966, S. 593–600 (zit. als *Stree*, JZ 1966, 593).
- Thomas, Sven*, Der Zeugenbeistand im Strafprozeß, - Zugleich ein Beitrag zu BVerfGE 38, 105 -, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2. Jahrgang 1982, S. 489–496 (zit. als *Thomas*, NStZ 1982, 489).
- Thörnich, Diana*, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der unerreichbare (Auslands-)Zeuge: Appell zur Stärkung des Konfrontationsrechts bei präjudizierender Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren, Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 15.12.2015 - 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 12. Jahrgang 2017, S. 39–55 (zit. als *Thörnich*, ZIS 2017, 39).

- Torka, Ronald*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, Eine Untersuchung über die Grenzen „zulässiger Verteidigung“ und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB, 2000 (zit. als *Torka*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur).
- Tully, Marc/Wenske, Marc*, Zur Pflichtverteidigerbestellung im Rahmen haftrichterlicher Vorführungen, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 39. Jahrgang 2019, S. 183–186 (zit. als *Tully/Wenske*, NStZ 2019, 183).
- Verrel, Torsten*, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes - 1. Teil, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht, 17. Jahrgang 1997, S. 361–365 (zit. als *Verrel*, NStZ 1997, 361).
- Walther, Susanne*, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 150. Jahrgang 2003, S. 204–225 (zit. als *Walther*, GA 2003, 204).
- Welp, Jürgen*, Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 90, 1978, S. 804–828 (zit. als *Welp*, ZStW 1978, 804).
- Weßlau, Edda*, Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik – www.zis-online.com, 9. Jahrgang 2014, S. 558–564 (zit. als *Weßlau*, ZIS 2014, 558).
- Wohlers, Wolfgang*, Die besonders vorsichtige Beweiswürdigung bei gesperrten Beweismitteln, in: Strafverteidiger, 2014, S. 563–569 (zit. als *Wohlers*, StV 2014, 563).
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band II, §§ 94–136a StPO, 5. Aufl. 2016 (zit. als *SK-StPO-Bearbeiter*).
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band III, §§ 137–197 StPO, 5. Aufl. 2016 (zit. als *SK-StPO-Bearbeiter*).
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), SK-StPO, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Band IV, §§ 198–246 StPO, 5. Aufl. 2014 (zit. als *SK-StPO-Bearbeiter*).
- Wolter, Jürgen*, Datenschutz und Strafprozeß, Zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozeßrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 107, 1995, S. 793–842 (zit. als *Wolter*, ZStW 1995, 793).
- Zimbardo, Philip G.*, The Lucifer Effect, Understanding How Good People Turn Evil, 2007 (zit. als *Zimbardo*, The Lucifer Effect).

Einführung

„Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten. Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt.“¹

Letztlich soll als übergeordnetes Ziel im Ergebnis dieses Strafprozesses Rechtsfrieden erreicht werden, sodass „sich die Gemeinschaft über den Rechtsbruch beruhigen kann“², wenn der dem Beschuldigten³ vorgeordnete Rechtsbruch denn nicht gänzlich ausgeschlossen wird.

Der Verfolgung dieser unterschiedlichen Ziele von sich aus bereits immanent ist die Gefahr, dass diese nicht nur harmonisch nebeneinander erreicht werden, sondern auch in Konflikt zueinander treten können.⁴ Diese Konflikträchtigkeit durchzieht daher das gesamte Strafverfahrensrecht und tritt in unterschiedlichsten Ausprägungen an verschiedensten Stellen der StPO⁵ zu Tage. Gerade der Konflikt zwischen dem Ziel der Durchsetzung des staatlichen Strafinteresses einerseits und dem Ziel des Schutzes der Grundrechte des mit Strafe Bedrohten andererseits ist dabei besonders ausgeprägt.⁶

Noch darüber hinaus können aber auch Regelungen, die an sich der Verfolgung ein und desselben Zieles dienen, Konflikte in sich beinhalten, ohne dass es überhaupt zu einem Widerstreit mit anderen Zielsetzungen kommen muss. Mit einem solchen Fall befasst sich die vorliegende Arbeit. Hier geht es ganz konkret um das Spannungsverhältnis zwischen zwei essentiellen Beschuldigtenrechten, um die derzeit de

¹ Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, BT-Drucks 18/11277, S. 1.

² *Schmidhäuser*, FS Schmidt, S. 511 (515 f.).

³ Zur besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit das generische Maskulin verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

⁴ *Kudlich*, Strafprozeß und allg. Mißbrauchsverbot, S. 222 ff.; *MüKoStPO-Kudlich*, Einleitung Rn. 11.

⁵ Die im Rahmen dieser Arbeit verwendeten allgemeinen juristischen Abkürzungen entsprechen denen bei: *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis.

⁶ Vgl. beispielsweise die ausführliche Darstellung bei *Kudlich*, Strafprozeß und allg. Mißbrauchsverbot, S. 166 ff.

lege lata praktizierte, vermeintliche Auflösung dieses Spannungsverhältnisses und um die Frage, ob diese Lösung als verfassungskonform angesehen werden kann, beziehungsweise wie eine vielleicht bessere, rechtsdogmatisch sauberere und mit dem allgemeinen Rechtsempfinden besser zu vereinbarende Lösung aussehen könnte.

Das beschriebene Spannungsverhältnis besteht zwischen dem Fragerecht des Angeklagten in der Hauptverhandlung gemäß § 240 Abs. 2 S. 1 StPO einerseits und dem sich aus dem Grundsatz *Nemo tenetur se ipsum accusare* ergebenden Schweigerecht von möglichen Mitangeklagten andererseits. Nach ersterem steht dem Angeklagten in der Hauptverhandlung grundsätzlich das Recht zu, Fragen an die Zeugen und die Sachverständigen zu stellen. Nach letzterem steht den möglichen Mitangeklagten aber – wie auch dem Angeklagten selbst – gemäß § 243 Abs. 5 S. 1 StPO generell das Recht zu, nicht zur Sache auszusagen.

Aber was gilt bezüglich der Befragung eines Mitangeklagten durch einen anderen? Die StPO hält hierzu in § 240 Abs. 2 S. 2 eine vermeintlich eindeutige Regelung bereit: „Die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten ist unzulässig.“

Doch ist dies der Wahrheit letzter Schluss? Ist dieser Ausschluss seines Fragerechts für den Angeklagten schlichtweg hinzunehmen? Was, wenn der Angeklagte gerade durch eine Aussage seines Mitangeklagten überführt und verurteilt wird? Oder viel schlimmer: Was, wenn der Angeklagte gar aufgrund einer Falschaussage seines Mitangeklagten, die das Gericht aber für wahr erachtet, vermeintlich überführt und dementsprechend verurteilt wird? Menschen machen Fehler. Davor sind auch Strafrichter nicht gefeit. Der Richter am BGH *Ralf Eschelbach*⁷ schätzt beispielsweise, dass jedes vierte Strafurteil ein Fehlurteil sei, also die Verurteilung eines Unschuldigen beinhalte.

Aufgrund des Ausschlusses des Fragerechts könnte sich der Angeklagte gegen solche richterlichen Einschätzungen nicht zur Wehr setzen, ihre

⁷ *Janisch*, Fehlurteile in der deutschen Justiz: Ohne jeden Zweifel, 17.05.2015, abrufbar auf der Internetseite <https://www.sueddeutsche.de/politik/fehlurteile-ohne-jeden-zweifel-1.2479505> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

Entstehung durch Stellung der richtigen Fragen nicht verhindern. Mit dem allgemeinen Rechtsempfinden lässt sich dies nur schwer vereinbaren. Aber kann ein solches Ergebnis dann gewünschter Rechtsstaatlichkeit entsprechen?

Um diese Frage zu beantworten, soll die Regelung des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO im Folgenden näher auf ihre Verfassungskonformität hin untersucht werden. Im Falle der Annahme einer Verfassungswidrigkeit sollen zudem Alternativen zur Lösung des vorbeschriebenen Konflikts erarbeitet werden, die nicht vermeintlich einseitig zu Lasten des Angeklagten gehen und damit bestenfalls sowohl rechtsstaatlich vertretbar als auch mit dem subjektiven Rechtsempfinden vereinbar sind. Im Falle der Feststellung vollständiger Verfassungskonformität der bestehenden Regelung sollen solche Alternativen ebenfalls zumindest im Sinne einer ständigen Fortentwicklung und Verbesserung des geschriebenen Rechts angedacht und ausgearbeitet werden.

Hierzu werden im ersten Teil der Arbeit die Rechte des Beschuldigten im Strafprozess überschlüssig dargestellt und deren Verhältnisse zueinander betrachtet. Ein Schwerpunkt wird dabei bereits auf den Frage- und Schweigerechten des Beschuldigten liegen, deren vorbeschriebener Konflikt bei mehreren Angeklagten in der strafrechtlichen Hauptverhandlung den Kern dieser Arbeit bildet.

Im zweiten Teil soll das Spannungsverhältnis zwischen Fragerecht und Schweigerecht in den Fokus gerückt, die gesetzliche Regelung des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO diskutiert und die derzeitige verfassungsrechtliche Betrachtung ebendieser skizziert werden. Es sollen sodann weiter anhand der *de lege lata* vorherrschenden verfassungsrechtlichen Einordnung von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO die wesentlichen Fragen dieser Arbeit konkretisiert und die Relevanz der festgestellten Problematik herausgearbeitet werden. Dieser Teil wird sowohl hinsichtlich seiner Detailtiefe als auch seiner Priorisierung den Kern der Arbeit ausmachen.

In Abhängigkeit von den Ergebnissen des zweiten Teils wird sich der dritte Teil nachfolgend nochmals vertieft mit einer verfassungsrechtlichen Bewertung der existenten Rechtslage beschäftigen. Dabei werden

insbesondere kompensatorische Lösungen für eine mögliche Verfassungsverletzung diskutiert.

Schließlich sollen im vierten und letzten Teil der Arbeit konkrete Lösungs- oder Verbesserungsvorschläge erdacht und ausformuliert werden, ehe eine abschließende Zusammenfassung die Arbeit abrundet.

1. Teil: Die Rechte des Beschuldigten im Strafprozess und ihre Grundlagen

Als Rechte des Beschuldigten im Strafprozess sind zunächst Verfahrensrechte aller Art zu verstehen, vor allem justizielle und andere Grundrechte, weitere Beteiligungsrechte, Rechte, sich nicht beteiligen zu müssen, Privilegien und Immunitäten, sowie auch Leistungsrechte, etwa auf Einhaltung verfahrensrechtlicher Vorgaben oder Kostenerstattung.⁸ Die Grundlagen des jeweiligen Rechts sind dabei primär in den einfachgesetzlichen Ausformungen der Normen der StPO zu finden. So ist beispielsweise die Grundlage für das Fragerecht des Angeklagten in der Hauptverhandlung in § 240 Abs. 2 S. 1 StPO normiert. Das Schweigerecht des Beschuldigten findet Normierung in den §§ 136 Abs. 1 S. 2 und 243 Abs. 5 S. 1 StPO. Grundlage für das Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers ist § 137 Abs. 1 S. 1 StPO, Grundlage für das Erklärungsrecht des Angeklagten § 257 StPO.

Über diese einfachgesetzlichen Grundlagen hinaus liegt der Ursprung der Beschuldigtenrechte jedoch tiefer in den Grundrechten sowie grundrechtsgleichen Rechten und rechtsstaatlichen Prinzipien. Gleichsam findet dieser Ursprung Ausdruck im nationalen deutschen Recht sowie in der Gesetzgebung der Europäischen Union.⁹

Um die konkrete Problematik dieser Arbeit besser zu verstehen, sollen im Folgenden daher zunächst die Rechte des Beschuldigten im Strafprozess näher umrissen und ihre Grundlagen entsprechend aufgezeigt werden. Dabei wird auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit den

⁸ Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel/Eisele, AEUV Art. 82 Rn. 102.

⁹ Vgl. insoweit die Grundrechte und Staatsprinzipien der Bundesrepublik Deutschland nach dem Grundgesetz sowie die Menschenrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Union insgesamt.

zweifellos vorhandenen Unterschieden der Ausprägungen dieser Rechte im Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren des Strafprozesses verzichtet, um zielorientiert auf eine Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellung nach der Verfassungskonformität der vollständigen Negierung eines unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO hinzuarbeiten.

A. Das Recht auf ein faires Verfahren

I. Auf nationaler Ebene

„Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Es enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Diese Konkretisierung ist zunächst Aufgabe des Gesetzgebers und sodann, in den vom Gesetz gezogenen Grenzen, Pflicht der zuständigen Gerichte bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung.“¹⁰

Das Recht auf ein faires Verfahren ist damit nach dem Verständnis des BVerfG ein umfassender Verfahrensgrundsatz, aus dem sich einerseits gewisse Mindeststandards herleiten lassen und der andererseits die äußeren Grenzen eines im Einzelnen näher auszuübenden Ermessens für Legislative und Judikative bestimmt. Keineswegs ist dieser Grundsatz einzig und allein im Strafprozess von Relevanz, sondern vielmehr im Rahmen jedes Verfahrens zu berücksichtigen, das rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen soll. Der Grundsatz des fairen Verfahrens hat dementsprechend überwältigende Bedeutung für die grundsätzliche Bestimmung von Rechtsstaatlichkeit verfahrensrechtlicher Vorgaben und Handlungen.

Gleichzeitig versteht das BVerfG das Recht auf ein faires Verfahren zudem als einklagbares Grundrecht jedes Einzelnen, in welches der Staat nur aufgrund verfassungsmäßigen Gesetzes eingreifen darf.¹¹

¹⁰ BVerfG, NStZ 2016, 422 (423).

¹¹ BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (274 ff.); 63, 45 (61); BVerfG, NStZ 2016, 422 (423); Brunhöber, ZIS 2010, 761 (762).

Gerade aus diesem Verständnis heraus ist das Recht auf ein faires Verfahren näher zu konkretisieren und durch Umsetzung in einfachgesetzliche Ausformungen handhabbar zu machen. Dies ist auch notwendig, da es an einer ausdrücklichen, positiv-gesetzlichen Normierung des Rechts auf nationaler Ebene fehlt.¹²

II. Supranational im Sinne der EMRK und des IPBPR

Auf supranationaler Ebene ist die Situation eine andere: Der europäische Gesetzgeber hat das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 6 EMRK fest normiert. Die Regelung genießt nach nationaler Betrachtungsweise wie sämtliche Vorschriften der EMRK den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹³ Gleiches gilt auch für die inhaltlich weitgehend identische und zum Teil noch umfassendere Regelung des Art. 14 IPBPR.¹⁴ Der IPBPR betrifft dabei als übereuropäischer völkerrechtlicher Vertrag zwischen den Mitgliedern der Vereinten Nationen allerdings räumlich einen noch weitergehenden Adressatenkreis verpflichteter Staaten als die EMRK.¹⁵

Inhaltlich versteht auch der europäische Gesetzgeber das Recht auf ein faires Verfahren als allgemeingültigen Verfahrensgrundsatz, der als Mindeststandard eine Vielzahl verfahrensrechtlicher Teilgarantien beinhaltet und den Ermessensrahmen für deren konkrete Ausgestaltung definiert, zugleich aber auch konkrete, einklagbare Rechte normiert.¹⁶ Das inhaltliche Verständnis des Rechts ist damit auf nationaler und supranationaler Ebene der EMRK sowie des IPBPR weitgehend identisch.¹⁷

Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art 14 Abs. 1 IPBPR beinhalten zunächst das Recht als Grundsatz an sich, erste Konkretisierungen in Bezug auf die

¹² *Brunhöber*, ZIS 2010, 761 (762).

¹³ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); BGHSt 45, 321 (329); 46, 178 (186); Löwe/Rosenberg-Esser, Einf. EMRK/IPBPR Rn. 119.

¹⁴ *Bülte*, NZWiSt 2017, 49 (55); Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 271; *Seibert-Fohr*, ZaöRV 2002, 391 (413).

¹⁵ Löwe/Rosenberg-Esser, Einf. EMRK/IPBPR Rn. 14.

¹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24 Rn. 66; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 247, 249, 256.

¹⁷ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 12.

Öffentlichkeit des Verfahrens und die Verfahrensdauer sowie Vorgaben für Beschränkungen der grundsätzlichen Gewährleistung. Sie betreffen damit Verfahren jeglicher Art, die rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechen sollen.

Die Absätze 2 und 3 der Vorschriften normieren sodann speziell für das Strafverfahren eine grundsätzliche Unschuldsvermutung (Abs. 2) und weitere Konkretisierungen in Form von Mindestrechten, die dem Beschuldigten im Strafverfahren zustehen (Abs. 3). Die Enumeration der Mindestrechte der jeweiligen Absätze 3 ist dabei keineswegs abschließend.¹⁸ Vielmehr sind neben ihnen aus Absatz 1 der jeweiligen Vorschrift, der insoweit als Auffangtatbestand fungiert, weitere Beschuldigtenrechte herleitbar.¹⁹

Art. 14 Abs. 3 IPBPR geht in seiner Enumeration dabei insbesondere an zwei Stellen über Art. 6 Abs. 3 EMRK hinaus: So ist zum einen unter lit. c ein Verbot der unangemessenen Urteilsverzögerung normiert und zum anderen unter lit. g eine gesetzliche Umsetzung des noch näher darzustellenden Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit festgehalten.²⁰ Zusätzlich finden sich in Art. 14 Abs. 4 bis 7 IPBPR gesetzliche Normierungen weiterer, über den Grundsatz des fairen Verfahrens hinausgehender Rechte und Grundsätze, die Art. 6 EMRK in dieser Form nicht ausdrücklich beinhaltet, die allerdings durch Zusatzprotokoll zur EMRK vom 22.11.1984 zu dieser übernommen wurden.²¹

Die Regelungen des Art. 6 EMRK und Art. 14 IPBPR machen das Recht auf ein faires Verfahren damit insgesamt im Vergleich mit der nationalen Handhabung wesentlich greifbarer. Zu beachten ist allerdings, dass sie über die, in den jeweiligen Absätzen 3 explizit normierten Rechte hinaus, keine konkreten Individualrechte für den Einzelnen gewähren, sondern lediglich Organisationsgarantien vorgeben, deren

¹⁸ KK-StPO-Lohse/Jakobs, MRK Art. 6 Rn. 80.

¹⁹ KK-StPO-Lohse/Jakobs, MRK Art. 6 Rn. 4.

²⁰ Vgl. hierzu 1. Teil, B.

²¹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984, abrufbar auf der Internetseite <https://www.menschenrechtskonvention.eu/protokoll-nr-7-emrk-9273> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025]; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 11.

Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber obliegt.²² Da diesen dabei eine Verpflichtung zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung trifft, entfalten die Regelungen letztlich eine Orientierungs- und Leitfunktion für Schaffung, Auslegung und Anwendung nationaler Vorschriften, der bis hin zur Grenze der methodischen Unvertretbarkeit Rechnung zu tragen ist.²³

III. Mindeststandards und Ermessensrahmen

Das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet also sowohl nach nationalem deutschem als auch supranationalem europäischem Verständnis zunächst einmal gewisse verfahrensrechtliche Mindeststandards, die eingehalten werden müssen, damit das Verfahren an sich als rechtsstaatlich angesehen werden kann. Diese Mindeststandardgarantie beinhaltet, dass das Verfahren fair und korrekt abläuft, also insbesondere nicht willkürlich.²⁴ Konkret bezogen auf den Strafprozess bedeutet dies, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens degradiert werden darf, sondern ihm vielmehr die Möglichkeit eingeräumt werden muss, an diesem aktiv teilzunehmen, seine Rechte auszuüben, Übergriffe staatlicher Stellen und anderer Verfahrensbeteiligter in angemessener Weise abzuwehren und somit unmittelbaren Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens zu nehmen.²⁵

Die Mindeststandardgarantie gewährt jedoch nicht nur Rechte für den Beschuldigten. Vielmehr werden durch sie den staatlichen Stellen gleichzeitig auch Verpflichtungen auferlegt. Insbesondere haben diese Stellen durch eine umfassende Aufklärung des konkreten Sachverhalts eine hinreichende tatsächliche Grundlage dafür zu schaffen, dass am Ende des jeweiligen Verfahrens eine berechnete, rechtsstaatlichen

²² BeckOK StPO-*Valerius*, EMRK Art. 6 Rn. 14; KK-StPO-*Lohse/Jakobs*, MRK Art. 6 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-*Esser*, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 249 f.

²³ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); 128, 326 (366 ff.).

²⁴ BVerfGE 57, 250 (275); 64, 135 (145); 70, 297 (308); 86, 288 (317); 122, 248 (271 f.); 130, 1 (25 ff.); 133, 168 (200).

²⁵ BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (274 ff.); 64, 135 (145); 70, 297 (308); 86, 288 (317); 118, 212 (231); 122, 248 (271 f.); 130, 1 (25 ff.); 133, 168 (200 f.).

Anforderungen entsprechende Entscheidung getroffen werden kann.²⁶ Die Entscheidung muss sodann anhand dieser hinreichenden Tatsachengrundlage nachvollziehbar begründet und ausgesprochen werden, wobei eine Verletzung des Mindeststandards erst vorliegen soll, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.²⁷

Die vorbezeichnete Gesamtbetrachtung ist insgesamt der einhellige Duktus von nationaler und europäischer Rechtsprechung zur Feststellung von relevanten, d. h. rechtsfolgenauslösenden Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren.²⁸ Es kann danach durchaus eine erhebliche Verletzung einzelner, aus der Mindeststandardgarantie abgeleiteter Konkretisierungen vorliegen, ohne dass insgesamt eine rechtsfolgenauslösende Verletzung des Rechts an sich angenommen wird, wenn das Verfahren insgesamt dennoch als fair angesehen werden kann. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn die konkrete Verfahrensverletzung an anderer Stelle kompensiert wird. Umgekehrt soll sich eine rechtsfolgenauslösende Verletzung unter Gesamtbetrachtung des Verfahrens allerdings ergeben können, wenn an sich keine erheblichen Einzelverstöße gegen Konkretisierungen festzustellen sind, das Verfahren aber insgesamt aufgrund einer Vielzahl von für sich genommen noch nicht erheblichen Verletzungen dennoch als unfair erscheint.²⁹

Neben den und zugleich auch durch die vorbezeichneten Mindeststandards setzt das Recht auf ein faires Verfahren den äußeren Rahmen für eine Ermessensausübung der Legislative und Judikative bei seiner Umsetzung fest.³⁰ Danach ist es zunächst Ermessensaufgabe des Gesetzgebers, die Grundstrukturen eines fairen und korrekten Verfahrens zu

²⁶ BVerfGE 57, 250 (274 f.); 70, 297 (308); 122, 248 (270); BVerfG, NJW 2012, 1136.

²⁷ BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (276); 64, 135 (145 f.); 70, 297 (308); 86, 288 (317); 118, 212 (231); 122, 248 (271 f.); 130, 1 (25); 133, 168 (200).

²⁸ EGMR, NJW 2003, 2297; NJW 2006, 3117 (3122); NJW 2010, 213 (215); BVerfGE 57, 250 (279); 64, 135 (145 f.); 122, 248 (272 f.); 130, 1 (25 ff.); 133, 168 (200 ff.).

²⁹ Vgl. hierzu auch die Darstellung bei *Jahn*, ZStW 2015, 549 (591 f.).

³⁰ BeckOK StPO-*Valerius*, EMRK Art. 6 Rn. 14 f.; KK-StPO-*Lohse/Jakobs*, MRK Art. 6 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-*Esser*, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 249 f.

schaffen. Sodann ist es Aufgabe der Strafrechtspflege und insbesondere der Gerichte, im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Grenzen eigenes Ermessen bei der Rechtsauslegung und -anwendung auszuüben, insbesondere verfahrensbeendende Entscheidungen zu konkretisieren. Die Gerichte haben dabei den Schutzgehalt der in Frage stehenden Verfahrensnormen und anschließend die Rechtsfolgen ihrer Verletzung zu bestimmen.³¹

IV. Einzelne Konkretisierungen in Gesetz und Rechtsprechung

Wenngleich das Recht auf ein faires Verfahren als solches keine ausdrückliche positiv-gesetzliche Normierung im nationalen Recht findet,³² und auch die in Art. 6 EMRK und Art. 14 IPBPR erfolgten Normierungen nicht abschließend sind,³³ hat das Recht doch im Laufe der Zeit Konkretisierungen in unterschiedlichsten Formen von Verfahrensgrundsätzen und positiv-gesetzlich normierten Einzelrechten gefunden.

Eine dieser Ausprägungen ist zunächst der allgemein-verfahrensrechtliche Grundsatz der Waffengleichheit. Dieser soll den Verfahrensbeteiligten eine grundsätzliche Gleichstellung garantieren, die insbesondere beinhaltet, gleiche Einflussnahmemöglichkeiten auf den Ablauf des Verfahrens und die Entscheidungsfindung wahrnehmen zu können.³⁴

Hiermit einher geht als weitere Ausprägung die Voraussetzung, dass das Verfahren kontradiktorisch abläuft, dass die Verfahrensbeteiligten also ihre jeweils widerstreitenden Interessen auch tatsächlich ausüben und vertreten können. Im Sinne der Beachtung einer allgemeinen Verfahrensgerechtigkeit kommt dieser Sicherung der effektiven Teilhabe überragende Bedeutung zu.³⁵

³¹ BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 57, 250 (276); 63, 45 (61); 64, 135 (145 f.); 70, 297 (308); 86, 288 (317); 118, 212 (231); 122, 248 (271 f.); 130, 1 (25); 133, 168 (200); BVerfG, NStZ 2016, 422 (423).

³² Vgl. 1. Teil, A. I.

³³ Vgl. 1. Teil, A. II.

³⁴ EGMR, Entscheidung vom 04.05.2010 – 11603/06, BeckRS 2011, 24522; EGMR, NJW 2019, 2005 (2006); BVerfGE 38, 105 (111); 110, 226 (253); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24 Rn. 67.

³⁵ EGMR, NJW 2019, 2005 (2006); Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 257.

Konkret auf den Strafprozess bezogen resultiert hieraus beispielsweise ein umfassendes, in Art 6 Abs. 3 lit. a EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. a IPBPR ausdrücklich normiertes Kenntnisnahmerecht des Beschuldigten über den Inhalt der gegen ihn erhobenen Vorwürfe und den Umfang der durchgeführten Ermittlungen sowie des gewonnenen Beweismaterials, das Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK beziehungsweise Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR und § 137 StPO, das Recht auf Akteneinsicht gemäß § 147 StPO oder das Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung, das sich aus der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht gemäß § 230 StPO ableiten lässt.³⁶

Weitere Ausprägungen findet das Recht auf ein faires Verfahren neben derart konkretisierten Einzelrechten für den Beschuldigten in Form von Verpflichtungen und Obliegenheiten, welche die gegenüberstehenden staatlichen Stellen treffen: So trifft etwa die Staatsanwaltschaft bereits im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gemäß § 160 Abs. 2 StPO die Pflicht, nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände zu ermitteln. Weiterhin sind gemäß § 136 StPO umfassende Belehrungspflichten zu erfüllen und gemäß § 136a StPO verbotene Vernehmungsmethoden zu unterlassen. Auch sind Verfahrensabsprachen mit dem Beschuldigten einzuhalten, wofür das Gericht im Zweifel Sorge zu tragen hat.³⁷ Dieses darf ferner aus eigenen Fehlern und Versäumnissen im Rahmen der Verfahrensführung keine Nachteile für den Beschuldigten ableiten und ist zu einer umfassenden Begründung seiner Entscheidungen verpflichtet.³⁸

V. Das Fragerecht des Angeklagten

Eine besondere Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren stellt das in § 240 Abs. 2 S. 1 StPO normierte Fragerecht des Angeklagten in der strafrechtlichen Hauptverhandlung dar. Es gewährt dem

³⁶ EGMR, ÖJZ 1993, 391 (393); NJW 1999, 2353 (2354); NJW 2001, 2387 (2390 f.); ÖJZ 2002, 911 (914); BVerfGE 39, 238 (243); BVerfG, StV 2002, 578; BGH, NSTZ 1990, 193 (194); BGHSt 42, 15 (20 f.); *Gaede*, StV 2006, 599 (601 f.).

³⁷ BGH, NSTZ 2008, 416 (417).

³⁸ EGMR, NJW 1993, 1697; NJW 1999, 2429; NSTZ 2013, 175 (177); BVerfGE 78, 123 (126); 110, 339 (342).

Angeklagten die Befugnis, unmittelbar Fragen an die Zeugen und die Sachverständigen zu stellen.³⁹ Der Begriff der „Fragen“ ist in diesem Sinne allerdings eng zu verstehen: Einzelne Fragen sind gestattet, auf umfassende, detailreiche Schilderungen von Tatsachenkomplexen soll der Angeklagte hingegen nicht bestehen können. Auch eigene Ausführungen sind kurz zu halten. Entsprechend sollen ihm nur in engem Umfang kurze Vorhalte und knappe Erläuterungen, keinesfalls aber weit-schweifige Stellungnahmen im Sinne eines quasi vorweggenommenen Plädoyers zustehen.⁴⁰

Die Adressaten des Fragerechts sind in § 240 Abs. 1 StPO näher bezeichnet. Dem Wortlaut nach handelt es sich hierbei um „den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen“. Da der Angeklagte sich nicht selbst befragen muss – ihm steht analog zu seinem Recht aus § 243 Abs. 5 S. 1 StPO, nicht zur Sache aussagen zu müssen, in Folge seiner Stellung als Verfahrenssubjekt nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und des rechtlichen Gehörs das Recht zur Äußerung ohnehin zu –⁴¹ kann er seine Fragen also grundsätzlich nur an Zeugen und Sachverständige richten. Dieser bereits überschaubare Adressatenkreis wurde in der früheren nationalen Rechtsprechung zusätzlich noch restriktiv ausgelegt: Zeugen und Sachverständige sollten nur diejenigen Personen sein, die in ihrer formalen Eigenschaft als solche in der Hauptverhandlung unmittelbar aussagten. Weder Personen, die zwar nicht selbst unmittelbar in der Hauptverhandlung auftraten, deren Aussagen aber dennoch auf andere Weise zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht wurden, noch Personen, die nicht den formalen Bezeichnungen als Zeuge oder Sachverständiger unterfielen, sollten zum Adressatenkreis gehören. Die Folge aus dieser Auslegung war, dass ein Frage-recht des Angeklagten gegenüber anderen Personen wie etwa einem Mitangeklagten von vornherein ausgeschlossen wurde.⁴²

³⁹ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 8; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 14; Meyer-Goßner/Schmitt, § 240 Rn. 9.

⁴⁰ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 8; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 5; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 16; Meyer-Goßner/Schmitt, § 240 Rn. 5; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 6.

⁴¹ BGH, NJW 1991, 1243; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 802; KK-StPO-Schneider, § 243 Rn. 76; Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 62.

⁴² BVerfG, NStZ 1991, 445 f.; BGHSt 17, 382 (388); BGH, NJW 1991, 646.

Demgegenüber vertritt der EGMR seit jeher ein abweichendes Verständnis: Er versteht die Begriffe der „Zeugen und Sachverständigen“ nicht rein formal, sondern im Lichte der EMRK.⁴³ Diese normiert in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK inhaltsgleich mit Art. 14 Abs. 3 lit. e IPBPR ein eigenständiges Fragerecht für den Angeklagten, nach welchem er Fragen an sogenannte „Belastungszeugen“ stellen darf. Dieses Recht soll dem Angeklagten eine umfassende Befugnis zur Konfrontation verleihen, in Folge derer er nicht nur Fragen stellen, sondern auch Aussagen infrage stellen darf.⁴⁴

Zweifellos geht der EGMR mit diesem Verständnis eines umfassenden Konfrontationsrechts deutlich über das frühere Verständnis nationaler Rechtsprechung von dem, dem Angeklagten eingeräumten Fragerecht hinaus. Ziel dieser weiten Auslegung ist es, dem Angeklagten vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Waffengleichheit eine tatsächliche Überprüfung des Wahrheitsgehalts der jeweiligen Aussage und damit die tatsächliche Ausübung seiner Verteidigungsrechte zu ermöglichen.⁴⁵

Übereinstimmend mit dieser Linie definiert der EGMR den Begriff der „Belastungszeugen“ ebenfalls deutlich weiter als die frühere nationale Rechtsprechung den Begriff des „Zeugen“: Nicht die formelle Verfahrensstellung ist demnach entscheidend. „Belastungszeuge“ ist vielmehr jeder, dessen Aussage vom entscheidenden Gericht als Beweismittel im Rahmen der Entscheidungsfindung gegen den Beschuldigten berücksichtigt wird.⁴⁶ Explizit sind hierunter daher auch Mitbeschuldigte in

⁴³ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1135, 1216.

⁴⁴ EGMR, ÖJZ 1997, 151; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1145; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 242; Renzikowski, FS Mehle, S. 529 (535 ff.); Walther, GA 2003, 204 (212 ff.).

⁴⁵ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1128 f.; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 232 f.

⁴⁶ EGMR, *Kostovski vs. the Netherlands*, no. 11454/85, Urteil vom 20.11.1989, § 40; *Windisch vs. Austria*, no. 12489/86, Urteil vom 27.09.1990, § 23; *Asch vs. Austria*, no. 12398/86, Urteil vom 26.04.1991, § 25; *Artner vs. Austria*, no. 13161/87, Urteil vom 28.08.1992, § 19; *Lucá vs. Italy*, no. 33354/96, Urteil vom 27.02.2001, § 41; Esser, *Europäisches Strafverfahrensrecht*, S. 630; *Grabenwarter/Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, § 24 Rn. 131; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1133; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 239.

beliebigen Verfahrensstadien, insbesondere also auch Mitangeklagte im Rahmen der strafrechtlichen Hauptverhandlung zu verstehen.⁴⁷

Nach jahrelanger Divergenz hat sich die nationale Rechtsprechung dem Verständnis des EGMR inzwischen weitgehend angeschlossen.⁴⁸ Grundsätzlich kann das Fragerecht des Angeklagten in der Hauptverhandlung damit also über die formal als Zeugen und Sachverständige am Verfahren beteiligten Personen hinaus auch gegenüber Belastungszeugen im Sinne der weiten Definition des EGMR ausgeübt werden. Dabei sind dem Angeklagten zum Zweck einer über die bloße Fragestellung hinausgehenden Konfrontationsmöglichkeit gewisse Freiheiten in Bezug auf Art und Inhalt der Ausübung zuzugestehen.⁴⁹

B. Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit

I. Auf nationaler Ebene

Nemo tenetur se ipsum accusare – niemand ist gehalten, sich selbst zu belasten. Gleich ob in diesem Gewand oder in den synonym verwendeten Erscheinungsformen der Selbstbelastungsfreiheit, der Freiheit von Selbstbelastungszwang oder der leicht abgewandelten lateinischen Bezeichnung nemo tenetur se ipsum prodere, der Grundsatz beinhaltet eines der wesentlichsten Verteidigungsrechte des Beschuldigten im gesamten Strafverfahren: der Beschuldigte ist nicht gezwungen, an seiner Überführung mitzuwirken.⁵⁰

Ebenso wie das bereits dargestellte Recht auf ein faires Verfahren findet auch das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit keine positiv-

⁴⁷ EGMR, *Lucá vs. Italy*, no. 33354/96, Urteil vom 27.02.2001, § 41; *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (190); *Esser*, Europäisches Strafverfahrensrecht, S. 631; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1143; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 240.

⁴⁸ BGH, NStZ-RR 1996, 334; NJW 2005, 1132; NStZ-RR 2005, 321; *Esser*, Europäisches Strafverfahrensrecht, S. 631.

⁴⁹ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1159 ff.; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 242 f.

⁵⁰ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 1; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 87.

gesetzliche Normierung im nationalen deutschen Recht.⁵¹ *Buchholz*⁵² sieht als zentralen normativen Anknüpfungspunkt im deutschen Recht deshalb die verschiedenen Belehrungspflichten in der StPO an, etwa die §§ 136 Abs. 1 S. 2, 243 Abs. 5 S. 1 StPO.⁵³

Tatsächlich ist die rechtliche Grundlage seit jeher umstritten. So wurde sie verschiedentlich bereits in der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG⁵⁴, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG⁵⁵, der Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG⁵⁶ oder dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG⁵⁷ verortet. Auch wurden Berührungspunkte mit dem Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG⁵⁸ sowie dem Grundsatz des fairen Verfahrens⁵⁹ und der Unschuldsvermutung⁶⁰ festgestellt.⁶¹ Zutreffend hält *Buchholz*⁶² die Begründung der Selbstbelastungsfreiheit daher unter Bezugnahme auf den englischen Professor *Redmayne*⁶³ nach wie vor für „mysteriös“.

Losgelöst von der konkreten Festlegung einer rechtlichen Grundlage wird das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit in der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG jedenfalls als Grundprinzip des rechtsstaatlichen

⁵¹ *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 13; *Eschelbach*, GA 2015, 545 (548); *MüKoStPO-Schuhr*, vor § 133 Rn. 4; *Rösinger*, Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 3; *Torka*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, S. 57; *Verrel*, NStZ 1997, 361 (365).

⁵² *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 13.

⁵³ So auch: *Verrel*, NStZ 1997, 361 (365); vgl. ferner entsprechend: *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. J Rn. 87 und *MüKoStPO-Schuhr*, vor § 133 Rn. 5.

⁵⁴ *Torka*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, S. 117; *Wolter*, ZStW 1995, 793 (814).

⁵⁵ BVerfGE 38, 105 (111); 56, 37 (41 f.); 95, 220 (241); *Mahlstedt*, Verdeckte Befragung, S. 63; *Nothhelfer*, Freiheit von Selbstbeziehungszwang, S. 75 ff.; *Rogall*, Der Beschuldigte, S. 148; SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rn. 130.

⁵⁶ *Lorenz*, JZ 1992, 1000 (1006); zum Gedanken des Ausschlusses des Aussagezwangs als Ausdruck der „Respektierung des Gewissens“ und der Anwendung des Art. 4 Abs. 1 GG als konkrete Schutznorm vgl. bereits: *Scholler*, Freiheit des Gewissens, S. 150.

⁵⁷ BVerfGE 55, 144 (150); 133, 168 (200); BGH, NJW 1983, 1570 (1571); NJW 2018, 1986; *Dannecker*, ZStW 1999, 256 ff.; *Paeffgen*, Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, S. 68 ff.; *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, S. 155 ff.

⁵⁸ *Böse* GA 2002, 98 ff.

⁵⁹ EGMR, StV 2003, 257 (259); *Huber*, JuS 2007, 711; *Roxin*, NStZ 1997, 18 (20 f.).

⁶⁰ *Dingeldey*, JA 1984, 407 (409); *Huber*, JuS 2007, 711; *Rüping*, JR 1974, 135 (138).

⁶¹ Vgl. auch: *Verrel*, NStZ 1997, 361 (365).

⁶² *Buchholz*, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 8.

⁶³ *Redmayne*, OJLS 2007, 209 (232).

Strafverfahrens angesehen, dem Verfassungsrang zugemessen wird.⁶⁴ Es genießt mithin bereits nach nationaler Betrachtung eine ebenso überragende Bedeutung als essenzielles Beschuldigtenrecht wie auch das Recht auf ein faires Verfahren und die sich aus diesem ergebenden Mindeststandards und Einzelkonkretisierungen.

II. Supranational im Sinne der EMRK und des IPBPR

Ebenso wie es an einer positiv-gesetzlichen Normierung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit innerhalb der deutschen Rechtsordnung fehlt, hat eine solche bis dato auch keinen Einzug in die EMRK gefunden.⁶⁵ Der EGMR versteht es jedoch als Bestandteil, ja sogar als Kernstück des Rechts auf ein faires Verfahren und leitet es daher aus Art. 6 EMRK her.⁶⁶ Inhaltlich unterscheidet sich das europäische Verständnis im Übrigen nicht nennenswert vom nationalen deutschen.

Abweichend von der unterbliebenen, nationalen Normierung sowie der Nichterwähnung im Rahmen der EMRK hat das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit im IPBPR in Art. 14 Abs. 3 lit. g eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erfahren. Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR bestimmt: „Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte [...] darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.“

Zwar erfasst die Vorschrift damit ihrem Wortlaut nach nur „Angeklagte“, nach zustimmungswürdiger, weitergehender Auslegung sind hierunter im Einklang mit dem Verständnis des EGMR und der nationalen Obergerichte aber sämtliche Beschuldigte, gleich in welchem Verfahrensstadium sie sich befinden, und noch weiter sämtliche Personen, insbesondere auch Zeugen, die durch ihre Mitwirkung in die

⁶⁴ BVerfGE 56, 37 (43); BGH, NSTz 2013, 604 (605); NJW 2018, 1986; so auch: Rogall, Der Beschuldigte, S. 148.

⁶⁵ Insoweit a. A.: Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 14, der meint, dass Art. 6 EMRK als gesetzliche Normierung des nemo tenetur-Grundsatz angesehen werde.

⁶⁶ EGMR, StV 2003, 257 (259); Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1332; explizit auf Art. 6 Abs. 3 EMRK rekurrierend: Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 228.

Gefahr der Selbstbelastung geraten könnten, zu verstehen.⁶⁷ Im Lichte dieser weiten Auslegung sind als „strafbare Handlungen“ folgerichtig ebenso nicht ausschließlich Zuwiderhandlungen gegen formelle Strafvorschriften anzusehen, sondern gleichermaßen Ordnungswidrigkeiten, berufs- und disziplinarrechtliche Verstöße sowie mit strafähnlichen Sanktionen bedrohte Verhaltensweisen.⁶⁸

Insgesamt stellt die Vorschrift des Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR damit eine Wiedergabe des übereinstimmenden europäischen und nationalen deutschen Verständnisses des Nemo-tenetur-Grundsatzes dar, die aufgrund ihres Wesens als Bestandteil eines völkerrechtlichen Vertrages national auf dem Rang eines einfachen Bundesgesetzes einzustufen ist.⁶⁹ Anders als im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren stellt sich hier die Frage nach dem Verhältnis von nationalem und supranationalem Verständnis wegen der dargestellten Übereinstimmung jedoch nicht.

III. Konkreter Inhalt des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit

Der UN-Menschenrechtsausschuss (Human Rights Committee) stellte bereits im Jahr 2008 unter Bezugnahme auf Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR fest: „It [the Committee] recalls its previous jurisprudence that the wording, in article 14, paragraph 3(g), that no one shall "be compelled to testify against himself or confess guilt", must be understood in terms of the absence of any direct or indirect physical or psychological coercion by the investigating authorities on the accused with a view to obtaining a confession of guilt.“⁷⁰

Es verbietet sich also jeder unmittelbare oder mittelbar unangemessene, körperliche oder psychische Zwang, durch den eine Person zur Abgabe einer dem Zwecke ihrer Strafverfolgung dienenden Äußerung oder

⁶⁷ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1344.

⁶⁸ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1343.

⁶⁹ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317); BGHSt 45, 321 (329); 46, 178 (186); Buchholz, Der nemo tenetur-Grundsatz, S. 13 f.; Rogall, Der Beschuldigte, S. 124.

⁷⁰ HRC, *Sharifova vs. Tajikistan*, Comm. 1209, 1231/2003 & 1241/2004, U.N. Doc. A/63/40, Vol. II, at 33 (HRC 2008), 01.04.2008, abrufbar auf der Internetseite http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2008.04.01_Sharifova_v_Tajikistan.htm [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

sonstigen Mitwirkung veranlasst wird oder veranlasst werden soll.⁷¹ Dies ist der wesentliche Schutz, den der Nemo-tenetur-Grundsatz inhaltlich gewährleistet. Entscheidend ist, ob die betroffene Person eine andere Wahl hat, als entweder mitzuwirken und sich damit ihrer eigenen Strafverfolgung auszusetzen oder wegen Nichtmitwirkens sanktioniert zu werden.⁷² Unzulässiger Zwang entsteht dabei nicht etwa nur in den Fällen der Anwendung gesetzlich untersagter Methoden wie nach Art. 3 EMRK, Art. 7 IPBPR oder § 136a StPO, sondern durch jedwede unzulässige Ausübung von Druck, durch die der Betroffene zu einer Selbstbelastung bewegt werden soll.⁷³

Dazu, in welchen Fällen konkret eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit vorliegt und wann eine hoheitliche Maßnahme insoweit nicht ausreichen soll, existiert inzwischen sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene weitreichende Rechtsprechung, die sich in ständiger Diskussion und Fortbildung befindet.⁷⁴ Gegenstand dieser Rechtsprechung waren etwa bereits Fragen wie die nachteilige Berücksichtigung von Schweigen, Teilschweigen und unterlassener Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung, Verteidigerkonsultation oder etwa von Ergebnissen verdeckter Ermittlungspersonen oder vertraulichen Angaben gegenüber Privatpersonen.⁷⁵ Auf die Darstellung von Einzelheiten hierzu soll an dieser Stelle jedoch verzichtet werden, da diese weder den Kern der vorliegenden Arbeit beträfe noch in notwendigerweise abgekürzter Form einen förderlichen Beitrag zu diesen Diskussionen darstellen könnte.

Losgelöst von der Kasuistik der gerichtlich bestätigten Verstöße gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit und der hierüber geführten Diskussionen, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge, die ein Verstoß nach sich zieht. Weder die EMRK noch der IPBPR enthalten

⁷¹ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1345 m. w. N.

⁷² Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1347 m. w. N.

⁷³ Rogall, Der Beschuldigte, S. 146; ausführlicher zu konkreten Anwendungsfällen: Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1349 ff. m. w. N. und Verrel, NStZ 1997, 361 ff.

⁷⁴ Vgl. insoweit exemplarisch: Roxin, NStZ 1997, 18 (19).

⁷⁵ EGMR, JuS 2002, 700; NJW 2006, 3117; Urteil vom 11.12.2008 – 4268/04, BeckRS 2008, 145717; Urteil vom 14.10.2010 – 1466/07, BeckRS 2010, 145063; BGHSt 42, 139 (152); 45, 367; BGH, NJW 2007, 3138; NJW 2018, 1986.

hierzu eine Vorgabe. Es ist mithin dem nationalen Recht überlassen, konkrete Rechtsfolgen zu bestimmen.⁷⁶

Auch in der nationalen deutschen Gesetzgebung fehlt es jedoch an einer Vorschrift, die abstrakt und allgemeingültig eine Rechtsfolge für Verstöße gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz statuieren würde. Lediglich für konkretisierte Einzelfälle sind Normierungen vorhanden. So bestimmt § 100d Abs. 2 S. 1 StPO beispielsweise Beweisverwertungsverbote für Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch Maßnahmen der Telekommunikations-, akustischen Wohnraumüberwachung oder Online-Durchsuchung erlangt wurden. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO enthält ein Beweisverwertungsverbot für Aussagen, die unter Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden zustande gekommen sind. In § 100d Abs. 2 S. 2 StPO findet sich ferner ein Lösungsgebot für Aufzeichnungen über Erkenntnisse, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung entstammen.

Ebenso wurden durch die Rechtsprechung auf nationaler Ebene Rechtsfolgen für Verstöße konkretisiert. Diese Konkretisierungen münden im Ergebnis bisher übereinstimmend in einzelfallabhängigen Entscheidungen über die Annahme von Beweisverwertungsverböten oder besonderen Abwägungsgeboten im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung.⁷⁷ Nach einer abstrakt-allgemeingültigen Rechtsfolgenvorgabe sucht man jedoch auch in der Rechtsprechung vergeblich.

IV. Das Schweigerecht des Angeklagten

Das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit bezieht sich nicht nur auf die Aussagefreiheit des Betroffenen, sondern gewährt Entscheidungsfreiheit über jedwede Mitwirkung im gesamten strafrechtlichen Verfahren.⁷⁸ Wenngleich neben der Äußerung weitere

⁷⁶ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1415.

⁷⁷ BGHSt 42, 139; 45, 367; BGH, NJW 2007, 2341; NJW 2007, 3138; NStZ 2009, 581; NStZ 2013, 604; NJW 2018, 1986.

⁷⁸ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1330; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 88, 90; Rösinger, Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 4.

Mitwirkungshandlungen denkbar und vorhanden sind,⁷⁹ so bildet die Wahrung eben dieser Aussagefreiheit doch den existenziellen Kern des Nemo-tenetur-Grundsatzes.⁸⁰ Dass es dem Beschuldigten im Strafverfahren freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, ist ihm gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 StPO bereits bei Beginn der Vernehmung mitzuteilen. War hiermit bis zum 30.06.2021 explizit noch der Beginn der *ersten* Vernehmung gemeint, so wurde mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften⁸¹ ab dem 01.07.2021 klargestellt, dass diese Belehrung wirklich vor *jeder* Vernehmung zu erfolgen hat.⁸²

§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO gilt unmittelbar zwar nur für richterliche Vernehmungen vor und außerhalb der Hauptverhandlung,⁸³ wird über die Verweise in § 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO aber ausdrücklich auch für Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei für anwendbar erklärt.⁸⁴ Regelmäßig liegt der Zeitpunkt der erstmaligen Belehrungspflicht damit weit vor einer etwaigen Hauptverhandlung bereits zu Beginn des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens.⁸⁵

In der Hauptverhandlung ist der Angeklagte gemäß § 243 Abs. 5 S. 1 StPO sodann nach Verlesung des Anklagesatzes und der Feststellung von Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO erneut über sein Recht zu Schweigen zu belehren. Dieser Hinweis ist als Ausdruck der gerichtlichen Fürsorgepflicht zwingend. Er soll sicherstellen, dass dem

⁷⁹ Vertiefend hierzu: *Rösinger*, Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 18 ff.

⁸⁰ *Rösinger*, Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung, S. 4.

⁸¹ BGBl. 2021 I Nr. 37, S. 2099.

⁸² Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drucks 19/27654, S. 38, 81 f.; MüKoStPO-Schuhr, § 136 Rn. 9 f.

⁸³ BeckOK StPO-Monka, § 136 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Gleiß, § 136 Rn. 1; MüKoStPO-Schuhr, § 136 Rn. 8; NK-GS-Jäger, StPO § 136 Rn. 18.

⁸⁴ Für polizeiliche Belehrungen gilt insoweit allerdings die Einschränkung, dass auf die Benennung der in Betracht kommenden Strafvorschriften verzichtet werden darf; BeckOK StPO-Monka, § 136 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Gleiß, § 136 Rn. 2; MüKoStPO-Schuhr, § 136 Rn. 8; NK-GS-Jäger, StPO § 136 Rn. 18.

⁸⁵ Dies ergibt sich beispielsweise bereits aus den Erwägungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften gemäß BT-Drucks 19/27654, S. 38, in denen der Gesetzgeber explizit die Geltung der Belehrungspflicht sowohl „für richterliche, staatsanwaltschaftliche wie polizeiliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren“ benennt.

Angeklagten bewusst ist, sich sowohl redend als auch schweigend verteidigen zu können.⁸⁶ Zudem soll der Hinweis etwaigen psychischen Hemmungen des Angeklagten, von seinem Schweigerecht auch tatsächlich Gebrauch zu machen, entgegenwirken.⁸⁷ Um dieses letztgenannte Ziel zu erreichen, ist er gegebenenfalls zu wiederholen, so etwa im Rahmen einer Berufungsverhandlung oder erneuten erstinstanzlichen Hauptverhandlung nach Zurückverweisung.⁸⁸ Unterbleibt der gerichtliche Hinweis nach § 243 Abs. 5 S. 1 StPO gänzlich, kann dies als Verfahrensfehler im Rahmen der Revision gerügt werden.⁸⁹ Wird er noch in der Hauptverhandlung nachgeholt, so hat das Gericht den Angeklagten zusätzlich darüber zu belehren, dass seine gegebenenfalls bis dahin bereits erfolgte Einlassung unverwertbar ist.⁹⁰

Das Schweigerecht steht dem Angeklagten gegenüber sämtlichen Beteiligten der Hauptverhandlung zu. Wer ihn befragt, ist insoweit irrelevant. Macht er von ihm Gebrauch, darf dies nicht zu seinem Nachteil bewertet werden.⁹¹ Anderes gilt ausschließlich bei Teilschweigen, wenn der Angeklagte lediglich die Beantwortung einzelner Fragen hinsichtlich eines einheitlichen Gesamtgeschehens verweigert.⁹² Auch wenn der Angeklagte schweigt, hindert dies im Übrigen nicht die Einführung früherer Aussagen, die er bereits außerhalb der Hauptverhandlung getätigt hat, durch Verlesung oder Vorführung gemäß der §§ 249 Abs. 1, 254 Abs. 1 StPO. Ebenso bleibt eine Vernehmung von

⁸⁶ BGHSt 25, 325 (330); BGH, NStZ 2022, 570 (571); KK-StPO-Schneider, § 243 Rn. 76; Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 62.

⁸⁷ Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 62.

⁸⁸ Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 63.

⁸⁹ BGH, NStZ 2019, 227 (228); KK-StPO-Schneider, § 243 Rn. 76; Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 117; NK-GS-Schork, StPO § 243 Rn. 30.

⁹⁰ BeckOK StPO-Gorf, § 243 Rn. 32; KK-StPO-Schneider, § 243 Rn. 76; Löwe/Rosenberg-Becker, § 243 Rn. 64; MüKoStPO-Arnoldi, § 243 Rn. 78; NK-GS-Schork, StPO § 243 Rn. 21.

⁹¹ BVerfG, StV 1995, 505; BGH, NJW 1992, 2304; BGHSt 42, 139 (152); 45, 367 (368 f.); BGH, NStZ 2016, 59 (60); BeckOK StPO-Gorf, § 243 Rn. 43; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 10; Löwe/Rosenberg-Gleiß, § 136 Rn. 36; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 92.

⁹² BGHSt 45, 367 (369); BGH, NJW 2002, 2260; BeckOK StPO-Gorf, § 243 Rn. 44; KK-StPO-Diemer, § 136 Rn. 10; Löwe/Rosenberg-Gleiß, § 136 Rn. 38; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 92; NK-GS-Schork, StPO § 243 Rn. 22.

Verhörspersonen, gegenüber denen er Angaben gemacht hat, als Zeugen möglich.⁹³

C. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz

Gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG steht jedem der Rechtsweg offen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Diese Rechtsweggarantie gewährleistet ihrem Wortlaut nach zunächst die prinzipielle Möglichkeit der Anrufung eines Gerichts bei jeder Art von subjektiver Rechtsverletzung durch Akte der öffentlichen Gewalt. Über die prinzipielle Möglichkeit der Anrufung hinaus gewährleistet die Garantie aber zudem eine wirksame Kontrolle der Rechtsverletzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Dem Bürger wird damit ein substantieller Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in sämtlichen, ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen eingeräumt. Dies ist das sogenannte Recht auf effektiven Rechtsschutz.⁹⁴

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz ist ein echtes Grundrecht mit Geltung für jedermann.⁹⁵ Es unterscheidet sich von den klassischen Grundrechten des Grundgesetzes aber insoweit, als dass es zwar formell einen lückenlosen Rechtsschutz gegen Akte öffentlicher Gewalt gewährleistet, die Wahrnehmung dieses Rechtsschutzes jedoch einer gesonderten, materiellen Grundlage im Sinne einer Rechtsverletzung bedarf, die im Rahmen der gerichtlichen Anrufung vorzutragen ist.⁹⁶ Aufgrund dieser materiellen Ausfüllungsbedürftigkeit wird das Recht auf

⁹³ BeckOK StPO-*Gorf*, § 243 Rn. 43; KK-StPO-*Schneider*, § 243 Rn. 98; Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 243 Rn. 68; NK-GS-*Schork*, StPO § 243 Rn. 23.

⁹⁴ BVerfGE 35, 263 (274); 40, 272 (275); 61, 82 (110 f.); 67, 43 (58); 101, 106 (122 f.); 104, 220 (231 f.); 107, 299 (337); 108, 341 (347).

⁹⁵ BeckOK GG-*Enders*, Art. 19 Rn. 51; Dreier-*Funke*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 29; Huber/Voßkuhle-*Huber*, Art. 19 Rn. 426; Münch/Kunig-*Ernst*, Art. 19 Rn. 108; Sachs-*Sachs/von Coelln*, Art. 19 Rn. 113; Sodan-*Sodan*, Art. 19 Rn. 32.

⁹⁶ BVerfGE 84, 34 (49); 101, 106 (123); 129, 1 (20); 143, 216 (225); BeckOK GG-*Enders*, Art. 19 Rn. 60 f.; Dreier-*Funke*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 22; Huber/Voßkuhle-*Huber*, Art. 19 Rn. 433 ff.; Jarass/*Pieroth*, Art. 19 Rn. 41 ff.; Münch/Kunig-*Ernst*, Art. 19 Rn. 110; Sachs-*Sachs/von Coelln*, Art. 19 Rn. 126 f.; Sodan-*Sodan*, Art. 19 Rn. 28.

effektiven Rechtsschutz daher auch als „Prozessgrundrecht“ bezeichnet.⁹⁷

Die notwendige Rechtsverletzung muss ein eigenes subjektives Recht des Rechtsschutzsuchenden betreffen.⁹⁸ In Betracht kommen hier nicht nur Grundrechte, sondern Individualrechte aller Art, gleich ob verfassungsrechtlich, europarechtlich, einfachgesetzlich oder rechtsgeschäftlich begründet.⁹⁹ Da die Rechtsverletzung allerdings einen kausalen Akt öffentlicher Gewalt voraussetzt, wird es sich regelmäßig zugleich um ein subjektiv-öffentliches Recht handeln müssen, das beeinträchtigt ist.¹⁰⁰ Subjektiv-öffentlich ist ein Recht nach der insoweit zu Grunde zu legenden Schutznormtheorie auf Basis von *Bühler*¹⁰¹ immer dann, wenn die gewährende Rechtsgrundlage nicht lediglich öffentliche Interessen schützt, sondern zumindest auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Ob diese Voraussetzung im Einzelfall erfüllt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.¹⁰²

Die Rechtsverletzung muss durch einen Akt öffentlicher Gewalt hervorgerufen werden. Unter öffentlicher Gewalt soll dabei nach überwiegender Anschauung ausschließlich die vollziehende Gewalt zu verstehen sein, während Akte der Legislative und Judikative ausgenommen bleiben.¹⁰³ Zu beachten sei demnach allerdings, dass letztere eng zu verstehen und auszulegen sind im Sinne parlamentarischer Gesetzgebung

⁹⁷ Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 114; *Schübel-Pfister*, JuS 2022, 416 (419).

⁹⁸ BVerfGE 84, 34 (49); 101, 106 (122); 129, 1 (20); 143, 216 (226); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 60; Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 46; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 432; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 41; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 109; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 126; Sodan-Sodan, Art. 19 Rn. 28.

⁹⁹ BVerfGE 96, 100 (114 f.); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 61 f.; Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 46; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 435; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 42 ff.; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 110, 455; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 127.

¹⁰⁰ BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 61; Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 31; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 432.

¹⁰¹ *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 42 ff.

¹⁰² BVerwGE 107, 215 (220); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 61a; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 438; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 111; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 129.

¹⁰³ BVerfGE 107, 395 (403 ff.); 112, 185 (207); 122, 248 (270 f.); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 55; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 49 ff.; Sodan-Sodan, Art. 19 Rn. 28; a.A.: Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 37 m. w. N.; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 477 m. w. N., 484 m. w. N.; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 131 m. w. N., 137 m. w. N.; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 120 ff.

und gerichtlicher Entscheidung. Demgegenüber soll ein weites Verständnis des Begriffs der vollziehenden Gewalt zu Grunde zu legen sein, nach dem alle Handlungsformen der Exekutive einschließlich administrativer Rechtssetzung umfasst werden.¹⁰⁴ Entsprechend seien beispielsweise auch strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei, nichtrichterliche Entscheidungen der Justizverwaltung oder des Rechtspflegers sowie gerichtliche Entscheidungen funktionell exekutivischer Art außerhalb der spruchrichterlichen Tätigkeit als Akte vollziehender, öffentlicher Gewalt zu qualifizieren.¹⁰⁵

Der Begriff der öffentlichen Gewalt ist ferner national zu verstehen. Der Rechtsweg ist nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG mithin nur gegen Rechtsverletzungen durch Akte deutscher öffentlicher Gewalt garantiert. Rechtsakte ausländischer Staaten und internationaler Organisationen können damit ebenso wenig Rechtsverletzungen nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG begründen wie Maßnahmen supranationaler Organisationen.¹⁰⁶

Auf internationaler Ebene finden sich allerdings gesonderte Normierungen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz unter anderem in Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK sowie in Art. 14 Abs. 1 IPBPR. Diese Regelungen bleiben in ihrem Umfang jedoch mitunter deutlich hinter dem Regelungsgehalt von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zurück, da sie sich zum Teil nur auf Verletzungen der Rechte des jeweiligen Vertragswerkes beziehen und zum Teil den Rechtsweg nur für Rechtsverletzungen aus bestimmten Rechtsgebieten garantieren.¹⁰⁷ Am ehesten gewährleistet danach Art. 6 Abs. 1 EMRK noch einen mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG

¹⁰⁴ BVerfGE 107, 395 (403 ff.); 112, 185 (207); 122, 248 (270 f.); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 55; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 50.

¹⁰⁵ BVerfGE 28, 10 (14 f.); 64, 261 (279); 96, 27 (39 ff.); 103, 142 (156); BVerfG, NJW 2002, 815; BVerfGE 104, 220 (231 f.); 107, 395 (403 ff.); 116, 1 (9 f.); BVerwGE 50, 11 (13); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 55; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 49, 53.

¹⁰⁶ BVerfGE 1, 10; 6, 15 (18); 6, 290 (295); 22, 91 (92); 22, 293 (295); 57, 9 (23); 58, 1 (26 ff.); 59, 63 (85 ff.); 63, 343 (375 ff.); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 55; Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 31; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 463; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 55; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 138, 468; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 125.

¹⁰⁷ Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 1, 32; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 10.

vergleichbaren effektiven Rechtsschutz, der sich seinem Wortlaut entsprechend allerdings ausschließlich auf zivilrechtliche Ansprüche und strafrechtliche Anklagen bezieht. Der EGMR sieht in ständiger Rechtsprechung jedoch einen über diesen Wortlaut hinausgehenden Anwendungsbereich auch in Bezug auf Streitigkeiten im öffentlich-rechtlichen Kontext als eröffnet an.¹⁰⁸ Hintergrund ist insoweit eine autonome weite Auslegung des Geltungsbereichs der Norm.¹⁰⁹

Ist eine Rechtsverletzung durch einen Akt nationaler, öffentlicher Gewalt gegeben, gewährt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG das Recht, ein Gericht diesbezüglich anzurufen und eine umfassende Kontrolle tatsächlicher und rechtlicher Art herbeizuführen.¹¹⁰ Ein gerichtlicher Instanzenzug wird hierdurch allerdings nicht garantiert.¹¹¹ Ebenso beinhaltet die Rechtsweggarantie nicht, dass die Anrufung des Gerichts nicht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden dürfte.¹¹² Insbesondere sind solche Voraussetzungen zulässig, die für eine sachgerechte und geordnete Rechtspflege, zur Wahrung anderer Verfassungsgrundsätze und rechtsstaatlich geforderter Rechtssicherheit dienlich oder sogar notwendig sind.¹¹³ Zu denken ist hierbei beispielsweise an die Einhaltung von Fristen,¹¹⁴ die Überschreitung von Erheblichkeitsschwellen¹¹⁵ oder das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses im Sinne einer

¹⁰⁸ Vgl. insoweit ausführlich: Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 54 ff. m. w. N.

¹⁰⁹ KK-StPO-Lohse/Jakobs, MRK Art. 6 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 33 f. m. w. N.

¹¹⁰ BVerfGE 35, 263 (274); 40, 272 (274 f.); 54, 94 (96 f.); 84, 34 (49); 96, 27 (39); 101, 106 (122); 101, 397 (407); 104, 220 (232); BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹¹¹ BVerfGE 49, 329 (340); 87, 48 (61); 92, 365 (410); 96, 27 (39); 104, 220 (231); 107, 395 (402); 112, 185 (207); 122, 248 (270); BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹¹² BVerfGE 9, 194 (199 f.); 10, 264 (267 f.); 27, 297 (310); BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹¹³ BVerfGE 10, 264 (267 f.); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 75a; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 134.

¹¹⁴ BVerfGE 8, 240 (248); 10, 264 (268); 27, 297 (310); 61, 82 (109 f.); 77, 275 (285); 88, 118 (124); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 75a; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 520; Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 73 ff.; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 159; Sodan-Sodan, Art. 19 Rn. 33.

¹¹⁵ BVerfGE 79, 69; 93, 1 (14); 126, 1 (27); Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 69; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 148a; Sodan-Sodan, Art. 19 Rn. 33.

gegenwärtigen Beschwer.¹¹⁶ Die verlangten Voraussetzungen müssen nur sachlich gerechtfertigt sein.¹¹⁷ Eine willkürliche Erschwerung des gerichtlichen Zugangs ist unzulässig.¹¹⁸ Ebenso darf die Erfüllung der Voraussetzungen nicht unmöglich oder unzumutbar sein.¹¹⁹

Neben dem grundsätzlichen Zugang zu Gericht gewährleistet das Effektivitätselement des Rechts auf effektiven Rechtsschutz des Weiteren gewisse inhaltliche Vorgaben an Art und Umfang der gerichtlichen Überprüfung.¹²⁰ So setzt die garantierte, umfassende Kontrolle tatsächlicher und rechtlicher Art zunächst eine vollständige gerichtliche Sachaufklärung voraus.¹²¹ § 244 Abs. 2 StPO normiert deshalb für das Strafverfahren eine von Amts wegen bestehende Sachaufklärungspflicht. Zusätzlich hat die gerichtliche Überprüfung möglichst zeitnah binnen angemessener Dauer zu erfolgen.¹²² Eine konkrete Normierung dieses Beschleunigungsgebots findet sich auf europäischer Ebene in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Die StPO beinhaltet darüber hinaus konkrete Ausformungen etwa in den Vorschriften zur Aussetzung und Unterbrechung der Hauptverhandlung gemäß der §§ 228 und 229.

¹¹⁶ BVerfGE 96, 27 (39); 104, 220 (232); 110, 77 (85); BeckOK GG-Enders, Art. 19 Rn. 75a; Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 76; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 520, 546; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 156.

¹¹⁷ BVerfGE 10, 264 (268); 40, 272 (275); 54, 94 (96 f.); 122, 248 (271); BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹¹⁹ BVerfGE 10, 264 (268); 40, 272 (275); 54, 94 (96 f.); 122, 248 (271); BVerfG, Beschluss vom 20.12.2017 – 2 BvR 2312/17, BeckRS 2017, 137689 Rn. 18.

¹²⁰ Dreier-Funke, Art. 19 Abs. 4 Rn. 64 ff.; Huber/Voßkuhle-Huber, Art. 19 Rn. 504 f.; Münch/Kunig-Ernst, Art. 19 Rn. 144 f.; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 143; insoweit hat sich ein kaum mehr überschaubares Anwendungsfeld aus einer Vielzahl abgeleiteter inhaltlicher Vorgaben und einer Einzelfallkasuistik vielfältiger prozessualer Konstellationen entwickelt – vgl. hierzu ferner: Lorenz, AöR 1980, 624 (631 ff.).

¹²¹ BVerfGE 61, 82 (110 f.); 101, 106 (122 f.); 101, 275 (294 f.); BVerfG, Beschluss vom 24.10.2006 – 2 BvR 30/06, BeckRS 2007, 27183 Rn. 22 ff.; Beschluss vom 30.11.2006 – 2 BvR 1418/05, BeckRS 2006, 27490; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 145.

¹²² BVerfGE 54, 39 (41); 55, 349 (369); 60, 253 (269); 88, 118 (124); 93, 1 (13); BVerfG, Beschluss vom 29.03.2005 – 2 BvR 1610/03, BeckRS 2005, 25461; Beschluss vom 27.05.2006 – 2 BvR 1675/05, BeckRS 2007, 27181 Rn. 15; Beschluss vom 27.12.2006 – 2 BvR 803/05, BeckRS 2007, 20679; Beschluss vom 29.05.2007 – 2 BvR 695/07, BeckRS 2007, 23779; zur konkreten Angemessenheit der Dauer vgl.: Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 78a; Sachs-Sachs/von Coelln, Art. 19 Rn. 144.

Zeitlich effektiver Rechtsschutz kann ferner neben der Beschleunigung des konkreten, gerichtlichen Verfahrens auch die Zurverfügungstellung besonderer Verfahrensarten erforderlich machen.¹²³ Dies ist namentlich insbesondere dann der Fall, wenn ein nachträglich gewährter, gerichtlicher Rechtsschutz zu spät käme, um den Eintritt irreparabler Nachteile für den Rechtsschutzsuchenden zu verhindern. Für diese Fälle gebietet das Recht auf effektiven Rechtsschutz daher die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.¹²⁴ Die StPO sieht insoweit vor allem Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Maßnahmen im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor, namentlich die Beschwerde gemäß der §§ 304 ff. und die Möglichkeit des Antrags auf gerichtliche Überprüfung gemäß § 98 Abs. 2 S. 2.

Schließlich ist nach diesen Anforderungen gewährter Rechtsschutz nur dann effektiv, wenn dem entscheidenden Gericht auch tatsächlich zureichende Entscheidungsmacht zukommt,¹²⁵ seine Entscheidung abschließend, d. h. der Rechtskraft fähig¹²⁶ und vollstreckbar¹²⁷ ist. Dies gilt jedoch nicht nur für das Strafverfahren, sondern aufgrund der Allgemeingültigkeit des Rechts auf effektiven Rechtsschutz für sämtliche rechtsstaatlichen Verfahrensarten gleichermaßen.

D. Das Recht auf rechtliches Gehör

Während das Recht auf effektiven Rechtsschutz also zunächst den Zugang zu gerichtlicher Kontrolle gewährt, betrifft das Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG die inhaltliche Ausgestaltung

¹²³ Huber/Voßkuhle-*Huber*, Art. 19 Rn. 517; *Jarass/Pieroth*, Art. 19 Rn. 64 ff.; Münch/Kunig-*Ernst*, Art. 19 Rn. 152.

¹²⁴ BVerfGE 35, 263 (274); 46, 166 (179); 79, 69 (74); BVerfG, NVwZ 1996, 58 (59); BVerfGE 94, 166 (216); BVerfG, NVwZ 2005, 438; NVwZ-RR 2005, 442 f.; NVwZ 2005, 1053 (1054); NVwZ 2005, 927 (928); NJW 2006, 3551; NVwZ 2007, 946; NVwZ 2007, 1302 (1303 f.); BeckOK GG-*Enders*, Art. 19 Rn. 78; Dreier-*Funke*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 80; Huber/Voßkuhle-*Huber*, Art. 19 Rn. 511; *Jarass/Pieroth*, Art. 19 Rn. 69; Münch/Kunig-*Ernst*, Art. 19 Rn. 170 ff.; Sachs-*Sachs/von Coelln*, Art. 19 Rn. 148 f.

¹²⁵ BVerfGE 61, 82 (110 f.); 67, 43 (58); 101, 106 (122 f.).

¹²⁶ BVerfGE 60, 253 (269).

¹²⁷ BeckOK GG-*Enders*, Art. 19 Rn. 84a; Huber/Voßkuhle-*Huber*, Art. 19 Rn. 517; Münch/Kunig-*Ernst*, Art. 19 Rn. 168 f.; Sachs-*Sachs/von Coelln*, Art. 19 Rn. 147.

des gerichtlichen Verfahrens nach erfolgtem Zugang.¹²⁸ Das BVerfG sieht es zum einen als „prozessuales Urrecht des Menschen“ und zum anderen gleichzeitig als „objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes schlechthin konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist“, an.¹²⁹ Es gewährt also einerseits dem Einzelnen ein subjektives Recht, dessen Verletzung wie auch die Verletzung jedes anderen subjektiven Rechts mit den jeweils einschlägigen Rechtsbehelfen angegriffen werden kann und sichert andererseits in Ausprägung des Rechtsstaatsgebots gewisse rechtsstaatliche Mindeststandards für gerichtliche Verfahren, insbesondere auch Grundvoraussetzungen für einen gerechten Strafprozess.¹³⁰ Inhaltliche Überschneidungen mit anderen Verfahrensgrundsätzen und wesentlichen Rechten des Beschuldigten, insbesondere dem bereits dargestellten Recht auf ein faires Verfahren sind dabei offensichtlich.¹³¹ Auf das Verhältnis der hier umrissenen Beschuldigtenrechte zueinander soll jedoch an anderer Stelle später noch gesondert eingegangen werden.

Das Recht auf rechtliches Gehör steht grundsätzlich jedem zu, der an einem gerichtlichen Verfahren als Partei förmlich beteiligt oder in sonstiger Weise durch das Verfahren rechtlich unmittelbar betroffen ist.¹³² Dies gilt natürlich ganz besonders für den Angeklagten im Strafprozess als zentraler Figur des gegen ihn gerichteten Verfahrens.¹³³

Ausweislich des Wortlauts des Art. 103 Abs. 1 GG existiert das Recht nur „vor Gericht“. Gemeint ist hiermit jedes staatlich legitimierte, gerichtliche Verfahren i. S. des Art. 92 GG,¹³⁴ in jeder Instanz,

¹²⁸ Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 88; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 2; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 9; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 4.

¹²⁹ BVerfGE 55, 1 (6); 107, 395 (408).

¹³⁰ BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 2; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 13 f.; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 8; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 1; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 7; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 2 f.

¹³¹ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 84 ff.; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 85 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 2 ff.; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 9; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 3.

¹³² BVerfGE 17, 356 (361); 65, 227 (233); 75, 201 (215); 89, 381 (390); 92, 158 (183); 101, 397 (404).

¹³³ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 22.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 10; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 9.

¹³⁴ BVerfGE 101, 397 (404 f.); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 3; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 16; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 16; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 5; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 8.

unabhängig von seiner Verfahrensart,¹³⁵ in dem ein Richter rechtsprechend und nicht nur im Rahmen justizverwaltender Tätigkeit agiert.¹³⁶ Keine gerichtliche Instanz in diesem Sinne ist beispielsweise der Rechtspfleger¹³⁷, die Staatsanwaltschaft¹³⁸ oder eine Verwaltungsbehörde¹³⁹. Art. 103 Abs. 1 GG findet mithin im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens etwa keine Anwendung.¹⁴⁰

Inhaltlich umfasst das Recht auf rechtliches Gehör verschiedene Einzelrechte auf Information, Äußerung und Berücksichtigung im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens.¹⁴¹ So muss das Gericht dem Betroffenen zunächst die Möglichkeit einräumen, sich über sämtliche verfahrensrelevanten Tatsachen und Informationen Kenntnis zu verschaffen; ob er diese Möglichkeit auch nutzt, ist dabei irrelevant.¹⁴² Sodann muss dem Betroffenen die Gelegenheit gegeben werden, sich zum Verfahrensstoff zu äußern.¹⁴³ Auch hierbei ist die tatsächliche Wahrnehmung dieser Gelegenheit jedoch nicht von Belang.¹⁴⁴ Äußert sich der Betroffene allerdings tatsächlich, muss das Gericht diese Äußerung zur Kenntnis nehmen und schließlich im Rahmen seiner Entscheidungsfindung

¹³⁵ BVerfGE 7, 53 (57); 19, 148 (149); 50, 1 (3); 53, 25 (28); 107, 395 (410); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 17; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 17; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 7; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 13; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 8.

¹³⁶ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 17; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 18.

¹³⁷ BVerfGE 101, 397 (404).

¹³⁸ BVerfGE 27, 88 (103).

¹³⁹ BVerfGE 101, 397 (404); 107, 395 (407).

¹⁴⁰ BVerfGE 27, 88 (103); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 18; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 8.

¹⁴¹ BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 8 ff.; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 20; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 28; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 13 ff.; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 16; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 11.

¹⁴² BVerfGE 74, 1 (5); 86, 133 (144); 89, 28 (36); 101, 106 (129); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 8 ff.; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 33 ff.; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 30 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 13; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 16 ff.; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 16 ff.

¹⁴³ BVerfGE 1, 418 (429); 6, 12 (14); 65, 227 (234); 81, 123 (126); 84, 188 (190); 86, 133 (144); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 11; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 48; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 36; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 14; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 16; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 20.

¹⁴⁴ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 56 f.; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 38; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 36; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 17.

berücksichtigen.¹⁴⁵ Diese Berücksichtigung muss dann entsprechend im Rahmen einer Entscheidungsbegründung zum Ausdruck kommen.¹⁴⁶

Während die konkrete Gewährung der vorbeschriebenen Rechte auf Information, Äußerung und Berücksichtigung durch das im Einzelfall betraute Gericht sicherzustellen ist, obliegt es dem Gesetzgeber durch Vorgabe einfachgesetzlicher Normierungen, einen Rahmen der Ausgestaltung hierfür zu setzen.¹⁴⁷ Dieser Aufgabe hat der Gesetzgeber durch Schaffung einer Vielzahl verfahrensrechtlicher Vorgaben nachzukommen versucht.¹⁴⁸

So wurden als Ausprägung des Rechts auf Information beispielsweise die Vorschriften über die Benachrichtigung, die Ladung und die Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an den Angeklagten gemäß der §§ 214 ff. StPO geschaffen.¹⁴⁹ In § 265 StPO wurden den Gerichten Hinweispflichten auferlegt, die sie unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts gegenüber dem Angeklagten zu erfüllen haben.¹⁵⁰ Darüber hinaus wurde in § 147 StPO eines der wichtigsten Beschuldigtenrechte überhaupt mit dem Recht auf Akteneinsichtnahme fest normiert und näher ausgestaltet.¹⁵¹

Das Recht auf Äußerung hat für den Angeklagten namentlich in § 243 Abs. 5 StPO Niederschlag gefunden. Zu diesem Recht gehört neben der Äußerung im Sinne einer Kundgabe von Gedankeninhalten auch das

¹⁴⁵ BVerfGE 11, 218 (220); 34, 344 (347); 70, 215 (218); 81, 97 (107); 86, 133 (144); 105, 279 (311); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 13; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 60; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 52; Jarass/Piero, Art. 103 Rn. 43; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 18; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 28.

¹⁴⁶ BVerfGE 47, 182 (189); 54, 86 (91 f.); 71, 122 (135); 81, 97 (106); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 14; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 76; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 57; Jarass/Piero, Art. 103 Rn. 45 f.; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 18; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 40.

¹⁴⁷ BVerfGE 89, 28 (35); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 27; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 11; Jarass/Piero, Art. 103 Rn. 21; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 15; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 12.

¹⁴⁸ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 29.

¹⁴⁹ BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 8; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 38; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 30; Jarass/Piero, Art. 103 Rn. 27.

¹⁵⁰ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 44; Jarass/Piero, Art. 103 Rn. 32.

¹⁵¹ BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 10; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 42; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 34; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 19.

Recht der Antragsstellung, insbesondere zum Zwecke der Beweiserhebung.¹⁵² Das Gericht hat dabei darauf zu achten, dass dem Betroffenen eine Äußerung auch tatsächlich möglich ist.¹⁵³ Zu denken ist insoweit in erster Linie an die gegebenenfalls notwendige Hinzuziehung eines Dolmetschers gemäß § 185 GVG,¹⁵⁴ oder aber auch an die Ermöglichung der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung bei etwaiger Mittellosigkeit.¹⁵⁵

Das Recht auf Berücksichtigung soll schließlich sicherstellen, dass eine Äußerung des Betroffenen auch tatsächlichen Einfluss auf das Verfahren entfaltet.¹⁵⁶ Dazu muss das Gericht die Äußerung „zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen“.¹⁵⁷ Diese Verpflichtung gilt jedoch nicht grenzenlos: So beschränkt sie sich zunächst auf solches Vorbringen des Betroffenen, das erheblich, also für das Verfahren relevant ist.¹⁵⁸ Zudem kann selbst ein solches Vorbringen ausnahmsweise unbeachtlich sein, wenn Fristenregelungen nicht eingehalten wurden,¹⁵⁹ oder gegen Präklusionsvorschriften verstoßen worden ist.¹⁶⁰ Hintergrund ist, dass in diesen Fällen ein Konflikt mit anderen, verfassungsmäßig gleichrangigen Rechten und Staatszielbestimmungen, namentlich auf effektiven Rechtsschutz, Rechtssicherheit und Funktionalität

¹⁵² BVerfGE 60, 247 (249); 65, 305 (307); 69, 145 (148).

¹⁵³ BVerfGE 1, 418 (429); 6, 12 (14); 65, 227 (234); 81, 123 (126); 84, 188 (190); 86, 133 (144); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 11; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 48; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 36; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 14; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 16; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 20.

¹⁵⁴ Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 55; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 25.

¹⁵⁵ VGH München, NJW 2006, 2204.

¹⁵⁶ BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 13; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 63; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 57; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 41 ff.; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 18; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 28.

¹⁵⁷ BVerfGE 11, 218 (220); 60, 120 (122); 96, 205 (216); BVerfG, NJW 2015, 1166.

¹⁵⁸ BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 14; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 60; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 55 f.; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 41 ff.; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 18.

¹⁵⁹ Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 70 ff.; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 58; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 52 ff.; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 28; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 34.

¹⁶⁰ Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 74 f.; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 59 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 58 f.; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 17; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 38 f.

der Rechtspflege bestehen kann, der eine Einschränkung des Rechts auf Berücksichtigung rechtfertigt.¹⁶¹

Ist keine Ausnahme einschlägig und die Äußerung des Betroffenen erheblich, hat eine mindestens den Kern des Tatsachenvortrags berücksichtigende, über die bloße Kenntnisnahme hinausgehenden Erwägung stattzufinden.¹⁶² Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht der Äußerung des Betroffenen auch folgen und in seinem Sinne entscheiden muss.¹⁶³ Um die tatsächliche Vornahme der vorgegebenen Erwägung aber zumindest überprüfen zu können, wird als letztes Element des Rechts auf Berücksichtigung eine Begründungspflicht des Gerichts angenommen.¹⁶⁴ Diese bezieht sich auf alle für die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung wesentlichen Tatsachen,¹⁶⁵ wird jedoch aus Praktikabilitätsgründen wiederum insoweit eingeschränkt, als dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass das Gericht die notwendige Erwägung ordnungsgemäß vorgenommen hat, wenn nicht offensichtlich Vorbringen unberücksichtigt geblieben ist.¹⁶⁶ Die maßgebliche Ausprägung dieser Begründungspflicht ist für den Strafprozess in § 267 StPO normiert. Dieser bestimmt detaillierte inhaltliche Anforderungen an die Begründung des gerichtlichen Urteils.

¹⁶¹ BVerfGE 54, 117 (123 f.); 55, 72 (93 ff.); 60, 253 (266 ff.); 75, 302 (312 ff.); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 70; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 58 f.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 52; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 17; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 34.

¹⁶² BVerfGE 42, 364 (367 f.); 47, 182 (187 f.); 86, 133 (146); 94, 166 (220 ff.); BVerfG, Beschluss vom 26.09.2012 – 2 BvR 938/12, BeckRS 2012, 24644 Rn. 20; Beschluss vom 30.06.2015 – 2 BvR 433/15, BeckRS 2015, 50924 Rn. 9; BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 13; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 63; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 55 f.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 43; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 18; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 28.

¹⁶³ BVerfGE 60, 305 (310); 69, 141 (143 f.); 70, 288 (294); 115, 166 (180); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 64; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 43 f.; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 28.

¹⁶⁴ BVerfGE 54, 86 (91 f.); 71, 122 (135); 81, 97 (106); BVerfG, Beschluss vom 26.09.2012 – 2 BvR 938/12, BeckRS 2012, 24644 Rn. 20; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 76; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 57; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 45; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 28; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 40.

¹⁶⁵ BVerfGE 47, 182 (187); 54, 43 (46); 58, 353 (357).

¹⁶⁶ BVerfGE 40, 101 (104); 47, 182 (187); 51, 126 (129); 54, 43 (46); 86, 133 (145 f.); 96, 205 (216 f.); BVerfG, Beschluss vom 26.09.2012 – 2 BvR 938/12, BeckRS 2012, 24644 Rn. 20; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 57; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 18; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 40.

Auf supranationaler, europäischer Ebene ist das Recht auf rechtliches Gehör als fundamentaler, grundrechtsgleicher Grundsatz anerkannt, auch wenn es an einer ausdrücklichen, dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG entsprechenden Normierung fehlt.¹⁶⁷ Die Grundlagen des Rechts werden in Art. 47 Abs. 2 der europäischen Grundrechtecharta (GRCh) und abermals, wie auch bei den anderen, bereits dargestellten Rechten auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren, in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EMRK sowie in Art. 14 Abs. 1 IPBPR verortet.¹⁶⁸ Insoweit wird das Recht auf rechtliches Gehör als besondere Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren interpretiert.¹⁶⁹ Unabhängig davon, ob man dieser Interpretation Folge leisten möchte, sind Überschneidungen insoweit jedenfalls nicht von der Hand zu weisen. Da das Verständnis des Rechts auf europäischer Ebene jedoch nicht nennenswert vom nationalen, deutschen abweicht, kann die dogmatische Verortung letztlich an dieser Stelle unkommentiert bleiben.

E. Weitere Rechte des Beschuldigten aus Art. 103, 101 und 104 GG, die Unschuldsvermutung und der Grundsatz „in dubio pro reo“

Neben der grundgesetzlichen Normierung des Rechts auf rechtliches Gehör in Abs. 1 enthält Art. 103 GG in Abs. 2 und Abs. 3 weitere grundlegende Prinzipien für das Strafverfahren sowie Prozessgrundrechte des Beschuldigten.¹⁷⁰

So bestimmt Art. 103 Abs. 2 GG, dass „eine Tat [...] nur bestraft werden [kann], wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Dieser auch unter den lateinischen Bezeichnungen „nulla poena sine lege“ oder „nullum crimen sine lege“ bekannte Grundsatz gibt als Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots an die

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 13.02.1979 – C-85/76 Rn. 9; Urteil vom 21.03.1990 – C-142/87 Rn. 46; Urteil vom 29.06.1994 – C-135/92 Rn. 39; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 8; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 5; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 6.

¹⁶⁸ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 8 f.; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 5 f.; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 6.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 06.11.2012 – C-199/11 Rn. 47 f.; Urteil vom 29.01.2013 – C-396/11 Rn. 32; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 8; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 5; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 6.

¹⁷⁰ Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 3; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 1.

Staatsgewalt gerichtete Leitprinzipien für das Strafverfahren vor, die ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit sicherstellen sollen.¹⁷¹ Bei diesen Leitprinzipien handelt es sich im Einzelnen um den Vorbehalt gesetzlicher Normierung, das Bestimmtheitsgebot sowie das Rückwirkungsverbot.¹⁷²

Ersteres setzt für die prinzipielle Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionierung zunächst einmal das Bestehen einer formalgesetzlichen, geschriebenen Grundlage voraus.¹⁷³ Strafe auf Basis von Gewohnheitsrecht oder im Einzelfall gebildeter Analogien ist demnach unzulässig.¹⁷⁴

Existiert eine formalgesetzliche Grundlage, so muss diese hinreichend bestimmt sein, also derart detailliert und verständlich formuliert, dass ein objektiver Durchschnittsbürger zweifelsfrei erfassen kann, unter Erfüllung welcher Voraussetzungen welche Rechtsfolge droht.¹⁷⁵

Schließlich wird durch das Rückwirkungsverbot bedungen, dass die derart bestimmte, formalgesetzliche Grundlage bereits vor Erfüllung ihrer Voraussetzungen im Einzelfall Bestand gehabt haben muss. Es wird also ausgeschlossen, ein zum Vornahmezeitpunkt straffreies

¹⁷¹ BVerfGE 78, 374 (381 f.); 95, 96 (130 ff.); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 18; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 12; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 107; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 63; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 30; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 53; erstmals latinisiert bereits durch *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts, S. 41.

¹⁷² BVerfGE 109, 133 (171); 126, 170 (194 f.); BVerfG, NJW 2019, 2837 (2838); Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 14; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 63; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 34; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 53; teilweise wird dogmatisch ein eigenständiges, viertes Leitprinzip im sogenannten Analogieverbot gesehen, vgl. insoweit etwa: BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 18 oder Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 98.

¹⁷³ BVerfGE 75, 329 (342); 78, 374 (382); 85, 69 (72); 87, 399 (411); 126, 170 (194 f.); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 23; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 28; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 141; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 70 f.; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 35; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 63.

¹⁷⁴ BVerfGE 73, 206 (235 f.); 92, 1 (13 ff.); 126, 170 (197); 130, 1 (43 f.); 143, 38 (52 f.); 153, 310 (339); 159, 223 (292); 160, 284 (320 f.); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 38, 40; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 29, 47; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 168; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 72; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 40 f.; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 63, 69.

¹⁷⁵ BVerfGE 73, 206 (235 f.); 87, 399 (411); 92, 1 (13 ff.); 105, 135 (153); 109, 133 (172); 126, 170 (197); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 103 Rn. 24 ff.; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 2 Rn. 38; Huber/*Voßkuhle-Aust*, Art. 103 Rn. 143 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 103 Rn. 74; Münch/*Kunig-Kunig/Saliger*, Art. 103 Rn. 43 ff.; Sachs-*Degenhart*, Art. 103 Rn. 63.

Verhalten nachträglich unter Strafe zu stellen, beziehungsweise ein mit bestimmter Strafe bedrohtes Verhalten nachträglich schärfer zu sanktionieren.¹⁷⁶ Eine nachträgliche Entkriminalisierung oder mildere Sanktionierung bleibt jedoch grundsätzlich zulässig.¹⁷⁷

Neben diesen Leitprinzipien gewährt Art. 103 Abs. 2 GG dem Beschuldigten ein eigenes, subjektives Abwehrrecht für den Fall, dass der Staat eine Sanktion unter Verstoß gegen die normierten Leitprinzipien verhängen will. Art. 103 Abs. 2 GG kommt daher insoweit auch ein grundrechtsgleicher Charakter zu, der sich in einem konkreten Unterlassungsanspruch des Beschuldigten manifestieren kann, welcher gegebenenfalls mittels Verfassungsbeschwerde durchzusetzen ist.¹⁷⁸

In Art. 103 Abs. 3 GG ist ein weiterer Grundsatz im Sinne eines an die Staatsgewalt gerichteten Leitprinzips normiert, das lateinisch unter dem Begriff „ne bis in idem“ bekannt ist: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“¹⁷⁹ Dieses sogenannte Verbot der Doppel- oder Mehrfachbestrafung wird über seinen Wortlaut hinaus nicht nur auf wiederholte Sanktionierung, sondern bereits auf wiederholte Strafverfolgung wegen ein und desselben Handlungsvorwurfs bezogen.¹⁸⁰ Ein Verstoß setzt dementsprechend nicht zwingend eine Verurteilung durch Strafbefehl oder Endurteil voraus, sondern kann ebenso gegeben sein, wenn ein Strafverfahren wegen desselben Handlungsvorwurfs durch rechtskräftigen

¹⁷⁶ BVerfGE 25, 269 (286); 46, 188 (192); 81, 132 (135); 95, 96 (131); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 42; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 50; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 123; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 76; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 55; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 71.

¹⁷⁷ BVerfGE 81, 132 (135); 95, 96 (137); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 51; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 125; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 77; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 71.

¹⁷⁸ BVerfGE 85, 69 (72); BVerfG, NJW 2014, 1431; BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 18; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 2 Rn. 15; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 179; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 62; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 29; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 53.

¹⁷⁹ BVerfGE 56, 22 (27); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 44; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 1; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 188; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. I Rn. 72; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 63; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 76.

¹⁸⁰ RGSt 72, 99 (102); BVerfGE 12, 62 (66); 162, 358 (372); BGHSt 5, 323 (328); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 45; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 12; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 205; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 103; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 63; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 79.

Freispruch oder endgültige Einstellung beendet worden ist.¹⁸¹ Eine lediglich vorläufige Einstellung des Verfahrens wird hingegen nicht als ausreichend erachtet.¹⁸²

Weitere Voraussetzung ist, dass sich der Vorwurf konkret auf die Erfüllung eines allgemeinen Straftatbestands aus dem Haupt- oder Nebenstrafrecht einschließlich des Ordnungswidrigkeitenrechts bezieht.¹⁸³ Bloße berufs-, dienst- oder disziplinarrechtliche Verstöße stehen einer erneuten strafrechtlichen Verfolgung demnach nicht entgegen.¹⁸⁴ Wie Art. 103 Abs. 2 GG konstituiert auch Art. 103 Abs. 3 GG neben dem vorbenannten Leitprinzip zudem ein eigenes, subjektives Recht des Beschuldigten auf Unterlassung von Verstößen der Staatsgewalt gegen den normierten Grundsatz, dem grundrechtsgleicher Charakter beizumessen ist und das mittels der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.¹⁸⁵

Auch in Art. 101 und Art. 104 GG sind ähnlich der Ausgestaltungen des Art. 103 Abs. 1 bis Abs. 3 GG weitere Leitprinzipien und subjektive, grundrechtsgleiche Rechte aufgeführt, die grundsätzlich Betroffenen in sämtlichen Verfahrensarten, zum Teil aber auch wiederum insbesondere Beschuldigten in Strafverfahren zugutekommen sollen.

Art. 101 GG wird dabei zusätzlich als Grundnorm der Gerichtsorganisation verstanden.¹⁸⁶ Auf seiner Grundlage basieren etwa die Vorschriften zur sachlichen, örtlichen und instanziellen Zuständigkeit der

¹⁸¹ BVerfGE 65, 377 (381); 94, 351 (364); BGHSt 48, 331 (335 ff.); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 45; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 26; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 231 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 101.

¹⁸² BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 46; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 29; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 232 f.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 101; Sachs-Degenhart, Art. 103 Rn. 79a.

¹⁸³ BVerfGE 27, 180 (185); 28, 264 (278); Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 21; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 227 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 98; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 72; für einen Ausschluss des Ordnungswidrigkeitenrechts hingegen früher: BVerfGE 21, 391 (401); 43, 101 (105).

¹⁸⁴ BVerfGE 21, 391 (401); 27, 180 (185); 28, 264 (276 f.); 43, 101 (105); 66, 337 (357); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 47; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 22; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 227 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 99; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 72 f.

¹⁸⁵ BVerfGE 56, 22 (32); BeckOK GG-Radtke, Art. 103 Rn. 44; Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 3 Rn. 14; Huber/Voßkuhle-Aust, Art. 103 Rn. 207 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 95; Münch/Kunig-Kunig/Saliger, Art. 103 Rn. 64.

¹⁸⁶ Dreier-Schulze-Fielitz, Art. 101 Rn. 14; Sachs-Degenhart, Art. 101 Rn. 1.

Gerichte in StPO und GVG,¹⁸⁷ oder auch die konkreten Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungspläne der einzelnen Gerichte.¹⁸⁸

Art. 104 GG gilt ferner als verfahrensrechtliche Ergänzung und Absicherung der durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleisteten Freiheit der Person.¹⁸⁹ Er bedingt, dass Eingriffe in diese Freiheit aufgrund ihrer Schwere auch verfahrensrechtlich besonders hohen Voraussetzungen unterliegen.¹⁹⁰ Art. 104 GG enthält dementsprechend einen Kanon verfahrensrechtlicher Anforderungen, die bei freiheitsentziehenden Maßnahmen des Staates erfüllt sein müssen.¹⁹¹ Der dahinter stehende Gedanke zählt zu den ältesten Grundrechtsgarantien überhaupt und ist unter dem lateinischen Begriff „habeas corpus“ bekannt.¹⁹²

Über die bis hierhin beschriebenen Beschuldigtenrechte hinaus kommt im Strafprozess besondere Bedeutung der sogenannten Unschuldsvermutung zu. Nach dieser hat der Beschuldigte so lange als unschuldig zu gelten, bis seine Schuld in einem justizförmig geordneten Verfahren durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden nachgewiesen worden ist.¹⁹³ Dies soll bis zur rechtskräftigen Feststellung seiner Schuld eine unvoreingenommene Behandlung des Beschuldigten sicherstellen und diesen vor Nachteilen im Sinne von Vorverurteilungen und

¹⁸⁷ BeckOK GG-*Radtke*, Art. 101 Rn. 15; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 101 Rn. 19; Huber/Voßkuhle-*Classen*, Art. 101 Rn. 35 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 101 Rn. 11 ff.; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 101 Rn. 28 ff.; Sachs-*Degenhart*, Art. 101 Rn. 6a.

¹⁸⁸ BeckOK GG-*Radtke*, Art. 101 Rn. 19 f.; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 101 Rn. 22; Huber/Voßkuhle-*Classen*, Art. 101 Rn. 48 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 101 Rn. 23 ff.; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 101 Rn. 45 ff.; Sachs-*Degenhart*, Art. 101 Rn. 7.

¹⁸⁹ BVerfGE 10, 302 (322); 58, 208 (220); 66, 191 (195); 105, 239 (247); 109, 190 (252); 134, 33 (81); 149, 293 (324 f.); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 104 vor Rn. 1; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 104 Rn. 15; Huber/Voßkuhle-*Gusy*, Art. 104 Rn. 12; *Jarass/Pieroth*, Art. 104 Rn. 1; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 104 Rn. 3; Sachs-*Degenhart*, Art. 104 Rn. 1.

¹⁹⁰ BVerfGE 10, 302 (322); 29, 183 (195); 58, 208 (220); 65, 317 (321); 105, 239 (247); 109, 190 (252 f.); 134, 33 (81); 149, 293 (324 f.); BeckOK GG-*Radtke*, Art. 104 Rn. 6 ff.; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 104 Rn. 15 f.; Huber/Voßkuhle-*Gusy*, Art. 104 Rn. 25 ff.; *Jarass/Pieroth*, Art. 104 Rn. 3; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 104 Rn. 3; Sachs-*Degenhart*, Art. 104 Rn. 1.

¹⁹¹ BeckOK GG-*Radtke*, Art. 104 vor Rn. 1; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 104 Rn. 15 ff.; Huber/Voßkuhle-*Gusy*, Art. 104 Rn. 12; *Jarass/Pieroth*, Art. 104 Rn. 10; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 104 Rn. 2; Sachs-*Degenhart*, Art. 104 Rn. 1.

¹⁹² BeckOK GG-*Radtke*, Art. 104 vor Rn. 1; Dreier-*Schulze-Fielitz*, Art. 104 Rn. 1; Huber/Voßkuhle-*Gusy*, Art. 104 Rn. 2; Münch/Kunig-*Kunig/Saliger*, Art. 104 Rn. 2; Sachs-*Degenhart*, Art. 104 Rn. 1.

¹⁹³ BVerfGE 35, 311 (320); 74, 358 (371); 82, 106 (114); 133, 1 (31).

Repressalien schützen, die mit der Stigmatisierung begangener Straftaten und anhängiger Strafverfahren verbunden werden.¹⁹⁴ Die Vornahme von Ermittlungshandlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen wird hierdurch indes nicht ausgeschlossen. Diese sind auch vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung zulässig, solange gewisse Verdachtsgrade sie rechtfertigen und eine willkürliche Benachteiligung des Beschuldigten ausgeschlossen bleibt.¹⁹⁵ Anders wäre eine vollständige Aufklärung des unterstellten, strafrechtlichen Vorwurfes schließlich regelmäßig kaum praktikabel. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG genießt die Unschuldsvermutung auf nationaler Ebene Verfassungsrang.¹⁹⁶ Supranational hat sie in Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 14 Abs. 2 IPBPR und Art. 48 Abs. 1 GRCh ausdrückliche Normierungen erfahren.¹⁹⁷ Zum Teil wird sie dabei auch als Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren angesehen.¹⁹⁸ Jedenfalls dürfte sie aber wesentlicher Bestandteil und zugleich Bedingung für den rechtsstaatlichen Ablauf eines nach Inhalt und Grenzen durch das Gebot der Achtung der Menschenwürde bestimmten und materiell-rechtlich auf dem Schuldgrundsatz aufbauenden Strafprozesses sein,¹⁹⁹ deren Wesensgehalt sich in verschiedensten einfachgesetzlichen Normen der StPO wiederfindet.

¹⁹⁴ BVerfGE 74, 358 (371); 82, 106 (114 f.); 133, 1 (31); KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 135 f.; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 609, 623, 654; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 127 f.; NK-GS-Duttge/Waschkewitz, StPO Vor § 1 Rn. 86 f.

¹⁹⁵ BVerfGE 19, 342 (347); 74, 358 (369); 82, 106 (117); KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 135 f.; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 611; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 76; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 134; NK-GS-Dölling, StPO Vor § 1 Rn. 19.

¹⁹⁶ BVerfGE 22, 254 (265); 74, 358 (370); 82, 106 (114); 133, 1 (31); KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 135 f.; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 609; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 74; NK-GS-Dölling, StPO Vor § 1 Rn. 19.

¹⁹⁷ KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 135 f.; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 607 f.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 74; NK-GS-Dölling, StPO Vor § 1 Rn. 19.

¹⁹⁸ EGMR, *Deweere vs. Belgium*, no. 6903/75, Urteil vom 27.02.1980, § 56; *Minelli vs. Switzerland*, no. 8660/79, Urteil vom 25.03.1983, § 27; ÖJZ 1995, 509; ÖJZ 1999, 236; ÖJZ 2001, 61; Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 609; MüKoStPO-Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 127.

¹⁹⁹ BVerfGE 74, 358 (371); Löwe/Rosenberg-Esser, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 609.

In enger Verbindung zur Unschuldsvermutung steht ein weiterer, ungeschriebener prozessualer Grundsatz, der unter der lateinischen Bezeichnung „in dubio pro reo“²⁰⁰ bekannt ist. Dieser wird ebenfalls als Grundpfeiler des rechtsstaatlichen Strafverfahrens angesehen, dem jedenfalls überwiegend Verfassungsrang zugesprochen wird.²⁰¹ Inhaltlich besagt er, dass sich jeder nach Ausschöpfung sämtlicher Beweismittel unbehebbar verbleibende Zweifel an einer entscheidungserheblichen Tatsache zugunsten des Angeklagten auswirken müsse.²⁰² Dogmatisch handelt es sich bei dem Grundsatz anders als bei der Unschuldsvermutung damit um eine Entscheidungsregel, die eben erst zum Tragen kommt, wenn das Gericht nach abgeschlossener und vollständiger Beweiswürdigung keine ausreichende Überzeugung über eine für die Entscheidung erhebliche Tatsache gewonnen hat. Erst in diesem Fall ist das Gericht dann dazu verpflichtet, unter mehreren grundsätzlich möglichen und gleich wahrscheinlichen Schlussfolgerungen die für den Angeklagten günstigste zu ziehen.²⁰³ Damit ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ also ausschließlich auf Tatsachenfragen anzuwenden, nicht hingegen auf Rechtsfragen oder bei Zweifeln an der Auslegung gesetzlicher Vorgaben.²⁰⁴ Zudem kommt er nur dann zum Zug, wenn es um unmittelbar

²⁰⁰ Sinngemäß ins Deutsche übersetzt bedeutet dieser: „im Zweifel für den Angeklagten“.

²⁰¹ BayVerfGH, NJW 1983, 1600; BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 48; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 116; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 63; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. I Rn. 50; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 182; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 358; NK-GS-Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt, StPO § 261 Rn. 9; zur Frage des Verfassungsrangs bisher offenlassend allerdings: BVerfG, NJW 1988, 477; VIZ 2002, 169 (171).

²⁰² BVerfG, MDR 1975, 468 (469); KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 63; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 182.

²⁰³ BGH, NStZ 2006, 650; NStZ-RR 2007, 43 (44); NStZ-RR 2008, 350 (351); NJW 2009, 2690 (2693 f.); NStZ-RR 2009, 90 (91); NStZ 2010, 102 (103); NStZ 2012, 171 (172); NStZ 2015, 458 (459); NStZ-RR 2015, 83 (85); NStZ-RR 2017, 183 (184); BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 49; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 118; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 63; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 183; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 358; NK-GS-Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt, StPO § 261 Rn. 9.

²⁰⁴ RGSt 62, 372; BGHSt 14, 68 (73); BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 47, 60; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 119; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 69, 71; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 184; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 360; NK-GS-Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt, StPO § 261 Rn. 10.

entscheidungserhebliche Tatsachen geht,²⁰⁵ nicht hingegen etwa um bloße Indizien, die lediglich einen Schluss auf die tatsächlich entscheidungserhebliche Tatsache zulassen.²⁰⁶ Die Anwendung des Grundsatzes ist stets nur zu Gunsten des Angeklagten zulässig, nie zu seinen Lasten.²⁰⁷ Sind im Verfahren mehrere Angeklagte als Mitangeklagte beteiligt, dürfen „in dubio pro reo“ zu Gunsten eines dieser Mitangeklagten getroffene Feststellungen daher auch nicht zu Lasten eines anderen verwendet werden.²⁰⁸ Dies gilt insbesondere für gegebenenfalls abgegebene und unwiderlegt gebliebene Einlassungen.²⁰⁹

F. Das Verhältnis der Beschuldigtenrechte zueinander

Die Darstellung zeigt, dass die einzelnen Rechte des Beschuldigten zahlreiche Überschneidungen und Wechselwirkungen aufweisen. Häufig lassen sich die Grundlagen einzelner Rechte in mehreren Grund- und grundrechtsgleichen Rechten sowie rechtsstaatlichen Prinzipien verorten, die zugleich auch Grundlagen für weitere Rechte beinhalten. Eine klare Trennung scheint zum Teil noch nicht einmal zwischen diesen Grund- und grundrechtsgleichen Rechten sowie rechtsstaatlichen Prinzipien möglich. *Musielak*²¹⁰ erklärt das mit den „gemeinsamen Wurzeln“ der das Prozessrecht prägenden Verfassungsprinzipien. Danach möge es jedoch dahinstehen, ob eine sorgfältige Differenzierung insoweit überhaupt gelingen könne, da es für die praktische

²⁰⁵ BVerfG, MDR 1975, 468 (469); NJW 1988, 477; BGH, NStZ 2001, 609; BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 49; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 120; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 63; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 193; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 363; NK-GS-Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt, StPO § 261 Rn. 9.

²⁰⁶ BGH, NStZ 2001, 609; NJW 2005, 2322 (2324); NStZ-RR 2012, 18 (19); NStZ-RR 2017, 183 (184); BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 49, 56; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 124; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 63; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 193; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 365 f.; NK-GS-Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt, StPO § 261 Rn. 9.

²⁰⁷ BGH, NStZ 1987, 474; NStZ 2005, 85 (86); KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 65; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 186, 190; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 369.

²⁰⁸ BGH, StV 1983, 140; StV 1994, 633; NStZ-RR 2014, 282; BeckOK StGB-Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 1 Rn. 50; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 123; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 66 f.; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 206; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 373.

²⁰⁹ Vgl. insoweit insbesondere: Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 206 unter Verweis auf OLG Köln, VRS 14, 368.

²¹⁰ Musielak/Voit-Voit, ZPO Einleitung Rn. 32.

Anwendung entscheidend darauf ankomme, den Inhalt in einer Weise zu bestimmen, der die Berücksichtigung der einzelnen Grundsätze bei der Rechtsanwendung ermögliche. Dem dürfte zwar grundsätzlich zuzustimmen sein, Probleme könnten sich allerdings ergeben, sobald einzelne Grundsätze in Widerstreit zueinander treten. Die sich hieraus im Einzelfall ergebende, praktische Problematik würde jedenfalls für eine dogmatisch saubere Lösung dann doch einer entsprechenden Ausdifferenzierung bedürfen. Ein solcher praktischer Konfliktfall soll im Folgenden in den Fokus der Betrachtung gestellt werden.

2. Teil: Das Spannungsverhältnis zwischen Fragerecht und Schweigerecht

Fragerecht und Schweigerecht sind neben den Beweisantragsrechten die wichtigsten und vor allem praxisrelevantesten Verteidigungsrechte für den Beschuldigten im Rahmen der strafrechtlichen Hauptverhandlung.²¹¹ Da beide Rechte als Verteidigungsinstrumente des Beschuldigten grundsätzlich demselben Zweck zu dienen bestimmt sind, scheint ein Fall, in welchem diese Rechte in Konflikt zueinander treten, zunächst schwer vorstellbar. Dies gilt umso mehr, wenn man die vorstehende Darstellung zur inhaltlichen Verflechtung der einzelnen Beschuldigtenrechte und ihrer Grundlagen berücksichtigt, nach welcher die Grundlagen der beiden Rechte jedenfalls zum Teil einheitlich in Art. 1 Abs. 1 GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip verortet werden.²¹² Man könnte dementsprechend meinen, ein Konflikt zwischen Fragerecht und Schweigerecht sei aufgrund ihrer insoweit bestehenden Ausgangsidentität von vornherein ausgeschlossen.

²¹¹ *Sommer*, NJW 2005, 1240 (1242).

²¹² Vgl. hierzu bereits 1. Teil, A. I. und B. I.

A. Ausgangslage

I. Koexistenz: Kein Spannungsverhältnis im klassischen Fall nur eines einzelnen Angeklagten

Tatsächlich muss ein Konflikt zwischen Fragerecht und Schweigerecht ein und desselben Angeklagten im Rahmen der Hauptverhandlung denknotwendigerweise ausgeschlossen werden. Dies liegt bereits darin begründet, dass das Fragerecht zwar als aktives Beteiligungsrecht ausgestaltet ist, während das Schweigerecht den Charakter eines passiven Abwehrrechts aufweist, beide Rechte in diesem Fall aber ein und derselben Person zustehen. Gemäß § 240 Abs. 1 StPO wird dem Angeklagten das aktive Recht zugestanden, „Fragen an den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen zu stellen“. Das Schweigerecht gestattet es demselben Angeklagten hingegen, passiv auf die Fragen sämtlicher Verfahrensbeteiligten hin zu schweigen. Da sich der Angeklagte nicht selbst befragen wird, weil ihm das Recht zur Äußerung ohnehin zusteht,²¹³ kann es insoweit sinnvollerweise nicht zu der Fallgestaltung kommen, dass er auf seine eigene Fragestellung hin von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Solange sich das Verfahren daher ausschließlich gegen einen einzelnen Angeklagten richtet, ist für einen Konflikt der beiden Rechte von vornherein kein Raum.²¹⁴

II. Konfliktfall: Mehrere Mitangeklagte

Ein Konflikt zwischen Fragerecht und Schweigerecht kann allerdings entstehen, sobald neben dem einzelnen Angeklagten wenigstens eine weitere Person als Mitangeklagter am Verfahren beteiligt ist. In diesem Fall kommen mehreren Personen kraft identischer Verfahrensstellung jeweils inhaltlich deckungsgleiche, eigene Frage- und Schweigerechte zu. Zwar können auch diese in persona desselben Angeklagten aus den vorbeschriebenen Gründen nicht in Konflikt zueinander treten. Allerdings kommt ein solcher Konfliktfall sehr wohl zwischen den Frage-

²¹³ Vgl. hierzu bereits I. Teil, A. V.

²¹⁴ Zu einem etwaigen Konflikt zwischen Fragerecht und Zeugnisverweigerungsrechten bei Beteiligung zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen vgl.: *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 129 ff.

und Schweigerechten der Mitangeklagten in Betracht, da diese jedem Einzelnen von ihnen autonom zustehen.

Sind Mitangeklagte an der Hauptverhandlung beteiligt, könnte das Recht des einzelnen Angeklagten gemäß § 240 Abs. 1 StPO, Fragen „an den Angeklagten“ zu stellen, tatsächlich ausgeübt werden, indem dieser Angeklagte Fragen an seine Mitangeklagten richtet. Diesen gegebenenfalls befragten Mitangeklagten steht aber auch auf solche Fragen hin das ihnen grundlegend gewährte Schweigerecht zu. In solchen Fällen kann es mithin trotz des übereinstimmenden Verteidigungszwecks beider Rechte zu einem Widerstreit kommen, der in der Personenverschiedenheit ihrer Träger begründet ist. Dieser Konflikt ist nachvollziehbar, da der Verteidigungszweck stets nur den jeweiligen Rechtsträger betrifft. Die für diesen beste Verteidigung muss dementsprechend keineswegs auch zum Vorteil der übrigen Mitangeklagten gereichen, sondern kann diesen sogar schaden. Damit besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Frage- und Schweigerecht tatsächlich immer dann, wenn Mitangeklagte am Verfahren beteiligt sind.²¹⁵

B. Bisherige Regelung gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO

I. Inhalt und Intention

Eine gesetzgeberische Lösung des vorbeschriebenen Konflikts zwischen Frage- und Schweigerechten mehrerer Mitangeklagter findet sich in § 240 Abs. 2 S. 2 StPO: „Die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten ist unzulässig.“

Diese in der Nachkriegszeit des zweiten Weltkriegs mit dem Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.09.1950²¹⁶ in die StPO aufgenommene Regelung

²¹⁵ Vgl. hierzu: *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 172 ff., wobei sie allerdings schwerpunktmäßig die Berücksichtigungsfähigkeit belastender Angaben von Mitangeklagten im Ermittlungsverfahren, die dann in der Hauptverhandlung von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen und die Frage eines etwaigen Beweisverwertungsverbotes in dieser Konstellation untersucht.

²¹⁶ BGBl. 1950 I Nr. 40, S. 455.

bestimmt ihrem Wortlaut nach unmissverständlich eine Entscheidung des Konflikts zu Gunsten des Schweigerechts. Dem Angeklagten wird gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO sein grundsätzlich eingeräumtes Frage-recht gegenüber Mitangeklagten ersatzlos entzogen.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, einen geregelten Verfahrensablauf und eine dementsprechend beeinträchtigungsfreie Wahrheitsfindung zu gewährleisten.²¹⁷ Hintergrund ist dabei die Befürchtung, dass eine unmittelbare, konfrontative Befragung eines Mitangeklagten durch einen anderen von besonderer Emotionalität geprägt sein könnte und allein deshalb die Wahrheitsermittlung sowie der ordnungsgemäße Ablauf der Hauptverhandlung gestört werden könnten.²¹⁸ Nach einer wissenschaftlich fundierten Grundlage für diese Befürchtung sucht man indes vergeblich. *Gaede*²¹⁹ merkt hierzu an, dass es im Dunkeln verbleibe, weshalb emotionale Ausbrüche nicht ebenso häufig oder vielmehr noch häufiger bei der unmittelbaren Befragung von Zeugen auftreten sollten. Er schlussfolgert daher insoweit nachvollziehbar, dass sich die Norm als „unverhältnismäßige Pauschalentziehung“ des Angeklagten offenbare.

II. Unmittelbares und mittelbares Fragerecht

Durch § 240 Abs. 2 S. 2 StPO wird ausdrücklich nur die „unmittelbare“ Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten ausgeschlossen.

Das Recht zur „unmittelbaren“ Befragung beinhaltet, dass der Frageberechtigte selbst und persönlich seine Fragen an den Befragten richten darf,²²⁰ und, dass dieser dazu verpflichtet wird, seine Antworten in direkter Erwiderung an diesen zurückzugeben.²²¹ Weder ist insoweit eine

²¹⁷ BVerfG, NJW 1996, 3408.

²¹⁸ KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 26; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 15.

²¹⁹ MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 26.

²²⁰ Bär, Fragerecht, S. 47; BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 8; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 14; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 4; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 8; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 4.

²²¹ BGH, JR 1969, 305 (306); Bär, Fragerecht, S. 47; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 17; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 4; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 4.

Einbeziehung des Vorsitzenden des Gerichts,²²² noch eine vorherige Mitteilung beabsichtigter Fragen,²²³ oder eine Unterbrechungsbefugnis für den Vorsitzenden oder sonstige Verfahrensbeteiligte vorgesehen.²²⁴ Nur in den gesetzlich geregelten Fällen des § 241 Abs. 2 StPO soll dem Vorsitzenden eine Zurückweisungsbefugnis zukommen, um den Befragten vor unverhältnismäßig belastenden Fragen zu schützen und der über allem stehenden Zielsetzung des Strafprozesses nach materieller Wahrheitsfindung Rechnung zu tragen.²²⁵

Der Ausschluss des unmittelbaren Fragerechts gilt seinem Wortlaut entsprechend schlechthin absolut, sobald der Fragesteller als Angeklagter am Strafprozess beteiligt ist.²²⁶ Es spielt daher auch keine Rolle, wenn er neben seiner Angeklagtenstellung zusätzlich in anderer Form an der Hauptverhandlung teilnimmt, etwa als sich selbst verteidigender Rechtsanwalt,²²⁷ Rechtslehrer²²⁸ oder Nebenkläger²²⁹. Selbst dem Gericht ist es nicht gestattet, dem Angeklagten in Ausübung seiner Sachleitungsbefugnis ein Fragerecht gegenüber Mitangeklagten

²²² Bär, Fragerecht, S. 47; BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 9; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 14; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 4; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 8.

²²³ RGSt 18, 365 (366); 38, 57 (58); BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 8; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 14; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 4; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 8; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 4.

²²⁴ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 10; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 17; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 8; Schmidt, JR 1961, 430; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 13; Sommer, StraFo 2010, 102 (108 f.); jedenfalls nicht ohne sachlichen Grund: KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 8; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 28.

²²⁵ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 9; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 16 ff.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 17; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 31 ff.; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 8; vgl. ausführlich zu den Zurückweisungsmöglichkeiten des § 241 Abs. 2 StPO: Bär, Fragerecht, S. 94 ff.

²²⁶ BGH, NSTZ-RR 1996, 334; BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11; Meyer-Göfner/Schmitt, § 240 Rn. 10; NK-GS-Seebode, StPO § 240 Rn. 12; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 17.

²²⁷ BVerfGE 53, 207 (215); Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11; Meyer-Göfner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16.

²²⁸ MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25.

²²⁹ Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11; Meyer-Göfner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16.

einzuräumen. Der eindeutige Wortlaut des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO steht insoweit jeder weiter interpretierenden Auslegung entgegen.²³⁰

Ein Ausschluss der Möglichkeit mittelbarer Befragung lässt sich dem Wortlaut allerdings nicht entnehmen. Tatsächlich wird ein solcher Ausschluss auch nicht im Rahmen teleologischer Extension in den Wortlaut der Norm hineininterpretiert. Mittelbare Befragungen eines Mitangeklagten durch einen anderen bleiben mithin auch unter Beachtung von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO zulässig. Um sein mittelbares Fragerecht gegenüber Mitangeklagten auszuüben, ist der Angeklagte allerdings gezwungen, sich wahlweise seines gegebenenfalls bestellten Verteidigers oder des Vorsitzenden zu bedienen.²³¹ Diese „Hilfspersonen“ sind dann gehalten, die Fragen des Angeklagten für diesen an seine Mitangeklagten zu stellen. Dabei soll auch durch den Vorsitzenden grundsätzlich jede rechtlich zulässige Frage inhaltlich unverändert an die Mitangeklagten weitergegeben werden. Geschieht dies nicht, soll dem Angeklagten die Möglichkeit der Herbeiführung gerichtlicher Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO zustehen.²³²

III. Verfassungs- und konventionsrechtliche Bewertung in der bisherigen nationalen Rechtsprechung

Die Regelung des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO war in der Rechtsprechung der nationalen Obergerichte lange Zeit wenig thematisiert. Erst im Jahr 1996 wurde die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Norm sowie ihrer Vereinbarkeit mit den Vorgaben der EMRK und des IPBPR erstmals an den BGH herangetragen. Dem vorausgegangen war ein Urteil des Landgerichts Tübingen,²³³ in welchem der Angeklagte zu einer erheblichen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt worden war. Das LG hatte seine

²³⁰ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797a; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11; Meyer-Gößner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 17.

²³¹ BVerfG, NJW 1996, 3408; BGH, NStZ-RR 1996, 334.

²³² BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797a; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11, 19; Meyer-Gößner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16.

²³³ LG Tübingen, Urteil vom 16.12.1994, 26 Js 3961/93 – I KLs 3/94.

Entscheidung dabei maßgeblich auf die belastenden Angaben eines Mitangeklagten gestützt. Der Angeklagte rügte mit seiner Revision daher unter anderem, dass es ihm nicht gestattet gewesen sei, selbst Fragen an den ihn belastenden Mitangeklagten zu stellen.

Im Rahmen seiner Revisionsentscheidung entschied der BGH durch Beschluss vom 30.01.1996,²³⁴ dass eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. e IPBPR nicht festgestellt werden konnte. Dies lag dabei maßgeblich darin begründet, dass der Angeklagte durch einen Rechtsanwalt verteidigt war und selbst vorgetragen hatte, dass sein Verteidiger von dem ihm eingeräumten Fragerecht ohnehin keinen Gebrauch habe machen wollen. Im Übrigen wies der BGH einen gleichzeitigen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens und Vorlage der Frage der Vereinbarkeit des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO mit dem geltenden Rechtsstaatsprinzip zum BVerfG zurück. Er sah insoweit die Vorlagevoraussetzungen als nicht erfüllt an.

Gegen diese Entscheidung sowie das zugrunde liegende Urteil legte der Angeklagte daraufhin Verfassungsbeschwerde ein. Hierüber entschied sodann das BVerfG mit Nichtannahmebeschluss vom 21.08.1996 und stellte fest:

„Die Vorschrift des § 240 II 2 StPO ist verfassungsgemäß. Sie beeinträchtigt den Angekl. weder in seinem Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 I i.V. mit Art. 20 III GG) noch in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG). Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 2 I GG) dem Angekl. das Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Strafverfahren. Er darf im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein; ihm muß die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluß zu nehmen [...]. Diese Möglichkeit und das rechtliche Gehör sind dem Angekl. nicht dadurch genommen, daß gemäß § 240 II 2 StPO die unmittelbare Befragung eines Mitangeklagten durch ihn unzulässig ist. § 240 II 2 StPO enthält keine inhaltliche Einschränkung seines Fragerechts, sondern - im Interesse eines der Ermittlung der Wahrheit dienenden, geregelten Verfahrensablaufs - lediglich eine Beschränkung auf die mittelbare Befragung eines Mitangeklagten. Der Angekl. kann sein Fragerecht über seinen Verteidiger, aber auch über den Vorsitzenden [...] ausüben. Dies genügt dem verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch

²³⁴ BGH, NStZ-RR 1996, 334.

*auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren und auf rechtliches Gehör. Weitergehende Rechte lassen sich durchaus auch dann nicht ableiten, wenn man die Europäische Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe heranzieht. Die Beschränkung auf das mittelbare Fragerecht ist - wie der BGH (NStZ-RR 1996, 334) in seinem Revisionsverwerfungsbeschuß zu Recht festgestellt hat - auch mit Art. 6 III EMRK und Art. 14 III IPBPR vereinbar.*²³⁵

Damit scheint die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO zumindest auf den ersten Blick abschließend beantwortet. Insbesondere soll der Entzug des unmittelbaren Fragerechts also keine Verletzung der Rechte auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör darstellen. Die Einräumung des mittelbaren Fragerechts über einen Verteidiger oder den Vorsitzenden des Gerichts soll diesen Rechten ausreichenden Ausdruck verleihen.

Denklogische Grundlage einer solchen Rechtsauslegung muss allerdings die Annahme sein, dass ein mittelbares Fragerecht dem Angeklagten gegenüber seinen Mitangeklagten auch tatsächlich zur Verfügung steht, und, dass dieses ausgeübt werden kann. Was aber, wenn es Fälle gäbe, in denen dies gerade nicht gewährleistet würde? Dann wäre diese denklogische Grundannahme, die das BVerfG seiner vorzitierten Entscheidung zur Grundlage gemacht haben muss, bereits fehlerhaft und die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO neu zu bewerten. Ob es solche Fälle geben kann, soll im Folgenden näher untersucht werden.

C. Relevanz der Problematik

I. Keine Relevanz bei fehlendem Ausübungswillen

Die Frage der tatsächlichen Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts stellt sich zunächst nur dann, wenn der Angeklagte überhaupt an einer Ausübung interessiert ist. Fehlt es ihm bereits am Willen, vom mittelbaren Fragerecht Gebrauch zu machen und wird die Ausübung dementsprechend gar nicht intendiert, bleibt für eine Überprüfung der tatsächlichen Gewährleistung bereits kein Raum. Der Wille zur Ausübung des mittelbaren Fragerechts ist also die allererste Grundvoraussetzung für

²³⁵ BVerfG, NJW 1996, 3408.

eine weitergehende Überprüfung seiner tatsächlichen Gewährleistung. Insoweit ist dem BGH daher zuzustimmen, dass eine Rechtsverletzung von vornherein auszuschließen ist, wenn der Angeklagte von seinem mittelbaren Fragerecht keinen Gebrauch machen will.²³⁶

Hat der Angeklagte den notwendigen Ausübungswillen, so muss er ihn in irgendeiner Form erkennbar nach außen hin manifestieren. Ohne Manifestation verbliebe sein Willen ansonsten ein dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten verborgener, innerer Gedanke. Eine Überprüfung der tatsächlichen Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts bliebe auch in diesem Fall unmöglich. Im Ergebnis wird der Angeklagte seinen Willen zur Ausübung des mittelbaren Fragerechts daher in irgendeiner Weise erkennbar an den jeweiligen Adressaten kommunizieren müssen. Nur wenn auch diese Voraussetzung erfüllt wird, kann die Frage der tatsächlichen Gewährleistung des Rechts überhaupt Bedeutung erlangen.

II. Keine Relevanz bei Unerheblichkeit

Bringt der Angeklagte seinen Willen zur Ausübung des mittelbaren Fragerechts ausreichend erkennbar zum Ausdruck, so sind der gegebenenfalls bestellte Verteidiger beziehungsweise der Vorsitzende des Gerichts gehalten, das Fragerecht gegenüber den Mitangeklagten entsprechend für ihn auszuüben. Insbesondere der Vorsitzende soll im Rahmen dessen grundsätzlich jede rechtlich zulässige Frage inhaltlich unverändert an die Mitangeklagten weitergeben. Tut er dies nicht, liegt hierin eine unzulässige Beschneidung des mittelbaren Fragerechts.²³⁷

Wirkliche Relevanz im Sinne der Grundannahme des BVerfG für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO kann einer solchen Beschneidung jedoch nur zukommen, soweit die Nichtausübung des mittelbaren Fragerechts trotz erkennbaren Ausübungswillens des Angeklagten Einfluss auf die gerichtliche Entscheidung

²³⁶ BGH, NStZ-RR 1996, 334.

²³⁷ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797a; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11, 19; Meyer-Goßner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, B. II.

entfaltet. Dies kann wiederum nur dann der Fall sein, wenn die konkret zu stellende Frage beziehungsweise ihre Beantwortung durch den jeweiligen Mitangeklagten für die Entscheidung des Gerichts von Bedeutung, also erheblich ist.²³⁸

Da die Beantwortung der Frage durch den Mitangeklagten im Prozess gegen den Angeklagten als Beweismittel zur Verfügung steht,²³⁹ muss insoweit für Fragen an Mitangeklagte beziehungsweise ihre Beantwortung derselbe Maßstab wie für grundsätzlich sämtliche Beweistatsachen im Rahmen des gesamten Strafprozesses gelten. Für die Hauptverhandlung ist mithin § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO zu berücksichtigen. Erheblichkeit ist in Übertragung der hierzu entwickelten Grundsätze für Beweisanträge daher dann gegeben, wenn die Frage beziehungsweise ihre Beantwortung irgendwie geeignet ist, die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Unerheblich und damit bedeutungslos ist die sie hingegen, wenn ihr jedweder Bezug zum Verfahrensgegenstand fehlt oder wenn sie trotz eines solchen Bezugs nicht geeignet ist, die Entscheidung irgendwie zu beeinflussen.²⁴⁰

Die Bedeutungslosigkeit kann sich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ergeben.²⁴¹ Ersteres ist immer dann der Fall, wenn das Gericht unabhängig von einer etwaigen Beweisführung anhand der Frage beziehungsweise ihrer Beantwortung keinen für das Urteil relevanten

²³⁸ BGH, NJW 1984, 247 (248); NStZ 1994, 247 (248); BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 10; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 39; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 52; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 15.

²³⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 927 ff.; KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 269; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 84; MüKoStPO-Kudlich, Einleitung Rn. 416; NK-GS-Dölling, StPO Vor § 1 Rn. 51; Rogall, Der Beschuldigte, S. 31 ff.; SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rn. 122 ff.

²⁴⁰ BGH, NStZ 1999, 578 (579); NStZ-RR 2000, 210; NStZ-RR 2008, 205 (206); NStZ 2014, 111 (112); BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 66; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 209; Meyer-Gößner/Schmitt, § 244 Rn. 54; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 238; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 52.

²⁴¹ BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 66; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 210 ff.; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 150 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 216; Meyer-Gößner/Schmitt, § 244 Rn. 54; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 251 ff.; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 52.

Schluss ziehen würde.²⁴² Letzteres trifft zu, wenn die Frage beziehungsweise ihre Beantwortung weder für ein Merkmal des dem Angeklagten vorgeworfenen Straftatbestands noch für die konkrete Rechtsfolgenbestimmung relevant ist.²⁴³ Eine genaue Abgrenzung zwischen tatsächlichen und rechtlichen Gründen ist im Einzelfall nicht immer zweifelsfrei möglich.²⁴⁴ Dies dürfte jedoch ohnehin von rein dogmatischer Bedeutung sein, sodass hierauf mangels Relevanz für die aufgezeigte Fragestellung nicht weiter eingegangen werden soll.

Ob eine Frage beziehungsweise ihre Beantwortung letztlich erheblich ist, wird sich mit Sicherheit immer erst ex post feststellen lassen, also dann, wenn sie gestellt beziehungsweise beantwortet ist. Für die Beantwortung der Frage muss dies ausnahmslos gelten, da die Antwort nicht vorhersehbar sein kann. Allenfalls könnte aufgrund bereits vorliegender Informationen eine bestimmte Antwort eines Mitangeklagten erwartet werden. Eine solche Erwartung darf jedoch nicht ausreichen, die Beantwortung als unerheblich einzustufen, da dem Angeklagten ansonsten ohne gesicherte Tatsachengrundlage sein mittelbares Fragerecht willkürlich entzogen werden könnte.

Für die Frage an den Mitangeklagten kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Zwar wird sie dem bestellten Verteidiger beziehungsweise dem Vorsitzenden des Gerichts vor ihrer Weitergabe an den Mitangeklagten bekannt. Auch sie muss aber jedenfalls so lange als erheblich angesehen werden, wie sie noch irgendeinen, zumindest entfernt möglichen Bezug zum Prozessgegenstand aufweist. Da dem Vorsitzenden insoweit außer in den engen Grenzen des § 241 Abs. 2 StPO keine Prüfungscompetenz

²⁴² RGSt 64, 432; 65, 322; BGHSt 2, 286; BGH, NJW 1953, 35; NJW 1961, 2069 (2070); NStZ 1981, 309; NStZ 1982, 126; NStZ 1983, 277; NStZ 1984, 42 (43); NStZ 1985, 516; NJW 1988, 501 (502); NStZ 1992, 551; NStZ 1998, 369; NStZ-RR 2000, 210; NJW 2003, 150 (153); NJW 2004, 3051 (3056); NJW 2005, 2242 (2243); NStZ-RR 2008, 205 (206); NStZ-RR 2010, 211 (212); NStZ 2013, 352 (353); NStZ 2014, 168; NStZ 2015, 355 (356); NStZ-RR 2016, 117; NStZ 2018, 111 (112); BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 67 ff.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 211 f.; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 151; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 220; Meyer-Göfner/Schmitt, § 244 Rn. 56; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 255; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 53.

²⁴³ BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 73; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 210; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 150; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 217; Meyer-Göfner/Schmitt, § 244 Rn. 55; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 251 ff.; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 54.

²⁴⁴ MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 251.

über die für den Angeklagten zu stellende Frage zukommt,²⁴⁵ darf daher auch eine solche nur ausnahmsweise wegen Unerheblichkeit zurückgewiesen werden. In diesen Ausnahmefällen kann die Frage der tatsächlichen Gewährleistung des mittelbaren Fragerechts dann allerdings wie bei bereits fehlendem Ausübungswillen des Angeklagten keine Relevanz entfalten.

III. Keine Relevanz bei entgegenstehendem Schweigerecht

Irrelevant muss die Frage der tatsächlichen Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts auch dann sein, wenn seine Ausübung von vornherein gänzlich ins Leere liefe. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der befragte Mitangeklagte umfassend von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, da der Verteidigungszweck des Fragerechts durch aktive Konfrontation des Mitangeklagten in diesem Fall nicht erreicht werden kann.

Als umfassend ist die Ausübung des Schweigerechts insoweit anzusehen, wenn sie lückenlos von Beginn des Ermittlungsverfahrens an bis zum Ende der Hauptverhandlung gemäß § 260 Abs. 1 StPO gegeben ist und die Beantwortung jedweder Fragen sowie die Abgabe sämtlicher, denkbarer Einlassungen umfasst. Nicht umfassend ist die Ausübung des Schweigerechts folglich, wenn der Mitangeklagte allein in der Hauptverhandlung schweigt, zuvor aber im Rahmen des Ermittlungsverfahrens bereits Angaben getätigt hat, die auf anderem Wege Eingang in die Hauptverhandlung finden oder wenn er sich im Rahmen der Hauptverhandlung auf ein Teilschweigen auf einzelne Fragen beschränkt.

1. Einführung von Aussagen eines Mitangeklagten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in die strafprozessuale Hauptverhandlung

Macht der Mitangeklagte noch als (Mit-)Beschuldigter im Ermittlungsverfahren Angaben gegenüber seinen Vernehmungspersonen, so sind

²⁴⁵ Vgl. hierzu bereits: 2. Teil, B. II.

diese Angaben grundsätzlich im Rahmen der Hauptverhandlung berücksichtigungsfähig, auch wenn er sich in dieser auf sein Schweigerecht beruft.²⁴⁶ Wie die Berücksichtigung erfolgen kann, hängt allerdings maßgeblich von der Aussagesituation und der formellen Stellung der Vernehmungsperson ab, gegenüber der er seine Angaben tätigt.²⁴⁷

Im Ermittlungsverfahren gegenüber richterlichen Vernehmungspersonen abgegebene Erklärungen können gemäß § 254 Abs. 1 StPO durch Verlesung des Vernehmungsprotokolls in die Hauptverhandlung eingeführt werden.²⁴⁸ Dies soll nach überwiegender Auffassung sogar dann gelten, wenn der Mitangeklagte zum Zeitpunkt der früheren Vernehmung noch gar nicht als (Mit-)Beschuldigter, sondern lediglich als Zeuge vernommen wurde.²⁴⁹ Es soll insoweit zudem nicht erforderlich sein, dass die frühere Vernehmung überhaupt in demselben Verfahren stattgefunden hat, in dem die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten und seinen Mitangeklagten stattfindet. Auch Angaben aus Vernehmungen in anderen Straf-, Zivil- oder Verwaltungsverfahren seien danach verwertbar, solange die Tatsachen, zu denen die Vernehmung erfolgt ist, die zu verhandelnde Straftat betreffen.²⁵⁰

Neben der Verlesung von richterlichen Vernehmungsprotokollen erlaubt § 254 Abs. 1 StPO zudem die Einführung auch nichtrichterlicher Vernehmungen durch Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung.²⁵¹ Hintergrund für die Erstreckung dieser Vorführungsmöglichkeit auch

²⁴⁶ *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 172; konkrete Darstellung zweier möglicher Anwendungsfälle bei: *Sommer*, NJW 2005, 1240 ff., wobei dieser zumindest ersteren auf die Aussagesituation in der Hauptverhandlung ohne Berücksichtigung eines vorausgegangenen Ermittlungsverfahrens beschränkt.

²⁴⁷ Ausführliche Beschreibung verschiedener Konstellationen bei: *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 172 ff.

²⁴⁸ BeckOK StPO-*Ganter*, § 254 Rn. 1; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 857; KK-StPO-*Diemer*, § 254 Rn. 4; Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 254 Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 254 Rn. 1; MüKoStPO-*Kreicker*, § 254 Rn. 2; NK-GS-*Schork*, StPO § 254 Rn. 2.

²⁴⁹ RGSt 9, 174 (175 f.); Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 254 Rn. 7; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 254 Rn. 4; MüKoStPO-*Kreicker*, § 254 Rn. 11; a.A.: *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 863; KK-StPO-*Diemer*, § 254 Rn. 3.

²⁵⁰ RGSt 9, 174 (175 f.); 20, 23 (25); 54, 126 (128); 56, 257 (258); OLG Hamburg, StV 1997, 11 (12); Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 254 Rn. 6; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 254 Rn. 4; MüKoStPO-*Kreicker*, § 254 Rn. 12; a.A.: *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 863; KK-StPO-*Diemer*, § 254 Rn. 3.

²⁵¹ BeckOK StPO-*Ganter*, § 254 Rn. 2; KK-StPO-*Diemer*, § 254 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-*Mosbacher*, § 254 Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 254 Rn. 1a; MüKoStPO-*Kreicker*, § 254 Rn. 30; NK-GS-*Schork*, StPO § 254 Rn. 1.

auf nichtrichterliche Vernehmungsinhalte ist, dass einer audiovisuellen Aufzeichnung regelmäßig ein höherer Beweiswert beigemessen wird als einem bloßen schriftlichen Protokoll. Bild-Ton-Aufzeichnungen sollen insoweit Vernehmungsinhalte umfassender und authentischer wiedergeben, weshalb kein Grund für eine Beschränkung auf richterliche Vernehmungen bestehe.²⁵²

Werden Erklärungen eines Mitangeklagten gemäß § 254 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt, so sind diese explizit auch gegenüber dem Angeklagten verwertbar.²⁵³ Voraussetzung ist lediglich, dass sie sich auf tatsächliche Vorgänge beziehen, die auch für den Anklagevorwurf gegen den Angeklagten von Bedeutung sind. Es muss also ein innerer Zusammenhang zwischen den, den Angeklagten und seinen Mitangeklagten betreffenden, tatsächlichen Vorgängen bestehen. Dieser innere Zusammenhang muss eine einheitliche Tatsachenfeststellung denknotwendig machen.²⁵⁴

Hat der Mitangeklagte Äußerungen im Ermittlungsverfahren gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungspersonen wie einem Polizeibeamten oder dem Staatsanwalt abgegeben, die nicht audiovisuell aufgenommen, sondern lediglich schriftlich dokumentiert wurden und macht er dann in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch, so können Vernehmungsprotokolle über diese Erklärungen zunächst nicht gemäß § 254 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden.²⁵⁵ Der Wortlaut der Norm ist insoweit auf die Einführung von

²⁵² BT-Drucks 18/11277, S. 36; Löwe/Rosenberg-Mosbacher, § 254 Rn. 10; Meyer-Göfner/Schmitt, § 254 Rn. 1a; MüKoStPO-Kreicker, § 254 Rn. 33; NK-GS-Schork, StPO § 254 Rn. 3.

²⁵³ RGSt 9, 88; BGHSt 3, 149 (153 f.); 22, 372 (374 f.); BeckOK StPO-Ganter, § 254 Rn. 11; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 864; KK-StPO-Diemer, § 254 Rn. 8 f.; Löwe/Rosenberg-Mosbacher, § 254 Rn.16; Meyer-Göfner/Schmitt, § 254 Rn. 5; NK-GS-Schork, StPO § 254 Rn 5; a.A.: Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 19; Schneidewin, JR 1951, 481 (486).

²⁵⁴ BGHSt 3, 149 (153 f.); 22, 372 (374 f.); BeckOK StPO-Ganter, § 254 Rn. 11; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 864; KK-StPO-Diemer, § 254 Rn. 8 f.; Meyer-Göfner/Schmitt, § 254 Rn. 5.

²⁵⁵ BeckOK StPO-Ganter, § 254 vor Rn. 1; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 857; KK-StPO-Diemer, § 254 Rn. 4; Löwe/Rosenberg-Mosbacher, § 254 Rn. 8; Meyer-Göfner/Schmitt, § 254 Rn. 6; MüKoStPO-Kreicker, § 254 Rn. 2; NK-GS-Schork, StPO § 254 Rn. 2.

„richterlichen“ Protokollen sowie Bild-Ton-Aufzeichnungen beschränkt.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur sieht in dieser Beschränkung jedoch kein generelles Verbot, gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungspersonen getätigte Angaben überhaupt in der Hauptverhandlung zu verwerten. Vielmehr wird ihre Einführung im Wege des Vorhalts sowie durch persönliche Vernehmung der nichtrichterlichen Vernehmungsperson als zulässig erachtet. Dies wird damit begründet, dass eine solche mittelbare Wiedergabe gesetzlich nicht ausgeschlossen werde und es die gerichtliche Sachaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO gerade gebiete, auch diese Möglichkeiten auszuschöpfen.²⁵⁶

Die Gegenansicht will § 254 Abs. 1 StPO ein umfassendes Verwertungsverbot für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle entnehmen. Sie stützt dies auf den vermeintlichen Sinn und Zweck der Vorschrift, nach welchem die Aussagefreiheit des Beschuldigten im Falle nichtrichterlicher Vernehmung bis in die Hauptverhandlung hinein gewährleistet werden solle, sodass er auch in dieser noch folgenlos von etwaigen Angaben im Ermittlungsverfahren abrücken können müsse, da er bis dahin eben noch nicht von einem Richter vernommen worden sei. Zusätzlich würde die Zulassung von Erklärungen gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungspersonen dem Regelungsgehalt des § 243 Abs. 5 S. 1 StPO widersprechen, der dem Rückgriff auf frühere Aussagen im Ermittlungsverfahren Grenzen vorgebe.²⁵⁷

Der Streit dürfte seit der Einführung der Vorführungsmöglichkeit von Bild-Ton-Aufnahmen in den Wortlaut des § 254 Abs. 1 StPO im Rahmen des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens²⁵⁸ bereits an Bedeutung verloren haben und

²⁵⁶ BGHSt 1, 337 (339); 3, 149 (150); 14, 310 (311); 21, 285 (286); 22, 170 (172); BeckOK StPO-Ganter, § 254 Rn. 2; KK-StPO-Diemer, § 254 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Mosbacher, § 254 Rn. 23; Meyer-Goßner/Schmitt, § 254 Rn. 7 f.; MüKoStPO-Kreicker, § 254 Rn. 49 f.; NK-GS-Schork, StPO § 254 Rn. 3.

²⁵⁷ Frister, FS Fezer, S. 211 (224 f.); Gerdemann, Verwertbarkeit, S. 189 f.; Grünwald, Beweisrecht, S. 133; Grünwald, JZ 1968, 752 (754); Schroth, ZStW 1975, 103 (130 f.).

²⁵⁸ BGBl. 2017 I Nr. 58, S. 3202.

zukünftig noch weiter verlieren, da diese sämtliche Bild-Ton-Aufnahmen unabhängig von ihrer Erstellung im Rahmen einer richterlichen oder nichtrichterlichen Vernehmung umfasst.²⁵⁹ Mit zunehmendem technischem Fortschritt dürfte zu erwarten sein, dass in den kommenden Jahren die Anfertigung von Bild-Ton-Aufzeichnungen sowohl bei Zeugen- als auch Beschuldigtenvernehmungen zum Standard werden wird. Gesetzliche Hinderungsgründe bestehen insoweit ohnehin nicht. Vielmehr ist die Anfertigung von Bild-Ton-Aufnahmen bereits heute gemäß § 58a Abs. 1 S. 1 StPO für Zeugen- und gemäß § 136 Abs. 4 S. 1 StPO für Beschuldigtenvernehmungen ausdrücklich gestattet. Als Folge hieraus dürfte damit auch die Berücksichtigung von Äußerungen Mitangeklagter im Ermittlungsverfahren gegenüber nichtrichterlichen Vernehmungspersonen zum Regelfall werden.

Dementsprechend bleibt festzustellen, dass grundsätzlich sämtliche Erklärungen eines Mitangeklagten, die dieser außerhalb der Hauptverhandlung abgegeben hat, auf die ein oder andere Weise auch dann in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, wenn er im Rahmen dieser von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. In all diesen Fällen ist keine umfassende Ausübung des Schweigerechts des Mitangeklagten im eingangs dargelegten Sinne gegeben, sodass die Frage, ob die Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts des Angeklagten tatsächlich gewährleistet ist, Bedeutung erlangt.

Da in der Hauptverhandlung die Ausübung des mittelbaren Fragerechts aufgrund der Ausübung des Schweigerechts des Mitangeklagten gehindert ist, muss diese an anderer Stelle ermöglicht werden. Hier kommt ausschließlich eine solche Ermöglichung bereits im Rahmen des Ermittlungsverfahrens in Betracht, in dem der spätere Mitangeklagte noch nicht von seinem Schweigerecht Gebrauch macht und die dann in die Hauptverhandlung einzuführenden Erklärungen abgibt. Ohne Möglichkeit der Ausübung zumindest zu diesem Zeitpunkt im Rahmen des Ermittlungsverfahrens wäre das mittelbare Fragerecht dem Angeklagten

²⁵⁹ BT-Drucks 18/11277, S. 35 f.; BeckOK StPO-Ganter, § 254 Rn. 2; KK-StPO-Diemer, § 254 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Mosbacher, § 254 Rn. 10; Meyer-Goßner/Schmitt, § 254 Rn. 1a; MüKoStPO-Kreicker, § 254 Rn. 32; NK-GS-Schork, StPO § 254 Rn. 3.

ansonsten faktisch entzogen. Dies wäre mit den Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ebenso wenig zu vereinbaren, wie mit dem Verständnis des BVerfG von einem fairen, rechtsstaatlichen Verfahren.

2. Teilschweigen

Ein sogenanntes Teilschweigen liegt vor, wenn der Mitangeklagte zu einem bestimmten Sachverhalt eines einheitlichen Geschehens Angaben zur Sache macht und lediglich die Beantwortung bestimmter Fragen unterlässt.²⁶⁰ Abzugrenzen ist dies von Fällen, in denen der Mitangeklagte zunächst anfänglich schweigt, sodann jedoch im Laufe der Hauptverhandlung eine umfassende Einlassung nachholt,²⁶¹ sowie, in denen er einzelne Sachverhalte eines einheitlichen Geschehens von vornherein umfassend ausführt und Fragen hierzu beantwortet, jedoch zu gegebenenfalls tatmehrheitlich vorgehaltenen, weiteren Geschehensabläufen keine Angaben macht.²⁶² Für die Frage nach der Relevanz der hier behandelten Problematik ist die Abgrenzung freilich von geringer Bedeutung, da in allen Fällen eine Aussage des Mitangeklagten vorliegt und dementsprechend kein umfassender Gebrauch des Schweigerechts im hier maßgeblichen Sinn gegeben ist.

Relevant ist die Abgrenzung allerdings für die Frage der Verwertbarkeit der Angaben des Mitangeklagten.²⁶³ Macht der Mitangeklagte von seinem Schweigerecht umfassend Gebrauch, so darf sein Schweigen nicht zu seinem Nachteil verwertet werden.²⁶⁴ Dies gilt auch, wenn er sein

²⁶⁰ BGHSt 45, 367 (369); BGH, NStZ 2003, 45; BeckOK StPO-Eschelbach, § 261 Rn. 19; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 163; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 122; Meyer-Goßner/Schmitt, § 261 Rn. 17; MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 209.

²⁶¹ BGH, NStZ 2014, 666 (667); NStZ 2016, 220 (221); NStZ-RR 2018, 286 (287); StV 2021, 477 (478); BeckOK StPO-Eschelbach, § 261 Rn. 19; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 159; Meyer-Goßner/Schmitt, § 261 Rn. 18; Miebach, NStZ 2000, 234 (239); MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 213.

²⁶² BGHSt 32, 140; OLG Köln, VRS 61, 361; BeckOK StPO-Eschelbach, § 261 Rn. 19; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 164; Meyer-Goßner/Schmitt, § 261 Rn. 17; Miebach, NStZ 2000, 234 (236); MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 212.

²⁶³ Vgl. exemplarisch die Darstellung der Konstellationen bei: Miebach, NStZ 2000, 234 ff.

²⁶⁴ BVerfG, NStZ 1995, 555; BGHSt 32, 140 (144); 38, 302 (305); 45, 367; BGH, NStZ 2000, 494 (495); NStZ-RR 2018, 286 (287); BeckOK StPO-Eschelbach, § 261 Rn. 19; KK-StPO-Tiemann, § 261 Rn. 153; Löwe/Rosenberg-Sander, § 261 Rn. 120; Meyer-Goßner/Schmitt, § 261 Rn. 16; Miebach, NStZ 2000, 234 (235); MüKoStPO-Bartel, § 261 Rn. 202.

Schweigerecht ausschließlich in Bezug auf einzelne von mehreren, vorgehaltenen Geschehensabläufen ausübt.²⁶⁵ Das Verwertungsverbot muss insoweit gleichermaßen gegenüber dem Angeklagten gelten. Denn wenn dem Mitangeklagten sein Schweigen bereits nicht selbst vorgehalten werden kann, darf dieses erst recht nicht zum Nachteil eines Dritten reichen, der hierauf keinen Einfluss nehmen kann.

Beschränkt sich der Mitangeklagte hingegen auf ein Teilschweigen im vorbeschriebenen Sinn, ist die Frage umstritten, ob hieraus für ihn nachteilige Schlüsse gezogen werden dürfen oder auch insoweit ein Verwertungsverbot eingreift.²⁶⁶ Diese Frage ist für den Angeklagten ebenso von Bedeutung, da ein Verwertungsverbot hinsichtlich des Teilschweigens auch den Aussageteil der teilweisen Einlassung des Mitangeklagten beeinflusst: Die Bewertung der Glaubhaftigkeit der teilweisen Aussage hängt insoweit untrennbar mit dem verschwiegenen Bestandteil zusammen. Wäre dieser jedoch aufgrund eines Verwertungsverbots nicht zu berücksichtigen, so müsste auch die Glaubhaftigkeit der teilweisen Aussage losgelöst davon bewertet werden, dass der Mitangeklagte nicht alle ihm möglichen Umstände offenbart. Dass eine im Sinne materieller Wahrheit korrekte Bewertung damit erschwert, ja nahezu unmöglich gemacht würde, liegt auf der Hand.

Die vorherrschende Rechtsprechung lässt eine Verwertung des Teilschweigens im Rahmen der Beweiswürdigung zu.²⁶⁷ Der teilschweigende Mitangeklagte mache sich durch seine teilweise Aussage selbst zum Beweismittel. Das Teilschweigen stelle dabei einen negativen Bestandteil seiner Aussage dar. Diese Aussage sei im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung voll zu berücksichtigen. Das würde demnach auch für den negativen Bestandteil des Teilschweigens gelten, aus

²⁶⁵ BGHSt 32, 140; OLG Köln, VRS 61, 361; BeckOK StPO-*Eschelbach*, § 261 Rn. 19; KK-StPO-*Tiemann*, § 261 Rn. 164; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 261 Rn. 17; *Miebach*, NSTZ 2000, 234 (236); MüKoStPO-*Bartel*, § 261 Rn. 212.

²⁶⁶ BeckOK StPO-*Eschelbach*, § 261 Rn. 19; KK-StPO-*Tiemann*, § 261 Rn. 163; Löwe/Rosenberg-*Sander*, § 261 Rn. 122 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 261 Rn. 17; *Miebach*, NSTZ 2000, 234 (236 ff.); MüKoStPO-*Bartel*, § 261 Rn. 209.

²⁶⁷ BGHSt 20, 298 (300); 32, 140 (145); 38, 302 (307); BGH, NJW 2000, 1962 (1963); NJW 2002, 2260; NSTZ 2003, 45; Beschluss vom 22.11.2007 – 1 StR 497/07, BeckRS 2007, 19204; NSTZ-RR 2011, 118; Beschluss vom 10.05.2017 – 2 StR 258/16, BeckRS 2017, 121087 Rn. 23; NSTZ-RR 2017, 320; NSTZ 2022, 761.

welchem daher für den Mitangeklagten – wie dann auch für den Angeklagten selbst – nachteilige Schlüsse gezogen werden könnten. Dies gelte einschränkend allerdings nur, wenn nach den Umständen des Einzelfalls Angaben zu den verschwiegenen Punkten zu erwarten gewesen wären, andere mögliche Ursachen des Teilschweigens ausgeschlossen und die gemachten Angaben nicht offenkundig lediglich fragmentarischer Natur seien.

In der Literatur wird eine Verwertbarkeit des Teilschweigens im Rahmen der Beweiswürdigung hingegen überwiegend abgelehnt.²⁶⁸ Zur Begründung wird dabei maßgeblich ausgeführt, dass das Schweigerecht dem Mitangeklagten die umfassende und vorbehaltlose Befugnis einräume, selbst darüber zu entscheiden, wie weit er sich einlasse. Damit gehe einher, dass er auch die Grenzen dafür setzen könne, inwieweit er selbst als Beweismittel zur Verfügung stehe. Dies sei eben ausschließlich insoweit der Fall, wie er Angaben mache. Würde darüber hinaus auch sein teilweises Schweigen bei der Beweiswürdigung berücksichtigt, würde ihm diese Befugnis faktisch genommen und sein Schweigerecht dementsprechend entwertet. Dies sei insbesondere auch deshalb nicht hinnehmbar, da die Gründe für ein Teilschweigen vielfältig sein könnten und nicht stets auf einer sonst notwendigen Selbstbelastung beruhten.

Die alltägliche Praxis in deutschen Gerichtssälen sowie der zur Urteilsfindung berufenen Entscheidungsträger geht der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend fest von einer Verwertbarkeit des Teilschweigens aus. Bereits aus dieser tagtäglich gelebten Praxis ergibt sich, dass die hier behandelte Problematik der tatsächlichen Gewährleistung des mittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten bei Teilschweigen der Letztgenannten Bedeutung erlangt, ohne dass es einer weitergehenden Streitentscheidung bedarf.

Wäre eine solche zu treffen und ginge man mit der in der Literatur vertretenen Ansicht von einem Verwertungsverbot aus, würde sich im

²⁶⁸ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 809; Eser, ZStW 1967, 565 (576); Günther, JR 1978, 89 (91); Kühl, JuS 1986, 115 (120); Rogall, Der Beschuldigte, S. 255; Rüping, JR 1974, 135 (138); Schneider, Jura 1990, 572 ff.; Schneider, NStZ 2017, 73 (75 ff.); Stree, JZ 1966, 593 (598).

Übrigen nur dann etwas anderes ergeben, wenn das Verwertungsverbot hinsichtlich des Angeklagten auch den Aussageteil des Mitangeklagten umfasste. Da insoweit jedoch selbst die Literaturansichten nicht von einer Unverwertbarkeit der teilweisen Aussage ausgehen, sondern lediglich eine Verwertung des Teilschweigens untersagen, verbliebe es auch bei tatsächlicher Anwendung eines Verwertungsverbots hinsichtlich des Teilschweigens bei einer Relevanz der Problematik zumindest in Bezug auf den benannten Aussageteil.

IV. Keine Relevanz bei bestelltem Verteidiger

Die tatsächliche Gewährleistung des mittelbaren Fragerechts ist – von denkbaren Fällen nicht ordnungsgemäß ausgeübter Verteidigertätigkeit abgesehen – grundsätzlich bei Vorhandensein eines bestellten Verteidigers zu vermuten. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 21.08.1996²⁶⁹ hierzu zu Recht keine umfassenderen Ausführungen dargelegt. Es ist von vornherein das ursprüngliche Recht und zugleich die Pflicht des Verteidigers, die Interessen des Angeklagten zu vertreten.²⁷⁰ Er stellt insoweit ein Gegengewicht zu den Strafverfolgungsbehörden dar, das die Rechtsunkenntnis des Angeklagten ausgleichen und diesem die Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte ermöglichen soll.²⁷¹ Daran ändert auch seine zusätzliche, für den verteidigenden Rechtsanwalt etwa in § 1 BRAO normierte Stellung als Organ der Rechtspflege nichts.²⁷²

Zum Umfang der Interessenvertretung gehört jedenfalls bei ordnungsgemäßer Verteidigertätigkeit die Ausübung prozessualer Befugnisse und dementsprechend auch die Wahrnehmung des mittelbaren

²⁶⁹ BVerfG, NJW 1996, 3408.

²⁷⁰ BGH, NJW 1980, 64; NStZ 1993, 79; NStZ 1999, 188 (189); BeckOK StGB-Ruhmannseder, § 258 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Jahn, Vor § 137 Rn. 41; MüKoStGB-Cramer, § 258 Rn. 10; NK-GS-Schorck, StGB § 258 Rn. 11; Schönke/Schröder-Hecker, § 258 Rn. 19.

²⁷¹ BVerfG, StV 2004, 254 (259); Breyer/Endler/Sturm-Klein, AnwaltFormulare, Rn. 32; Klaas, JA 2020, 262 (263).

²⁷² Jaeger, NJW 2004, 1 (3 ff.); MAH Strafverteidigung-Knauer, § 1 Rn. 1 ff.; Welp, ZStW 1978, 804 (817 ff.); zum Meinungsstreit über die Rechtsstellung des Verteidigers vgl. ausführlichst: Beulke, Der Verteidiger; Löwe/Rosenberg-Jahn, Vor § 137 Rn. 26 ff.

Fragerechts.²⁷³ Ist für den Angeklagten ein Verteidiger bestellt, bleibt für eine Infragestellung der Entscheidung des BVerfG daher kein Raum. Denkbare Fälle, in denen der Verteidiger seinen Verteidigungsauftrag möglicherweise mangelhaft ausübt oder das mittelbare Fragerecht nicht wahrnimmt, sollen dabei an dieser Stelle undiskutiert bleiben. Hierbei dürfte es sich um eine hypothetische Problematik handeln, die erst durch ein Verhalten des Verteidigers contra legem überhaupt entstehen kann.

Zweifel an der Entscheidung des BVerfG können sich jedoch ergeben, soweit keine Verteidigerbestellung vorliegt und der Angeklagte im Verfahren, insbesondere in der Hauptverhandlung auf sich allein gestellt ist. Im nachfolgenden Abschnitt soll daher aufgezeigt werden, wann der Angeklagte nicht von einem Verteidiger vertreten wird und die Problematik der tatsächlichen Gewährleistung des mittelbaren Fragerechts deshalb Relevanz entfalten kann.

1. Verteidigung durch einen Wahlverteidiger gemäß § 138 StPO

Gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 StPO steht dem Beschuldigten das Recht zu, sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers zu bedienen. § 138 StPO bestimmt weiter, welche Personen als Verteidiger in Betracht kommen: Rechtsanwälte, Rechtslehrer an deutschen Hochschulen sowie andere, geschäftsfähige natürliche Personen, die das Gericht als Verteidiger genehmigt.²⁷⁴ Ergänzt wird dieser Kreis zulässiger Verteidigerpersonen durch § 392 AO, wonach in Steuerstrafverfahren auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer zu Verteidigern gewählt werden können, soweit die Finanzbehörde das Strafverfahren selbständig durchführt.²⁷⁵

²⁷³ BeckOK StGB-Ruhmannseder, § 258 Rn. 23; MüKoStGB-Cramer, § 258 Rn. 11; NK-GS-Schork, StGB § 258 Rn. 11; Schönke/Schröder-Hecker, § 258 Rn. 19.

²⁷⁴ BeckOK StPO-Wessing, § 138 vor Rn. 1; KK-StPO-Willnow, § 138 Rn. 2, 7; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 138 Rn. 1; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 138 Rn. 2; NK-GS-Weiler, StPO § 138 Rn. 4.

²⁷⁵ BeckOK StPO-Wessing, § 138 Rn. 6; KK-StPO-Willnow, § 138 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 138 Rn. 17; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 138 Rn. 12; NK-GS-Weiler, StPO § 138 Rn. 3 f.

Das Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers ist Ausdruck des auf dem Rechtsstaatsprinzip basierenden Rechts auf ein faires Verfahren und neben § 137 StPO in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR fest normiert.²⁷⁶ Es gewährt dem Beschuldigten das Recht, nicht aber die Pflicht, einen Verteidiger seines Vertrauens hinzuzuziehen. Der Beschuldigte kann über die Person dieses gewählten Verteidigers im Rahmen des zulässigen Personenkreises frei bestimmen.²⁷⁷ Seine Wahl darf auch nicht unter Hinweis auf eine bereits bestehende Pflichtverteidigung oder einen weiteren bestellten Wahlverteidiger eingeschränkt werden.²⁷⁸ Die einzige, zulässige Einschränkung ergibt sich insoweit aus § 137 Abs. 1 S. 2 StPO, wonach die Gesamtzahl gewählter Verteidiger drei nicht übersteigen darf.²⁷⁹

Das Recht, einen Wahlverteidiger hinzuzuziehen, steht jedem Beschuldigten unabhängig vom Zeitpunkt des Verfahrens jederzeit zu. Es gilt dementsprechend von Beginn des Ermittlungsverfahrens an über das Zwischen- und Hauptverfahren bis hin in das Verfahren eines etwaigen Strafvollzugs und sogar in ein etwaiges Wiederaufnahmeverfahren hinein.²⁸⁰

Ob ein Beschuldiger das Recht jedoch auch tatsächlich wahrnehmen und einen Wahlverteidiger hinzuziehen kann, ist praktisch häufig eine Frage der hierdurch entstehenden Kosten und seiner finanziellen Möglichkeiten. Gerade bei sozial benachteiligten Beschuldigten besteht mitunter aus wirtschaftlichen Gründen die Notwendigkeit, auf eine Wahlverteidigung zu verzichten.²⁸¹

²⁷⁶ Vgl. bereits: 1. Teil, A. IV.

²⁷⁷ KK-StPO-Willnow, § 137 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 137 Rn. 1; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 137 Rn. 6; NK-GS-Weiler, StPO § 137 Rn. 1.

²⁷⁸ BVerfG, NJW 1984, 2403 f.; BGH, NStZ 1999, 527; NStZ 2005, 114; OLG Koblenz, SVR 2009, 388 (389); BeckOK StPO-Wessing, § 137 Rn. 19; KK-StPO-Willnow, § 137 Rn. 5; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 137 Rn. 6.

²⁷⁹ BeckOK StPO-Wessing, § 137 Rn. 19; KK-StPO-Willnow, § 137 Rn. 5; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 137 Rn. 62 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 137 Rn. 29 ff.; NK-GS-Weiler, StPO § 137 Rn. 12.

²⁸⁰ BeckOK StPO-Wessing, § 137 Rn. 2; KK-StPO-Willnow, § 137 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 137 Rn. 14 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 137 Rn. 12; NK-GS-Weiler, StPO § 137 Rn. 1.

²⁸¹ Kortz, Notwendigkeit der Verteidigung, S. 187 f.

Die Kosten eines Wahlverteidigers berechnen sich im Standardfall einer Verteidigung durch einen Rechtsanwalt vorbehaltlich abweichender Vergütungsvereinbarungen nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).²⁸² Danach kommt es zunächst darauf an, in welchem Verfahrensstadium der Wahlverteidiger hinzugezogen wird, beziehungsweise in welcher gerichtlichen Instanz seine Tätigkeit stattfindet. Gemäß dem als Anlage 1 zum RVG beigefügten Vergütungsverzeichnis (VV RVG) entstehen für verschiedene Tätigkeiten des Verteidigers unterschiedliche Gebühren, die grundsätzlich mit bestimmten Gebührenrahmen vorgegeben sind. Wo innerhalb des jeweiligen Rahmens die einzelne Gebühr konkret durch den Verteidiger festzusetzen ist, richtet sich nach § 14 Abs. 1 RVG und hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Umfang der Angelegenheit, der rechtlichen wie tatsächlichen Schwierigkeit, dem zeitlichen Aufwand der Bearbeitung, aber auch der Bedeutung der Sache für den Beschuldigten sowie seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen ab. Der Verteidiger kann die konkrete Festsetzung insoweit nach billigem Ermessen vornehmen.²⁸³ Für eine durchschnittliche Angelegenheit sieht das VV RVG sogenannte Mittelgebühren vor. Diese berechnen sich aus der Mindestgebühr für eine Tätigkeit zuzüglich der Höchstgebühr dividiert durch zwei.

Wird ein Wahlverteidiger – wie in der Praxis üblich – bereits im Ermittlungsverfahren beauftragt und begleitet dieser den Beschuldigten sodann durch das Hauptverfahren etwa vor dem Amtsgericht einschließlich der Wahrnehmung eines Hauptverhandlungstermins bis hin zum Urteilsspruch, so entstehen hierdurch beispielsweise regelmäßig folgende Gebühren: eine Grundgebühr gemäß Ziffer 4100 VV RVG mit einem Gebührenrahmen von 48,00 € bis 432,00 € (Mittelgebühr = 240,00 €), eine Verfahrensgebühr für das vorbereitende Verfahren gemäß Ziffer 4104 VV RVG mit einem Gebührenrahmen von 48,00 € bis 348,00 € (Mittelgebühr = 198,00 €), eine Verfahrensgebühr für den ersten Rechtszug vor dem Amtsgericht gemäß Ziffer 4106 VV RVG mit

²⁸² Vgl. umfassend zum Vergütungsrecht der Strafverteidigung: MAH *Strafverteidigung-Kotz/Voigt*, § 42 Rn. 1 ff.

²⁸³ Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 464a Rn. 41.

einem Gebührenrahmen von abermals 48,00 € bis 348,00 € (Mittelgebühr = 198,00 €) sowie eine Terminsgebühr für einen Hauptverhandlungstag gemäß Ziffer 4108 VV RVG mit einem Gebührenrahmen von 84,00 € bis 576,00 € (Mittelgebühr = 330,00 €). Zusätzlich fallen gemäß den Ziffern 7000 ff. VV RVG regelmäßig weitere Kosten für Kopien, Auslagen, Fahrt- und Abwesenheitsgelder an. Schließlich ist auf den sich ergebenden Gesamtbetrag die Umsatzsteuer in Ansatz zu bringen. Damit belaufen sich die Kosten für einen rechtsanwaltlichen Wahlverteidiger bereits bei einer bloß durchschnittlichen Strafverteidigung schnell auf einen vierstelligen Betrag. Wird der Wahlverteidiger erst für das gerichtliche Verfahren mandatiert, entfällt zwar die Verfahrensgebühr gemäß Ziffer 4104 VV RVG, die Kostenersparnis bleibt jedoch im Verhältnis zu den Gesamtkosten gering. Findet die Strafverteidigung nicht vor dem Amtsgericht oder gar in der Berufungs- oder Revisionsinstanz statt, können die Kosten noch erheblich über den im hier aufgezeigten Beispiel berechneten Gebühren liegen.²⁸⁴ Weitere Zuschläge können im Übrigen etwa anfallen, wenn sich der Beschuldigte in Haft befindet,²⁸⁵ mehrere Hauptverhandlungstage stattfinden,²⁸⁶ oder die Tätigkeit überdurchschnittlich zu bewerten ist.²⁸⁷

Für die Frage, ob ein wirtschaftlich schwacher Beschuldigter eine Wahlverteidigung in Anspruch nimmt, ist neben den konkreten Kosten auch die rechtliche Bewertung des ihm unterbreiteten Strafvorwurfs von Bedeutung: Nur der im Hauptverfahren freigesprochene Beschuldigte erhält grundsätzlich gemäß § 467 Abs. 1 StPO einen Erstattungsanspruch hinsichtlich seiner Kosten gegenüber der Staatskasse. Der Anspruch umfasst dabei die „notwendigen Auslagen“. Gemäß § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO gehören hierzu unter anderem „die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts, soweit sie nach § 91 Abs. 2 der Zivilprozessordnung zu erstatten sind“. Gemäß § 91 Abs. 2 ZPO sind dies die „gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts“, also die

²⁸⁴ Vgl. hierzu die Ziffern 4112 ff., 4124 ff. und 4130 ff. VV RVG.

²⁸⁵ Vgl. exemplarisch Ziffer 4102 Nr. 3 VV RVG.

²⁸⁶ Insoweit fällt die Terminsgebühr gemäß der Ziffern 4108 und 4114 VV RVG für jeden einzelnen Hauptverhandlungstag gesondert an.

²⁸⁷ Insoweit kann der konkrete Gebührenansatz innerhalb der jeweiligen Gebührenrahmen die Mittelgebühren mitunter deutlich übersteigen.

Gebühren, die das VV RVG benennt. Nicht erstattet werden dementsprechend über die gesetzlich festgelegten Gebühren hinausgehende Kosten auf Basis von getroffenen Vergütungsvereinbarungen oder Ähnlichem.²⁸⁸ Diese Kosten sind daher selbst im Falle seines Freispruchs stets von dem Beschuldigten selbst zu tragen.

Wird der Beschuldigte verurteilt, trägt er gemäß § 465 Abs. 1 StPO die Kosten des Verfahrens. Gleiches gilt für seine notwendigen Auslagen, also insbesondere die Kosten eines Wahlverteidigers. Dies folgt auch ohne ausdrückliche Erwähnung in § 465 Abs. 1 StPO bereits aus dem Grundsatz, dass jeder Verfahrensbeteiligte seine Auslagen selbst zu tragen hat, sofern keine anderweitige Regelung existiert.²⁸⁹ Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich in § 465 Abs. 2 und Abs. 3 StPO für besondere Auslagen,²⁹⁰ sowie den Todesfall des Beschuldigten,²⁹¹ und in § 8 GKG für Fälle schwerwiegender Verfahrensfehler.²⁹² Die §§ 74, 109 Abs. 2 JGG bestimmen ferner für Jugendliche und Heranwachsende, dass von einer Kosten- und Auslagenauferlegung abgesehen werden kann.²⁹³ Dabei ist jedoch zu beachten, dass dies nicht für die notwendigen Auslagen gilt, die damit auch Jugendliche und Heranwachsende stets selbst zu tragen haben.²⁹⁴

Wird das Verfahren gegen den Beschuldigten eingestellt, so kommt es für die Frage der Kostentragung einerseits auf den Grund der Einstellung und andererseits auf deren Zeitpunkt an.²⁹⁵ Stellt das Gericht das

²⁸⁸ BeckOK StPO-Niesler, § 464a Rn. 17; KK-StPO-Gieg, § 464a Rn. 11; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 464a Rn. 40; MüKoStPO-Grommes, § 464a Rn. 21; NK-GS-Meier, StPO § 464a Rn. 11.

²⁸⁹ BGH, NStZ-RR 1999, 63 f.; NStZ 2006, 32; BeckOK StPO-Niesler, § 465 Rn. 2; KK-StPO-Gieg, § 465 Rn. 3; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 464 Rn. 24; § 465 Rn. 1; MüKoStPO-Grommes, § 465 Rn. 6.

²⁹⁰ KK-StPO-Gieg, § 465 Rn. 5; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 465 Rn. 17 ff.; MüKoStPO-Grommes, § 465 Rn. 9.

²⁹¹ BeckOK StPO-Niesler, § 465 Rn. 6; KK-StPO-Gieg, § 465 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 465 Rn. 44; MüKoStPO-Grommes, § 465 Rn. 14.

²⁹² BeckOK StPO-Niesler, § 465 Rn. 4.

²⁹³ BeckOK StPO-Niesler, § 465 Rn. 5; KK-StPO-Gieg, § 465 Rn. 4; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 465 Rn. 8; MüKoStPO-Grommes, § 465 Rn. 4.

²⁹⁴ BGHSt 36, 27; BGH, NStZ 1989, 239; NStZ-RR 2006, 224; Beschluss vom 06.07.2017 – 4 StR 121/17, BeckRS 2017, 118927 Rn. 8; BeckOK StPO-Niesler, § 465 Rn. 5; KK-StPO-Gieg, § 465 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, § 465 Rn. 1.

²⁹⁵ Vgl. im Einzelnen: BeckOK StPO-Niesler, § 464 Rn. 4; KK-StPO-Gieg, § 464 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 465 Rn. 9 ff.; MüKoStPO-Grommes, § 464 Rn. 22 ff.; NK-GS-Meier, StPO § 464 Rn. 7.

Verfahren im Stadium des Hauptverfahrens auf Basis einer ihm zustehenden Ermessensvorschrift endgültig ein, so greift die Regel-Ausnahme-Vorschrift des § 467 Abs. 4 StPO, nach welcher die notwendigen Auslagen des Beschuldigten grundsätzlich der Staatskasse anheimfallen, jedoch mit entsprechender Begründung ausnahmsweise auch dem Beschuldigten selbst auferlegt werden können.²⁹⁶ Zur Begründung soll das Gericht dabei maßgeblich auf die zum Zeitpunkt der Einstellung vorliegenden Verdachtsgründe abstellen, ohne jedoch eine verdeckte Schuldzuweisung vornehmen zu dürfen.²⁹⁷ Dass dies mitunter Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen kann, dürfte auf der Hand liegen. Eine Besonderheit gilt im Übrigen ferner für den praxisrelevanten Fall der endgültigen Einstellung nach vorheriger Erfüllung von Auflagen und Weisungen gemäß § 153a StPO: Gemäß § 467 Abs. 5 StPO hat der Beschuldigte in diesen Fällen seine notwendigen Auslagen stets selbst zu tragen.²⁹⁸

Erfolgt die Verfahrenseinstellung bereits im Stadium des Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, finden die §§ 464 ff. StPO keine Anwendung, da es an einer gerichtlichen Entscheidung fehlt.²⁹⁹ Selbst bei einer Einstellung mangels hinreichendem Tatverdacht gemäß § 170 Abs. 2 S. 1 StPO – gewissermaßen dem Freispruch vor der Einleitung des Hauptverfahrens – hat der Beschuldigte damit die Kosten seines Verteidigers stets selbst zu tragen, da es schlicht keine anderweitige gesetzliche Kostenregelung gibt.³⁰⁰

²⁹⁶ BeckOK StPO-Niesler, § 467 Rn. 14; KK-StPO-Gieg, § 467 Rn. 11; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 467 Rn. 64; MüKoStPO-Grommes, § 467 Rn. 26; NK-GS-Meier, StPO § 467 Rn. 10.

²⁹⁷ EGMR, NJW 1988, 3257; BVerfGE 82, 106 (117); BGH, NStZ 2000, 330 (331); BeckOK StPO-Niesler, § 467 Rn. 14; KK-StPO-Gieg, § 467 Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt, § 467 Rn. 19; MüKoStPO-Grommes, § 467 Rn. 27; NK-GS-Meier, StPO § 467 Rn. 10; a. A.: Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 467 Rn. 66 m. w. N.

²⁹⁸ BeckOK StPO-Niesler, § 467 Rn. 15; KK-StPO-Gieg, § 467 Rn. 12; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 467 Rn. 73; MüKoStPO-Grommes, § 467 Rn. 30; NK-GS-Meier, StPO § 467 Rn. 11.

²⁹⁹ BeckOK StPO-Niesler, § 464 Rn. 3; Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 464 Rn. 1.

³⁰⁰ Anders allerdings, wenn vor der staatsanwaltschaftlichen Einstellung nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO bereits öffentliche Klage erhoben und diese von der Staatsanwaltschaft zurückgenommen wurde. In diesem Fall hat das Gericht gemäß § 467a Abs. 1 StPO auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten die diesem erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen. Zum Anwendungsbereich und den Voraussetzungen des § 467a StPO vgl. ausführlich: Löwe/Rosenberg-Kurtze, § 464a Rn. 2 ff.

Im Ergebnis gibt es damit eine Mehrzahl möglicher Konstellationen, in denen der Beschuldigte die Kosten eines Wahlverteidigers abschließend persönlich tragen muss. Völlig unabhängig vom tatsächlichen Wahrheitsgehalt des ihm unterbreiteten Strafvorwurfs muss der Beschuldigte in diesen Fällen daher abwägen, ob er wirtschaftlich in der Lage und subjektiv dazu gewillt ist, diese Kosten zu übernehmen. Regelmäßig wird es ihm ohne rechtsanwaltliche Beratung allerdings bereits an der notwendigen Kenntnis fehlen, wann es einer solchen Abwägung überhaupt bedarf. Kann der Beschuldigte die Kosten eines Wahlverteidigers nicht aufbringen, bleibt ihm schließlich nur, eine mögliche Pflichtverteidigung zu prüfen oder sich dem Verfahren unverteidigt auszusetzen.

2. Verteidigung durch Pflichtverteidiger

Die Verteidigung durch einen Pflichtverteidiger setzt voraus, dass ein Fall der sogenannten notwendigen Verteidigung vorliegt und ein Zeitpunkt im Verfahren erreicht ist, der die Beiordnung eines Pflichtverteidigers vorschreibt.³⁰¹ War dieser Zeitpunkt in der Vergangenheit gemäß § 141 StPO a. F.³⁰² regelmäßig nur selten bereits im Ermittlungsverfahren und vielmehr zumeist erst mit Beginn des Hauptverfahrens erreicht, so ist insoweit durch die Novellierung des § 141 StPO im Rahmen der Einführung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 12.12.2019³⁰³ eine deutliche Vorverlagerung erfolgt, die den Zeitpunkt der Beiordnung nun regelmäßig in das Ermittlungsverfahren verschieben dürfte.³⁰⁴

Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung stellt eine Umsetzung zweier europarechtlicher Richtlinien, der sogenannten „PKH-Richtlinie“³⁰⁵ und der „Kinderrechtsrichtlinie“³⁰⁶ dar.

³⁰¹ Böß, NStZ 2020, 185 f.

³⁰² BGBl. 2017 I Nr. 58, S. 3202.

³⁰³ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128.

³⁰⁴ Böß, NStZ 2020, 185 (188); BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 vor Rn. 1; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 2.

³⁰⁵ Richtlinie (EU) 2016/1919.

³⁰⁶ Richtlinie (EU) 2016/800.

Ziel dieser Richtlinien ist es, im Rahmen des Gesamtvorhabens der Europäischen Union zur Stärkung der Rechte von Verdächtigen oder Beschuldigten im Strafverfahren beizutragen.³⁰⁷ Dabei basiert der Grundgedanke der für die Novellierung des Rechts der notwendigen Verteidigung primär relevanten „PKH-Richtlinie“ auf der Anwendung eines in verschiedenen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ohnehin für das Strafverfahren bereits existenten Prozesskostenhilfesystems, das auch dem mittellosen Beschuldigten einen effektiven Zugang zu einem Rechtsbeistand gewährleisten soll.³⁰⁸ Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung hat der deutsche Gesetzgeber versucht, den Vorgaben der Richtlinie durch eine Modifizierung der bestehenden Regelungen der StPO Rechnung zu tragen. Auf die Einführung eines Prozesskostenhilfesystems für das Strafverfahren hat er dabei allerdings verzichtet.³⁰⁹

Im Folgenden sollen zunächst die gesetzlichen Fälle notwendiger Verteidigung übersichtlich dargestellt werden. Sodann wird näher auf die Regelungen der Beiordnung einzugehen sein, um zu definieren, in welchen Fällen eine Pflichtverteidigerbestellung tatsächlich erfolgt. Abschließend wird schließlich aufzuzeigen sein, ob unter Berücksichtigung der Fälle der Pflichtverteidigung noch ein Anwendungsbereich verbleibt, in welchem das mittelbare Fragerecht des Beschuldigten nicht über einen Verteidiger gewährleistet wird.

aa) Die Fälle notwendiger Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 StPO

§ 140 Abs. 1 StPO beinhaltet als zentrale Vorschrift des Rechts der notwendigen Verteidigung einen Katalog gesetzlich normierter Anwendungsfälle. Diese sind, wenn auch nicht abschließend, jedoch von überwiegender dogmatischer und praktischer Bedeutung.

³⁰⁷ Entschliessung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABl. EU 2009/C 295/01.

³⁰⁸ Böß, NStZ 2020, 185.

³⁰⁹ Böß, NStZ 2020, 185 (186); BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 2; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 vor Rn. 1; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 1.

(1) § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO

Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn „zu erwarten ist, dass die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder einem Schöffengericht stattfindet“. Es ist demnach eine Prognoseentscheidung zur sachlichen Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts zu treffen, die sich je nach ihrem Zeitpunkt an den tatsächlichen Umständen des angenommenen Verdachtsgrads orientiert.³¹⁰

Die sachliche Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts bestimmt sich nach den maßgeblichen Vorschriften des GVG.

Gemäß der §§ 120 ff. GVG ist das Oberlandesgericht erstinstanzlich zuständig. Dies gilt in erster Linie namentlich für die in § 120 Abs. 1 GVG näher aufgeführten, den Staatsschutz betreffenden Katalogstraftaten sowie gemäß § 120 Abs. 2 GVG für weitere Delikte, deren Verfolgung der Bundesstaatsanwalt wegen besonderer Bedeutung des konkreten Falles übernimmt.

Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landgerichts bestimmt sich nach den §§ 74 ff. GVG. Zentrale Vorschrift ist dabei § 74 Abs. 1 GVG, der in Satz 1 bestimmt, dass das Landgericht für alle Verbrechen erstinstanzlich zuständig ist, „die nicht zur Zuständigkeit des Amtsgerichts oder des Oberlandesgerichts gehören.“ Verbrechen sind gemäß § 12 Abs. 1 StGB „rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.“ Des Weiteren ergibt sich eine erstinstanzliche landgerichtliche Zuständigkeit gemäß § 74 Abs. 1 S. 2 GVG „für alle Straftaten, bei denen eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, allein oder neben einer Strafe, oder in der Sicherungsverwahrung zu erwarten ist oder bei denen die Staatsanwaltschaft in den Fällen des § 24 Abs. 1 Nr. 3 Anklage beim Landgericht erhebt.“ Diese Zuständigkeit gilt mangels Beschränkung auf Verbrechenstatbestände auch für Vergehen i. S. des § 12 Abs. 2 StGB, also

³¹⁰ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 5; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 13 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 12; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 3.

„rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe [als von einem Jahr oder darüber] oder die mit Geldstrafe bedroht sind.“ Maßgeblich für die Zuständigkeitsbestimmung des Landgerichts in erster Instanz ist damit also die formelle Straferwartung, die für die vorgeworfene Straftat zu Grunde zu legen ist.

Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Schöffengerichts richtet sich nach § 28 GVG. Dieses ist danach zuständig „für die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörenden Strafsachen [...], soweit nicht der Strafrichter entscheidet“. Die Amtsgerichte sind gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 GVG vornehmlich zuständig, wenn keine oberlandesgerichtliche oder landesgerichtliche Zuständigkeit begründet und eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe nicht zu erwarten ist sowie keine ausnahmsweise Anklageerhebung „wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falles“ beim Landgericht erfolgt. Der Strafrichter am Amtsgericht ist gemäß § 25 GVG dann zuständig „bei Vergehen, wenn sie im Wege der Privatklage verfolgt werden oder wenn eine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren nicht zu erwarten ist.“ Damit ergibt sich eine konkrete Zuständigkeit des Schöffengerichts abgesehen von einer ausnahmsweisen Anklageerhebung zum Landgericht regelmäßig für alle Verbrechen sowie für Vergehen, in denen eine Straferwartung von mehr als zwei Jahren besteht, aber keine oberlandesgerichtliche oder landesgerichtliche Zuständigkeit gegeben ist.

§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfasst dementsprechend bereits einen Großteil denkbarer Kriminalität, wobei er aufgrund der Bezugnahme auf die Regelungen zur gerichtlichen Zuständigkeit eine Straferwartung von mindestens zwei Jahren voraussetzt.³¹¹ Nicht erfasst sind mithin die klassischen Fälle der Massen- und Alltagskriminalität, die regelmäßig vor

³¹¹ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 12.

den Strafrichtern der Amtsgerichte verhandelt werden und die den Großteil der verwirklichten Straftatbestände ausmachen.³¹²

(2) § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO

Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO liegt ein weiterer Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn „dem Beschuldigten ein Verbrechen [i. S. des § 12 Abs. 1 StGB] zur Last gelegt wird“. Da bei dem Vorwurf eines Verbrechenstatbestands aber bereits gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO aufgrund der Zuständigkeitsregelungen der Gerichte ein Fall notwendiger Verteidigung einschlägig ist, ist der eigenständige Anwendungsbereich dieser Normierung äußerst gering. Er beschränkt sich namentlich wohl auf Berufungsverfahren, in denen nach einem gerichtlichen Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO eine Verbrechenverurteilung in Betracht zu ziehen ist.³¹³

(3) § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Nach § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn „das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann“. Das Berufsverbot an sich stellt keine Strafe im Sinne des StGB dar, sondern ist als Maßregel der Besserung und Sicherung ausgestaltet.³¹⁴ Die entsprechende Normierung findet sich in den §§ 61 Nr. 6, 70 StGB. Voraussetzung für eine notwendige Verteidigung wegen möglichem Berufsverbot ist, dass seine Verhängung mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, also nicht nur ganz allgemein die theoretische

³¹² Vgl. ausführlich zur Kriminalitätsverteilung in Deutschland: *Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat*, Polizeiliche Kriminalstatistik 2020, abrufbar auf der [Internetseite
https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2020.pdf?jsessionid=1EE98992CDD27962BA3C500914DBC5EE.2_cid287?__blob=publicationFile&v=2](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/pks-2020.pdf?jsessionid=1EE98992CDD27962BA3C500914DBC5EE.2_cid287?__blob=publicationFile&v=2) [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

³¹³ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 6; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 10; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 22.

³¹⁴ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 7; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 11; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 23; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 14; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 5.

Möglichkeit der Anordnung besteht.³¹⁵ Dies ist wiederum jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Möglichkeit des Berufsverbots in der Anklageschrift erwähnt wird, ein gerichtlicher Hinweis nach § 265 Abs. 2 StPO ergeht oder entsprechende Anträge durch die Staatsanwaltschaft gestellt werden.³¹⁶ Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf andere Maßregeln der Besserung und Sicherung scheidet im Übrigen aus.³¹⁷

(4) § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO

Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO begründet seit der Einführung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³¹⁸ im Jahr 2019 eine Vorführung des Beschuldigten zum Zwecke der Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung einen weiteren Fall der notwendigen Verteidigung. War es nach alter Gesetzeslage zuvor noch erforderlich, dass gegen den Beschuldigten Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung vollstreckt wurden,³¹⁹ fand insoweit durch die Neuregelung eine deutliche Vorverlagerung des Bewertungszeitpunkts in Anlehnung an den langjährigen Wunsch von Anwaltschaft³²⁰ und Wissenschaft³²¹ statt.

Basis für Vorführungen im Sinne des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO sind nach dessen ausdrücklichem Verweis die §§ 115, 115a, 128 Abs. 1 und 129 StPO. Faktisch werden über diesen Verweis sämtliche denkbaren Fälle der Vorführung zur Entscheidung über eine Haft oder einstweilige

³¹⁵ RGSt 70, 317; BGHSt 4, 320 (321); BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 24; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 14.

³¹⁶ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 7; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 11; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 23; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 14; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 5.

³¹⁷ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 7; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 11; eine analoge Anwendung wird allerdings einzig diskutiert für berufsgerichtliche Verfahren gegen Träger von Heilberufen, vgl. hierzu: Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 26; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 15.

³¹⁸ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³¹⁹ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 8; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 12; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 27; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 16.

³²⁰ *Strafrechtsausschuss*, BRAK-Schriftenreihe 2004, S. 12 f.; *Strafrechtsausschuss und Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV*, Stellungnahme Nr. 51/2005, S. 9 ff.

³²¹ *Deckers*, StraFo 2009, 2 ff.; *Michalke*, NJW 2010, 17 ff.; *Schlothauer/Weider*, StV 2004, 504 (516).

Unterbringung erfasst, da die §§ 115, 115a StPO diejenigen Fälle betreffen, in denen der Beschuldigte aufgrund eines bereits erlassenen Haft- oder Unterbringungsbefehls ergriffen wird und die §§ 128 Abs. 1, 129 StPO die übrigen Fälle vorläufiger Festnahmen abdecken, in denen noch kein Haft- oder Unterbringungsbefehl erlassen wurde.³²² Insgesamt betrifft die Neuregelung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO mithin sämtliche Arten von Haft- und Unterbringungsbefehlen.³²³

(5) § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO

§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO normiert eine notwendige Verteidigung für den Fall, dass „der Beschuldigte sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet“. Auch diese Norm hat durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³²⁴ im Jahr 2019 zwei wesentliche Änderungen erfahren: Nach alter Rechtslage waren weitere Voraussetzungen für die Annahme der notwendigen Verteidigung, dass sich der Beschuldigte mindestens drei Monate in einer Anstalt befunden haben musste und zusätzlich, dass er nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wurde.³²⁵

Die Streichung der zeitlichen Vorgaben zur Dauer der Unterbringung und Entlassung erfolgte, da diese mit den Vorgaben der „PKH-Richtlinie“³²⁶ vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der notwendigen Verteidigung bei Haft beziehungsweise Unterbringung nicht vereinbar waren.³²⁷ Dieser Sinn und Zweck besteht darin, die Nachteile zu kompensieren, die der Beschuldigte aufgrund seiner Freiheitsentziehung dadurch erleidet, dass er selbst keine oder jedenfalls nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten hat, an seiner Verteidigung mitzuwirken, etwa

³²² BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 8; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 12; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 31 f.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 17 f.; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 6 f.

³²³ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 8; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 39; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 16.

³²⁴ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³²⁵ BGBl. 2017 I Nr. 58, S. 3202.

³²⁶ Richtlinie (EU) 2016/1919.

³²⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, BT-Drucks 19/13829, S. 34; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 41.

weil er Zeugen nicht selbst kontaktieren, Beweismittel beibringen oder Schriftwechsel führen kann.³²⁸ Vor diesem Hintergrund ist es daher auch irrelevant, aus welchem Grund, in welcher Angelegenheit oder von welcher gerichtlichen Institution dem Beschuldigten die Freiheit entzogen wurde. Ein Zusammenhang mit der konkret vorgeworfenen Straftat ist nicht erforderlich. Entscheidend ist allein der Fakt, dass sich der Beschuldigte in einer Anstalt befindet.³²⁹

Der Beschuldigte muss sich „auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung“ in der Anstalt befinden. Umfasst werden damit sämtliche Fälle der Haft oder Unterbringung, sei es zum Zwecke der Strafvollstreckung, der Untersuchung, Auslieferung oder Abschiebung, der Umsetzung freiheitsentziehender Maßregeln der Besserung und Sicherung, der einstweiligen Unterbringung, Sicherung, Fürsorge oder Therapie, unabhängig davon, ob der Beschuldigte sich freiwillig in der Anstalt befindet oder nicht.³³⁰

(6) § 140 Abs. 1 Nr. 6 StPO

Ein weiterer Fall notwendiger Verteidigung liegt vor, wenn gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 6 StPO „zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten seine Unterbringung nach § 81 [StPO] in Frage kommt“. Dies ist regelmäßig bereits dann anzunehmen,

³²⁸ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 10; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 40; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 19; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 8.

³²⁹ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22.04.2010 – 3 Ws 351/10, BeckRS 2010, 26788; OLG Hamm, Beschluss vom 03.09.2013 – 4 RVs 111/13, BeckRS 2014, 7836; LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 29.05.2012 – 5 Qs 53/12, juris; LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16.08.2012 – 5/27 Qs 40/12, juris; LG Trier, Beschluss vom 02.06.2015 – 5 Qs 34/15, juris; LG Oldenburg, Beschluss vom 30.11.2017 – 1 Qs 391/17, juris; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 12; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 40; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 20; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 8; Schlothauer, StV 2018, 169 (171).

³³⁰ Bei freiwilligem Anstaltsaufenthalt teilweise in analoger Anwendung vertreten von: LG Hagen, Beschluss vom 10.10.1985 – 43 Qs 294/85, juris; LG Gießen, Beschluss vom 08.12.1990 – 2 Qs 400/90, juris; LG Duisburg, StraFo 1999, 286; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 11; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 42 f.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 20; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 8.

wenn das Gericht die Unterbringung begründetermaßen erwägt. Tatsächlich zur Unterbringung kommen, muss es nicht.³³¹

(7) § 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO

§ 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO bestimmt notwendige Verteidigung, sofern „zu erwarten ist, dass ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird“. Auch diese Regelung hat durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³³² eine Anpassung im Sinne einer Vorverlagerung dergestalt erfahren, dass zuvor vorausgesetzt war, dass das Sicherungsverfahren tatsächlich durchgeführt wurde, nunmehr hingegen die bloße Erwartung ausreicht.³³³

„Sicherungsverfahren“ im Sinne der Norm bezieht sich auf die §§ 413 ff. StPO und umfasst faktisch die Fälle der möglichen Unterbringung in einer Erziehungsanstalt gemäß § 64 Abs. 1 StGB sowie der Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB. Der weitere Fall der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wird aufgrund der fehlenden Anordnungsbefugnis des Amtsgerichts gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG bereits von § 140 Abs. 1 Nr. 1 erfasst.³³⁴

(8) § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO

Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn „der bisherige Verteidiger [des Beschuldigten] durch eine Entscheidung von der Mitwirkung im Verfahren ausgeschlossen ist“. Die Ausschlussgründe ergeben sich aus den §§ 138a ff. StPO. Betroffen ist nur der Ausschluss des Wahlverteidigers, da bei einem

³³¹ RGSt 67, 259 (261 f.); BGH, NJW 1952, 797; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 15; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 46; Meyer-Goßner/Schmitt, § 140 Rn. 18; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 23; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 10.

³³² BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³³³ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 15; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 16; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 48; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 24; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 11.

³³⁴ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 15; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 16; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 49; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 24; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 11.

Pflichtverteidigerausschluss die Notwendigkeit der Verteidigung ohnehin aus den ursprünglichen Bestellungsgründen fortbesteht. Sinn und Zweck der Regelung des § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO ist es, die Verfahrensposition des Beschuldigten, der sich einmal für eine Wahlverteidigung entschieden hat, für den aber sonst kein Fall der notwendigen Verteidigung besteht, durch einen Verteidigerausschluss nicht zu verschlechtern und ihm den Verteidigerbeistand zu erhalten. Dieser Sinn und Zweck kann selbstredend nur dann erreicht werden, wenn der Beschuldigte aufgrund des Ausschlusses ansonsten ohne Verteidiger dastünde. Lässt sich der Beschuldigte durch mehrere Wahlverteidiger verteidigen und werden nicht sämtliche von der Mitwirkung im Verfahren ausgeschlossen, greift § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO folglich nicht ein. Solange der Beschuldigte einen Wahlverteidiger behält, bleibt seine Verfahrensposition ausreichend gewahrt.³³⁵

(9) § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO

Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt vor, wenn „dem Verletzten nach den §§ 397a und 406h Absatz 3 und 4 [StPO] ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist“. Verwiesen wird insoweit auf die Bestellvorschriften für Nebenklagevertreter. Die Regelung des § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO bestimmt damit eine notwendige Verteidigung, wenn auch der Nebenkläger einen Rechtsanwalt beigeordnet erhält. Zieht er allerdings auf eigene Kosten einen Wahlbeistand hinzu, greift § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO seinem Wortlaut entsprechend nach nicht.³³⁶

Sinn und Zweck der Regelung ist ein Ausgleich der Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten gegenüber den Beteiligungsrechten des Verletzten vor dem Hintergrund der Gewähr eines fairen Verfahrens

³³⁵ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 16; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 17; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 50; Meyer-Goßner/Schmitt, § 140 Rn. 20; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 12; für eine Pflicht zur Ersatzbestellung auch bei verbleibendem Wahlverteidiger: Eisenberg, NJW 1991, 1257 (1261); MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 25.

³³⁶ OLG Düsseldorf, StV 2000, 408; OLG Hamm, StraFo 2004, 242; OLG Saarbrücken, NStZ 2006, 718; OLG Stuttgart, NStZ-RR 2008, 312 (313); OLG Köln, StraFo 2011, 49; OLG Hamburg, StV 2017, 149; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 17; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 19; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 53; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 13; a. A.: MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 25a.

und der Waffengleichheit. Zugleich soll nach Auffassung des Gesetzgebers auch Opferschutz Gesichtspunkten Rechnung getragen werden, da für den Verletzten die Auseinandersetzung mit einem unverteidigten Angeklagten belastender sein könne als der Umgang mit einem Pflichtverteidiger.³³⁷

Umstritten ist, ob die Regelung im Fall der Wahlbeistandshinzuziehung analog anzuwenden ist.³³⁸ Dies dürfte letztlich jedoch dahinstehen können, da in diesem Fall eine Pflichtverteidigerbestellung für den Beschuldigten auch über § 140 Abs. 2 StPO erreicht werden kann.³³⁹

Entfällt die Beistandsbeordnung für den Verletzten, so liegt auch kein Fall der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO mehr vor.³⁴⁰

(10) § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO

Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn „bei einer richterlichen Vernehmung die Mitwirkung eines Verteidigers auf Grund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“.

Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³⁴¹ im Jahr 2019 eingeführt. Ihr Regelungsgehalt war im Wesentlichen jedoch bereits zuvor in § 141 Abs. 3 S. 4 StPO a. F.³⁴² kodifiziert. Dieser sah eine Pflichtverteidigerbestellung vor, „wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt[e] oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung

³³⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG), BT-Drucks 17/6261, S. 11; kritisch zu letzterem Argument: Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 52.

³³⁸ Für eine analoge Anwendung: MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 25a; für vertretbar hält dies auch: Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 53; gegen eine analoge Anwendung vgl. exemplarisch: BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 17.

³³⁹ BT-Drucks 17/6261, S. 11; OLG Hamburg, StV 2017, 149; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 17; Eisenberg, HRRS 2011, 64 (69); KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 19; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 53; Meyer-Gößner/Schmitt, § 140 Rn. 31; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 13.

³⁴⁰ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 54.

³⁴¹ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³⁴² BGBl. 2017 I Nr. 58, S. 3202.

zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten [erschien].“ Mit der Neuregelung erfolgte eine Übernahme dieser Regelung in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO und zugleich eine Aufhebung des staatsanwaltschaftlichen Antragsersfordernisses zum Zweck der Umsetzung des Vorverlagerungsziels des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung und einer klareren gesetzlichen Systematisierung.³⁴³

§ 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO beinhaltet zwei Voraussetzungen: Die richterliche Vernehmung sowie die Gebotenheit der Mitwirkung eines Verteidigers.

Die richterliche Vernehmung umfasst hier nach ganz überwiegender Auffassung sämtliche richterlichen Vernehmungen außerhalb der Hauptverhandlung ohne zeitliche oder inhaltliche Einschränkung.³⁴⁴ Für die der Gesetzesbegründung zu § 141 Abs. 3 S. 4 StPO a. F. zu entnehmende Beschränkung auf richterliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren³⁴⁵ fänden sich danach insoweit weder im alten noch im neuen Gesetzeswortlaut Argumente. Zudem habe bereits die systematische Stellung des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO a. F. hinter den Sätzen 1 und 2, die eine Pflichtverteidigerbeordnung im Vorverfahren regelten und hinter Satz 3, der eine Pflichtverteidigerbeordnung nach Abschluss der Ermittlungen umfasste, eindeutig gegen eine solche Beschränkung gesprochen. Es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass dies nach neuer Rechtslage unter Berücksichtigung des weitgehend wortlautidentischen § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO anders sein sollte.

Zu weit ging allerdings die Auffassung von *Lanz*³⁴⁶, der aufgrund der fehlenden Einschränkung im Wortlaut des § 141 Abs. 3 S. 3 StPO a. F.

³⁴³ BeckOK StPO-*Krawczyk*, § 140 Rn. 18; *Böß*, NStZ 2020, 185 (186 ff.); *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3416; *KK-StPO-Willnow*, § 140 Rn. 20; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 56 f.; *MüKoStPO-Kämpfer/Travers*, § 140 Rn. 25b.

³⁴⁴ *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3417; *Burhoff*, StraFo 2018, 405; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 59; *Schlothauer*, StV 2017, 557.

³⁴⁵ BT-Drucks 18/11277, S. 28.

³⁴⁶ *Lanz*, Keine Pflichtverteidigerbestellung bei hafrichterlicher Vorführung – Richtig aber falsch!, 11.04.2019, abrufbar auf der Internetseite <https://www.benjamin-lanz.de/2019/04/11/keine-pflichtverteidigerbestellung-bei-hafrichterlicher-vorf%C3%BChrung-richtig-aber-falsch/> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

den Begriff der richterlichen Vernehmung auch auf das Stadium der Hauptverhandlung erstrecken wollte. Unterstützung für diese Ansicht sah er bei *Tully/Wenske*³⁴⁷. Tatsächlich teilten diese zwar die weite Auslegung des Begriffs der richterlichen Vernehmung entsprechend der ganz überwiegenden Auffassung,³⁴⁸ stellten zu einer Erstreckung der Regelung auf das Stadium der strafrechtlichen Hauptverhandlung aber klar: „Dieses Normverständnis ließe freilich – erkennbar gegen jede gesetzgeberische Intention – sämtliche differenzierende Maßgaben des § 140 StPO vollständig leerlaufen und liegt schon deshalb fern.“³⁴⁹

Dies entsprach dem Verständnis von *Schlothauer*³⁵⁰, der den Anwendungsbereich des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO a. F. auf richterliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren, im Zwischenverfahren und im Hauptverfahren außerhalb der Hauptverhandlung bezog. Es bestehen auch insoweit keine Anhaltspunkte, aufgrund der Neuregelung des § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO von einem anderweitigen Verständnis auszugehen.³⁵¹ Dementsprechend auf den Punkt bringt es *Burhoff*³⁵²: „Nicht erfasst sind aber die richterliche Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung [...]. Dem erkennbaren Sinn und Zweck der Regelung, der Formulierung der Gesetzesbegründung zu § 143 Abs. 3 S. 4 a. F. und deren Gesamtzusammenhang ist zu entnehmen, dass Vernehmungen in der Hauptverhandlung nicht erfasst sein sollen.“

Inhaltlich werden vom Begriff der richterlichen Vernehmung grundsätzlich alle Arten richterlicher Vernehmungen umfasst, unabhängig vom Vernehmungsobjekt. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO gilt mithin für richterliche Beschuldigtenvernehmungen ebenso, wie für Zeugen-, Sachverständigen- und Mitbeschuldigtenvernehmungen.³⁵³

³⁴⁷ *Tully/Wenske*, NStZ 2019, 183 (184).

³⁴⁸ *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3417; *Burhoff*, StraFo 2018, 405; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 59; *Schlothauer*, StV 2017, 557.

³⁴⁹ *Tully/Wenske*, NStZ 2019, 183 (184).

³⁵⁰ *Schlothauer*, StV 2017, 557 (558).

³⁵¹ *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 59.

³⁵² *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3418.

³⁵³ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 19; *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3417; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 20; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 59; *MüKoStPO-Kämpfer/Travers*, § 140 Rn. 25b; *Schlothauer*, StV 2017, 557.

Ob der Begriff zudem auch richterliche Vorführungen – insbesondere solche vor dem Haftrichter – umfassen sollte, war nach alter Gesetzeslage umstritten.³⁵⁴ Mit Einführung des neuen § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO, der die notwendige Verteidigung in Fällen der Vorführung des Beschuldigten zum Zwecke der Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung ausdrücklich anordnet, hat sich dieser Streit jedoch erledigt.³⁵⁵

§ 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO beinhaltet als zweite Voraussetzung, dass „die Mitwirkung eines Verteidigers auf Grund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“. Wann dies anzunehmen ist, sei nach *Burhoff*³⁵⁶ eine Frage des Einzelfalls, wobei der Stellenwert der Aussage für die Ermittlungen beziehungsweise für das weitere Verfahren und die spätere Beweisführung entscheidend sei. *Burhoff* bildet hiernach Fallgruppen, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers insbesondere geboten erscheine, so etwa bei der richterlichen Vernehmung von Belastungszeugen, wenn der Beschuldigte gemäß § 168c Abs. 3 StPO von der Vernehmung ausgeschlossen würde, absehbar sei, dass der Belastungszeuge in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung stehe, die Eröffnung des Hauptverfahrens allein von der Aussage des Vernommenen abhängt oder dem Verlust erheblicher Entlastungsbeweise vorgebeugt werden solle.

Der Auffassung einer in jedem Fall notwendigen Einzelfallentscheidung tritt *Krawczyk*³⁵⁷ entgegen: Er hält das Merkmal der Gebotenheit regelmäßig bereits dadurch für erfüllt, dass überhaupt eine richterliche Vernehmung stattfindet. Zur Begründung führt er an, dass richterliche Vernehmungen gerade deshalb durchgeführt würden, weil sie erhebliche Bedeutung für das weitere Verfahren hätten. Daher müssten auch die Rechte des Beschuldigten in der Vernehmung durch Anwesenheit

³⁵⁴ Befürwortend: *Schlothauer*, StV 2017, 557 (558); unterstützend: *Burhoff*, StraFo 2018, 405 (406 f.); a. A.: BGH, Beschluss vom 14.08.2019 – 5 StR 228/19, BeckRS 2019, 21921 Rn. 16; *Tully/Wenske*, NSTZ 2019, 183 ff.

³⁵⁵ BeckOK StPO-*Krawczyk*, § 140 Rn. 19; KK-StPO-*Willnow*, § 140 Rn. 20; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 59.

³⁵⁶ *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3421 ff. unter Verweis auf BT-Drucks 18/11277, S. 28 f. sowie *Schlothauer*, StV 2017, 557 f.

³⁵⁷ BeckOK StPO-*Krawczyk*, § 140 Rn. 19.

eines Verteidigers gewahrt werden. Die zusätzliche Voraussetzung der Gebotenheit sei demnach überflüssig.³⁵⁸

Einer Streitentscheidung bedarf es an dieser Stelle nicht. Grundsätzlich stehen sich die beiden Ansichten jedoch auch nicht gänzlich konträr gegenüber, sondern scheinen durchaus miteinander vereinbar. So geht *Burhoff* in den gebildeten Fallgruppen fest von einer Gebotenheit der Verteidigermitwirkung aus.³⁵⁹ Nur in wenigen anderen relevanten Fällen wären daher Abweichungen zwischen den Auffassungen überhaupt denkbar. Letztlich dürfte dann einer zusätzlichen Einzelfallbetrachtung im Übrigen aber wenig entgegenzuhalten sein, birgt sie doch stets die Chance höherer Gerechtigkeit als eine ungeprüfte Allgemeinannahme. Auch erschiene es wenig nachvollziehbar, den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut an dieser Stelle ansonsten als überflüssig zu betrachten, obwohl der Gesetzgeber hierzu selbst Überlegungen angestellt hat.³⁶⁰ Müsste der Streit entschieden werden, sprächen die besseren Argumente daher eher für die erstgenannte Ansicht.

Ist ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO einschlägig und die Beiordnung eines Pflichtverteidigers entsprechend erfolgt, so gilt die Bestellung gemäß § 143 Abs. 1 StPO nunmehr bis zum rechtskräftigen Abschluss des gesamten Strafverfahrens. Hieran ändert der Abschluss der richterlichen Vernehmung grundsätzlich nichts.³⁶¹ Es besteht insoweit ein Unterschied zur alten Rechtslage vor Einführung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³⁶², nach welcher die Pflichtverteidigerbestellung mit Beendigung der richterlichen Vernehmung automatisch wieder entfiel.³⁶³ Nunmehr bleibt nach Abschluss der richterlichen Vernehmung allenfalls zu prüfen, ob die Bestellung gegebenenfalls gemäß § 143 Abs. 2 S. 1 StPO wieder aufzuheben ist.³⁶⁴

³⁵⁸ So auch: NK-GS-*Weiler*, StPO § 140 Rn. 14.

³⁵⁹ *Burhoff-Burhoff*, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3421 ff.

³⁶⁰ BT-Drucks 18/11277, S. 28 f.

³⁶¹ Löwe/Rosenberg-*Jahn*, § 140 Rn. 58.

³⁶² BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³⁶³ Vgl. hierzu: *Schlothauer*, StV 2017, 557; *Tully/Wenske*, NSTZ 2019, 183 (184).

³⁶⁴ Löwe/Rosenberg-*Jahn*, § 140 Rn. 58.

(11) § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO

Durch § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO wurde mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³⁶⁵ die bereits existente Regelung des § 140 Abs. 2 S. 2 StPO a. F. in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO überführt und auf sehbehinderte Beschuldigte erweitert. Bereits nach § 140 Abs. 2 S. 2 StPO a. F. war zuvor hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten auf ihren Antrag hin ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO gilt dies nunmehr auch für sehbehinderte Beschuldigte.³⁶⁶

Inhaltlich verlangt § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO neben dem Antrag des Beschuldigten eine Behinderung von gewisser Erheblichkeit, die es erforderlich macht, eine bestehende Verteidigungsunfähigkeit zu kompensieren.³⁶⁷ Dabei steht es nicht entgegen, dass diese gegebenenfalls nur von vorübergehender Natur ist, etwa bei einer zeitweiligen Hörbehinderung infolge eines Hörsturzes.³⁶⁸ Nicht ausreichend ist allerdings eine bloße Beeinträchtigung, die dem Beschuldigten die Verteidigung erschwert, nicht aber zu einer Unfähigkeit der Verteidigung führt.³⁶⁹

Fehlt es an einem Antrag des Beschuldigten oder besteht die Behinderung lediglich unterhalb der Erheblichkeitsschwelle, kommt eine notwendige Verteidigung dennoch über § 140 Abs. 2 StPO in Betracht. Dabei ist allerdings insbesondere bei fehlendem Antrag des Beschuldigten eine restriktive Handhabung geboten, um diesen vor aufgezwungenen Verteidigungen zu schützen.³⁷⁰

³⁶⁵ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³⁶⁶ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 20; Burhoff-Burhoff, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3436; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 21; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 62; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 25c.

³⁶⁷ OLG Düsseldorf, StraFo 1997, 335; LG Heilbronn, StraFo 2002, 329; Burhoff-Burhoff, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3436; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 21; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 63.

³⁶⁸ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 64.

³⁶⁹ OLG Düsseldorf, StraFo 1997, 335; LG Heilbronn, StraFo 2002, 329; Burhoff-Burhoff, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3436; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 21; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 63.

³⁷⁰ BT-Drucks 19/13829, S. 35; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 20; Burhoff-Burhoff, Handbuch Ermittlungsverfahren, Rn. 3437; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 21; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 65 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 25c; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 15.

bb) Die Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO

Gemäß § 140 Abs. 2 StPO liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung neben den Katalogfällen des Absatz 1 auch vor, „wenn wegen der Schwere der Tat, der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.“ Die Vorschrift stellt einen Auffangtatbestand gegenüber der Regelung des Absatz 1 dar.³⁷¹ Sie räumt dem Vorsitzenden über die benannten unbestimmten Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über die Annahme eines Falls der notwendigen Verteidigung ein; ein Ermessensspielraum besteht darüber hinaus nach überwiegender Auffassung jedoch nicht.³⁷²

Die Notwendigkeit der Verteidigung kann sich gleichermaßen aus dem Vorliegen eines einzelnen der benannten unbestimmten Rechtsbegriffe oder aus einem Zusammentreffen mehrerer ergeben.³⁷³ Insgesamt benennt die Norm dabei drei Varianten der notwendigen Verteidigung.³⁷⁴

Unter Berücksichtigung des Katalogs von Absatz 1 kommt der Generalklausel Bedeutung zu in allen Vergehenssachen vor dem Strafrichter am Amtsgericht und in Berufungsverfahren. Sie tritt zurück, sofern bereits ein Katalogfall nach Absatz 1 einschlägig ist.³⁷⁵

³⁷¹ KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 68.

³⁷² OLG Karlsruhe, NSTZ 1991, 505 m. w. N.; OLG Hamm, NSTZ-RR 1997, 78; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 21; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 25; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 68; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 27; SK-StPO-Wohlers, § 140 Rn. 30; a. A.: BGHSt 6, 199; Meyer-Gößner/Schmitt, § 140 Rn. 22; für eine synonyme Verwendung der Begrifflichkeiten ferner: BayObLG, NSTZ 1990, 142.

³⁷³ OLG Hamm, StV 2002, 320 (321); OLG Köln, StraFo 2003, 420 (421); LG Hamburg, StV 1983, 99; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 22; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 23; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 69; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 26.

³⁷⁴ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 69; differenzierend in vier statt drei Varianten: KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 23; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 26.

³⁷⁵ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 21; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 69; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 26; SK-StPO-Wohlers, § 140 Rn. 28.

(1) Variante 1: Die Schwere der Tat und die Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge

Bis zum 13.12.2019 beschränkte sich der Gesetzeswortlaut des § 140 Abs. 2 StPO neben den beiden anderen Varianten der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage und der Unfähigkeit zur Selbstverteidigung auf die Benennung der Schwere der Tat als Fall der notwendigen Verteidigung. Das gesonderte Merkmal der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge fand erst durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung³⁷⁶ Einzug in die Norm.³⁷⁷

Die Einbeziehung dieses zusätzlichen Merkmals verfolgt den Zweck einer Angleichung des Wortlauts an die europäische „PKH-Richtlinie“³⁷⁸ und damit einer Erleichterung der Auslegung in Orientierung an Artikel 6 Abs. 3 lit. c EMRK und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EGMR.³⁷⁹ Inhaltlich ändert sich durch die Einbeziehung am Anwendungsbereich der zuvor allein auf die Schwere der Tat abstellenden Variante freilich kaum etwas, da die Schwere der Tat bereits von jeher maßgeblich nach der zu erwartenden Rechtsfolge beurteilt wurde.³⁸⁰ Die Merkmale der Schwere der Tat und der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge sind dementsprechend untrennbar miteinander verbunden, sodass eine einheitliche Beurteilung zweckmäßig und geboten erscheint.³⁸¹

Wann die zu erwartende Rechtsfolge derart schwer ist, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist, ist umstritten. Im Wesentlichen stehen sich dabei zwei Auffassungen gegenüber, die einerseits eine Mindesttraferwartung im Sinne einer festen oder zumindest

³⁷⁶ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV. 2.

³⁷⁷ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 23; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 26; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 71; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 28; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

³⁷⁸ Richtlinie (EU) 2016/1919.

³⁷⁹ BT-Drucks 19/13829, S. 35.

³⁸⁰ BGH, NJW 1954, 1415; OLG Hamburg, NStZ 1984, 281; OLG Stuttgart, NStZ 1981, 490; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 23; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 26; Meyer-Goßner/Schmitt, § 140 Rn. 23; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 28; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

³⁸¹ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 71.

ungefähren Strafzumessungsgrenze und andererseits keinerlei schematische Grenzziehung verlangen.³⁸²

Jedenfalls in der Rechtsprechung seit dem Jahrtausendwechsel und damit in der aktuellen alltäglichen Praxis strafgerichtlicher Verfahren hat sich insoweit jedoch eine Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe – unabhängig von einer etwaigen Strafaussetzung zur Bewährung – als Grenze für die Annahme notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 2 Var. 1 StPO etabliert.³⁸³ Diese Grenze gilt allerdings nicht starr. Sie ist vielmehr als Orientierungspunkt zu verstehen, sodass auch bei Unterschreitung notwendige Verteidigung angezeigt sein kann, sofern die Gesamtschau der Umstände die Schwere der Tat begründet.³⁸⁴ Irrelevant ist dabei, ob sich die Grenzerreichung aus einer Einzelstrafe, einer Gesamtstrafenbildung oder unter Berücksichtigung naheliegender zukünftiger Verurteilungen aus anderen, noch nicht abgeschlossenen Verfahren ergibt.³⁸⁵ Dies gilt im Erwachsenenstrafrecht ebenso wie hinsichtlich von Jugendstrafen.³⁸⁶ Aufgrund der notwendigen

³⁸² Vgl. hierzu ausführlich: Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 73 ff.

³⁸³ OLG Düsseldorf, StraFo 2000, 414 (415); OLG Stuttgart, StraFo 2001, 205; OLG Rostock, Beschluss vom 24.06.2002 – 1 Ws 273/02, BeckRS 2002, 17722; OLG Frankfurt am Main, StraFo 2003, 420; OLG Hamm, StraFo 2004, 170; OLG Jena, StraFo 2005, 200; OLG Hamburg, StV 2006, 175 (176); OLG Naumburg, Beschluss vom 19.09.2011 – 2 Ws 245/11, BeckRS 2013, 134; KG Berlin, Beschluss vom 13.12.2018 – 3 Ws 290/18, juris.

³⁸⁴ OLG Zweibrücken, NStZ 1986, 135 f.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.10.2000 – 3 Ss 102/00, BeckRS 2000, 31161054; OLG München, NJW 2006, 789 (790); OLG Hamm, Urteil vom 12.02.2008 – 3 Ss 541/07, juris; KG Berlin, Beschluss vom 28.02.2017 – 5 Ws 50/17 – 121 AR 36/17, BeckRS 2017, 109349 Rn. 13; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 24; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 27; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 79; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 30; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

³⁸⁵ Brandenburgisches Verfassungsgericht, Beschluss vom 15.01.2009 – VfGBbg 63/07, BeckRS 2009, 30733; OLG Jena, StraFo 2005, 200; OLG Naumburg, Beschluss vom 29.06.2012 – 1 Ws 246/12, BeckRS 2013, 10655; Urteil vom 22.05.2013 – 2 Ss 65/13, BeckRS 2013, 10548; KG Berlin, Beschluss vom 26.10.2016 – (3) 161 Ss 162/16 (88/16), BeckRS 2016, 129697 Rn. 7; Beschluss vom 13.12.2018 – 3 Ws 290/18, 3 Ws 290/18 - 121 AR 260/18, juris; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 24; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 27; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 79; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 31; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

³⁸⁶ KG Berlin, StV 1998, 325; OLG Brandenburg, NStZ-RR 2002, 184; OLG Köln, StraFo 2003, 420 (421); OLG Hamm, Beschluss vom 20.11.2003 – 2 Ws 279/03, BeckRS 2003, 10793; Beschluss vom 19.11.2007 – 2 Ss 322/07, BeckRS 2008, 3528; KG Berlin, Beschluss vom 07.05.2013 – 4 Ws 47/13, juris; OLG Naumburg, Urteil vom 22.05.2013 – 2 Ss 65/13, BeckRS 2013, 10548; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 24; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 27; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 79; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 31; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

Gesamtschau der Umstände können zudem auch weitere schwerwiegende mittelbare Nachteile für den Beschuldigten die Schwere der Tat begründen.³⁸⁷ Dies betrifft namentlich insbesondere den drohenden Bewährungswiderruf,³⁸⁸ gewisse disziplinarrechtliche Folgen wie eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis,³⁸⁹ den Arbeitsplatzverlust,³⁹⁰ oder aufenthaltsrechtliche Konsequenzen.³⁹¹ Ob darüber hinaus allein eine drohende Geldstrafe die Schwere der Tat begründen kann, ist bis dato ungeklärt.³⁹²

(2) Variante 2: Die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage

Die zweite Variante des § 140 Abs. 2 StPO beinhaltet ähnlich wie die erste ihrerseits zwei Unteralternativen: Die Schwierigkeit der Sachlage sowie die Schwierigkeit der Rechtslage. Anders als bei Variante 1 kommt den beiden Unteralternativen hier jedoch auch tatsächlich jeweils eigenständige Bedeutung zu. Die Notwendigkeit der Verteidigung kann sich daher sowohl aus einer schwierigen Sach- als auch aus einer schwierigen Rechtslage oder aber aus einer Kumulation von beiden ergeben.³⁹³ Ob die Sach- oder Rechtslage schwierig ist, ist aus Sicht des jeweiligen Beschuldigten zu bewerten.³⁹⁴ Eine schwierige Sach- oder Rechtslage für den einen Beschuldigten muss daher nicht zwingend auch eine solche für einen anderen darstellen.

³⁸⁷ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 25 f.; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 27a; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 73; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 33; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 17.

³⁸⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.06.1998 – 1 Ws 351/98, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 11.04.2000 – 2 Ss 19/00, BeckRS 2000, 11639 Rn. 6; OLG Celle, Beschluss vom 30.05.2012, BeckRS 2012, 16050; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.01.2014 – 2 OLG 8 Ss 259/13, juris.

³⁸⁹ KG Berlin, StV 1983, 186.

³⁹⁰ OLG Hamm, StraFo 2004, 170 (= drohender Verlust der Zulassung eines Rechtsanwalts); LG Mainz, Beschluss vom 06.04.2009 – 1 Qs 49/09, BeckRS 2009, 23707 (= drohender Fahrerlaubnisentzug eines Berufskraftfahrers).

³⁹¹ KG Berlin, Beschluss vom 09.11.2001 – 1 AR 1297/01, 4 Ws 190/01, juris; LG Heilbronn, NStZ-RR 2002, 269.

³⁹² Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 81 m. w. N.

³⁹³ MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 35; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 18.

³⁹⁴ OLG Düsseldorf, AnwBl 1984, 262 (263); OLG Köln, wistra 1989, 157; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 82; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 35.

a) Die Schwierigkeit der Sachlage

Grundsätzlich wird eine schwierige Sachlage bei besonders umfangreichen Beweisaufnahmen, komplizierten Beweiswürdigungen und unzureichender Möglichkeit zur Vorbereitung der Verteidigung angenommen.³⁹⁵ Dabei haben sich zahlreiche Fallgruppen etabliert, von denen an dieser Stelle nur einige Erwähnung finden sollen: So wird eine schwierige Sachlage beispielsweise angenommen, wenn ein Sachverständigengutachten als Beweismittel gegen den Beschuldigten zu bewerten ist,³⁹⁶ wenn die Glaubwürdigkeit eines Kindes zu beurteilen ist,³⁹⁷ eine Hauptverhandlung mangels notwendiger Aktenkenntnis nicht vorbereitet werden konnte,³⁹⁸ oder Unterlagen zur Betriebsführung, Buchhaltung und Bilanzierung geprüft werden müssen.³⁹⁹ Auch im Falle der Berufungseinlegung durch die Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil,⁴⁰⁰ oder wenn eine Aussage-gegen-Aussage-Situation vorliegt, in der keine weiteren Indizien heranzuziehen sind, aus denen sicher auf die Richtigkeit der Angaben eines Belastungszeugen geschlossen werden kann,⁴⁰¹ wird die Sachlage regelmäßig als schwierig bewertet.

Da Belastungszeuge im vorbezeichneten Sinne jeder sein kann, dessen Aussage vom entscheidenden Gericht als Beweismittel im Rahmen der Entscheidungsfindung berücksichtigt wird,⁴⁰² mithin also auch ein Mitangeklagter, kann sich die letztgenannte Aussage-gegen-Aussage-

³⁹⁵ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 27 ff.; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 28; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 84 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 37 ff.; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 19.

³⁹⁶ LG Braunschweig, Beschluss vom 19.04.2017 – 3 Qs 37/17, BeckRS 2017, 109130 Rn. 14; LG Osnabrück, Beschluss vom 03.12.2018 – 1 Qs 63/18, BeckRS 2018, 31440 Rn. 2.

³⁹⁷ OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.1976 – 1 Ss 102/76, juris; OLG Karlsruhe, StV 1991, 199 (200); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.12.2001 – 1 Ss 222/01, BeckRS 2001, 30227344.

³⁹⁸ OLG Köln, StV 1991, 294; OLG Koblenz, NStZ-RR 2000, 176; OLG Jena, Beschluss vom 15.11.2005 – 1 Ws 417/05, BeckRS 2006, 1301 Rn. 14.

³⁹⁹ LG Kaiserslautern, StV 1988, 521; LG Hildesheim, Beschluss vom 17.05.1989 – 15 Qs 34/89, juris.

⁴⁰⁰ OLG Düsseldorf, StV 2000, 409; OLG Köln, Beschluss vom 02.02.2012 – 2 Ws 91/12, BeckRS 2012, 7653.

⁴⁰¹ OLG Celle, StV 2009, 8; OLG Frankfurt am Main, NStZ-RR 2009, 207; KG Berlin, Beschluss vom 25.09.2013 – (4) 121 Ss 147/13 (184/13), BeckRS 2013, 19704.

⁴⁰² Vgl. zum Begriff des „Belastungszeugen“ bereits: 1. Teil, A. V.

Situation auch zwischen mehreren Mitangeklagten ergeben. Die Annahme wäre jedoch verfehlt, auf Basis dessen davon auszugehen, dass damit sämtliche Fälle von Belastungsaussagen durch einen Mitangeklagten zur Annahme einer notwendigen Verteidigung gemäß § 140 Abs. 2 StPO führten. Zwar soll eine Aussage-gegen-Aussage-Situation unabhängig davon vorliegen, ob sich der belastete Angeklagte selbst zur Sache einlässt oder gänzlich auf eine Aussage verzichtet,⁴⁰³ allerdings verlangt die Annahme schwieriger Sachlage insoweit zusätzlich ein Fehlen jedweder weiteren Indizien, die die Belastungsaussage gegen ihn stützen.⁴⁰⁴ Liegen im Umkehrschluss demnach auch nur noch so weit entfernte sonstige Beweisanzeichen vor oder kommen zur belastenden Aussage des Mitangeklagten auch nur noch so unsichere Angaben weiterer Mitangeklagter oder sonstiger Belastungszeugen hinzu, entfällt die Notwendigkeit der Verteidigung. Ob das Gericht solche sonstigen Indizien anerkennt und wie es sie bewertet, unterliegt dabei der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO – einer rein subjektiven Einschätzung.⁴⁰⁵

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang zudem, dass sich die Aussage-gegen-Aussage-Situation als solche – bis auf diejenigen Fälle, in denen widerstreitende Einlassungen bereits im Rahmen des Ermittlungsverfahrens abgegeben werden – erst im Verlauf der Hauptverhandlung überhaupt einstellen kann. Der Vorsitzende wäre konsequenterweise dann beim ersten Anzeichen einer sich abzeichnenden Aussage-gegen-Aussage-Situation eigentlich dazu gezwungen, die Verhandlung zu unterbrechen und dem unverteidigten Angeklagten einen Pflichtverteidiger beizuordnen. Die bis zu diesem Zeitpunkt bereits gemachten Angaben wären jedoch zumindest für den subjektiven Eindruck des Gerichts bereits in der Welt. Es wäre völlig realitätsfern,

⁴⁰³ BGH, NStZ 2013, 180 (181); MAH Strafverteidigung-*Schroth/Deckers*, § 48 Rn. 49; *Sander*, StV 2000, 45 (46).

⁴⁰⁴ OLG Celle, StV 2009, 8; OLG Frankfurt am Main, NStZ-RR 2009, 207; KG Berlin, Beschluss vom 25.09.2013 – (4) 121 Ss 147/13 (184/13); OLG Hamm, Beschluss vom 09.07.2020 – 5 Ws 202/20, BeckRS 2020, 21130; BeckOK StPO-*Krawczyk*, § 140 Rn. 29.

⁴⁰⁵ BeckOK StPO-*Eschelbach*, § 261 Rn. 11; KK-StPO-*Tiemann*, § 261 Rn. 2; Löwe/Rosenberg-*Sander*, § 261 Rn. 1 ff.; MüKoStPO-*Bartel*, § 261 Rn. 5; NK-GS-*Brehmeier-Metz/Bröckers/Burghardt*, StPO § 261 Rn. 6.

anzunehmen, dass dieser subjektive Eindruck in den Köpfen der Prozessbeteiligten nach der Unterbrechung nicht mehr existierte. Ebenso realitätsfern schiene es, insoweit von einer strikten Handhabung durch die Gerichte ausgehen zu wollen. Vor dem Hintergrund der freien richterlichen Beweiswürdigung und der Möglichkeit, sich im Verlauf der Hauptverhandlung erst noch ergebender zusätzlicher Indiztatsachen, welche die Notwendigkeit der Verteidigung dann ohnehin entfallen ließen, ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Gericht regelmäßig zunächst zu einer Fortsetzung der Hauptverhandlung tendieren würde. Der Autor selbst hat dies in Verhandlungen mit mehreren Mitangeklagten, die sich gegenseitig belasteten, bereits erlebt.

Die Annahme notwendiger Verteidigung gemäß § 140 Abs. 2 StPO in Aussage-gegen-Aussage-Situationen deckt daher keineswegs sämtliche Fälle belastender Mitangeklagtenaussagen ab.

β) Die Schwierigkeit der Rechtslage

Eine die Verteidigung notwendig machende Schwierigkeit der Rechtslage im Sinne des § 140 Abs. 2 StPO kann sich sowohl aus Fragen des materiellen wie auch des formellen Rechts ergeben. Sie ist regelmäßig anzunehmen, wenn entweder noch ungeklärte Rechtsfragen zu entscheiden sind oder die Subsumtion aus anderen Gründen problematisch erscheint.⁴⁰⁶ Aus dem materiellen Recht können sich insoweit Probleme sowohl aus dem allgemeinen wie auch aus dem besonderen Teil des StGB, aber auch aus nebenstrafrechtlichen Vorschriften ergeben; insbesondere existiert eine reichhaltige Kasuistik zu Abgrenzungsfragen innerhalb des besonderen Teils des StGB.⁴⁰⁷ Im formellen Recht sind vor allem Fragen der Beweiswürdigung und Beweisverwertung sowie Besonderheiten im Verfahrensgang wie eine Nachtragsanklage oder eine plötzliche Mandatsniederlegung durch den Wahlverteidiger

⁴⁰⁶ BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 32; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 29; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 91; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 42 f.

⁴⁰⁷ Vgl. insoweit statt Vieler: Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 93 ff.

relevant.⁴⁰⁸ Häufig ergibt sich die Schwierigkeit der Rechtslage auch aus einer Kumulation mit einer bereits schwierigen Sachlage.⁴⁰⁹ Überschneidungen zwischen schwieriger Sach- und Rechtslage sind damit ähnlich wie bei der Schwere der Tat und der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge – wenn auch nicht in derartiger Übereinstimmung – unabdingbar.⁴¹⁰

(3) Variante 3: Die Unfähigkeit zur Selbstverteidigung

Der Beschuldigte ist unfähig zur Selbstverteidigung, „wenn aus Gründen, die in seiner Person liegen oder die sich aus den Umständen ergeben, nicht gesichert erscheint, dass er in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen, seine Interessen zu wahren und alle seiner Verteidigung dienenden Handlungen selbst vorzunehmen.“⁴¹¹ Es kommt mithin auf die persönlichen Fähigkeiten des Beschuldigten in der konkreten Verhandlungssituation an.⁴¹² Die Unfähigkeit zur Selbstverteidigung begründende Defizite werden dabei regelmäßig etwa in körperlichen wie auch geistigen Behinderungen von gewisser Schwere, fehlender Sprachkenntnis, die nicht allein mithilfe eines Dolmetschers zu kompensieren ist oder auch in vorübergehenden Beeinträchtigungen etwa aufgrund einer akuten Drogenabhängigkeit gesehen.⁴¹³

Ein weiterer Fall der Unfähigkeit zur Selbstverteidigung soll nach einer verbreiteten Auffassung in Literatur und Rechtsprechung gegeben sein, wenn neben dem Angeklagten ein verteidigter Mitangeklagter am Verfahren beteiligt ist; dies jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit bestehe,

⁴⁰⁸ Vgl. hierzu detaillierter: BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 35 ff.; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 96 ff.

⁴⁰⁹ MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 35; NK-GS-Weiler, StPO § 140 Rn. 18.

⁴¹⁰ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 91.

⁴¹¹ KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 30.

⁴¹² BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 39; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 100; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 47.

⁴¹³ Vgl. hierzu und zu weiteren Anwendungsfällen: BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 44 ff.; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 30; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 140 Rn. 101 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 49 ff.

dass sich die Mitangeklagten gegenseitig belasteten.⁴¹⁴ Begründet wird die Notwendigkeit der Verteidigung in diesem Fall mit einem Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit als Ausprägung des Rechts des Angeklagten auf ein faires Verfahren. Da es dem unverteidigten Angeklagten insbesondere nicht möglich sei, Akteneinsicht zu nehmen und dementsprechend ein strukturelles Ungleichgewicht zu den Verteidigungsmöglichkeiten des verteidigten Mitangeklagten bestünde, müsse ihm ebenfalls ein Verteidiger beigeordnet werden.

Gewichtige Stimmen der Rechtsprechung sind dieser Auffassung jedoch bereits in der Vergangenheit entgegengetreten.⁴¹⁵ Danach gebe es keinen Grundsatz, der die Annahme einer Notwendigkeit der Verteidigung allein deshalb gebiete, weil ein Mitangeklagter einen Verteidiger habe. Vielmehr sei stets eine Einzelfallprüfung erforderlich, im Rahmen derer sich jedoch freilich die Notwendigkeit der Verteidigung aus einem Ungleichgewicht der Verteidigungswaffen, insbesondere aufgrund fehlender Aktenkenntnis des unverteidigten Angeklagten, ergeben könne.

Der Streit dürfte mit der Neuregelung des § 147 Abs. 4 StPO im Rahmen der Einführung des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 05.07.2017⁴¹⁶ seine praktische Bedeutung weitgehend verloren haben. Stand zuvor das unmittelbare Akteneinsichtsrecht gemäß § 147 StPO a. F.⁴¹⁷ nur einem Verteidiger zu, so wird dieses nunmehr auch dem unverteidigten Angeklagten persönlich gewährt. Diskutabel bleiben daher lediglich noch diejenigen Fälle, in denen die persönliche Akteneinsichtnahme des unverteidigten Angeklagten

⁴¹⁴ OLG Celle, StV 2006, 686; OLG Hamm, Beschluss vom 24.04.2008 – 2 Ss 164/08, BeckRS 2008, 9337 Rn. 9; LG Düsseldorf, StV 1999, 309; LG Freiburg, Beschluss vom 12.03.2008 – 6 Qs 12/08, juris; LG Kiel, Beschluss vom 10.10.2008 – 32 Qs 146/08, juris; LG Kassel, Beschluss vom 11.02.2010 – 3 Qs 27/10, juris; LG Magdeburg, StV 2011, 664; LG Stendahl, StV 2020, 166; BeckOK StPO-Krawczyk, § 140 Rn. 42; KK-StPO-Willnow, § 140 Rn. 30; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 140 Rn. 48.

⁴¹⁵ OLG Köln, NSTZ-RR 2012, 351; OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.11.2012 – 4a Ws 151/12, juris; LG Itzehoe, Beschluss vom 12.01.2012 – 1 Qs 3/12, juris; LG Braunschweig, Beschluss vom 18.05.2015 – 3 Qs 51/15, juris.

⁴¹⁶ BGBl. 2017 I Nr. 45, S. 2208.

⁴¹⁷ BGBl. 2009 I Nr. 48, S. 2274.

ausnahmsweise aus den in § 147 Abs. 4 StPO benannten Gründen untersagt wird. Namentlich soll dies noch möglich sein, „soweit der Untersuchungszweck auch in einem anderen Strafverfahren [...] gefährdet werden kann und überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter [der Gewähr der Akteneinsicht] [...] entgegenstehen.“ Von diesen Ausnahmefällen abgesehen dürfte sich mit Neueinführung des § 147 Abs. 4 StPO die Notwendigkeit einer Verteidigung aus der bloßen Bestellung eines Verteidigers eines Mitangeklagten jedoch auch nach erstgenannter Auffassung nicht länger ergeben.

Anders könnte dies nur dann zu beurteilen sein, wenn die Begründung für die Ungleichheit der Waffen nicht länger maßgeblich auf das nach alter Rechtslage fehlende Akteneinsichtsrecht des Angeklagten, sondern auf sonstige, anderweitige Grundlagen gestützt würde. *Lanz*⁴¹⁸ sieht eine solch anderweitige Grundlage in der Notwendigkeit der Erläuterung und Einordnung des Akteninhalts durch eine fachkundige Person. Unter Bezugnahme auf Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren sowie den Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB geht er davon aus, dass insbesondere bei komplexen oder abstrakten Sachverhalten allein das neu normierte Akteneinsichtsrecht den Angeklagten nicht in die Lage versetze, seine Verteidigung ausreichend selbst wahrnehmen zu können. Dabei stellt er zutreffend fest, dass es sich bei Steuerstrafrecht um „Blankettstrafrecht“ handele, bei dem die Rechtslage nur in einer Zusammenschau strafrechtlicher und steuerrechtlicher Normen zutreffend erfasst und bewertet werden könne.⁴¹⁹

Überträgt man diese Argumentation auf Hauptverhandlungen mit Mitangeklagten, so ist allerdings festzustellen, dass gerade nicht eine besondere Komplexität des Tatvorwurfs, sondern allein die Tatsache der

⁴¹⁸ *Lanz*, Bedarf es eines Pflichtverteidigers zur Akteneinsicht? - Aktuelles zur Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage bei Akteneinsicht, 20.09.2021, abrufbar auf der Internetseite <https://www.benjamin-lanz.de/2021/09/20/bedarf-es-eines-pflichtverteidigers-zur-akteneinsicht-aktuelles-zur-schwierigkeit-der-sach-und-rechtslage-bei-akteneinsicht> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

⁴¹⁹ So auch: LG Essen, Beschluss vom 02.09.2015 – 56 Qs 1/15, BeckRS 2015, 20896; LG Braunschweig, Beschluss vom 17.09.2020 – 11 Qs 182/20, BeckRS 2020, 29015; LG Hof, Beschluss vom 14.01.2022 – 4 Qs 5/22, BeckRS 2022, 446746.

Verteidigerbestellung bei einem Mitangeklagten die Notwendigkeit der Verteidigung begründen soll. Eine Waffenungleichheit vermag die Argumentation daher nicht herzuleiten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn zusätzlich zur Verteidigerbestellung bei einem Mitangeklagten eine besondere Komplexität der Anklage hinzukäme. Dann wäre allerdings bereits aus diesem Grund und nicht gerade wegen der Verteidigerbestellung eines Mitangeklagten die Notwendigkeit der Verteidigung begründet. Dementsprechend kann nach dieser Argumentation allein aus der Bestellung eines Verteidigers für einen Mitangeklagten keine notwendige Verteidigung konstruiert werden. Die Annahme der Notwendigkeit der Verteidigung allein aufgrund eines am Verfahren beteiligten verteidigten Mitangeklagten muss daher insgesamt als überholt angesehen werden.

Anzumerken bleibt im Übrigen, dass bei unverteidigten Mitangeklagten für derartige Diskussionen von vornherein kein Raum besteht. Es fehlt insoweit offensichtlich schon an jedweder Waffenungleichheit, die überhaupt eine Beeinträchtigung des Rechts auf ein faires Verfahren und eine daraus abgeleitete Unfähigkeit zur Selbstverteidigung begründen könnte.

cc) Weitere Fälle notwendiger Verteidigung außerhalb von § 140 StPO

Über die Katalogfälle des § 140 Abs. 1 StPO und die Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO hinaus sind weitere Fälle notwendiger Verteidigung an unterschiedlichen Stellen innerhalb und außerhalb der StPO normiert. So sieht § 408b StPO etwa die Pflichtverteidigerbestellung vor, sofern der Richter erwägt, „dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Strafbefehls mit der in § 407 Abs. 2 S. 2 StPO genannten Rechtsfolge [– Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, die zur Bewährung ausgesetzt wird –] zu entsprechen“. § 418 Abs. 4 StPO bestimmt Pflichtverteidigung „für das beschleunigte Verfahren vor dem Amtsgericht“, sofern „Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten zu erwarten“ ist. Ferner sieht § 463 Abs. 3 S. 5 StPO eine Pflichtverteidigerbestellung vor, sofern nach erfolgter Anordnung der „Unterbringung in

der Sicherungsverwahrung“ eine „Entscheidung nach § 67c Abs. 1 des Strafgesetzbuches“ – Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung – getroffen werden soll. Weitere Normierungen finden sich in den §§ 231a Abs. 4, 364a, 364b, und 428 Abs. 2 S. 1 StPO.

Außerhalb der StPO normiert insbesondere § 60 OWiG einen praxisrelevanten Fall notwendiger Verteidigung, der das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde betrifft. Inhaltlich verweist § 60 S. 1 OWiG dabei auf § 140 Abs. 2 StPO. Die §§ 34 Abs. 3 Nr. 1 und 34a Abs. 1 EGGVG regeln eine Pflichtverteidigerbestellung für den Fall einer gemäß § 31 EGGVG gegen den Gefangenen verhängten Kontaktsperre. Der wohl wichtigste Fall außerhalb der StPO findet sich jedoch in § 68 JGG. Dieser beinhaltet einen Katalog von insgesamt fünf Konstellationen, in denen speziell für Jugendliche und Heranwachsende – bei Letzteren beschränkt auf die Fälle der Nummern 1, 4 und 5 –⁴²⁰ eine Notwendigkeit der Verteidigung anzunehmen ist. Die eingeschränkte Anwendung der Katalogfälle auf Heranwachsende wird dabei mit einer gegenüber Jugendlichen deutlich eingeschränkteren Schutzbedürftigkeit begründet.⁴²¹ Tatsächlich darf allerdings bezweifelt werden, dass allein der geringe Altersunterschied zwischen Jugendlichen und Heranwachsenden im Sinne des § 1 Abs. 2 JGG eine Differenzierung der Schutzbedürftigkeit begründen kann, wird es doch durchaus Jugendliche geben, deren charakterliche Reife und Einsichtsfähigkeit diejenigen von Heranwachsenden übersteigen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik würde jedoch zwangsläufig die generelle Frage nach der kriminalrechtlichen Behandlung von Heranwachsenden aufwerfen.⁴²² Dies würde wiederum die Grenzen der vorliegenden Arbeit sprengen und von ihrer Kernfragestellung in einem Maße abweichen, das wissenschaftlich nicht mehr zu vertreten wäre.

⁴²⁰ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68 Rn. 1; *Löwe/Rosenberg-Jahn*, § 140 Rn. 108.

⁴²¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 19/13837 - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, BT-Drucks 19/15162, S. 6.

⁴²² Vgl. hierzu: *Heinz*, Sekundäranalyse, S. 2205 ff.

Seine aktuelle Erscheinungsform hat § 68 JGG zum 17.12.2019 in Umsetzung der europäischen „Kinderrechtsrichtlinie“⁴²³ durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren⁴²⁴ erhalten. § 68 Nr. 1 JGG bestimmt notwendige Verteidigung, wenn „im Verfahren gegen einen Erwachsenen ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegen würde“. Inhaltlich sind damit die vorstehenden Ausführungen zu § 140 Abs. 1 und Abs. 2 StPO vollständig auf Jugendliche und Heranwachsende übertragbar. Allerdings müssen dabei zusätzlich die besonderen Anforderungen des Jugendstrafrechts Berücksichtigung finden. Dies bedeutet nach einhelliger Auffassung,⁴²⁵ dass die Voraussetzungen des § 140 StPO besonders extensiv auszulegen sind, da Jugendliche und Heranwachsende in der Regel nicht über ausreichende Kenntnisse der eigenen Rechte verfügen und das JGG zudem in verschiedenen Bereichen komplizierte Sonderregelungen enthält, was die Verteidigungsfähigkeit von vornherein beschränkt. Bei Jugendlichen und Heranwachsenden ist daher im Zweifel noch eher eine Notwendigkeit der Verteidigung anzunehmen als bei Erwachsenen.

Gemäß § 68 Nr. 2 JGG liegt ein Fall notwendiger Verteidigung bei Jugendlichen vor, wenn „den Erziehungsberechtigten und den gesetzlichen Vertretern ihre Rechte nach diesem Gesetz entzogen sind“. Gemeint sind Rechtsentziehungen gemäß § 67 Abs. 4 JGG,⁴²⁶ in erster Linie wegen eigener Beteiligung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter an den Verfehlungen des Jugendlichen.⁴²⁷

§ 68 Nr. 3 JGG normiert einen weiteren Fall notwendiger Verteidigung für Jugendliche, wenn „die Erziehungsberechtigten und die gesetzlichen Vertreter nach § 51 Abs. 2 [JGG] von der Verhandlung

⁴²³ Richtlinie (EU) 2016/800.

⁴²⁴ BGBl. 2019 I Nr. 47, S. 2146.

⁴²⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksachen 16/6293, 16/6568 - Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucks 16/6978, S. 3 (hier wird insoweit die Begrifflichkeit „jugendgemäße Interpretation“ verwendet); OLG Brandenburg, NSTZ-RR 2002, 184; OLG Hamm, StV 2005, 57; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.09.2006 – 3 Ss 140/06, BeckRS 2006, 12987; OLG Saarbrücken, StV 2007, 9; OLG Schleswig, StV 2009, 86; *Gau*, StraFo 2007, 315 ff; *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 2 Rn. 20 f., 39, § 68 Rn. 33; *Molketin*, AnwBl 2001, 85 (92); *Spahn*, StraFo 2004, 82 (83).

⁴²⁶ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68 Rn. 61.

⁴²⁷ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 67 Rn. 44 f.

ausgeschlossen worden sind und die Beeinträchtigung in der Wahrnehmung ihrer Rechte durch eine nachträgliche Unterrichtung (§ 51 Abs. 4 S. 2 [JGG]) oder die Anwesenheit einer anderen geeigneten volljährigen Person nicht hinreichend ausgeglichen werden kann“.⁴²⁸

§ 68 Nr. 4 JGG bestimmt notwendige Verteidigung wiederum sowohl für Jugendliche als auch Heranwachsende, wenn „zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Entwicklungsstand des Beschuldigten (§ 73 [JGG]) seine Unterbringung in einer Anstalt in Frage kommt“. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ein ernstlicher Antrag auf Unterbringung gestellt worden ist.⁴²⁹

Gemäß § 68 Nr. 5 JGG ist notwendige Verteidigung für Jugendliche und Heranwachsende schließlich geboten, wenn „die Verhängung einer Jugendstrafe, die Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe oder die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt zu erwarten ist.“ Maßgeblich ist insoweit eine aus objektiver Sicht zu stellende Prognose, die den Grad überwiegender Wahrscheinlichkeit erfordert.⁴³⁰ Der eigene Anwendungsbereich dieser Variante ist allerdings gering, da einschlägige Fälle in der Regel bereits über den Verweis nach Nr. 1 von § 140 StPO erfasst werden.⁴³¹

dd) Die Beiordnung als weitere Voraussetzung der Pflichtverteidigung

Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung im bis hierhin beschriebenen Sinne vor, bedeutet dies allein noch nicht, dass dem Beschuldigten auch automatisch ein Pflichtverteidiger zur Seite steht. Weitere Voraussetzung, damit es zur Pflichtverteidigung kommt, ist, dass ihm ein Pflichtverteidiger auch tatsächlich bestellt wird.⁴³² Diese Bestellung oder

⁴²⁸ Zu den Einzelheiten vgl.: *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68 Rn. 63 f.

⁴²⁹ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68 Rn. 65 unter Verweis auf BGH, NJW 1952, 797.

⁴³⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, BT-Drucks 19/13837, S. 61.

⁴³¹ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68 Rn. 68.

⁴³² *Böß*, NStZ 2020, 185 f.

Beiordnung – die Begriffe werden hier insoweit synonym verwendet – richtet sich, soweit sich aus den Sonderregelungen zu den vorbeschriebenen Einzelfällen notwendiger Verteidigung keine Besonderheiten ergeben, grundsätzlich nach den §§ 141 ff. StPO.⁴³³ An diesem Grundsatz hat sich auch durch die Neuerungen des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung⁴³⁴ trotz wesentlicher inhaltlicher Umgestaltung der §§ 141 ff. StPO nichts geändert.

§ 141 StPO bestimmt, dass die Beiordnung entweder auf Antrag des Beschuldigten (Abs. 1) oder von Amts wegen (Abs. 2) erfolgen kann.⁴³⁵ Voraussetzungen nach beiden Alternativen sind die Einschlägigkeit eines Falls notwendiger Verteidigung und, dass der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat. Ersteres ist dabei insbesondere im Rahmen des Ermittlungsverfahrens prospektiv zu beurteilen, wobei der gemäß § 142 Abs. 3 beziehungsweise Abs. 4 StPO entscheidenden Stelle notwendigerweise ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist.⁴³⁶ Letzteres ist im Übrigen nicht nur dann der Fall, wenn der Beschuldigte tatsächlich noch über keinerlei Verteidiger verfügt, sondern auch, wenn ein bereits vorhandener Wahlverteidiger um Beiordnung als Pflichtverteidiger ersucht oder die Niederlegung des Wahlmandats für den Fall seiner Beiordnung ankündigt.⁴³⁷

Weitere Voraussetzung für die Beiordnung nach § 141 Abs. 1 StPO ist, dass dem Beschuldigten der Tatvorwurf eröffnet worden ist. Gemeint ist hiermit der förmliche Akt erster Beschuldigtenvernehmung gemäß der §§ 136 Abs. 1 S. 1, 163a Abs. 2 S. 2 StPO. Nicht ausreichen sollen insoweit bloße Vermutungen des Beschuldigten, dass ein Verfahren

⁴³³ Kortz, Notwendigkeit der Verteidigung, S. 109 f.

⁴³⁴ BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128; zu den wesentlichen Neuerungen vgl. insgesamt: Böß, NStZ 2020, 185 ff.

⁴³⁵ BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 vor Rn. 1; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 4 f.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 1; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 1.

⁴³⁶ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 10; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 2; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 1.

⁴³⁷ BT-Drucks 19/13829, S. 36; BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 2; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 4; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 9; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 3; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 3.

gegen ihn geführt wird. Anträge vor förmlicher Eröffnung des Tatvorwurfs bleiben damit unzulässig.⁴³⁸

Schließlich verlangt § 141 Abs. 1 StPO als Kernanforderung den Antrag des Beschuldigten auf Pflichtverteidigerbestellung.⁴³⁹ Faktisch statuiert dieses gesetzgeberisch als Recht intendierte Antragsersfordernis⁴⁴⁰ eine Pflicht für den Beschuldigten, sofern er seine Verteidigungsrechte umfassend wahrnehmen will.⁴⁴¹ Dies hat zu Recht erhebliche Kritik hervorgerufen,⁴⁴² bleibt eine solche Verpflichtung doch hinter den eigentlichen Vorgaben der europäischen „PKH-Richtlinie“⁴⁴³ insoweit zurück, als dass diese an keiner Stelle einen Antrag des Beschuldigten verlangt. Zudem mutet es bereits begrifflich schwer nachvollziehbar an, für eine *Pflicht*verteidigung die Erfüllung eines *Antrags*ersfordernisses vorzuschreiben.

Liegen sämtliche Voraussetzungen nach § 141 Abs. 1 StPO vor, ist dem Beschuldigten „unverzüglich“ ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Unverzüglich bedeutet dabei nicht sofort, aber ohne schuldhaftes Zögern, beziehungsweise so rechtzeitig, dass sämtliche Verteidigungsrechte gewahrt werden. Spätestens ist über seinen Antrag gemäß § 141 Abs. 1 S. 2 StPO jedenfalls vor einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung mit ihm zu entscheiden.⁴⁴⁴

Gemäß § 141 Abs. 2 StPO ist eine Pflichtverteidigerbestellung von Amts wegen angezeigt, wenn neben den Erfordernissen notwendiger Verteidigung und des Fehlens eines Verteidigers einer der gesetzlich

⁴³⁸ BT-Drucks 19/13829, S. 36; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 3; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 8; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 2; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 2; insoweit abweichend: BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 4, der mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2013/48 allenfalls Anträge auf Basis bloßer Vermutungen über das Vorliegen eines Tatvorwurfs, nicht aber generell Anträge vor amtlicher Eröffnung des Tatvorwurfs als unzulässig ansehen will.

⁴³⁹ BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 5; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 5; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 5.

⁴⁴⁰ BT-Drucks 19/13829, S. 36.

⁴⁴¹ Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 4.

⁴⁴² Vgl. hierzu ausführlich: BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 5 ff. m. w. N.; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 5 f.; Spitzer, StV 2020, 418 (421).

⁴⁴³ Richtlinie (EU) 2016/1919.

⁴⁴⁴ Böß, NStZ 2020, 185 (188); BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 12; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 15 f.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 5a; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 4.

benannten Zeitpunkte erreicht wird. Dies ist namentlich der Fall, sobald der Beschuldigte „einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorgeführt werden soll“ (Nr. 1), „bekannt wird, dass der Beschuldigte, dem der Tatvorwurf eröffnet worden ist, sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet“ (Nr. 2), „im Vorverfahren ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte, insbesondere bei einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung mit ihm, nicht selbst verteidigen kann“ (Nr. 3) oder der Beschuldigte „gemäß § 201 [StPO] zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist“ (Nr. 4). Für die Nummern 1 bis 3 statuieren die Sätze 2 und 3 des Absatz 2 gewisse Ausnahmen. Ermangelt es zum relevanten Zeitpunkt noch am Erfordernis notwendiger Verteidigung, bestimmt § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 2. Hs. StPO zudem, dass die Pflichtverteidigerbestellung sofort nachzuholen ist, sobald diese Voraussetzung erfüllt wird.⁴⁴⁵

Liegen sämtliche Voraussetzungen von § 141 Abs. 1 oder einer Variante von Abs. 2 StPO vor, „wird“ dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger bestellt. Ein Ermessensspielraum besteht für die gemäß § 142 Abs. 3 beziehungsweise Abs. 4 StPO entscheidende Stelle nicht.⁴⁴⁶

Spätestens ist dem Beschuldigten damit ein Pflichtverteidiger mit Beginn des Zwischenverfahrens gemäß § 201 Abs. 1 S. 1 StPO zu bestellen.⁴⁴⁷ In der Hauptverhandlung darf es folglich *de lege lata* – sofern ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt – nicht zu einem gänzlichen Fehlen einer Verteidigerbestellung kommen. Entweder hat der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt einen Wahlverteidiger oder ihm hat ein Pflichtverteidiger beigeordnet zu sein. Findet die Hauptverhandlung dennoch ohne Verteidigerbeistand des Angeklagten statt, verstößt dies gegen geltendes Recht, wobei die Rechtsfolge eines solchen Verstoßes

⁴⁴⁵ Vgl. zu den Einzelheiten der Varianten und Ausnahmen ausführlich: BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 14 ff.; Böß, NStZ 2020, 185 (189 ff.); KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 10 ff.; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 18 ff.; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141 Rn. 8 ff.; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 5 ff.; Spitzer, StV 2020, 418 (421 ff.).

⁴⁴⁶ BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 11, 13; Böß, NStZ 2020, 185 (188 f.); Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 11, 38; NK-GS-Weiler, StPO § 141 Rn. 4.

⁴⁴⁷ Böß, NStZ 2020, 185 (186); Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 38.

umstritten bleibt.⁴⁴⁸ Nur im Ermittlungsverfahren besteht mithin de lege lata rechtmäßig überhaupt die Möglichkeit, dass der Beschuldigte trotz des Vorliegens eines Falls notwendiger Verteidigung nicht von einem Verteidiger vertreten wird, dies namentlich dann, wenn er keinen Wahlverteidiger hinzugezogen und keinen Antrag gemäß § 141 Abs. 1 StPO gestellt hat und zusätzlich kein Fall von § 141 Abs. 2 S. 1 StPO einschlägig ist.

Eine besondere Ausnahmeregelung im Konstrukt der §§ 141 ff. StPO bildet im Übrigen § 141a StPO, der für das Vorverfahren „zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person“ (Nr. 1) oder „zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens“ (Nr. 2) dringend erforderliche beziehungsweise zwingend gebotene Vernehmungen des Beschuldigten oder Gegenüberstellungen mit diesem auch vor der Bestellung eines Pflichtverteidigers erlaubt. Die Ausnahnevorschrift ist eng auszulegen.⁴⁴⁹

Im Jugendstrafrecht findet sich in § 68a JGG eine Sonderregelung zur Pflichtverteidigerbestellung. Anders als § 141 StPO differenziert diese nicht zwischen einer Beordnung auf Antrag und von Amts wegen. Das Antragserfordernis ist im Jugendstrafrecht nicht existent.⁴⁵⁰ Dies kann nachvollziehbar mit der erhöhten Schutzbedürftigkeit von Jugendlichen und Heranwachsenden gegenüber erwachsenen Straftätern begründet werden.⁴⁵¹ Die Beordnung hat daher nach § 68a JGG stets von Amts wegen zu erfolgen, wenn die verlangten Voraussetzungen erfüllt sind. Im Übrigen ist § 141 StPO unter Berücksichtigung der weiteren Besonderheiten des § 68a JGG entsprechend anwendbar.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Vgl. exemplarisch für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der Aussage des Angeklagten: BeckOK StPO-Krawczyk, § 141 Rn. 24 f.; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141 Rn. 41 m. w. N.; gegen die grundsätzliche Annahme eines Beweisverwertungsverbots hingegen: BGH, NJW 2022, 2126; Beschluss vom 07.12.2023 – 2 StR 49/23, BeckRS 2023, 42160; KK-StPO-Willnow, § 141 Rn. 19; Meyer-Goßner/Schmitt, § 141 Rn. 24.

⁴⁴⁹ BT-Drucks 19/13829, S. 39; BeckOK StPO-Krawczyk, § 141a vor Rn. 1; KK-StPO-Willnow, § 141a Rn. 2; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 141a Rn. 1; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 141a Rn. 1; NK-GS-Weiler, StPO § 141a Rn. 1; Spitzer, StV 2020, 418 (421).

⁴⁵⁰ Kölbl/Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, § 68a Rn. 9.

⁴⁵¹ BT-Drucks 19/13837, S. 62.

⁴⁵² Kölbl/Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, § 68a Rn. 8.

Inhaltlich verlangt § 68a JGG nach Abs. 1 S. 1 das Vorliegen eines Falls der notwendigen Verteidigung und das bisherige Fehlen eines Verteidigers. Insoweit gelten keine Unterschiede zu § 141 StPO. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist dem Jugendlichen oder Heranwachsenden vor einer Vernehmung oder einer Gegenüberstellung mit ihm ein Pflichtverteidiger zu bestellen.⁴⁵³ Hierzu existieren lediglich zwei Ausnahmen: Gemäß § 68 Nr. 1 JGG i. V. m. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO das Bekanntwerden eines Anstaltsaufenthalts in anderer Sache, sofern eine Einstellung des Verfahrens absehbar ist und keine Ermittlungen mit Außenwirkung erfolgen sollen sowie gemäß § 68a Abs. 1 S. 2 JGG, wenn sich die notwendige Verteidigung aus einem Verbrechenstatbestand ergibt, von einer bevorstehenden Einstellung auszugehen ist und die Verteidigerbestellung unverhältnismäßig wäre.⁴⁵⁴ In § 68b JGG findet sich im Übrigen eine Parallelvorschrift zu § 141a StPO, nach der zusätzlich zu den Voraussetzungen dieser noch das Wohl des Jugendlichen beziehungsweise Heranwachsenden Berücksichtigung finden muss.⁴⁵⁵

ee) Verbleibende verteidigerfreie Fälle

Unter Berücksichtigung sämtlicher nunmehr dargestellter Fälle, in denen dem Angeklagten ein Pflichtverteidiger in der Hauptverhandlung zur Seite stehen muss und unter der Prämisse, dass sich dieser keines Wahlverteidigers bedient, verbleibt der Angeklagte damit in der Regel ohne Verteidigerbeistand in Hauptverhandlungen vor dem Strafrichter am Amtsgericht wegen vorgeworfener Vergehenstatbestände, bei denen eine Straferwartung von unter einem Jahr Freiheitsstrafe anzunehmen ist, kein Katalogfall des § 140 Abs. 1 StPO einschlägig ist und auch aus sonstigen Gründen keine notwendige Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPO oder anderweitigen Sonderregelungen, etwa wegen zusätzlich drohender schwerwiegender Nachteile oder des Vorliegens einer reinen Aussage-gegen-Aussage-Situation vorliegt. Verteidigerfrei sind

⁴⁵³ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68a Rn. 8.

⁴⁵⁴ *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68a Rn. 11 ff.

⁴⁵⁵ BT-Drucks 19/13837, S. 62; *Kölbl/Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, § 68b Rn. 6.

damit insbesondere weite Teile der angeklagten Massen- und Alltagskriminalität, die regelmäßig vor den Strafrichtern der Amtsgerichte verhandelt wird. In diesen Fällen wird demnach häufig das mittelbare Fragerecht des Beschuldigten jedenfalls nicht durch einen Verteidiger gewährleistet.

V. Keine Relevanz bei Ausübung durch den Vorsitzenden

Auch wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht über einen Verteidiger verfügt, steht ihm sein mittelbares Fragerecht dennoch zu. Um dieses ausüben zu können, ist er allerdings auf die Unterstützung des Gerichts angewiesen. Er muss sich des Vorsitzenden gewissermaßen als eines Verteidigers bedienen, der für ihn seine Fragen unmittelbar an die Mitangeklagten richtet. Dabei soll durch diesen grundsätzlich jede rechtlich zulässige Frage inhaltlich unverändert an die Mitangeklagten weitergegeben werden. Geschieht dies nicht, soll dem Angeklagten die Möglichkeit der Herbeiführung gerichtlicher Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO zustehen.⁴⁵⁶

Dass die Ausübung des mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden allerdings Probleme mit sich bringen kann, erscheint naheliegend: So stellt sich zunächst die Frage, inwieweit sich der Angeklagte über die Möglichkeit der Ausübung seines mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden regelmäßig überhaupt bewusst ist und inwieweit dieser – in Wahrnehmung des Verteidigungsinteresses des Angeklagten – hierüber gegebenenfalls Aufklärung leisten muss. Auch müssen schon denknotwendigerweise Vorbehalte bestehen, den Vorsitzenden der zur Objektivität verpflichteten Sachentscheidungsinstanz überhaupt als einen, den Interessen des Angeklagten verpflichteten „Verteidiger“ anzusehen. Ist sich der Angeklagte – gegebenenfalls nach entsprechender Aufklärung durch den Vorsitzenden – der Ausübungsmöglichkeit seines mittelbaren Fragerechts über ebendiesen bewusst, können zudem immer noch faktisch subjektive Gründe wie inhaltliches Unverständnis

⁴⁵⁶ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797a; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11, 19; Meyer-Goßner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, B. II.

oder psychologische Hemmungen einer tatsächlichen Ausübung entgegenstehen. Schließlich stehen dem Vorsitzenden ferner nach § 241 Abs. 2 StPO gesetzliche Möglichkeiten zur Verfügung, letztlich nach eigenem Ermessen die Ausübung des mittelbaren Fragerechts einzuschränken. Ob die Möglichkeit der Ausübung über den Vorsitzenden vor diesem Hintergrund eine ausreichende Gewährleistung des mittelbaren Fragerechts darstellt, soll im Folgenden hinterfragt werden.

1. Kenntnis des Angeklagten und gerichtliche Aufklärungspflicht

Die StPO enthält an unterschiedlichsten Stellen Regelungen, die der Information des Beschuldigten dienen und zu diesem Zweck den übrigen Verfahrensbeteiligten gewisse Aufklärungspflichten auferlegen. Hierunter fallen etwa die Belehrungspflichten gemäß § 136 Abs. 1 StPO sowie gemäß § 265 StPO, die Vorgaben an Inhalt und Übermittlung der Anklageschrift gemäß der §§ 200 f. StPO oder die Rechtsmittelbelehrungen gemäß § 35a StPO. Ist der Beschuldigte auf Basis solcher positiv-rechtlichen Vorgaben über bestimmte Tatsachen, Verfahrensabläufe oder ihm zustehende Rechte zu informieren, so darf wohl – entsprechende kognitive Fähigkeiten vorausgesetzt – zunächst einmal davon ausgegangen werden, dass er nach entsprechender Aufklärung tatsächliche Kenntnis von den vermittelten Informationen hat.

In Bezug auf das Fragerecht in der Hauptverhandlung gemäß § 240 StPO ist allerdings festzustellen, dass man eine positiv-gesetzliche Aufklärungspflicht in der StPO vergebens sucht. Dies gilt bereits für das unmittelbare Fragerecht, erst recht aber für das mittelbare. Eine normierte Aufklärungspflicht ist schlicht nicht vorhanden. Hat der Angeklagte daher keine vorab erworbene, eigene Kenntnis von seinen Fragerechten, könnte er insoweit mit keiner Information rechnen, sofern das Gericht hierzu nicht aufgrund anderweitiger, nicht positiv-rechtlich geregelter Vorgaben verpflichtet ist.

Ein Anhaltspunkt dafür, wie es um die generellen Rechtskenntnisse deutscher Angeklagter regelmäßig bestellt ist, lässt sich finden, wenn man die schulische Ausbildung in Deutschland diesbezüglich näher betrachtet: Rechtskundeunterricht findet sich in den Lehrplänen an

allgemeinbildenden und an berufsbildenden Schulen hauptsächlich für die Sekundarstufe I und die Sekundarstufe II. Rechtskunde ist dabei teils formal als eigenes Schulfach, teils als Angebot im Rahmen freiwilliger Arbeitsgemeinschaften und teils als Bestandteil anderer Fächer wie Gemeinschaftskunde oder Politik ausgestaltet. Maßgeblich ist insoweit die jeweilige landesgesetzliche Regelung, da den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz für das Schulrecht gemäß der Art. 30, 70 I GG obliegt. Inhaltlich umfasst der Rechtskundeunterricht die Auseinandersetzung mit dem Aufbau und den Grundzügen des deutschen Rechtssystems, wobei die Schüler je nach Bundesland Kenntnisse in bestimmten Rechtsbereichen oder zu bestimmten grundlegenden, insbesondere staatsorganisationsrechtlichen Themen erlangen sollen.⁴⁵⁷

In Nordrhein-Westfalen findet der Rechtskundeunterricht im Rahmen von freiwilligen Arbeitsgemeinschaften im Umfang von 10 bis 12 Doppelstunden pro Schulhalbjahr statt.⁴⁵⁸ An diesen nehmen jährlich rund 10.000 Schülerinnen und Schüler teil.⁴⁵⁹ In Baden-Württemberg, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und dem Saarland gibt es Rechtskundeunterricht außer im Umfang von Einzelfragen im Rahmen anderer Unterrichtsfächer ausschließlich an den berufsbildenden Schulen. In Hessen ist eine Wahl als Unterrichtsfach zudem in der gymnasialen Oberstufe möglich. In den übrigen Bundesländern Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen wird Rechtskunde zwar als Unterrichtsfach an den allgemeinbildenden Schulen angeboten, die Ausgestaltung variiert jedoch erheblich, wobei „Wirtschaft und Recht“ ausschließlich in Bayern ein Pflichtfach am Gymnasium in der neunten und zehnten Klasse darstellt. Im Übrigen kommt der

⁴⁵⁷ Vgl. die detaillierte Darstellung der Situation des Rechtskundeunterrichts in Deutschland in: *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags Nordrhein-Westfalen*, Rechtskundeunterricht, 13.07.2020, S. 9 ff., abrufbar auf der [Internetseite https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI17-302.pdf](https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI17-302.pdf) [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

⁴⁵⁸ Gemeinsamer Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung (524-6.03.15.06-69885) und des Justizministeriums (6124 - V. 1) vom 19. September 2008, JMBL. NW S. 256.

⁴⁵⁹ Information des LG Köln, abrufbar auf der Internetseite https://www.lg-koeln.nrw.de/aufgaben/060_dienste/Rechtskundeunterricht/index.php [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

Rechtskundeunterricht auch in diesen Bundesländern nicht über den Status eines Wahlpflichtfachs hinaus.⁴⁶⁰

In Nordrhein-Westfalen sollen inhaltlich im Rahmen des Rechtskundeunterrichts Kenntnisse des Straf-, Zivil-, Arbeits-, Sozial- und Verwaltungsrechts vermittelt werden, wobei der zivilrechtliche Schwerpunkt im Familien- und Erbrecht verortet wird. Zusätzlich sollen die Themen Rechtsextremismus und Rechtsstaatlichkeit behandelt werden.⁴⁶¹ In Berlin, Brandenburg, Hamburg, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt liegen die Themenschwerpunkte auf dem Verständnis des Rechtssystems sowie der Rechtsgeschäfte. Sachsen gibt die Unterrichtsinhalte unter anderem mit dem Verfassungsrecht, dem politischen System und der Funktion der Rechtsprechung sowie dem Rechtsstaat an. In Thüringen stehen juristische Techniken wie das Auslegen und Anwenden von Normen sowie Kenntnisse in spezifischen Rechtsgebieten wie dem Sachenrecht auf dem Lehrplan. In Bayern werden schließlich Grundlagen des Rechtssystems, Grundfragen der juristischen Arbeitstechnik, Prinzipien des Strafrechts oder die Systematik des BGB unterrichtet.⁴⁶²

Betrachtet man sowohl Lehrumfang als auch -inhalte, so kommt man nicht umhin, den Rechtskundeunterricht in Deutschland insgesamt als stark vernachlässigtes Randgebiet im Rahmen der schulischen Ausbildung einzustufen. Selbst wenn ein Angeklagter in den Genuss dieses Unterrichts gekommen ist, so würde er hieraus kaum vertiefte strafprozessuale Kenntnisse herleiten können, geschweige denn in eine Wissenslage versetzt, die ihm im Rahmen einer strafrechtlichen

⁴⁶⁰ Vgl. hierzu abermals die Darstellung zur Situation des Rechtskundeunterrichts in Deutschland in: *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags Nordrhein-Westfalen*, Rechtskundeunterricht, 13.07.2020, S. 9 ff., abrufbar auf der Internetseite <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI17-302.pdf> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

⁴⁶¹ Leitlinien für die rechtskundlichen Arbeitsgemeinschaften in der Sekundarstufe I der allgemeinbildenden Schulen auf Basis des gemeinsamen Runderlasses des Ministeriums für Schule und Weiterbildung (524-6.03.15.06-69885) und des Justizministeriums (6124 - V. 1) vom 19. September 2008, abrufbar auf der Internetseite <http://www.jvv.nrw.de/anzeigeText.jsp?daten=878&daten2=Vor> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

⁴⁶² Ebenfalls näher beschrieben in: *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags Nordrhein-Westfalen*, Rechtskundeunterricht, 13.07.2020, S. 9 ff., abrufbar auf der Internetseite <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI17-302.pdf> [zuletzt abgerufen am 29.09.2025].

Hauptverhandlung eine vollständige Ausübung seiner Rechte ermöglichen könnte. Will er insoweit über eigene Kenntnisse verfügen, muss er sich diese daher zuvor eigeninitiativ angeeignet haben. Hierzu wäre etwa eine Vorberatung durch einen im Strafprozessrecht versierten Rechtsanwalt erforderlich, wobei sich dann bereits die Frage stellte, ob der einmal derart zu seinen strafprozessualen Rechten und Verfahrensabläufen vorberatene Beschuldigte nicht ohnehin auf eine Wahlverteidigervertretung in der Hauptverhandlung zurückgreifen würde. Ohne derartige Vorberatung könnte eine Kenntnis des Angeklagten von seinen Fragerechten allerdings wohl nur noch angenommen werden, sofern er selbst zufälligerweise einen rechtswissenschaftlichen Studiengang absolviert hätte. Dass dies auf die wenigsten Angeklagten in den hier beschriebenen Konstellationen zutreffen dürfte, dürfte auf der Hand liegen.

Selbst wenn der Angeklagte – woher auch immer – eine Kenntnis seiner Fragerechte hätte, so könnte allerdings nicht gleichsam zudem davon ausgegangen werden, dass ihm auch das mittelbare Fragerecht gegenüber seinen Mitangeklagten und dessen konkrete Ausübungsmöglichkeiten bekannt wären. Anders als die unmittelbaren Fragerechte in § 240 StPO ist das mittelbare Fragerecht schließlich nicht gesetzlich normiert. Hat der Angeklagte seine Kenntnis daher direkt dem Gesetz entnommen, würde er aufgrund des Wortlauts von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO wohl vielmehr regelmäßig davon ausgehen, dass ihm ein Fragerecht gegenüber Mitangeklagten schlichtweg nicht zustünde. Um hier zu einer anderen Schlussfolgerung zu gelangen, bedürfte es eingehendem Gesetzesverständnisses und Kenntnisse juristischer Methodenlehre oder aber weitergehender Kenntnisse einschlägiger Rechtsprechung.⁴⁶³ Solche Kenntnisse könnten jedoch wiederum allenfalls von einem juristisch vorgebildeten Angeklagten erwartet werden.

Damit bleibt festzustellen, dass der unverteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung in den seltensten Fällen, wenn nicht gar keinesfalls überhaupt Kenntnisse von seinem mittelbaren Fragerecht haben wird.

⁴⁶³ Insoweit müsste dem Angeklagten insbesondere BVerfG, NJW 1996, 3408 bekannt sein.

Um das Recht dennoch überhaupt ausüben zu können, müsste er daher umfassend hierzu aufgeklärt werden. Da eine normierte Aufklärungspflicht insoweit jedoch nicht besteht, stellt sich die Frage, ob eine solche Aufklärungspflicht überhaupt existiert, woraus sie sich gegebenenfalls ergibt und an wen sie sich richtet.

Eine Grundlage für eine solche Aufklärungspflicht könnte das Recht auf ein faires Verfahren,⁴⁶⁴ insbesondere in Ausformung des Grundsatzes der Waffengleichheit sein. Letzterer soll den Verfahrensbeteiligten eine grundsätzliche Gleichstellung im Sinne von gleichen Einflussnahmemöglichkeiten auf den Ablauf des Verfahrens und die Entscheidungsfindung garantieren.⁴⁶⁵ Da eine solche Einflussnahmemöglichkeit zwangsläufig ausscheiden muss, wenn Kenntnisse über eigene Rechtsausübungsmöglichkeiten fehlen, ließe sich eine generelle Aufklärungspflicht entsprechend argumentieren, die konkret auch eine Aufklärung über das mittelbare Fragerecht beinhalten müsste. Zu beachten ist dabei allerdings, dass das Recht auf ein faires Verfahren generell lediglich verfahrensrechtliche Mindeststandards vorgibt, deren konkrete Ausgestaltung dem Ermessen von Legislative und Judikative überlassen ist.⁴⁶⁶ Zudem soll eine relevante Verletzung dieser Mindeststandards stets im Rahmen einer Gesamtschau des Verfahrens festzustellen sein, wodurch Verletzungen einzelner Konkretisierungen hingenommen werden können, wenn das Verfahren insgesamt dennoch als fair anzusehen ist.⁴⁶⁷ Eine vorbehaltlose und zudem rechtsfolgenrelevante Pflicht zur konkreten Aufklärung über das mittelbare Fragerecht kann dem Recht auf ein faires Verfahren daher jedenfalls nicht unmittelbar entnommen werden.

Eine andere Grundlage für eine solche Aufklärungspflicht könnte die allgemeine prozessuale Fürsorgepflicht darstellen. Bei dieser handelt es

⁴⁶⁴ Vgl. hierzu bereits ausführlich: 1. Teil, A.

⁴⁶⁵ EGMR, Entscheidung vom 04.05.2010 – 11603/06, BeckRS 2011, 24522; NJW 2019, 2005 (2006); BVerfGE 38, 105 (111); 110, 226 (253); *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24 Rn. 67; vgl. auch bereits: 1. Teil, A. IV.

⁴⁶⁶ BeckOK StPO-*Valerius*, EMRK Art. 6 Rn. 14 f.; KK-StPO-*Lohsel/Jakobs*, MRK Art. 6 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-*Esser*, Art. 6 EMRK/Art. 14 IPBPR Rn. 249 f.; vgl. auch bereits: 1. Teil, A. III.

⁴⁶⁷ *Jahn*, ZStW 2015, 549 (591 f.); vgl. auch bereits: 1. Teil, A. III.

sich um einen inzwischen weitgehend als selbständiges Institut des Strafverfahrens angesehenen Grundsatz.⁴⁶⁸ Ihre Herleitung ist jedoch umstritten: Teilweise wird sie als Unterfall des Rechts auf ein faires Verfahren angesehen beziehungsweise synonym zu diesem verstanden,⁴⁶⁹ teilweise aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet,⁴⁷⁰ teilweise auch als reine Sammelbezeichnung für alle nicht positiv normierten Pflichten und Prinzipien verwendet, die ein rechtsstaatliches Verfahren gewährleisten sollen.⁴⁷¹ In jedem Fall obliegt die Fürsorgepflicht allen staatlichen Strafverfolgungsorganen, also zuallererst dem angerufenen Gericht, aber auch bereits der Staatsanwaltschaft und der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens.⁴⁷² Als Begünstigte der Fürsorgepflicht kommen grundsätzlich alle privaten Prozessbeteiligten in Betracht; Zeugen, Sachverständige, Privat- und Nebenkläger, allen voran aber auch der Beschuldigte.⁴⁷³

Sinn und Zweck der Fürsorgepflicht ist es, den Begünstigten die sachgerechte Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte zu ermöglichen und diese damit vor prozessualen Nachteilen zu bewahren.⁴⁷⁴ Sie wird deshalb auch als „Hilfe und Unterstützung“ für den Beschuldigten beschrieben.⁴⁷⁵ Soweit positiv-rechtliche Belehrungs-, Informations- und Aufklärungspflichten existieren, können diese entsprechend als Ausfluss der Fürsorgepflicht angesehen werden. Darüber hinaus soll die

⁴⁶⁸ BVerfGE 56, 185 (186); BVerfG, NJW 2002, 1640; NJW 2006, 1579 f.; BGHSt 22, 118 (122); 48, 221 (228); BGH, Beschluss vom 18.02.2004 – 5 StR 566/03, juris; OLG Köln, StV 1990, 257; *Kumlehn*, Gerichtliche Fürsorgepflicht; *Kühne*, Strafprozessrecht, S. 186; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 121; *Maiwald*, FS Lange, S. 745 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 155 ff.; *Plötz*, Fürsorgepflicht im Strafverfahren.

⁴⁶⁹ *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (764); SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rn. 110 ff.

⁴⁷⁰ KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 133 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 156.

⁴⁷¹ BGHSt 22, 118 (122); BGH, NJW 1991, 3289; *Kühne*, Strafprozessrecht, S. 286 ff.; *Löwe/Rosenberg-Becker*, Vor § 226 Rn. 23; *Plötz*, Fürsorgepflicht im Strafverfahren, S. 60, 66.

⁴⁷² *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 128; *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (747); *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 161.

⁴⁷³ KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 133 f.; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 127; *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (747); *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 161; SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rn. 115.

⁴⁷⁴ KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 133; *Löwe/Rosenberg-Kühne*, Einl. Abschn. I Rn. 122; *Maiwald*, FS Lange, S. 745; *Plötz*, Fürsorgepflicht im Strafverfahren, S. 168 ff.; SK-StPO-Rogall, Vor § 133 Rn. 114.

⁴⁷⁵ *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, § 2 Rn. 88; *Plötz*, Fürsorgepflicht im Strafverfahren, S. 334.

Fürsorgepflicht gewissermaßen als Generalklausel in allen Fällen Pflichten statuieren, in denen ansonsten eine Beeinträchtigung prozessualer Rechte drohte, für die das Gesetz selbst aber keine Regelungen vorsieht.⁴⁷⁶ Hinsichtlich des Angeklagten bedeutet dies, dass das Gericht gewährleisten muss, dass dieser alle für seine Verteidigung erheblichen Tatsachen und Rechtsfragen erkennen kann, um sich adäquat verteidigen zu können.⁴⁷⁷ Konkret heißt das, dass sich aufgrund der Fürsorgepflicht über die positiv-rechtlich geregelten Fälle hinaus gerade gegenüber unverteidigten Angeklagten in vielen weiteren Fällen besondere Belehrungs- und Hinweispflichten ergeben können.⁴⁷⁸ Auch hinsichtlich des mittelbaren Fragerechts kann eine Aufklärungspflicht damit grundsätzlich bestehen.

Zu beachten ist allerdings, dass auch die Fürsorgepflicht Grenzen hat: *Grillmeister*⁴⁷⁹ meint hierzu, dass das Gericht nicht verpflichtet sein könne, jederzeit eine allgemeine rechtliche Beratung zu erteilen oder Auslegungen vorzunehmen. Eine Hinweispflicht könne nur insoweit begründet werden, als sie für eine sachgemäße Verteidigung erforderlich sei und der Verfahrensökonomie diene. Dies entspricht auch der Auffassung des BVerfG, das unter Bezugnahme auf Art. 103 Abs. 1 GG keine allgemeine Frage- und Aufklärungspflicht des Richters annehmen will.⁴⁸⁰ Dem ist im Ergebnis insbesondere deshalb zuzustimmen, da sich das Gericht bei jeder fürsorglichen Erteilung von Hinweisen und Aufklärungen zugunsten des Angeklagten stets in einem

⁴⁷⁶ *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (746 f.).

⁴⁷⁷ *Grillmeister*, StraFo 1997, 8 (13).

⁴⁷⁸ Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. I Rn. 124; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 157.

⁴⁷⁹ *Grillmeister*, StraFo 1997, 8 (13).

⁴⁸⁰ BVerfGE 84, 188 (190); BVerfG, Beschluss vom 25.01.1984 – 1 BvR 272/81, juris; StV 2003, 223 (224).

Konflikt zur eigenen Wahrheitsfindungspflicht befindet,⁴⁸¹ die für sich genommen das zentrale Anliegen des Strafprozesses darstellt.⁴⁸²

Ob ein Hinweis oder eine Aufklärung im konkreten Fall geboten erscheint oder aus Wahrheitsfindungsgründen zurückzustehen hat, muss das Gericht als Adressat der Fürsorgepflicht stets selbst beurteilen.⁴⁸³ Letztlich obliegt es damit allein der subjektiven Einschätzung des Vorsitzenden und seinem Ausübungsermessen, ob er den Angeklagten über dessen mittelbares Fragerecht belehrt.⁴⁸⁴ Eine verbindliche Pflicht zur Aufklärung ergibt sich weder aus positivem Recht noch aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, insbesondere auch nicht aus der gerichtlichen Fürsorgepflicht.

2. Der Richter als Verteidiger des Angeklagten?

Zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die Aufklärung des wahren Sachverhalts.⁴⁸⁵ Das Gericht ist gemäß § 244 Abs. 2 StPO von Amts wegen zuallererst zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet. Bereits hierin zeigt sich ein grundlegender Aufgaben- und Kompetenzunterschied zum Verteidiger, der primär die Interessen des Beschuldigten vertritt und für ein Gegengewicht zu den Strafverfolgungsorganen

⁴⁸¹ Vgl. ausführlich zum Konflikt zwischen Fürsorgepflicht und Wahrheitsfindungspflicht: *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (754 ff.).

⁴⁸² BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972 – 2 BvR 28/71, juris Rn. 25, 27; Beschluss vom 19.07.1972 – 2 BvL 7/71, juris Rn. 35; BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG, Beschluss vom 01.10.1987 – 2 BvR 1434/86, juris Rn. 20; NJW 2003, 2445; BVerfGE 109, 279 (336); 130, 1 (25); BGHSt 1, 94 (96); 23, 176 (187); KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 28; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 39; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 8; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 4; *Weßlau*, ZIS 2014, 558.

⁴⁸³ KK-StPO-Fischer, Einleitung Rn. 133 f.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. I Rn. 128; *Maiwald*, FS Lange, S. 745 (747); *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl. Rn. 161.

⁴⁸⁴ Vgl. insoweit nochmals die Ausführungen zu Inhalt und Grenzen der gerichtlichen Fürsorgepflicht bei: Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. I Rn. 124.

⁴⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.03.1972 – 2 BvR 28/71, juris Rn. 25, 27; Beschluss vom 19.07.1972 – 2 BvL 7/71, juris Rn. 35; BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG, Beschluss vom 01.10.1987 – 2 BvR 1434/86, juris Rn. 20; NJW 2003, 2445; BVerfGE 109, 279 (336); 130, 1 (25); BGHSt 1, 94 (96); 23, 176 (187); KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 28; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 39; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 8; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 4; *Weßlau*, ZIS 2014, 558.

sorgen soll.⁴⁸⁶ Würde diesem zugleich die Pflicht zur Wahrheitsfindung auferlegt, würde seine eigentliche Aufgabe als Interessenvertreter des Beschuldigten von vornherein konterkariert. Auch aus seiner Organstellung als Rechtspflegeorgan kann eine solche Pflicht nicht abgeleitet werden. Anderenfalls würde der Verteidiger quasi auf Umwegen demselben Interessenkonflikt zwischen Wahrheitsfindung und Interessenvertretung ausgesetzt, dem das Gericht hinsichtlich seiner Aufklärungspflicht unterliegt. Da der Verteidiger jedoch anders als das Gericht weder zur Objektivität verpflichtet noch zur Sachentscheidung berufen ist, besteht kein Anlass und schon gar keine Notwendigkeit, für ihn zur Sicherstellung der materiellen Richtigkeit eines Entscheidungsausspruchs eine derartige Pflicht zu statuieren. Dies ist beim Gericht als objektiver Sachentscheidungsinstanz gänzlich anders: Wäre das Gericht nicht zur Aufklärung der materiellen Wahrheit verpflichtet, könnte es willkürlich über Recht und Unrecht sowie Schicksal des Beschuldigten entscheiden. Dies wäre wiederum mit dem Rechtsstaatsprinzip als elementarem Verfassungsgrundsatz unvereinbar. Der Interessenkonflikt des Gerichts zwischen Wahrheitsfindung und gegebenenfalls gebotener Aufklärung ist vor diesem Hintergrund hinzunehmen. Das Gericht ist gerade kein subjektiver Interessenvertreter, sondern verfassungsmäßig berufener, objektiver Aufklärer und Entscheider.⁴⁸⁷

Gemäß § 244 Abs. 2 StPO hat das Gericht „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.“ Diese Sachaufklärungspflicht umfasst zunächst diejenigen Tatsachen, die für die Entscheidung über Schuld- oder Freispruch beziehungsweise über die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung nach den §§ 63, 64, 66, 69a StGB oder eine sonstige Maßnahme gemäß der §§ 73 ff. StGB im Rahmen der angeklagten

⁴⁸⁶ BVerfG, StV 2004, 254 (259); BGH, NJW 1980, 64; NStZ 1993, 79; NStZ 1999, 188 (189); BeckOK StGB-Ruhmannseder, § 258 Rn. 22; Breyer/Endler/Sturm-Klein, AnwaltFormulare, Rn. 32; Klaas, JA 2020, 262 (263); Löwe/Rosenberg-Jahn, Vor § 137 Rn. 41; MüKoStPO-Cramer, § 258 Rn. 10; NK-GS-Schork, StGB § 258 Rn. 11; Schönke/Schröder-Hecker, § 258 Rn. 19; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, C. IV.

⁴⁸⁷ Vgl. Art. 92 GG.

prozessualen Tat im Sinne von § 264 Abs. 1 StPO relevant sind.⁴⁸⁸ Des Weiteren erstreckt sich die Sachaufklärungspflicht auf alle Tatsachen, die den Rechtsfolgenausspruch betreffen, insbesondere auf sämtliche Umstände zur Beurteilung der Person des Angeklagten wie seine persönlichen Verhältnisse oder etwaige Registereintragungen.⁴⁸⁹ Auch Verfahrenstatsachen hat das Gericht aufzuklären. Hierzu zählen etwa das Vorliegen notwendiger Strafanträge oder einschlägiger Verwertungsverbote.⁴⁹⁰

Das Gericht hat die Sachaufklärung von Amts wegen vorzunehmen. Diese Amtsermittlungspflicht – auch Untersuchungsgrundsatz oder Inquisitionsmaxime genannt – entzieht die Sachaufklärung jeglicher Disposition durch die Verfahrensbeteiligten. Das Gericht ist dementsprechend selbst dann zur Sachaufklärung verpflichtet, wenn diesen die Sachaufklärung gleichgültig ist oder widerstrebt. Gleichermaßen sind inhaltliche Aufklärungswünsche der Verfahrensbeteiligten grundsätzlich irrelevant.⁴⁹¹

Ihre Grenzen erreicht die Sachaufklärungspflicht, wo Feststellungen nicht mehr entscheidungsrelevant sein können. Zu einer überschießenden, also die Grenzen der Entscheidungsrelevanz überschreitenden Sachaufklärung ist das Gericht nicht verpflichtet.⁴⁹² Grenzen können sich zudem aus rechtlichen Einschränkungen wie den bereits erwähnten Verwertungsverböten, bindenden Feststellungen anderer Gerichte oder Schätzklauseln ergeben.⁴⁹³

⁴⁸⁸ BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 11; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 6, 10; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 40; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 52.

⁴⁸⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 41; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 53.

⁴⁹⁰ Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 42.

⁴⁹¹ BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 13; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 32; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 39; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 48 f.; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 15.

⁴⁹² BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 33; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 33a; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 43; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 57.

⁴⁹³ BeckOK StPO-Bachler, § 244 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 14; KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 60 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 44 f.; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 32 f.; NK-GS-König, StPO § 244 Rn. 22.

Dass sich die Reichweite der Sachaufklärungspflicht dennoch nicht rein objektiv bestimmen lässt, erschließt sich, wenn man den Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO in die Überlegungen mit einbezieht: Zwar ist es heute weitgehender Konsens, dass die Freiheit der Beweiswürdigung erst dann einsetzen soll, wenn die Sachaufklärung vollständig erfolgt ist,⁴⁹⁴ jedoch ist dabei zu berücksichtigen, dass Sachaufklärung und Beweiswürdigung nicht streng voneinander abtrennbar sind, sondern in einer Wechselbeziehung miteinander stehen.⁴⁹⁵ *Becker*⁴⁹⁶ veranschaulicht dies überzeugend anhand von gleich zwei Beispielen: So lasse sich schon über die Notwendigkeit, nach der geständigen Sacheinlassung des Angeklagten überhaupt eine weitere Beweisaufnahme durchzuführen, nicht ausschließlich nach allein objektiven Kriterien entscheiden; vielmehr setze dies auch eine Bewertung der Glaubhaftigkeit der Einlassung voraus, in die die freie subjektive Überzeugungsbildung entsprechend § 261 StPO in Form einer vorweggenommenen Würdigung der Beweise einfließe, die nach Aktenlage zur Aufklärung des Tatvorwurfs sonst zur Verfügung stünden. In ähnlicher Weise hänge die Fortführung der Sachaufklärung von der, subjektiven Wertungen offenen Beweisantizipation des Tatgerichts ab, wenn dieses nach bereits durchgeführter Beweisaufnahme darüber zu entscheiden habe, ob eine durch die Nutzung eines weiteren Beweismittels gegebenenfalls nachweisbare Indiztatsache Einfluss auf seine Überzeugung erlangen könne, die es aufgrund der bisherigen Beweiserhebung von der Haupttatsache gewonnen habe. Hieran zeigt sich, dass letztlich also der Richter selbst beurteilen muss, inwieweit eine weitergehende Sachaufklärung gegebenenfalls noch notwendig erscheint beziehungsweise sich weitere Beweismittel aufdrängen.⁴⁹⁷ Ruft man sich hierzu zusätzlich nochmals in Erinnerung, dass der Richter gerade kein Interessenvertreter des Angeklagten ist, sind die Bedenken

⁴⁹⁴ Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 46 m. w. N.; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 51 m. w. N.; Niemöller, StV 1984, 431.

⁴⁹⁵ KK-StPO-Krehl, § 244 Rn. 29; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 46 m. w. N.; MüKoStPO-Trüg/Habetha, § 244 Rn. 51 m. w. N.

⁴⁹⁶ Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 46.

⁴⁹⁷ Zur Frage, wann sich eine weitere Sachaufklärung „aufdrängt“ vgl. insbesondere: BGHSt 1, 94 (96); BGH, Urteil vom 18.09.1952 – 3 StR 374/52, juris; Urteil vom 03.12.1987 – 4 StR 612/87, juris; NStZ 2994, 247 (248); NStZ 2013, 725; Löwe/Rosenberg-Becker, § 244 Rn. 47 m. w. N.

gegen eine Ausübung des mittelbaren Fragerechts über eben diesen überwältigend.

Diese Schlussfolgerung wird noch mehr bekräftigt, berücksichtigt man ferner, dass der vorsitzende Richter entgegen der grundsätzlichen Verpflichtung, jede rechtlich zulässige Frage inhaltlich unverändert an die Mitangeklagten weiterzugeben,⁴⁹⁸ gemäß § 241 Abs. 2 StPO unter anderem „in den Fällen [...] des § 240 Abs. 2 [StPO] [...] ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen zurückweisen [kann].“ Dabei ist es irrelevant, ob eine Frage unmittelbar gestellt oder ihre Stellung mittelbar über den Vorsitzenden angeregt wird.⁴⁹⁹

Die Entscheidung über eine Zurückweisung trifft der Vorsitzende von Amts wegen oder auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten nach pflichtgemäßem Ermessen. Sie ergeht als prozessleitende Verfügung, für die zwar keine Begründung gemäß § 34 StPO vorgeschrieben ist, aber dennoch allgemein ein Begründungserfordernis angenommen wird, um den von der Zurückweisung Betroffenen in die Lage zu versetzen, beurteilen zu können, ob gegen die Zurückweisung die Beantragung gerichtlicher Entscheidung gemäß § 238 Abs. 2 StPO erfolgversprechend erscheint.⁵⁰⁰ Protokollierungspflichtig ist die Zurückweisung im Übrigen nur dann, wenn tatsächlich eine Beanstandung gemäß § 238 Abs. 2 StPO erfolgt.⁵⁰¹ Es steht zudem ferner im Ermessen des vorsitzenden Richters, vor der Zurückweisung die Bedenken gegen eine Frage zu erläutern und eine Abänderung oder Zurücknahme anzuregen.⁵⁰² Mit der Revision angreifbar ist die Entscheidung über die Zurückweisung

⁴⁹⁸ BeckOK StPO-Gorf, § 240 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 797a; KK-StPO-Schneider, § 240 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 240 Rn. 11; Meyer-Gofner/Schmitt, § 240 Rn. 10; MüKoStPO-Gaede, § 240 Rn. 25; SK-StPO-Frister, § 240 Rn. 16; vgl. hierzu auch bereits: 2. Teil, B. II. und C. V.

⁴⁹⁹ Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 5.

⁵⁰⁰ BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 15; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 13 f.; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 22; Meyer-Gofner/Schmitt, § 241 Rn. 17; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 6; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 19, 21; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 22.

⁵⁰¹ BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 16; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 15; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 25; Meyer-Gofner/Schmitt, § 241 Rn. 18; a. A. im Sinne einer generellen Protokollierungspflicht: MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 34; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 28.

⁵⁰² BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 15; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 20; Meyer-Gofner/Schmitt, § 241 Rn. 16; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 6; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 22.

allerdings nur dann, wenn zuvor eine gerichtliche Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO herbeigeführt worden ist.⁵⁰³

Eine Zurückweisung ist zulässig, wenn eine Frage „ungeeignet“ ist oder „nicht zur Sache“ gehört. Sinn und Zweck dieser Regelung ist zuallererst, den (Mit)Angeklagten, die Zeugen und etwaige Sachverständige vor unzulässigen, ihre Persönlichkeitsrechte missachtenden Befragungen zu schützen. Darüber hinaus dient die Vorschrift der Durchsetzung des Prozessrechts, indem sie dem Vorsitzenden ein Werkzeug zur konzentrierten Verfahrensführung an die Hand gibt, mit dem er Verfahrensverzögerungen verhindern und damit im Endeffekt die materielle Wahrheitsfindung vorantreiben kann.⁵⁰⁴ Von der Möglichkeit der Zurückweisung sollte er nach weitgehend einheitlicher Auffassung allerdings zurückhaltend Gebrauch machen, um das Fragerecht nicht übermäßig zu beeinträchtigen.⁵⁰⁵ Generell dürfte es daher sinnvoll sein, den Fragesteller zunächst auf mögliche Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer konkreten Frage hinzuweisen und diesem die Erläuterung sowie eine gegebenenfalls notwendige Abänderung der Frage zu ermöglichen. Letztlich steht jedoch auch dies im Ermessen des Vorsitzenden; eine Hinweispflicht besteht nicht.⁵⁰⁶

Die Zurückweisung einer Frage ist dem vorsitzenden Richter in zwei Fällen gestattet: bei Ungeeignetheit und Sachfremdheit der Frage. Tatsächlich sind die beiden Fallgruppen allerdings nicht trennscharf voneinander abgrenzbar, sondern überschneiden sich.⁵⁰⁷ Ungeeignet ist eine Frage, wenn sie aus tatsächlichen Gründen nichts zur

⁵⁰³ BGH, NStZ 2005, 222; BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 23; Cierniak/Zimmermann, NStZ-RR 2014, 129 (131); KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 22; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 31 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 241 Rn. 23; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 21; kritisch: MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 41.

⁵⁰⁴ KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 1; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 1.

⁵⁰⁵ KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 1; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 1, 8; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 7; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 2; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 2.

⁵⁰⁶ BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 15; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, § 241 Rn. 16; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 6; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 3; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 22.

⁵⁰⁷ KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 6; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 7; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 8; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 4.

Wahrheitsfindung beitragen kann oder aus rechtlichen Gründen nicht gestellt werden darf.⁵⁰⁸ Nicht zur Sache gehörend ist eine Frage, wenn sie keinerlei Bezug zum Prozessgegenstand, also der angeklagten prozessualen Tat beziehungsweise den zu erwartenden Rechtsfolgen aufweist oder erkennbar lediglich verfahrensfremden Zwecken dient.⁵⁰⁹ Bloße Bedeutungslosigkeit der erfragten Tatsache genügt insoweit jedoch noch nicht, um die Frage zurückzuweisen.⁵¹⁰ Eine Frage soll dementsprechend solange zulässig bleiben, wie zwischen ihr und irgendeinem entscheidungserheblichen Umstand auch nur ein zumindest mittelbarer Bezug bestehen kann.⁵¹¹ Diesen Vorgaben folgend haben sich in Rechtsprechung und Literatur diverse Fallgruppen herausgebildet, in denen Zurückweisungen nach § 241 Abs. 2 StPO regelmäßig als gerechtfertigt angesehen werden. Namentlich soll dies insbesondere der Fall sein bei bloßen Wiederholungsfragen, die nicht der Präzisierung einer bereits gemachten Aussage dienen, bei Suggestivfragen und Fragen, die ausschließlich dazu dienen, den Befragten zu verwirren, bei hypothetischen Fragen, Fragen die auf eine normative Bewertung des Befragten abzielen, sonstigen Fragen, deren Beantwortung dem Befragten aufgrund seiner Stellung im Prozess schon gar nicht obliegt sowie gesetzeswidrigen Fragen, denen beispielsweise ein Zeugnis- oder

⁵⁰⁸ BGHSt 13, 252 (254); 21, 334 (360); 50, 318 (330); BGH, NStZ 2008, 173 (175); BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 6; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 6; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, § 241 Rn. 15; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 8; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 8; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 11.

⁵⁰⁹ BGHSt 2, 284 (287); BGH NStZ 1984, 133; NStZ 1985, 183 (184); BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 11; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, § 241 Rn. 12; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 25; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 3; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 19.

⁵¹⁰ BGHSt 2, 284 (288); 13, 252 (255); BGH, NStZ 1980, 71; NStZ 1983, 133; NStZ 1985, 183 (184); NStZ-RR 2009, 316; BeckOK StPO-Gorf, § 241 Rn. 12; KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 10; Meyer-Goßner/Schmitt, § 241 Rn. 13; MüKoStPO-Gaede, § 241 Rn. 27; NK-GS-Seebode, StPO § 241 Rn. 9; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 8; Sommer, StraFo 2010, 102 (104).

⁵¹¹ KK-StPO-Schneider, § 241 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 241 Rn. 7; SK-StPO-Frister, § 241 Rn. 20; Sommer, StraFo 2010, 102 (104).

Auskunftsverweigerungsrecht, das Fehlen einer erforderlichen Aussagegenehmigung oder ein Beweiserhebungsverbot entgegenstehen.⁵¹²

Insgesamt ist damit abschließend festzustellen, dass der vorsitzende Richter, über den die Ausübung des mittelbaren Fragerechts des Angeklagten nach Annahme des BVerfG⁵¹³ gewährleistet sein soll, aufgrund seiner Rechtsstellung bereits nicht primär die Interessen des Angeklagten vertreten kann, zugleich aber in letzter Konsequenz selbst bestimmen darf, in welchem Umfang er den Angeklagten belehrt und gerichtliche Sachaufklärung betreibt. Darüber hinaus kann er Interventionen durch Fragestellungen des Angeklagten sogar in begrenztem, ebenfalls seinem eigenen Ermessen unterstellten Rahmen unterbinden. Vom Vorsitzenden als einem Werkzeug des Angeklagten zur Ausübung seines Fragerechts kann daher keine Rede sein. Vor diesem Hintergrund ist eine tatsächliche Gewährleistung der Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts über ebendiesen faktisch schon aus rechtlichen Gesichtspunkten nicht uneingeschränkt gegeben.

3. Psychologische Faktoren bei der Ausübung des mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden

Neben den rein rechtlichen Einwänden gegen die Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden drängt sich ein weiteres Problemfeld bei der Beantwortung der Fragestellung, ob eine solche Ausübbarkeit überhaupt angenommen werden kann, regelrecht auf: die psychologische Betrachtung. Dabei soll der Fokus hier weniger auf subjektive psychologische Faktoren in der Person des Vorsitzenden oder der zu befragenden Mitangeklagten gerichtet werden als vielmehr auf Einflüsse, die den Angeklagten selbst in der Ausübung seines mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden einschränken.

⁵¹² Zu den einzelnen Fallgruppen vgl. im Detail: BeckOK StPO-*Gorf*, § 241 Rn. 7 ff. m. w. N.; KK-StPO-*Schneider*, § 241 Rn. 7 ff. m. w. N.; Löwe/Rosenberg-*Becker*, § 241 Rn. 12 ff. m. w. N.; MüKoStPO-*Gaede*, § 241 Rn. 9 ff. m. w. N.; NK-GS-*Seebode*, StPO § 241 Rn. 16 ff. m. w. N.

⁵¹³ BVerfG, NJW 1996, 3408.

Das BVerfG erkennt grundsätzlich an, dass psychologische Faktoren im Rahmen des Strafverfahrens eine Rolle spielen.⁵¹⁴ So stellte es für die Vernehmungssituation von Zeugen explizit fest, dass nicht jeder Zeuge imstande sei, was er als Wissen ausdrücken wolle, auch zutreffend zum Ausdruck bringen zu können. Gerade „bei ungeschickten, ängstlichen oder aus anderen Gründen in ihrer Aussagefähigkeit und -bereitschaft behinderten und gehemmten Zeugen“ wird daher die Bedeutung eines Rechtsbeistands zur Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren betont.⁵¹⁵ Wird aber schon für den Zeugen der grundsätzliche Einfluss psychologischer Faktoren anerkannt, so muss dies erst recht für den Angeklagten gelten, den das Strafverfahren als Hauptperson in den Fokus des Geschehens stellt und der regelmäßig mit deutlich weitreichenderen Konsequenzen rechnen muss als der bloß als Zeuge am Verfahren Beteiligte. Es erscheint daher angezeigt, auch die psychologische Situation des Angeklagten vor Gericht aus seiner Sicht näher zu betrachten.

Beginnt man mit der Exploration dieser Fragestellung, stellt man allerdings alsbald fest, dass gesicherte psychologische Erkenntnisse insofern bisher kaum zu finden sind. Psychologische Faktoren werden in der juristischen Forschung generell bis heute eher stiefmütterlich behandelt.⁵¹⁶ Arbeiten beschäftigen sich zuallermeist mit Fragen der Kriminalitätsentwicklung, ihrer Verhinderung sowie ihren Auswirkungen,⁵¹⁷ erst in jüngerer Vergangenheit und nur vereinzelt mit der gerichtlichen (Aussage)Situation an sich,⁵¹⁸ nach wie vor aber kaum mit dieser aus der Sicht des Angeklagten.⁵¹⁹ Aussagepsychologische Aspekte werden, wenn, dann ausschließlich aus Richtersicht im Hinblick auf die Bewertung von Angeklagten- und Zeugenaussagen

⁵¹⁴ Vgl. exemplarisch: BVerfG, StV 2003, 593 (595).

⁵¹⁵ BVerfGE 38, 105 (117); *Thomas*, NStZ 1982, 489 (491).

⁵¹⁶ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 12; *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, S. 5.

⁵¹⁷ *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 27.

⁵¹⁸ *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, Rn. 3; *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse, Kapitel 1.

⁵¹⁹ *Dürkop*, Der Angeklagte, S. 17 ff.

untersucht.⁵²⁰ Die Frage des Verhaltens des Angeklagten in der Hauptverhandlung wird ausschließlich von *Dürkop*⁵²¹ nennenswert näher analysiert.

Will man die Auswirkungen psychologischer Faktoren auf die Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts verstehen, ist es zwingend, die Situation des Angeklagten in der Hauptverhandlung aus seiner Sicht zu durchdringen. Psychologie spielt dabei für ihn ebenso wie für alle anderen Verfahrensbeteiligten eine entscheidende Rolle, da sie sein konkretes Verhalten näher erklären kann. Für die hier diskutierte Thematik bedeutet dies, dass mithilfe psychologischer Erwägungen geklärt werden soll, ob der Angeklagte überhaupt zur Ausübung des mittelbaren Fragerechts über den Vorsitzenden in der Lage ist, unter welchen Umständen diese Fähigkeit gegebenenfalls eingeschränkt sein kann und warum er von dieser Möglichkeit womöglich in unterschiedlichen Formen und Umfängen Gebrauch macht.

Unter dem Begriff „Psychologie“ wird formal die „wissenschaftliche Untersuchung des Verhaltens von Individuen und ihren geistigen beziehungsweise kognitiven Prozessen“ verstanden, wobei sowohl „die Prozesse innerhalb eines Individuums als auch die Kräfte seiner physischen und sozialen Umwelt“ betrachtet werden.⁵²² Es geht bei der Psychologie im Allgemeinen mithin um das „Verhalten und Erleben des Menschen, unabhängig davon, ob dies innerhalb eines sozialen Kontextes stattfindet oder nicht.“⁵²³ Innerhalb der psychologischen Wissenschaft existiert eine Vielzahl von Subkategorien, die sich zum Teil überschneiden, zum Teil aber auch Schnittmengen mit anderen wissenschaftlichen Teilbereichen aufweisen. An dieser Stelle fehlt es jedoch an Raum, eine insoweit auch nur ansatzweise vollständige Darstellung zu präsentieren. Es bleibt nichts anderes, als auf die einschlägigen

⁵²⁰ *Arntzen*, Psychologie der Zeugenaussage; *Deckers/Köhnken*, Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen; *Greuel/Offe/Fabian/Wetzels/Fabian/Offe/Stadler*, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage; *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie; *Ludewig/Baumer/Tavor*, Aussagepsychologie für die Rechtspraxis.

⁵²¹ *Dürkop*, Der Angeklagte.

⁵²² *Gerrig*, Psychologie, S. 2.

⁵²³ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 13.

Werke⁵²⁴ zu verweisen und den Fokus auf die Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragestellungen zu richten. Da für diese neben den inneren geistigen Prozessen des Angeklagten die Situation der Hauptverhandlung als sozialer Kontext maßgeblich erscheint, scheint die Subkategorie der „Sozialpsychologie“⁵²⁵ besonders geeignet, Antworten liefern zu können.⁵²⁶

Kern sozialpsychologischer Untersuchungen ist das Erleben und Handeln des Betroffenen. Handeln soll dabei hier als „Verhalten“, also als „das Mittel, durch welches sich der menschliche Organismus an die Umwelt anpasst“ verstanden werden.⁵²⁷ Warum macht der Angeklagte von seinem mittelbaren Fragerecht über den Vorsitzenden Gebrauch oder eben nicht? Warum tut er dies in bestimmter Weise? Warum lässt er bestimmte Fragen stellen, unterlässt es aber, andere stellen zu lassen? Was beeinflusst ihn hierbei und warum?

Das Verhalten eines Individuums wird durch eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren beeinflusst. Ausgangspunkt für die Fragen, warum sich ein Individuum verhält, wie es sich verhält, beziehungsweise, was es mit seinem Verhalten bezweckt, ist seine konkrete Motivation.⁵²⁸ Wenngleich man innerhalb der psychologischen Forschung auf eine Vielzahl unterschiedlicher Motivationstheorien treffen kann,⁵²⁹ so scheint jedenfalls gesichert feststellbar, dass sich Motivation im Wesentlichen aus einem additiven Zusammenwirken persönlicher (= internaler) und situativer (= externaler) Faktoren ergibt.⁵³⁰ „Aus der Person

⁵²⁴ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 23 ff.; *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 3; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 13 ff.; *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 1 ff.

⁵²⁵ Hier verstanden im Sinne der Definition von *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 10: „Sozialpsychologie befasst sich mit dem Erleben und Handeln von Individuen im sozialen Kontext“.

⁵²⁶ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 2 m. w. N.

⁵²⁷ *Gerrig*, Psychologie, S. 3.

⁵²⁸ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 378; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 93; *Gerrig*, Psychologie, S. 450; Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 2.

⁵²⁹ Vgl. hierzu exemplarisch die ausführliche Darstellung bei: *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 103 ff.

⁵³⁰ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 380; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 101; *Gerrig*, Psychologie, S. 451; Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 4.

kommen Bedürfnisse, Motive und Ziele, aus der Situation Gelegenheiten und mögliche Anreize.“⁵³¹

Grundlage persönlicher Faktoren können genetisch vordisponierte Konstanten wie Instinkte und Triebe, vor allem aber Lernerfahrungen sein.⁵³² Mit dem Einfluss ersterer beschäftigt sich die an anthropologischer Forschung angelehnte, im Wesentlichen auf *Konrad Lorenz*⁵³³ zurückgehende psychologische Richtung der Ethologie (auch „Verhaltens-“ oder „Soziobiologie“). Diese will menschliches Verhalten auf evolutionär entwickelte Auslöser zurückführen und hat ihre Anfänge in vergleichender Darstellung menschlichen und tierischen Verhaltens genommen.⁵³⁴ Sie umfasst die Kernaussage, dass es menschliches Verhalten gebe, das durch evolutionäre Entwicklung vorgegeben sei. Ein wesentlicher Aspekt dabei sei die Aufrechterhaltung organischer Gleichgewichtszustände (sogenannte Homöostase). Konkrete Motivation ergebe sich hiernach immer dann, wenn ein Ungleichgewicht im Organismus entstehe, wie beispielsweise bei Hunger, Durst, Fieber, Unterkühlung oder sexueller Erregung. Dieses Ungleichgewicht würde als unangenehm empfunden, was das Individuum zu einem Verhalten veranlasse, diesen Zustand zu beseitigen.⁵³⁵

Eine besondere Ausprägung des Zustands von Ungleichgewicht stellt die auf *Festinger*⁵³⁶ zurückgehende Theorie der kognitiven Dissonanz in den Fokus: den inneren Konflikt eines Individuums, wenn ein Zustand oder eine Handlung in Widerspruch zu seinen eigenen Überzeugungen, Gefühlen oder Werten steht. Auch in diesem Fall sei das Individuum dazu motiviert, das Ungleichgewicht (= die Dissonanz) so gut wie möglich zu reduzieren, was es prinzipiell anhand von drei

⁵³¹ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 380.

⁵³² *Gerrig*, Psychologie, S. 452 ff.; vgl. zudem die vertiefte Darstellung der Entwicklung der Motivationsforschung bei Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 14 ff.

⁵³³ *Lorenz*, Naturwissenschaften 1937, 324 ff.; *Lorenz*, Zeitschrift für Tierpsychologie 1943, 235 ff.

⁵³⁴ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 16 f.; *Gerrig*, Psychologie, S. 78; *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 8 ff.

⁵³⁵ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 96; *Gerrig*, Psychologie, S. 113; Heckhausen/Heckhausen-Beckmann/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 85 m. w. N., 108.

⁵³⁶ *Festinger*, A theory of cognitive dissonance, S. 3 ff.

unterschiedlichen Verhaltensoptionen erreichen könne: durch Verhaltensänderung oder Anpassung der eigenen Einstellung (1), durch Hinzufügung zusätzlicher Elemente, die den eigenen Standpunkt unterstützen (2), oder durch Abwertung der Bedeutung der Elemente, die dem eigenen Standpunkt entgegenstehen (3).⁵³⁷ Die Theorie der kognitiven Dissonanz geht über die ansonsten stark physiologisch begründete Herleitung von Ungleichgewicht deutlich hinaus, indem sie nicht bloß organische Vorgänge, sondern den inneren kognitiven Konfliktzustand des Individuums in den Fokus der Überlegungen stellt. Dies dürfte ein maßgeblicher Grund dafür sein, warum sie bis heute Gegenstand psychologischer Untersuchungen ist und nicht an Bedeutung verloren hat.⁵³⁸

Abgesehen von der Theorie der kognitiven Dissonanz werden ethologische Ansätze in ihrer Absolutheit zur Erklärung von Motivation jedoch heute kaum noch vertreten, da die psychologische Forschung vielfach erkannt hat, dass menschliches Verhalten tatsächlich im Wesentlichen durch erlernte Verhaltensmuster und nicht durch genetische Prädisposition geprägt wird.⁵³⁹ *Markl*⁵⁴⁰ hat insoweit bereits 1983 festgestellt: „Die Natur scheint die menschliche Verhaltensentwicklung eher durch Vorschläge als durch Vorschriften zu beeinflussen“. Auch *Gerrig*⁵⁴¹ bekräftigt diese Überzeugung mit Bezug zu tierischem Verhalten: „Verhaltensweisen können in Abhängigkeit von den normalen, genetisch programmierten Reaktionen des Tieres in seiner Umwelt mehr oder weniger leicht verändert werden.“ Evolutionäre Entwicklungsgesichtspunkte beeinflussen daher zwar Verhaltensweisen und können ihnen in Einzelfällen auch ihre letztliche Gestalt verleihen, dienen jedoch an sich vielmehr als Rahmen, in dem erlernte

⁵³⁷ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 44; Heckhausen/Heckhausen-Beckmann/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 108.

⁵³⁸ Heckhausen/Heckhausen-Beckmann/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 108.

⁵³⁹ *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 11; vgl. detaillierter zudem insbesondere die ausführliche Darstellung der unterschiedlichen Linien der „Lerntheorie“ bei: Heckhausen/Heckhausen-Beckmann/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 34 ff.

⁵⁴⁰ *Markl*, in: Gruter/Rehbinder, Beitrag der Biologie, S. 67 ff.

⁵⁴¹ *Gerrig*, Psychologie, S. 244.

Verhaltensmuster ihre Ausprägung finden können.⁵⁴² Wichtiger als genetische Voraussetzungen sind für die Motivation konkreten menschlichen Verhaltens mithin die gemachten Lernerfahrungen, die mit der Geburt des Individuums beginnen.⁵⁴³

„Lernen ist ein erfahrungsbasierter Prozess, der in einer relativ konsistenten Änderung des Verhaltens oder des Verhaltenspotenzials resultiert“.⁵⁴⁴ Ausgangspunkt für diesen Prozess ist eine Verknüpfung (sogenannte Assoziation) zwischen einem Reiz und einer durch diesen Reiz ausgelösten Reaktion. Eine natürliche Assoziation besteht zwischen einer ungelerten Reaktion (sogenannter Reflex) und einem physiologisch vorgegebenen Reiz, der diese Reaktion auslöst, z. B. zwischen Lichteinfall und Lidschlagreflex.⁵⁴⁵ Durch sogenannte Konditionierung kann eine solche Reaktion mit einem bestimmten Reiz assoziiert werden. Dadurch kann durch Steuerung der Reizgabe eine gewünschte Reaktion ausgelöst oder gegenteilig auch eine unerwünschte Reaktion vermieden werden. Ein Lerneffekt tritt ein.⁵⁴⁶ Dies gilt umso stärker, wenn die Reaktion auch aus Sicht des Individuums als sogenannte Konsequenz angestrebt wird. In diesem Fall erklärt die erzielte Konsequenz die Vornahme des konkreten Verhaltens (sogenanntes Effekt-Gesetz). Man spricht von operanter oder instrumenteller Konditionierung. Die Vornahme dieses Verhaltens kann durch Steigerung der gewünschten Konsequenz-Erwartung positiv wie negativ verstärkt werden, was im Ergebnis dann zu gewünschten Verhaltensmustern im Sinne konkreter Lernerfolge führt. Umweltbedingungen beziehungsweise Umgebungseinflüsse spielen dabei eine gesteigerte Rolle.⁵⁴⁷

⁵⁴² *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 52.

⁵⁴³ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 24 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 239; *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 11; *Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen*, Motivation und Handeln, S. 34 ff.

⁵⁴⁴ *Gerrig*, Psychologie, S. 214.

⁵⁴⁵ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 54; *Gerrig*, Psychologie, S. 217 f.

⁵⁴⁶ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 54 f.; vgl. vertiefend insbesondere: *Gerrig*, Psychologie, S. 219 ff.; *Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen*, Motivation und Handeln, S. 34.

⁵⁴⁷ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 56 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 230 ff.; *Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen*, Motivation und Handeln, S. 34 ff.

Zusätzlich sind zur Erklärung menschlichen Verhaltens komplexere, kognitive Prozesse wie Denken, Erinnern, Wahrnehmen oder Reflektieren zu berücksichtigen.⁵⁴⁸ So sind Menschen etwa in der Lage, Lernerfahrungen aus Beobachtungen und Verhaltensweisen anderer Personen abzuleiten, ohne selbst die Konsequenzen „am eigenen Leib“ erfahren zu haben. Dies wird dann weitergehend als sogenanntes „soziales Lernen“ verstanden.⁵⁴⁹

Neben den bis hierhin beschriebenen persönlichen Faktoren sind situative Einflüsse für die Bildung konkreter menschlicher Motivation entscheidend. „Beides kann nicht voneinander isoliert werden. Personeneffekte sind ohne Situation ebenso wenig denkbar wie Situationseffekte ohne Person.“⁵⁵⁰ Dabei muss zwischen den offenkundigen äußeren Situationseinflüssen und der inneren kognitiven Bewertung dieser Einflüsse durch das Individuum unterschieden werden. Offenkundig für den Angeklagten in der Hauptverhandlung ist insoweit etwa die förmliche Situation der Hauptverhandlung selbst beginnend mit der Architektur des Gerichtsgebäudes und des Verhandlungssaals, der darin aufgebauten Anordnung des Mobiliars, der äußeren Erscheinung der übrigen Verfahrensbeteiligten, aber auch der Art des Auftretens ebendieser sowie des förmlichen Verhandlungsablaufs mitsamt sämtlicher Interaktionen zwischen den Beteiligten. Auf Seiten der inneren kognitiven Bewertung kommen Faktoren wie die eigene Wahrnehmung dieser äußeren Umstände, eigene Erwartungen, die Verknüpfung der Wahrnehmung mit ebendiesen Erwartungen sowie die hieraus resultierenden bewussten und unbewussten Schlussfolgerungen hinzu. Erst diese führen letztlich dazu, dass der offenkundige Situationseinfluss tatsächlich in einem, konkreter Motivation entspringenden Verhalten resultiert.

Bereits die menschliche Wahrnehmung an sich ist ein äußerst komplexer Vorgang zur Herstellung von Relationen zwischen der objektiven Wirklichkeit und der inneren subjektiven Vorstellung des

⁵⁴⁸ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 65 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 244.

⁵⁴⁹ Vgl. vertiefend hierzu: *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 67 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 246 ff.

⁵⁵⁰ Heckhausen/Heckhausen-Heckhausen/Heckhausen, Motivation und Handeln, S. 6.

Individuums.⁵⁵¹ Dieser Vorgang setzt sich im Kern aus drei Schritten zusammen: der sensorischen Erfassung (1), der perzeptuellen Organisation (2) und der Identifikation beziehungsweise Wiedererkennung (3). Erstere beschreibt die Erzeugung neuronaler Impulse durch Stimulationen von Sinnesorganen, was auch als Empfindung verstanden werden kann. Zweitere umfasst die Verknüpfung dieser Empfindung mit bereits vorhandenem Wissen des Individuums. Letztere beinhaltet schließlich die Verleihung von Bedeutung im Sinne einer Interpretation für das Ergebnis der vorgenommenen Verknüpfung. Der gesamte Prozess der Wahrnehmung läuft dabei im Wesentlichen unbewusst ab.⁵⁵²

Schon die Anzahl der zu jeder Zeit auf die Sinnesorgane des Individuums aus der Außenwelt einprasselnden Stimulationen ist derart groß, dass dem menschlichen Organismus eine vollständige Verarbeitung dieser Stimulationen schlichtweg unmöglich ist. Wahrnehmung ist daher immer zugleich auch ein Selektionsprozess, um wesentliche Informationen von unwesentlichen zu trennen. Was der menschliche Organismus dabei als wesentlich und was als unwesentlich klassifiziert, folgt verschiedenen Gesetzen der Wahrnehmungsorganisation.⁵⁵³ So werden etwa Veränderungen der Umgebung oder in bestimmten Abläufen besser wahrgenommen als gleichbleibende Bedingungen.⁵⁵⁴ Eine wichtige Rolle für die Intensität der Wahrnehmung spielt insoweit die Aufmerksamkeit, die das Individuum einem Umgebungseinfluss zu Teil werden lässt. Je mehr Aufmerksamkeit dem Einfluss geschenkt wird, desto wahrscheinlicher ist es, dass dieser innerhalb der Wahrnehmung an Bedeutung gewinnt und damit tatsächlich stärker wahrgenommen wird. Dabei ist es irrelevant, ob diese Aufmerksamkeitszuwendung bewusst oder unbewusst erfolgt.⁵⁵⁵ Auch die psychologische Beschaffenheit des Individuums, seine subjektive Befindlichkeit und der Einfluss von

⁵⁵¹ Vgl. vertiefend die ausführliche Darstellung zur sozialen Wahrnehmung insgesamt bei: *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, Kapitel 9.

⁵⁵² *Gerrig*, Psychologie, S. 128.

⁵⁵³ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 60; *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 138; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 199 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 160.

⁵⁵⁴ *Gerrig*, Psychologie, S. 132.

⁵⁵⁵ *Gerrig*, Psychologie, S. 158.

Emotionen und Affekten sind schließlich für die Qualität der Wahrnehmung von Bedeutung.⁵⁵⁶

Im Rahmen der Verknüpfung der wahrgenommenen Empfindung mit dem bereits vorhandenen Wissen und der abschließenden Interpretation des so gewonnenen Wahrnehmungsergebnisses kommen sodann eigene Erfahrungen, Vorinformationen und Erwartungen des Individuums zum Tragen.⁵⁵⁷ Hier besteht eine unübersehbare Parallele zu dem, bereits im Rahmen der Darstellung der für die Motivation relevanten persönlichen Faktoren erörterten lerntheoretischen Ansatz. Das Wahrnehmungsergebnis setzt sich demnach nicht allein aus einer analytischen Verarbeitung der Empfindung (sogenannte „bottom-up“- oder „datengesteuerte“ Verarbeitung), sondern gleichermaßen aus einer Herleitung von bereits bekannten (erlernten) Hypothesen (sogenannte „top-down“- oder „konzeptgesteuerte“ Verarbeitung) zusammen.⁵⁵⁸ Diese können aufgrund unterschiedlicher individueller Vorerfahrungen erheblich divergieren, sind jedoch in gewissen Umfängen auch verallgemeinerungsfähig.

Verallgemeinerungsfähige, offenkundige Umgebungsreize nimmt der Angeklagte bereits mit dem Betreten des Gerichtsgebäudes wahr, in dem die Hauptverhandlung stattfindet. Befindet er sich gegebenenfalls in Haft, bestehen sogar auf dem Weg zum Gerichtsgebäude schon solche verfahrenstechnisch vorgegebenen Reize in Form von Wahrnehmungen etwa des Transportfahrzeugs, der eingesetzten Sicherungsmaßnahmen oder seiner Behandlung durch das Justizvollzugspersonal. Die Architektur vieler Gerichtsgebäude mutet bis heute häufig besonders herrschaftlich an und weckt gemeinhin Assoziationen zu Adelshäusern und Palästen. Die Sitzanordnung im Verhandlungssaal zwingt den Angeklagten regelmäßig, aus einigem Abstand zu einer erhöhten Position des Richters aufzuschauen und befördert hierdurch die bereits ethologisch vorveranlagte Selbstwahrnehmung unterlegener Stellung. Das

⁵⁵⁶ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 59.

⁵⁵⁷ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 59; *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 143; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 192; *Gerrig*, Psychologie, S. 171.

⁵⁵⁸ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 145; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 192; *Gerrig*, Psychologie, S. 171.

Tragen von Roben der übrigen Verfahrensbeteiligten weckt zudem die Empfindung von Ab- und Ausgrenzung gegenüber dem Angeklagten, die durch den, diesem regelmäßig unbekanntem, formell vorgegebenen Ablauf der Hauptverhandlung zusätzlich unterstützt wird. All diese Umgebungsreize resultieren aus einer bewusst und zweckgerichtet gewählten Veranschaulichung eines Über-Unterordnungsverhältnisses zwischen dem justiziellen Hoheitsapparat einerseits und dem vermeintlichen Delinquenten andererseits, die eine objektive Wahrheitsfindung anhand der Einhaltung der hierfür erlassenen prozessualen Regeln sicherstellen soll, dabei aber sehr wohl auch psychologisch unerwünschte Nebeneffekte wie Angst, Einschüchterung und Teilnahmememmungen beim Angeklagten hervorrufen kann.⁵⁵⁹

Neben den vorbeschriebenen offenkundigen Umgebungsreizen wird der Angeklagte in der Hauptverhandlung mit einer Reihe weniger offensichtlicher, situationsbedingt stark variabler Umgebungsreize konfrontiert, die sein Verhalten jedoch noch deutlich stärker beeinflussen können. Hierzu gehören allen voran solche Umgebungsreize, die sich aus dem Verhalten der übrigen Verfahrensbeteiligten und der Interaktionen mit diesen ergeben. Wie der Angeklagte solche Reize interpretiert, hängt maßgeblich von seiner eigenen Erwartungshaltung und seinem sozialen Rollenverständnis in der Situation der Hauptverhandlung ab. Die Hauptverhandlung ist insoweit als Situation mit eigenen expliziten sowie impliziten Regeln zu verstehen, in der der Angeklagte eine bestimmte soziale Rolle einnimmt, was bedeutet, dass von ihm ein sozial vordefiniertes Verhaltensmuster erwartet wird.⁵⁶⁰ Dieses beinhaltet neben der Befolgung der expliziten prozessrechtlichen Vorgaben zum formellen Ablauf insbesondere die Erwartung, „daß er sich ehrerbietig gegenüber dem Gericht gibt und anständiges Benehmen während der Hauptverhandlung zeigt“.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 45 ff.; *Dürkop*, Der Angeklagte, S. 35; *Hauptmann*, Psychologie für Juristen – Kriminologie für Psychologen, S. 19 ff.

⁵⁶⁰ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 411; *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, S. 517; *Gerrig*, Psychologie, S. 655.

⁵⁶¹ *Dürkop*, Der Angeklagte, S. 39.

In der sozialpsychologischen Forschung wurde vielfach belegt, dass die Einnahme einer sozialen Rolle dazu führt, dass sich der Einnehmende mit der an ihn gerichteten Erwartungshaltung identifiziert und sich dieser entsprechend konform verhält.⁵⁶² Dies wird einerseits mit dem Bedürfnis, sich in der konkreten Situation richtig zu verhalten und die richtige Handlungsweise zu verstehen (= Informationseinfluss) sowie andererseits mit dem Bedürfnis, von anderen gemocht, akzeptiert und geschätzt zu werden (= Normeinfluss), erklärt.⁵⁶³

Wesentliche Voraussetzung ist insoweit allerdings, dass der Einnehmende seine soziale Rolle und die, mit dieser verbundene Erwartungshaltung zunächst überhaupt versteht. In Bezug auf die Situation des Angeklagten vor Gericht hat *Dürkop*⁵⁶⁴ hierfür treffend den Begriff der „Prozesskompetenz“ verwendet. Unter diesem versteht sie „Kenntnisse und Fähigkeiten zur Anwendung der Vorschriften [...], die Rechte und Pflichten festlegen.“ Inwieweit dem Angeklagten diese Rechte und Pflichten bekannt seien und er mit ihnen umzugehen vermöge, zeige sich an seinem strategischen Verhalten. Als Voraussetzungen für Prozesskompetenz benennt *Dürkop*⁵⁶⁵ „Kenntnisse prozessualer Normen, Geld zur Bezahlung eines Verteidigers und die Fähigkeit, sprachliche Symbole des Gerichtes antizipieren zu können und sich selbst auszudrücken.“ Auf Kenntnisse des Angeklagten von prozessualen Normen wurde bereits ausführlich eingegangen.⁵⁶⁶ Ebenso wurden die finanziellen Aspekte bei der Heranziehung eines (Wahl)Verteidigers bereits umfassend erläutert.⁵⁶⁷ Die sprachlichen Antizipations- und Ausdrucksfähigkeiten des Angeklagten wurden bis hierhin jedoch noch nicht näher betrachtet. Diese sind allerdings umso wichtiger, soweit es dem

⁵⁶² Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung des „Stanford Prison Experiment“ bei: *Asch*, in: Guetzkow, *Groups, Leadership and Men*, S. 177 ff.; *Sherif*, in: Woodworth, R. S., *Archives of Psychology*, 187; *Zimbardo*, *The Lucifer Effect*.

⁵⁶³ *Effer-Uhe/Mohnert*, *Psychologie für Juristen*, Rn. 413; *Gerrig*, *Psychologie*, S. 659.

⁵⁶⁴ *Dürkop*, *Der Angeklagte*, S. 51.

⁵⁶⁵ *Dürkop*, *Der Angeklagte*, S. 51 f.

⁵⁶⁶ Vgl. hierzu bereits: 2. Teil, C. V. 1.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu bereits: 2. Teil, C. IV. 1.

Angeklagten an eigenen Normkenntnissen und der Vertretung durch einen Verteidiger mangelt.⁵⁶⁸

*Dürkop*⁵⁶⁹ geht insoweit zusammenfassend davon aus, dass Angeklagte häufig nicht in der Lage seien, sich vor Gericht angemessen auszudrücken und dem Abstraktionsniveau der Hauptverhandlung zu folgen. Dies sei im Wesentlichen darin begründet, dass vor Gericht eine eigene „Spezialsprache“ verwendet werde, die von juristisch ausgebildeten Experten entwickelt und angewendet würde, die sich dem juristisch ungebildeten Laien jedoch nur schwer erschließe. Ohne Zweifel wird man davon ausgehen dürfen, dass juristische Fachtermini ähnlich solcher der Natur- oder sonstigen Geisteswissenschaften ohne Vorbildung kaum adäquat verstanden, geschweige denn verwendet werden können. Auch wird man nicht annehmen dürfen, dass sich ein Angeklagter das korrekte Verständnis und die korrekte Verwendung, welche üblicherweise über Jahre des rechtswissenschaftlichen Studiums erworben und ausgebildet werden, innerhalb des verhältnismäßig kurzen Zeitrahmens einer gerichtlichen Hauptverhandlung aneignet. Dies wird umso mehr gelten, berücksichtigt man, dass Richter, Staats- und Rechtsanwälte in der Regel anderen sozialen Bildungsschichten entstammen als die Angeklagten im Bereich der breiten Massen- und Alltagskriminalität.

Fehlen dem Angeklagten demnach regelmäßig die sprachlichen Antizipations- und Ausdrucksfähigkeiten, um die Hauptverhandlung richtig erfassen und beeinflussen zu können, liegt es auf der Hand, dass er auch die an ihn gerichtete Erwartungshaltung nur schwer interpretieren kann. Dies kann in letzter Konsequenz dazu führen, dass er sich „falsch“ im Sinne dieser Erwartungshaltung verhält. Bevor es dazu kommt, wird er jedoch versuchen, sich in der für ihn mehrdeutigen Situation am Verhalten der anderen Beteiligten zu orientieren, soweit er dieses als situationsangemessen bewerten kann.⁵⁷⁰ Dabei wird er am ehesten dasjenige Verhalten als entsprechend bewerten, das von der aus seiner Sicht kompetentesten Person gezeigt wird. Dies wird wiederum regelmäßig die

⁵⁶⁸ *Dürkop*, *Der Angeklagte*, S. 60.

⁵⁶⁹ *Dürkop*, *Der Angeklagte*, S. 65 ff.

⁵⁷⁰ *Aronson/Wilson/Akert*, *Sozialpsychologie*, S. 262.

Autoritätsperson der jeweiligen Situation, in der Hauptverhandlung also der vorsitzende Richter sein.⁵⁷¹ Informations- und Normeinfluss können dann im Ergebnis dazu führen, dass der Angeklagte entgegen der eigenen Überzeugung ein Verhalten an den Tag legt, das er als vom Richter gewünscht erachtet.⁵⁷² Diese Interpretation muss zum einen jedoch nicht zwingend richtig sein und zum anderen erst recht nicht zwingend auch zum eigenen Vorteil des Angeklagten gereichen. So kann der Angeklagte sich etwa gehalten fühlen, auf die Fragen des Vorsitzenden zu antworten, weil er in der Kommunikationssituation der Hauptverhandlung davon ausgeht, dass an ihn eine entsprechende Erwartungshaltung gerichtet wird und ein Schweigen als unhöflich erachtet würde.⁵⁷³ Unbekannt bleibt für den Angeklagten zudem, aus welcher konkreten Motivation sich das Verhalten des Vorsitzenden selbst begründet. Dieser kann etwa aufgrund der Vorbefassung mit der Anklage seine eigene Erwartungshaltung schon vorab näher definiert haben.⁵⁷⁴ Für den Staatsanwalt gilt dies ohnehin.

Insgesamt ist die Situation der Hauptverhandlung aus der Sicht des Angeklagten damit von einer Vieldeutigkeit geprägt, die ihm die vollständige und „richtige“ Erfassung der von ihm erwarteten Verhaltensweisen nahezu unmöglich macht und ihn dementsprechend mit einer Verhaltensunsicherheit zurücklässt, die einer Ohnmacht gegenüber dem ihm vorgestellten Machtapparat gleichkommt. Diese Verhaltensunsicherheit hat *Dürkop*⁵⁷⁵ plakativ als „forensische Befangenheit“ bezeichnet, die im schlimmsten Fall nachteilige Folgen bei der Beurteilung des unterbreiteten Strafvorwurfs für den Angeklagten nach sich ziehen kann.⁵⁷⁶ Sie ist zugleich als ein Zustand gleichgewichtsstörender

⁵⁷¹ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 424; *Gerrig*, Psychologie, S. 667.

⁵⁷² *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 424 ff.; *Gerrig*, Psychologie, S. 667; beide unter Verweis auf *Milgram*, in: A. P. A., *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, S. 371 ff.

⁵⁷³ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 412 m. w. N.

⁵⁷⁴ *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 143; *Gerrig*, Psychologie, S. 173.

⁵⁷⁵ *Dürkop*, *Der Angeklagte*, S. 9, 11.

⁵⁷⁶ Vgl. *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, *Forensische Psychologie*, S. 46.

subjektiver Überforderung zu verstehen, die akuten Stress⁵⁷⁷ auslöst und sowohl Leistungsfähigkeit als auch Willensstärke herabsetzt.⁵⁷⁸

In dieser vieldeutigen, vom Angeklagten kaum vollständig „richtig“ zu erfassenden Stresssituation der Hauptverhandlung wird ihm gegenüber Mitangeklagten nun also ein mittelbares Fragerecht eingeräumt, das er im Falle eines fehlenden Verteidigers über den Vorsitzenden ausüben müsste und das im Übrigen entzogene unmittelbare Fragerecht ersetzen soll. Der Ausdruck „müsste“ ist hierbei bewusst gewählt, da sich nach alledem die Schlussfolgerung aufdrängt, dass sich die Ausübung dieses Rechts aus Sicht des Angeklagten keinesfalls als eine Hilfestellung zur eigenen Verteidigung oder gar als positiver Ausweg aus der eigenen Ohnmachtssituation darstellt, sondern vielmehr als nahezu ironisch anmutende zusätzliche Belastung, die er nur zu gerne vermeiden wollen. Oder würden Sie in einer für Sie unbekanntem Stresssituation, deren Regeln und Konsequenzen Sie nicht vollständig erfassen, nach vorn treten und das Heft des Handelns übernehmen, sich gar in die Gefahr einer Konfrontation mit der eingesetzten Autorität begeben?!

Selbst wenn ein solcher Wille beim Angeklagten grundsätzlich vorhanden wäre, bliebe die Frage, ob er überhaupt dazu in der Lage wäre, das mittelbare Fragerecht adäquat auszuüben.

„Vernehmungen sind kommunikationspsychologisch betrachtet ein ungewöhnliches Ereignis für die Auskunftsperson, [bei dem es wichtig ist,] dass die Vernehmungsperson sich kompetent in der Verfolgung des Vernehmungsziels verhält. Kommunikative und interaktive Fertigkeiten sind zu komplex, um sie sich allein über „learning by doing“ oder „Lernen am Modell eines erfahrenen Kollegen“ anzueignen, vielmehr ist es erforderlich, sich mit den empirischen Erkenntnissen auseinanderzusetzen, die dazu existieren, und sich fachlich fundierte Vernehmungsstandards zu eigen zu machen.“⁵⁷⁹

Konkret verlangt eine adäquate Befragung dementsprechend eine ausreichende Vorbefassung und Vorbereitung, ein angemessenes eigenes Verhalten im Umgang mit der Auskunftsperson sowie eine gezielte

⁵⁷⁷ Zum Thema „Stress“ vgl. ausführlich die vertiefende Darstellung bei: Gerrig, Psychologie, S. 472 ff.

⁵⁷⁸ Heckhausen/Heckhausen-Kuhl, Motivation und Handeln, S. 402.

⁵⁷⁹ Effer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen, Rn. 293 m. w. N.

Anwendung von Fragetechnik und Fragetaktik.⁵⁸⁰ Dass diese in Verfolgung des Zwecks eigener Verteidigung gegenüber einem Mitangeklagten gänzlich anders gestaltet werden muss, als die richterliche Befragung von Angeklagten, Zeugen oder Sachverständigen, die ausschließlich zum Zweck der Wahrheitsfindung erfolgt, erschwert die Ausübung des mittelbaren Fragerechts noch weiter. Hier wird vom Angeklagten im Vergleich mit der richterlichen Befragung der Verfahrensbeteiligten letztlich eine Mehrleistung verlangt, die dieser aufgrund seiner Laienstellung auch in Bezug auf Vernehmungsgesichtspunkte nicht zu leisten im Stande sein kann.

Abschließend ist daher festzuhalten, dass das mittelbare Fragerecht unter Berücksichtigung psychologischer Faktoren für den Angeklagten über den Vorsitzenden faktisch kaum auszuüben ist. Folgt man sozialpsychologischer Verhaltensforschung unter Berücksichtigung persönlicher und situativer Einflüsse auf die Motivation des Individuums, kommt man nicht umhin, im Ergebnis festzustellen, dass der Angeklagte mit der Ausübung dieses Rechts nicht nur völlig überfordert wäre, sondern tatsächlich regelrecht von einer Ausübung abgehalten wird.

VI. Zusammenfassung: Relevanz insbesondere bei Verfahren von Massen- und Alltagskriminalität vor den Strafrichtern der Amtsgerichte

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Grundannahme, dass das mittelbare Fragerecht dem Angeklagten gegenüber Mitangeklagten uneingeschränkt zur Verfügung steht und vorbehaltlos ausgeübt werden kann, unzutreffend ist. Insbesondere, wenn der Angeklagte in einer für die gerichtliche Entscheidung auf irgendeine Art bedeutsamen Weise von seinem mittelbaren Fragerecht Gebrauch machen will und dabei keiner umfassenden Ausübung des Schweigerechts eines Mitangeklagten begegnet, wird eine verfassungsgemäße Ausübbarkeit

⁵⁸⁰ Vgl. hierzu die ausführliche Erläuterung anhand der Thematik der Zeugenvernehmung bei *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, Rn. 295 ff.; vgl. zudem auch: *Dettenborn/Fröhlich/Szewczyk*, Forensische Psychologie, S. 71.

regelmäßig nur gewährleistet, wenn er durch einen Verteidiger vertreten ist. Die durch das BVerfG⁵⁸¹ weitergehend dargelegte Möglichkeit der Ausübung über den Vorsitzenden muss nach den hier gewonnenen Erkenntnissen als gänzlich unzureichend angesehen werden. Sie stellt allenfalls eine theoretische Option dar, die jedoch praktisch sowohl aus rechtlichen als auch psychologischen Gesichtspunkten vollständig ins Leere geht. Faktisch enthält § 240 Abs. 2 S. 2 StPO daher entgegen den Ausführungen des BVerfG sehr wohl eine Einschränkung des Fragerechts an sich, da die Beschränkung auf die Möglichkeit der mittelbaren Befragung eines Mitangeklagten dieses jedenfalls in Fällen, in denen der Angeklagte nicht durch einen Verteidiger vertreten ist, gänzlich aushöhlt.

In der Folge verblieben damit weite Teile der regelmäßig vor den Strafrichtern der Amtsgerichte verhandelten Massen- und Alltagskriminalitätsverfahren mit einer tatsächlichen Entziehung des Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten, die mit dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör nicht vereinbar wäre, sofern diese Entziehung nicht in irgendeiner Art und Weise kompensiert würde.⁵⁸² Ohne solche Kompensation würden Angeklagte in den hier herausgearbeiteten Verfahren mit Mitangeklagten ansonsten ersatzlos schlechter gestellt und könnten im Ergebnis allein aufgrund von Aussagen ihrer Mitangeklagten verurteilt werden, ohne dass ihnen hiergegen das Abwehrinstrument des Fragerechts insgesamt zustünde. Die Annahme, dass dies noch mit dem Recht auf ein faires Verfahren und dem Anspruch auf rechtliches Gehör in Einklang zu bringen sei, wäre auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nicht mehr zu halten. § 240 Abs. 2 S. 2 StPO wäre damit in diesen Fällen insgesamt als verfassungswidrig einzustufen. Ob es allerdings eine Kompensation für die Entziehung gibt, die die Verfassungsmäßigkeit doch noch gewährleistet und wie diese gegebenenfalls rechtlich sichergestellt wird, soll im nachfolgenden dritten Teil dieser Arbeit untersucht werden.

⁵⁸¹ BVerfG, NJW 1996, 3408.

⁵⁸² Vgl. bereits: 1. Teil, A. III. und 1. Teil, D.

3. Teil: Kompensatorische Lösung zur Gewährleistung verfassungsrechtlicher Vorgaben

Das Recht auf ein faires Verfahren verlangt, dass das Verfahren in seiner Gesamtheit fair abläuft.⁵⁸³ Allein der festgestellte Entzug des Fragerechts kann einen Verstoß gegen diesen Grundsatz und eine dementsprechende Verfassungswidrigkeit daher nicht rechtfertigen. Vielmehr ist es zusätzlich erforderlich, dass dieser Entzug in der Gesamtschau nicht kompensiert wird. Um eine solche Kompensation zu erreichen, sind grundsätzlich verschiedene Maßnahmen denkbar. Zahlreiche Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur wollen diese mit einem generellen Beweisverwertungsverbot erreichen.⁵⁸⁴ Hierdurch würde eine Verurteilung des Angeklagten allein auf Basis einer belastenden Aussage eines Mitangeklagten ausgeschlossen. Der BGH hat sich der Annahme eines Beweisverwertungsverbots jedoch nicht angeschlossen, sondern seinerseits die sogenannte „Beweiswürdigungslösung“ entwickelt, um die Beeinträchtigung von Verteidigungsrechten des Angeklagten zu entschärfen.⁵⁸⁵ Im Nachfolgenden soll diese Lösung näher betrachtet und im Hinblick auf das verfolgte Ziel abschließend bewertet werden. Auf eine nähere Auseinandersetzung mit dem Bereich der Beweisverwertungsverbote wird dabei bewusst verzichtet. Insoweit wird auf die bereits zahlreich vorhandene juristische Literatur verwiesen.⁵⁸⁶

⁵⁸³ EGMR, NJW 2003, 2297 (2298); NJW 2006, 3117; NJW 2010, 213 (215); BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111); 64, 135 (145); 70, 297 (308); 86, 288 (317); 122, 248 (270 f.); 133, 168 (200); *Jahn*, ZStW 2015, 549 (591 f.).

⁵⁸⁴ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (206 f.); *Eisele*, JR 2004, 12 (17); *Fezer*, JZ 2001, 363 f.; *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 190 ff.; *Kunert*, NStZ 2001, 217 f.; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (129 ff.); *Sowada*, NStZ 2005, 1 (6 f.); *Stetten*, FS Beulke, S. 1053 (1059).

⁵⁸⁵ BGHSt 17, 382 (388); 46, 93 (103); BGH, NStZ-RR 2005, 321; NStZ 2007, 166; NStZ 2010, 410 (411); NStZ 2018, 51 (52 f.).

⁵⁸⁶ Vgl. insoweit exemplarisch statt Vieler: *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess; *Löwe/Rosenberg-Gössel*, Einl. Abschn. L.

A. Die Beweiswürdigungslösung des BGH

Erstmals umfassend erläuterte der 1. Strafsenat des BGH die Beweiswürdigungslösung im Rahmen der Urteilsgründe zu einem Revisionsurteil vom 25.07.2000.⁵⁸⁷ Dem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Angeklagte vom Landgericht Ravensburg wegen verschiedener Sexualdelikte zum Nachteil seiner Tochter zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt worden war. Die Verurteilung hatte das Landgericht dabei maßgeblich auf die Ausführungen der Geschädigten gestützt, die diese zu Beginn des Ermittlungsverfahrens im Rahmen ihrer Vernehmung vor dem Ermittlungsrichter abgegeben hatte. An dieser Vernehmung hatte jedoch weder der Angeklagte noch ein Verteidiger teilgenommen. Im weiteren Verlauf des Verfahrens hatte die Geschädigte sodann von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Ihre Aussage wurde vom Landgericht deshalb im Wege der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Zeuge vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt und letztlich zur Verurteilungsgrundlage gemacht. Eine Möglichkeit zur konfrontativen Befragung der Belastungszeugin hatte der Angeklagte im gesamten Verfahren nicht.

Der 1. Strafsenat stellte zunächst fest, dass die unterbliebene Bestellung eines (Pflicht)Verteidigers vor der ermittelungsrichterlichen Vernehmung der Belastungszeugin das Fragerecht der Verteidigung beeinträchtigt hatte. Dies führte seines Erachtens nach jedoch nicht dazu, dass die Einführung ihrer Aussage mittels Vernehmung des Ermittlungsrichters einem Verwertungsverbot unterlegen hätte. Vielmehr sei es sachgerechter, die Angaben des Ermittlungsrichters vor dem Hintergrund eines geminderten Beweiswertes im Rahmen der Beweiswürdigung besonders strengen Beweis- und Begründungsanforderungen zu unterwerfen.⁵⁸⁸ Dabei könne eine Feststellung auf die Angaben des Ermittlungsrichters nur dann gestützt werden, wenn diese durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt würden. Der 1. Strafsenat verglich den Sachverhalt insoweit mit dem eines „im

⁵⁸⁷ BGHSt 46, 93.

⁵⁸⁸ BGHSt 46, 93 (103).

Dunkel bleibenden“ anonymen Zeugen.⁵⁸⁹ Auch in diesem Fall hatte der 3. Strafsenat des BGH bereits im Jahr 1962 ein Verwertungsverbot abgelehnt und stattdessen eine Beweiswürdigungslösung in Form „sorgfältigster Überprüfung der von den Vernehmungsbeamten wiedergegebenen Aussagen“ angewandt.⁵⁹⁰ Das BVerfG hat diese Beweiswürdigungslösung als grundsätzlich verfassungsgemäß anerkannt.⁵⁹¹

Mit Beschluss vom 17.03.2010 thematisierte der 2. Strafsenat des BGH die Beweiswürdigungslösung erneut und konkretisierte die Anforderungen unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 25.07.2000 sowie die Anerkenntnisentscheidung des BVerfG differenzierend danach, ob die Beeinträchtigung des Fragerechts der Justiz zuzurechnen sei oder nicht.⁵⁹²

„Eine Nichtgewährung des Befragungsrechts führt aber nicht ohne weiteres zur Unverwertbarkeit der belastenden Aussage; vielmehr kommt es darauf an, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung den Geboten der Verfahrensfairness genügt. Hierbei ist es von erheblicher Bedeutung, ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Möglichkeit zur konfrontativen Befragung hatte und dies auch nicht durch kompensierende Maßnahmen (z. B. Videovernehmung; Anwesenheit zumindest des Verteidigers bei der Zeugenbefragung) ausgeglichen wurde, der Justiz zuzurechnen ist oder auf Gründen außerhalb des Einfluss- und Zurechnungsbereichs der Strafverfolgungsbehörden beruht. Im ersteren Fall folgt aus der Zurechenbarkeit des Verstoßes gegen den Fairnessgrundsatz zwar kein grundsätzliches Verwertungsverbot; jedoch sind an die Beweiswürdigung in diesem Fall besonders hohe Anforderungen zu stellen. Dies schließt es regelmäßig aus, die Verurteilung des Angeklagten allein auf die Aussage der betreffenden Belastungszeugen zu stützen; diese kann vielmehr nur dann Grundlage einer Verurteilung sein, wenn sie durch andere, gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt wird. Nicht erforderlich ist, dass diese weiteren Beweisergebnisse schon für sich allein die Verurteilung tragen und die betreffende Zeugenaussage daher nur noch „bestätigenden“ Charakter hat. Wenn die Unmöglichkeit konfrontativer Befragung der Justiz nicht zuzurechnen ist, kann eine Verurteilung auf die Aussage des Zeugen bei äußerst sorgfältiger Würdigung gestützt werden, wenn sie nicht einzig und allein auf dieser Aussage beruht.“

⁵⁸⁹ BGHSt 46, 93 (105).

⁵⁹⁰ BGHSt 17, 382 (388).

⁵⁹¹ BVerfG, NJW 2010, 925 (926).

⁵⁹² BGH, NStZ 2010, 410 (411).

Nur bei einer der Justiz vorwerfbaren Beeinträchtigung des Fragerechts sollte damit für eine Verurteilung des Angeklagten weiterhin die strikte Anforderung zusätzlicher, gewichtiger Gesichtspunkte außerhalb der Zeugenaussage gelten, die diese bestätigen mussten, während bei einer nicht von der Justiz zu vertretenden Beeinträchtigung bereits eine äußerst sorgfältige Beweiswürdigung für ausreichend erklärt wurde.

Diese Differenzierung hob der 3. Strafsenat des BGH zuletzt mit Urteil vom 04.05.2017⁵⁹³ jedoch unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des EGMR vom 15.12.2015⁵⁹⁴ wieder auf und stellte im Rahmen eines obiter dictums fest:

„Die nach der Beweiswürdigungslösung vorzunehmende Differenzierung danach, ob die fehlende Befragungsmöglichkeit des Zeugen durch den Angeklagten oder dessen Verteidiger der Justiz vorwerfbar ist, ist für die vom Gericht zu klärende Frage, ob die Angaben des Zeugen als zuverlässig anzusehen sind, ohne Wert. Verfahrensfairness und Beweiswert eines Beweismittels sind nicht identisch, auch wenn sie im Einzelfall von denselben tatsächlichen Umständen beeinflusst sein können. In tatsächlicher Hinsicht ist die Minderung des Beweiswerts einer Aussage allein auf den Umstand der fehlenden Befragung als solche zurückzuführen. Auch bei mangelnder Verantwortlichkeit der Justiz für die Beschränkung der Verteidigungsrechte des Angeklagten [...] hat das Tatgericht dies in seine Würdigung einzustellen. Andererseits kann es nicht überzeugen, normativ die Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Gerichts zu erhöhen, weil den Strafverfolgungsbehörden oder dem Gericht ein Vorwurf hinsichtlich der dem Angeklagten nicht möglichen Befragung des Zeugen zu machen ist. Dies widerspricht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) und lässt zudem außer Betracht, dass das Maß an Justizverantwortlichkeit unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann.“

In der vom 3. Strafsenat in Bezug genommenen Entscheidung des EGMR vom 15.12.2015 hatte dieser zuvor seine zur Prüfung eines Verstoßes gegen die EMRK entwickelte „3-Stufen-Theorie“ relativiert und klargestellt, dass bei der Prüfung eines Konventionsverstoßes nach Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. d EMRK die verschiedenen Prüfungsstufen nicht aufeinander aufbauten und dementsprechend in einer unveränderbar strikten Abfolge zu prüfen seien, sondern stets eine Gesamtbetrachtung dahingehend vorzunehmen sei, ob das Verfahren insgesamt fair

⁵⁹³ BGH, NStZ 2018, 51 (54).

⁵⁹⁴ EGMR, NJOZ 2017, 544.

abgelaufen ist. Zu diesem Zweck sei es zwar grundsätzlich angemessen, die drei Prüfschritte in der festgelegten Reihenfolge zu prüfen, es könne im Einzelfall aber ebenso angemessen sein, die Kriterien in einer anderen Reihenfolge zu prüfen, insbesondere wenn eines besonders aussagekräftig für die Feststellung sei, ob das Verfahren fair gewesen ist oder nicht. Im Ergebnis könne eine Verurteilung damit im Einzelfall auch dann konventionsrechtlich unbedenklich sein, wenn das einzige oder maßgebliche Beweismittel, auf dem sie beruhe, die Aussage eines Zeugen darstelle, den der Angeklagte nicht befragen oder befragen lassen konnte.⁵⁹⁵

Die dieser Klarstellung zugrunde gelegte 3-Stufen-Theorie hatte der EGMR in einer Entscheidung vom 15.12.2011 anhand eines Falles aufgestellt, in welchem die Aussage eines in der Hauptverhandlung nicht erschienenen und nicht konfrontativ befragten Zeugen als Beweismittel für die Verurteilung des Angeklagten herangezogen wurde.⁵⁹⁶ Die Theorie statuierte Voraussetzungen, unter denen die Verwendung einer solchen Zeugenaussage generell zulässig sein konnte. Danach war auf einer ersten Stufe zunächst zu prüfen, ob ein triftiger Grund vorlag, der das Nichterscheinen des Zeugen und folglich die Zulassung seiner Aussage als Beweismittel rechtfertigte,⁵⁹⁷ auf einer zweiten Stufe sodann, ob die Aussage des abwesenden Zeugen die einzige oder zumindest entscheidende Grundlage für die Verurteilung war,⁵⁹⁸ und schließlich auf einer dritten Stufe, ob es ausgleichende Faktoren gab, insbesondere strenge Verfahrensgarantien, die ausreichten, um die Schwierigkeiten auszugleichen, die der Verteidigung durch die Zulassung eines solchen Beweismittels verursacht wurden und um die Fairness des Verfahrens insgesamt sicherzustellen.⁵⁹⁹

Die Anwendung der 3-Stufen-Theorie hatte allerdings in der Folge aufgrund unterschiedlicher Handhabungen des EGMR zu

⁵⁹⁵ EGMR, NJOZ 2017, 544 (548).

⁵⁹⁶ EGMR, Urteil vom 15.12.2011 – 26766/05, 22228/26, BeckRS 2011, 142771.

⁵⁹⁷ EGMR, Urteil vom 15.12.2011 – 26766/05, 22228/26, BeckRS 2011, 142771 Rn. 119 ff.

⁵⁹⁸ EGMR, Urteil vom 15.12.2011 – 26766/05, 22228/26, BeckRS 2011, 142771 Rn. 119, 126 ff.

⁵⁹⁹ EGMR, Urteil vom 15.12.2011 – 26766/05, 22228/26, BeckRS 2011, 142771 Rn. 147.

Rechtsunsicherheiten geführt: So prüfte der EGMR in einigen Fällen die Fairness des Verfahrens insgesamt anhand der drei Prüfungsschritte,⁶⁰⁰ in anderen Fällen ließ er das Fehlen eines triftigen Grundes zur Rechtfertigung des Nichterscheinens eines Zeugen ausreichen, um eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 lit. d EMRK festzustellen,⁶⁰¹ und in wieder anderen Fällen wählte er einen flexiblen Ansatz, nach welchem das Fehlen eines triftigen Grundes zwar als ein entscheidender Gesichtspunkt zur Feststellung eines Fairnessmangels angesehen werden sollte, dies aber wiederum nicht galt, sofern die Aussage des abwesenden Zeugen für den Ausgang des Verfahrens offensichtlich irrelevant war.⁶⁰² Weitere Unsicherheiten ergaben sich zudem hinsichtlich der Auslegung des Gewichts der Zeugenaussage und bezüglich der Frage, wann ausgleichende Faktoren als ausreichend angesehen werden konnten.⁶⁰³

Mit seinen Klarstellungen im Rahmen der Entscheidung vom 15.12.2015⁶⁰⁴ hat der EGMR versucht, diese Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Inwieweit dies tatsächlich gelungen ist, wird die weitere Rechtsprechungsentwicklung zeigen. Bereits an dieser Stelle bleibt jedoch festzuhalten, dass die Klarstellung, dass die verschiedenen Prüfungsstufen der 3-Stufen-Theorie nicht aufeinander aufbauen, sondern insoweit stets eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist, dazu führt, dass die Annahme, dass Aussagen von Belastungszeugen, die vom Angeklagten nicht konfrontativ befragt werden konnten, nur dann zur Verurteilungsgrundlage gemacht werden können, wenn sie durch

⁶⁰⁰ EGMR, Urteil vom 03.05.2012 – 23880/05, BeckRS 2012, 221167; Urteil vom 11.12.2012 – 3653/05, BeckRS 2012, 217193; Urteil vom 25.04.2013 – 27100/03, BeckRS 2013, 203419; Urteil vom 15.10.2013 – 33882/05, BeckRS 2013, 201991.

⁶⁰¹ EGMR, Urteil vom 11.07.2013 – 2775/07, BeckRS 2013, 202729 Rn. 105 ff.; *Nikolitsas vs. Greece*, no. 63117/09, Urteil vom 03.07.2014, Rn. 35.

⁶⁰² EGMR, Urteil vom 25.07.2013 – 11082/06, BeckRS 2013, 202699; Urteil vom 23.09.2014 – 17362/03, BeckRS 2014, 130597; Urteil vom 16.10.2014 – 20077/04, BeckRS 2014, 129532.

⁶⁰³ EGMR, Urteil vom 17.04.2012 – 43609/07, BeckRS 2012, 217131; Entscheidung vom 16.10.2012 – 18743/06, BeckRS 2012, 219636; Urteil vom 25.10.2012 – 18027/05, BeckRS 2012, 219461; Urteil vom 06.11.2012 – 25133/06, BeckRS 2012, 218558; Urteil vom 19.02.2013 – 61800/08, BeckRS 2013, 203896; *Garofolo vs. Switzerland*, no. 4380/09, Entscheidung vom 02.04.2013; *Matytsina vs. Russia*, no. 58428/10, Urteil vom 27.03.2014; *Horncastle and others vs. The United Kingdom*, no. 4184/10, Urteil vom 16.12.2014.

⁶⁰⁴ EGMR, NJOZ 2017, 544.

außerhalb der Aussagen liegende, gewichtige Gesichtspunkte bestätigt werden, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann.⁶⁰⁵ Der 3. Strafsenat führt im Rahmen seiner Entscheidung vom 04.05.2017 insoweit dann auch abschließend aus:

„Vor diesem Hintergrund könnte zu erwägen sein, das starre Postulat, wonach die Angaben durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden müssen, auch in den Fällen der von der Justiz zu verantwortenden fehlenden Konfrontationsmöglichkeit aufzugeben. Vielmehr sollte die – regelmäßig über Beweismittelsurrogate eingeführte – Aussage zunächst aus sich heraus zu würdigen sein, wobei die mit der unterbliebenen Konfrontationsmöglichkeit einhergehenden (abstrakten) Auswirkungen auf die Glaubhaftigkeitskriterien in den Blick zu nehmen wären. Sodann könnte anhand der allgemeinen Grundsätze zu würdigen sein, welcher Beweiswert den Angaben trotz dieser Einschränkungen zukommt. In die Würdigung sollte zudem eingestellt werden, ob und in welchem Maße die Aussage durch andere Beweismittel bestätigt wird. Seine Erwägungen sollte das Tatgericht – insoweit in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht – in den Urteilsgründen in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise darlegen, die sich insbesondere nicht darin erschöpfen dürfte, lediglich die rechtlichen Grundsätze zu zitieren oder in pauschaler Form zu bejahen. Verbleibenden Zweifeln könnte durch die Anwendung des Zweifelssatzes Rechnung getragen werden.“⁶⁰⁶

Die Beweiswürdigungslösung verlangt nach dem nunmehrigen Verständnis des BGH damit unabhängig von der justiziellen Verantwortlichkeit einer Beeinträchtigung des Fragerechts des Angeklagten in keinem Fall mehr zwingend, dass die Aussage eines Belastungszeugen, die zur Verurteilungsgrundlage gemacht wird, durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Zeugenaussage bestätigt wird. Vielmehr soll eine an der Rechtsprechung des EGMR orientierte sorgfältige Beweiswürdigung die Verurteilung des Angeklagten grundsätzlich auch allein auf Basis einer Belastungszeugenaussage ermöglichen. Zwar wird man eine solche besonders sorgfältige Beweiswürdigung danach regelmäßig mit der Bestätigung durch weitere Indizien verbinden, fehlen solche weiteren Indizien, kommt man aber nicht umhin,

⁶⁰⁵ Vgl. insoweit übereinstimmend auch: BGH, NStZ 2018, 51 (52 f.), wobei der 3. Strafsenat noch relativ zurückhaltend anmerkt, dass die neuere Rechtsprechung des EGMR Anlass dazu gebe, diese Grundsätze zu überdenken.

⁶⁰⁶ BGH, NStZ 2018, 51 (52 f.).

festzustellen, dass die Aussage eines Mitangeklagten selbst als einziges belastendes Beweismittel gegen den Angeklagten grundsätzlich geeignet sein kann, dessen Verurteilung zu tragen.

B. Die Kritik an der Beweiswürdigungslösung

Bereits seit ihrer erstmaligen Erläuterung sieht sich die Beweiswürdigungslösung erheblicher Kritik ausgesetzt. Diese Kritik hat sich im Laufe der vorstehend skizzierten Rechtsprechungsentwicklung ebenso wie die Beweiswürdigungslösung selbst weiterentwickelt und ist steter Bestandteil juristischer Diskussion.

Ein maßgeblicher Einwand gegen die Beweiswürdigungslösung ist, dass selbst eine noch so sorgfältige Beweiswürdigung als reaktive Maßnahme nicht geeignet sein könne, die Beeinträchtigung der Verteidigung durch den Entzug des Fragerechts zu kompensieren.⁶⁰⁷ Dies liege darin begründet, dass der Entzug des Fragerechts auf der Ebene der Beweiserhebung stattfinde, während die besonders sorgfältige Beweiswürdigung erst an diese Beweiserhebung anschließe. Der „Makel“ im Rahmen der Beweiserhebung könne aber durch eine wie auch immer geartete Würdigung des so gewonnenen Beweises nicht mehr beseitigt werden. Dies würde die strikte Trennung zwischen den Stufen der formalisierten Beweiserhebung und -verwertung einerseits und der freien Beweiswürdigung andererseits ignorieren. Mit der Beweiserhebung unter Entziehung des Fragerechts liege jedoch eine Beeinträchtigung vor, die auf der Stufe ihrer Entstehung kompensiert werden müsse. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der fehlerhaft gewonnene Beweis letztlich doch zur maßgeblichen Urteilsgrundlage gemacht würde.⁶⁰⁸ Damit wäre im Ergebnis einer willkürlichen Beweisgewinnung Tür und Tor geöffnet, da diese insoweit folgenlos verbliebe, als dass der Beweis eben doch gewürdigt würde. Die formellen Regeln zur Beweiserhebung und -verwertung blieben in diesem Fall zahnlose Papiertiger. Die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Angeklagten im

⁶⁰⁷ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (195 f., 199 ff.); *Esser*, NSTZ 2007, 106; *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 394 ff. m. w. N.; *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (48) m. w. N.; *Wohlers*, StV 2014, 563 (564).

⁶⁰⁸ Vgl. auch: *Gleiß*, NJW 2001, 3606 (3607).

deutschen Strafprozess und seine Verteidigungsrechte würden wesentlich verletzt.⁶⁰⁹ Zudem könne die Beweiswürdigungslösung auch deshalb keinen Ausgleich für die Entziehung des Fragerechts darstellen, da sie dem Angeklagten faktisch nichts gewähre, was ihm aufgrund der geltenden Unschuldsvermutung nicht ohnehin schon zustünde: eine Verurteilung auf Basis eines Mindestmaßes an verfahrensgerecht gewonnener Beweise.⁶¹⁰

Der Vorgabe der Notwendigkeit einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung wird des Weiteren entgegengehalten, dass diese mit dem gesetzlich festgelegten Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus § 261 StPO nicht vereinbar sei. Sie stelle entgegen § 261 StPO eine verbotene Beweisregel auf, die den Tatrichter in unzulässiger Weise im Rahmen seiner Beweiswürdigung binde.⁶¹¹ Im Ergebnis wäre die Beweiswürdigung entgegen der gesetzlichen Vorgabe damit keineswegs frei.

Auch führe die Beweiswürdigungslösung zu erheblicher Rechtsunsicherheit, da sie nichts anderes als eine einzelfallabhängige Abwägungslehre begründe, deren Ergebnis häufig kaum eindeutig vorhersehbar sei.⁶¹² Teile des EGMR zeigten sich daher insoweit im Rahmen der Entscheidung vom 15.12.2015 besorgt, den nationalen Behörden würde durch die Befugnis einer Gesamtwürdigung zur Verfahrensfairness zu großer Freiraum eingeräumt.⁶¹³

Ein weiterer Vorhalt gegenüber der Beweiswürdigungslösung bezieht sich auf die fehlende Definition einer besonders sorgfältigen Beweiswürdigung: So werde weder definiert, wann eine Beweiswürdigung „besonders sorgfältig“ sei, noch klargelegt, wie in der Praxis eine „besonders sorgfältige“ Beweiswürdigung durchgeführt werden soll.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (201); *Eisele*, JR 2004, 12 (17) m. w. N.; *Löwe/Rosenberg-Gössel*, Einl. Abschn. L Rn. 63 m. w. N.

⁶¹⁰ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (202 f.).

⁶¹¹ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (207) m. w. N.; *Detter*, StV 2006, 544 (550); *Löwe/Rosenberg-Gössel*, Einl. Abschn. L Rn. 63 m. w. N.

⁶¹² *Gleiß*, NJW 2001, 3606 (3607); *Thörnich*, ZIS 2017, 39 (48).

⁶¹³ Gemeinsame zustimmende Meinung der Richter Spielmann, Karakas, Sajó und Keller zu EGMR, NJOZ 2017, 544.

⁶¹⁴ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (199 f.); *Sowada*, NStZ 2005, 1 (7); *Wohlers*, StV 2014, 563 (565).

„Schließlich würde sich kein Tatrichter nachsagen lassen wollen, Beweismittel, die ohne Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts zustande gekommen sind, nicht „besonders sorgfältig“ bzw. nicht „besonders vorsichtig“ gewürdigt zu haben. Soll ein Tatgericht bei auf korrektem Wege erlangten Beweismitteln etwa nur eine Beweiswürdigung „mittlerer Art und Güte“ schulden, bei unkonfrontierten hingegen eine „Güteklasse-A-Beweiswürdigung“?“⁶¹⁵

Eine Antwort auf diese rhetorische Frage erübrigt sich. Folgerichtig scheint denn auch die Annahme, die Beweiswürdigungslösung sei daher nichts anderes als eine bloße Beschwichtigungsformel, die darüber hinwegtäuschen soll, dass der in Frage stehende Ausgleich für den Entzug des Fragerechts auf der Ebene der Beweiswürdigung tatsächlich nicht geleistet werden könne.⁶¹⁶

Ein ähnliches Argument wurde in der Vergangenheit gegen die Notwendigkeit einer Bestätigung unkonfrontierter belastender Zeugenaussagen im Rahmen der Beweiswürdigung durch anderweitige Beweismittel vorgebracht: Auch hierzu sei nicht näher definiert worden, welches Maß an Bestätigung erforderlich gewesen sei, wann eine solche Bestätigung also als gegeben angenommen werden konnte.⁶¹⁷ Wenn das so gewonnene Beweismittel aber zum Bestandteil der Verurteilungsgrundlage gemacht wurde, habe dies nichts anderes bedeutet, als dass der Maßstab der notwendigen richterlichen Überzeugung für eine Verurteilung von einem Ausschluss jeglichen vernünftigen Zweifels auf eine „fast“ zweifelsfreie Überzeugung abgesenkt worden sei. Diese Überzeugung sei dann nur mittels des fehlerhaft gewonnenen Beweises überhaupt erreicht worden.⁶¹⁸ Mit der Aufgabe der Anforderung anderweitiger bestätigender Beweismittel durch die Entscheidung des BGH vom 04.05.2017⁶¹⁹ dürfte dieses Argument aber jedenfalls an Bedeutung verloren haben.

Gegen die Differenzierung danach, ob die Beeinträchtigung des Fragerechts der Justiz vorwerfbar sei oder nicht, hat der BGH schließlich in

⁶¹⁵ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (199 f.).

⁶¹⁶ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (200); *Wohlers*, StV 2014, 563 (565).

⁶¹⁷ *Wohlers*, StV 2014, 563 (566).

⁶¹⁸ *Wohlers*, StV 2014, 563 (566).

⁶¹⁹ BGH, NStZ 2018, 51.

seiner Entscheidung vom 04.05.2017 die diesbezüglichen Argumente der Literatur⁶²⁰ übernommen und diese Differenzierung im Ergebnis ebenfalls aufgehoben. Eine solche Differenzierung habe für die Frage des Beweiswerts der gewonnenen Zeugenaussage keine Relevanz. Dieser sei vielmehr losgelöst von der Ursache für die Beeinträchtigung des Fragerechts festzustellen. Alles andere widerspräche ansonsten wiederum dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO.⁶²¹

C. Stellungnahme: Keine ausreichende Kompensation des Fragerechtsentzugs durch besonders sorgfältige Beweiswürdigung

Die Argumente gegen die Beweiswürdigungslösung vermögen zu überzeugen. Letztlich konnte die Rechtsprechung mit ihr bislang keine ausreichende Kompensation für den Entzug des Fragerechts entwickeln. Die Beweiswürdigungslösung begegnet der Problematik der bemakelten Beweisgewinnung erst auf Rechtsfolgenseite. Eine echte Kompensation müsste jedoch bereits im Rahmen der Tatsachenschaffung, der Beweiserhebung an sich, ansetzen. Alles andere kann nur den unzureichenden Versuch einer nachträglichen Reduzierung der Folgen des bereits geschaffenen Problems, nicht aber die Lösung des Problems an sich darstellen. Die Beweiswürdigungslösung greift das Problem mit hin schon zu spät auf, um als tatsächliche Lösung im Sinne des Erhalts verfassungsmäßiger Vorgaben überhaupt geeignet zu sein.

Darüber hinaus gewährt die Beweiswürdigungslösung aufgrund ihrer Unbestimmtheit zu viele Freiräume. Sie setzt keine strengen Grenzen oder Vorgaben, wie die Kompensation für den Entzug des Fragerechts auszusehen hat. Allein die Prämisse einer „besonders sorgfältigen“ Beweiswürdigung bindet das Tatgericht in keiner anderen Weise, als der es nicht ohnehin schon unterworfen wäre: die gewonnenen Beweise sorgfältig zu würdigen und seine Würdigungen im Rahmen der

⁶²⁰ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (196 ff.); *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 396 f.; *Mosbacher*, JuS 2007, 724 (727); *Schramm*, HRRS 2011, 156 (159 f.).

⁶²¹ BGH, NStZ, 51 (52 f.); vgl. bereits: 3. Teil, A; zustimmend auch: *Arnoldi*, NStZ 2018, 55 (56) und *Mosbacher*, JuS 2017, 742 (747).

Entscheidung in revisionsrechtlich nachprüfbarer Weise darzulegen. Strengere Vorgaben könnten der Beweiswürdigungslösung selbst dann nicht entnommen werden, wenn sie dies ausdrücklich verlangte. Dies würde eine viel zu starke Einschränkung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung bedeuten, die nur als *contra legem* eingestuft werden könnte. Wollte man eine solche Einschränkung statuieren, bedürfte es zunächst einer generellen Überarbeitung des Grundsatzes an sich. Solange dieser aber in seiner existenten Form besteht, sind strikte Vorgaben an die Beweiswürdigung schlicht unzulässig.

Starke Skepsis muss schließlich schon gegenüber der Überlegung an sich bestehen, eine Kompensation des Entzugs des Fragerechts des Angeklagten mittels einer nur unzureichenden Vorgaben unterworfenen Beweiswürdigung durch ein und dieselbe Person – den Vorsitzenden des Gerichts –, die zuvor die Beweiserhebung selbst durchgeführt hat, gewährleisten zu wollen. Rufen wir uns in Erinnerung: Der Richter ist kraft seiner Funktion und Rechtsstellung im Strafprozess gerade kein Verteidiger des Angeklagten.⁶²² Mehr noch ist er als Autoritätsperson im Rahmen der strafrechtlichen Hauptverhandlung gerade aufgrund der situativen Bedingungen und den unterschiedlichen sozialen Rollen der Beteiligten in der Wahrnehmung des Angeklagten regelmäßig mehr Gegner als Verbündeter, bestenfalls ein der eigenen Zuordnungssphäre entzogener Entscheidungsträger.⁶²³ Eine zwingende Aufklärungspflicht gegenüber dem Angeklagten obliegt ihm hinsichtlich des mittelbaren Fragerechts zudem nicht.⁶²⁴ Er „schuldet“ diesem lediglich eine in seinem eigenen Ermessen liegende gerichtliche Sachaufklärung.⁶²⁵ Selbst wenn der Angeklagte in Kenntnis seines mittelbaren Fragerechts von diesem über den Vorsitzenden Gebrauch machen will, hat letzterer zudem die Möglichkeit, Fragen nach eigenem Ermessen in gewissen Umfängen zurückzuweisen.⁶²⁶ Vor diesem Hintergrund den Entzug des Fragerechts allein durch eine besonders sorgfältige und kritische

⁶²² Vgl. 2. Teil, B. V. 2.

⁶²³ Vgl. 2. Teil, B. V. 3.

⁶²⁴ Vgl. 2. Teil, B. V. 1.

⁶²⁵ Vgl. 2. Teil, B. V. 2.

⁶²⁶ Vgl. 2. Teil, B. V. 2.

tatrichterliche Beweiswürdigung kompensieren zu wollen, die im Übrigen letztlich durch denselben Vorsitzenden erfolgen soll, der zuvor die Beweistatsachen maßgeblich herbeigeführt hat, scheint in erheblichem Maße bedenklich. Gut gemeint ist insoweit keineswegs gut gemacht, da sich die Gefahr einer willkürlichen Handhabung selbst bei noch so rechtstreuen Gerichten zwangsläufig aufdrängt. Kein Richter wird sich schließlich von seinen, im Rahmen der Beweiserhebung gewonnenen subjektiven Eindrücken bei der späteren Beweiswürdigung vollständig befreien können. Kaum ein Richter dürfte überdies im Rahmen der eigenen Beweiserhebung – gegebenenfalls unbewusst – entwickelte Entscheidungstendenzen ignorieren können. Regelmäßig wird der Richter dementsprechend seinen, im Rahmen der Beweiserhebung beschrittenen Entscheidungsweg im Rahmen der Beweiswürdigung schlichtweg zu Ende gehen. Dies alles unter Hinnahme des Entzugs eines wesentlichen Verteidigungsrechts des Angeklagten zu akzeptieren, erscheint nicht nur mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, sondern auch mit generellem Rechtsempfinden kaum vereinbar. Die Beweiswürdigungslösung kann daher keine ausreichende Kompensation für den Entzug des Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten darstellen. Es verbleibt mithin auch unter ihrer Anwendung in diesen Fällen bei der angenommenen Verfassungswidrigkeit von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO. Ist eine Lösung im Rahmen der Beweiswürdigung demnach unzureichend, muss bereits auf der Ebene der Beweiserhebung angesetzt werden, um dem Entzug des Fragerechts adäquat zu begegnen und die Brücke zur Einhaltung der notwendigen Verfassungsmäßigkeit zu schlagen. Der Lösungsvorschlag eines generellen Beweisverwertungsverbots⁶²⁷ scheint hierfür zunächst einmal naheliegend und nachvollziehbar. Auch der BGH hat sich mit dieser Option zuletzt insoweit wieder näher beschäftigt, als dass er für eine revisionsrechtlich wirksame Rüge die rechtzeitige Erhebung eines Widerspruchs gegen die Verwertung des erhobenen Beweises in den Raum gestellt hat.⁶²⁸ Eine Abkehr

⁶²⁷ *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (206 f.); *Eisele*, JR 2004, 12 (17); *Fezer*, JZ 2001, 363 f.; *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 190 ff.; *Kunert*, NStZ 2001, 217 f.; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (129 ff.); *Sowada*, NStZ 2005, 1 (6 f.); *Stetten*, FS Beulke, S. 1053 (1059).

⁶²⁸ BGH, NStZ 2017, 602.

von der Beweiswürdigungslösung hin zur generellen Annahme eines Beweisverwertungsverbots war damit allerdings nach wie vor nicht verbunden. *Arnoldi*⁶²⁹ interpretiert dies jedoch dahingehend, dass bereits die hypothetische Betrachtung und der Hinweis auf die Notwendigkeit eines Widerspruchs gegebenenfalls auf Überlegungen zur zukünftigen Annahme eines Beweisverwertungsverbots hindeuteten. *Schumann*⁶³⁰ zeigt sich demgegenüber zurückhaltender und merkt lediglich an, dass der 1. Strafsenat den „steinigeren Weg über die Unverwertbarkeit unkonfrontierter Aussagen wenigstens im Blick“ habe, stellt aber zugleich fest, dass sich der 3. Strafsenat weiterhin einseitig auf die Beweiswürdigungslösung fokussiere.

Wäre es nicht aber generell lohnenswerter, nach einer Lösung zu suchen, die den Entzug des Fragerechts von vornherein verhindert, anstatt über eine Eindämmung der Folgen dieses Entzugs zu diskutieren?! Der Blick soll an dieser Stelle an den Ursprung des Problems gerichtet werden, um im besten Falle Möglichkeiten aufzuzeigen, seine Entstehung insgesamt bereits ex ante zu verhindern. Die Suche nach solchen Möglichkeiten wird den nachfolgenden, letzten Teil dieser Arbeit bestimmen.

4. Teil: Lösungsvorschläge

A. Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten

Die naheliegendste Option, einem Problem an seinem Ursprung zu begegnen, besteht grundsätzlich darin, den Eintritt der Voraussetzungen für seine Entstehung zu verhindern. Würde man dem Angeklagten auch gegenüber Mitangeklagten schlicht ein unmittelbares Fragerecht einräumen, würde sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Entzugs des Fragerechts erst gar nicht stellen. Hierfür müsste allerdings zunächst einmal das BVerfG seine Haltung zur Verfassungsmäßigkeit von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO grundlegend ändern und die Norm

⁶²⁹ *Arnoldi*, NSTZ 2018, 55 (56).

⁶³⁰ *Schumann*, HRRS 2017, 354 (359).

entsprechend des hier herausgearbeiteten Ergebnisses auf eine Verfassungsbeschwerde hin als verfassungswidrig einstufen. Durch eine dementsprechende Entscheidung würde § 240 Abs. 2 S. 2 StPO gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG für nichtig erklärt. Diese Nichtigkeitserklärung hätte gemäß § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG Gesetzeskraft, wodurch die Regelung faktisch ex tunc ihre Gültigkeit verlöre.⁶³¹ Dadurch wäre die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten rückwirkend wieder zulässig.

Alternativ zu einer Nichtigkeitserklärung durch das BVerfG könnte natürlich auch der Gesetzgeber unmittelbar selbst tätig werden und § 240 Abs. 2 S. 2 StPO mittels eines Änderungsgesetzes außer Kraft setzen. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG steht dem Bund insoweit die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Strafprozessrecht zu,⁶³² die er gemäß Art. 76 Abs. 1 GG durch Einbringung einer entsprechenden Gesetzesvorlage beim Bundestag ausüben könnte. Vorausgesetzt, das Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 77 GG würde daraufhin erfolgreich durchlaufen, würde § 240 Abs. 2 S. 2 StPO mit Zustandekommen des entsprechenden Änderungsgesetzes gemäß Art. 78 GG seine Gültigkeit verlieren.

Problematisch an einer vollständigen Aufhebung von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO scheint allerdings, dass hierdurch die Befürchtung einer Beeinträchtigung des ordnungsgemäßen Ablaufs der strafprozessualen Hauptverhandlung und in Konsequenz dessen, der Wahrheitsfindung selbst, neue Nahrung erhielte. Die Befürchtung, dass diese aufgrund einer von besonderer Emotionalität geprägten Befragung eines Mitangeklagten durch einen anderen beeinträchtigt werden könnten, war schließlich der maßgebliche Beweggrund für die seinerzeitige Schaffung der Regelung des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO.⁶³³ Wenngleich man nach einem wissenschaftlichen Beleg für die Begründetheit dieser Befürchtung weiterhin vergeblich suchen mag, ist dennoch nicht ersichtlich,

⁶³¹ Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge-Bethge, BVerfGG § 31 Rn. 152.

⁶³² BeckOK GG-Seiler, Art. 74 Rn. 11; Dreier-Wittreck, Art. 74 Rn. 23; Huber/Voßkuhle-Oeter/Münkler, Art. 74 Rn. 26; Jarass/Pieroth, Art. 74 Rn. 9; Münch/Kunig-Broemel, Art. 74 Rn. 11; Sachs-Degenhart, Art. 74 Rn. 27.

⁶³³ Vgl. bereits: 2. Teil, B. I.

dass die Befürchtung an sich zwischenzeitlich aufgegeben wurde. Auch insoweit bräuchte es daher einen Sinneswandel in Rechtsprechung und Gesetzgebung, von der ursprünglichen Gesetzesbegründung abzuweichen und die Entscheidung zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen Frage- und Schweigerechten im Sinne des Schweigerechts aufzuheben. Die Zeit hierfür scheint mehr als reif. Betrachtet man die hier herausgearbeiteten Anwendungsfälle der Problematik, würde eine Kurskorrektur zugunsten des Fragerechts auch keineswegs eine Aushöhlung der Schweigerechte von Mitangeklagten bedeuten. Diese blieben weiterhin vollumfänglich bestehen. Allein in den Fällen der nicht vollständigen Ausübung würde dem Angeklagten die Möglichkeit verfassungs- und konventionsgemäßer Konfrontation gewährt. Ihm diese Möglichkeit aufgrund der Argumentation einer vermeintlichen Beeinträchtigung des ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs und einer daraus resultierenden Erschwerung der Wahrheitsfindung zu entziehen, scheint jedenfalls überholt und nach mehr als 70 Jahren, in denen sich sowohl die europäische als auch nationale Rechtsprechung bedeutend weiterentwickelt hat, nicht mehr haltbar. Rechtsprechung und Gesetzgeber sollten sich insoweit nicht länger mit der floskelhaften Wiederholung einer Argumentation begnügen, deren tatsächliche Validität bis heute nicht bestätigt ist.

Ob die Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts gegenüber Mitangeklagten dem Angeklagten letztlich allerdings tatsächlich weiterhelfen würde, seine verfassungsmäßigen Rechte auch wirklich adäquat auszuüben, stünde auf einem anderen Blatt. Parameter wie seine Stellung im Verfahren, die eigene Prozesskompetenz oder die psychologische Situation in der Hauptverhandlung würden hierdurch nicht verändert. Dem Angeklagten würde zwar ein zusätzliches Verteidigungsinstrument gewährt, ob er dieses aber überhaupt zweckgerichtet einzusetzen vermöchte, darf zumindest angezweifelt werden. Die Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts gegenüber Mitangeklagten scheint daher als Bestandteil einer umfassenden Lösung zwar angezeigt, hinterlässt für sich allein betrachtet aber weiterhin die Gefahr, den Angeklagten in der Hauptverhandlung zu sehr sich selbst zu überlassen und damit letztlich doch zum bloßen Objekt des Strafverfahrens zu degradieren.

B. Vorübergehende Verfahrenstrennung bei Verfahren mit mehreren Angeklagten

Das Verbot der Befragung gemäß § 240 Abs. 2 S. 2 StPO setzt voraus, dass in demselben Strafverfahren gegen den Angeklagten mindestens ein Mitangeklagter existiert. Fehlt es an einem solchen Mitangeklagten, kommt § 240 Abs. 2 S. 2 StPO schon gar nicht erst zur Anwendung. Der hier diskutierte Fragerechtsentzug findet mithin nicht statt. Logisch scheint, dass dies der Fall sein muss, solange sich das Verfahren überhaupt nur gegen einen einzelnen Angeklagten richtet. Aber auch, wenn zunächst gegen Mitbeschuldigte ermittelt und Anklage erhoben worden ist, kann eine Situation entstehen, in der es schließlich an einem solchen Mitangeklagten fehlt. Dieser Fall kann eintreten, wenn das Verfahren gegen den Mitangeklagten gemäß der §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 1 StPO vom Verfahren gegen den Angeklagten abgetrennt wird. Die Abtrennung führt dazu, dass die Sachverbindung erlischt und beide Verfahren prozessuale Selbständigkeit (zurück)erlangen.⁶³⁴ Die Entscheidung über eine solche Verfahrenstrennung liegt im Ermessen des Gerichts.⁶³⁵

Werden die Verfahren gegen den Angeklagten und den vormals Mitangeklagten voneinander abgetrennt, verlieren die Betroffenen ihren prozessualen Mitangeklagtenstatus und stehen grundsätzlich wechselseitig als Zeugen in den eigenständigen Verfahren des jeweils anderen zur Verfügung.⁶³⁶ Es kommt mithin zu einem prozessualen Rollenwechsel vom Mitangeklagten hin zu einem Zeugen. Dieser führt dazu, dass das Verbot des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO nicht mehr zum Tragen kommt, sondern vielmehr eine grundsätzliche Aussagepflicht gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 StPO eingreift. Dem Angeklagten steht im Gleichschritt das

⁶³⁴ BeckOK StPO-Larcher, § 2 Rn. 9, § 4 Rn. 25; KK-StPO-Geilhorn, § 2 Rn. 14, § 4 Rn. 13; Löwe/Rosenberg-Erb, § 2 Rn. 19, § 4 Rn. 30; Meyer-Goßner/Schmitt, § 2 Rn. 10, § 4 Rn. 11; MüKoStPO-Ellbogen, § 2 Rn. 15; NK-GS-Bosbach, StPO § 4 Rn. 9.

⁶³⁵ BGH, NJW 1963, 869; NStZ 2020, 299; BeckOK StPO-Larcher, § 4 Rn. 28; KK-StPO-Geilhorn, § 2 Rn. 15, § 4 Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Erb, § 2 Rn. 21, § 4 Rn. 24; Meyer-Goßner/Schmitt, § 2 Rn. 10, § 4 Rn. 10; MüKoStPO-Ellbogen, § 2 Rn. 14, § 4 Rn. 13; NK-GS-Bosbach, StPO § 2 Rn. 4, § 4 Rn. 5.

⁶³⁶ BGH, NJW 1957, 230; NJW 1964, 1034; BeckOK StPO-Larcher, § 4 Rn. 28; KK-StPO-Bader, vor § 48 Rn. 8; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 22; MüKoStPO-Ellbogen, § 2 Rn. 17.

Fragerecht aus § 240 Abs. 2 S. 1 StPO gegenüber dem ehemals Mitangeklagten aufgrund dessen neuer prozessualer Stellung als Zeuge uneingeschränkt zur Verfügung. Da eine Verfahrenstrennung grundsätzlich auch lediglich vorübergehend zulässig sein soll,⁶³⁷ wäre das Problem eines verfassungswidrigen Fragerechtsentzugs damit zu lösen, wann immer eine solche Trennung vorgenommen würde, die nach Ausübung des Fragerechts sodann durch neuerliche Verbindung der selbständigen Verfahren wieder aufgehoben würde.

Zu beachten ist allerdings, dass das gerichtliche Ermessen bei der Verfahrenstrennung nicht grenzenlos gewährt wird. Zwar soll die Trennung auch gerade zu dem Zweck des Rollentausches eines Mitangeklagten hin zum Zeugen grundsätzlich zulässig sein,⁶³⁸ allerdings nur soweit nicht zwingende Vorschriften oder Grundsätze der StPO entgegenstehen.⁶³⁹ Die Zeugenvernehmung darf sich daher ausschließlich auf Umstände beziehen, die dem Zeugen als zuvor Mitangeklagten nicht selbst zur Last gelegt werden, da die Verfahrenstrennung anderenfalls einen Ermessensmissbrauch darstellte, weil hierdurch die Verfahrensregel, dass ein Angeklagter in dem gegen ihn gerichteten Verfahren nicht zugleich als Zeuge in Erscheinung treten kann, umgangen würde.⁶⁴⁰ Folgerichtig wird daher angenommen, dass eine vorübergehende Verfahrenstrennung bei dem Vorwurf gemeinschaftlich begangener Straftaten regelmäßig ausscheide.⁶⁴¹ Insoweit wird man eine klare Trennung der Umstände zwischen solchen, die ausschließlich den Angeklagten und solchen, die ausschließlich den als Zeugen auftretenden vormals Mitangeklagten betreffen, regelmäßig kaum erreichen können. Eine Ausnahme hiervon mag ausschließlich in den engen Fällen eingreifen, in denen zweifelsfrei feststeht, dass sich das Ergebnis des in Rede

⁶³⁷ BGH, NJW 1964, 1034; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 22; MüKoStPO-Maier, vor § 48 Rn. 27.

⁶³⁸ BGH, NJW 1964, 1034; KK-StPO-Bader, vor § 48 Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36; MüKoStPO-Maier, vor § 48 Rn. 17.

⁶³⁹ Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36.

⁶⁴⁰ BGH, NJW 1981, 1568; NJW 1984, 501 f.; Beschluss vom 17.01.1984 – 5 StR 970/83, BeckRS 1984, 31113784; KK-StPO-Bader, vor § 48 Rn. 9; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 22 m. w. N.; MüKoStPO-Maier, vor § 48 Rn. 17.

⁶⁴¹ BGH, NJW 1981, 1568; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 22 m. w. N.

stehenden Verfahrensteils nicht auf den als Zeugen auftretenden vormals Mitangeklagten auswirkt und dass sich die Verhandlung dann auch tatsächlich in dem damit gesteckten Rahmen hält.⁶⁴²

Sind Verfahren mit Mitangeklagten auf Basis gemeinschaftlich vorgeworfener Tatbegehungen demnach regelmäßig von der Möglichkeit einer vorübergehenden Verfahrenstrennung auszuschließen, gestaltet sich der Anwendungsbereich für verbleibende Fälle der hier diskutierten Problematik, die mittels einer solchen Verfahrenstrennung gelöst werden könnten, äußerst eng. Die vorübergehende Verfahrenstrennung kann daher insgesamt keine adäquate Option zur Vermeidung eines verfassungswidrigen Fragerechtsentzugs des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten darstellen.

C. Statuierung einer konkreten gerichtlichen Hinweispflicht bezüglich des mittelbaren Fragerechts

Die Beeinträchtigung des Angeklagten, die er durch den Fragerechtsentzug nach § 240 Abs. 2 S. 2 StPO erleidet, könnte zumindest abgemildert werden, indem der tatsächlichen Ermöglichung der Ausübung des nicht entzogenen mittelbaren Fragerechts größere Aufmerksamkeit geschenkt würde. Eine Voraussetzung hierfür wäre es, zunächst sicherzustellen, dass sich der Angeklagte seines mittelbaren Fragerechts überhaupt vollumfänglich bewusst ist. Wie herausgearbeitet wurde, ist der Angeklagte an dieser Stelle auf Hilfe angewiesen, da von einer selbst erworbenen Kenntnis regelmäßig nicht ausgegangen werden kann.⁶⁴³ Solche Hilfe kann jedenfalls dem unverteidigten Angeklagten nur seitens des Gerichts zuteilwerden. Eine verbindliche gerichtliche Aufklärungspflicht besteht allerdings nicht.⁶⁴⁴

Um diesem Defizit zu begegnen, scheinen grundsätzlich zwei Ansätze naheliegend: auf Basis der bestehenden Rechtslage rechtsfortbildend

⁶⁴² BGH, NJW 1984, 501 f; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 36.

⁶⁴³ Vgl. bereits: 2. Teil, C. V. 1.

⁶⁴⁴ Vgl. ebenfalls bereits: 2. Teil, C. V. 1.

eine konkrete Hinweispflicht des Gerichts zu statuieren oder eine solche tatsächlich positiv-rechtlich zu normieren.

Die Annahme einer konkreten Hinweispflicht auf Basis der bestehenden Rechtslage könnte aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens oder der allgemeinen prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts abgeleitet werden.⁶⁴⁵

Der Grundsatz des fairen Verfahrens scheint insoweit jedoch von vornherein ungeeignet, da er stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens anzuwenden ist.⁶⁴⁶ Solange das Verfahren insgesamt fair abläuft, ist auf seiner Grundlage für die Statuierung einer verbindlich durchsetzbaren, konkreten Einzelpflicht kein Raum. In Einzelfällen mag man aufgrund eines insgesamt unfairen Verfahrensablaufs danach die Annahme einer solchen rechtfertigen, eine generelle Hinweispflicht ließe sich so aber nicht begründen.

Auch die allgemeine prozessuale Fürsorgepflicht scheint ungeeignet, eine konkrete Hinweispflicht hinsichtlich des mittelbaren Fragerechts herzuleiten. Nicht ohne Grund wird sie generell in allen Fällen nicht bereits positiv-rechtlich normierter Ausgestaltungen lediglich als Generalklausel verstanden.⁶⁴⁷ Es mangelt ihr insoweit bereits an den notwendigen Konturen und damit an ausreichender Bestimmtheit, um konkrete Voraussetzungen, Umfang und Grenzen einer Hinweispflicht zu statuieren. Darüber hinaus wäre die generelle Annahme einer auf ihrer Grundlage entwickelten, wie auch immer ausgestalteten, konkreten Hinweispflicht vor dem Hintergrund der damit verbundenen Verstärkung des dem Gericht ohnehin auferlegten Konflikts zur eigenen Wahrheitsfindungspflicht äußerst bedenklich. Zwar befindet sich das Gericht im Umgang mit dem Angeklagten stets in einer gewissen Konfliktsituation zwischen Wahrheitsfindung und Wahrung der berechtigten Interessen des Angeklagten, allerdings kann es gerade kein Verteidiger desselben sein, wo es ihm ansonsten an einem solchen fehlt.⁶⁴⁸ Eine konkrete Hinweispflicht würde die Gefahr begründen, diesen Grundsatz zu

⁶⁴⁵ Vgl. auch hierzu bereits: 2. Teil, C. V. 1.

⁶⁴⁶ Vgl. bereits: 1. Teil, A. III.

⁶⁴⁷ Vgl. bereits: 2. Teil, C. V. 1.

⁶⁴⁸ Vgl. insoweit bereits: 2. Teil, C. V. 2.

Lasten des übergeordneten Ziels des Strafverfahrens nach Aufklärung der materiellen Wahrheit zu entkräften.

Ist die Annahme einer konkreten Hinweispflicht hinsichtlich des mittelbaren Fragerechts demnach *de lege lata* auch mittels Rechtsfortbildung nicht begründbar, bleibt ausschließlich die Möglichkeit, eine solche Pflicht positiv-rechtlich zu normieren. Systematisch müsste diese Norm an § 240 Abs. 2 S. 2 StPO anschließen, sodass sich die Einfügung eines neuen Satzes 3 mit folgendem Inhalt empfiehlt:

„Auf die Möglichkeit der mittelbaren Befragung ist der Angeklagte besonders hinzuweisen.“

Nicht verkannt werden darf allerdings, dass eine solche Ergänzung positiven Rechts lediglich sicherstellen könnte, dass dem Angeklagten gerichtsseitig Kenntnis über die Tatsache seines mittelbaren Fragerechts verschafft würde. Im gerichtlichen Ermessen verbliebe jedoch einerseits, in welchem Umfang dies geschähe, sowie andererseits in nicht unerheblichen Teilen weiterhin die Ausgestaltung der Mitangeklagtenbefragung selbst.⁶⁴⁹ Wesentliche Einfallstore für unzulässige Einschränkungen der tatsächlichen Ausübung des mittelbaren Fragerechts blieben damit unverschlossen. Ähnlich des Lösungsansatzes einer Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts gegenüber Mitangeklagten⁶⁵⁰ verbliebe zudem der berechtigte Zweifel, ob der Angeklagte selbst nach explizitem gerichtlichen Hinweis überhaupt in der Lage wäre, mit seinem mittelbaren Fragerecht etwas Sinnvolles zur eigenen Verteidigung anzufangen. Auch hier blieben seine Stellung im Verfahren, die eigene Prozesskompetenz und insbesondere die psychologische Situation in der Hauptverhandlung unverändert als relevante Hemmungsfaktoren existent. Anders als bei der Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts dürften diese allerdings noch schwerer wiegen, da die Einbeziehung des Vorsitzenden als Mittelsmann zur Ausübung des Rechts eine zusätzliche Hürde darstellt, die bei der Möglichkeit zur unmittelbaren Befragung gerade nicht existierte.

⁶⁴⁹ Vgl. auch hierzu bereits: 2. Teil, C. V. 2.

⁶⁵⁰ Vgl. hierzu nochmals: 4. Teil, A.

Im Ergebnis könnte die Aufnahme einer konkreten Hinweispflicht bezüglich des mittelbaren Fragerechts in den Gesetzestext zu § 240 Abs. 2 StPO einen Beitrag leisten, die Problematik des unzulässigen Fragerechtsentzugs zu entschärfen. Für sich allein betrachtet, kann eine solche Hinweispflicht jedoch nicht ausreichen, um das Problem insgesamt zu lösen und einen verfassungsrechtlich ausreichenden Schutz des berechtigten Verteidigungsinteresses des Angeklagten wiederherzustellen. Darüber hinaus wirkt eine solche Lösung gegenüber der Möglichkeit einer Gewährung eines unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten als Lösung „zweiter Klasse“. Eine Hinweispflicht bezüglich eines mittelbaren Fragerechts wäre nämlich überflüssig, wenn dem Angeklagten das Recht zur unmittelbaren Befragung direkt zustünde.

D. Schaffung eines ergänzenden Falls notwendiger Verteidigung für Verfahren mit Mitangeklagten

Zeigen alle bis hierhin aufgeführten Lösungsansätze Schwächen und sich insgesamt jedenfalls alleinstehend nicht geeignet, die verfassungswidrige Situation des Fragerechtsentzugs des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten zu korrigieren, so ist hervorzuheben, dass diese Ansätze sämtlich den Angeklagten allein in den Fokus der Betrachtung stellen. Ist dieser aber selbst gar nicht in der Lage, sich zu helfen,⁶⁵¹ und stellt auch die Möglichkeit gerichtlicher Unterstützung keine echte Hilfe für ihn dar,⁶⁵² so kann ausschließlich die Hinzuziehung einer zumindest vordringlich seinen Interessen verpflichteten Hilfsperson adäquate Unterstützung bieten.

Insoweit wurde bereits festgestellt, dass eine verfassungsgemäße Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts nur gewährleistet werden kann, wenn dem Angeklagten ein Verteidiger zur Seite gestellt wird.⁶⁵³ Warum sollte man dann nicht schlichtweg sicherstellen, dass dem Angeklagten in einer Hauptverhandlung mit Mitangeklagten stets ein solcher

⁶⁵¹ Vgl. 2. Teil, C. V. 1. und 3.

⁶⁵² Vgl. 2. Teil, C. V. 2. und 3.

⁶⁵³ Vgl. 2. Teil, C. VI.

zur Verfügung steht? Dies könnte durch Schaffung eines ergänzenden Falls notwendiger Verteidigung geschehen: Hierdurch würde die Lücke, die die derzeitige Normierung von Fällen notwendiger Verteidigung gewährt, geschlossen und durch die daraus folgende Sicherstellung einer tatsächlichen Ausübbarkeit des mittelbaren Fragerechts der Zustand des verfassungswidrigen Fragerechtsentzugs beseitigt.

Die Formulierung eines solchen ergänzenden Falls notwendiger Verteidigung müsste sicherstellen, dass in jedem Fall bei mehreren Angeklagten in der Hauptverhandlung ein Pflichtverteidiger zu bestellen wäre. Da die Entscheidung, ob die Anklage gegen mehrere Beschuldigte in ein und demselben Verfahren oder in getrennten Verfahren erhoben wird, im freien Ermessen der Staatsanwaltschaft steht,⁶⁵⁴ und das Gericht im Übrigen zu jedem späteren Zeitpunkt grundsätzlich frei über die Verbindung von Verfahren entscheiden kann,⁶⁵⁵ stellt sich die Frage, ob diese Entscheidung zugleich als Grundlage für die zeitlich vorgelagerte Entscheidung über eine Pflichtverteidigerbestellung taugen kann. Dies dürfte auszuschließen sein, da zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Notwendigkeit einer Verteidigung eine abschließende Entscheidung über die Verbindung der Verfahren einerseits noch gar nicht getroffen sein muss und andererseits die Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigung anderenfalls mittelbar durch das Verbindungsermessen von Staatsanwaltschaft und Gericht bestimmt werden könnte. Für die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung muss mithin auf eine bereits zeitlich früher mögliche Entscheidung abgestellt werden, die zudem nach objektiven Kriterien außerhalb des Ermessensspielraums von Staatsanwaltschaft und Gerichten getroffen werden kann. Unabhängig davon, ob das Verfahren formell gegen mehrere derselben Tat Beschuldigte zusammen oder getrennt eingeleitet worden ist, sollte wie beim Verbot der Mehrfachverteidigung nach § 146 S. 1 StPO entscheidend sein, ob materiell unabhängig von der Beteiligungsform

⁶⁵⁴ KK-StPO-Geilhorn, § 2 Rn. 7 f.; Löwe/Rosenberg-Erb, § 2 Rn. 2; Meyer-Goßner/Schmitt, § 2 Rn. 3; MüKoStPO-Ellbogen, § 2 Rn. 5; NK-GS-Bosbach, StPO § 2 Rn. 4.

⁶⁵⁵ BeckOK StPO-Larcher, § 4 Rn. 3 ff.; KK-StPO-Geilhorn, § 4 Rn. 9, § 237 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Becker, § 237 Rn. 8; Löwe/Rosenberg-Erb, § 4 Rn. 24; Meyer-Goßner/Schmitt, § 4 Rn. 10, § 237 Rn. 7; MüKoStPO-Arnoldi, § 237 Rn. 9; MüKoStPO-Ellbogen, § 4 Rn. 13; NK-GS-Bosbach, StPO § 2 Rn. 4, § 4 Rn. 3.

eine gemeinsame Tatbegehung im Raum steht und damit allein die Möglichkeit einer Hauptverhandlung mit Mitangeklagten existiert.⁶⁵⁶ Ein materieller Mitbeschuldigtenbegriff sollte dementsprechend insoweit anzulegen sein, als dass eine formelle Verfahrensverbindung irrelevant sein müsste. Läge eine solche aber bereits vor, wäre die Mitbeschuldigteneigenschaft im Übrigen ohnehin gegeben. Auch dies entspräche bereits existenter Gesetzespraktik nach § 146 S. 2 StPO.⁶⁵⁷

Eine solche Betrachtung würde im Übrigen auch keine generelle Abkehr von dem insoweit ständiger Rechtsprechung folgenden formellen Mitbeschuldigtenbegriff an sich bedeuten. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist Mitbeschuldiger, wer mit einem anderen Beschuldigten die prozessuale Gemeinsamkeit teilt, in irgendeinem Stadium des Verfahrens in Bezug auf das gleiche historische Ereignis nach prozessrechtlicher Betrachtungsweise förmlich Mitbeschuldiger gewesen zu sein.⁶⁵⁸ Dies ist der Fall, wenn zum einen beide Betroffenen jeweils durch Manifestation eines Willensaktes der Strafverfolgungsbehörden förmlich zu Beschuldigten gemacht,⁶⁵⁹ und zum anderen die Verfahren gegen sie zu irgendeinem Zeitpunkt nach den §§ 2 ff., 237 StPO verbunden worden sind.⁶⁶⁰ Diese formelle Betrachtung ist jedoch für die Frage, ob ein Beschuldiger notwendigerweise der Unterstützung eines Verteidigers bedarf, irrelevant.

In der Literatur wird demgegenüber vielfach ein materieller Mitbeschuldigtenbegriff vertreten.⁶⁶¹ Nach diesem ist ein Mitbeschuldiger jeder einer Tatbeteiligung Verdächtige, gegen den zu irgendeinem Zeitpunkt hinsichtlich eines historischen Ereignisses ermittelt wird,

⁶⁵⁶ BeckOK StPO-Wessing, § 146 Rn. 8; KK-StPO-Willnow, § 146 Rn. 7; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 146 Rn. 19; Meyer-Goßner/Schmitt, § 146 Rn. 13; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 146 Rn. 15; NK-GS-Weiler, StPO § 146 Rn. 2.

⁶⁵⁷ BeckOK StPO-Wessing, § 146 Rn. 9 f.; KK-StPO-Willnow, § 146 Rn. 8; Löwe/Rosenberg-Jahn, § 146 Rn. 27; Meyer-Goßner/Schmitt, § 146 Rn. 17; MüKoStPO-Kämpfer/Travers, § 146 Rn. 18; NK-GS-Weiler, StPO § 146 Rn. 5.

⁶⁵⁸ BGH, NJW 1974, 758; NStZ 1984, 176 (177); NStZ 1985, 419; NJW 1987, 1955.

⁶⁵⁹ BGH, NJW 1987, 1955 m. w. N.; Löwe/Rosenberg-Kühne, Einl. Abschn. J Rn. 72 m. w. N.

⁶⁶⁰ BGH, NJW 1987, 1955; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 35; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 21.

⁶⁶¹ Dünnebier, JR 1975, 1 (3); Gerlach, JR 1969, 149 (150); Lenckner, FS Peters, S. 333 ff.; Löwe/Rosenberg-Bertheau/Ignor, Vor § 48 Rn. 356 m. w. N.; Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 48 Rn. 21 m. w. N.; Montenbruck, ZStW 1977, 878 ff.; Müller-Dietz, ZStW 1981, 1177 (1227).

unabhängig von seiner formalen prozessualen Rolle. Es ist demnach weder eine förmliche Inkorporation eines Beschuldigtenstatus noch eine Verbindung mit einem weiteren Verfahren gegen eine andere Person erforderlich. Die Anwendung dieses Mitbeschuldigtenbegriffs wäre daher einer Beantwortung der Kernfrage, ob ein Beschuldigter notwendigerweise der Unterstützung eines Verteidigers bedarf, im Gegensatz zur Anwendung eines rein formellen Ansatzes grundsätzlich zugänglich.

Da sich der materielle Einschlag auf die Prognoseentscheidung zur Notwendigkeit der Verteidigung beschränken würde, bliebe die Anwendung eines formellen Mitbeschuldigtenbegriffs in ihrem Grundsatz im Übrigen unangetastet. Das Merkmal der für die Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigung erforderlichen Prognose ist insoweit die Besonderheit, die die Entscheidung von der generellen formalen Einordnung eines Beschuldigten als Mitbeschuldigten unterscheidet. Diese Prognose kann nur anhand der zu ihrem Zeitpunkt bestehenden materiellen Grundlagen sinnvoll getroffen werden, da sich diese anders als die formalen prozessualen Rollen der Beteiligten nicht mehr verändern können.

Systematisch sollte ein dementsprechend zu normierender Fall notwendiger Verteidigung den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO als neue Nr. 12 ergänzen und könnte inhaltlich etwa wie folgt ausgestaltet sein:

„(1) Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt vor, wenn

*·
·
·*

12. zu erwarten ist, dass in einem Verfahren Anklage gegen mehrere derselben Tat Beschuldigte erhoben wird.“

Mit einer solchen Regelung würde dem Fragerechtsentzug des Angeklagten gegenüber Mitangeklagten durch eine echte Hilfestellung adäquat begegnet. Es läge damit eine ausreichende Kompensation im Sinne der gesamtheitlichen Verfahrensfairness vor. § 240 Abs. 2 S. 2 StPO würde unter diesen Umständen schließlich doch wieder als verfassungsgemäß angesehen werden können. Diese Lösung wird daher an dieser Stelle präferiert.

Abschließende Zusammenfassung

Frage- und Schweigerechte sind wesentliche Verteidigungsmittel des Angeklagten im gesamten Strafprozess.⁶⁶² Wenngleich sie grundsätzlich demselben Zweck dienen, können sie in Konflikt zueinander treten, wann immer sie in Personenverschiedenheit zeitgleich bei mehreren Angeklagten auftreten.⁶⁶³ Trifft das Fragerecht des Angeklagten in der strafrechtlichen Hauptverhandlung insoweit auf das Schweigerecht eines Mitangeklagten, stellt sich die Frage, wie dieser Konflikt zu lösen ist. Beiden Beteiligten ihre Rechte inhaltlich sinnvoll vollumfänglich zu belassen, ist in diesem Fall unmöglich. Es kann nur entweder ein Fragerecht eingeräumt sein, dessen Erfüllung durch Beantwortung der gestellten Fragen sichergestellt werden müsste, oder ein Schweigerecht, welches schon die Stellung der Fragen an sich obsolet erscheinen ließe.

Der Gesetzgeber hat sich *de lege lata* für eine Lösung dieses Konflikts zugunsten des Schweigerechts entschieden, indem er in § 240 Abs. 2 S. 2 StPO normiert hat, dass die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten unzulässig ist. Diese Konfliktlösung soll nach geltender Rechtsprechung des BVerfG im Wesentlichen deshalb verfassungsgemäß sein, weil dem Angeklagten ein mittelbares Fragerecht über seinen Verteidiger oder den Vorsitzenden des Gerichts unbenommen bliebe. Der Entzug des unmittelbaren Fragerechts stelle vor diesem Hintergrund insbesondere keine Beeinträchtigung des Rechts auf ein faires Verfahren oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Angeklagten dar.⁶⁶⁴

Tatsächlich kann eine solche Auslegung allerdings nur dann zutreffen, wenn dem Angeklagten eine echte Möglichkeit zur Ausübung seines mittelbaren Fragerechts auch wirklich zukommt. Dies ist jedoch gerade nicht in jedem Fall gewährleistet: Zwar könnte bei einer Interessenvertretung durch einen bestellten Verteidiger im Rahmen der Hauptverhandlung grundsätzlich von einer Ausübbarkeit des mittelbaren

⁶⁶² *Sommer*, NJW 2005, 1240.

⁶⁶³ Vgl. 2. Teil, A. II.

⁶⁶⁴ BVerfG, NJW 1996, 3408.

Fragerechts ausgegangen werden, allerdings ist es keineswegs so, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung mit anderen Mitangeklagten auch wirklich stets über einen solchen Verteidiger verfügt. Ist dem Angeklagten namentlich kein Pflichtverteidiger bestellt, weil insbesondere kein gesetzlich vorgesehener Fall notwendiger Verteidigung einschlägig ist und hat der Angeklagte keinen Wahlverteidiger hinzugezogen, ist ihm die Ausübung des mittelbaren Fragerechts über einen Verteidiger schlichtweg unmöglich. Dieser Fall kann insbesondere in weiten Bereichen der regelmäßig vor den Strafrichtern der Amtsgerichte verhandelten Massen- und Alltagskriminalitätsverfahren eintreffen.⁶⁶⁵

Verfügt der Angeklagte über keinen Verteidiger, bleibt ihm nur die Option, sein mittelbares Fragerecht über den Vorsitzenden auszuüben. Dies mag „auf dem Papier“ grundsätzlich stets möglich sein, entspricht aber nicht der Realität: So kann bereits nicht generell überhaupt davon ausgegangen werden, dass der unverteidigte Angeklagte Kenntnis von seinem mittelbaren Fragerecht hat. Hat er eine solche aber nicht, kommt dem Gericht nicht einmal eine zwingende Aufklärungspflicht diesbezüglich zu.⁶⁶⁶

Darüber hinaus darf der Vorsitzende keinesfalls mit einem Verteidiger verwechselt werden. Kraft seiner prozessualen Rolle ist er zuallererst der materiellen Wahrheitsfindung verpflichtet. Hierin unterscheidet sich seine Rolle maßgeblich von der eines Verteidigers, der zuallererst die Interessen des Angeklagten zu verfolgen hat. Soweit der Vorsitzende in Ausübung des mittelbaren Fragerechts des Angeklagten dessen Verteidigungsinteresse wahrnimmt, unterliegt er daher stets einem Konflikt mit seiner ureigensten Aufgabe selbst, der ihn allenfalls zu einem „Verteidiger zweiter Klasse“ machen kann.⁶⁶⁷

Schließlich bislang in der juristischen Betrachtung völlig unterbewertet sind zudem die psychologischen Faktoren, die den Angeklagten in der Hauptverhandlung beeinflussen. Anerkannter sozialpsychologischer Verhaltensforschung folgend wird der Angeklagte in der

⁶⁶⁵ Vgl. 2. Teil, C. IV. 2. ee).

⁶⁶⁶ Vgl. 2. Teil, C. V. 1.

⁶⁶⁷ Vgl. 2. Teil, C. V. 2.

Hauptverhandlung nicht nur mit einer für ihn gänzlich untypischen Stresssituation konfrontiert, mehr noch wird von ihm in dieser Situation eine kognitive sowie emotionale Mehrleistung verlangt, um von seinem mittelbaren Fragerecht über den Vorsitzenden überhaupt Gebrauch machen zu können. Dies in Verbindung mit der gerichtlichen Hoheitsstellung und einer Situation, die es erfordert, diese übergeordnete Autorität als „Hilfsmittel“ für die Verfolgung der eigenen Interessen einsetzen zu müssen, führt aktiv dazu, dass der Angeklagte von einer solchen Ausübung regelrecht abgehalten wird.⁶⁶⁸

Ist dementsprechend im Ergebnis nicht gewährleistet, dass der Angeklagte sein mittelbares Fragerecht gegenüber Mitangeklagten stets tatsächlich ausüben kann, mangelt es der Auslegung des BVerfG an einer maßgeblichen Grundannahme. Ist die Ausübung des mittelbaren Fragerechts daher nicht anderweitig ausgeschlossen, weil für die Entscheidung des Gerichts gänzlich unerheblich,⁶⁶⁹ oder einer gänzlich umfassenden Ausübung des Schweigerechts eines Mitangeklagten ausgesetzt,⁶⁷⁰ wäre die Regelung des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO sehr wohl als verfassungswidrig einzustufen, da diese faktisch einen umfassenden Fragerechtsentzug beinhaltet, wenn dieser Entzug nicht in irgendeiner Weise ausreichend kompensiert würde, um das Verfahren letztlich trotz seiner in der Gesamtschau weiterhin als fair ansehen zu können.

Der BGH hat zum Zweck der Kompensation insoweit eine Beweiswürdigungslösung⁶⁷¹ entwickelt und damit den Stimmen der Literatur, die weitestgehend ein generelles Beweisverwertungsverbot für unkonfrontierte Aussagen Mitangeklagter als Kompensation einfordern,⁶⁷² bislang eine Absage erteilt. Diese Beweiswürdigungslösung sieht sich jedoch seit jeher massiver Kritik ausgesetzt.⁶⁷³ Auch die hier erfolgte

⁶⁶⁸ Vgl. 2. Teil, C. V. 3.

⁶⁶⁹ Vgl. hierzu: 2. Teil, C. II.

⁶⁷⁰ Vgl. hierzu: 2. Teil, C. III.

⁶⁷¹ BGHSt 17, 382 (388); 46, 93 (103); BGH, NStZ-RR 2005, 321; NStZ 2007, 166; NStZ 2010, 410 (411); NStZ 2018, 51 (52 f.); vgl. hierzu ausführlich: 3. Teil, A.

⁶⁷² *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (206 f.); *Eisele*, JR 2004, 12 (17); *Fezer*, JZ 2001, 363 f.; *Gerdemann*, Verwertbarkeit, S. 190 ff.; *Kunert*, NStZ 2001, 217 f.; *Schlothauer*, StV 2001, 127 (129 ff.); *Sowada*, NStZ 2005, 1 (6 f.); *Stetten*, FS Beulke, S. 1053 (1059); vgl. auch: 3. Teil.

⁶⁷³ Vgl. 3. Teil, B.

Auseinandersetzung mit den Einwänden gegen die Beweiswürdigungslösung hat insoweit bestätigt, dass diese nicht geeignet ist, eine ausreichende Kompensation des Fragerechtsentzugs zur Herstellung der Verfassungsmäßigkeit von § 240 Abs. 2 S. 2 StPO darzustellen.⁶⁷⁴

In der Konsequenz dieser Feststellung wird allerdings an dieser Stelle nicht in die Forderung nach einem generellen Beweisverwertungsverbot eingestimmt, sondern stattdessen vorgeschlagen, die Entstehung des Problems an sich zu verhindern. Hierzu scheinen durchaus unterschiedliche Ansätze denkbar. Namentlich wurden hier die Möglichkeit der Einräumung eines unmittelbaren Fragerechts des Angeklagten auch gegenüber Mitangeklagten, eine vorübergehende Verfahrenstrennung zum Zweck des Rollentauschs und einer damit verbundenen Befragungsmöglichkeit des vormals Mitangeklagten als Zeugen sowie die Statuierung einer gerichtlichen Hinweispflicht auf das mittelbare Fragerecht diskutiert.⁶⁷⁵ Hier dürfte sich auch für zukünftige Überlegungen verschiedentlich durchaus noch weiteres Diskussionspotenzial verbergen.

Abschließend hat die Erarbeitung jedoch gezeigt, dass der vielversprechendste Lösungsansatz in der Schaffung eines ergänzenden Falls notwendiger Verteidigung für Verfahren zu sehen ist, an denen Mitangeklagte beteiligt sind.⁶⁷⁶ Denn, wenn unter der Prämisse, dass ein mittelbares Fragerecht über einen Verteidiger grundsätzlich adäquat ausgeübt werden kann, sichergestellt würde, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung mit Mitangeklagten auch tatsächlich über einen solchen Verteidiger verfügt, kann die Grundannahme des BVerfG, die der Verfassungsmäßigkeit des § 240 Abs. 2 S. 2 StPO zugrunde gelegt wird, als bestätigt angesehen werden. § 240 Abs. 2 S. 2 StPO beinhaltet dann mit der Untersagung unmittelbarer Befragung von Mitangeklagten in Wahrheit keinen vollständigen Entzug des Fragerechts an sich, weil die Möglichkeit mittelbarer Befragung über einen stets bereitgestellten Verteidiger tatsächlich bestünde.

⁶⁷⁴ Vgl. 3. Teil, C.

⁶⁷⁵ Vgl. 4. Teil, A. bis C.

⁶⁷⁶ Vgl. 4. Teil, D.