Sina Aaron Moslehi · Johannes Rauwald · Marc Wenske
(Hrsg.)

Festschrift für
Klaus-Ulrich Ventzke

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

Zitiervorschlag: *Autor,* in: FS Ventzke

Festschrift für Klaus-Ulrich Ventzke
Herausgeber: Sina Aaron Moslehi, Johannes Rauwald, Marc Wenske
Anschrift: Rechtsanwalt Moslehi, Bachstraße 50, 22083 Hamburg
E-Mail: kontakt@festschrift-ventzke.de

Bezugsquelle: http://www.festschrift-ventzke.de/
ISBN: 978-3-00-088873-1

© 2026
Layoutvorlage: Dr. Stephan Schlegel

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

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

Klaus-Ulrich Ventzke

Inhaltsverzeichnis

Vorwort XI

STEPHAN BARTON
Kombinierte Entscheidungen in der Revisionsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 1

WERNER BEULKE
Die Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ ohne Erziehungsbedürftigkeit? 27

RÜDIGER DECKERS
Gedanken zum Beweisantrag, ein aussagepsychologisches und/oder psychiatrisches Gutachten zur Aussage eines Belastungszeugen in der Konstellation Aussage-gegen-Aussage einzuholen ... 45

KARSTEN GAEDE
Als befangen anzusehende Staatsanwälte – ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK? 63

MICHAEL GUBITZ
Rechtlicher Hinweis und Funktion der Anklage 107

OTMAR KURY
Zur Liebe im Leben großer Komponisten: *Mahler, Mozart, Brahms* und *Puccini* 127

PHILIP VON DER MEDEN / JES MEYER-LOHKAMP
Dokumentation und Rekonstruktion als Ausdruck einer angemessenen Fehlerkultur in der Strafjustiz 139

GERWIN MOLDENHAUER
Befangenheit und Ausschluss des Staatsanwalts oder „Hätten Sie den mit in die Sitzung genommen?“ 191

ANDREAS MOSBACHER
Divergenzen 215

SINA AARON MOSLEHI
Teileinstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO und Erörterungsmangel 229

ALI B. NOROUZI
Die „Lex Emminger“ von 1924 – Nachwirkungen eines Krisengesetzes 243

FRANZ SALDITT
Der Revolutionär vor Gericht 273

HARTMUT SCHNEIDER
Alte Zöpfe abschneiden – Bemerkungen zu klassischen Problemen bei der Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen..... 329

MAYA SCHÖNFELD
Seltenes Exemplar 359

JOHANN SCHWENN
Der Gegenstand der Beweisaufnahme in der Probation – eine Fehlerquelle im Wiederaufnahmeverfahren 361

GERHARD STRATE
Selbstjustiz 381

GERSON TRÜG / JÖRG HABETHA
Beweisantizipation im Beweisantragsrecht 387

MARC TULLY
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke als Richter 409

MARC WENSKE
Betrachtungen zur Hauptverhandlung im Revisionsverfahren 415

WOLFGANG WOHLERS
Beweise aus der Blackbox..... 443

Schriftenverzeichnis Klaus-Ulrich Ventzke 471

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber 479

Vorwort

Am 17. Juli 2023 feierte Rechtsanwalt *Klaus-Ulrich Ventzke* seinen 65. Geburtstag. Etwa zwei Jahre später gab er, nach 40 Jahren leidenschaftlicher Tätigkeit als Strafverteidiger, seine Zulassung als Rechtsanwalt zurück. Dies ist für Freunde und Weggefährten Anlass, den *Jubilar* mit einer Festschrift zu ehren und auf diese Weise Dank und Verbundenheit auszudrücken.

Klaus-Ulrich Ventzke wurde am 17. Juli 1958 in Neumünster geboren. Er wuchs mit seiner Familie auf in Hamburg-Harburg. Diesem Hamburger Stadtteil südlich der Elbe blieb er über die Jahre bis heute als bekennender Lokalpatriot[1] verbunden. Nach dem Abitur studierte er Jura an der Universität Hamburg. Schon in der Studentenzeit lernte er – anlässlich politischer Aktivitäten – seine spätere Ehefrau *Michaela Garn,* heute eine renommierte Ärztin, kennen. Für seinen Zugang zum Strafprozessrecht waren die Lehrveranstaltungen von Professor *Dr. Gerhard Fezer* besonders prägend. Dessen Werben, bei ihm eine Dissertation zum Strafrecht anzufertigen, lehnte er zwar ab, blieb dem Lehrstuhl aber über Jahre insbesondere als Korrekturassistent verbunden.

Im Anschluss trat er als Gerichtsreferendar in den Justizdienst der Freien und Hansestadt Hamburg ein. Im Zuge dessen absolvierte er seine Anwaltsstation im Büro von Rechtsanwalt *Gerhard Strate*. Dieser erkannte seine herausragenden Fähigkeiten und die *Klaus-Ulrich Ventzke* besonders prägenden Charakterzüge der Treue und Loyalität schon früh; so ließ er es sich nicht nehmen, ihn unmittelbar nach der Zweiten Juristischen Staatsprüfung einzustellen.

Fortan war *Klaus-Ulrich Ventzke* in Hamburg als Rechtsanwalt tätig; viele Jahre im schönen Büro an der Grindelallee 164 und später, seit 2003, in unmittelbarer Nähe zu den Hamburger Gerichten im Holstenwall. Rasch lag der

---

1 Vgl. nur „Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg-Harburg“, StV 1997, 543.

Schwerpunkt seines Wirkens auf dem Strafrecht, insbesondere auf dem Revisionsrecht. Dies entsprach in besonderer Weise seinen herausragenden analytischen und juristischen Fähigkeiten und er erarbeitete sich schnell einen bundesweiten Ruf als einer „der" deutschen Strafverteidiger im Revisionsverfahren. Der Versuch, die von ihm „erstrittenen" Entscheidungen – mit denen er die Interessen seiner Mandanten vor den Revisionssenaten durchgesetzt und zugleich nicht selten auch Anstöße zur Fortentwicklung des Strafrechts gegeben hat – an dieser Stelle vollständig zu erwähnen, muss angesichts ihrer hohen Zahl scheitern.

Ein solcher Versuch wäre im Übrigen auch nicht im Sinne des *Jubilars*. „Viel Getu"[2] hat *Klaus-Ulrich Ventzke* nämlich um sich trotz seiner anwaltlichen Erfolge und seiner beeindruckenden Liste an Veröffentlichungen nie gemacht. Er blieb – in wohltuendem Kontrast zum oftmals allzu pfauenhaftem Auftreten anderer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger – in seinem Privatleben wie im beruflichen Auftreten seiner protestantischen Erziehung entsprechend bescheiden und zurückhaltend; es ist sogar zu besorgen, dass ihm diese Festschrift – erst recht aber dieses Geleitwort – Unbehagen bereitet.

Dementsprechend konnten ihn Teilnehmende von hochkarätig besetzten Fachtagungen stets in den hinteren Reihen sitzend und die Vorträge hochinteressiert, kritisch, manchmal auch „KUV-typisch" kichernd, niemals aber herablassend kommentierend wahrnehmen; die vorderen Reihen überließ er gerne anderen. Ein Hochschullehrer bemerkte vor vielen Jahren hierzu: „Wer BGH-Richter ist, erkennt man auf diesen Tagungen daran, dass sie sich in die hinteren Reihen begeben, um *Klaus-Ulrich* zu begrüßen."

Auch bei privaten Kontakten schien seine christliche Prägung auf; etwa wenn *Klaus-Ulrich Ventzke* in Gesprächen beiläufig von Vereinen oder Initiativen berichtete und man (erst) durch Nachfragen herausfand, dass er zahlreiche von

---

2 Vgl. abermals *Ventzke,* Die Widerspruchslösung des BGH – Viel Getu um Nichts?, StV 1997, 543.

ihnen auch finanziell unterstützte. Bescheiden wies er dann wie selbstverständlich auf den heute fast in Vergessenheit geratenen „Zehnten“ hin.

Sein ausgeprägter innerer Kompass prägte auch die Auswahl seiner Mandate. Es waren nicht die aufsehenerregenden Großverfahren vor Schwurgericht und Wirtschaftsstrafkammer mit zahlungskräftigen Angeklagten, die ihn interessierten und die er überwiegend oder gar ausschließlich übernommen hätte. Durchdrungen von dem Gedanken, dass jeder Angeklagte unabhängig vom sozialen und wirtschaftlichen Status einen Anspruch auf bestmögliche Verteidigung gerade auch im Revisionsverfahren hat, nahm er – oftmals allein gegen den gesetzlichen Gebührensatz – wie selbstverständlich auch strukturell schwächer gestellte Angeklagte als Mandaten an und setzte sich für diese in gleicher Weise kraftvoll ein, wie für das wirtschaftlich lukrative Mandat.

„Viel Getu“ war seine Sache auch bei der Verteidigung in der Tatsacheninstanz nicht. Er trat höflich auf. Das Laute und Effekthascherische war und ist ihm fremd und gar zuwider. Dasselbe gilt für das „Sammeln von Angriffspunkten für die Revision“ in der tatgerichtlichen Hauptverhandlung, gar durch unaufrichtiges Prozedieren. Ihm kam es auf ein transparentes, faires Verfahren an, bei dem stets die beste Lösung für seinen Mandanten im Mittelpunkt stand. Diese suchte er mit scharfem Verstand, geschliffenen und – gelegentlich – auch scharfzüngigen Stellungnahmen und Anträgen im offenen Diskurs mit Gericht und Staatsanwaltschaft durchzusetzen.

Als Kollegen zeichnet ihn besonders aus, dass seine Tür für jede und jeden immer offenstand und er sich für jedes Anliegen Zeit nahm. Auf seinen rechtlichen, praktischen und strategischen Rat, den er immer sofort parat hat, ist stets Verlass. Er war der gute Geist des Büros und es interessierte ihn, was die Menschen um ihn bewegte. Ihn an seiner Seite zu haben und um seine Rückendeckung zu wissen, hat gerade den jüngeren Anwälten Mut und sie stark gemacht. Und wenn es stürmisch zuging, versprach es Ruhe und Sicherheit, sich zur gemeinsamen Analyse und zur Planung nächster Schritte zu ihm an den Schreibtisch zu setzen. Als Ausbilder – auch von vielen Referendarinnen und Referendaren – ging es ihm allein darum, sein Wissen weiterzugeben und

zu teilen, nie von oben herab und zugleich schonungslos ehrlich. Er vermittelte, dass anwaltliche Tätigkeit sachlich, präzise und von klarer Zielsetzung im Mandanteninteresse getragen sein muss. Er lebte vor, dass sich der Anwalt durch nichts und von keiner Seite korrumpieren lassen darf und eingreifen muss, wenn andere Verfahrensbeteiligte unsachlich oder gar missbräuchlich agieren.

Darüber hinaus setzte sich *Klaus-Ulrich Ventzke* über viele Jahre seines beruflichen Wirkens für übergeordnete Belange der Rechtspflege ein. Er war von November 1999 an Mitglied des Zweiten Senats des Anwaltsgerichtshofs der Freien und Hansestadt Hamburg; von 2004 bis 2012 dessen Vorsitzender.[3] Überdies setzte er sich von 2001 bis 2025 für die Belange der Juristenausbildung als Prüfer in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung beim Gemeinsamen Prüfungsamt der Länder Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg und Schleswig-Holstein ein. Die Protokollberichte von Kandidatinnen und Kandidaten der von ihm durchgeführten fast 100 mündlichen Prüfungen beschreiben ihn – wenig überraschend – durchgängig als „sehr angenehmen", „fairen", „netten" Prüfer, der „unabhängig von den Klausurnoten die Möglichkeit eröffnet, hohe Punkte zu erzielen."

Nun hat sich *Klaus-Ulrich Ventzke* von der Rechtsanwaltschaft, von der Prüfertätigkeit und als Verfasser scharfsinniger und stets instruktiver Aufsätze und Praxiskommentare, besonders aber vom Revisionsverfahren, verabschiedet. Die Revisionsbegründungen aus seiner Feder werden insbesondere den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs fehlen. Ein Impulsgeber und auch Herausforderer der Bundesjustiz geht. Seine Freunde und Wegbegleiter sind indes nicht bang, dass er des Ruhestands alsbald überdrüssig würde. Zu vielfältig sind die Interessen des Theaterbewunderers, Jazzanhängers, Schnelllesers, Osteseefans und Genießers der Leipziger Bachtage sowie der gehobenen Küche. Da sein Wohnsitz in Hamburg-Harburg indes (natürlich) fortbesteht, dürfen sie

---

[3] Hierzu im Einzelnen *Tully* in dieser Festschrift, S. 409 ff.

zugleich darauf hoffen, dass der persönliche Kontakt zu ihm und seiner lieben Frau, *Dr. Michaela Garn,* auch zukünftig nicht abreißt.

Sina Aaron Moslehi, *Johannes Rauwald* und *Marc Wenske*,
Hamburg und Leipzig, im August 2026

STEPHAN BARTON

Kombinierte Entscheidungen in der Revisionsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen

I. „… bringt alles Palaver dem Revidenten nichts“

Die moderne Revisionsrechtsprechung hat sich, wie *Klaus-Ulrich Ventzke* treffend kritisiert hat,[1] ein begriffliches Instrumentarium geschaffen, das es ihr ermöglicht, unabhängig vom Vortrag des jeweiligen Beschwerdeführers das dem Senat sachgerecht erscheinende Ergebnis herbeizuführen. Deshalb – so der bezeichnende Titel seines Beitrags – „… bringt alles Palaver dem Revidenten nichts“,[2] denn die Revisionsrechtsprechung orientiere sich weniger an der Einhaltung des förmlichen Rechts, sondern mehr am Gedanken der Effektivität der Strafrechtspflege.[3] Es gebe, so *Ventzke,* eine Tendenz der Senate zur Bevorzugung pragmatischer, d.h. der Effektivität der Strafverfolgung verpflichtender Gründe bei gleichzeitigem Zurückdrängen von Erwägungen, die der Einhaltung von Formvorschriften dienen.[4] Urteilsaufhebungen würden deshalb nicht allein davon abhängen, ob das Recht verletzt ist, sondern ob es

---

1 *Ventzke* NStZ 2011, 481 ff.

2 Vollständig lautet die Überschrift: „‘… bringt alles Palaver dem Revidenten nichts‘ – Beobachtungen zum Verhältnis von Revisionsgerichtsbarkeit und Strafverteidigung“. *Ventzke* greift hier in sarkastischer Weise ein Zitat aus dem von den (teils früheren) Bundesrichtern *Basdorf, Harms* und *Mosbacher* herausgegeben Werk von *Föhrig,* Kleines Strafrichterbrevier, 1. Aufl. (2008) auf. Dem veröffentlichten Beitrag ist dabei ein Vortrag auf dem 34. Strafverteidigertag vorausgegangen.

3 *Ventzke* NStZ 2011, 481, 485.

4 *Ventzke* NStZ 2011, 481, 485.

sich aus Sicht des Senats um ein „goldrichtiges“ oder „grottenschlechtes“ Urteil handelt.[5] *Ventzke* bringt in seinem Beitrag zahlreiche plastische Beispiele für diese pragmatische Handhabung des Revisionsrechts.

Daran möchte ich anknüpfen, aber mit einem etwas anderen Schwerpunkt. Denn während *Ventzke* an inhaltlichen Beispielen schildert, wie sich die Ergebnisorientierung der Revisionsrechtsprechung darstellt, soll nachfolgend behandelt werden, in welcher Form diese pragmatische Handhabung des Revisionsrechts besonders griffig Gestalt annehmen kann. Es geht dabei um die sog. kombinierten Entscheidungen, auch gemischte[6] oder gespaltene[7] Entscheidungen genannt, also um Revisionen, die zum Teil als offensichtlich unbegründet (gem. § 349 Abs. 2 StPO) verworfen, zum Teil aber auch als begründet zugunsten des Angeklagten (gem. § 349 Abs. 4 StPO) angesehen werden. Diese Erledigungsform – so meine These – scheint besonders geeignet zu sein, das von den Senaten gewünschte Ergebnis zu ermöglichen und zugleich die Ressourcen der Strafrechtspflege zu schonen.

Im Mittelpunkt meiner Betrachtung stehen empirische Daten zu kombinierten Entscheidungen in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH. Behandelt wird zum einen die offizielle Geschäftsstatistik des BGH, zum anderen werden vorläufige Befunde aus einer laufenden eigenen Studie zur Revisionsrechtsprechung aus dem Jahr 2022 präsentiert. Zuvor soll aber diese in der Prozessrechtswissenschaft kaum thematisierte Entscheidungsform näher betrachtet werden.

---

5 *Ventzke* NStZ 2011, 481, 485 f.

6 *Sander* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9 (2023), § 59 Rn. 137.

7 *Knauer/Kudlich* in MüKo, StPO, Bd. 3-2, 1. Aufl. (2019), § 349 Rn. 81.

II. Kombinierte Entscheidungen: Grundsätzliches

Ursprünglich waren in der RStPO von 1877 nur zwei Erledigungsformen für Revisionen vorgesehen; diese konnten entweder durch Urteil nach einer Hauptverhandlung entschieden oder durch Beschluss wegen Unzulässigkeit der Revision (§ 389 S. 1 und 2 RStPO) verworfen werden. Durch die *Lex Lobe*[8] aus dem Jahr 1922 wurde zusätzlich die Beschlussverwerfung als offensichtlich unbegründet („o.u.“) möglich (seinerzeit § 389 Abs. 1 S. 2 RStPO, aktuell § 349 Abs. 2 StPO). Und erst das Strafprozeßänderungsgesetz (StPÄG 1964) sah auch eine Urteilsaufhebung zugunsten des Angeklagten durch einstimmigen Beschluss vor (§ 349 Abs. 4 StPO). Die geltende StPO nennt nur diese vier Entscheidungsformen – nicht aber die kombinierten Entscheidungen. Der Gesetzgeber bezweckte mit dem StPÄG 1964 eine Verbesserung der Rechtsstellung des Angeklagten im Revisionsrecht;[9] an die Möglichkeit von Kombinationsentscheidungen hat er gewiss nicht gedacht.[10] Gleichwohl wird diese Erledigungsform für Revisionen von der Rechtsprechung und Kommentarliteratur weitgehend für zulässig und unproblematisch angesehen, sofern es sich um jeweils eigenständig zu beurteilende Teile des angefochtenen Urteils handelt,[11] was beispielsweise dann der Fall sei, wenn der angefochtene Schuldspruch bestätigt, aber der Strafausspruch aufgehoben werde. Kombinierte Entscheidungen finden sich deshalb auch wie selbstverständlich in der

---

8 Vgl. *Rosenau* ZIS 2012, 195 ff.

9 Vgl. *Wattenberg* NStZ 1999, 95, 96.

10 Vgl. *Seibert* NJW 1966, 1064, 1065: *„[…] eine Variante, die dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt haben mag.“*

11 Vgl. etwa *Knauer/Kudlich* in MüKo, StPO, Bd. 3-2, 1. Aufl. (2019), § 349 Rn. 81; *Franke* in LR, StPO, Bd.7/2, 26. Aufl. (2013), § 349 Rn. 38; *Wohlers* in SK, StPO, Bd. V, 5. Aufl. (2016), § 349 Rn. 57.

amtlichen Geschäftsstatistik des BGH gleichrangig neben den anderen im Gesetz genannten Erledigungsformen wieder.[12]

In Wissenschaft und Praxis wurde nur kurzfristig nach deren ersten Auftreten die Frage nach der Zulässigkeit kombinierter Entscheidungen gestellt.[13] Das Hanseatische Oberlandesgericht wandte offenbar schon unmittelbar nach der Kodifizierung von § 349 Abs. 4 StPO Kombinationsentscheidungen an.[14] Zwar, so rechtfertigte das HansOLG dies, sei eine Verbindung von Teilaufhebung eines Urteils und Verwerfung im Beschlusswege nicht ausdrücklich vorgesehen; Wortlaut und Sinn der Regelung in § 349 Abs. 2 und 4 StPO stünden einer derartigen Kombination jedoch nicht entgegen.[15] Ähnlich argumentierte später der BGH, als er auf die in einer Gegenvorstellung geäußerte Kritik gegen eine kombinierte Entscheidung, wonach der Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO (die *Revision* als Ganze müsse offensichtlich unbegründet sein) es begrifflich nicht zulasse, nur Teile einer Revision als offensichtlich unbegründet zu behandeln, entgegnete, auch durch eine *„beschränkte Verwerfungsentscheidung werde begrifflich ‚die Revision' (teilweise) verworfen, nicht eine einzelne Rüge."*[16] Die beiden genannten Entscheidungen wie auch die aktuelle Rechtsprechung eint dabei der Gedanke, dass kombinierte Entscheidungen der *„Verfahrenswirtschaftlichkeit"*[17] bzw. *„der Vereinfachung und Entlastung der Revisionsgerichte"*[18] dienten. Das BVerfG hat keinen Anstoß an einer kombinierten Erledigung

---

12 Geschäftsstatistik der Strafsenate, veröffentlicht unter https://www.bundesgerichtshof.de/, dort unter „Service" / „Statistik".

13 So auch BGHSt 43, 31, 32 unter Hinweis auf *Sax* in KMR, StPO, 6. Aufl., § 349 Anm. 3 e; *Schmidt* in Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachtragsband I (1967), § 349 Rn. 10.

14 HansOLG NJW 1965, 2417 ff.

15 HansOLG NJW 1965, 2417, 2418.

16 BGHSt 43, 31, 33; kritisch dazu *Wattenberg* NStZ 1999, 95 ff.

17 HansOLG NJW 1965, 2417, 2418.

18 BGHSt 43, 31, 32.

genommen; eine gegen BGHSt 43, 31 eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.[19]

III. Empirische Daten

1. Geschäftsstatistik der Strafsenate des BGH

Fragt man danach, wie häufig kombinierte Entscheidungen erfolgen und wie sich diese in den vergangenen Jahren entwickelt haben, kann man – bezogen auf den BGH – auf die jährlichen amtlichen Geschäftsstatistiken der Strafsenate zurückgreifen.[20] Diese stellt Daten für die Jahre von 2006 bis 2023 zur Verfügung. Zusätzlich zu diesen publizierten Daten kann ferner für die Jahre 2002 bis 2005 auf Daten zurückgegriffen werden, die zwar aktuell nicht online stehen, aber in gedruckter Form vorhanden sind.[21]

Dabei ist allerdings in Rechnung zu stellen, dass diese Statistik Verfahren – also nicht einzelne Revisionen – zählt und keine Aussagen über die jeweiligen Beschwerdeführer trifft. Die Daten sind insofern, wie an anderer Stelle ausgeführt wurde,[22] strukturell verzerrt und unvollständig. Trotz dieser Einschränkungen gestattet die amtliche Statistik einen ungefähren Überblick zur Bedeutung kombinierter Entscheidungen im Verhältnis zu allen Erledigungen durch die Senate und – da die Verzerrungsfaktoren gleichbleiben – auch einen Eindruck von der Entwicklung dieser Erledigungsform über die Jahre hinweg.

---

19 Laut *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 349 Rn. 32.

20 Veröffentlicht unter https://www.bundesgerichtshof.de/, dort unter „Service“ / „Statistik“.

21 Letztere wurden im Zuge einer früheren empirischen Studie am Lehrstuhl kodiert.

22 *Barton* in Festschrift für Kühne (2013), S. 141 f.; *Barton* StRR 2014, 404, 407.

a) Bedeutung und Gesamtentwicklung

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Entwicklung der kombinierten Entscheidungen bezogen auf alle Senate und den gesamten Zeitraum von 2002 bis 2023.[23]

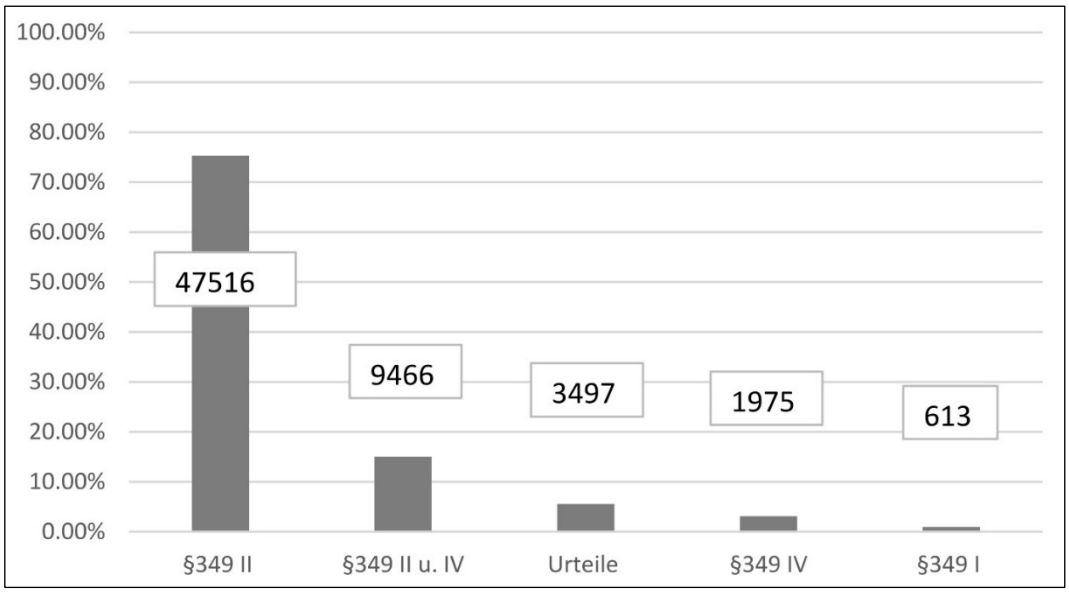


Abbildung 1: Erledigungsformen von Revisionen – Strafsenate des BGH 2002–2023

Deutlich wird zunächst, dass an erster Stelle der Revisionserledigungen durch die Strafsenate des BGH die volle Verwerfung als offensichtlich unbegründet gem. § 349 Abs. 2 StPO steht. 75,34 Prozent aller Revisionsverfahren enden auf diese Weise. Schon an zweiter Stelle, wenngleich mit deutlichem Abstand, folgen die kombinierten Entscheidungen (15,01 Prozent). Aber nicht nur die Position an zweiter Stelle belegt die Bedeutung dieser Erledigungsform, sondern noch mehr der Umstand, dass alle anderen Entscheidungsformen – angefangen von Urteilen, über Beschlussaufhebungen zugunsten Angeklagter

[23] Für Unterstützung bei der statistischen Aufarbeitung danke ich *Jakub Teobald*; für konstruktive Hilfe gilt mein Dank *Rosalie Groh*.

sowie Beschlussverwerfungen als unzulässig – deutlich dahinter bleiben und selbst zusammengenommen weniger Quantität aufweisen als die kombinierten Entscheidungen. Das gilt auch für das Jahr 2022, das nachfolgend noch genauer betrachtet wird. Laut Geschäftsstatistik wurden hier von insgesamt 2903 Revisionsverfahren 2083 als o.u. behandelt (70,03 Prozent); 579 (20,56 Prozent) endeten mit kombinierten Entscheidungen, 159 durch Urteile (5,48 Prozent), 88 gemäß § 349 Abs. 4 StPO (3,03 Prozent) und 26 als unzulässig (0,9 Prozent).

Während die Entwicklung der Gesamtzahlen an Revisionsverfahren – jedenfalls in den letzten Jahren – keinen eindeutigen Trend erkennen lässt, sondern stets im Bereich von 2726 bis 3095 Verfahren liegt, bewegt sich die Anzahl der kombinierten Entscheidungen deutlich nach oben: In den Jahren zwischen 2002 und 2009 lagen die Zahlen noch stets unter 400, zum Teil deutlich darunter. In der Zeit ab 2019 liegen sie dagegen mit einer Ausnahme (2022: 597) stets über 600. Das spiegelt sich auch in den Prozentwerten wider: Im Zeitraum von 2004 bis 2006 entfielen kombinierte Entscheidungen auf weniger als 10 Prozent der Gesamterledigungen; seit 2019 sind es immer mehr als 20 Prozent.

Die nachfolgende Abbildung 2 belegt den Anstieg der kombinierten Entscheidungen (untere Linie). Zum Vergleich sind die Erledigungen von Revisionen als offensichtlich unbegründet gem. § 349 Abs. 2 StPO aufgeführt (mittlere Linie). Dadurch wird erneut deutlich, dass der Großteil der Revisionen als offensichtlich unbegründet verworfen wird. Ferner zeigt sich, dass sich die Entwicklung der beiden Erledigungsformen reziprok verhält; die Zunahme der kombinierten Entscheidungen erfolgt auf Kosten abnehmender Erledigungen von Revisionen als offensichtlich unbegründet. Die Addition der beiden Prozentwerte ergibt nahezu konstante Werte (obere Linie).

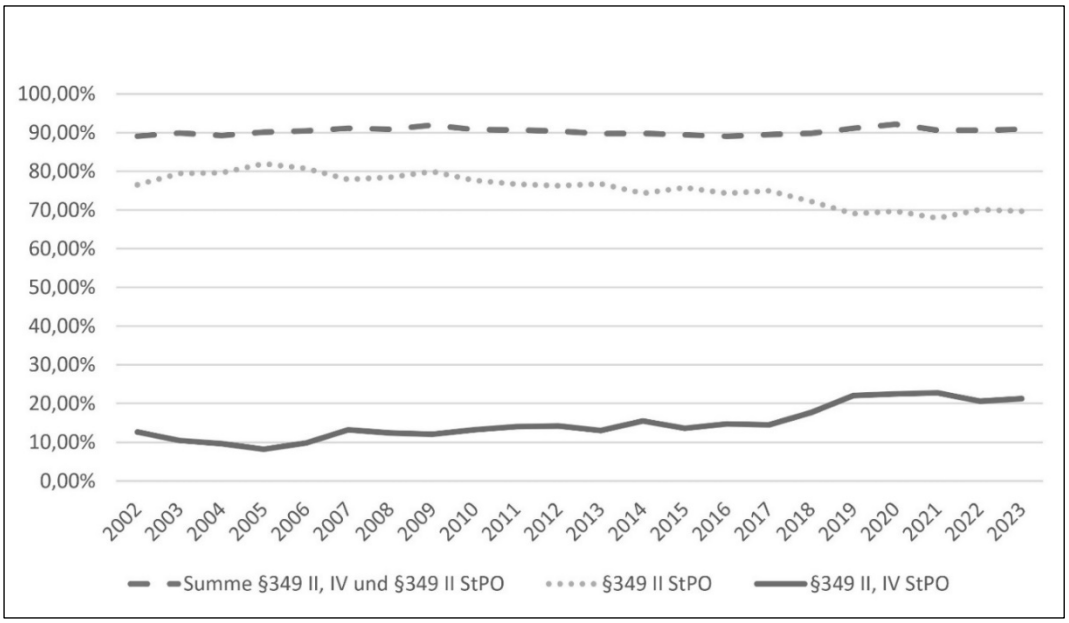


Abbildung 2: Entwicklung der kombinierten Entscheidungen im Vergleich zu Beschlussverwerfungen als o.u. gemäß § 349 Abs. 2 StPO (alle Senate)

b) Senatsspezifika

Kombinierte Entscheidungen kommen in den einzelnen Senaten, wie die nachfolgende Abbildung 3 zeigt, unterschiedlich häufig vor.

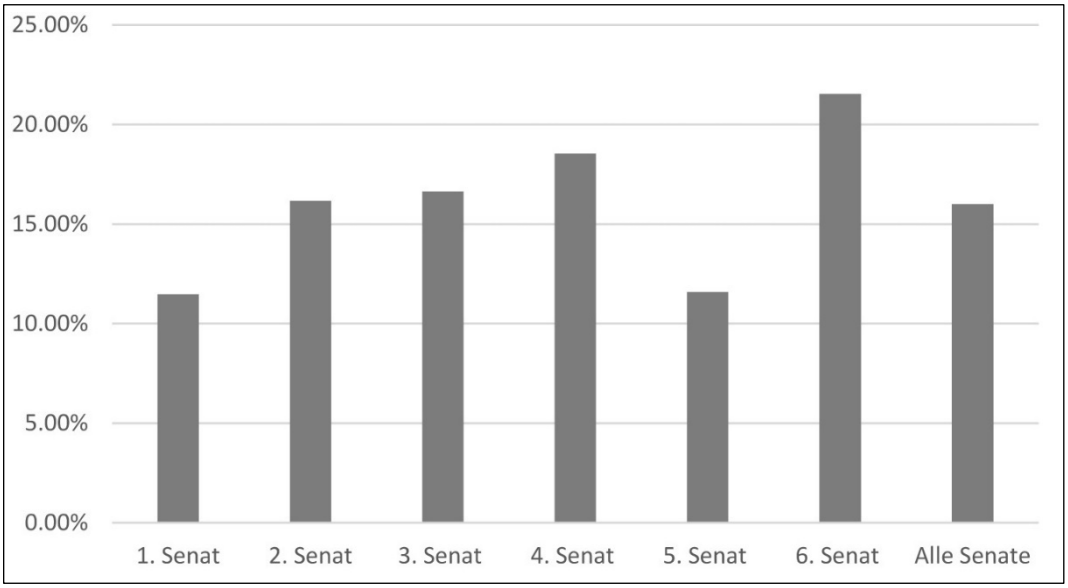


Abbildung 3: Häufigkeit kombinierter Entscheidungen bei den einzelnen Strafsenaten (2002–2023)

Die Werte beim 6. Strafsenat fallen besonders hoch aus (21,5 Prozent); allerdings sind diese Zahlen insofern verzerrt, weil es diesen Senat erst seit 2020 gibt und in dieser Zeit auch der Anteil kombinierter Entscheidungen bei den anderen Senaten hoch lag. Was die anderen fünf Senate betrifft, lassen sich deutliche Unterschiede insofern feststellen, als es drei Senate gibt, bei denen in der fraglichen Zeit in jeweils mehr als 16 Prozent kombinierte Entscheidungen erfolgten (2., 3. Strafsenat, beim 4. Strafsenat sogar in mehr als 18 Prozent), beim 1. sowie 5. Strafsenat dagegen seltener, nämlich unter 12 Prozent. Es scheint also senatsspezifische Affinitäten hinsichtlich der Anwendung kombinierter Entscheidungen zu geben.

Die Unterschiede zwischen den Senaten zeigen sich auch im schon erwähnten Jahr 2022, dabei besonders deutlich im Vergleich des 4. mit dem 5. Strafsenat. Beim 4. Strafsenat fielen 109 kombinierte Entscheidungen an, was

24,4 Prozent der Erledigungen entspricht, beim 5. Strafsenat endeten dagegen nur 73 Verfahren mit diesen Erledigungen (13,9 Prozent).[24]

2. Eigene empirische Studie

Die BGH-Statistik weist zwar justizstatistische Angaben zu kombinierten Entscheidungen auf, aber es bleibt nicht nur – wie geschildert – offen, wie viele Revisionen davon betroffen sind, sondern auch, was sich inhaltlich dahinter verbirgt. Insbesondere gestattet die Geschäftsstatistik keine validen Aussagen dazu, welchen Erfolgsumfang kombinierte Entscheidungen im konkreten Fall hatten. Bei ihr handelt es sich um eine Erledigungsstatistik zu Revisionsverfahren, also in gewisser Weise um Arbeitsnachweise der Senate, nicht um eine Erfolgsstatistik von Revisionen aus Sicht der Beschwerdeführer.

Die daraus entstehenden Wissenslücken, was den Erfolgsumfang von Kombinationsentscheidungen im Hinblick auf die Revisionen der verschiedenen Beschwerdeführer betrifft, werden auch nicht durch die empirische Studie von *Basdorf* über die *„Aufhebungspraxis der Strafsenate des BGH 2015 bis 2019“* geschlossen.[25] Denn seine Angaben, die auf einer von ihm selbst vorgenommenen Auswertung der „Montagspost“[26] beruhen, differenzieren nicht zwischen den verschiedenen Erledigungsformen und lassen deshalb keine konkreten Angaben zu kombinierten Entscheidungen zu.[27] Allerdings wird durch die Studie deutlich, dass keinesfalls alle in der BGH-Statistik unter *„Aufhebungen*

---

24 Bei den anderen Senaten ergeben sich folgende Werte: 1. Strafsenat 110 kombinierte Entscheidungen (24,7 Prozent); 2. Strafsenat 112 (21,9 Prozent); 3. Strafsenat 83 (18,5 Prozent); 6. Strafsenat 110 (20,9 Prozent).

25 *Basdorf* NStZ 2022, 399 ff.

26 Es handelt sich dabei um die wöchentlich bekannt gegebenen begründeten Entscheidungen des BGH; vgl. *Basdorf* NStZ 2022, 399.

27 Zudem basieren sie auf Revisionsverfahren und nicht auf Revisionen; ferner unterscheiden sie nicht zwischen den einzelnen Revisionsführern; dazu sowie zu weiteren Besonderheiten der Studie vgl. *Basdorf* NStZ 2022, 399.

gem. § 349 Abs. 2 und 4 StPO" genannten Erledigungen sich der Sache nach als tatsächliche Änderungen des angefochtenen Urteils aus Sicht des Revisionsführers darstellen. Basdorf nennt in diesem Zusammenhang bloße Schuldspruchänderungen (bspw. Streichung von Einzelstrafen bei aufrechterhaltener Gesamtstrafe) sowie minimale Abänderungen (bspw. Verschiebung der Adhäsionsverzinsung, Ergänzung der Gesamtschuldner-Eigenschaft bei Einziehung), die von ihm – im Gegensatz zur BGH-Kategorisierung – nicht als Teilaufhebungen gewertet wurden.[28]

a) Forschungsdesign, Datenerlangung, Grundgesamtheit

In einer eigenen empirischen Studie wird zurzeit die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen analysiert. Ziel ist dabei, möglichst umfassend aussagekräftige und aktuelle Daten zu erheben. Dazu werden Revisionen, die im Jahr 2022 bei den Strafsenaten eingegangen sind, kodiert und inhaltlich ausgewertet.[29] Die Studie ist noch nicht abgeschlossen. Auf der Basis der ersten Hälfte der 2022 eingegangenen Revisionen kann nachfolgend ein erster ungefährer Überblick zu kombinierten Entscheidungen gegeben werden.[30] Es handelt sich bei dieser ersten Hälfte um 738 kodierte Revisionsentscheidungen, denen 567 Revisionsverfahren zugrunde liegen. Soweit nachfolgend konkrete

---

28 *Basdorf* NStZ 2022, 399.

29 Die Auswertung basiert primär auf den veröffentlichten Entscheidungen der Strafsenate auf der Homepage des BGH. Das Vorgehen entspricht dabei im Wesentlichen dem von *Basdorf*; vgl. *Basdorf* NStZ 2022, 399. Im Gegensatz zu *Basdorfs* Studie erfolgt allerdings eine beschwerdeführerspezifische Auswertung auf der Grundlage von Revisionen (also nicht von Verfahren).

30 Die Einschränkung „ungefähr" bezieht sich abgesehen von den in der vorangegangenen Fußnote genannten Punkten auch darauf, dass es sich nur um einen halben Jahrgang handelt. Deshalb wird nachfolgend bei Prozentangaben auf die Nennung von Ziffern nach dem Komma verzichtet.

Prozentwerte genannt werden, beziehen sich diese, soweit nichts anderes genannt wird, stets auf diesen halben Jahrgang 2022.

b) Kombinierte Entscheidungen – erster Überblick

Kombinierte Entscheidungen stehen an erster Stelle der mit Gründen versehenen Revisionsentscheidungen der Strafsenate; fast jede zweite Revision, die nicht ohne jede Begründung als o.u. verworfen wurde, basiert auf dieser Erledigungsform (359 von 738, 49 Prozent). Die anderen Entscheidungsformen treten dahinter deutlich zurück; als unzulässig wurden 21 Revisionen verworfen (3 Prozent), als o.u. 190 (26 Prozent); zugunsten des Angeklagten wurden 55 Revisionen durch Beschluss erledigt (7 Prozent) und durch Urteil 110 (15 Prozent).

Vergleicht man diese Werte mit der BGH-Geschäftsstatistik für 2022, erscheinen sie stimmig zu sein. Die Geschäftsstatistik weist 597 Kombinationsentscheidungen aus; bezogen auf die Hälfte des Jahrgangs wären das nicht ganz 300 Erledigungen. Die Differenz zu 359 Fällen der vorliegenden Studie lässt sich mit der unterschiedlichen Zählweise erklären, nämlich Verfahren einerseits, Revisionen andererseits (Faktor hier: 1,2).

Betrachten wir zunächst die kombinierten Entscheidungen im Hinblick auf die jeweiligen Beschwerdeführer und Senate.

Angesichts des Wortlauts von § 349 Abs. 4 StPO ist es nicht verwunderlich, dass kombinierte Entscheidungen nahezu ausschließlich bei Angeklagtenrevisionen anfallen. Nur in einer Entscheidung geht es um eine StA-Revision

(nämlich BGH 3 StR 177/22[31]); zwei weitere betreffen Einziehungsbeteiligte (BGH 3 StR 175/22[32]; BGH 5 StR 164/22[33]).[34]

Während bei der Betrachtung der Geschäftsstatistik für das Jahr 2022 erkennbare Unterschiede zwischen den Senaten insofern festgestellt werden konnten, als der 1. sowie der 4. Strafsenat relativ hohe Quoten an Kombinationsentscheidungen verzeichneten, der 3. und 5. Strafsenat dagegen eher niedrige, stellt sich das auf der Grundlage der eigenen Studie einstellende Bild anders dar. Überdurchschnittlich hohe Quoten weisen hier der 2. und 3. Strafsenat (mit 56 bzw. 51 Prozent) auf, unterdurchschnittliche dagegen der 5. und 6. Strafsenat (44 bzw. 43 Prozent). Übereinstimmung besteht also nur hinsichtlich des 5. Strafsenats, der 3. Strafsenat befindet sich dagegen – je nach Statistik – in konträren Bereichen.[35]

Fragt man danach, welche Delikte den Revisionen zugrunde liegen, die durch kombinierte Entscheidungen erledigt wurden, überrascht der hohe Anteil von Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz (42 Prozent). An zweiter Stelle stehen Eigentums- und Vermögensdelikte (27 Prozent) und an dritter Stelle Sexualstraftaten (10 Prozent).

Der Umfang der Entscheidungen weist große Spannen auf. Ein großer Teil kombinierter Erledigungen erfolgt auf zwei bis drei Seiten. Es gibt aber auch nicht nur vereinzelt einseitige Entscheidungen, in denen teilweise sogar ohne

---

31 BGH 3 StR 177/22, Beschluss v. 8. September 2022 = HRRS 2022 Nr. 1076.

32 BGH 3 StR 175/22, Beschluss v. 22. September 2022 = HRRS 2022 Nr. 1207.

33 BGH 5 StR 164/22, Beschluss v. 26. September 2023 = HRRS 2023 Nr. 1345.

34 Die Erledigung von zuungunsten des Angeklagten eingelegten Revisionen auch zu dessen Gunsten ergibt sich aus § 301 StPO und wird vom BGH auch bei kombinierten Entscheidungen für zulässig gehalten; vgl. *Sander* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9 (2023), § 59 Rn. 138.

35 Die Diskrepanzen werden sich wohl erst dann klären lassen, wenn der ganze Jahrgang kodiert und im Hinblick auf alle Revisionen (nicht Verfahren) ausgewertet ist.

inhaltliche Begründungen einfach eine andere Tenorierung erfolgt; umgekehrt existieren Kombinationsentscheidungen, die 25, 27, 29 oder gar 33 Seiten Umfang aufweisen, wobei allein schon der Beschlusstenor zwei Seiten umfassen kann. In den letztgenannten Fällen fließen häufig eigene Sachentscheidungen sowie ausdrücklich der Prozessökonomie[36] dienende Einstellungen nach dem Opportunitätsprinzip (insbesondere Einstellungen gemäß § 154[a] Abs. 2 StPO) in die kombinierten Entscheidungen ein.[37]

c) Verwerfungsteil (§ 349 Abs. 2 StPO)

Was den § 349 Abs. 2 StPO betreffenden Teil der kombinierten Entscheidungen betrifft, lassen die Beschlüsse die konkreten Gründe für die Verwerfung meist im Dunkeln. Es heißt in den Senatsentscheidungen so oder ähnlich:

> *„Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO."*[38]

> *„Die […] Revision des Angeklagten erzielt lediglich den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. [..] Den Verfahrensrügen bleibt aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts der Erfolg versagt."*[39]

---

36 Von *„Gründen der Prozessökonomie"* bzw. im *„Interesse der Prozessökonomie"* spricht der BGH selbst bspw. in BGH 2 StR 168/22, Beschluss v. 2. März 2023 = HRRS 2023 Nr. 765 bzw. BGH 4 StR 133/22 v. 21. Juni 2022 = BeckRS 2022, 17189.

37 In 16 von 354 Revisionen erfolgte eine Einstellung gem. § 154(a) StPO; §§ 153 ff. StPO wurden in 2 Fällen angewandt; weitere Einstellungen erfolgten u.a. nach § 206a StPO.

38 BGH 2 StR 243/22, Beschluss v. 12. Oktober 2023 = HRRS 2024 Nr. 83.

39 BGH 6 StR 256/22, Beschluss v. 18. April 2023 = HRRS 2023 Nr. 1038.

Derartige Formulierungen stellen den Normalfall dar. Die Gründe für die Teilverwerfung erschließen sich – wenn überhaupt – nur aus der Kenntnis des Verwerfungsantrags des Generalbundesanwalts. Die Entscheidungen lassen für den Leser deshalb auch weitgehend offen, ob und womit die Sachrüge ggf. spezifiziert wurde; die Ursachen für deren Scheitern werden kaum einmal referiert. Mitgeteilt wird dagegen zuweilen, dass die Verfahrensrüge nicht ausgeführt wurde.

Sofern der Senat eigene Sachentscheidungen trifft, stellt sich stets die Rechtsfrage, ob in der Schuldspruchänderung durch das Revisionsgericht eine Verletzung des § 265 StPO liegt. Der BGH geht darauf regelmäßig ein, wobei aber der Eindruck, dass dies „formelhaft" geschieht, gelegentlich nicht von der Hand zu weisen ist.[40] Man findet insofern „Textbausteine", die wie folgt lauten:

> *„Die Vorschrift des § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, denn der Angeklagte hätte sich nicht anders als geschehen verteidigen können."*[41]

> *„Der Schuldspruch ist entsprechend § 354 Abs. 1 StPO zu ändern. Die Vorschrift des § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können."*[42]

Es gibt aber auch vereinzelte Ausnahmen: In 18 Revisionen wird nicht nur formelhaft auf Verfahrensrügen eingegangen und zweimal werden in

---

40 Vgl. *Hamm/Pauly*, Die Revision in Strafsachen, 8. Aufl. (2020), Rn. 1767.

41 BGH 4 StR 306/22, Beschluss v. 1. März 2023 = HRRS 2023 Nr. 559.

42 BGH 3 StR 230/22, Beschluss v. 30. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 161.

dezidierter Weise vom Revisionsführer ins Spiel gebrachte Sachrügen mit konkreten inhaltlichen Ausführungen zurückgewiesen. Häufiger werden allerdings materiell-rechtliche Problematiken angesprochen, bei denen offenbleibt, ob sie durch den Beschwerdeführer, den Generalbundesanwalt oder den Senat angestoßen wurden.

Sicherlich hängt die Verwerfung eines Teils einer Revision von der Güte der Revisionsbegründung und der Berechtigung der erhobenen Rügen ab. Aber so, wie die Senate die Teilverwerfungen regelmäßig begründen bzw. eine Begründung unterlassen, kann der Einschätzung von *Ventzke* nicht widersprochen werden, dass *„nicht das Revisionsvorbringen […], sondern der eigene […] Eindruck des Revisionsgerichts […] über das Schicksal der Revision“* entscheidet.[43]

d) Aufhebungsteil (§ 349 Abs. 4 StPO): Zurückverweisungen, „Durchentscheiden“

Wird ein Urteilsteil vom Revisionsgericht aufgehoben, so muss darüber neu entschieden werden. Das kann durch Zurückverweisung an den neuen Tatrichter geschehen (§ 354 Abs. 2 StPO) oder durch eine eigene Sachentscheidung des Senats (§ 354 Abs. 1, Abs. 1a sowie Abs. 1b StPO) bzw. durch eine Mixtur aus Zurückverweisung und eigener Sachentscheidung. Auffallend bei den Kombinationsentscheidungen ist, dass in rund der Hälfte der Fälle (51 Prozent) überhaupt keine Zurückverweisung erfolgt. Hier werden also die Strafverfahren vollständig beim BGH beendet; kein Tatgericht hat sich erneut mit der Sache zu befassen.

Bei der anderen Hälfte der kombinierten Entscheidungen (49 Prozent) kommt es zu einer teilweisen Zurückverweisung, und zwar in 31 Prozent ohne und in 18 Prozent mit eigener Sachentscheidung des Senats – und natürlich nie zu einer vollständigen Zurückverweisung.

---

43 *Ventzke* NStZ 2011, 481, 485.

Dabei bleiben auch bei einer Zurückverweisung die tatsächlichen Feststellungen häufig bestehen (rund 30 Prozent);[44] es muss also keine neue Beweisaufnahme durch das Instanzgericht erfolgen. In rund einem Viertel der zurückverwiesenen Verfahren sind nur die Feststellungen zum Rechtsfolgenausspruch neu zu klären. Beim Rest sind Feststellungen zum Schuldspruch teilweise oder vollständig betroffen.

Eigene Sachentscheidungen der Senate prägen vielfach das Bild der kombinierten Erledigungen. Bei 216 Revisionen wird vollständig oder teilweise durchentschieden. Dabei spielen die in § 354 Abs. 1, Abs. 1a sowie Abs. 1b StPO gesetzlich kodifizierten Formen eigener Sachentscheidungen eine verschwindend geringe Rolle; fast immer wenden die Senate dagegen – wie der Bundesrichter a.D. *Sander* dies formuliert – *„§ 354 Abs. 1 StPO in vielfältiger und mitunter recht großzügiger Weise* ***analog*** *an“*.[45] Dahinter stehen ersichtlich pragmatische bzw. verfahrensökonomische Erwägungen. Ein *„Durchentscheiden“*[46] erfolgt, wenn aus Sicht des Senats *„ein bestimmtes Ergebnis rechtlich zwingend wäre.“*[47]

e) Aufhebungsgründe und Umfang

Die Gründe für Teilaufhebungen liegen fast ausschließlich im materiellen Recht; nur hin und wieder gibt es Kombinationsentscheidungen, die infolge von Rechtsverletzungen im Bereich des Strafprozessrechts erfolgen. In der

---

44 Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Angaben auf nur 171 ausgewerteten Verfahren beruhen.

45 *Sander* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9 (2023), § 59 Rn. 66 (Fettdruck im Original kursivgesetzt).

46 Zum „Durchentscheiden“ vgl. *Hamm/Pauly*, Die Revision in Strafsachen, 8. Aufl. (2020), Rn. 1767 f.

47 Vgl. *Hamm/Pauly*, Die Revision in Strafsachen, 8. Aufl. (2020), Rn. 1766.

eigenen Studie war das bei acht Revisionen der Fall (3 Prozent[48]); hier ging es jeweils um relative Revisionsgründe – nie um eine Aufhebung wegen eines absoluten Revisionsgrundes.[49] Der Einfluss, den Anwälte über die Erhebung von Verfahrensrügen nehmen, bleibt bei kombinierten Entscheidungen also gering. Bei den auf die Verletzung sachlichen Rechts gründenden Aufhebungen bedarf es dagegen keiner spezifizierten Revisionsrüge; hier können die Senate selbst tätig werden. Das geschah bei Kombinationsentscheidungen in der Weise, dass die Senate in 41 Fällen (14 Prozent) Subsumtionsfehler (bezogen auf den Schuldspruch) bejahten und bei 12 Revisionen (4 Prozent) erweiterte Revisionsgründe (Beweiswürdigung, Widersprüche, Lücken usw.)[50] zum Tragen kamen. Der Mehrzahl der Fälle (212 Fälle, 71 Prozent) lagen aber Fehler im Bereich der Konkurrenzen und Rechtsfolgenbestimmung (Strafausspruch, aber auch Maßregeln und Nebenentscheidungen, speziell auch Einziehungsentscheidungen) zugrunde.[51]

Zum Aufhebungsumfang: In sieben Achteln der kombinierten Entscheidungen bleibt der vom Tatgericht ausgesprochene Schuldspruch unangetastet. Nur in 13 Prozent der kombinierten Entscheidungen werden also Teile des Schuldspruchs aufgehoben.

Der Rechtsfolgenausspruch wird häufiger aufgehoben; in mehr als der Hälfte (52 Prozent) wird dieser – voll oder teilweise – korrigiert. Es gibt Entscheidungen, in denen der gesamte Rechtsfolgenausspruch aufgehoben wird, aber das ist eher selten. Häufiger geht es um abtrennbare Teile, wie beispielsweise die Aufhebung von Einzelstrafen (was keinesfalls zwangsläufig zum Wegfall

---

48 Bezogen auf die Kombinationsentscheidungen mit Aufhebungen (N = 298).

49 Dazu wurde ein Verfahrenshindernis bei 9 Revisionen bejaht; hier erfolgt die Prüfung von Amts wegen, also ohne das Erfordernis einer Verfahrensrüge.

50 Vgl. zur erweiterten Revision aus empirischer Sicht *Barton* in Festschrift für Fezer (2016), S. 333 ff.

51 Sonstige auf materiellem Recht gründende Aufhebungen bei 33 Revisionen (1 Prozent).

der Gesamtstrafe führt) sowie um Maßregeln der Besserung und Sicherung (besonders häufig § 64 StGB). Ferner kann es bei diesen Teilkorrekturen des Urteils um Adhäsionsentscheidungen, die Reihenfolge von Vollstreckungen, Anrechnung von im Ausland erlittener Haft usw. gehen.

Dabei handelt es sich nicht selten um Petitessen, wie beispielsweise die Feststellung, dass ein Angeklagter als Gesamtschuldner bei der Vermögensabschöpfung haftet, die Änderung einer Einziehungsentscheidung um ein Gramm Kokain oder wirklich marginale Korrekturen, wie etwa das Aufschieben der Verzinsung bei Adhäsionsansprüchen um einen Tag.[52]

In überraschend häufiger Weise geht es dabei ausschließlich um die Korrektur von Einziehungsentscheidungen.[53] In nicht weniger als 23 Prozent aller Kombinationsentscheidungen bildet eine Änderung im Bereich der Einziehungsvorschriften den alleinigen Grund der Teilaufhebung. In weiteren 18 Prozent treten (Teil-)Aufhebungen der Einziehungsentscheidungen neben sonstige Teilaufhebungen. Die den Tatgerichten unterlaufenen und von den Strafsenaten korrigierten Fehler können dabei normativ-grundsätzlicher Art sein; es kann aber auch um banale Rechenfehler sowie Kleinstbeträge gehen. In BGH 3 StR 337/22 wurde die Einziehung um 10,85 Euro korrigiert (von 476.332,38 Euro);[54] in BGH 3 StR 361/22 lag ein *„Additionsfehler zum Nachteil des Angeklagten in Höhe von 0,33 Euro“* vor.[55]

Diese Korrekturen werden regelmäßig durch Antragsschriften des GBA vorbereitet, wovon „Einrücker“ in den Beschlussbegründungen zeugen.

---

52 BGH 2 StR 7/22, Beschluss v. 8. Februar 2023 = HRRS 2023 Nr. 527.

53 So schon *Basdorf* NStZ 2022, 399, 400 sowie 403 ff. (*„Vermögensabschöpfung“*). Neuerdings scheint er diese intensive Beschäftigung der Senate mit Fragen der Einziehung resignativ zu beklagen und fragt sich, *„ob auf dieser Materie nicht doch allzu viele Revisionen dem Kernbereich der Strafjustiz verloren gehen könnten“*; *Basdorf* in Festschrift für Schwenn (2024), S. 33, 47.

54 BGH 3 StR 337/22, Beschluss v. 30. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 169.

55 BGH 3 StR 361/22, Beschluss v. 5. April 2023 = HRRS 2023 Nr. 649.

f) Revisionserfolge

Die Einordnung, ob ein Revisionserfolg vorliegt und falls ja, in welchem Umfang, steht den Kombinationsentscheidungen nicht auf die Stirn geschrieben. Es bedarf dazu einer wertenden Betrachtung. Diese erfolgt nachfolgend einerseits auf der Grundlage der Kostenentscheidungen in den jeweiligen Beschlüssen sowie andererseits aufgrund eigener Bewertungen.

Bei einer teilweise erfolgreichen Revision hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die Gebühr zu ermäßigen und die entstandenen Auslagen ganz oder teilweise der Staatskasse aufzuerlegen sind, soweit es unbillig wäre, den Beteiligten damit zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO). Die Kostenfestsetzung hängt dabei vom Umfang des Teilerfolgs ab.[56] Dieser ist ausweislich der Kostenfestsetzungen häufig denkbar gering, denn in 43 Prozent der Kombinationsentscheidungen verneinen die Senate einen fühlbaren Erfolg und legen die Kosten – wegen des geringen Teilerfolgs – dem Beschwerdeführer vollständig auf. Dies geschieht häufig mit formelhaften Wendungen, wie folgt:

> *„Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 4 StPO. Angesichts des geringen Teilerfolgs der Revision ist es nicht unbillig, den Angeklagten mit den gesamten Kosten des Rechtsmittels zu belasten.“*[57]

In rund 50 Prozent soll der neue Tatrichter über die Kosten entscheiden; das sind die Fälle, in denen eine Zurückverweisung erfolgt. In den verbleibenden 7 Prozent werden die Kosten der Staatskasse oder „teils/teils“ auferlegt. Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch Fälle, in denen die Staatskasse die Kosten trägt, nicht zwangsläufig als Revisionserfolge anzusehen sind, nämlich beispielsweise bei einer erfolglosen StA-Revision; und auch eine Kostenteilung

---

56 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 473 Rn. 26.

57 BGH 4 StR 310/22, Beschluss v. 23. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 150.

oder ein Kostenerlass kommt – trotz vollständiger Erfolglosigkeit – u.U. aus Billigkeitsgesichtspunkten bei Revisionen von Heranwachsenden oder Nebenklägern in Betracht.

Neben dieser Erfolgsberechnung anhand der Kostenentscheidung erfolgte eine eigene Einschätzung. Maßgeblich für die Einordnung als relevanter Teilerfolg war dabei, dass zwar der Revisionsführer sein Ziel nicht vollständig erreicht hat, sich aber bei wertender Betrachtung dessen Rechtsposition verbesserte. Schon vorangehend hat sich gezeigt, dass nicht wenige Kombinationsentscheidungen folgenlose Schuldspruchberichtigungen sein können, die in der Sache für den Beschwerdeführer nichts ändern oder sich als belangloser „Kleinkram“ (beispielsweise 10,35 Euro oder ein Tag Verzugszinsen) darstellen. Dementsprechend folgt aus Entscheidungen gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO keinesfalls, dass damit ein messbarer Teilerfolg garantiert ist. Im Gegenteil: Solche Teilerfolge stellen sich nach der hier vorgenommenen Einordnung vielmehr nur in maximal jeder zweiten kombinierten Entscheidung ein (47 Prozent). Die andere Hälfte kombinierter Entscheidungen besteht dagegen aus vollständigen Misserfolgen (51 Prozent).[58] In diesen Fällen handelt es sich entgegen der Beschlussformulierung *„§ 349 Abs. 2 und 4 StPO“* um eine umfassend erfolglose Revision. Dem Aufhebungsteil kommt hier aus Sicht des Beschwerdeführers keinerlei messbare Bedeutung zu.[59] Zuweilen – gerade im Bereich von Maßregeln der Besserung und Sicherung – sind selbst Verschlechterungen der Rechtsposition des Beschwerdeführers nicht ausgeschlossen, wovon Kombinationsentscheidungen zeugen, in denen ohne entsprechende

---

58 Beim Rest handelt es sich um unklare Fälle.

59 Insofern erscheint es konsequent, wenn in einzelnen BGH-Entscheidungen eine Änderung des Schuldspruchs erfolgt, ohne dass § 349 Abs. 4 StPO genannt wird; vgl. beispielsweise BGH 3 StR 345/22, Beschluss v. 29. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 170 und BGH 3 StR 351/22, Beschluss v. 16. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 29.

Revisionsrüge Aufhebungen auf die Verletzung der §§ 63 und 64 StGB gestützt wurden.[60]

IV. Recht klein buchstabiert

Eine Reform (StPÄG 1964), die nach dem Willen des Gesetzgebers dazu dienen sollte, durch Kodifizierung des neuen § 349 Abs. 4 StPO die Rechtsstellung des Beschuldigten im Revisionsverfahren zu stärken, ist von der Rechtsprechung durch Kreation der kombinierten Entscheidung (§ 349 Abs. 2 und 4 StPO) zügig in ein Instrument der Prozessökonomie verwandelt worden. In den letzten zwanzig Jahren hat es dabei einen starken Anstieg dieser Erledigungsform gegeben. Mittlerweile wird fast die Hälfte aller mit Gründen versehenen Entscheidungen der Strafsenate des BGH auf diese Weise entschieden; das ist rund ein Fünftel aller Revisionen. Parallel dazu ist ein Rückgang der ausschließlich auf § 349 Abs. 2 StPO gestützten Entscheidungen zu verzeichnen.

Kombinierte Entscheidungen schonen dabei sowohl die Ressourcen des Revisionsgerichts als auch die der Tatgerichte. Urteile, die revisionsrechtlich relevante Fehler aufweisen, können auf diese Weise im Beschlusswege, also ohne für die Senate „lästige“ Hauptverhandlungen, bewältigt werden. Sowohl die Teilverwerfung als auch die Teilaufhebung erfolgen prozessökonomisch per Beschluss. Auch für die Tatgerichte erweisen sich Kombinationsentscheidungen als ressourcenschonend. In rund der Hälfte der Kombinationsentscheidungen erfolgt überhaupt keine Zurückverweisung, wird den Tatgerichten also eine Neubefassung mit der Strafsache erspart. Das Revisionsverfahren endet mit der Kombinationsentscheidung; das Urteil wird – ggf. vom Senat berichtigt oder geändert – rechtskräftig. Und selbst wenn eine

---

60 In diesen Fällen hat es der Verteidiger versäumt, die Maßregeln durch Beschränkung der Revision in Rechtskraft erwachsen zu lassen.

Zurückverweisung erfolgt, geht es häufig nur um den Rechtsfolgenausspruch bzw. Teile davon; und nicht selten bedarf es überhaupt keiner neuen Beweisaufnahme, sondern nur einer Neubewertung aufgrund der rechtskräftig gewordenen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz. Insofern erweisen sich Kombinationsentscheidungen als verfahrensökonomischer Segen für die Revisions- wie für die Tatgerichte.

Für die Senate weisen Kombinationsentscheidungen einen weiteren Vorteil auf. Sie erlauben es den Revisionsgerichten, wie von *Ventzke* beschrieben, Verfahrensergebnisse nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Die Teile des angefochtenen Urteils, die für richtig gehalten werden, erwachsen in Rechtskraft; vielfach sind das die tatsächlichen Feststellungen und – wenn möglich – der Schuldspruch. Als von den Senaten fehlerhaft angesehene Urteilsteile lassen sich durch Schuldspruchänderungen bzw. Schuldspruchberichtigungen, die häufig auf Grundlage einer analogen Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO erfolgen, korrigieren.

Die Einflussmöglichkeiten des Revisionsanwalts auf den dargestellten Umgang mit Kombinationsentscheidungen sind dagegen vergleichsweise gering. Zwar können Verteidiger per Revisionsbegründung Rechtsfehler ansprechen, aber selbst dann, wenn der Senat eine Verletzung des Rechts bejaht, ist er nicht gezwungen, das Urteil vollständig aufzuheben. Gegen diese pragmatische Handhabung des Revisionsrechts durch die Senate kann der Beschwerdeführer wenig ausrichten. Vom Revisionsführer angesprochene Rechtsfehler, die der Senat verneinen will, können – wegen des o.u.-Teils des Beschlusses – unter den Tisch fallen. Wirksame Rechtsbehelfe stehen dagegen nicht zur Verfügung.[61] Das gilt auch für die von den Senaten vorgenommenen Schuldspruchänderungen, die beispielsweise trotz Wegfalls von Einzelstrafen nicht dazu führen müssen, dass das Urteil zugunsten des Revidenten geändert wird.

---

[61] Es sei denn, dadurch wird dem Beschwerdeführer der gesetzliche Richter entzogen; vgl. dazu BVerfG NJW 1991, 2893.

Die Bedeutung der Kombinationsentscheidungen für Verfahrensökonomie und pragmatische Bewältigung der Revisionen durch die Senate ist hoch. Erfüllt sie, so ist abschließend zu fragen, einen der anerkannten Zwecke der Revision? Revisionsziele wie Wahrung der Rechtseinheit und Fortbildung des Rechts sind sicherlich weder in der Breite noch im speziellen Bereich der Kombinationsentscheidungen kennzeichnend für die Rechtswirklichkeit der Revision im 21. Jahrhundert; aber für die Rechtspraxis wichtige Rechtsprechungsleitlinien können auch in Form gemischter Entscheidungen erfolgen.[62] Eine besondere Betrachtung verdient der Revisionszweck der Einzelfallgerechtigkeit. Bei kombinierten Entscheidungen wird das, was die Senate unter Gerechtigkeit im Einzelfall verstehen, regelmäßig eher klein buchstabiert. Der Sache nach handelt es sich hier nämlich vielfach um Entscheidungen, die einen kaufmännisch kleinteiligen Geist atmen, in denen es um vom Generalbundesanwalt vorgerechnete Kleinstbeträge (0,33 Euro) und rechtliche Minimalia („Gesamtschuldner“) geht. Hier kommt sinnfällig zum Ausdruck, was der Generalbundesanwalt und die Strafsenate für die richtige Münze Recht halten. Das ist nicht viel und wirkt zuweilen eher wie Buchhaltung als höchstrichterliche Rechtsprechung.

Neben dieser Form von Revisionserledigungen, die wie eine Art Zwillingsschwester der o.u.-Beschlussverwerfung daherkommt, gibt es auch überladen-perfektionistisch anmutende Kombinationsentscheidungen (Stichwort: mehrseitige differenzierte Tenorierungen), die aber – Rechtsfehler hin, Rechtsfehler her – nicht zu einer umfassenden Neuverhandlung führen, sondern zu einer mehr oder weniger umfassenden Korrektur der angefochtenen Urteile nach Vorstellungen der Senate. Ein Leitmotiv bei dieser Art von Kombinationsentscheidungen scheint es zu sein, eine umfassende neue Hauptverhandlung zu vermeiden.

---

62 Vgl. BGH 3 StR 230/22, Beschluss v. 30. November 2022 = HRRS 2023 Nr. 161.

Um die großen Fragen von Recht und Gerechtigkeit geht es bei den kombinierten Entscheidungen also so gut wie nie. Fragt man nach dem Geist, der dahintersteht: Die ursprüngliche Idee der Revision, verstanden als Hüterin der gesetzmäßigen Freiheit,[63] ist es jedenfalls nicht.

---

63 Vgl. *Braum*, Geschichte der Revision im Strafverfahren 1877 bis zur Gegenwart (1996), S. 40; er folgt dabei *Naucke*, Der Richter in Strafsachen in *Bemmann/Manoledakis* (Hrsg.), Der Richter in Strafsachen: griechisch-deutsches Symposium, (1992), S. 107, 108: *„Revision als Hüterin des Gesetzes"*.

WERNER BEULKE

Die Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ ohne Erziehungsbedürftigkeit?

Neuorientierung der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 JGG

I.

Der BGH hat in einem Urteil vom 4. Juni 2024 im Verfahren 5 StR 205/23 eine Zeitenwende seiner Rechtsprechung zur Verhängung einer Jugendstrafe gem. § 17 Abs. 2 JGG eingeleitet.[1] Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung musste bei dem Jugendlichen oder Heranwachsenden (§§ 1, 105 Abs. 1 JGG) sowohl im Falle der Bejahung „schädlicher Neigungen“ als auch bei „Schwere der Schuld“ im Zeitpunkt des Urteils eine erzieherische Notwendigkeit erkennbar sein, dass eine Jugendstrafe erforderlich ist.[2] Nunmehr wird hingegen bei der Alternative der „Schwere der Schuld“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG) keine Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit vorausgesetzt. Im Vorfeld hatte diese Abkehr von der ständigen Rechtsprechung bereits für viel Trubel gesorgt, weil sie sich lange vorher abzeichnete – vor allem in diesem Verfahren, dass sich von der Tatzeit im Jahre 2017 noch mehrere Jahre hingezogen hat.

---

1 BGH NStZ 2024, 615 = BeckRS 2024, 14546 = StV 2024, 517.

2 BGHSt 15, 224; BGH NStZ-RR 2018, 358, 359.

Der Tatvorwurf betrifft Gewaltdelikte in Form des Landfriedensbruchs (§ 125 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2, Nr. 2 StGB) in Tateinheit mit Beihilfe zur Brandstiftung. Die Taten standen im Zusammenhang mit Protesten gegen den im Jahre 2017 In Hamburg stattfindenden G 20-Gipfel. Die im Tatzeitpunkt jugendlichen Angeklagten gehörten zu einer Gruppe von vermummten Teilnehmern der Demonstration (schwarzer Block). Es wurden u.a. Mülltonnen zerstört, Straßenbarrikaden errichtet, Glasscheiben von Geschäftsräumen angezündet, Wände beschmiert, Bewohner durch den Aufmarsch bedroht, Personenkraftwagen angezündet und ein Bus angegriffen. Ein unbekannter Teilnehmer der Demonstration warf einen Pflasterstein in das Fenster einer Privatwohnung, womit die Angeklagten aber nicht gerechnet haben. Sie verließen nach einiger Zeit den Aufmarsch, in dessen weiteren Verlauf es zu neuen Gewalttätigkeiten kam.

In einem ersten Verfahrensdurchgang hat das Tatgericht bei der Sanktionsentscheidung im Rahmen der Prüfung einer Jugendstrafe das Vorhandensein „schädlicher Neigungen“ i.S.v. § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG verneint. Sodann wurde zwar eine „Schwere der Schuld“ bejaht, gleichwohl sah sich das Tatgericht an der Verhängung einer Jugendstrafe gehindert, weil die erzieherischen Defizite im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht (mehr) so groß seien (Reifung des Jugendlichen nach der Tat / Distanzierung von den früheren gewaltbereiten Aktivitäten), dass eine Jugendstrafe i. S. v. § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG erforderlich sei. Es wurden Auflagen in Form von 20 Arbeitsleistungen zu je 6 Arbeitsstunden nach den Weisungen der Jugendgerichtshilfe verhängt. Dieses Urteil hat der BGH im Jahre 2021 im Rechtsfolgenausspruch aufgehoben und die Sache an eine andere Jugendkammer des Landgerichts zur erneuten Verhandlung zurückverwiesen. Nach Ansicht des BGH war angesichts der bei den Angeklagten noch immer vorhandene Einstellung zu politisch motivierter Gewaltkriminalität die Annahme des Gerichts, dass der jugendspezifisch zu bemessende Schuldgehalt hier nicht das erforderliche Maß der „Schwere der Schuld“

erreiche, nicht rechtsfehlerfrei begründet worden.[3] Noch ausdrücklich offengelassen wurde damals die Frage, ob das Bestehen eines Erziehungsbedürfnisses überhaupt eine kumulative Voraussetzung der Verhängung einer auf die „Schwere der Schuld" gestützten Jugendstrafe ist, – was die Rechtsprechung bisher fordert –, oder ob – wie es überwiegend in der jugendstrafrechtlichen Literatur mit beachtlichen Argumenten vertreten wird – dies nicht zutrifft.[4]

Im erneuten Verfahren kam das Landgericht jedoch nahezu zum selben Ergebnis wie das erste Tatgericht, wobei die angeordneten Auflagen auf 15 Arbeitsleistungen zu je sechs Stunden herabgesetzt wurden. Wiederum wurden „schädliche Neigungen" abgelehnt, weil sie zumindest im Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht vorhanden seien („bemerkenswerte" persönliche Entwicklung im Hinblick auf die Bewertung ihrer Teilnahme an dem Aufmarsch, den hierbei begangenen Gewalttätigkeiten, ihrer eigenen Verantwortlichkeit hierfür und ihrer Einstellung zu politisch motivierter Gewalt). Nach Ansicht des BGH wurden diese Feststellungen rechtsfehlerfrei getroffen.[5] Die Jugendstrafkammer hat dann erneut die „Schwere der Schuld" bejaht, da „erhebliche Straftatbestände" verwirklicht worden seien und sich die Handlungen der damals Jugendlichen auch als „verwerfliche Taten mit schwerem Verschulden" darstellten. Jenseits der Begehung von Kapitaldelikten oder anderen schwersten Straftaten erfordere jedoch die Verhängung einer Jugendstrafe neben der „Schwere der Tat" eine kumulativ festzustellende Erziehungsbedürftigkeit.[6] Da bei den Angeklagten – wiederum insbesondere mit Blick auf ihre persönlichen Entwicklungen – eine nachhaltige Erziehungsbedürftigkeit nicht (mehr) bestehe, scheide eine Jugendstrafe auch aus dem Gesichtspunkt der „Schwere der Schuld" aus.

---

3 BGH NStZ 2022, 749 Rn. 17.

4 BGH NStZ 2022, 749 Rn. 37.

5 BGH NStZ 2024, 106.

6 BGH NStZ 2024, 106.

Nachdem die Strafzumessung auch im zweiten Verfahrensdurchgang wiederum nicht im Sinne des BGH ausfiel, hat der 5. Strafsenat – entsprechend seinem früher noch nicht entscheidungserheblichen Hinweis im ersten aufhebenden Urteil – am 13. September 2023 einen Anfragebeschluss an die übrigen Senate des BGH erlassen, in dem er eine Rechtsprechungsänderung endgültig angekündigt und angefragt hat, ob die anderen BGH-Senate ihre entgegengesetzte Rechtsprechung aufgeben würden. Es sei beabsichtigt, das Urteil erneut zu Lasten der Angeklagten aufzuheben und zwar diesmal mit der Begründung, „dass in allen Fällen, in denen wegen Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG), eine Jugendstrafe zu verhängen ist, ohne dass es darauf ankommt, ob eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festgestellt werden kann“.[7]

Dieser Beschluss hat im Schrifttum bereits ein lebhaftes Echo gefunden.[8] Die anderen Senate haben im Ergebnis zur geplanten neuen Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG alle grünes Licht gegeben, sodass sich eine Anrufung des Großen Senats erübrigte. Nunmehr hat der BGH im jetzigen Revisionsurteil vom 4. Juni 2024 das Urteil des Tatgericht erneut aufgehoben und die vorher angekündigte Änderung der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG ausführlich begründet. Gleichzeitig hat es die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben (§ 353 Abs. 2 StPO).[9]

---

7 BGH NStZ 2024, 106.

8 Zustimmend: *Petersen* NStZ 2024, 209; ablehnend: *Eisenberg/Kölbel*, NStZ 2024, 79, 85 (Scherbengericht!); *Höynck,* StV 2024, 125; *Neubacher/Lohmann,* JZ 2024, 201; weitere Fundstellen Fn. 16.

9 BGH NStZ 2024, 615 = StV 2024, 615 = NJW Spezial 2024, 2415 m. Anm. *Heim/Beukelmann*; dazu ferner *Pieplow* ZJJ 2024, 232.

II.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst welches Meinungsspektrum in dieser seit vielen Jahrzehnten kontrovers diskutierten Rechtsfrage vertreten wird – natürlich nur in den wichtigsten Grundzügen. An vorderster Stelle ist selbstverständlich auf die bisher ständige herrschende Rechtsprechung zu verweisen,[10] die als die „erziehungsorientierte Auslegung" des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG bezeichnet werden kann. Ihr Ausgangspunkt ist die eigentlich von allen geteilte Erkenntnis, dass sich das Maß der Schuld nach der „inneren Tatseite", nach der charakterlichen Haltung, der Persönlichkeit und der Tatmotivation des jungen Täters richtet.[11] Zwar gewinnen nach dieser Auslegung der Norm auch die objektiven schweren Folgen der Tat für die Schuld mittelbar dadurch Bedeutung, dass sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf sie beziehen müssen, aber das Leitprinzip des Jugendstrafrechts, der Erziehungsgedanke, der sowohl für das materielle als auch für das formelle Jugendstrafrecht gilt, sei vorrangig zu berücksichtigen. Das ergebe sich auch aus § 18 Abs. 2 JGG, der für die Bemessung der Jugendstrafe nur an die „erforderliche erzieherische Einwirkung" anknüpfe. Das gelte eben auch für die Fallgruppe der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld". Auch § 2 Abs. 1 S. 2 JGG bestätige dieses Ergebnis, wenn er „vorrangig" eine Ausrichtung aller Rechtsfolgen am Erziehungsgedanken gebietet.[12] Entscheidend seien also immer die Belange der Persönlichkeit des Beschuldigten und dessen Förderungsbedarf, also die Zukunftsprognose. Dem Tatunrecht komme keine „selbständige Bedeutung" zu. Gerade diese Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG entspreche den

---

10 BGHSt 15, 224; BGH NStZ-RR 2018, 358. 359; *Eisenberg/Kölbel* in JGG, 25. Aufl. (2024), § 18 Rn. 40; *Eisenberg* NStZ 2018, 729; *Kölbel* JR 2019, 40; *Kölbel* KriPoZ 2024, 304; *Sonnen* in Diemer/Schatz/Sonnen, HK, JGG, 8. Aufl. (2020), § 18 Rn. 10; *Ostendorf* in ders., JGG, 11. Aufl. (2021), § 17 Rn. 8.

11 Statt aller: *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 84; *Beulke/Swoboda,* Jugendstrafrecht, 16. Aufl. (2020), Rn. 455.

12 BGH NStZ 2024, 111 Rn. 14; 113, Rn. 7 f.

Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen für die Gerichtsbarkeit vom 29. November 1985, 17.1 Buchst. d.[13]

Die herrschende Lehre im Schrifttum[14] lehnt diese erziehungsorientierte Auslegung ab. Sie differenziert stärker zwischen der Alternative der Verhängung einer Jugendstrafe wegen „schädlicher Neigungen“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG) und wegen „Schwere der Schuld“ (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG). Erstere stelle auf die erzieherische Notwendigkeit der Sanktion ab, letztere sei gerade davon unabhängig und orientiere sich nur am Schuldmaß, das allerdings nach jugendstrafrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei. Mit der jetzt besprochenen Leitentscheidung vom 4. Juni 2024 hat sich der BGH dieser Auslegung angeschlossen. Sie wird auch in dem von mir mitverantworteten Lehrbuch des Jugendstrafrechts vertreten.[15] Zur Begründung wird vor allem auf den Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG verwiesen, der die zwei Möglichkeiten der Verhängung einer Jugendstrafe alternativ aufzählt. Die erste Alternative der „schädlichen Neigungen“ sei eine Umschreibung der Erziehungsbedürftigkeit sowie der Erziehungsfähigkeit, die zweite Alternative der „Schwere der Schuld“ stelle hingegen allein auf das Verschulden ab. Auf weitere Argumente soll sogleich bei einer detaillierten Würdigung des neueren BGH-Entscheidung eingegangen werden (unten III.).

---

13 Abgedruckt in ZStW 99 (1987), 273.

14 Statt aller: *Brunner/Dölling* in JGG, 14. Aufl. (2023), § 18 Rn. 17; *Radtke/Scholze* in MüKo, StGB, 4. Aufl. (2022), § 17 Rn. 60 f.; *Brögeler* in BeckOK-JGG, 39. Edition (Stand: 1.2.2025), § 18 Rn. 7 ff.; *Laue* in Meier/Rössner/Trüg/Wulf/Bannenberg/Bartsch, Nomos Handkommentar JGG, 3. Aufl. (2024), § 17 Rn. 28; *Swoboda* ZStW 125 (2013), 86, 99; *Ostendorf/Drenkhahn,* Jugendstrafrecht (Lehrbuch), 9. Aufl. (2017), Rn. 226; *Streng*, Jugendstrafrecht, 6. Aufl. (2024), Rn. 449 ff.

15 *Beulke/Swoboda* a.a.O. (Fn. 11), Rn. 458, 473a.

Schließlich muss noch auf eine vermittelnde dritte Ansicht verwiesen werden.[16] Sie fordert zwar grundsätzlich auch bei der Verhängung der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld eine Beachtung des Erziehungsgedankens, macht davon jedoch bei schwerer Kriminalität eine Ausnahme. Erst in dem jugendkriminologisch seltenen Bereich der schwereren Kriminalität akzeptiert sie also – im Wesentlichen aus generalpräventiven Motiven – die Verhängung der Jugendstrafe unter Abstrichen auf das Gebot der „vorrangigen" Berücksichtigung des Erziehungsgedankens (§ 2 Abs. 1 S. 2 JGG). Ich selbst habe mich ebenfalls zu dieser Mittelmeinung der Auslegung des § 17 Abs. 2 JGG bekannt, jedoch mit der Einschränkung, dass ein derartiger Verzicht auf die erzieherische Notwendigkeit der Jugendstrafe wirklich nur bei „schwersten" Straftaten in Betracht kommt (näher dazu unten IV).[17]

III.

Im Urteil vom 4. Juni 2024 heißt es nun erstmals sozusagen „ex cathedra", dass es rechtsfehlerhaft sei anzunehmen, dass Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld" i.S.v. § 17 Abs. 2 JGG ohne eine erzieherische Begründung der Sanktion nur bei Kapitaldelikten und schwerster Gewaltkriminalität In Frage komme (Rn. 13). Vielmehr sei bei „Schwere der Schuld" „in allen Fällen" unabhängig von der Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit eine Jugendstrafe zu verhängen (Rn. 14). Zur Begründung wird vor allem auf folgende Gesichtspunkte abgestellt:

---

16 U.a. *Höffler* in Meier/Bannenberg/Höffler, Jugendstrafrecht, 5. Aufl. (2025), § 11 Rn. 14 ff.; *Kaspar* in Festschrift für Schöch (2010), S. 209, 220; *ders.* JR 2024, 201.

17 Vertiefend *Beulke* NK 2019, 269, 273.

1. Bereits bei der Schwere der Schuld sei die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation zu berücksichtigen (Rn. 15).[18]

2. Der Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG spreche gegen eine Berücksichtigung des Erziehungsgedankens auch bei „Schwere der Schuld", denn das Wort „oder" mache die alleinige Prüfungserfordernis der pädagogischen Eignung der Sanktion nur bei der Alternative der „schädlichen Neigungen" deutlich. Dass die Sanktion der Verhängung einer Jugendstrafe „erforderlich" sei, werde nur bei der zweiten Alternative des § 17 Abs. 2 JGG, also die der „Schwere der Schuld" als Voraussetzung genannt. Auch § 2 Abs. 1 S. 2 JGG verlange nur eine „vorrangige" Ausrichtung am Erziehungsgedanken. Daraus, dass § 18 Abs. 2 JGG auch für die Alternative der „Schwere der Schuld" gelte, ergebe sich, dass er für die Frage der Auswahl der Jugendstrafe als gebotene Sanktion keine Vorgaben mache (Rn. 23).

3. Auch die Entstehungsgeschichte des § 17 Abs. 2 JGG belege diese Auslegung (Rn. 24-29). In den Materialien zur Reform des RJGG nach dem Zweiten Weltkrieg und Schaffung des Jugendstrafrechts 1953 werde hervorgehoben, dass auf die Jugendstrafe als Schuldstrafe „nicht verzichtet werden" könne, „da sonst die Möglichkeit einer Bestrafung Jugendlicher, die zwar schuldhaft gehandelt haben, aber nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig sind, ganz ausgeschlossen werde".[19] Auch durch die Einführung von § 2 Abs. 1 JGG im Jahre 2007 sollte an der Selbständigkeit der beiden Alternativen in § 17 Abs. 2 JGG – die erzieherisch bedingte Jugendstrafe einerseits, die derzeit mit dem Begriff „schädliche Neigungen" umschrieben werde und die Schuldstrafe andererseits – nichts geändert werden. Es treffe nicht zu, dass der Gesetzgeber die Erziehungsbedürftigkeit stets als kumulatives Erfordernis auch bei einer

---

18 S. auch BGH NStZ 2024, 111 (Rn. 10) m. vielen weiteren Nachweisen.

19 BT-Drucks. I/3264, S. 39 f.

wegen „Schwere der Schuld“ verhängten Jugendstrafe angesehen habe (Rn. 29).

4. Auch in der bisherigen Rechtsprechung sei bei Kapitaldelikten oder anderen besonders schweren Taten – namentlich bei „schweren Gewaltdelikten“ und „gravierenden Sexualdelikten“ – eine Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ verhängt worden, weil in solchen Fällen der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs nicht völlig hinter dem Erziehungszweck zurückstehen dürfe. Das Gesetz sehe aber eine solche Beschränkung auf „Kapitaldelikte“, die auch im Schrifttum z.T. befürwortet werde, nicht vor. Sie unterlaufe die gesetzgeberische Wertung und stelle gegenüber dem Merkmal der „Schwere der Schuld“ kein Gewinn an Bestimmtheit dar (Rn. 32).

5. Auch systematische Gründe sprächen gegen die frühere Rechtsprechung und die Annahme kumulativer Merkmale. In § 17 Abs. 2 JGG seien zwei verschiedene Varianten aufgelistet, die sich auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung bei geringeren Straftaten – und somit im Regelfall – überschneiden. Das widerspräche der Systematik des Gesetzes mit zwei alternativ aufgelisteten Fallgruppen (Rn. 35). Das werde auch durch § 27 JGG verdeutlicht, der nur bei Feststellung „schädlicher Neigungen“ kombiniert mit Zweifeln an der Erforderlichkeit der Verhängung der Jugendstrafe in Betracht komme – nicht jedoch bei „Schwere der Schuld“ (Rn. 36-39).

6. Auch Art. 37 Buchst. b der Kinderrechtskonvention, die mit dem Gesetz zu dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vom 17. Februar 1992 ratifiziert worden ist,[20] stehe nicht entgegen – vor

[20] BGBl 1992 II, S. 121 ff.

allem, weil der erzieherische Zweck der Sanktion bereits bei der Bestimmung der „Schwere der Schuld“ zu berücksichtigen sei (Rn. 45).

7. Quasi zur Beruhigung der Gegner der neuen Rechtsprechung wird schließlich noch auf die Möglichkeit verwiesen, auch bei schwererer Kriminalität die Jugendstrafe zur Bewährung aussetzen zu können (Rn. 45).

IV.

Kann die neue Rechtsprechung überzeugen? Ich möchte das im Ergebnis verneinen und deshalb im Folgenden die tragenden Argumente der neueren Entscheidung kurz hinterfragen:

1. Geradezu als Leitfaden des gesamten Urteils wird darauf hingewiesen, dass es eigentlich einer kumulativen Prüfung der Erziehungsbedürftigkeit und der „Schwere der Schuld“ gar nicht bedürfe, da auch die Bejahung der „Schwere der Schuld“ stets jugendspezifisch zu rechtfertigen sei, weil die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit des Täters und seine Tatmotive zu berücksichtigen seien. Das ist zwar richtig, nur wird mir dann nicht verständlich, warum über den Verzicht auf den Erziehungsgedanken bei der Schuldvariante des § 17 Abs. 2 JGG so viel Wert gelegt wird, wenn letztlich doch nahezu dieselbe Klammer alle Möglichkeiten der Verhängung einer Jugendstrafe umschließt. Warum musste im vorliegenden Verfahren jahrelang gekämpft werden, wenn jetzt letztlich auf die Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung verwiesen wird – nach der Vorgeschichte hier vielleicht sogar im Minimum des § 18 Abs. 1 S. 1 JGG (sechs Monate)? Brauchte die Öffentlichkeit ein solches Grundsatzurteil im untersten Bereich der Jugendstrafe, die doch gerade durch die Voraussetzung „Schwere der Schuld“ ganz andere Assoziationen weckt? Oder darf etwa das neue Tatgericht – angesichts der Aufhebung der Feststellungen zu den Rechtsfolgen im Urteil – unter Hinweis auf die nunmehr

veränderte Persönlichkeitsstruktur der Täter und auf ihre politische „Läuterung“ i.S. eines demokratischen / friedlichen Miteinanders doch eine Sanktion unterhalb der Jugendstrafe verhängen?

Wenn erfahrene Richter des Jugendgerichts den Angeklagten Auflagen in Form von 20 (beim zweiten Durchgang sogar nur 15) Arbeitseinheiten erteilt haben, hätte alles dafürgesprochen, auch beim BGH den Ball flach zu halten und dieses Verfahren nicht dazu zu nutzen, die Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ (als de facto die schärfste Sanktion des Jugendstrafrechts) aufzuweichen. Die Berechtigung des vom Urteil ausgehenden fatalen Signals einer generalpräventiv motivierten Zeitenwende im Jugendstrafrecht kann ich bei den konkreten Täterprofilen – trotz der schweren Krawalle bei der Demonstration in Hamburg – nicht nachvollziehen.

2. Das Wortlautargument ist auch aus meiner Sicht richtig. Zwar könnte der erst 2007 eigeführte § 2 Abs. 1 S. 2 JGG als lex posterior[21] sehr wohl auch die Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG beeinflussen, zumal auch § 18 Abs. 2 JGG die erzieherische Komponente auch bei Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ anordnet, jedoch verlangt § 2 Abs. 1 S. 2 JGG eben nur die „vorrangige“ Beachtung des Erziehungsgedankens, und § 18 Abs. 2 JGG stellt nur auf die „erforderliche“ erzieherische Einwirkung ab.

3. Auch das historische Argument, also der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der §§ 2 Abs. 1 S. 2; 17 Abs. 2 JGG, ist zutreffend. Die vom Jugendstrafrecht angestrebte Auflösung des Dilemmas, dass in einigen Ausnahmefällen der Beschuldigte trotz Begehung schwerer Delikte keine erzieherischen Defizite aufweist, beschäftigt die Rechtsgemeinschaft nicht erst seit heute, sondern seit mindestens 100 Jahren. Stets sind die Argumente dieselben: Die

---

21 *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83.

Jugendgerichtsbewegung Ende des 19. Jahrhunderts verwies bereits in ihrer Anfangsphase auf die Erziehungsbedürftigkeit der jungen Straftäter und sprach sich deshalb für weitgehenden Verzicht strafrechtlicher Maßnahmen aus. Die konservativen Rechtspolitiker verwiesen hingegen schon immer auf die generalpräventive Wirkung der Reaktion auf Jugendkriminalität, die erhalten bleiben müsse. Das RJGG 1923 beinhaltete sodann einen Kompromiss dieser beiden Sichtweisen. Als Sanktion für strafbares Verhalten Jugendlicher sah das RJGG 1923 einerseits Erziehungsmaßregeln vor und andererseits Festungshaft bzw. Gefängnisstrafe (§ 9 RJGG). In den 40er-Jahren des vorherigen Jahrhunderts wurde die Sanktion des Jugendgefängnisses eingeführt. Die Anordnung hatte zur Voraussetzung entweder „Größe der Schuld“ oder „schädliche Neigungen“ (§ 4 Abs. 1 RJGG 1943). Bei der Bemessung der Sanktion des Jugendgefängnisses musste der Jugendrichter „berücksichtigen“, dass „die Strafe eine nachhaltige Erziehungswirkung gewährleisten soll“ (§ 4 Abs. 2 RJGG 1943). Selbst bei dieser Reform kam also die Zweigleisigkeit des Vorgehens zum Ausdruck – aber auch die Priorität des Erziehungsgedankens, der nur bei Begehung schwerer Delikte zurücktreten musste. Auch in Neufassung unseres Jugendstrafrechts nach Ende der Nazidiktatur im Jahre 1953 ist dieses Spannungsverhältnis zwischen Erziehung einerseits und Strafe andererseits beibehalten worden (§ 17 Abs. 2 JGG). Im älteren Schrifttum war allerdings die Ansicht stärker verbreitet, dass von einer „Schwere der Schuld“ nur gesprochen werden könne, wenn es sich um „schwerste“ Kriminalität handele („meist Tötungsdelikte“).[22] Später geriet diese Sichtweise vielfach aus den Augen – vor allem bei der jüngeren Rechtsprechung.[23] Ungebrochen ist aber die überragende Geltung des Erziehungsgedankens und die nur partielle Abkehr

---

22 *Potrykus,* Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 3. Aufl. (1954), § 17 Bem. 4a, S. 189; dazu *Beulke* NK 2019, 269, 277.

23 S. nur BGH NStZ 2018, 728; *Höynck* ZJJ 2016, 305, 306; *Sonnen* a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 25; zutreffend hingegen OLG Hamm NStZ-RR 2005, 58; Einzelheiten bei *Eisenberg/Kölbel,* a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 45 ff.; *Ostendorf* a.a.O. (Fn. 10), § 17 Rn. 5 ff.; *Radtke/Scholze* a.a.O. (Fn. 14), § 17 Rn. 64 ff.

davon in Fallgruppen der „Schwere der Schuld“. Diese Zweigleisigkeit wird seit 2007 erneut geradezu klassisch zum Ausdruck gebracht, wenn § 2 Abs. 1 S. 2 JGG anordnet, dass das gesamte Jugendstrafrecht (und das Jugendstrafverfahrensrecht)[24] „vorrangig“ am Erziehungsgedanken auszurichten ist. Bei schweren Straftaten kann dann eben auch eine Jugendstrafe als reine Schuldstrafe „erforderlich“ sein (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG). Das Wortlautargument und die historische Auslegung sprechen also gegen die rein erziehungsorientierte Interpretation des § 17 Abs. 2 JGG.[25]

4. Damit ist allerdings keinesfalls entschieden, welche „Schwere“ die Schuld haben muss, damit sich der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG eröffnet. Wenn nach Ansicht des BGH die „vermittelnde Ansicht“, die im Wesentlichen die Alternative der „Schwere der Schuld“ nur auf die Fallgruppe der Begehung von Kapitaldelikten beschränkt, keinen Gewinn an Bestimmtheit mit sich bringt, so ist dem zu widersprechen. Der Einwand ist nur berechtigt, wenn die beiden Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG bzgl. des Schweregrades der vorgeworfenen Straftaten fast schon austauschbar sind, wie das in der jüngeren Rechtsprechung leider festzustellen ist. Ganz in diesem Sinne gibt es Forderungen im Schrifttum, die erste Alternative des § 17 Abs. 2 JGG, also die „schädlichen Neigungen“, ganz zu streichen und die Verhängung der Jugendstrafe nur noch wegen „Schwere der Schuld“ zuzulassen.[26] Das wäre jedoch ein falsches Signal gegen das Leitmotto des Jugendstrafrechts. Gerade der Erziehungsgedanke ist das tragende Argument, dass die Gesellschaft die starke Milderung bei Bekämpfung der Jugendkriminalität akzeptiert. Wenn hingegen die Formulierung „Schwere der Schuld“ in § 17 Abs. 2 JGG ernst genommen

---

24 Dazu ausführlich *Hanschke*, 100 Jahre Erziehung durch Verfahren? Eine historische Analyse der Entstehung und Entwicklung von Jugendstrafverfahren und Jugendgerichtsverfassung in Deutschland, Diss. Passau (2024).

25 Abweichend: *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83

26 Statt aller: *Rose* NStZ 2019, 57; *Pieplow* ZJJ 2024, 232, 235.

wird und die Verhängung der Jugendstrafe mit dieser Begründung nur auf Kapitaldelikte beschränkt wird, wie das gerade in den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland überwiegend vertreten wurde, dann wäre das durchaus ein großer Gewinn an Bestimmtheit. Gerade die stärkere Unterscheidung der beiden Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG und die Begrenzung der Alternative der „Schwere der Schuld" auf „schwerste Delikte" sollte unser Ziel sein. Das das auch die Ansicht des Gesetzgebers ist, machen die Materialien zur Reform des JGG im Jahre 2007 deutlich:

„Die Formulierung ‚vor allem' in § 2 Abs. 1 S. 1 JGG lässt Raum dafür, in Einzelfällen neben dem Gedanken der Spezialprävention auch andere Sanktionszwecke zu berücksichtigen. Entsprechend verdeutlicht der Zusatz ‚vorrangig' in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG, dass nicht in allen Fällen ausschließlich erzieherische Erwägungen im Sinne moderner Pädagogik, die vornehmlich auf helfende und fördernde Maßnahmen ausgerichtet sind, maßgeblich sein können. […] Insbesondere bei der Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG), die bereits als solche eine Berücksichtigung des Schuldgedankens über das erziehungsnotwendige Maß hinaus impliziert, und bei der „vorrangig" am Erziehungsgedanken orientierten Bemessung der Jugendstrafe kann danach auch Belangen des Schuldausgleichs Rechnung getragen werden (vgl. auch Nummer 2 der Richtlinien zu § 18 JGG). Durch die Öffnung für andere Erwägungen neben dem Erziehungsgedanken bleibt es ohne Konflikt mit § 2 Abs. 1 möglich, bei besonders schwerer Schuld auch Jugendstrafen von mehr als fünf Jahren zu verhängen, auch in Fällen, in denen eine solche Dauer ausschließlich unter erzieherischen Gesichtspunkten nicht mehr zu rechtfertigen wäre". [27]

Es ist natürlich kein Zufall, dass im Zusammenhang mit der „Schwere der Schuld" eine Jugendstrafe von über fünf Jahren angesprochen wird, weil eine stationäre Sanktion dieser Länge nach Meinung aller (Gesetzgeber, Gerichte,

---

27 BT-Drucks. 16/6293, S. 9.

Kriminologen, Pädagogen) pädagogisch nicht sinnvoll ist,[28] sondern nur aus generalpräventiven Gründen verhängt wird, vielleicht auch, weil sonst der Täter „empfinden muß, daß eine fünfjahrige Strafe keine ausreichende Sühne gestattet".[29] Das Anwendungsfeld der „Schwere der Schuld" sind insbesondere Mord, Totschlag, schwere Gewalt- und Sexualdelikte, bei denen eine hohe Jugendstrafe in Betracht kommt.[30] Auch der Anwendungsbereich des sehr problematischen § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (erhöhte Jugendstrafe von maximal 15 Jahren bei „Schwere der Schuld" im Falle eines Mordes durch einen Heranwachsenden) gehört hierher.[31] Der Bereich von Bewährungsentscheidungen, wie sie der BGH in unserem Ausgangsurteil andeutet, ist m.E. angesichts der Zwei-Jahres-Grenze des § 21 JGG sowieso nicht tangiert.

5. Eine Auslegung nach der neueren Lesart des BGH erscheint mir auch aus systematischen Gründen nicht geboten. Jedenfalls der vermittelnden Ansicht, die die Verhängungsalternative der Jugendstrafe auf schwerste Delikte beschränkt, kann nicht der Vorwurf gemacht werden, die beiden Anwendungsfälle des § 17 Abs. 2 JGG „schädliche Neigungen" und „Schwere der Schuld" seien entgegen der Intention des Gesetzes deckungsgleich. Auch die Begrenzung des § 27 JGG auf Angeklagte mit „schädlichen Neigungen" ist systemkonform, weil bei schweren Straftaten („schwersten" Delikten im hier vertretenen Sinne) die „Brückenfunktion" des § 27 JGG zwar rechtlich nicht völlig

---

28 BT-Drucks. I Nr. 3264, S. 41; *Ostendorf* a.a.O. (Fn. 10), § 18 Rn. 11; s. insbes. auch *Eisenberg/Kölbel*, NStZ 2024, 79 f., 82 f.

29 BT-Drucks. I Nr. 3264, S. 41.

30 Dazu auch *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83.

31 Zutreffende Kritik u. a. bei *Eisenberg/Kölbel* a.a.O. (Fn. 10), § 105 Rn. 56 (Tiefpunkt der deutschen Strafrechtspolitik!); *Mitsch* in Festschrift für Beulke (2015), S. 1181 (Jugendgerichte müssten sich eigentlich weigern, die Norm anzuwenden / Herrschaft der Mittelmäßigkeit!); *Laubenthal/Baier/Nestler*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. (2015), Rn. 734.

verschlossen ist,[32] de facto aber angesichts der gesetzlichen Voraussetzung, dass das Ausmaß der „schädlichen Neigungen“ noch nicht bekannt sein darf, nicht zum Tragen kommt.

6. Es trifft zwar zu, dass Art. 37 Buchst. b der Kinderrechtskonvention der UN dem Ergebnis des BGH nicht entgegensteht, das betrifft aber alle Auslegungen des § 17 Abs. 2 JGG, die hier diskutiert werden.

7. Der Verweis auf die Möglichkeit der Strafaussetzung der Jugendstrafe zur Bewährung (wohl § 21 JGG) ist zwar im konkreten Verfahren angesichts der früheren Weichenstellung des BGH bei der Verhängung der Jugendstrafe (§ 17 Abs. 2 JGG) konsequent und für alle vielleicht ein gangbarer Weg. Er kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtsprechung hier – und wohl auch in Zukunft – eine falsche Schublade aufgezogen und den Anwendungsbereich der „Schwere der Schuld“ verwässert hat. Das, was der BGH der rein erziehungsorientierten Interpretation des § 17 Abs. 2 JGG vorwirft, nämlich eine durchaus problematische Gleichschaltung beider Alternativen des § 17 Abs. 2 JGG, trifft vor allem auch auf seine Lösung zu.

V.

Fazit: Beim Kampf der Jugendgerichtsbewegung ab Ende des 19. Jahrhunderts gegen das alte Strafrecht hat sich ein Kompromiss zwischen den Befürwortern des reinen Erziehungsgedankens und den Hardlinern der Generalprävention durchgesetzt: Es gilt bis heute das Sowohl-als-auch-Prinzip. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 JGG sind alle jugendstrafrechtlichen Sanktionen „vorrangig“ am Erziehungsgedanken auszurichten. Die Jugendstrafe kann verhängt werden, wenn

---

[32] *Eisenberg/Kölbel* a.a.O. (Fn. 10), § 27 Rn. 9.

„schädliche Neigungen“ des Jugendlichen und Heranwachsenden, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen oder wenn wegen „Schwere der Schuld“ Strafe erforderlich ist (§ 17 Abs. 2 JGG). In einem Grundsatzurteil des BGH vom 4. Juni 2024 (5 StR 205/23) ist – entgegen früherer Rechtsprechung aber nunmehr in Übereinstimmung mit der im Schrifttum herrschenden Lehre – klargestellt worden, dass bei Verhängung einer „erforderlichen“ Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ der Erziehungsgedanke keine Rolle mehr spielt. Der neueren Rechtsprechung ist zwar zuzugeben, dass die Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ nicht von einer erzieherischen Eignung der Sanktion abhängig gemacht werden kann, sodass die rein erziehungsorientierte Auslegung der §§ 2, 17 und 18 JGG abzulehnen ist. Dem BGH ist aber zu widersprechen, dass das für alle Fälle gilt, in der die Rechtsprechung die Verhängung der Jugendstrafe wegen „Schwere der Schuld“ derzeit befürwortet. Da sie einhergeht mit einer Absenkung der Deliktsschwere bei der „Schwere der Schuld“,[33] werden in Zukunft im Rahmen des § 17 Abs. 2 JGG die Fallgruppen der „schädlichen Neigungen“ und die der „Schwere der Schuld“ austauschbar – eine Entwicklung, die sich in der Praxis schon angekündigt hat. Dies könnte zu einer Schmälerung des Erziehungsprinzips führen und generalpräventiven Tendenzen im Jugendstrafrecht Vorschub leisten. Um die überragende Bedeutung des Erziehungsgedankens – als Ast, auf dem wir im Jugendstrafrecht sitzen (!) – hochzuhalten, sollte i.S. einer vermittelnden Ansicht die Alternative der „Schwere der Schuld“ im Rahmen des § 17 Abs. 2 JGG auf „schwerste Delikte“, also auf „Kapitaldelikte“ beschränkt bleiben – insbesondere auf Tötungsdelikte sowie auf schwere Raub- und Sexualdelikte. In allen übrigen Fällen sollte dann, wenn Jugendstrafe erforderlich ist, diese nur verhängt werden dürfen, wenn beim Jugendlichen oder Heranwachsenden eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festgestellt werden kann.[34]

---

33 Ebenso *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 83

34 Insofern auch überzeugend *Eisenberg/Kölbel* NStZ 2024, 79, 85.

Ich hoffe, dass dieser Exkurs in das Jugendstrafrecht bei dem hochgeschätzten Kollegen *Klaus-Ulrich Ventzke* auf Interesse stößt. Ich wünsche ihm ein langes, gesundes Leben in ungebrochener Schaffenskraft.

RÜDIGER DECKERS

Gedanken zum Beweisantrag, ein aussagepsychologisches und/oder psychiatrisches Gutachten zur Aussage eines Belastungszeugen in der Konstellation Aussage-gegen-Aussage einzuholen

A. Einleitung – Der Beweisantrag und seine Bescheidung durch das Gericht als formalisierter Dialog

Die Doppelfunktion des Beweisantragsrechts a) den Gang der Beweisaufnahme zu beeinflussen und b) die Gedankenführung des Gerichts zu erfahren, wie es die Beweislage beurteilt,[1] definiert die Rolle dieses strafprozessualen Mittels der Verteidigung als herausragendes und wichtigstes im Streit um die Sache.[2]

Im besonderen Maße gilt dies, wenn es in Fallkonstellationen Aussage-gegen-Aussage[3] um die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussage der/des einzigen Belastungszeugin/-en geht;[4] denn die besondere Sorgfalt und Würdigung aller Umstände, die die höchstrichterliche Rechtsprechung – regelmäßig – der

---

1 *Basdorf* in FS Schwenn (2024), Gedanken zur aktuellen Revisionsrechtspraxis des Bundesgerichtshofes, S. 33, 38.

2 Dazu: *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht (2019); *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag (2014); *Alsberg*, Der Beweisantrag im Strafprozess (2022); *Schwenn* StV 1981, 631; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO (2017); *Bender/Häcker/Schwarz*, Tatsachenfeststellung vor Gericht (2020).

3 She says – he says.

4 Vgl. BGH 2 StR 284/23 = StV 2024, 287.

Beweiswürdigung des Gerichts abverlangt,[5] gilt auch für die Amtsaufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO im Allgemeinen[6] und den Umgang mit Beweisanträgen, die die Glaubhaftigkeit der Aussage thematisieren, im Besonderen.[7]

Die Wirksamkeit des konkreten Beweisantrags hängt unmittelbar von der Sachkunde der in der Tatsacheninstanz aktiven Verteidigung ab, die das Verfahrensrecht effektiv umsetzen muss. Fehler oder Unterlassungen können in der Revisionsinstanz häufig nicht mehr korrigiert werden.[8] Nicht selten wird der *Jubilar* in seiner vielfältigen Beschäftigung mit strafrechtlichen Revisionen solche Umstände zu beklagen gehabt haben.

B. Hauptteil

I. Sedes materiae

Angesprochen sind – vordergründig – §§ 244 Abs. 2 und 244 Abs. 4 StPO, in Wahrheit ist aber der Spiegel, in dem die Verteidigung ihr Beweisvorbringen betrachten sollte, der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit – § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO.[9]

Fischer hat die Kernaufgaben der Verfahrensbeteiligten treffend formuliert:

---

5 Vgl. BGH 2 StR 373/22 = StV 2024, 291 – zu den Anforderungen an die Aussageanalyse; BGH 1 StR 354/20 = StV 2021, 287 – keine Wahrunterstellung; BGH 4 StR 477/22; BGH 1 StR 331/21 – zu den besonderen Begründungsanforderungen.

6 Vgl. BGH 2 StR 503/13, Urteil v. 5. März 2014; BGH 3 StR 302/21, Urteil v. 16. Dezember 2021 – fachbezogener Sachverstand notwendig, wenn Zweifel bestehen, dass die Sachkunde des Gerichts ausreicht.

7 BGH 5 StR 224/08 = StV 2011, 3.

8 *Basdorf* a.a.O. (Fn. 1); *Schwenn* FPPK 2013, 258, 259.

9 So explizit: BGH 2 StR 535/09, Beschluss v. 27. Januar 2010 = BGHSt 55, 5.

„Im Zentrum der Überlegungen sollte zunächst stehen, welchen Sinn für die Sachaufklärung und für das Ergebnis des Verfahrens die zu beantragende oder beantragte Beweiserhebung haben kann. Für das Gericht bedeutet dies auch, sich der Zumutung, über § 244 Abs. 2 StPO hinaus von Verfahrensbeteiligten zu Beweiserhebungen gedrängt zu werden, unvoreingenommen zu stellen. […] Das ist nicht immer leicht; es verlangt, dass man sich ernsthaft in die Position des Antragstellers hineinversetzt und gegebenenfalls eine bislang bestehende Bewertung der Beweislage wieder für neue Erkenntnisse öffnet.“[10]

„Umgekehrt bedeutet dies für die Verteidigung, dass dem Gericht die Sachgerechtigkeit von Beweisanträgen gegebenenfalls plausibel gemacht werden sollte.“[11]

1. Zur Konkretisierung der Beweisbehauptung

Die Sachkunde der Verteidigung, die sich an diesen Grundsätzen orientiert, muss sich auf die Substanz der Beweisbehauptungen im Licht der angesprochenen Fachgebiete beziehen, die den mit der Beweiserhebung zu erwartenden Erkenntnisgewinn vermitteln und die Elemente des vernünftigen Zweifels ansprechen. Dabei geht es zunächst einmal um konkrete Anknüpfungstatsachen dafür, dass die Aussage der Auskunftsperson zum Untersuchungsgegenstand nicht auf einem Erlebnis beruhe.

Die allgemeine Behauptung, die Aussage beruhe nicht auf einem Erlebnisfundament reicht – regelmäßig – nicht aus und nimmt auch nicht konkrete

---

[10] *Fischer*, Antrag und Bescheidung auf Einholung eines alternativen psychiatrischen und/oder psychologischen Gutachtens, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (2014), S. 153, 160; vgl. dazu paradigmatisch: BGH StV 2002, 350, 352: *„Denn es entspricht der Lebenserfahrung, dass eine als gesichert erscheinende Überzeugung durch die Beweisaufnahme wider Erwarten umgestoßen werden kann“*.

[11] *Fischer*, a.a.O. (Fn. 10), S. 161.

Kritikpunkte, die Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussage begründen sollen, in den notwendigen Bescheidungskontext, sollte das Gericht den Antrag ablehnen. Sie erfüllt auch nicht die von *Fischer* zu Recht eingeforderte „Sinnvermittlung" – es ist, wie auch beim richterlichen Begründungszwang einer Entscheidung (beispielsweise eines Haftbefehls nach § 114 StPO): Bei der Formulierung des Antrags hat die Verteidigung zugleich die Stichhaltigkeit und intersubjektive Nachvollziehbarkeit der eigenen Argumentation zu prüfen und diese ist wiederum an den Parametern zu messen, die die Wissenschaft, aus der der Sachverstand eingefordert wird, bereithält.

2. Zur eigenen Sachkunde des Gerichts

Eine erhebliche Klippe, die einem Antrag, ein aussagepsychologisches Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Aussage der Auskunftsperson einzuholen, in den Weg gestellt wird, ist die eigene Sachkunde des Richters, der sich die Beurteilung dieser Beweisfrage selbst zutrauen soll (ureigene Aufgabe des Tatrichters)[12]. Die Gesetzesformulierung des § 244 Abs. 4 S. 1 StPO lautet indes, dass der Antrag abgelehnt werden **kann,** wenn das Gericht die erforderliche Sachkunde besitzt.

Nach der Rechtsprechung – so formuliert *Krehl* – ist es (nur dann) geboten, ein Glaubhaftigkeitsgutachten einzuholen, wenn Besonderheiten der Sachlage Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Richter die erforderliche Sachkunde selbst dann nicht hat, wenn er über spezifische forensische Erfahrungen verfügt.[13] Für kindliche und jugendliche Zeugen ist dies in der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgesichert.[14] Zu Recht weist *Krehl* darauf hin, dass es

---

12 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 51.

13 *Krehl* a.a.O. (Fn. 12).

14 Vgl. *Bartel*, Sexueller Missbrauch von Kindern in Deckers/Köhnken/Lederer (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Bd. 7

irrational und nicht verständlich sei, die aussagepsychologische Begutachtung nicht anzuwenden, wenn es um besonders schwierige Beurteilungen geht wie etwa von Aussagen erwachsener, intelligenter und psychisch gesunder Zeugen über komplexe, dem Alltagsverständnis nicht ohne weiteres zugängliche Sachverhalte (z.B. in Wirtschaftsstrafsachen). *„Denn deren Lügen oder Irrtümer sind idR schwerer zu erkennen als Unrichtigkeiten in den Aussagen von Kindern“*.[15]

Nach den Erfahrungen des Autors stellen Erwachsene als Zeugen die Aussagepsychologie regelmäßig vor größere Herausforderungen als Kinder und sind zwischenzeitlich auch häufiger Subjekt der gutachterlichen Betrachtung als zu früheren Zeiten.

3. „Besondere Umstände“ oder „besonders schwierige Beweislage“?

Wenn von „besonderen Umständen“ bei der Aussageperson die Rede ist, geht es in der Regel um solche psychischen Beeinträchtigungen, die in den psychiatrischen Bereich fallen und im Grunde auch Zweifel an der Aussagetüchtigkeit aufwerfen.[16] Normalpsychologische Problemlagen sollen solche „besonderen Umstände“ gerade nicht begründen.[17] Einen Grenzbereich stellen dabei

---

(2024), S. 15 ff., 23 mit Verweis auf BGH NStZ-RR 2023, 24; BGH 1 StR 201/21, Beschluss v. 27. Juli 2021, Rn. 7.

15 *Krehl* a.a.O. (Fn. 12), Rn. 53; vgl. dazu auch *Eschelbach*, Zu den Voraussetzungen, unter denen es zur Sachaufklärung erforderlich ist, über eine Zeugenaussage ein aussagepsychologisches Gutachten einzuholen, in Deckers/Köhnken (Hrsg.) Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl. (2014), S. 43 ff.

16 Vgl. dazu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 74: Psychose, hochgradige Medikamentenabhängigkeit, Epilepsie, Asperger-Syndrom, Gehirnschwund nach langjährigem Alkoholabusus, schwere Schädelverletzungen; deutliche Anhaltspunkte für eine Persönlichkeitsstörung (dort mit Rechtsprechungsnachweisen).

17 Vgl. dazu auch ausführlich: *Fischer* in FS Widmaier (2008), S. 191 ff.

die Persönlichkeitsstörungen dar, bei denen der Tatrichter nach einer Entscheidung des BGH[18] befugt und in der Lage sein soll, das Vorliegen von konkreten und erheblichen Anhaltspunkten mit plausiblen und tragfähigen Erwägungen zu verneinen.

Die substanziellen Tatsachen, die die Verteidigung zusammentragen und vorbringen muss, ranken sich mithin nicht um die eigentliche Glaubhaftigkeit der Aussage, sondern um die psychische Disposition der Auskunftsperson und mögliche – medizinisch relevante – Beeinträchtigungen und ragen – bezogen auf den Bereich der Persönlichkeitsstörungen – in ein Problemfeld, das sowohl psychologische wie psychiatrische Fachkenntnisse betrifft.[19]

Der Weg, eine aussagepsychologische Begutachtung durchzusetzen, führt demnach nicht selten über den mit den entsprechenden Anknüpfungstatsachen ausgestatteten Antrag, ein psychiatrisches Gutachten zu einer krankhaften seelischen oder anderen Störung i.S.d. § 20 Abs. 1 StGB der Aussageperson einzuholen, verbunden mit dem Vortrag, dass diese unmittelbaren Einfluss auch auf den Inhalt der Aussage genommen haben kann.

Einwände wegen Mängeln der Aussagetüchtigkeit und „besondere Umstände" bilden mithin ein paralleles Argumentationspaket, mit dem der Antragsteller das Ziel verfolgen kann, wegen schwerwiegender Defizite in der Aussagetüchtigkeit ein aussagepsychologisches Gutachten verzichtbar werden zu lassen, oder – bei eher niedrigschwelligen Beeinträchtigungen – jedenfalls die Eingangsvoraussetzungen für eine aussagepsychologische Begutachtung zu begründen. Besonders diffizil stellt sich die Argumentation für den Beweisantrag im Bereich der Persönlichkeitsstörungen dar.

Nicht selten sind die Verlaufsgrenzen einer Störung zwischen dem seelischen Zustand vor einem fraglichen Übergriffsgeschehen und den „Tatfolgen" schwimmend. Im Strafverfahren wird der Vortrag von den potenziellen

---

18 BGH NStZ 2022, 372.

19 Vgl. dazu *Krehl* a.a.O. (Fn. 12), Rn. 52.

„Tatfolgen“ präsentiert – zumeist in Berichten über eine PTBS, seltener ist die Rede von dissoziativer Amnesie; häufiger von Beeinträchtigungen der Aussagefähigkeit durch ein Trauma und die Folgen.

Das dazu vorgelegte ärztliche Material (Entlassberichte aus Kliniken, Anträge zur Opferentschädigung, Anträge/Berichte des Therapeuten an die Krankenkasse zur Verlängerung; Therapieprotokolle, ärztliche Berichte zu oder bei Gelegenheit von Untersuchungen – Verletzungen, Spuren, Sicherung von DNA etc.) ist zu sichten und häufig als „Steinbruch“ für substantielle Behauptungen verwendbar sowohl für die Frage, ob eine überdauernde Persönlichkeitsstörung – etwa histrionischer Art oder eines Borderline-Syndroms[20] – vorliegt, als auch, ob im klinischen Bereich Einfluss auf die Erinnerung der Patientin an das traumatisierende Ereignis genommen worden ist.[21]

Für die Abgrenzung einer PTBS von einer Borderline-Persönlichkeitsstörung[22] oder einer histrionischen Störung gilt, dass sie in ihrer Symptomatik weitgehend übereinstimmen mit dem einzigen Unterschied, dass eben der PTBS ein auslösendes Trauma vorausgegangen sein soll, das – wenn es keine anderen vorangegangenen traumatischen Erlebnisse der Auskunftsperson gibt – im Verfahren erst zu beweisen sein wird und was wiederum allzu leicht – zirkulär – als wesentliches Indiz für die Richtigkeit der Belastung gewertet werden kann („quod esset demonstrandum“). Nicht zuletzt deshalb wird die Diagnose PTBS nicht selten von der Aussageperson ins Feld geführt.

Zu beachten ist auch, dass unterhalb der Schwelle einer Persönlichkeitsstörung – etwa, wenn der Aussageperson grundsätzlich die Fähigkeit, das Leben

---

20 Vgl. Scid 5 PD – Erfassung von Persönlichkeitsstörungen nach DSM 5.

21 *Bartel*, a. a. O (Fn. 14), S. 23, 24 mit Hinweis auf BGH 1 StR 109/21, Beschluss v. 16. Juni 2021; BGH 1 StR 148/21, Beschluss v. 30. Juni 2021; BGH 1 StR 47/22, Urteil v. 2. Juni 2022; BGH 4 StR 96/22, Beschlus v. 5. Juli 2022; BGH 2 StR 69/21, Beschluss v. 15. April 2021; *Hohoff* NStZ 2020, 387 ff., 389.

22 Zur Diagnose instruktiv: *Kröber/Dannhorn* NStZ 1998, 80 – Anmerkung zu BGH NStZ 1997, 280; *Kröber* PTT 1997, 162 ff.

und den Beruf zu gestalten, erhalten geblieben ist –, erhebliche Akzentuierungen vorliegen können, die ihrerseits relevant für die Interpretation des Aussagematerials ebenso wie für Autosuggestionen und Pseudoerinnerungen sein können.

Bei der PTBS wird die Berufung auf eigene Sachkunde des Tatgerichts häufig toleriert, die Nähe zu aussagerelevanten Störungen nicht selten übersehen. Die Tatsachenbehauptungen im Beweisantrag müssen sich auf die Anknüpfungstatsachen – überdauernde Beeinträchtigung oder Einflussnahme auf die Aussage in den Heilstationen – beziehen, um die Erheblichkeit des Vorbringens zu verdeutlichen,[23] dem Gericht die Ablehnung des Antrages wegen Bedeutungslosigkeit zu erschweren und auf Inkongruenzen zwischen den Feststellungen im verurteilenden Judikat und dem Ablehnungsbeschluss wegen behaupteter eigener Sachkunde (§ 244 Abs. 4 S. 1 StPO), zu reflektieren, die revisionsrechtlich relevant sein können.[24]

Ein weites Argumentationsfeld in Beweisanträgen eröffnet der Vortrag, dass die „besonderen Umstände" in der seelischen Befindlichkeit der Aussageperson darin gründen, dass diese sich in der Entstehungsgeschichte des fraglichen Delikts und/oder der Aussage in einer tiefgreifenden psychischen Krise befunden habe. Der damit einhergehende typische Mangelzustand[25] provoziert beim Betroffenen die Frage „Warum geht es mir so schlecht?", begleitet von auto- bzw. heterosuggestiven Einflüssen, die auf der Basis unverfänglicher Erlebnisse mit einer dritten Person diese entharmlosen und vermeinen, damit die Ursache ihres Unwohlseins identifizieren und dabei die Quellen der Erinnerung in die Unkenntlichkeit verschieben.

---

23 Vgl. BGH 2 StR 535/09, Beschluss v. 27. Januar 2010 = BGHSt 55, 5.

24 Vgl. BGH 2 StR 535/09, Beschluss v. 27. Januar 2010 = BGHSt 55, 5.

25 Vgl. *Steller*, Die Entdeckung der Scheinerinnerung, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Bd. 3 (2019), S. 71 ff.

Dass es sich hierbei um eine Problematik handelt, die sich dem Tatrichter in der Vernehmung nicht ohne weiteres aus eigener Sachkunde erschließt, dürfte naheliegen. Die Parameter des Prüfungskonstrukts: Krise, Grübeln über deren Gründe, Erklärungssuche und -findung, auto- und fremdsuggestive Hilfestellungen und Verlust der Fähigkeit, das harmlose Quellenereignis von dem bedeutungsvollen Vorstellungsprodukt zu diskriminieren, sind im Beweisantrag zu benennen.

In besonderer Weise sind dabei von *Kröber*[26] und *Ebner/Pfundmair*[27] Lebensalterskrisen der Pubertät, der Adoleszenz und des „Emerging Adulthood" in den Blick genommen worden. Auskunftspersonen, die über Geschehnisse berichten, die sie im Alter von 14 Jahren bis etwa 25 Jahren erlebt hätten, werden als Menschen in einer kritischen Lebensphase betrachtet, in der sie sich sowohl in der Rolle eines Täters als auch eines Opfers sexueller Missbrauchsgeschehen wiederfinden können – mit allen Implikationen, die mit der Identitätssuche, emotionaler Ablösung vom Elternhaus, Übernahme einer Geschlechtsrolle, Intensivierungen der Beziehung zu Gleichaltrigen einhergehen.

Die Adoleszenzkrise zeichnet sich nach *Kröber*[28] dadurch aus, dass der Jugendliche zu einem psychischen, sozialen, körperlichen und sexuellen Selbstkonzept finden muss, ein Prozess, in dem sich durchaus Kränkungen und Zurückweisungen ergeben können, die den Wunsch nach Anerkennung und Liebe empfindlich zu stören geeignet sind.

Fehlbeschuldigungen können sich als Reaktion erweisen, aber auch als Grund, sich von einem Menschen, von dem die betroffene Person enttäuscht ist,

---

[26] *Kröber*, Die kooperative erarbeitete Fehlbeschuldigung sexuellen Missbrauchs, FS Schwenn (2024), S. 229 ff. u. *ders*., Die schrittweise interaktive Entstehung einer Fehlbeschuldigung sexuellen Missbrauchs, FPPK 2013, S. 240 ff.

[27] *Ebner/Pfundmair*, Die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen – Besonderheiten bei der aussagepsychologischen Begutachtung der Angaben Jugendlicher, ZJJ 2021, 180 ff.

[28] *Kröber* a.a.O. (Fn. 26), S. 246.

abzugrenzen. Die Frage nach der Krise impliziert, ob sich die Auskunftsperson von solchen Vorgängen hat leiten lassen, mit dem Wunsch, sich in den Mittelpunkt zu stellen, sich in einen Opferstatus zu versetzen, oder auch mit dem Motiv, den Verursacher der Enttäuschung bestrafen zu lassen.

Krehl[29] sieht die Beschränkung auf das Ausnahmekriterium „besondere Umstände" offensichtlich als zu eng an und postuliert, dass es bei schwierigen Beweislagen irrational sei, sachverständige Hilfe nicht zu beanspruchen.

Hohoff[30] vertritt die Auffassung, dass das Tatgericht gut beraten sei, wenn es sich in schwierigen Beweislagen sachverständiger Hilfe bedient, um seine Überzeugung auf eine möglichst breite und rationale Tatsachengrundlage stützen zu können. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass sich die Tatgerichte bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen auf psychologische – und damit primär auf nicht rechtliche – Konstrukte, wie die Aussagemotivation, Aussageleistung, Suggestion und Täuschungskompetenz beziehen, auch wenn diese keine abgelegene, sondern eine für Richter zentrale Materie darstellten.[31]

Dieser Meinung ist zuzustimmen, zumal die weitergreifenden Erkenntnisse durch die Untersuchungsmethoden, die in der Aussagepsychologie vorgegebenen sind, in der Vernehmung in der Hauptverhandlung – regelmäßig – nicht zu erzielen sind.[32]

---

29 *Krehl* a.a.O. (Fn. 12), Rn. 53.

30 *Hohoff*, Rechtliche Anforderungen an Beweiserhebung und Beweiswürdigung, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Bd. 5 (2022), S. 11, 13.

31 Zur Abgrenzung der Bereiche richterlicher Sachkompetenz zu den genuin dem Sachverstand überantworteten Beweisfragestellungen: *Fischer* in FS Widmaier, 2008, S. 191 ff.

32 Instruktiv zum Gesamtkomplex: *Tiemann* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 261 Rn. 97, 113, 129.

Beispiele dafür sind der notwendige Abgleich von Aussagekompetenz und Qualität der Aussage, ebenso die Ermittlung des konkreten Erwartungsmaßstabs bei der betreffenden Auskunftsperson für die Aussagekonstanz im Verhältnis zu den Ergebnissen der Erhebung zur Entwicklungsgeschichte der Aussage.[33]

II. Substantiierung des Beweisantrags, ein aussagepsychologisches Gutachten einzuholen

1. Realkennzeichenanalyse

Es vermittelt im Einzelfall Sinn, sich in einem Beweisantrag, ein aussagepsychologisches Gutachten einzuholen, mit dem Inhalt des Aussagematerials nach den Prüfkriterien der Realkennzeichen von *Steller/Köhnken* (1989)[34] auseinanderzusetzen. Dies betrifft insbesondere die Frage der hinreichenden Qualität der Aussage, die – nach den Vorgaben der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK – die Sacherklärung des Beschuldigten/Angeklagten vom Maßstab her übertreffen muss.[35]

---

33 Vgl. BGH 2 StR 101/15 – NStZ-RR 2016, 87; *Köhnken/Gallwitz,* Fehlerquellen in aussagepsychologischen Gutachten, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, Bd. 4 (2021), S. 17 ff.

34 Vgl. dazu: *Domenica Schwind*, Diplomarbeit, Universität Konstanz, 2006, S. 84; Analyse von Gutachten: Hinsichtlich der Trennschärfen der einzelnen Realkennzeichen zeigten Logische Konsistenz, Detailreichtum, Raum-zeitliche Verknüpfungen, Interaktionsschilderungen, Wiedergabe von Gesprächen, Eigenpsychisches, Fremdpsychisches und Deliktspezifisches durchgängig für alle Zeugengruppen hohe Werte. Diese Merkmale trugen also am meisten zur Reliabilität der Skala bei und repräsentieren somit das zugrunde liegende Konstrukt Realitätsnähe besonders gut.

35 Zur Systematik der Glaubhaftigkeitsbegutachtung: *Volbert/Steller*, Die Begutachtung der Glaubhaftigkeit, in Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, 7. Aufl. (2021), S. 757 ff.

Ebenso übertreffen muss – binnensystematisch – die Qualität der Aussage die allgemeine und bereichsspezifische Aussagekompetenz; denn nur dann kann die Annahme gestützt werden, dass die Aussageperson den vorgetragenen Sachverhalt nicht aus dem ihr verfügbaren Schemawissen generiert hat. Hier ist insbesondere der Detaillierungsgrad der Aussage, ihre Ausstattung mit Details, die über die bloße Handlungsschilderung hinausgehen, von Bedeutung.

Auf die Notwendigkeit einer besonders sorgfältigen Aussageanalyse weist schon die höchstrichterliche Rechtsprechung hin, wenn der Zeuge seine Aussage aus sonstigen Erlebnissen mit dem Beschuldigten generiert haben kann,[36] und sich daraus ohne weiteres seine Aussagekompetenz ergibt. Streitig und ggf. aussagepsychologisch zu untersuchen bleibt dann nur noch der inkriminierende Teil der Aussage, der die Klippe des gesetzten Maßstabs nicht leicht zu überwinden haben dürfte und deshalb – nicht selten – im „non liquet" endet. Der Beweisantrag wird gerade diese differenzierten Prüfungsanforderungen vermitteln müssen.

2. Motive zur Fehlbeschuldigung

Anders als die Aussagepsychologie generell bei der Analyse der Einzelaussage der Auskunftsperson das Kriterium der Aussagemotivation in aussagepsychologischen Gutachten bewertet,[37] ist bei der Betrachtung der Entstehungsgeschichte der Aussage nach § 261 StPO sowohl die Motivationslage der möglichen Einflusspersonen als auch die Motivlage des einzigen Belastungszeugen zu betrachten – und deshalb auch zum Gegenstand von Beweisbehauptungen

---

36 BGH StV 2024, 291; BGH StV 2000, 243; ferner BGH NStZ 2000, 496, 497; BGH StV 2007, 284, 285; BGH StV 2017, 4.

37 Vgl. *Offe*, Zum Stellenwert der Aussagemotivation in aussagepsychologischen Gutachten, in Deckers/Köhnken (Hrsg.) Die Erhebung und Bewertung der Zeugenaussage im Strafprozess, 2. Aufl. (2014), S. 87 ff.

heranzuziehen.[38] Enttäuschte Liebe und unerfüllte Erwartungen[39], Zurückweisungen und Kränkungen können sehr wohl zu falschen Belastungen verleiten, auch die Verteidigung unbewusster Aussagen ohne sichere Erinnerungsquelle kann Grundlage falscher Angaben sein.[40] Häufiges Motiv ist die Selbstentlastung, ein Fehltritt wird dem Partner gegenüber kaschiert, dazu bedarf es nicht eines Motives, eine bestimmte Person zu belasten, es wird zum Opfer der Falschbelastung, wer sich gerade aus den Umständen heraus anbietet.

Der *Jubilar* hat zu der Entscheidung des BGH[41] über einen Beweisantrag zur Motivlage – Innere Tatsachen und Entäußerung – einen lehrreichen Praxiskommentar formuliert.

Über allem steht der Erfahrungssatz von *Udo Undeutsch*: *„Wenn wir kein Belastungsmotiv finden, heißt das noch nicht, dass es für die Auskunftsperson keines gab, möglicherweise haben wir nur nicht lange und intensiv genug danach gesucht“*.[42]

3. Suggestion

Die Gründe, dass die Aussageperson einer hetero- oder autogenen Suggestion erliegt, sind vielfältig. Da nach den Erkenntnissen der aussagepsychologischen Wissenschaft die Qualität einer auf Suggestion beruhenden Aussage von erlebnisbasierten nicht zu unterscheiden ist[43] und die Aussageperson –

---

38 vgl. zur Rache als Motiv und unzutreffende Mehrbelastung: BGH StV 2013, 5 m. Anm. *Ventzke*; zur Beweiswürdigung beim Rachemotiv und dem „Gleichgewichtsmerkmal“ BGH 2 StR 307/02, Beschluss v. 4. September 2002; vgl. auch BGH 5 StR 157/10, Beschluss v. 17. Mai 2010.

39 BGH StV 2017, 4.

40 *Steller*, Interview in Sabine Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007.

41 NStZ 2016, 274.

42 Vgl. *Köhler/Kühne/Meschede/Waubert de Puiseau*, Nachruf auf Prof. Dr. Udo Undeutsch, Praxis der Rechtspsychologie (2013), 274.

43 Vgl. dazu im Einklang BGH StV 2017, 9.

regelmäßig – auch bei der suggerierten Aussage an deren Wirklichkeitsgehalt glaubt, ist mit der Realkennzeichenanalyse kein Erkenntnisgewinn zu erzielen. Kernpunkt der methodischen Betrachtung sind mithin die Geburtsstunde der Aussage und deren Entstehungsgeschichte.[44] Kann die Verteidigung Probleme in der Erstaussage des einzigen Belastungszeugen (Einflüsse) oder Abweichungen zu späteren Aussagen zum selben Untersuchungsgegenstand aufzeigen, kann der Antrag, ein aussagepsychologisches Gutachten einzuholen, auf die Suggestionshypothese gestützt werden[45]. Bestätigt der Sachverständige, dass die Suggestionshypothese nicht mit der erforderlichen Sicherheit zurückgewiesen werden kann, dürfte eine Verurteilung allein auf der Grundlage der Zeugenaussage kaum in Betracht kommen.[46]

4. Praxis und Prozessuales

Der Beweisantrag auf ein aussagepsychologisches und/oder psychiatrisches Gutachten, kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Auskunftsperson sei zur Mitwirkung an einer Exploration nicht bereit.[47]

Allerdings kann die Auskunftsperson verweigern, eine Schweigepflichtentbindungserklärung für ärztliche und therapeutische Unterlagen und Berichte zu erteilen.

Entstehen durch die Weigerungen erhebliche Aufklärungsdefizite, etwa, weil auf der Hand liegende Alternativhypothesen nicht zurückgewiesen werden

---

44 BGH StV 2022, 219.

45 Vgl. dazu: BGH StV 2022, 215.

46 BGH 2 StR 455/14, Urteil v. 20. Mai 2015, Rn. 19; BGH 1 StR 109/21, Beschluss v. 16. Juni 2021; BGH 1 StR 148/21, Beschl. v. 30. Juni 2021; BGH 1 StR 47/22, Beschluss v. 2. Juni 2022; BGH 2 StR 69/21, Beschluss v. 15. April 2021; *Bartel*, a.a.O (Fn. 14), S. 20 ff.; *Volbert*, Suggestion in Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie (2008), S. 331 ff.

47 BGH NStZ 2015, 299; ähnlich BGH StV 2013, 483.

können, wird die Belastungsaussage in der Regel die für den Belasteten streitende Unschuldsvermutung nicht überwinden können.

In komplizierten Fallkonstellationen bietet es sich an, dass die Verteidigung, bevor sie einen Beweisantrag formuliert, fachlichen Rat einholt. Aussagepsychologische Sachverständige können nach der Aktenlage eine qualifizierte Einschätzung zur Bewertung der Belastungsaussage erstellen, eine gutachterliche Stellungnahme dazu vorlegen. Dies kann die Verteidigung verwenden, um einen Beweisantrag zu stellen, der das Beweismaterial im Übrigen in eine kritische Würdigung einbezieht.

Die Verteidigung kann ähnlich vorgehen, wenn bereits Gutachten zu den Beweisfragen Erlebnisbezug, Aussagetüchtigkeit oder besondere Umstände vorliegen, deren Inhalte aus tatsächlichen oder fachlichen Gründen in Zweifel zu ziehen sind. Der Antrag, alternative Gutachten einzuholen, wird unterlegt mit methodenkritischen Stellungnahmen aus den jeweiligen Fachgebieten – in der Regel – die größten Chancen auf das Ziel haben, eine „second opinion“ ins Verfahren zu bringen.[48]

C. Fazit

Mit Recht wird von der Interdependenz der Begründungstiefe beim Beweisantrag und dem gerichtlichen Ablehnungsbeschluss gesprochen. Vorrangiges Ziel des Beweisantrages muss es indes sein, dass das begehrte psychiatrische und/oder aussagepsychologische Gutachten eingeholt wird.

---

[48] BGH 2 StR 535/09, Beschluss v. 27. Januar 2010 = BGHSt 55, 5; *Fischer*, Antrag und gerichtliche Bescheidung auf Einholung eines alternativen psychiatrischen und/oder psychologischen Gutachtens, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl. (2014), S. 153 ff. u. *Deckers*, Korreferat: Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, Antrag auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens, in Deckers/Köhnken (Hrsg.), ebd., S. 163 ff.

An anderer Stelle[49] hat der *Autor* herausgestellt, dass Anträge, ein solches Gutachten einzuholen, möglichst frühzeitig – also im Ermittlungsverfahren und/oder Zwischenverfahren – gestellt werden sollen. Zumal in Haftsachen steht das Gericht, das erst in der Hauptverhandlung mit solchen Anträgen konfrontiert wird, vor der schwierigen Frage, ob es ein Verfahren aussetzen und den Verhafteten freilassen muss. Andererseits können substantiierte Beweisanträge in der Hauptverhandlung, von denen die Verteidigung annehmen muss, dass sie eher auf Widerstand des Gerichts stoßen, auch bewirken, dass das Gericht sich von bisherigen Überzeugungen verabschiedet und dem Vortrag der Verteidigung folgt. Darin liegt der von *Basdorf*[50] mit Recht betonte Wert des Dialogs in der Sache, wie er auch in einer völlig gegensätzlich klingenden Entscheidung des 5. Strafsenats seinen Niederschlag gefunden hat[51]. Heißt es dort im Leitsatz, dass auch unter dem Gesichtspunkt fairer Verfahrensgestaltung das Verfahrensrecht kein Beweisinterlokut in der Hauptverhandlung kenne, so formuliert der Senat unter Ziff. II. 2. b) dd):

> *„Allerdings gilt im Beweisantragsrecht unter dem Gesichtspunkt der ‚Offenheit und Fairneß' und des danach wünschenswerten ‚Dialogs', daß die Verfahrensbeteiligten gehalten sind, etwa aufgetretene Mißverständnisse auszuräumen (Vgl. Basdorf StV 1995, 310, 318 f. m.N.). Indes kann dies nicht auf Erklärungen im Rahmen der Vorschrift des § 257 Abs. 2 StPO übertragen werden; denn hier gilt gerade nicht das Prinzip der Antragsbescheidung (§ 244 Abs. 6, § 238 Abs. 2 StPO).“*

Daraus folgt im Rückschluss: Missverständnisse und/oder vorläufige Unverständnisse können und sollen im Dialog über den Beweisantrag im

---

49 *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013).

50 *Basdorf* StV 1995, 310 ff.

51 BGH 5 StR 237/97, Beschluss v. 3. September 1997 = BGHSt 43, 212.

Wechselspiel von Antrag und Ablehnung ausgetragen werden. Thematische Bescheidungspflicht löst allein die Beweisbehauptung aus, die – nach der Reform – verbunden werden muss mit der Erklärung, warum das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll (Konnexität). Das bedeutet beim Antrag, ein Sachverständigengutachten einzuholen, die Benennung der Anknüpfungstatsachen und deren Herkunft, aus der Aktenlage, der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung oder eigenen Recherchen der Verteidigung oder aus Eingaben der Auskunftsperson, die etwa mit Anträgen die Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung anstrebt (§ 247 StPO), eine audiovisuelle Vernehmung begehrt (§ 247a StPO), oder Gründe für die vernehmungsersetzende Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung anbringt (§ 255a Abs. 2 S. 2 u. 3 StPO).[52]

In der Beweisbehauptung – nicht in der Antragsbegründung – sind die Punkte zu benennen, die den Sitz des/der Probleme bezeichnen. Mit diesen müssen sich die Ablehnungsgründe, die sich auf eigene Sachkunde stützen, im Einzelnen nach den Maßstäben des Ablehnungsgrundes der Bedeutungslosigkeit[53] auseinandersetzen. In ihnen liegt der Keim des begründeten Zweifels. Dabei geht es um deutlich mehr als nur um die „Klärung eines Missverständnisses". Es geht um den Kern der Auseinandersetzung in der Sache.

---

52 Vgl. zu den Anforderungen an die Beschlussgründe: BGH StV 2024, 289.

53 Vgl. nur: BGH NStZ 2016, 365 zu § 244 Abs. 3 Var. 2 StPO m. Anm. *Ventzke*: Das heißt, die in der Beweisbehauptung vermittelten Tatsachen sind wie erwiesene Tatsachen in das bisherige Beweisergebnis einzufügen und zu fragen, ob hierdurch die Beweislage in einer für den Urteilsspruch relevanten Weise beeinflusst würde. Dabei sind die Beweistatsachen als Teil des Gesamtergebnisses in ihrer indiziellen Bedeutung zu würdigen.

KARSTEN GAEDE

Als befangen anzusehende Staatsanwälte – ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK?

Klaus-Ulrich Ventzke. Dieser Name steht für sich. Es bedarf keines Titels, um eine insbesondere strafprozessuale Expertise zu unterstreichen, die mich früh beeindruckt hat und heute in vielen Rechtsfragen leitet.[1] Nimmt man die eigene Dankbarkeit für die genossene Ausbildung und die Bewunderung für das unprätentiöse, aber umso substanziellere Auftreten und Wirken von *Klaus-Ulrich Ventzke* hinzu, ist schon die Wahl des Beitragsthemas eine echte Aufgabe – für den zu Ehrenden muss ein anspruchsvoller Fragenkreis erstmals aufgegriffen werden.

Vielleicht kann die – vom Verfasser bisher nicht erörterte – Frage nach einer revisiblen Rechtsverletzung durch die Verfahrenspartizipation eines als befangen anzusehenden Staatsanwalts diese Hürde nehmen? Zu ihr herrscht heute auch für die hier in den Mittelpunkt gestellte Hauptverhandlung der Maßstab eines möglichen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vor, der durch eine restriktive Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des Verhaltens des Gerichts festzustellen sein soll.[2]

Zunächst muss aber feststehen, dass das Recht auf ein faires Verfahren den Maßstab ausmacht (dazu I.). Es ist aufzunehmen, welche Haltung der revisionsrechtlichen Praxis in jüngeren Entscheidungen offenbar geworden ist

---

1 Ich denke hier etwa an *Ventzke* StV 1997, 343.

2 So insbesondere BGH NStZ-RR 2024, 252 = HRRS 2024 Nr. 1075 und BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; noch offenlassend BVerfG JR 1979, 28; im Kontext eines möglichen Anschlusses an § 22 Nr. 5 StPO BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742.

(siehe II.). Folgen soll ein Vorschlag dazu, von welchen Koordinaten die Prüfung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ausgehen sollte (hierzu III.). Anmerkungen zur Verfahrensrüge sind zu ergänzen (siehe IV.). Die Frage, ob in den jüngeren Hauptfällen des BGH ein Fairnessverstoß überzeugend verworfen wurde, schließt den Beitrag ab (hierzu V.).[3]

I. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK – entscheidend?

So bedeutsam das Recht auf ein faires Verfahren ist oder sein sollte,[4] bleibt doch zu beachten, dass konkretere gesetzliche Maßstäbe – schon nach dem Fairnessgedanken selbst[5] – zu erhoffen/erwarten und vorrangig zu

---

3 Die wichtige Teilproblematik einer etwaig möglichen gerichtlichen Durchsetzung eines etwaigen Ablösungsanspruches jenseits der Revision muss im Rahmen der Festschrift außen vor bleiben. Zu ihr siehe etwa abl. *Siolek*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2016), Vor § 22 Rn. 9 ff. und zust. *Wohlers* GA 2006, 403 ff. Für eine Anwendung der als vorrangig betrachteten §§ 23 ff. EGGVG etwa *Hilgendorf* StV 1996, 50, 52 ff.; *Wohlers* in SK-StPO, 6. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 24; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 9 Rn. 15; a.A. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; OLG Hamm NJW 1969, 808 f.; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 2 Rn. 30; *Pawlik* NStZ 1995, 309, 314; offenlassend OLG Stuttgart NJW 1974, 1394.

4 Für einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK durch die Mitwirkung eines disqualifizierten Staatsanwaltes z.B. auch schon *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 11; *Hilgendorf* StV 1996, 50, 51 f.

5 Zum Gebot der Bestimmtheit als Teil der Verfahrensfairness schon m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 417 ff. und 663 ff. Zu den regelmäßig aufzufindenden und berechtigten Appellen an den Gesetzgeber, endlich Regelungen zu schaffen, vgl. statt vieler *Nowak*, Die institutionelle Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit (2024), S. 142; zum erwartbaren Ertrag aber skeptisch *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 232.

durchdenken sind. Dies gilt im Besonderen, weil nach vielen Stimmen mit dem Verweis auf die Fairness eine hohe Schwelle für einen anzunehmenden Verstoß einhergehen soll.[6] Anwendbare konkrete gesetzliche Regelungen könnten die innerbehördliche Prüfung eines Austauschs des betreffenden Staatsanwalts ebenso wie die ggf. notwendige Entscheidung durch ein Revisionsgericht besser anleiten; sie könnten prima facie ohne eine kaum bestimmte allgemeine Gesamtbetrachtung auskommen.

Explizite Regelungen sind bekanntermaßen aber weder in der StPO noch im GVG aufzufinden.[7] Vor allem die §§ 145 ff. GVG enthalten keine Vorschriften über Ausschlussgründe, die eine Substitution insbesondere des Sitzungsvertreters erzwingen. Mehr noch behalten sie nach Ansicht der Praxis gemäß § 145 Abs. 1 Alt. 2 GVG allein der vom Gericht unabhängigen (§ 150 GVG) Staatsanwaltschaft die mögliche Substitution des in Frage stehenden Staatsanwalts vor.[8]

Immerhin werden aber analoge Anwendungen sowie erweiternde Norminterpretationen zugunsten tendenziell konkreterer Prüfungsmaßstäbe diskutiert:[9]

---

6 So nun auch der 6. Strafsenat in diesem Kontext: BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

7 Zu diesem Befund nur unter Hinweis auf unwirksame landesrechtliche Regelungen m.w.N. *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 10.

8 Siehe überdies zum verworfenen Ablehnungsrecht der Verfahrensbeteiligten OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; LG Köln NStZ 1985, 230, 231 f.; *Heil* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), Vor § 22 Rn. 6.

9 Die folgende Darstellung behandelt nicht jede der zum Teil sehr ausdifferenzierten Stellungnahmen zum Thema. Zu weiteren Ansätzen siehe etwa aus jüngerer Zeit m.w.N. *Nowak* (Fn. 5), S. 19 ff.; vgl. auch *Jescheck* ZStW 84 (1972), 834, 838, der es wegen Missbrauchsgefahr nicht zulassen will, Ablehnungsanträge auf einen Verstoß gegen § 160 Abs. 2 StPO zu stützen.

1. Analoge Anwendung der §§ 22–24 StPO

Denkbare und praktisch eintretende Fälle etwa einer persönlichen Betroffenheit durch die vorgehaltene Tat oder erkennbare Besorgnisse einer fallbezogenen Voreingenommenheit des konkret agierenden Staatsanwalts haben im Schrifttum seit längerem zu Plädoyers geführt, nach denen die für Richter geschaffenen materiellen Regelungen der §§ 22–24 StPO ganz oder teilweise[10] analog mit der Folge eines absolut bzw. relativ revisiblen Rechtsverstoßes anwendbar seien.

Entsprechende Ansätze eint, dass sie in dem bis heute andauernden und ursprünglich bewusst entschiedenen Verzicht des historischen Gesetzgebers der Strafprozessordnung auf nähere Regelungen zum möglichen Ausschluss und zur möglichen Befangenheit von Staatsanwälten[11] einen korrekturbedürftigen Irrtum erblicken, der – bei einer gleichen Interessenlage – die Anwendung der für Richter geltenden Vorschriften nicht hindern könne.[12] In der Einschätzung, die rechtmäßige Besetzung der Staatsanwaltsfunktion lediglich als Internum der ohnehin auf das Recht ausgerichteten Staatsanwaltschaft zu begreifen, liege vor dem Hintergrund der heute zu beachtenden Fairnessmaßstäbe eine planwidrig zu nennende Regelungslücke.[13] Sowohl Dienstaufsichtsbe-

---

10 *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 13; *Schlothauer/Wollschläger/Piel*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 4. Aufl. (2025), Rn. 423; *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 12, 13, 18 ff. und 23: Analogie zu § 22 Nr. 1-3 und 5 und 24 Abs. 2 StPO, nicht aber zu den §§ 23 und 24 Abs. 1 StPO; zur Ablehnung einer Analogie auch zum Verfahren *Wohlers* GA 2006, 403, 405 f.

11 Siehe *Hahn/Stegemann* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen auf Veranlassung des Kaiserlichen Reis-Justizamts, Dritter Band: Materialien zur Strafprozeßordnung, Erste Abtheilung, 2. Aufl., 1886, S. 92.

12 Statt vieler so *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 10.

13 In diesem Sinne auch etwa *Hilgendorf* StV 1996, 50, 51 f., 53 und *Pawlik* NStZ 1995, 309, 313: alleiniger Verweis auf § 145 Abs. 1 Alt. 2 GVG unzureichend.

schwerden[14] als auch der Umweg über eine beantragte Vernehmung des Sitzungsvertreters als Zeugen[15] seien unzureichend. Es ließe sich insbesondere für die Ausschlussgründe des § 22 Nr. 1, 2, 3 und 5 StPO[16] und ggf. über diese hinaus[17] das Recht des Beschuldigten formulieren, zu den für Richter geltenden Maßstäben eine Beseitigung bedenklicher staatsanwaltlicher Verfahrenseinflüsse einzufordern. Insoweit wird allerdings trotz dahingehender Überlegungen regelmäßig der Rückgriff auf die § 338 Nr. 2 und 3 StPO abgelehnt,[18] die für den Fall von Verstößen gegen die §§ 22–24 StPO eine Beruhensprüfung erübrigen.

a) Keine planwidrige Nichtanwendung der §§ 22–24 StPO

Diesen Ansätzen zugunsten einer Analogie, die bemerkenswerterweise auf eine analoge Anwendung des komplementären Verfahrens nach den §§ 25 ff. StPO regelmäßig verzichten, ist aber nicht zu folgen.[19] Bereits die

---

14 Zur mangelnden Effektivität etwa *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 539, auch mit der Erwägung von Schulterschlusseffekten (542 ff.); *Brocke* in MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. (2025), GVG § 145 Rn. 7: nur bei Willkür weites Ermessen überschritten.

15 Zu diesem Ansatz siehe etwa BGH NStZ 1989, 583 f.; m.w.N. *Krause* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 7 Rn. 105; krit. *Schneider* NStZ 1994, 457 f.

16 Dafür etwa wieder *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 11.

17 M.w.N. *Pawlik* NStZ 1995, 309, 311; dass eine direkte Übertragung indes nicht gelingen kann, betonte etwa schon *Hackner*, Der befangene Staatsanwalt im deutschen Strafverfahrensrecht (1995), S. 233 ff.: „Die funktionsbedingten Unterschiede zwischen ihm [dem Staatsanwalt] und dem Richter müssen sich vielmehr auch in den Maßstäben zur Beurteilung staatsanwaltlicher Befangenheit niederschlagen."

18 Vgl. etwa *Arloth* NJW 1983, 207, 210.

19 So etwa auch BVerfGE 25, 336, 345 f.; BVerfG JR 1979, 28; BGH NStZ-RR 2024, 252 f. = HRRS 2024 Nr. 1075; BGH NJW 1980, 845, 846; NStZ 1991, 595; 2008, 353 f. = HRRS 2008 Nr. 320; *Stuckenberg* JR 2019, 163 f.; Heil in KK-StPO (Fn. 8), Vor § 22 Rn. 1; *Fezer* (Fn. 3), Fall 2 Rn. 29 f.; *Schmitt* in Schmitt/Köhler, StPO,

Planwidrigkeit *der mangelnden Erstreckung gerade der §§ 22–24 StPO auf die Staatsanwaltschaft* lässt sich nicht recht dartun:[20]

Es ist zwar mehr als plausibel, dass das Fehlen gesetzlicher Maßstäbe und eines geregelten Verfahrens für die Sicherung einer objektiven Teilhabe der Staatsanwaltschaft am Strafverfahren eine im Licht der Fairnessgarantie normativ betrachtet planwidrige Regelungslücke ausmacht, wenn man sich den zentralen Verfahrenseinfluss der Staatsanwaltschaft vor Augen führt, der ihr insbesondere über das Ermittlungsverfahren[21] und die Hauptverhandlung zukommt.[22] Regelungen für Richter einschließlich der Schöffen (§§ 22–31 StPO), für Sachverständige (§ 74 StPO), für Dolmetscher (§ 191 GVG) und für Urkundsbeamte (§ 31 StPO) und Beamte/Mitarbeiter anderer Verwaltungen (siehe nur §§ 20 f. VwVfG) unterstreichen, dass sich der Bedarf nach Willkür vermeidenden Maßstäben schwerlich zurückweisen lässt.[23] Schon die Materialien zur Reichsstrafprozessordnung drücken auch gar nicht aus, dass es keine Maßstäbe geben sollte. Sie vermeinen vielmehr voller Vertrauen, dass die

---

68. Aufl. (2025), Vor § 22 Rn. 3 und 8; *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. (2023), § 22 Rn. 6; i.E. *Krause* in MAH (Fn. 15), § 7 Rn. 102.

20 So z.B. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; BGH NStZ 1989, 583 (zu § 22 Nr. 5 StPO); LG Köln NStZ 1985, 230, 231; *Kudlich/Noltensmeier-von-Osten* in SSW-StPO, 5. Aufl. (2023), § 22 Rn. 5; *Weßlau/Deiters* in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Vor § 22 Rn. 35; nur zum Verfahren LR/*Siolek* (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 8.

21 Hier wäre neben der Anklageerhebung bzw. der Versagung von Einstellungen etwa an die Auswahl des Sachverständigen zu denken, die regelmäßig die Person des gerichtlich bestellten Sachverständigen im Hauptverfahren vorprägt.

22 So bejaht eine planwidrige Lücke zu den materiellen Maßstäben etwa auch schon *Frisch* in Festschrift für Bruns (1978), S. 385, 396 ff., obschon er ein Ablehnungsrecht in der Hauptverhandlung in das Ermessen des Gesetzgebers stellen will, siehe S. 409 ff., 413 f.; in materieller Hinsicht für eine Anwendbarkeit auch *Hilgendorf* StV 1996, 50, 53.

23 Siehe auch die Anschlüsse an Fälle des § 22 StPO bei *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 4.

Staatsanwaltschaft ohnedies eine ggf. notwendige Ersetzung vornehmen werde, weshalb es einer Regelung in der StPO nicht bedürfe.[24]

Damit ist aber nur dargelegt, dass der Verzicht auf leitende Regelungen als solcher in einem Rechtsstaat planwidrig zu nennen ist und der Herausbildung von Maßstäben für sich genommen kein Wille des historischen Gesetzgebers entgegensteht. Angesichts der Funktionsunterschiede, die zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht im deutschen Strafprozess verbleiben und der für sich genommen unstreitigen primären Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Ausgestaltung des fairen Verfahrens (dazu näher II. 2. b]), lässt sich die These der Planwidrigkeit aber nicht in dem Sinne verstehen, dass gerade die vom Gesetzgeber bis heute *verwehrte Übertragung der Regelungen für Richter* planwidrig zu nennen wäre:[25] Eine ganz fehlende Regelung lässt sich planwidrig nennen – die vom Gesetzesrecht bis heute verfolgte getrennte Beurteilung für Richter und Staatsanwälte ist aber mitnichten evident zu verwerfen.

b) Keine hinreichende Interessenparallelität

Auch das Kriterium der vergleichbaren Interessenlage hält in diesem Sinne zur Zurückhaltung an. Richtig ist zwar, dass die Objektivitätsbindung der

---

[24] In diesem Sinne vertraute man darauf, dass schon auf Antrag bei der Behörde oder von Amts wegen das Nötige getan würde, siehe *Hahn/Stegemann* (Fn. 11), S. 92; so auch schon *Schneider* NStZ 1994, 457, 461; *Müller-Gabriel* StV 1991, 235, 236; *Pawlik* NStZ 1995, 309, 310 f.; krass a.A. noch heute *Temming* in HK-StPO, 7. Aufl. (2023), Vor §§ 22 ff. Rn. 6.

[25] Hierbei wäre es methodisch denkbar, den angesprochenen Punkt der wertenden Prüfung der hinreichend gleichen Interessenlage vorzubehalten. Jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Recht auf ein faires Verfahren als normative Grundlage für eine Planwidrigkeit die vom Gesetzgeber zurückgewiesene direkte Übertragung der Regelungen für Richter nicht erzwingt, sollte schon die Abweichung vom gesetzgeberischen Plan als Hindernis einer analogen Anwendung der für Richter geltenden Maßstäbe benannt werden.

Staatsanwaltschaft und der Blick in § 20 Abs. 1 VwVfG[26] und § 21 Abs. 1 VwVfG[27] für die Verwaltung im Allgemeinen ad hoc verständlich machen, weshalb die Ausschließungsgründe der § 22 Nr. 1–3 StPO und damit die eigene Tatbetroffenheit (Nr. 1), eine Partner- bzw. Vormund- oder Betreuungsrolle hinsichtlich des Verletzten (Nr. 2) und die nahe Verwandtschaft zum Beschuldigten oder Verletzten (Nr. 3) für eine Teilanalogie vorgeschlagen werden.[28] Allerdings zeigt der Fall des § 22 Nr. 4 StPO in Gestalt der ausschließend wirkenden Tätigkeit *als Staatsanwalt* in der gleichen Sache doch deutlich, dass es sich um einen spezifisch für die Funktion des Richtens formulierten Katalog handelt. Überdies ist er in ein Verfahrensregime (§§ 25–30 StPO) eingebettet,

---

[26] § 20 Abs. 1 VwVfG lautet: „In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden, 1. wer selbst Beteiligter ist; 2. wer Angehöriger eines Beteiligten ist; 3. wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt; 4. wer Angehöriger einer Person ist, die einen Beteiligten in diesem Verfahren vertritt; 5. wer bei einem Beteiligten gegen Entgelt beschäftigt ist oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrates oder eines gleichartigen Organs tätig ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist; 6. wer außerhalb seiner amtlichen Eigenschaft in der Angelegenheit ein Gutachten abgegeben hat oder sonst tätig geworden ist. Dem Beteiligten steht gleich, wer durch die Tätigkeit oder durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann. Dies gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden."

[27] § 21 Abs. 1 VwVfG lautet: „Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat, wer in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Betrifft die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, so trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält."

[28] Dafür etwa wieder nur *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 12 m.w.N.

das unstreitig nicht auf die Interessenlage der Staatsanwaltschaft als Behörde zugeschnitten ist.

Vor allem bleibt den Staatsanwälten, anders als es bei Richtern (und auch bei Verwaltungsmitarbeitern, die eigene Aufgaben wahrnehmen) der Fall ist, regelmäßig die eigene Sachentscheidung verwehrt – die Rechtsprechung ist den Gerichten anvertraut:[29] Die regelmäßig entscheidende Bedeutung des Gerichts, welche in den Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zu expliziten Maßstäben gerade für das Gericht Anlass gibt,[30] erklärt die in den §§ 22–24 mit 31 StPO und fortgesetzt in § 338 Nr. 2 und 3 StPO vorzufindende striktere Regelung gerade für Richter. Die Unvoreingenommenheit der Richtenden bleibt mindestens typisiert betrachtet für den Angeklagten bedeutsamer als die Unvoreingenommenheit der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Es steht ein nochmals dringlicheres prozessuales Interesse des Angeklagten in Rede, das die Abfassung der §§ 22–24 StPO und ihre Auslegung beeinflusst und bei der Staatsanwaltschaft eine Übertragung gerade dieser Maßstäbe nicht rechtfertigt. Auch die durchaus vorzufindenden (Mit-)Entscheidungsbefugnisse des Staatsanwalts in Opportunitäts-[31] und heute auch

---

29 In diesem Sinne gegen eine Gleichstellung des Maßstabes insoweit z.B. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; *Walter* JZ 2024, 1043, 1046; ähnlich schon BVerfG JR 1979, 28; LG Köln NStZ 1985, 230, 231; die Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO offenlassend dagegen BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; die mangelnde hinreichende Vergleichbarkeit überzeichnend siehe aber *Temming* in HK-StPO (Fn. 24), Vor §§ 22 ff. Rn. 6.

30 Dazu etwa *Brocke* in MüKo-StPO (Fn. 14), § 145 GVG Rn. 7: kein gesetzlicher Staatsanwalt; tendenziell auch *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. (1983), Rn. 66.2.

31 Zu diesem Aspekt z.B. schon *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 408 ff.; *Bruns* JR 1980, 397, 400; aus jüngerer Zeit etwa wieder *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 539 f.

Verständigungsfragen[32] tragen zwar eine bereichs- und fallweise Annäherung. Vor dem Hintergrund der zugleich verbleibenden Unterschiede zwischen der unabhängigen Justiz und der in einer Behörde organisierten Staatsanwaltschaft rechtfertigen sie aber keine – für die Analogie – entscheidende vollständige Gleichstellung auch in Fällen, in denen diese und vergleichbare prozessuale Fragen nicht einschlägig sind.

Schließlich ist eine hinreichend gleiche Interessenlage auch deshalb abzulehnen, weil die Entscheidungserheblichkeit des richterlichen Verhaltens und der gerichtlichen Würdigung ein weiteres Kriterium in den Raum stellt, das bei der unmittelbaren und ausschließlichen Anwendung der in § 338 Nr. 2 und 3 StPO aufgegriffenen Kriterien der §§ 22–24 StPO gar keine bzw. eine ganz andere Rolle spielen würde.[33] Die materiellen Positionen der §§ 22–24 StPO sind nach dem Gesetz mit absoluten Revisionsgründen verknüpft. Selbst wenn man nicht das Verfahren nach den §§ 25 ff. StPO als solches übertragen wollte, müsste man konsequent mit der Erstreckung auf Staatsanwälte die gleiche Verfahrensbedeutung behaupten. Kompensatorische Schritte des Gerichts und ggf. auch der Staatsanwaltschaft müssten damit für die Revision außen vor bleiben.[34] Während es aber bei der Anwendung auf Richter allein

---

32 Siehe nur BVerfGE 133, 168, 219 f. = HRRS 2013 Nr. 222: „In der Verständigungssituation kommt der Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft herausgehobene Bedeutung zu“; darüber hinaus zur Hauptverhandlung auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 160.

33 Überdies wäre die mangelnde Erwähnung der Staatsanwaltschaft in § 338 Nr. 2 und 3 StPO ist schon nicht planwidrig zu nennen. Im Zuge der expliziten Erwähnung der Staatsanwaltschaft in § 338 Nr. 5 StPO und der etwa auch für Sachverständige trotz vorhandener Ablehnungsvorschriften in der StPO fehlenden Übertragung des § 338 Nr. 2 und 3 StPO ist die mangelnde Schaffung eines Pendants für Staatsanwälte als bewusste und weiter leitende Entscheidung zu begreifen. Dazu schon *Stuckenberg* JR 2019, 163, 164.

34 Dies gilt mindestens dann, wenn man nicht auch hier zu den relativierenden Kriterien greifen wollte, mit denen die Rechtsprechung seit längerem versucht, die vom Gesetz mit § 338 StPO ausgelösten „Nötigungen zur Verfahrensaufhebung“

um ihre Person selbst geht und in diesem Rahmen ihr Verhalten zu bewerten ist, wird die Interessenlage für Staatsanwälte *zusätzlich* zu dem zu beurteilenden Verhalten und der zu wägenden Eigenschaften des disqualifizierten Staatsanwalts vor allem durch das entscheidungserhebliche richterliche Verhalten mitbestimmt. Auch wenn man das Wirken des Staatsanwalts erneut nicht als unbedeutend verzeichnet, hängen die Folgen seines Wirkens doch regelmäßig entscheidend von der Reaktion des Gerichts ab. Selbst wenn man nicht unbegrenzt richterliche Kompensationen zulassen will, drängt sich infolge der nur von den Richtern geschriebenen Urteile die revisionsrechtliche Relevanz ihres Verhaltens auf, ohne dass sich aus den §§ 22–24 StPO oder § 338 Nr. 2 und 3 StPO eine vorbildgebende differenzierende Lösung folgern ließe. Folgt man der naheliegenden Verknüpfung mit § 338 Nr. 2 und 3 StPO, lägen bei einer völligen Ausblendung des richterlichen Umgangs mit der Situation unzureichend begründete Urteilsaufhebungen nahe. Bezöge man aber – relativierend – das gerichtliche Verhalten in die Betrachtung mit ein, entfernte man sich vom Ansatz der § 338 Nr. 2 und 3 StPO, die auf eine Bewertung der betreffenden Person und ihres Verhaltens ausgerichtet sind. Wenn die Befürworter einer Analogie dies regelmäßig anerkennen und durch die Zurückweisung einer Analogie zu § 338 Nr. 2 und 3 StPO eine weitere Abweichung von der Bedeutung der §§ 22–24 StPO in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich akzeptieren, überzeugt dies zwar im Ergebnis. Auch in diesem Licht wird man aber trotz der hohen materiellen Anziehungskraft etwa der § 22 Nr. 1–3 StPO nicht von einer hinreichend gleichen Interessenlage sprechen können.

Anderes ist auch nicht aus dem Umstand zu folgern, dass schon die Rechtsprechung im Fall der Vernehmung des Sitzungsvertreters als Zeuge in der

---

scheinbar effektivitätssteigernd über eine Umdeutung in partiell relative Revisionsgründe zu begrenzen.

Hauptverhandlung § 22 Nr. 5 StPO partiell entsprechend anwendet.[35] Auch insoweit ist zwar ein zentraler Grund angesprochen, aus dem heraus eine staatsanwaltliche Verfahrensmitwirkung rechtsfehlerhaft sein kann, da eine objektive Amtswahrnehmung absehbar beeinträchtigt ist. Aber schon die Rechtsprechung gelangt nicht zu einer echten Analogie, die in der Übertragung der Rechtsfolge der Norm bestehen und demzufolge stets in dem Ausschluss des Staatsanwalts aus dem Verfahren liegen müsste. Vielmehr sehen die Gerichte Raum, die zeitweise Zeugen-(oder Sachverständigen-)rolle des Staatsanwalts *nur insofern* als Gesetzesverletzung zu erachten, als die weitere Verfahrensmitwirkung mit der Aussage in einem unlösbaren Zusammenhang steht.[36] Sie führen damit ein gesetzesfernes Differenzierungskriterium ein. Indem die Gerichte schließlich den Rückgriff auf § 338 Nr. 2 StPO zurückweisen, der im Konnex mit § 22 Nr. 5 StPO geboten wäre,[37] unterstreichen sie im Gegenteil, dass sie § 22 Nr. 5 StPO nicht analog anwenden.[38] Sie nutzen die Norm vielmehr als Inspiration für die einstweilen notwendige richterrechtliche Ausdifferenzierung der Anforderungen, die an die Verfahrensmitwirkung der Staatsanwaltschaft gestellt werden sollten.

---

35 M.w.N. zur jüngeren Rspr. BGH NStZ 2019, 234, 235 f. = HRRS 2018 Nr. 1053 m. krit. Anm. *Stuckenberg* JR 2019, 163; früher schon RGSt 29, 236; näher zum Ganzen *Schneider* NStZ 1994, 457 ff.; offenlassend dagegen BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; einschränkend zur Rspr. *Brocke* in MüKo-StPO (Fn. 14), § 145 GVG Rn. 11 ff. m.w.N.; *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8: „nicht unzweifelhaft".

36 M.w.N. BGH NStZ 2019, 234, 235 = HRRS 2018 Nr. 1053; siehe treffend *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 3: „§ 22 Nr. 5 wird also nicht uneingeschränkt auf den StA übertragen"; *Schneider* NStZ 1994, 457, 461; ferner m. krit. Anm. *Stuckenberg* JR 2019, 163, 166: Fragenkreis des disqualifizierten Staatsanwalts ist mit Analogiebildung allein nicht zu lösen.

37 So prinzipiell auch *Stuckenberg* JR 2019, 163, 164.

38 Siehe so wieder BGH NJW 2025, 1428 = HRRS 2025 Nr. 453 und *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8; krit. etwa schon BGH NStZ 2008, 353 f. HRRS 2007 Nr. 1106.

Erst recht wäre eine hinreichend vergleichbare Interessenlage nicht für die Fälle der §§ 22 Nr. 4, 23 und 24 StPO zu befürworten, für die zum Teil dennoch die Analogie ins Feld geführt wird. In all diesen Fällen und vor allem bei der Würdigung eines möglichen Befangenheitsgrundes nach § 24 Abs. 2 StPO käme man nicht umhin, mögliche Rückwirkungen der Funktionsunterschiede in die Betrachtungen einzustellen.[39] Von vornherein muss sich die Frage nach der Besorgnis der Befangenheit auf eine andere Verfahrensrolle ausrichten, wollte man nicht – lebensfremd – den Vertreter der Anklage als einen Nebenrichter verzeichnen, der die Wahrheit unbeeinflusst von der Anklageentscheidung sucht. Damit entschiede aber nicht der vom Gesetz spezifisch für Richter angesteuerte Kriterienpool. Anstatt dessen würden gesetzlich ausgeprägte oder systematisch zu erschließende *Besonderheiten der Mitwirkung als Staatsanwalt* den Maßstab verschieben.

2. Erweiternde Lesart des § 338 Nr. 5 StPO

Kürzlich wurde ferner vorgeschlagen, die Anwesenheit eines disqualifizierten Staatsanwalts in der Hauptverhandlung der mangelnden Anwesenheit der

---

[39] Siehe entsprechend dann etwa auch unter Abwandlung des scheinbar analog angewendeten Maßstabs gerade des § 24 Abs. 2 StPO *Wendisch* in Festschrift für Schäfer (1980), S. 243, 259: Besorgnis der Befangenheit hinsichtlich eines Staatsanwaltes, „wenn besondere Umstände, etwa die Art und Weise seines Vorgehens, eine offensichtliche und durch die Sachaufgabe nicht gerechtfertigte Voreingenommenheit erkennen lassen"; *Schlüchter* (Fn. 30), Rn. 66.1; siehe auch *Pawlik* NStZ 1995, 309, 311: „Vorfestlegung" der Staatsanwaltschaft sei auf Grund ihrer prozessualen Rolle zuzulassen, eine Besorgnis der Befangenheit erst zu bejahen, „wenn der begründete Verdacht entsteht, daß der Staatsanwalt die Anklage dennoch um jeden Preis ‚retten' will und sich deshalb einer Modifizierung seiner Sichtweise gezielt verweigert"; vergleichbar schon *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 390 und 405 f.; zur Berücksichtigung der anderen Rolle ferner *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 20: „vor dem Hintergrund der von der Staatsanwaltschaft zu erfüllenden Funktion gesehen"; *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 14.

Staatsanwaltschaft gemäß § 338 Nr. 5 StPO gleichzustellen: Wenn nur ein befangen zu nennender Staatsanwalt der Hauptverhandlung beiwohne, sei die vom Gesetz konstitutiv vorausgesetzte Staatsanwaltschaft gar nicht anwesend.[40]

Dieser Vorschlag hat für sich, dass er für die Hauptverhandlung an eine für die Staatsanwaltschaft explizit geltende Vorschrift anknüpfen will. Zudem ist der Gedanke, dass § 338 Nr. 5 StPO jeweils materiell verhandlungsfähige Personen meinen muss, für sich genommen anziehend. Der Ansatz führt allerdings mit der in Bezug genommenen Norm als solcher zunächst schon keinen Schritt bei der Frage weiter, *wann* denn eine Person oder ein Verhalten vorliegt, die bzw. das die Besorgnis der Befangenheit begründet. Das Maßstabsproblem wird auf eine materiell nicht von § 338 Nr. 5 StPO gemeinte staatsanwaltschaftliche Verfahrensteilhabe verschoben. § 338 Nr. 5 StPO greift den zu verhindernden *Ausfall zentraler Verfahrensbeteiligter* auf; ihm ist mangels eines Anhaltspunkts in der Regelung nicht zu unterstellen, dass er zugleich den (einzigen) Maßstab für unzulässige Einflüsse auf den Prozess seitens tatsächlich und notwendigerweise anwesender Beteiligter ausmachen will.[41] Auch

---

40 *Walter* JZ 2024, 1043, 1047 f.: Staatsanwalt müssten *ohne grobe Rechtsfehler* in der Lage sein, der Erwartung des § 338 Nr. 5 StPO gerecht zu werden.

41 Siehe auch jüngst abl. zur Teilnahme eines Dolmetschers, dem gegenüber Ablehnungsgründe vorlagen, BGH NJW 2025, 1428 f. = HRRS 2025 Nr. 453; ferner auch für die Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO den absoluten Revisionsgrund verwerfend etwa *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 8. Gleichwohl ist *Walter* jedenfalls partiell zuzustimmen, wenn er dem Gericht in Fällen unzweifelhafter Disqualifikation zubilligt, zunächst nicht zu verhandeln, um seine Position zu bekräftigen (siehe auch schon *Hackner* [Fn. 17], S. 172 ff.). Indessen wird man eine solche Befugnis infolge der Rechtsgewährungspflicht der Gerichte/des Gebots zur funktionstüchtigen Rechtspflege und des unter Umständen zu versagenden Beruhens nicht unbefristet zulassen können. Dem Gericht ist nur eine abermalige Verdeutlichung seiner Position mit einer angemessenen Reaktionsfrist der Staatsanwaltschaft zuzugestehen. Sodann muss es aber – blendet man einen Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG aus – zur Auflösung des nicht zwingend zugunsten

teleologisch ist eine stets vorhandene Gleichwertigkeit der grundverschiedenen Fälle nicht ausgemacht, zumal die Norm diese für gleichzustellenden Fälle einer unzulässigen Mitwirkung nicht zu erkennen gibt – allein der Rechtsanwender müsste die Schwelle setzen. Zu erwarten wäre hier, dass die ins Auge gefasste Gleichschaltung mit § 338 Nr. 5 StPO die Schwelle für die Anerkennung eines Rechtsverstoßes (wieder) anheben müsste – im Rückgriff auf einen absoluten Revisionsgrund muss insofern gerade kein praktischer Vorteil liegen. Es ließe sich schließlich und vielleicht vor allem nicht stimmig erklären, weshalb eine Frage des Ausschlusses bzw. der Befangenheit jenseits der expliziten Thematisierung in den § 338 Nr. 2 und 3 StPO zusätzlich klandestin nach anderen und ungenannten Maßstäben über § 338 Nr. 5 StPO erfasst sein sollte.[42] Blendete man selbst solche systematischen Zusammenhänge aus, müsste die Öffnung des § 338 Nr. 5 StPO dazu einladen, diverse Einzelfallgeschehen über einen mehr oder weniger plausiblen Rückschluss auf die Disqualifikation des jeweiligen Staatsanwalts (oder anderer notwendig Beteiligter) zum absoluten Revisionsgrund zu erheben.

II. Jüngere Maßstäbe des Bundesgerichtshofs

Blickt man von diesem ernüchternden Befund *de lege lata* auf die Rechtsprechung, ist revisionsrechtlich die etwaige Anknüpfung an ein Verhalten des Gerichts zu diskutieren (dazu 1.). Vornehmlich anhand einer Entscheidung des

---

seiner eigenen Rechtsansicht zu lösenden Patts eine Verhandlung mit dem problematisierten Staatsanwalt und die ggf. folgende Beruhensprüfung einleiten, auch um eine abschließende Entscheidung durch einen Dritten zu ermöglichen. Insoweit bleibt weiter ein Rest an Dilemma, das nur der dringlich zur Klärung aufgeforderte Gesetzgeber (besser) auflösen könnte.

42 Vor allem hiermit abl. auch bereits *Tolksdorf*, Das Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989), S. 130.

6. Strafsenats ist eine restriktive Bestimmung des Fairnessmaßstabs vorzustellen (dazu 2.).

1. Revisionsrechtliche Gesetzesverletzung

Den Rahmen für mögliche Gesetzesverletzungen, welche die Revision begründen können, setzen primär die §§ 336–339 StPO. Soweit es hier in Rede steht, ist die Frage nach einer Gesetzesverletzung entscheidend, auf der das Urteil beruhen kann (§ 337 Abs. 1 StPO). Dabei kommen die mangelnde und die unrichtige Normanwendung in Betracht (§ 337 Abs. 2 StPO).

Hiernach ist es gerade für die Haltung der Gerichte nicht selbstverständlich, dass die unbehelfliche Mitwirkung eines Staatsanwalts bzw. seine fehlerhaft unterbleibende Substitution die Revision begründen können sollte, zumal insoweit nicht das Gericht agiert und Substitutionsbefugnisse bisher nur der Staatsanwaltschaft, nicht aber auch dem Gericht zugestanden werden.[43] Unter Umständen könnte das Gericht in letzter Konsequenz nicht selbst in der Lage sein, den Rechtsverstoß und die Urteilsaufhebung zu verhindern. So konnte man zum Beispiel im früheren *Meyer-Goßner/Schmitt* lange Zeit lesen, dass die Mitwirkung eines befangenen Sitzungsvertreters schlicht nicht revisibel sei.[44]

Aber schon wenn man auf das ggf. pflichtwidrig ausgebliebene Verhalten des Tatgerichts abstellen wollte, steht in Abhängigkeit von den konkret befürworteten Maßstäben an das Verhalten des Gerichts eine nennenswert weite Revisibilität im Raum. Denn das Gericht hat *de lege lata* eine ganze Reihe von Befugnissen sowie Äußerungsmöglichkeiten vor und in seinem Urteil, um der These eines unzulässigen staatsanwaltschaftlichen Einflusses bzw. seines Verhaltens auf das Verfahrensergebnis entgegenzutreten und ggf. eine

---

43 Dafür etwa nochmals BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

44 So noch *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), Vor § 22 Rn. 7 in Abgrenzung von Situationen eines Ausschlusses – in Spannung zur abgelehnten Analogie. In dieser Form aufgegeben in der 68. Auflage.

problemlösende Entscheidung der Staatsanwaltschaft zu fördern. So kann das Gericht beim Vorgesetzten des Sitzungsvertreters auf eine Substitution hinwirken oder eine solche anregen[45] und die Hauptverhandlung selbst unterbrechen und ggf. sogar aussetzen.[46] Es kann den Staatsanwalt ermahnen, beanstandungsbedürftige einzelne Mitwirkungshandlungen zurückweisen und sich im Urteil von etwaig störenden Einflüssen explizit distanzieren. Ferner ist es für das Beruhen auf einer Gesetzesverletzung des Gerichts nicht erforderlich, ein zwingend anderes Verfahrensergebnis infolge einer sodann erwirkten Substitution des Staatsanwalts darzulegen. Ein Urteil beruht vielmehr stets auf der Gesetzesverletzung, wenn es möglich erscheint oder nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ohne den Rechtsfehler anders ausgefallen wäre.[47] Geht man aber von einem substitutionsbedürftigen bzw. in seinem Auftreten korrekturbedürftigen Staatsanwalt aus, der auf das Gericht einwirken durfte, ist angesichts der Rechtsbindung der Staatsanwaltschaft davon auszugehen, dass eine Änderung des Verhaltens oder der Sitzungsbesetzung bei einer *hinreichenden* Entgegnung durch das Gericht eingetreten und der auf dem Gericht liegende störende Verfahrenseinfluss abgestellt worden wäre. Demnach steht die Möglichkeit einer anderen Urteilsfindung im Raum. Schon die Anknüpfung an ein Verhalten des Gerichts eröffnet die Revision damit ausgiebig.

Unrichtig ist es insoweit aber, entsprechende Pflichten, „bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters der StA auf dessen Ersetzung durch einen anderen StA hinzuwirken und seine Bemühungen in der Hauptverhandlung öffentlich

---

45 OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81 f.; *Inhofer* in BeckOK-GVG, 25. Ed. (15. Februar 2025), § 145 Rn. 13; *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 10.

46 OLG Zweibrücken StV 2000, 516 (allerdings im Fall die Aussetzung kritisierend); *Krause* in MAH (Fn. 15), § 7 Rn. 104.

47 Für ein anschauliches Beispiel siehe BGH 3 StR 403/09, Beschluss vom 14. Januar 2010 = HRRS 2011 Nr. 151 und allgemein *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), § 337 Rn. 36 f.; zur normativen Bedeutung des betroffenen Rechts etwa BGH NStZ-RR 2022, 52 = HRRS 2022 Nr. 176.

zu machen", als Obliegenheiten einzuordnen.[48] Vielmehr trifft zuvörderst das Gericht als „ultimate guardian" der Verfahrensfairness[49] die Pflicht, Art. 6 EMRK zu wahren. Auch im Übrigen kann und darf es dem Gericht nicht egal sein, ob sein Verfahren bzw. sein Urteil durch einen Verfahrensbeteiligten gefährdet wird, denn es ist insbesondere der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet, die ihm übertragende staatliche Rechtspflege mit den ihm eröffneten Möglichkeiten zu leisten.

Im Ergebnis dürfte eher selten entscheidungserheblich sein, ob auch eine unmittelbare revisionsrechtliche Anknüpfung an staatsanwaltliches Verhalten zuzulassen wäre. Die staatsanwaltliche Fehlbesetzung dürfte sich dem Revisionsgericht oft als Vorhalt einer gerichtlichen Kompensation antragen lassen, die vor dem Hintergrund des konkret zu schildernden Verhaltens des Staatsanwalts unzureichend gewesen sei, während die Staatsanwaltschaft über hinreichende gerichtliche Schritte gar nicht entscheiden konnte. In der Sache sollte aber auch die ggf. einmal entscheidende direkte Anknüpfung an das staatsanwaltliche Verhalten zugelassen werden. Selbst dann, wenn das Gericht gleichsam alle ihm verfügbaren Register der Kompensation gezogen hat, die Staatsanwaltschaft sich dem aber verweigert hat, bleibt entscheidend, dass das maßgebliche Gesetz in § 337 StPO keine Basis für die kategorische Annahme bietet, nur Gesetzesverletzungen seitens des Gerichts könnten die

---

48 So aber BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 und etwa auch *Schmitt* in Köhler/Schmitt (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 7; etwas unentschieden, aber letztlich krit. *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 228 f., die aber zu Unrecht vermeinen, dass das Tatgericht die Besorgnis stets verneinen können müsse. Anders schon OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 1999, 81; LG Mönchengladbach StV 1987, 333 und etwa *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO (Fn. 19), § 22 Rn. 6: gebotene Schritte; *Cirener* in BeckOK-StPO, 53. Ed. (1. Oktober 2024), § 22 Rn. 35; über die Fürsorgepflicht *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 5; *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 122 f.

49 So EGMR Cuscani v. GB, Urteil v. 24. September 2002, §§ 39 f.; EGMR ZE Chadwick v. GB, Entscheidung v. 18. November 2003, § 1.

Revision begründen.[50] Weder in Absatz 1 noch in Absatz 2 wird die Gesetzesverletzung auf das gerichtliche Verhalten beschränkt.[51] Dies kann auch nicht in erheblicher Spannung zu Art. 19 Abs. 4 GG jenseits der gesetzlichen Kriterien zur Beschneidung des Rechtsschutzes rechtsfortbildend entwickelt werden. Auch die Rechtsprechung sieht *de lege lata* die Staatsanwaltschaft als Organ der Strafrechtspflege und „Wächter der Gesetze" *originär* dazu verpflichtet, objektiv zu agieren und die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu wahren.[52] Richtig ist stattdessen, dass das im Gesetz etablierte Beruhenserfordernis die Eingrenzung leisten muss und auch leisten kann. Mit ihm wird ein Kriterium benannt, das bei fehlerhaften Rechtsanwendungen anderer Verfahrensbeteiligter nicht so nahe liegt, wie dies bei einer gerichtlichen Fehlentscheidung im Vorfeld des Urteils oft der Fall sein wird. Das Beruhenserfordernis gibt dem Gericht zugleich in Grenzen die Möglichkeit, einem nur vermeintlich überzeugenden Schluss auf einen Zusammenhang zum Urteil entgegenzutreten. Das Gericht ist insoweit nicht der stets zwingenden Aufhebung seines Urteils ausgeliefert.[53] Da aber auch die – von der Staatsanwaltshierarchie nicht abgestellte – Mitwirkung eines auf das Gericht einwirkenden unqualifizierten Staatsanwalts die Verfahrensentscheidung beeinflussen kann, ohne dass Kompensationsbemühungen den Einfluss stets durchgreifend ausräumen können, besteht kein Grund, das staatsanwaltliche Verhalten aus dem Kreis der

---

50 Wie hier zum Fragenkreis etwa auch schon *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 129 f. Insoweit ist der allein auf gerichtliche Entscheidungen bezogene § 336 StPO im Kontext des § 305 StPO zu sehen, siehe *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO, Bd. 3, 2. Aufl. (2024), § 336 Rn. 1 f., die im Kern auf das (un-)mögliche Beruhen im Einzelfall hinsichtlich anderer Entscheidungen abstellen.

51 Zu dennoch behaupteten Ausnahmefällen einer Bindung an ein gerade schuldhaftes Verhalten des Gerichts siehe aber im Überblick m.w.N. *Wiedner* in BeckOK-StPO, 54. Ed. (1. Januar 2025), § 337 Rn. 22.

52 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 m.w.N.

53 Insoweit zu weit formulierend aber etwa *Fezer* (Fn. 3), Fall 2 Rn. 31 und *Hilgendorf* StV 1996, 50, 53.

möglichen Gesetzesverletzungen pauschal auszugrenzen.[54] Das maßgebliche Gesetz des § 337 StPO garantiert den Gerichten insoweit keine *vollständige* Hoheit über die Gefahr einer Urteilshebung.

2. Maßstab gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK

In der Sache kommt für die Rechtsprechung ein revisibler Rechtsverstoß durch die Mitwirkung eines disqualifizierten Staatsanwalts in Betracht, wenn sich die Mitwirkung als Verstoß gegen das Gebot zu einem fairen Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK bzw. Art. 20 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 1 GG darstellt. Zu diesem für sich genommen schon früh vom BGH in den Raum gestellten Maßstab[55] sind in jüngerer Zeit vor allem zwei Entscheidungen ergangen, die für den Fall einer verteidigungskritische Rechtspositionen beziehenden Staatsanwältin[56] und eines selbst verfahrensbefangenen Staatsanwalts[57] einen Verstoß näher erwogen haben. In der Annahme, dass die Prozessgesetze keine direkt oder analog geltenden Regelungen enthalten, wird in ihnen das Recht des Angeklagten auf ein faires und justizförmiges Verfahren zur Maßstabsbildung herangezogen.[58] Maßstab sei „die Rolle der Staatsanwaltschaft als

---

54 Siehe ferner schon *Hackner* (Fn. 17), S. 169 ff.: Sensibilisierung des Gerichts für die Disqualifikation des Staatsanwalts allein schließt das Beruhen nicht stets aus; *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 131: bei Mitwirkung in der Hauptverhandlung sei ein Beruhen in der Regel nicht auszuschließen.

55 Siehe noch tastend BGH NJW 1980, 845, 846; offenlassend im Kontext des § 22 Nr. 5 StPO ferner zu einer früheren Mitwirkung als Richterin in gleicher Sache BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742; krit. etwa noch in der Annahme, über (unechte) Analogien bestimmter zu agieren, *Frisch* in FS Bruns (Fn. 22), S. 385, 390 ff.

56 BGH NStZ-RR 2024, 252 f. = HRRS 2024 Nr. 1075.

57 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

58 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075; ebenso etwa *Heil* in KK-StPO

‚Wächter der Gesetze'[59] […] und als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege[60] […]" sowie die „hieraus folgende […] Pflicht zur Objektivität"[61] (§ 160 Abs. 2 StPO).[62]

a) Entscheidung des 5. Strafsenats

Hierbei soll für den 5. Strafsenat angesichts der Urteilsfindung durch das Gericht und seiner prägenden Verfahrensrolle für die etwaige „Besorgnis der Befangenheit" nicht der „strenge Maßstab wie bei einem der zur Entscheidung berufenen Richter"[63] gelten. Die Gründe müssten „vielmehr ähnlich schwerwiegen wie die Ausschlusstatbestände der §§ 22, 23 StPO"[64]. Im Ergebnis stellt der Senat darauf ab, ob ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig verletzt hat, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als *Missbrauch staatlicher Macht* darstellt;

(Fn. 8), Vor §§ 22 ff. Rn. 5; *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 34.1 und 37a; nur ergänzend *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 13.

59 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf BVerfGE 133, 168, 219 f. = HRRS 2013 Nr. 222 und BGH NJW 2024, 846, 847 = HRRS 2024 Nr. 251.

60 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf BGHSt 24, 170, 171; siehe auch heute *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 141 GVG Rn. 1.

61 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. In diese Richtung wohl auch BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742 und schon maßgeblich OLG Stuttgart NJW 1974, 1394 f.

62 Jeweils übernommen vom 6. Strafsenat in BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

63 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

64 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075 unter Verweis auf *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 36 und – eher verfehlt – auf *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 113 ff.

dann sei das Recht auf ein faires Strafverfahren verletzt und außerdem regelmäßig ein Beruhen zu bejahen.[65] Anderes gelte, wenn das erkennende Gericht im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine Kompensation zum Ausdruck bringt, welche das Beruhen ausschließt.[66] Dies könne in der Obliegenheit münden, bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft auf dessen Ersetzung durch einen anderen Staatsanwalt hinzuwirken und seine Bemühungen in der Hauptverhandlung öffentlich zu machen. Fehle es an einer Reaktion des Gerichts, werde es nur ausnahmsweise auszuschließen sein, dass sich das dem rechtsstaatlichen Verfahren zuwiderlaufende Verhalten des Sitzungsvertreters in dem Urteil belastend ausgewirkt habe.[67]

Für eine Staatsanwältin, die sich in einer Hauptverhandlung hinsichtlich Straftaten zulasten der sexuellen Selbstbestimmung allzu spät „als Feministin und persönliche Betroffene“ als „befangen“ bezeichnete und mit außergewöhnlich scharfen Worten („unerträglich“) und im Widerspruch zu § 244 Abs. 2 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ihr Befremden über die „kritische“ Befragung einer Geschädigten durch die Verteidigung zum Ausdruck gebracht hatte, verneinte der 5. Strafsenat einen unkompensierten Machtmissbrauch.[68] Den

---

65 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Mit Ähnlichkeiten schon LG Mönchengladbach StV 1987, 333 und *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 20: objektive und subjektive Willkür für die Besorgnis der Befangenheit aus der Perspektive der staatsanwaltlichen Rolle maßgeblich.

66 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Siehe auch – allerdings allzu apodiktisch – zur Kompensation durch eine vollständig neu besetzte Kammer bei einer früheren Richtertätigkeit in der vorliegenden Sache durch die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft BGH NStZ 2024, 482, 483 = HRRS 2024 Nr. 742.

67 M.w.N. BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

68 BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 f. = HRRS 2024 Nr. 1075. Der Senat formulierte aber die Pflicht eines Staatsanwalts, der sich für voreingenommen hält, die Gründe hierfür seinem Dienstvorgesetzten vor- und um Ersetzung anzutragen. Dies gebiete die Gewährleistung der im Gesetz angelegten Selbstkontrolle der Staatsanwaltschaft. Abl. zur Entscheidung *Walter* JZ 2024, 1043, 1046 f.

anzulegenden „strengen Maßstäben“ für einen Verfahrensfehler habe das Verhalten nicht genügt, zumal die betreffende Staatsanwältin den Freispruch des Angeklagten in mehreren Fällen beantragt habe und ihr Verhalten in der Hauptverhandlung ausweislich der dienstlichen Erklärung des Strafkammervorsitzenden im Übrigen nicht zu beanstanden gewesen sei. Zudem belege eine dienstliche Erklärung, dass sich die Strafkammer ihrer Verantwortung für die Gewährleistung des Rechts auf ein faires Verfahren auch im Hinblick auf die Rolle der Staatsanwaltschaft und ihre Pflicht zur Objektivität bewusst gewesen sei.

b) Entscheidung des 6. Strafsenats

Jüngst hat der 6. Strafsenat weitere Maßstäbe anhand der Konstellation eines Staatsanwalts gesetzt, der zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung *infolge der Äußerungen des Angeklagten* selbst Beschuldiger eines Ermittlungsverfahrens war.[69] Dieses betraf die Annahme von Schmiergeldern seitens der im Verfahren des Angeklagten verfolgten Gruppierung für ermittlungsinterne Informationen und/oder Zusagen, es wies mit dem verhandelten Tatvorwurf also eine Verbindung auf. Überdies habe die verfahrensbetroffene Gruppe den StA „wohl wegen seines in Haft sitzenden Schwagers in der Hand“ gehalten.[70] Zunächst setze eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren voraus, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde, wobei zunächst die rahmensetzenden Gesetze des primär für die Verfahrensfairness zuständigen Gesetzgebers zu berücksichtigen seien.[71] Es sei einzubeziehen, dass das Rechtsstaatsprinzip

---

69 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

70 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

71 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BVerfGE 57, 250, 276 und 64, 135, 145 f. Mit einer positiveren Wendung für die Einordnung des objektiven Staatsanwalts als unverzichtbare Frage *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 540.

neben der Verfahrensfairness die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verlange, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.[72] Konkret sei eine Gesamtbetrachtung anzustellen, in die – jedenfalls im Fall der Mitwirkung eines in derselben Sache beschuldigten Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft – im Ausgangspunkt die Nähe zu einem für Richter geltenden gesetzlichen Ausschlusstatbestand einzustellen sei.[73] Die Mitwirkung eines Staatsanwalts als Sitzungsvertreter, der Beschuldigter (irgend-)einer Straftat ist, sei als solche infolge des mit zu bedenkenden möglichen Missbrauchs durch einen fingierten Vorwurf ungeeignet, die Fairness eines Strafverfahrens in Frage zu stellen. Es komme daher auf die Bewertung des gesamten Verfahrensablaufs an, der in der Revisionsbegründung umfassend darzustellen sei (dazu IV.).[74] „Insbesondere [ist] von Bedeutung, ob ein Zusammenhang zwischen dem Verfahrensgegenstand des gegen den Sitzungsvertreter geführten Ermittlungsverfahrens und dem in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verhandelten Tatvorwurf bestand, [und] wie eng dieses ‚prozessuale Band' war […]."[75] „Wesentliche Bedeutung in der Gesamtbetrachtung käme auch dem Verdachtsgrad gegen den beschuldigten Staatsanwalt zu. Zu berücksichtigen wären weiterhin das Gewicht etwaiger Verstöße des beschuldigten Staatsanwalts gegen seine staatsanwaltlichen Amtspflichten […] sowie sein konkretes Verhalten in der

---

72 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BVerfGE 33, 367, 383; 46, 214, 222 f.; 80, 367, 375; BVerfG BeckRS 2009, 140731, Rn. 16 = HRRS 2009 Nr. 467; BGH NJW 2024, 3603, 3604 f. = HRRS 2024 Nr. 1348. Hierzu aber nur *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 540 f. mit dem Hinweis, dass zugleich auch die bestmögliche objektive Sachaufklärung tendenziell zurückgesetzt wäre, würde man die Anerkennung einer unzureichenden Objektivität des Staatsanwalts an gezielt großzügige Maßstäbe binden.

73 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

74 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

75 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

Hauptverhandlung. Von erheblicher Bedeutung […] sind schließlich auch etwaige Absicherungen durch den vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft[76]".

Gemessen hieran sei im konkreten Fall – soweit der Senat dies beurteilen konnte (siehe IV.) – kein Fairnessverstoß erkennbar, weil im maßgeblichen Zeitpunkt der Hauptverhandlung nur sehr vage Anhaltspunkte gegen den Staatsanwalt bestanden und eine Pflichtverletzung in der Hauptverhandlung nicht dargetan war. Obschon eine Verfahrenseinstellung gegen den Staatsanwalt nicht in Betracht gekommen sei, leitete der Senat sein Votum gegen eine Fairnessverletzung maßgeblich aus dem Umstand her, dass die Staatsanwaltschaft den Vorgesetzten des in Rede stehenden Staatsanwalts durchgängig als weiteren Sitzungsvertreter einsetzte. Während der verfahrensbefangene Staatsanwalt das Schlussplädoyer hielt, blieb die Befragung des Polizeibeamten, der die auch den betreffenden Staatsanwalt belastende Vernehmung durchgeführt hatte, dem vorgesetzten Oberstaatsanwalt vorbehalten.

III. Was verlangt ein faires staatliches Strafverfahren?

Als Maßstab der Rechtsprechung lässt sich hiernach die These aufstellen, dass eine Fairnessverletzung auch für die Gerichte im Rahmen einer zurückhaltenden Gesamtbetrachtung vorliegt, wenn der Staatsanwaltschaft in der laufenden Hauptverhandlung (im laufenden Strafverfahren) ein unzureichend kompensierter Machtmissbrauch vorzuhalten ist. Während der 6. Strafsenat im Grunde lediglich eine Gesamtbetrachtung einfordert und zum Maßstab allein auf unbenannte rechtsstaatliche Erfordernisse verweist, setzt der 5. Strafsenat mit dem Machtmissbrauch immerhin an einem Kriterium an, dem auch die

---

[76] BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042; vgl. zu dessen Aufsichtspflicht *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 121 ff.; *Wendisch* in FS Schäfer (Fn. 39), S. 243, 266.

vom 6. Strafsenat für den Fall des verfahrensbefangenen Staatsanwalts in den Raum gestellten und isoliert gesehen plausiblen Teilkriterien zugeordnet werden können.

1. Unfairness durch Zulassung eines missbräuchlichen Einflusses

Will man näheres entwickeln bzw. Angebote für die Konkretisierung des Machtmissbrauchsansatzes unterbreiten, muss die Frage nach dem Gehalt der Garantie eines fairen Verfahrens gestellt werden, welcher die Gerichte auch hier wieder aus dem Weg gegangen sind. Konkrete Aussagen des EGMR, der für die EMRK nach Art. 32 EMRK die Letztentscheidungskompetenz besitzt und auch für die Standards der GRC und des GG wesentliche Bedeutung erlangt, sind für die hier interessierende Problematik leider noch nicht ersichtlich. Geht man entsprechend dem allgemeineren Gehalt der Fairness gerade des Strafverfahrens nach, wurde schon an anderer Stelle unter Bezugnahme auf die ebenfalls seltenen globaleren Aussagen des EGMR dargelegt, dass die Verfahrensfairness ein Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe an der Entscheidung über staatlicherseits erhobene Anklagen bedeutet.[77] Während die EMRK ebenso wie das Grundgesetz staatliche Zwangsverfahren zur Etablierung strafrechtlicher Verantwortung zulässt, lässt sie die Feststellung einer strafrechtlichen Schuld doch nur um den Preis eines konstitutiven, die Verurteilung legitimierenden fairen Verfahrens zu. Konkret gewährt Art. 6 EMRK dem Angeklagten das Recht, in einem ergebnisoffen zu gestaltenden Verfahren umfassend an der Erarbeitung der Entscheidungsgrundlage mitwirken und insofern am Prozess des Richtens teilhaben zu können.[78] Ein Verfahren ist in diesem Sinne fair, wenn es zum einen den Angeklagten befähigt, sein

---

77 Dazu und zum Folgenden näher m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 369 ff.

78 Näher schon m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 369 ff. und 387 ff.

Individualinteresse unbenachteiligt und erschöpfend zur Sprache zu bringen[79] und zum anderen nach seiner Ausgestaltung von der ernsthaften Berücksichtigung des Vortrags des Angeklagten bei der Urteilsfindung anhand von Rechtsmaßstäben ausgegangen werden kann.[80] Bei der Prüfung des Fairnessrechts ist auf benannte und unbenannte Teilrechte zu achten und als Prüfungsinstrument eine Gesamtbetrachtung erforderlich,[81] die nicht mit einer beliebigen Entscheidungsfreiheit über die Gewährleistung des Art. 6 EMRK verwechselt werden darf.[82]

Blickt man von einer solchen Warte auf die Problematik befangen scheinender Staatsanwälte, wird offenbar, weshalb die Entwicklung eines Maßstabes schwierig ist und immer wieder eine Bezugnahme auf die gerichtliche Reaktion im Raum steht: *Zum einen* schmälert die Bedenken unterliegende Person des Staatsanwalts nicht unmittelbar die Teilhaberechte der Verteidigung als solche, die mit der Fairness vor allem verbunden sind; würde ein Bedenken auslösender Staatsanwalt die Rechte der Verteidigung etwa im Ermittlungsverfahren entziehen oder beeinträchtigen, wäre schon dieser konkrete Sachverhalt Anhaltspunkt für eine ggf. leichter zu begründende Fairnessverletzung. *Zum anderen* verweist die Garantie eines offenen Verfahrens entsprechend der auch in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vorgenommenen Zuordnung der

---

79 Dazu und zum Folgenden näher m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S 290 ff., 387 ff., 397 ff. sowie EGMR [GK], Urteil v. 16. Dezember 1999 – 24724/94, NLMR 2000, 17 Rn. 83 – T./UK: „The Court notes that Article 6, read as a whole, guarantees the right of an accused to participate effectively in his criminal trial"; EGMR [GK], Urteil v. 16. Dezember 1999 – 24888/94, NLMR 2000, 17 Rn. 85 – V./UK.

80 Dazu und zum Folgenden eingehend bereits m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 383 ff., 392 ff.

81 Hierzu bereits näher m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 427 ff. und knapper *Gaede* in MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. (2025), Art. 6 EMRK Rn. 16 ff. und 22 ff.

82 Dazu bereits m.w.N. *Gaede* in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 6 EMRK Rn. 27 ff.

Entscheidung zum Gericht vor allem auf die Haltung und Reaktion *der Richtenden*. Im Rahmen des zunächst prozessmodelloffenen Rechts auf ein faires Strafverfahren[83] finden sich hingegen grundsätzlich keine konkreteren Teilrechte bzw. -standards, die gerade die jeweilige Anklagevertretung näher bestimmen. Deshalb hat der EGMR bereits festgehalten, dass Art. 6 EMRK nicht für sich genommen ein Recht auf einen unparteilichen Staatsanwalt gewährleistet, so wie es sich für Richter in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK findet.[84]

Dennoch ist es richtig, dass die Frage nach dem befangenen Staatsanwalt dem Recht auf ein faires Verfahren unterliegt und dahingehende Maßstäbe zu erarbeiten sind. Denn zu den Teilrechten des fairen Verfahrens gehört insbesondere die Garantie, dass die Verteidigung waffengleich und damit unter Vermeidung substanzieller Nachteile gegenüber der staatlichen Beeinflussung der gerichtlichen Urteilsfindung auf das Verfahren Einfluss nehmen darf.[85] Und hier muss man – unabhängig von der konkreten Prozessstruktur – realistisch annehmen, dass der mit dem Anspruch der objektiven Verfahrensteilhabe

---

83 Hierzu siehe bereits eingehend m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 461 ff. und ferner *Gaede* in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 6 EMRK Rn. 23 ff.

84 So EGMR, Urteil v. 23. November 2017 – 66847/12, Rn. 94 – Haarde/ISL, zu einem Fall der Vorbefassung als staatlicher Sachverständiger. Die Entscheidung hebt dort aber zugleich wieder hervor, dass die Unschuldsvermutung auch für Staatsanwälte gilt; zur entsprechenden Objektivitätsverpflichtung auch *Kjelby* Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 2015, 61, 67 f.

85 Zur Gewährleistung einer Verteidigung, die nicht im Vergleich zur Anklagevertretung substanziell benachteiligt ist, EGMR, Urteil v. 17. Januar 1970 – 2689/65, EGMR-E 1, 100 Rn. 28 f. – Delcourt/BEL: *„full equality of treatment“*; EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 47 – Bulut/AUT; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 57 ff. – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 2. Oktober 2001 – 44069/98, StraFo 2002, 81 Rn. 58 – G.B./FRA: *„the principle of equality of arms […] requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent“*; EGMR, Urteil v. 22. Juni 2000 – 32492/96 u.a., Rn. 102 – Coëme ua/BEL; *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 641 ff., 652 ff.

auftretenden staatlichen Anklagevertretung eine regelmäßig starke prozessuale Stellung zukommt: Sie genießt ein erhebliches Vertrauen des Gerichts, das bis hin zu angelegten und eintretenden Schulterschlusseffekten reicht, während die Vereidigungsteilhabe nicht selten erheblichen Beschränkungen zur Vermeidung eines oft allzu früh gewähnten Missbrauchs zugunsten von Partikularinteressen unterliegt.[86] Und gerade hier ist dieser Vertrauensvorschuss zugunsten des anklagenden Staates am einschlägigen deutschen Recht auch abzulesen, wenn es bis heute voller Zutrauen in die Lösungskompetenz der staatlichen Behörde völlig auf nähere Regelungen zum Ausschluss und zur Besorgnis der Befangenheit bei Staatsanwälten verzichtet, während entsprechende Regelungen in jedem anderen Exekutivsektor der Verwaltung existieren! Auch die vielfach berichtete Ankerwirkung staatsanwaltlicher Anträge[87] macht fassbar, dass die realen Teilhabechancen der Verteidigung und mithin des von Art. 6 EMRK berechtigten Angeklagten zu einem Gutteil von der konkreten Aufgabenwahrnehmung durch die Staatsanwaltschaft abhängen. Lässt das nationale Prozessrecht jedoch zu, dass ein Staatsanwalt agiert, welcher der Vertrauen erheischenden Objektivitätsgewähr nicht entspricht und im Gegenteil die Sorge begründet, dass der mit erheblicher Macht ausgestattete Staat über seine Exekutive interessengeleitet auf das Gericht einwirkt, kann dies die Offenheit des Verfahrens bzw. die gleichberechtigte Teilhabe des Angeklagten durchgreifend beeinträchtigen.

Dass die Vorsicht vor scheinbar schon infolge der Rollenbeschreibung stets objektiven Verfahrensbeiträgen insoweit auch nicht gegen eine

---

86 Zu den psychologischen und soziologischen Implikationen vgl. schon *Volkmann/Vogel* StV 2021, 537, 542 f. Siehe ferner m.w.N. *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 12: Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Einfluss auf das Gericht auszuüben; ferner *Weßlau/Deiters* in SK-StPO (Fn. 20), Vor § 22 Rn. 35: Staatsanwaltschaft kann auch in der Hauptverhandlung die Urteilsfindung mitbestimmen.

87 Zum kaum noch bestrittenen Anker-Effekt gerade des staatsanwaltlichen (Strafzumessungs-)Antrags siehe m.w.N. *Neuhaus* in NK-StPO (2025), Vor §§ 333-358 StPO Rn. 85; im Kontext auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159 f.

Vorentscheidung des deutschen Gesetzgebers über Fairnessinhalte verstößt, zeigt bei alledem zusätzlich insbesondere § 74 StPO, der für einen anderen Fall des prima facie objektiven und in der Regel gewichtigen Einflusses auf die gerichtliche Entscheidung längst ein Ablehnungsrecht und damit einen Schutz vor Personen etabliert, die im Einzelfall keine Gewähr für eine objektive Verfahrensteilhabe bieten. Auch hier wird nicht nur das von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK genannte Gericht, sondern ein besonderes Vertrauen genießender Einfluss auf die gerichtliche Verfahrensführung und -entscheidung begrenzenden Maßstäben unterworfen.

2. Maßbestimmung

Geht man in diesem Sinne davon aus, dass der als befangen anzusehende Staatsanwalt sehr wohl ein Fairnesshindernis ausmacht, bleibt die nicht weniger wichtige Frage zurück, an welchen Maßstäben man den auszuschließenden oder einzuhegenden Verfahrenseinfluss der Staatsanwaltschaft konkreter bestimmen sollte.

Insoweit kann man dem 5. Strafsenat zunächst jedenfalls darin folgen, dass die Lösung nicht darin liegen kann, die immerhin im Ansatz strengen Maßstäbe für Richter auf die mitwirkenden Staatsanwälte pauschal zu übertragen. Der Bezugspunkt der Verfahrensfairness bleibt das Gericht; es geht um einen potenziellen *Einfluss* auf das grundsätzlich zur eigenen Würdigung und Prüfung befähigte Gericht, nicht um das Gericht selbst.

Zu widersprechen ist aber der vom 6. Strafsenat wohl vertretenen These, nach der unter dem Aspekt des fairen Verfahrens allenfalls schlechthin unverzichtbare Schranken gezogen werden dürften, was den effektiven Ausschluss des Verfahrenseinflusses einer befangenen Staatsanwaltschaft zu einer prozessualen Chimäre machen könnte. Schon die dahinter stehende allgemeinere Lehre zur Handhabung der Fairnessgarantie wird vom BVerfG nicht einheitlich zugrunde gelegt – sie wurde vom BVerfG, aber auch vom BGH, zugunsten von

konkreteren Maßstabsbildungen durchbrochen.[88] Überdies ist diese Ansicht systematisch unzureichend, weil sie verkennt, dass hier gerade ein unstreitig als verfehlt bewerteter Ausfall der notwendigen gesetzgeberischen Ausdifferenzierung der Fairness den Gerichten aufdrängt, die Lücke praktikabel zu schließen. Der schiere planwidrige Maßstabsausfall seitens des Gesetzgebers kann schwerlich die Anforderungen an die Verfahrensfairness gleichsam herunterschrauben, die gerade *der Gesetzgeber* zu beachten hat. Entsprechend existiert seitens des EGMR von vornherein keine vergleichbare Reduktion der Pflicht auch des Gesetzgebers, Art. 6 EMRK wirksam und praktikabel zu gewährleisten. Vielmehr verlangt Art. 6 EMRK im Sinne der Maxime *nullum judicium sine lege*, dass nationale Gesetzgeber die prozessualen Rechtsmaßstäbe näher ausprägen, um einen – auch hier virulenten – durch Unbestimmtheit eintretenden Leerlauf der Verteidigungsrechte im Angesicht eines drohenden staatlichen Missbrauchs zu verhindern.[89] Dass bei der Lückenschließung die Systematik des gesetzgeberisch geschaffenen Rechts und die mit ihr etablierte Prozessstruktur als Grundlage heranzuziehen sind, um insofern „behutsam" vorzugehen, ist sodann fraglos richtig, aber erneut kein Grund, festgestellten Versäumnissen halbherzig zu begegnen.

---

88 Siehe hierzu als Leitbeispiel BVerfGE 118, 212 = HRRS 2007 Nr. 647 und m.w.N. *Gaede* GA 2008, 394, 399 ff.

89 Siehe EGMR, Urteil v. 22. Juni 2000 – 32492/96 u.a., Coëme u.a. v. B, §§ 98 ff., 102: *"The Court reiterates that the principle that the rules of criminal procedure must be laid down by law is a general principle of law. It stands side by side with the requirement that the rules of substantive criminal law must likewise be established by law and is enshrined in the maxim ‚nullum judicium sine lege'. It imposes certain specific requirements regarding the conduct of proceedings, with a view to guaranteeing a fair trial, which entails respect for equality of arms. […] The Court further observes that the primary purpose of procedural rules is to protect the defendant against any abuse of authority and it is therefore the defence which is the most likely to suffer from omissions and lack of clarity in such rules."* Dazu näher bereits *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 663 ff.

Schließlich wäre der – dem 6. Strafsenat unterlaufene – ausschließliche Verweis auf eine Gesamtbetrachtung ohne einen Zielmaßstab schon unpraktikabel: Er müsste alle Einzelfälle – entgegen der jeweils zu beachtenden Subsidiarität – ggf. zunächst zum BGH, sodann zum BVerfG und schließlich zum EGMR führen, weil eine im Auge des entscheidenden Gerichts liegende Gesamtschau zur (unverzichtbaren) Fairness im Einzelfall den „Maßstab" ausmachen würde.[90]

a) Zu besorgender Machtmissbrauch

Will man in diesem Sinne über die These einer nur für Extremfälle möglichen und unbestimmten Gesamtbetrachtung hinauskommen, liegt es nach dem zuvor Gesagten nahe, mit dem 5. Strafsenat auf das Leitkriterium des nicht hinreichend vom Gericht ausgeräumten staatlichen Machtmissbrauchs in der Person oder dem konkreten Verhalten des Staatsanwalts abzustellen.[91] Ist nicht mehr begründet anzunehmen, dass die Staatsanwaltschaft ihren oft prägenden Einfluss insbesondere in der regelmäßig entscheidenden Hauptverhandlung prinzipiell objektiv ausübt, steht im Raum, dass gewichtige staatliche Befugnisse interessengeleitet zur Belastung der Verteidigung genutzt werden. Die Zulassung bzw. unwidersprochene Hinnahme einer solchen staatlichen Einflussnahme drängte den Eindruck auf, dass das Anklageziel rechtsfern verfolgt werden dürfe, was einem offenen und nach gleichem Recht geführten Prozess widerstreitet.

Im Lichte des zuvor Gesagten ist der Missbrauch aber nicht nur gleichsam krassen Fällen atemberaubender staatsanwaltlicher Besetzungen und

---

90 Siehe zum Bedürfnis, dass schon die nationalen Gerichte den menschenrechtlichen Standard der EMRK ggf. fortschreiben müssen, m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 5), S. 91 ff., 115 ff., 130 ff., 134 ff.

91 Zust. etwa auch *Schmitt* in Schmitt/Köhler (Fn. 19), Vor § 22 Rn. 6.

Vorgehensweisen vorzubehalten.[92] Der zu besorgende Missbrauch muss im Sinne der schon *vom Gesetzgeber* aufgestellten Objektivitätsanforderung und der auch vom BVerfG als bisweilen zentral unterstrichenen Wächterfunktion schon in unausgeräumten Zweifeln an der objektiven Rollenwahrnehmung liegen, die durch keinen Funktionsunterschied zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft mehr zu legitimieren sind.[93] Auch der 5. Strafsenat stellt – wohl in diesem Sinne – auf die Sicht eines verständigen Angeklagten ab, nach dem sich die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft als Missbrauch staatlicher Macht darstellen muss; es muss nicht tatsächlich ein Missbrauch vorliegen.[94]

Für die Konkretisierung dieses ggf. fatalen Eindrucks ist entsprechend, so wie es die Rechtsprechung zum Teil anerkennt, insbesondere auf die Verwirklichung der für Richter (siehe §§ 22 Nr. 1–3[95], 4 [3. und 4. Var.] und 5 sowie 23 StPO), aber auch für Beteiligte des Verwaltungsverfahrens (§ 20 VwVfG) geltenden Ausschlussgründe zu achten, die insbesondere in einer persönlichen Betroffenheit liegen.[96] Ihnen kommt etwa bei der Gefahr der „Verteidigung" eines früher als Richter gefällten Urteils in der nun als Staatsanwalt

---

92 Siehe auch schon gegen überhöhte Anforderungen an das Kriterium des „Missbrauchs staatlicher Macht" *Walter* JZ 2024, 1043, 1046; siehe ferner bereits *Tolksdorf* (Fn. 42), S. 114 f.: Restriktionen müssen mit der Pflicht zur Objektivität vereinbar bleiben.

93 Siehe auch *Schlüchter* (Fn. 30), Rn. 66.2, die wohlbegründet einer Reduktion des disqualifizierten Staatsanwalts auf eine tatsächlich bewiesene Befangenheit entgegentritt.

94 Hierzu nochmals BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075.

95 Gerade für diese etwa deutlich *Nowak* (Fn. 5), S. 129 ff.

96 Siehe auch *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 15: zur Übertragung bestehe (in der Sache) Einigkeit; *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO (Fn. 19), § 22 Rn. 7; *Cirener* in BeckOK-StPO (Fn. 48), § 22 Rn. 36.1.

begleiteten Berufungsinstanz[97] eine erhebliche Orientierungswirkung zu.[98] Im Übrigen ist der Gedanke des § 24 Abs. 2 StPO gemessen an der anderen Rolle des Staatsanwalts und damit unter Einbeziehung einer zunächst naheliegenden Aufgeschlossenheit hinsichtlich der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Anklage leitend – es müssen zum Beispiel für die Hauptverhandlung gewichtige Gründe im konkreten Verfahren dafür streiten, dass der Staatsanwalt seine Aufgabe der Anklagevertretung nicht unbefangen, sondern einseitig zulasten des Angeklagten wahrnimmt. Insoweit bieten die Ausarbeitungen in der Literatur zur Übertragung des § 24 Abs. 2 StPO längst Anhaltspunkte, obschon sie nicht im Gewande einer Analogie daherkommen sollten.

b) Mangelnde gerichtliche Kompensation

Sodann ist aber – konventionsrechtlich schon für den Verstoß gegen das Gebot zur Verfahrensfairness und nicht allein für das Beruhen[99] – von Belang, ob das

---

97 Siehe schon früh OLG Stuttgart NJW 1974, 1394 f. und zust. etwa *Wohlers* in SK-StPO (Fn. 3), § 145 GVG Rn. 14 und *Siolek* in Löwe/Rosenberg (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 15; zu kurz greift hier hingegen BGH NStZ 1991, 595; so aber auch *Inhofer* in BeckOK-StPO (Fn. 45), § 145 GVG Rn. 15.

98 Siehe so auch für die Haltung der Justiz z.B. *Heil* in KK-StPO (Fn. 8), Vor § 22 Rn. 1.

99 So aber BGH NStZ-RR 2024, 252, 253 = HRRS 2024 Nr. 1075. Auch zu Art. 6 EMRK ließe sich über die Bedeutung der Waffengleichheit als unbenanntes Teilrecht andenken, dass die Verletzung stets unabhängig von der gerichtlichen Reaktion festgestellt werden könnte. Allerdings liegt es für das unbenannte Teilrecht nahe, eine Gesamtbetrachtung anzustellen, da hier gerade aus der Art und Weise der Mitwirkung durch die Staatsanwaltschaft und nicht aus formalen Rechtsunterschieden eine Ungleichheit abgeleitet werden soll. Diese eher materielle Betrachtung tendiert zur Bewertung auch über die potenzielle Wirkung auf das Gericht im Einzelfall. Ohnedies würde der EGMR nach seiner aktuellen Rechtsprechung zu einer Gesamtbetrachtung neigen.

Gericht dem missbräuchlich zu nennenden staatlichen Verfahrenseinfluss hinreichend entgegengetreten ist.

Davon ist zunächst auszugehen, wenn das Gericht die Missbräuchlichkeit erkennt und es durch eine erfolgreiche Hinwirkung auf einen Austausch bzw. eine Mäßigung eine Heilung des ursprünglich unrechtmäßigen Verfahrenseinflusses bewirkt.

In Relation zum problematischen Verhalten bzw. der problematischen Besetzung der Staatsanwaltschaft ist es aber immerhin auch denkbar, einen Verstoß gegen das faire Verfahren schon infolge einer angemessenen Zurückweisung des konkreten Fehlverhaltens und seines Einflusses durch das entscheidende Gericht zu verneinen, gerade weil die Fairness auf die gerichtliche Entscheidung bezogen ist. Indes kann dies nur in Frage kommen, wenn die Zurückweisung einen fortwirkenden Einfluss der missbräuchlichen staatsanwaltlichen Verfahrenseinwirkung sicher ausschließen kann. Dies muss in jedem Fall eine volle Erfassung des bedenklichen Einflusses seitens des Staates voraussetzen, von dem sich das Gericht deutlich distanziert, ohne sich hierzu in seinem Urteil in einen Widerspruch zu setzen.

Insoweit dürfte aber – entgegen der jüngeren Haltung des 6. Strafsenats – ein strenger Maßstab anzulegen sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie es der 5. Strafsenat eröffnet hat – auch nach der Urteilsfindung im Revisionsverfahren geäußerte Einschätzungen einbezogen werden sollen, die vom Interesse an der Erhaltung des verfassten Urteils beeinflusst sein können.[100] Ferner ist gerade in Situationen, in denen etwa ein ursprünglich diskutiertes Vorgehen im Wege einer Verständigung oder einer Verfahrenseinstellung an einer Mitentscheidungsbefugnis des Staatsanwalts gescheitert sein könnte, einem

---

100 Dies gilt auch unter dem Aspekt, dass eine Befragung des Gerichts bzw. des Vorsitzenden zum Beruhen als solche im Übrigen ausscheidet. Es muss insoweit um spezifische Äußerungen/Wahrnehmungen zur Hauptverhandlung und damit um das etwaige Ausmaß der Objektivitätsferne des Staatsanwalts und seine damalige Beurteilung durch das Gericht gehen.

Verweis auf die ausgleichende Verfahrensführung durch das Gericht entgegenzutreten, weil das Gericht hier nicht mehr allein maßgeblich ist. Aber auch über derartige Konstellationen hinaus muss Vorsicht walten, weil im Zuge der berührten Garantie der Waffengleichheit auch der äußerliche Eindruck der vom Staat im Ergebnis geduldeten und nur verbal zurückgewiesenen staatlichen Verfahrensbeeinflussung zu bedenken bleibt.[101] Dieser Eindruck dürfte jedenfalls bei klaren materiellen Ausschlussgründen und einer ausbleibenden Heilung aber verheerend bleiben, zumal das Gericht jenseits auffälliger Einzelhandlungen schwerlich konkrete Ausgleichsanstrengungen leisten könnte. Es kann vielmehr geneigt sein kann, die Bedeutung etwa einer persönlichen Betroffenheit des Staatsanwalts infolge scheinbar nicht auffälliger Einzelhandlungen zu unterschätzen. Wie in anderen Zusammenhängen sollte ein Verstoß gegen die waffengleiche Teilhabe nicht an den Nachweis eines zusätzlich fassbaren Nachteils gebunden werden.[102] Dies gilt, zumal das wertungsabhängige Recht ebenso wie die letztlich auf subjektive Einschätzungen verweisende Tatfrage mannigfaltige Einfallstore für Beeinflussungen eröffnen, die sich das Gericht infolge des grundsätzlichen Vertrauens in Staatsanwälte nicht stets bewusst machen kann.

---

101 Dazu bereits in Kontexten exklusiver staatlicher Einwirkungen EGMR [GK], Urteil v. 20. Februar 1996 – 15764/89, NLMR 1996, 42 Rn. 32 – Lobo Machado/POR; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 57 – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 47 – Bulut/AUT m.w.N.: *„In this context, importance is attached to appearances as well as to the increased sensitivity to the fair administration of justice“*; EGMR, Urteil v. 4. März 2003 – 41784/98, Rn. 55 – A.B./SVK: Eindruck einer Benachteiligung zu vermeiden.

102 EGMR, Urteil v. 22. Februar 1996 – 17358/90, ÖJZ 1996, 430 Rn. 49 – Bulut/AUT: *„In any event […] the principle of the equality of arms does not depend on further, quantifiable unfairness flowing from a procedural inequality.“*; EGMR, Urteil v. 31. Januar 2002 – 24430/94, ÖJZ 2002, 433 Rn. 58 – Lanz/AUT; EGMR, Urteil v. 4. März 2003 – 41784/98, Rn. 56 – A.B./SVK.

IV. Ein zweites Nadelöhr?

Bei alledem darf ein weiterer zentraler Umstand nicht ausgeblendet bleiben. Auch für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK erhebt die Rechtsprechung den Anspruch, dass den traditionell streng verstandenen Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO Genüge getan wird. Der Revisionsführer soll also „die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensmangel begründen, so vollständig und genau mitteilen [müssen], dass das Revisionsgericht aufgrund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden".[103] Für sich genommen wenig verwunderlich sollen die in die Gesamtabwägung einzustellenden Umstände mit Tatsachen belegt werden. Der 6. Strafsenat hebt hervor, dass der Revisionsführer insoweit die bereits früher bejahte Erkundigungspflicht beim erstinstanzlichen Verteidiger oder beim Gericht zu beachten habe.[104] Ebenso sei der Revisionsführer verpflichtet gewesen, vorzutragen, dass er sich erfolglos bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist um Einsicht in die Ermittlungsakte in dem gegen den Staatsanwalt geführten Verfahren bemüht habe,[105] welche unter anderem eine konkretere Bewertung der Stärke des „prozessualen Bandes" zu dem gegen den Angeklagten geführten Verfahren hätte ermöglichen können; anderenfalls sei die Darstellung der

---

103 So wieder der 6. Strafsenat in BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

104 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042 unter Verweis auf BGH StV 2006, 459 mit Anm. *Ventzke* = HRRS 2005 Nr. 43; *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 121; *Gericke* in KK-StPO (Fn. 8), § 344 Rn. 38.

105 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042. Zum vorausgesetzten Bemühen um Akteneinsicht schon BGH NJW 2005, 300, 303 f. = HRRS 2005 Nr. 61; BGH NStZ 2009, 51 f. = HRRS 2010 Nr. 280; NStZ 2010, 530, 531 = HRRS 2010 Nr. 272: notwendige Rechtfertigung einer Ausnahme von der Vortragspflicht; *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 121.

rügebegründenden Tatsachen unvollständig.[106] So sei der Beschwerdeführer im konkret zu entscheidenden Verfahren verpflichtet gewesen, die von ihm selbst als aussagekräftig bewerteten ermittlungsgegenständlichen Chatnachrichten, die eine Überschneidung des gegen den Staatsanwalt geführten Verfahrens mit den gegen den Beschwerdeführer erhobenen Tatvorwürfen belegen sollen, durch einen vollständigen Vortrag vorzutragen. Die vom Senat auf die erhobene Sachrüge hin im Urteil zur Kenntnis genommenen Chatnachrichten seien insoweit nicht aussagekräftig gewesen, soweit der Revisionsführer nicht dargelegt habe, dass es über diese Chatnachrichten hinaus keine weiteren relevanten Nachrichten gegeben habe.

Es ist hier nicht der Raum, den Umgang mit § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und die Frage nach einer Rücksprachepflicht insbesondere hinsichtlich der Instanzverteidigung ganz allgemein zu erörtern. Einige kritische Anregungen, die gerade für den konkretisierungsbedürftigen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gelten, sollen aber ausgeführt werden:

Wenn es richtig ist, dass nur eine – nach den hiesigen Überlegungen m.E. zu präzisierende – Gesamtbetrachtung den Maßstab des geltenden Rechts ausmacht, kann sich eine im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 13 EMRK[107] an Rechtsschutz interessierte Rechtsprechung nicht durch einen Federstrich von dem Umstand frei machen, dass die Rechtsordnung auch dem Revisionsführer nur eine konkretisierungsbedürftige Globalgarantie als Prüfungsgrundlage zur Verfügung stellt. Hier ist *im Besonderen* darauf zu achten, dass ex ante nach der prozessualen Lage[108] vorhersehbar ist und nicht erst durch die *spätere* Entscheidung gleichsam vom Himmel fällt, welche konkretisierenden Darlegungen des

---

106 BGH 6 StR 335/23, Urteil v. 16. Dezember 2024 = HRRS 2025 Nr. 1042.

107 Siehe zu einer möglichen Anwendung auf Art. 6 EMRK insoweit *Gaede* in MüKo-StPO (Fn. 81), Art. 13 EMRK Rn. 12 f.

108 Siehe auch *Gericke* in KK-StPO (Fn. 8), § 344 Rn. 38: entgegenstehende prozessuale Lage (bzw. Tatsachen) müsse konkret in Betracht kommen; ferner auch BGH NStZ 2022, 126 = HRRS 2021 Nr. 996.

Abwägungsmaterials gefordert sind. So hat etwa das BVerfG in seiner Leitentscheidung zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO für eine strenge Interpretation voraussetzen können, dass die darzulegenden Umstände unschwer am Gesetzestext erkennbar waren und von den Gerichten seit langem anerkannt gewesen seien.[109] Die allgemeine Kritik an dem erwarteten Vortrag sog. Negativtatsachen erlangt hier eine besondere Bedeutung.[110]

Alles andere wäre auch nicht mit dem Konventionssystem vereinbar. Denn wenn der BGH sich selbst die Möglichkeit zu einer Entscheidung entzieht, die Verstöße gegen Art. 6 EMRK noch beheben könnte, wird die Durchsetzung des Rechts auf ein faires Verfahren kurzerhand auf das BVerfG und den EGMR verschoben. Entgegen dem subsidiären Schutz über die EMRK wird – solange das BVerfG die Praxis zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO weiter größtenteils deckt – der EGMR schnell zur einzigen Adresse, welche Art. 6 EMRK im Falle überraschend weit ausgelegter Darlegungsanforderungen zur Durchsetzung verhelfen kann. Gerade wenn – wie es hier der Fall ist – das Fehlen einer materiellen Regelung ein planwidrig zu nennendes Versäumnis des Gesetzgebers ist, darf die richterrechtlich ersetzende Rechtsprechung den mangels konkretisierender Regelungen erschwerten Rechtsschutz nicht zusätzlich verengen.

In diesem Licht war es zwar nachvollziehbar, dass der Senat die Stärke des vorhandenen „Verfahrensbandes“ und seine Abbildung in staatlichen Verfahrensakten thematisiert. Dennoch dürfte sich der 6. Strafsenat mit seinen zum Teil bereits spekulativ erscheinenden Aussagen zu möglichen weiteren Beurteilungskriterien und Vorträgen an der äußersten Grenze der von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO legitimierten (über-)strengen Praxis bewegen. Indem der selbst nicht über Akteneinsicht verfügende Senat auch hier Aussagen zu einer abschließenden Äußerung zu Verfahrensakten verlangt, die dem Revisionsführer

---

109 BVerfGE 112, 185, 212 = HRRS 2005 Nr. 417.

110 Zu dieser im Überblick *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (Fn. 50), § 344 Rn. 129 ff. und allgemein m.w.N. *Ventzke* StV 2006, 459 ff. und *ders.* HRRS 2004, 340.

gar nicht vorlagen und nach dem Vortrag seitens des Staates verweigert worden sind, maximiert er die Hürden bei der Darlegung eines Fairnessverstoßes einseitig. Zunächst war hinsichtlich des Aktenstandes im Verfahren gegen den Staatsanwalt ganz offenbar nur ein Zwischenstand, nicht aber eine abschließende Sachverhaltsklärung zu erwarten. Vor allem aber blendet der BGH bei seiner Bemessung der Strenge der Vortragspflicht völlig aus, dass in einer Lage wie der hiesigen das Tatgericht selbst als *„ultimate guardian“* der Verfahrensfairness für die Aktenbeziehung verantwortlich gewesen wäre: *Ihm selbst* musste daran gelegen sein, die besorgniserregenden Hintergründe des auf ihn einwirkenden Verfahrenseinflusses zu klären. Wenn das Revisionsgericht in dieser Lage keine dem Rechtsschutz hinderliche gezielte Außerachtlassung relevanter Sachverhaltsumstände positiv feststellen kann und sich der Senat sodann in der Lage gesehen hat, auf der Basis des Vortrags des Revisionsführers eine Subsumtion des möglichen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vorzunehmen, zeigt dies, dass keine revisionsrechtliche Not bestand, die Karte des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO gerade in einem Fall unsicheren Rechts zu spielen. Der 6. Strafsenat war alles andere als gezwungen, mit einer harten Linie das Interesse geringzuschätzen, deutsche Verletzungen des in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK liegenden Völkerrechts noch vermeiden zu können.

V. Überzeugend entschieden?

Es bleibt die Frage zurück, ob man nach alledem an den jüngeren Leitentscheidungen des BGH auch im Ergebnis Anstoß nehmen sollte, die sich mit dem Einwand eines disqualifizierten Staatsanwalts befassen, diesen aber am Ende zurückweisen. Dies wird man für den Fall des 5. Strafsenats noch verneinen können, zum 6. Strafsenat aber bejahen müssen:

1. Feministische Kritik am Fragerecht

Im Fall des 5. Strafsenats lässt sich angesichts der persönlichen Erklärung als befangen und der rechtsirrigen Äußerungen, die in der Sache die staatliche Anklage protegiert hatten, trotz der differenzierten Anträge der Staatsanwältin durchaus ein Sachverhalt erkennen, in dem eine kompensationsbedürftige Fehlhaltung der Staatsanwaltschaft *im Kontext der Befragungen* zum Ausdruck kam. Zugleich war aber mit der (Opfer-)Zeugenbefragung ein Kontext betroffen, dessen Würdigung und Beurteilung explizit dem Gericht zugewiesen ist und hinsichtlich dessen das Gericht seine abweichende, das Verfahrensrecht und das Objektivitätsgebot bestätigende Position zum Ausdruck gebracht hatte. Die Staatsanwältin selbst hatte die Hintergründe immerhin – zu spät! – offengelegt und demonstriert, dass sie mit sich selbst im Zuge ihrer Bindung an Recht und Gesetz gerungen hatte. Hier ist der Schluss des BGH letztlich verständlich, das Beruhen respektive die Fairnessverletzung selbst zu verneinen.[111] Selbstverständlich ist dies bei einer nachträglichen Äußerung im Revisionsverfahren zwar keineswegs. Hier hat die mitgeteilte dienstliche Erklärung des Kammervorsitzenden aber explizit gerade eine Fairnessverletzung durch die Äußerungen der Staatsanwältin in der Hauptverhandlung sowie Überlegungen der Kammer zum prozessualen Umgang mit derselben thematisiert. Es liegt nicht nur eine verbale Reaktion zur mangelnden eigenen Beeinflussung im Rahmen der anschließenden Urteilsfindung vor. Zumal hier auch konkrete Eingriffe in die in Rede stehenden und vom Gericht gewürdigten Vernehmungen gerade nicht behauptet sind, sollte die Versagung des Beruhens auch unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nicht beanstandet werden.

---

[111] Wie hier auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 161; ebenso ferner *Frommel* NSW 2025, 162; siehe aber auch die Bedenken hinsichtlich der dienstlichen Erklärung bei *Veljovic/Bona*, KriPoZ 2025, 225, 228 f. (im Ergebnis abl., Autor *Veljovic*).

2. Selbst verfahrensbefangene Staatsanwälte

Anders sollte man den zweiten Fall sehen, in dem – was man sich nochmal vor Augen halten muss – ein Staatsanwalt agierte, der gerade vom Angeklagten im Kontext der angeklagten Taten beschuldigt wurde und der – vom Senat und auch vom Tatgericht nicht ausgeräumt – offenbar durch eine Erpressung „in der Hand" von Tatbeteiligten liegen sollte. Wenngleich der 6. Strafsenat einerseits von vagen Anhaltspunkten sprach, sah er sich doch zugleich und maßgeblich dazu gehalten, davon auszugehen, dass die Beschuldigungen nicht so vage waren, als dass sie eine Einstellung während der Hauptverhandlung ermöglicht oder auch nur absehbar gemacht hätten. Demnach war hier zugrunde zu legen, dass ein fortdauerndes Ermittlungsverfahren gerechtfertigt war. Im Urteil des Landgerichts selbst befindliche Chat-Nachrichten stellten überdies eine Beziehung zwischen den Sachverhalten der Verfahren gegen den Angeklagten und gegen den Staatsanwalt zusätzlich zu den erhobenen Anschuldigungen gegenüber dem Staatsanwalt in den Raum. Dass die *nähere* Substanz der Verdächtigungen nicht abschließend beurteilt werden konnte, stand der Annahme eines engen Bandes zwischen den Verfahren zwar entgegen; dieser Umstand räumte aber gerade nicht aus, dass eine nennenswerte Verbindung mit einer gewissen Substanz zu erwägen blieb. Wenn hier nicht das Tatgericht etwa durch eine eigene Aktenbeiziehung oder eine sonstige Prüfung dafür sorgt, dass es ein letztlich fehlendes oder substanzloses prozessuales Band zugrunde legen kann, ist nicht nur von einer willkürlichen Beschuldigung auszugehen. Vielmehr steht dann eine ernst zu nehmende Möglichkeit der Verknüpfung der *beiden* verdachtsbedingt geführten Verfahren im Raum. Hier wird man die Grenze zu einem zu besorgenden Missbrauch als überschritten ansehen müssen:

§ 22 Nr. 1–3 StPO lässt sich entnehmen, dass eine eigene erhebliche Betroffenheit hinsichtlich des Verfahrensgegenstands oder der vom Verfahren betroffenen Personen die objektive Verfahrensmitwirkung in Frage stellt. Rollenunterschiede führen insoweit nicht zu einer anderen Gewichtung. Wenn nun aber in § 22 StPO nicht explizit festgelegt wird, dass die Richter auch

keine potentiell Tatbeteiligten sein und damit nicht gleichsam zum Richter in eigener Sache werden dürfen, liegt dies allein an der völligen Selbstverständlichkeit des hier notwendigen Ausschlusses.[112] Nicht hingegen nimmt der Rechtsstaat jenen Fall leichter. In diesem Sinne findet sich zum Beispiel auch in § 20 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG der Ausschluss desjenigen wieder, der selbst Verfahrensbeteiligter ist. Hier soll nun aber ein Staatsanwalt weiter Einfluss haben dürfen, bei dem man angesichts eines substanziell gegen ihn betriebenen Verfahrens und einer nicht auszuschließenden Erpressung stets die störende innere Frage besorgen muss, wie sich ein bestimmter Gang des hiesigen Verfahrens wohl auf *seine eigene* Lebens- und Verfahrenslage auswirken mag. Soll er Gnade vor Recht ergehen lassen, um zu besänftigen? Soll er Härte zeigen, um Angriffe auf seine eigene Person abprallen zu lassen oder (neuen) Angriffen vorzubeugen? Eine solche Lage muss, wenn das Tatgericht sie nicht näher erwogen und verneint hat, eine objektive Verfahrensführung und erst recht ein Vertrauen in die objektive Amtswahrnehmung ausschließen.

Entgegen der Ansicht des Senats genügt die – offenbar auch das Tatgericht zu sehr in Sicherheit wiegende – Einschaltung des Vorgesetzten nicht, um einen Verstoß hier auszuräumen. Die Einbindung eines zweiten und zumal vorgesetzten Staatsanwalts ist zwar in der Tat ein Schritt, der Bedenken oft entscheidend abmildern dürfte.[113] Die Befragung des Anschuldigungen aufnehmenden Polizeibeamten durch den selbst ungenügenden Staatsanwalt wurde zwar vermieden. Schon die gesamte Würdigung des Beweisstoffs im Plädoyer kam aber ihm selbst zu, was aufdrängt, dass der bereits zuvor mit der Sache betraute verfahrensbefangene Staatsanwalt der zentrale Amtswalter der Staatsanwaltschaft geblieben war. Auch der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft eine Doppelbesetzung vorsah und dem verfahrensbefangenen Staatsanwalt nicht ressourcenschonend andere Aufgaben zugewiesen hatte, spricht dafür, dass sich die Staatsanwaltschaft die Mitwirkung der primär

---

112 Entsprechend etwa schon *Nowak* (Fn. 5), S. 129.

113 Für eine erhebliche Bedeutung auch etwa schon LG Köln NStZ 1985, 230, 231 f.

eingearbeiteten Person erhalten wollte. Vor allem verhindert die Mitwirkung des zweiten Staatsanwalts gerade nicht, dass *der verfahrensbefangene Staatsanwalt auf das Gericht in seinem Sinne einwirken konnte*. Insoweit ist die Lösung über den zweiten Staatsanwalt von vornherein nicht so hilfreich, wie sie es im entsprechend § 22 Nr. 5 StPO behandelten Fall des „Zeugenstaatsanwalts" sein mag. Da keine ausgleichenden, gegen das Beruhen streitenden Anstrengungen des Gerichts bekannt sind, lag deshalb infolge der Zulassung eines als missbräuchlich zu besorgenden staatlichen Einflusses insgesamt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vor.

MICHAEL GUBITZ

Rechtlicher Hinweis und Funktion der Anklage

Ich habe vor nunmehr über 27 Jahren in den ersten Tagen meiner Anwaltszulassung *Klaus-Ulrich Ventzke* bei einer Fortbildung in Hamburg kennen und sehr schätzen gelernt. Als bereits etablierter und anerkannter Verteidiger hat er sich ausgesprochen zugewandt mit dem Neuling aus der Provinz über das Strafverteidigerdasein unterhalten. Ich erinnere vor allem sein Schmunzeln, das er auch danach bei den meisten unserer persönlichen Begegnungen zeigte. Er wirkte dabei damals (und auch danach oft) auf mich auf eine sehr freundliche Art belustigt, was ich sehr schätze; der Beruf und die damals neue Umgebung waren für mich ernst genug. In den zahlreichen Folgejahren kreuzten sich die Wege immer wieder, bis wir zuletzt zeitgleich beide Mitglieder des Ausschusses StPO der BRAK und Praxiskommentatoren der NStZ wurden. In unseren Praxiskommentaren haben sich sowohl *Klaus-Ulrich Ventzke* als auch ich uns jeweils bislang zweimal mit § 265 StPO befasst.[1] Dieser kleinen internen Statistik steht eine überraschend geringe Zahl an umfassenden Veröffentlichungen zu dieser, das Strafverfahren doch in nicht geringem Maße mitprägenden, Norm entgegen. Zur Auslegung des § 265 StPO sind, vor allem aus Verteidigungssicht, weitere Fragen offen. Einer dieser offenen Fragen widmet sich dieser Beitrag.[2]

---

1 *Ventzke* NStZ 2016, 61; *Ventzke* NStZ 2018, 673; *Gubitz* NStZ 2017, 241; *Gubitz* NStZ 2019, 236.

2 Ich danke unserem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Nikolai Schumann* für seine wertvolle handwerkliche Hilfe und die instruktiven Gespräche zum Thema.

A. Problemstellung

Nahezu sämtliche Verfahrensgrundsätze der StPO standen auch Pate bei der Schaffung von § 265 StPO. So soll die Norm helfen, die ordnungsgemäße Verteidigung und den Grundsatz des fairen Verfahrens zu sichern, ebenso das Recht auf rechtliches Gehör und ein möglichst hohes Maß an Transparenz. Sie soll die Beschuldigtenrechte wahren und die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten effektiv sicherstellen.[3]

Schön und gut. Bei näherem Hinsehen offenbaren sich in bestimmten Konstellationen Zweifel daran, diese Ziele mit dem Wortlaut des § 265 StPO und dessen Interpretation durch die Obergerichte tatsächlich zu erreichen. Worum geht es also? Den Gegenstand des Prozesses[4] bestimmen Anklage und Eröffnungsbeschluss. Ihnen kommt die immer wieder betonte Informations- und Umgrenzungsfunktion zu; sie benennen die entscheidungserheblichen Tatsachen und ihre vorläufige rechtliche Einordnung. Der tatsächliche Gegenstand des Verfahrens ist so zumindest in seinen Grenzen klar umrissen (§ 264 StPO), die rechtliche Würdigung bleibt dem Gericht überlassen. Die Anklage

---

3 Vgl. *Stuckenberg* in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2021), § 265 Rn. 1.

4 Im folgenden „Prozessgegenstand", vgl. unten B. Hier ist nicht der Ort, um die Terminologie umfassend auf den Prüfstand zu stellen. Man wird *Schneider* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 200 Rn. 1, 3 und *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 264 Rn. 8 wohl so verstehen können, dass mit „Prozessgegenstand" eher der zu untersuchende Sachverhalt bestimmt wird und weniger auch schon die Strafvorschriften, obwohl der Wortlaut von § 200 Abs. 1 S. 1 StPO insofern eindeutig ist. Ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 20 Rn. 1: Der Prozessgegenstand erfasse *„nur die ‚in der Anklage bezeichnete Tat' der angeklagten Person(en) (§§ 155 I, 264 I), d.h. nur den Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens. Diese Festlegung ist eine Konsequenz des Anklagegrundsatzes […]: Wenn die gerichtliche Untersuchung von der Erhebung einer Klage abhängt (§ 151), so muss sie auch thematisch durch die Anklage gebunden sein […]"*. Im Folgenden wird der Begriff verstanden als die konkretisierte Tat, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften.

benennt auch die auf Grundlage ihrer Sachverhaltsschilderung einschlägigen Normen. Sollte sich die Bewertung im Zwischen- oder Hauptverfahren ändern, greift § 265 StPO: Das Gericht muss auf die Veränderung hinweisen.

Die Zweifel am Wert eines rechtlichen Hinweises ergeben sich aus dessen Umsetzung in der Rechtspraxis. In vielen Fällen wird nicht (nur) auf eine „Veränderung" hingewiesen, sondern auf eine mögliche Erweiterung:

> *„… wird darauf hingewiesen, dass neben einer Verurteilung wegen Totschlags auch eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht kommt …".*[5]

Ist der Verteidigung mit einem solchen Hinweis auch *effektiv* geholfen? Das kommt auf den Blickwinkel an: Es ist sicher vorteilhaft, diese Änderung der Bewertung vor der Urteilsverkündung zu erfahren, um sich auch insoweit verteidigen zu können.[6] Besser wäre allerdings eine konkretere Festlegung: Welcher der unterschiedlichen Vorwürfe (Totschlag oder Körperverletzung mit Todesfolge?) wird erhoben? Immerhin werden sich die jeweils

---

[5] *Scheffler* JR 1989, 232, bringt folgendes Beispiel: *„So ist beispielsweise in einem Strafverfahren vor dem Landgericht Berlin, in dem die Anklage auf Mord aus Habgier lautete, nach entsprechendem Hinweis zu Beginn der Hauptverhandlung wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt worden, nachdem außerdem im Laufe der Hauptverhandlung rechtliche Hinweise ergingen auf Totschlag, vorsätzliche Körperverletzung, gefährliche Körperverletzung hinsichtlich der Alternativen ‚mittels gefährlichen Werkzeugs' und ‚mittels einer das Leben gefährdenden Handlung', auf fahrlässige Tötung, wahlweise Feststellung wegen der Mordmerkmale ‚aus Habgier' oder ‚um eine andere Straftat zu ermöglichen' oder – wahlweise hierzu – ‚um eine andere Straftat zu verdecken', auf Totschlag durch Unterlassen, auf fahrlässige Tötung durch Unterlassen und auf Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen".*; zu einem weiteren Beispiel s. *Ventzke* NStZ 2018, 673, 676.

[6] So schreibt etwa *Wachsmuth* ZRP 2006, 121, 122 f.: *„Die Anzahl der Fälle, in denen der Angeklagte unnötig mit einem rechtlichen Gesichtspunkt konfrontiert würde, wäre also sehr begrenzt. Wenn das Gericht die Berücksichtigung ernsthaft in Betracht zieht, überwiegt allemal der Nutzen, insoweit noch Einfluss auf dessen Entscheidung nehmen zu können."*

zugrundeliegenden Sachverhalte auch in nicht unwesentlichen Punkten unterscheiden. Effektive Verteidigung bedeutet nicht, sich zu allen möglicherweise relevanten Punkten äußern zu können,[7] sondern bedarf zu ihrer Fokussierung auch eines Ziels, eines klaren Prozessgegenstands, der (theoretisch) mit der Anklage existiert, aber bedroht ist durch einen *Fehlgebrauch* von § 265 StPO.[8] Dieser kann angenommen werden, wenn das Gericht rechtliche Hinweise quasi mit der Gießkanne gibt,[9] nur um sich alle Optionen *offen zu halten*.

Und warum existiert ein klares Korsett für die Anklage, wenn einer oder, auch nicht selten, mehrere rechtliche Hinweise dieses wieder aufschnüren oder ganz weglegen dürften? Wie verhalten sich § 200 StPO und § 265 StPO vor dem Hintergrund der o.g. Verfahrensgrundsätze wirklich zueinander?

Zu fragen ist mithin, ob die Erteilung von Hinweisen dem Gericht diese Möglichkeit der Ausuferung eröffnen darf. Wenn das nicht der Fall sein soll, sind Grenzen zu formulieren.

Das gegenwärtige Verständnis von § 265 StPO und die Bedenken dagegen lassen sich gut in einem Bild darstellen: Wie in einem Trichter werden die rechtlichen Erwägungen aus dem Ermittlungsverfahren in der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss zunächst gebündelt und konkretisiert. Hierfür sprechen mit der Funktion von Anklage und Eröffnungsbeschluss auch gute Gründe. Wenn mehrere Personen mit gefährlichen Werkzeugen auf jemanden einwirken, dieser verletzt wird und stirbt, ist es Aufgabe der Anklagebehörde, sich am Ende der die entscheidenden Fragen möglichst aufklärenden Ermittlungen für eine bestimmte Sachverhaltsdarstellung zu entscheiden und auf dieser Grundlage dann eben Anklage wegen Körperverletzung, fahrlässiger Tötung,

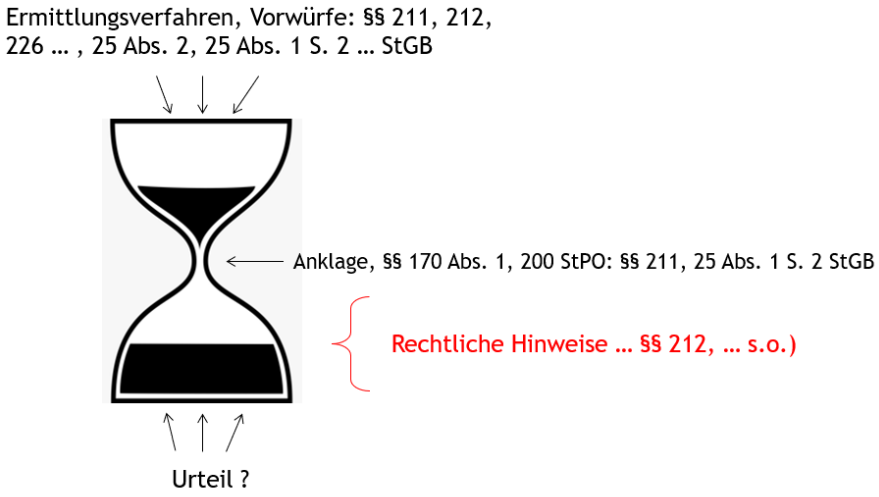
---

7 Vgl. auch *Gillmeister* StraFo 1997, 8, 10: *„Der Angeklagte muß auch deshalb Klarheit über den Vorwurf gewinnen, weil es ausgeschlossen ist, daß er sich gegen alle Sachverhaltsvarianten, die im Strafverfahren zur Sprache kommen, verteidigen kann."*

8 Vgl. *Scheffler* JR 1989, 232, 233.

9 Vgl. *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 3: *„Danaergeschenk"*.

Körperverletzung mit Todesfolge, Totschlag und/oder Mordes zu erheben. Es ist wenig überzeugend, dass § 265 StPO dem Gericht die Möglichkeit einräumen soll, den Prozessgegenstand dann sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher (also den Sachverhalt betreffender) Hinsicht wieder zu entgrenzen:



Dieses Problem der Entgrenzung ist in der Literatur, soweit ersichtlich, nur vereinzelt und eher am Rande angesprochen worden.[10]

Mit diesem Beitrag wird der Versuch unternommen, der Entgrenzung Einhalt zu gebieten. Es soll die These begründet werden, dass der Hinweis nicht zur *Erweiterung* des Prozessgegenstands, sondern nur zu dessen *Verschiebung* führen darf. Die nach dem Verständnis des Gesetzgebers, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und nicht zuletzt dem Informationsinteresse des Angeklagten erforderliche weite Auslegung des § 265 StPO[11] steht dem nicht entgegen, denn Konsequenz ist nicht eine Reduzierung der Hinweispflicht,

---

10 Umfangreicher aber etwa *Scheffler* JR 1989, 232; vgl. zum Problem bereits *Gubitz* NStZ 2017, 241, 243.

11 Vgl. zu diesem Erfordernis BGH GSSt 1/20, Beschluss v. 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 Rn. 22, passim m.w.N.

sondern eine Schärfung des Inhalts eines gegebenen Hinweises und seiner Konsequenzen.

B. Sinn und Zweck der Beschreibung des *Prozessgegenstands* (Bezeichnung der Tat, gesetzliche Merkmale der Tat, Konkretisierung) in der Anklage

Die Anklage erfüllt gemeinsam mit dem Eröffnungsbeschluss den vielzitierten doppelten Zweck aus Umgrenzungs- und Informationsfunktion. Die Erfüllung dieser Funktionen hat für das Strafverfahren grundlegende Bedeutung – Anklage und Eröffnungsbeschluss sind Verfahrensvoraussetzungen.

So dient die Umgrenzung zunächst der genauen Bezeichnung der prozessgegenständlichen Tat im prozessualen Sinne.[12] Wie nach dem Akkusationsprinzip (§§ 151, 155 Abs. 1 StPO) erforderlich, wird damit der Gegenstand der gerichtlichen Kognitionspflicht und -kompetenz (§§ 155, 264 StPO) beschränkt. Zugleich wird die sachverhaltsbezogene Seite des Prozessgegenstands und damit die Reichweite von Verjährungsunterbrechungen, Rechtshängigkeit und Rechtskraft bezeichnet.[13] Aus dieser prozessualen Bedeutung der Umgrenzung erhellt sich das Erfordernis einer genauen, unmissverständlichen Bezeichnung der Tat im prozessualen Sinne.

Ebenso bedeutsam ist die Informationsfunktion. Angesprochen ist damit die Aufgabe von Anklage und – bestätigend (§ 207 Abs. 1 StPO), ergänzend oder verändernd (§ 207 Abs. 2 StPO) – Eröffnungsbeschluss, die Verfahrensbeteiligten und insbesondere den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, auch den

---

12 Zur Umgrenzungsfunktion s. nur *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 15 ff.

13 *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 4; vgl. aber zur Rechtskraft *Schneider* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 200 Rn. 1.

rechtlichen Vorwurf in konkretisierter und klarer Form nachzuvollziehen.[14] Damit wird nicht zuletzt dem verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zur Geltung verholfen.[15] Der Beschuldigte muss, damit der Informationsfunktion genügt ist, eindeutig erkennen können, welche Handlung nach Ansicht von Staatsanwaltschaft und Gericht welchen gesetzlichen Tatbestand erfüllt. Dabei dürfen, wie vor allem § 200 Abs. 1 S. 1 StPO, aber auch § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO zeigt, mehrere denkbare rechtliche Würdigungen nicht einfach nebeneinandergestellt werden.[16] Der Informationszweck und die Wahrung rechtlichen Gehörs erfordern vielmehr eine unzweideutige Benennung des Vorwurfs, gegen den sich der Beschuldigte zu verteidigen hat. Eine zielgerichtete Verteidigung ist nur möglich, wenn Anklage und Eröffnungsbeschluss die prozessgegenständlichen Fragen so genau und eindeutig wie möglich bezeichnen. Das bedeutet, dass mehrere Normen nur insoweit enthalten sein dürfen, wie diese kumulativ nebeneinander, nicht alternativ (einander ausschließend) anzuwenden sind.[17]

Durch die (zugelassene) Anklage oder den (abändernden) Eröffnungsbeschluss werden also die tatsächliche und rechtliche Konturierung der Tat, der Prozessgegenstand, in einer Weise zugespitzt, die eine konzise Verhandlung und Verteidigung erlaubt und damit ein faires Verfahren sicherstellt.

---

14 Vgl. *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 5, 41.

15 *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 5.

16 Zur genauen Bezeichnung vgl. *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 53; *Scheffler* JR 1989, 232, 233; BGH NStZ 1984, 133.

17 In diesem Sinne nebeneinander anwendbar sind Normen etwa auch bei (zulässiger) Wahlfeststellung. Vgl. hierzu *Bartel* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 410 ff.

C. Sinn und Zweck des rechtlichen Hinweises im Lichte des Ergebnisses zu B.

Vor diesem Hintergrund verwundert die Formulierung, die der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung GSSt 1/20, Beschluss vom 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 wählt:

> *„Sinn und Zweck des § 265 StPO ist es vor diesem Hintergrund, den Angeklagten vor Überraschungen zu bewahren […]. Dieser Zweck wird am zuverlässigsten dadurch erreicht, dass der Angeklagte auf jede in Betracht kommende Rechtsfolge ausdrücklich hingewiesen wird, sei es in der Anklageschrift, im Eröffnungsbeschluss oder in der Hauptverhandlung […].“*[18]

Der vom Senat vorgestellte Zusammenhang zwischen Informationen durch Hinweise einerseits und Beschuldigtenrechten andererseits folgt also offenbar der Maxime „the more, the merrier“. Wie oben dargestellt, bildet diese Vorstellung aber – bestenfalls – die halbe Wahrheit ab: Tatsächlich sind überbordende, sich gegenseitig widersprechende, „hypothetische“ Hinweise eine enorme Gefahr für die Verteidigung, die sich mit der kaum lösbaren Aufgabe konfrontiert sieht, sich zu allen nach Auffassung des Gerichts möglicherweise und unter gewissen Umständen relevanten Punkten zu verhalten, um, im Falle einer Freispruchverteidigung, *jede* denkbare *Verurteilung* zu vermeiden, oder, im Falle einer Strafzumessungsverteidigung, *alle* relevanten *(Rechtsfolgen-)Aspekte* einzuführen. Sie provozieren auch die Gefahr eines widersprüchlichen Verteidigungsverhaltens. Dies kann nicht nur bei entsprechenden Beweisbehauptungen problematisch werden, sondern ist auch im Plädoyer mindestens

---

[18] Freilich war diese Entscheidung darauf bezogen, dass die Einziehung in der Anklage und im Eröffnungsbeschluss vergessen worden war; ob der Bundesgerichtshof also auch in Bezug auf die Hauptrechtsfolgen Freiheits- und Geldstrafe so formulieren würde, bleibt offen.

psychologisch wenig überzeugend. Denn auch wenn man bei den Berufsrichter:innen einen professionellen Umgang mit alternativen Ausführungen zu verschiedenen möglichen Abläufen erwarten darf, werden doch zumindest die Laienrichter:innen nicht frei sein von dem Reflex: Die Verteidigung weiß doch, was passiert ist, wieso dieses Konstrukt mehrerer Hypothesen?

Andererseits bietet auch ein schlichter Verzicht auf frühzeitige rechtliche Hinweise keine Lösung: Nach der oben angeführten Entscheidung des Großen Senats gilt:

> *„Der aus Fairnessgründen gebotene Schutz des Angeklagten vor Überraschungsentscheidungen erfordert keine restriktive Auslegung des § 265 StPO, sondern eine umfassende Hinweispflicht“.*

Das ist vollkommen richtig, sagt aber noch nichts über den Inhalt und die Bindungswirkung eines Hinweises.

I. Zulässiger Inhalt des rechtlichen Hinweises

Es ist also der Konflikt zwischen dem Erfordernis einer weitreichenden Anwendung des § 265 StPO einerseits und dem Schutz vor die Konkretisierung des Tatvorwurfs *aufhebenden*, gegebenenfalls *widersprüchlichen* Hinweisen andererseits aufzulösen.

Ausgangspunkt ist zunächst der Wortlaut des § 265 Abs. 1 StPO, der einen Hinweis bei einer *„Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts“* vorsieht.[19] Zwar kann auch eine Erweiterung, eine Kumulation rechtlicher Gesichtspunkte noch als vom Wortlaut *„Veränderung“* gedeckt angesehen werden, doch deutet

---

19 *Scheffler* JR 1989, 232, 233.

der semantische Kern nicht auf die Aufnahme eines neuen, weiteren Gesichtspunkts im Sinne einer quantitativen Veränderung (eine weitere Möglichkeit kommt hinzu), sondern eine *qualitative* Veränderung (eine andere Möglichkeit tritt an die Stelle des Bisherigen). Auch steht der rechtliche Gesichtspunkt in § 265 Abs. 1 StPO im Singular; es geht also um die Veränderung eines einzigen rechtlichen Gesichtspunkts und die *„veränderte Sachlage"* im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO.

Vor allem aber streitet die systematische Funktion des § 265 StPO[20] für ein Verständnis des Hinweises nur als Verschiebung, nicht als Erweiterung. Während die Anklage die ursprüngliche Konkretisierung vornimmt (s.o.) und der Eröffnungsbeschluss die – gegebenenfalls abgeänderte – Übernahme der Konkretisierung durch das Gericht bedeutet, fügt die Hinweispflicht ein temporales Element hinzu: Sich erst nach der Eröffnung ergebende Umstände und Bewertungen können keinen Einfluss auf den Eröffnungsbeschluss mehr haben. Hätten sie aber bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung vorgelegen, hätte auch der Eröffnungsbeschluss einen entsprechenden Inhalt gehabt. Der rechtliche Hinweis stellt sicher, dass Anklage und Eröffnungsbeschluss nicht durch das Geschehen in der Hauptverhandlung *„überholt und obsolet"*[21] werden. Man kann deshalb diesen Hinweis gleichsam als *„Update"* der Anklage[22] ansehen. Es gibt aber keine nachvollziehbare Rechtfertigung dafür, an dieses Update geringere Anforderungen als an eine Anklage – in einer zulassungsfähigen (§§ 200, 207 StPO, s.o.) Form! – zu stellen. Denn sämtliche oben genannten Verfahrensgrundsätze gelten weiterhin. Das lässt dann aber keine andere Interpretation der hier betrachteten rechtlichen Hinweise zu, als dass sie *an die Stelle* der bisherigen Bewertung treten. Rechtlich ausgeschlossen ist, dass das *„Update"* nun

---

20 Zum systematischen Bezug zu Anklage und Eröffnungsbeschluss s. *Scheffler* JR 1989, 232, 233; *Bartel* in KK, StPO, § 265 Rn. 3; *Wenske* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 200 Rn. 48; auch *Ventzke* NStZ 2016, 61, 62.

21 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 4.

22 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 4.

der Anklage eine zu ausufernde Form verleiht. Der Hinweis aktualisiert Anklage und Eröffnungsbeschluss; er darf nicht zum Anlass genommen werden, deren Festlegungen und Konkretisierungen zunichtezumachen.

Nur so kann auch dem zu Beginn dargestellten Telos des § 265 StPO, der Verwirklichung von Rechten des Beschuldigten wie dem Anspruch auf rechtliches Gehör und insbesondere ein faires Verfahren, Rechnung getragen werden. Die Norm dient dem Schutz des Angeklagten und der Verbesserung seiner Verteidigungsmöglichkeiten.

Es zeigt sich damit, dass auch § 265 StPO die notwendige Konkretisierung des Vorwurfs der Anklage nicht infrage stellen kann, sondern vielmehr nur solche Hinweise fordert und zulässt, die eine Verschiebung, nicht eine Erweiterung des Vorwurfs bedeuten.[23]

Diese Überlegungen haben dann auch Konsequenzen für die Formulierung des rechtlichen Hinweises. Überall dort, wo die genannten Anforderungen eine Erweiterung des Prozessgegenstandes ausschließen, wird es sich aufdrängen, dies wie folgt zu verdeutlichen:

> *„… wird darauf hingewiesen, dass anstelle einer Verurteilung wegen Totschlags eine solche wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht kommt“*

und eben nicht, *„… neben … auch…“*.

---

[23] Vgl. schon *Gubitz* NStZ 2017, 241, 244.

II. Bindungswirkung des rechtlichen Hinweises

Es ist also *„weniger am Hinweiserfordernis als an seiner Bindungswirkung eine Lösung zu suchen."*[24] So löst der unter 1. dargestellte Ansatz zugleich die umstrittene Frage, ob das Abrücken von einem rechtlichen Hinweis seinerseits eines Hinweises bedarf. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Wenn der Hinweis Anklage und Eröffnungsbeschluss „aktualisiert", steht auch eine Abweichung von diesem Hinweis einer Abweichung von Anklage und Eröffnungsbeschluss gleich.[25]

Diese Frage hat nicht zuletzt auch durch die Schaffung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO neue Brisanz erlangt.[26] § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO wurde durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens"[27] in die Strafprozessordnung eingefügt, auch diese Neuregelung soll ausweislich der – freilich recht knappen – Gesetzesbegründung dem Schutz vor Überraschungsentscheidungen dienen:[28]

---

24 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59.

25 Trotz anderem Ergebnis ähnlich im Ansatz *Scheffler* JR 1989, 232, 233 und *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59.

26 Lt. *Eschelbach* in BeckOK, StPO, 51. Edition (2024), § 265 Rn. 34a ist die Ansicht, *„dass die Rücknahme eines bereits erteilten Hinweises nicht hinweispflichtig sei […] durch die neue Regelung des § 265 Abs. 2 Nr. 2 überholt."*

27 BGBl. 2017 Teil I Nr. 58, S. 3202 ff.

28 Vgl. *Müller-Jacobsen* StraFo 2021, 503, 506: *„Eine Analyse der seit fast vier Jahren geltenden Vorschrift enttäuscht, sieht man sie als Erweiterung der Ansprüche des Angeklagten und der Verteidigung in der Hauptverhandlung an, wie sie der Gesetzgeber in der Begründung vorgestellt hat. Die Neufassung des § 265 Abs. 2 StPO hat wenig Klarheit gebracht und einige neue Fragen aufgeworfen, die zu klären weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleibt."*

> *„Das Verbot der Überraschungsentscheidung gebietet daher einen Hinweis, wenn das Gericht von einer derartigen Bewertung, die in der Hauptverhandlung mitgeteilt wurde, abweichen will.“*[29]

Der Wortlaut postuliert eine Hinweispflicht bei jedem Abrücken von einer *„in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage“*. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung ein Abweichen von während einer Erörterung gemäß § 257b StPO mitgeteilten Auffassungen.[30] Die genaue Reichweite der Norm ist aber an vielen Stellen umstritten: Etwa mit Blick auf Abweichungen von der Sanktionsprognose nach gescheiterten Verständigungsgesprächen[31] oder bei späterer Annahme von Bedeutungslosigkeit (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO) statt (wie noch bei Ablehnung) Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO) eines Beweisantrags.[32]

Jedenfalls soll § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO aber doch dem Schutz des Angeklagten und seines Vertrauens dienen, das Gericht werde von einer zu erkennen gegebenen Einschätzung nicht abweichen, ohne auch diese Änderung erkennbar zu machen. Eine Einschätzung gibt das Gericht notwendig auch mit dem – insbesondere den oben dargestellten Anforderungen genügenden – Hinweis zu erkennen. Angesichts der Erweiterung der Hinweispflichten drängt es sich daher auf, § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO auch für einschlägig zu halten, wenn von einem gegebenen Hinweis abgerückt werden soll.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Frage noch weitgehend offen. Zwar hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ein solches Verständnis mit Beschluss vom 3. Juli 2018 – BGH 5 StR 38/18 = HRRS 2018 Nr. 638 auch vor dem Hintergrund des geänderten § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO deutlich

---

29 BT-Drs. 18/11277, S. 37.

30 BT-Drs. 18/11277, S. 37.

31 Dazu *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 42.

32 Dazu *Bartel* in KK, StPO, § 265 Rn. 24 m.w.N.

zurückgewiesen. Demgegenüber hat aber der 1. Strafsenat in seinem Beschluss vom 13. Juli 2018 – BGH 1 StR 34/18 = HRRS 2018 Nr. 815 ausgeführt:

> *„Eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 1 StPO besteht, wenn sich die rechtliche Beurteilung der Tat gegenüber der zugelassenen Anklage ändert, der Angeklagte also auf Grund eines anderen Strafgesetzes oder eines dort nicht angeführten straferhöhenden Umstandes verurteilt oder eine dort nicht angegebene Maßregel der Besserung und Sicherung gegen ihn verhängt werden soll […]. Entsprechendes gilt gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO nunmehr, wenn das Gericht von einer in der Verhandlung mitgeteilten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage abweichen will.*
>
> *Dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Gericht im Urteil von einer anderen Teilnahmeform ausgehen will als die unverändert zugelassene Anklage bzw. der erteilte Hinweis.“*

Der Senat nahm hier eine Hinweispflicht wegen des Abrückens von einem früheren Hinweis zumindest im konkreten Fall an.[33] Wie schon bei der oben erwähnten Entscheidung des Großen Senats GSSt 1/20, Beschluss vom 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 stehen sich also die Beschuldigtenrechte eher begrenzende Auffassung des 5. Senats und die eher beschuldigtenfreundliche Auffassung des 1. Senats gegenüber. In jener Entscheidung hat sich der Große Senat aber bereits der beschuldigtenfreundlicheren Auffassung angeschlossen und die Bedeutung des § 265 StPO für ein faires Verfahren betont.[34]

---

33 Vgl. *Ventzke* NStZ 2018, 673, 677.

34 So auch *Ventzke* NStZ 2018, 673, 677.

Andernorts wird die Hinweispflicht beim Abrücken von einem rechtlichen Hinweis aber sogar noch weitergehend relativiert. Umstritten ist dabei, soweit ersichtlich, dann nur noch, ob sie gänzlich abgelehnt wird[35] oder ob sie nur für den Fall angenommen wird, dass sich das Gericht auch tatsächlich binden *wollte*:

> *„Weist er [d.i. der Hinweis] nur allgemein auf ein anderes Strafgesetz oder einen anderen möglichen Geschehensablauf hin, ohne eine vorläufige Bewertung des Gerichts hieran zu knüpfen, so erweitert dieser Hinweis nur die Entscheidungsmöglichkeiten und begründet kein schützenswertes Vertrauen, das Gericht tendiere in eine bestimmte Richtung."*[36]

> *„[Eine Bindung bestehe, wenn] das Gericht bei Erteilung des Hinweises deutlich zum Ausdruck bringt, dass durch die neue rechtliche Beurteilung zugleich die im Anklagesatz enthaltene frühere Bewertung überholt sein soll, so etwa, wenn darauf hingewiesen wird, dass eine Verurteilung nach dem im Anklagesatz genannten Qualifikationstatbestand nicht mehr in Betracht kommt, sondern nurmehr eine Verurteilung nach dem Grundtatbestand möglich sei."*[37]

Schon zur alten Rechtslage sollte diese Wirkung davon abhängig gemacht werden, wie das Gericht einen Hinweis formuliert, ob es sich insbesondere

---

35 *Ceffinato* JR 2020, 6, 9; wohl – jdf. sehr apodiktisch – BGH BeckRS 2018, 15987; *Schmitt* in Meyer-Goßner-Schmitt, StPO, 67. Auflage (2024), § 265 Rn. 33a.

36 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 44.

37 *Pauly* StraFo 2023, 418, 422, der auf BGH MDR 1972, 925 (bei *Dallinger*) und allgemein zur Thematik auf *Eschelbach* in BeckOK, StPO, 1.7.2023, § 265 Rn. 34a verweist. Ähnlich auch: *Stuckenberg* in Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2020), § 265 Rn. 79 f.; wohl auch *Bartel* in KK, StPO, § 265 Rn. 24.

„unzweideutig auf eine vorläufige Bewertung der Sach- oder Rechtslage festlegt“[38] oder ob schutzwürdiges Vertrauen begründet[39] werde.[40]

Auch eine Differenzierung danach, ob mehrere erteilte Hinweise *„Delikte mit unterschiedlichen Rechtsgütern bzw. gänzlich unterschiedlichen Begehungsweisen oder Motivlagen betreffen“*[41], lässt Abgrenzungen offen, hebt die Gefahr widersprüchlicher, überbordender Hinweise nicht auf und lässt eine Grundlage im Gesetz nicht erkennen. Die Lösung liegt vielmehr im neu eingefügten § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO selbst: Ein rechtlicher Hinweis ist *stets* eine mitgeteilte vorläufige Bewertung der Sach- oder Rechtslage.

Rechtliche Hinweise hindern das Gericht also selbstverständlich nicht daran, später wieder von ihnen abzuweichen. Sie entfalten aber gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO Bindungswirkung in der Weise, dass ein Abrücken von ihnen seinerseits Hinweispflichten auslöst.

Dagegen, in jedem Hinweis eine solche Festlegung zu erblicken, wird vorgebracht, dies widerspräche seiner begrenzten Aufgabenstellung, die Festlegung bleibe der Schlussberatung vorbehalten. So führt etwa das OLG Hamburg aus:

> *„Durch den Hinweis wird bei verständiger Würdigung nicht die Erwartung geweckt, das Gericht habe sich in dieser Hinsicht bereits festgelegt; vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass das Gericht hierüber erst nach Schluss der Beweisaufnahme in der Urteilsberatung entscheidet.“*[42]

---

38 OLG Hamburg NJW 2020, 2794 Rn. 22 m.w.N.

39 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 44.

40 Vgl. zur Frage nach altem Recht etwa *Stuckenberg* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2021), § 265 Rn. 79 m.w.N.

41 *Norouzi* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 265 Rn. 59; ähnliche Abgrenzungen schlägt trotz seiner vorherigen Ausführungen im Ergebnis vor *Scheffler* JR 1989, 232, 234.

42 OLG Hamburg NJW 2020, 2794 Rn. 21; auch schon BGH NJW 1998, 3654, 3655.

Zwar trifft zu, dass die abschließende Entscheidung der Urteilsberatung vorbehalten bleibt. Darin liegt aber kein nachvollziehbarer Grund dafür, dass sich im Laufe des Prozesses die Anforderungen an den Prozessgegenstand zulasten des Angeklagten verschieben dürften. Oder sollte die Hauptverhandlung wegen ihrer im Hinblick auf die Erkenntnismöglichkeiten strukturellen Überlegenheit gegenüber dem Ermittlungs- und Zwischenverfahren eine völlig neue Ausgangssituation schaffen, so dass es gewissermaßen zu viel verlangt wäre, dieses Mehr an Erkenntnissen fortlaufend in das Korsett der Anklage zu zwingen? So verhält es sich aber gerade nicht; vielmehr ist es nicht selten umgekehrt: Die Hauptverhandlung *relativiert* vermeintliche Ermittlungsergebnisse der Strafverfolger und stellt diese auf den Prüfstand. Es kommt also eher zu einem Weniger an (jedenfalls belastenden) Erkenntnismöglichkeiten (z.B. werden Beweiserhebungs-, Beweisverwendungs- und Beweisverwertungsverbote aufgedeckt, einseitige Vernehmungsergebnisse korrigiert).

Selbst der Verweis darauf, dass dann eben ein rechtlicher Hinweis auf *mildere* Tatbestände und für den Angeklagten *günstigere* Sachverhaltsverläufe erforderlich werden könnte, rechtfertigt nicht die Erweiterung des Prozessgegenstands: Denn auch dies hätte die Polizei schon so aufklären, bzw. als Möglichkeit feststellen können (oder müssen). Dann hätte sich die *Staatsanwaltschaft* entscheiden müssen, welche Alternative anzuklagen ist. Wieso sollte die Staatsanwaltschaft eher befähigt sein, eine notwendige Zwischenentscheidung zu treffen als das Gericht (vor der Urteilsberatung)?

Es fehlt demnach schlicht eine Rechtfertigung dafür, dass die Anforderungen der Festlegung für das Gericht während der laufenden Hauptverhandlung geringer sein sollten als am Ende des Ermittlungs-, dem gesamten Zwischen- und dem Beginn des Hauptverfahrens. Jedenfalls ändert sich auch im fortschreitenden Verfahren nichts am Bedürfnis nach Umgrenzung und Information auf der Seite des Beschuldigten.

Die Urteilsberatung kann sich stets nur auf den tatsächlichen wie rechtlichen Vorwurf der Anklage beziehen. Dass dieser Prozessgegenstand tatsächlich wie rechtlich eng begrenzt ist, wird im Strafverfahren nicht nur hingenommen, sondern ist umgekehrt, wie unter B. dargestellt, gerade Voraussetzung eines fairen Verfahrens. Das Zwischenverfahren mit den dargestellten Regeln für die Eröffnung des Hauptverfahrens weist dem Tatgericht Verantwortung dafür zu, nur über die Verwirklichung der Voraussetzungen bestimmter, nebeneinander anwendbarer (sich also nicht widersprechender) Strafnormen, durch einen den Bestimmtheitsanforderungen genügend umrissenen Lebenssachverhalt (oder bei verbundenen Verfahren mehrere, jeweils aber wiederum hinreichend bestimmte Lebenssachverhalte) zu entscheiden.

Soll aufgrund neuer (rechtlicher oder tatsächlicher) Bewertung nunmehr über die Voraussetzungen einer anderen Strafnorm gestritten und entschieden werden, ist gemäß § 265 Abs. 1 bzw. § 265 Abs. 2 Nr. 1, 3 StPO ein Hinweis erforderlich. Diese Hinweismöglichkeit wird einerseits begrenzt durch § 264 *Abs. 1* StPO und anderseits ermöglicht durch § 264 *Abs. 2* StPO.

Dem liegt schon eine Differenzierung zugrunde: Ein Hinweis, der einen *neuen* Vorwurf, insbesondere eine *neue rechtliche* Bewertung der Tat aufwirft, tritt, wie ausgeführt, mit seiner rechtlichen Bewertung *an die Stelle* eines Eröffnungsbeschlusses gemäß § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO. Er löst daher, soll von ihm abgewichen werden, seinerseits eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO aus.

Demgegenüber bewegen sich andere rechtliche Hinweise, die (nur) klarstellen, was bereits bei Anklage hätte mit aufgenommen werden können, wenn es nicht übersehen worden wäre[43] oder noch nicht bekannt war, *innerhalb* des Prozessgegenstandes, der bereits in der Anklage auch noch näher hätte

---

[43] Eine Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO besteht auch, wenn in der Anklage zwar eine bestimmte Rechtsfolge rechtfertigende Umstände, nicht aber die Rechtsfolge selbst genannt waren, BGH GSSt 1/20, Beschluss v. 22. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 1242 Rn. 13, passim.

beschrieben werden können. Ein Abweichen von einem Hinweis dieses Inhalts unterfällt nach dem oben Gesagten dann nicht § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO, weil der frühere Hinweis enthält, was schon die ursprüngliche Anklage hätte enthalten dürfen. Ist etwa nach dem tatsächlichen Geschehen eine ungleichartige Wahlfeststellung (etwa zwischen Diebstahl und Hehlerei) denkbar, wird aber nur eines der in Betracht kommenden Delikte in der Anklageschrift erwähnt, kann, auch wenn später nur wegen eines der Delikte verurteilt wird, auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung hingewiesen werden, ohne dass es eines erneuten Hinweises bedürfte: Die Wahlfeststellungsmöglichkeit hätte auch in der Anklage selbst angeführt werden können. Wurde demgegenüber nur ein Delikt (etwa ein Diebstahl) angeklagt und wird nunmehr – ohne dass es um eine Wahlfeststellung ginge – auf ein anderes Delikt (etwa Hehlerei) hingewiesen, wird vor einer Verurteilung nach dem ersten Delikt ein weiterer Hinweis erforderlich; hier liegt eine Rückkehr zur Auffassung der Anklageschrift vor, die mit dem ersten Hinweis abgeändert worden war.

Die Festlegung, welche Norm in Rede steht und welcher Sachverhalt, und damit die Festlegung der Tatbestandsvoraussetzungen, deren Verwirklichung die Verteidigung möglicherweise bestreiten möchte, ist also nicht eine der Schlussberatung vorbehaltene Entscheidung, sondern steht vielmehr umgekehrt bereits mit der Informations- und Konkretisierungsfunktion von Anklage und Eröffnungsbeschluss *ganz am Anfang* des Hauptverfahrens.

Möchte das Gericht einer rechtlichen Bewertung in der Anklage nicht folgen, so eröffnet es das Verfahren abweichend (§ 207 Abs. 2 StPO). Möchte es anders als nach Eröffnungsbeschluss verurteilen, erteilt es einen rechtlichen Hinweis. Es ist also nur konsequent, wenn es bei Abrücken von diesem Hinweis wiederum einen Hinweis zu erteilen hat.[44] Hierdurch wird die Urteilsberatung nicht stärker eingeschränkt als bereits durch das Akkusationsprinzip

[44] Oben Fn. 24.

und das Erfordernis einer – bis zur (stets möglichen) Erteilung eines Hinweises bindenden – rechtlichen Würdigung in Anklage und Eröffnungsbeschluss.

D. Ergebnis

Der angestrebte weitgehende Beschuldigtenschutz des § 265 StPO wird nicht bereits dadurch verwirklicht, dass Hinweispflichten großzügig angenommen werden. Vielmehr ist der gerichtliche Hinweis in seiner Bedeutung und damit auch in seinen Anforderungen der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss gleichzustellen. Er muss dezidiert festlegen, worüber verhandelt wird. Damit hebt er frühere rechtliche Einschätzungen auf und stellt seinerseits eine Einschätzung gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO dar. Rein hypothetische Hinweise sind unzulässig und als Verteidigungsmöglichkeiten beschränkender Gesetzesverstoß ein Rechtsfehler, auf dem ein späteres Urteil auch beruhen kann. Zusammenfassend kann man also im Hinblick auf die oben dargestellten Funktionen der Anklage – Umgrenzung und Information – sagen: Ein Zuviel an Information entgrenzt, es ist daher zu vermeiden.

OTMAR KURY

Zur Liebe im Leben großer Komponisten: *Mahler, Mozart, Brahms* und *Puccini*

„Der Anfang aller Kunst ist die Liebe. Wert und Umfang jeder Kunst werden vor allem durch des Künstlers Fähigkeit zur Liebe bestimmt."

Dieses konventionell-fade Verslein hat uns *Hermann Hesse* geschenkt – einer, dem 1946 immerhin der Nobelpreis für Literatur verliehen wurde.

Schon zehn Jahre später musste er sich durch große Teile seiner Kritiker nachsagen lassen, disziplinlos kitschige Literatur produziert zu haben. Gewiss werde ich diesen Streit hier nicht aufgreifen: Aber ist es die erfüllte Liebe, die den Künstler antreibt?

Wer seinen *Siegmund Freud* studiert hat, weiß, dass gerade übermächtige, geniale Musiker das geheimnisvolle Leid der unerfüllten Beziehung zur Beflügelung der künstlerischen Phantasie und Schöpfungskraft nutzten.

Wahrscheinlich ist die sexuell versagte Liebe über ihre die psychische Spannung hochtreibende Wirkung eine der radikalsten Triebkräfte der Musikschöpfung. Und wahrscheinlich steht meine etwas unfrohe These paradigmatisch für allzu Vergleichbares in der gesamten Kulturgeschichte.

Das gibt dann vor, weshalb ich Ihnen heute nicht die verschiedenen Liebschaften einer Auswahl großartigster Komponisten vorstelle. Mir liegt daran, die Beziehung zwischen genialem Tondichten und seelischem Liebes- und Leidempfinden zu betrachten.

Mahler, Mozart, Brahms und *Puccini:*

So unterschiedlich ihre Kompositionen waren - so sehr schöpften ihre Werke trotz des gelegentlichen Glückes einer genossenen Liebe auch aus jener von Freud so beschriebenen konstruktiven Frustration, hinter der sich die kulturelle Hochentwicklung durch Triebversagung oder Sublimierung verbirgt. Das einte sie.

I.

Gustav Mahler

1860 in Böhmen geboren, 1911 in Wien verstorben.

Ein Wanderer von der Spätromantik zur Moderne, durchlebt mit *Alma Schindler* seit ihrer ersten Begegnung 1901 beinahe unerträgliche Höhen und Tiefen.

Das Adagietto der 5. Symphonie, mit schwebenden Streichinstrumenten und Harfen, fällt mit seiner Skizzierung in jene Phase der wachsenden Leidenschaft, die Mahler zu der durch ihre blühende Jugend, ihre Schönheit und Belesenheit beeindruckenden Frau aufbaut, die auch komponierte.

Wer will, kann nach einer überlieferten Anmerkung eines damaligen Dirigenten jenen heute besonders geliebten, langsamen Satz der 5. Symphonie als Spiegel der Liebesentwicklung zwischen *Gustav* und *Alma* bewerten.

Wer *Mahlers* Instrumentierungen studiert, sieht, dass er sich von seinen Formen löst und sich freiester Chromatik hingibt. Das war für ihn, einen Mann der Disziplin mit pedantisch-streng geregeltem Alltag, freilich hochungewöhnlich. Vielleicht ist es das einzige Werk, das unter dem Eindruck einer erfüllten Liebesbeziehung bei *Mahler* entstand.

Denn als die Kinder *Maria Anna* und *Anna Justina* geboren waren, begann *Alma* die Macht der von ihr so bewunderten, gleichwohl einengend autoritären Persönlichkeit, die ihr gar das eigene Komponieren verbot, als erdrückend zu empfinden. Später wird sie äußern, dass sein Egoismus vollkommen naiv und dass er furchtbar erschrocken gewesen wäre, wenn er ihn erkannt hätte.

Seine schweren – musikalisch vielleicht noch wertvolleren – symphonischen Spätwerke dürften sich mehr aus der aus Mahlers subjektiver Sicht immer unerfüllteren, ihn auch quälenden Beziehung zu *Alma* gespeist haben, als aus der glücklich erfüllten Liebesverbindung. In Wien, wo er als berühmtester Dirigent die Hofoper zu Weltruhm führte, pflegte sie gar manche Beziehung zu anderen Männern – und sie versäumte es nie, irgendwie dazu beizutragen, dass er es erfuhr. Seine Angst, sie zu verlieren, trieb ihn um.

Was die Liebesentbehrung bei einem unkreativen Menschen an Aggressionen und Zerstörungswut hervorrufen kann, bewirkt beim Künstler oft genug die kulturelle Höhenentwicklung durch jene konstruktive Frustration.

Dass ihm seine Lage nur zu bewusst war, zeigt sich an seinem Entschluss, die derart zugespitzte innere Krise mit Hilfe eines modernen Psychiaters zu lösen.

Er wandte sich an keinen Geringeren als Siegmund Freud. Dem begegneter er in Leiden, Holland, und Freud wusste, womit er es zu tun hatte. Er sagte ihm:

> *„Ich kenne Ihre Frau. Sie liebte ihren Vater und kann nur den Typus suchen und lieben. Ihr Alter, das Sie so fürchten, ist gerade das, was Sie Ihrer Frau anziehend macht… Sie lieben Ihre Mutter, haben in jeder Frau deren Typus gesucht. Ihre Mutter war vergrämt und leidend, dies wollen Sie unbewusst auch von Ihrer Frau!“*

Die gewonnene Erkenntnis, dass *Mahler* seine *Alma,* die später noch *Walter Gropius* und danach *Franz Werfel* ehelichte, schlecht behandelt hatte, führte ihn

aus der Gruft zurückgesetzter Versagung in einen Rausch neuer, liebender Umarmung seiner Frau.

In jener Zeit entstand seine 8. Symphonie. Seine Symphonie der Liebe, die er 1910 *Alma* widmete und die er später – kurz vor seinem Tode - als sein wichtigstes Werk bezeichnete.

Mahlers innere Zerrissenheit, die ihn zu einem der mächtigsten Tonschöpfer werden ließ, folgte beidem: *Hesses* Verslein und *Freuds* Erkenntnis.

II.

W. A. Mozart

1756 in Salzburg geboren, 1791 in Wien gestorben.

Wohl kein Komponist inspirierte zu so vielen Abhandlungen über die Beziehungen zu Frauen wie Mozart.

Betrachtet man ihn oberflächlich, so gab er nur jenen Schülerinnen Unterricht, in die er – wie sehr auch immer – verliebt gewesen war. In seinem Umgang mit Frau-en war die sinnliche Anziehung bestimmend. Ohne sinnliches Fluidum kein *Mozart,* keine Werke, kein Köchelverzeichnis. Das hat ihm oft den spießbürgerlichen Vorwurf der Leichtfertigkeit, des allzu Bereitseins für den lustvollen Sexus, eingebracht. Durch die Geschichtsbücher geht er als Schürzenjäger. Aber es gibt die Kehrseite:

Alfred Einstein, ein Freund *Alberts,* ein berühmter Musikwissenschaftler, gilt nach seiner Monographie als der Mozartkenner schlechthin. Er sagte, *Mozart* sei ein Mann gewesen, der auf Frauen nicht wirkte und aus der Rolle des unglücklichen, abgewiesenen Liebhabers nicht herausgekommen sei. Hier läge die Grundlage seines ungeheuren Schaffens.

Wer seinen großartigen, ja göttlichen Umgang mit dem weichen Tongeschlecht des Moll zu erfahren und zu hören in der Lage ist, kann das verstehen.

Sein literarisch breit ausgewälztes Verhältnis mit dem Augsburger Bäsle *Thekla Mozart* steht für die Fixierung auf einen ziemlich groben Sex, den er in den Briefen mit derbfröhlicher Genauigkeit und Sinnlichkeit zu beschreiben versteht.

Selbst in der Korrespondenz mit Vater *Leopold* kommt Erhellendes, und man weiß heute, dass sich diese Beziehung in einem sehr glücklichen, wenn auch nur kurzen Geschehen des gelegentlich Vulgären, handgreiflich Derben, erschöpfte.

Er bleibt dem Bäsle treu und schreibt nach seiner letzten Begegnung mit ihr am 03. Dezember 1777:

> *„Apropos: Seit ich von Augsburg weg bin, habe ich die Hosen nicht ausgezogen, außer des Nachts, bevor ich ins Bett gehe.“*

Mozarts kurzes Leben behält Bäsle noch lange im Gedächtnis, auch wenn andere Frauen in seine Kreise hineintreten.

Alles bleibt recht unverbindlich und schmerzlos, bis er 1778 in Mannheim *Aloysia Weber* kennenlernt. Sie wird als kluges, schönes und musikalisches Mädchen beschrieben, deren Mutter sich als Kupplerin betätigte. Aber alles blieb nun Täuschung.

Aloysia hielt ihn hin, um von ihm zu lernen und stieß ihn weg, als sie ihn nicht mehr benötigte. Die Beziehung hat sich in dem Briefwechsel zu Vater *Leopold* und ihr erhalten. Später gestand sie einem Literaten, dass sie ihn nie geliebt habe. Deshalb ersehnte er in seiner Zeit in Paris Briefe von ihr vergeblich. Sie kamen nicht. Er schrieb an sie in bestem Italienisch und hat uns – gleichwohl oder gerade deshalb - in seiner Pariser Zeit feinste Kammermusik geschenkt.

Darunter schuf er das Lied: *„Einsam ging ich jüngst“,* KV 308.

Erst Ende Dezember 78 begegnet er *Aloysia* wieder, in München, wo sie ihn als Lakaien verspottete. Derb schrie er:

> *„Leck mich das Mensch im Arsch, das mich nicht will“,*

ging zum Hammer-Klavier und spielte sich in die Erschöpfung. Die Zeit danach wird er – besorgt – als todwund beschrieben.

Schicksalhafte Verstrickungen – mitgewoben durch *Aloysias* Mutter - führten ihn zu deren weiterer Tochter *Konstanze,* die musikalisch ungebildet und uninteressiert war. Durch das Komplott von Mutter *Weber* erweist sich Konstanze bald als unentbehrliche Wohlversorgerin. Und *Mozart* – unerfüllt in einer sinnlich-geistigen Verbindung zu *Aloysia* – greift zur niedrigeren Ebene der reinen, bloßen, sinnlichen Bereicherung durch den Eros.

Um *Mozart* im Spiel zu halten, provozieren Mutter und Tochter mittäterschaftlich die Eifersucht des großen Meisters. Einstein deutet an, dass durch beide das sexuelle Bedürfnis *Mozarts* in meisterhafter Weise gezüchtet (sic!) worden sei, in einer Form, dass man von einer Hörigkeit sprechen müsse.

Aber damit endet die Geschichte der Beziehung nicht. Letztlich fand er in der dann später geehelichten Kon-stanze, auch nach den Worten *Wolfgang Hildesheimers,* ebenfalls ein großer *Mozart*-Kenner, die für ihn gänzlich Passende. Das wird man nur verstehen, wenn man sich von der eher oberflächlichen und auf eine triebhafte Sinnlichkeit zurückgeführte Beschreibung *Mozarts* löst, und bei ihm auch die gewachsene, seelische Liebe erkennt. Alles, was wir heute wissen, kennen wir aus seinen zahllosen, immer offenen, unverstellten Briefen eines wahrhaft Lebenden. Er wächst über seine Frau weit hinaus. Er liebt sie weit mehr, als sie ihn, eröffnet ihr in seinem Herzen Platz und verrät in seinem Umgang mit Konstanze eine geradezu metaphysisch anmutende Liebesfähigkeit.

Das ist sein persönliches Geheimnis. Diese Liebesfähigkeit adelt ihn in ihrer Unermesslichkeit und er-reicht einen Klang der Reinheit, wie seine großen Symphonien, Opern und sakralen Messen.

Und so hören wir in *Mozarts* Musik einen im späteren Leben in phantastischer Weise zur wahren Liebe Befähigten, der – so darf man vermuten – einen Zeitgenossen *Freud,* hätte es ihn damals schon gegeben, nie aufgesucht haben würde.

Seine Musikschöpfung erwächst aus einer Liebesfähigkeit, nicht aber aus der Wiederliebe.

III.

Johannes Brahms

1833 in Hamburg geboren, 1897 in Wien gestorben.

Brahms, der Hochromantiker, einer der durch seinen gewaltigen Bart und Haarschopf überspielte, dass ihm die Natur den männlichen Stimmbruch vorenthalten hatte, war nicht nur Kind dieser Stadt, sondern hing auch an ihr.

Hamburg war damals seiner nicht würdig, eine Kulturprovinz, gab dem bereits früh Berühmten kein Dirigat und erst 1997 schenkte ihm die Stadt den Brahmsplatz, indem sie ihn dem berühmten Wagner-Dirigenten *Karl Muck* wegnahm.

In *Brahms* Leben gab es ein bestimmendes Liebeserlebnis. Seine Begegnung mit dem famosen Geiger *J. Joachim,* der ihn mit dem schon sehr berühmten *Robert Schumann* bekannt machte, ließ ihn zu einem sein Leben lang liebenden Freund *Klaras* werden.

Sie war für ihn die wissende Frau. Sie wurde für ihn zur tiefsten seelischen Erbauung und Erfahrung. Sie war sein Werther-Erlebnis. Er liebte und erlitt wie der junge *Werther* in *Goethes* Drama. Solche Gefühlszwiespalt und solcher Verwirrung befähigten ihn gleichwohl zur Erkenntnis, auf *Klara Schumanns* intime Liebe ewig verzichten zu müssen. Deren Bindung hielt – wohl auch deshalb - ein Leben lang. Kurz vor ihrem Tode schreibt er ihr:

> *„Wenn Sie glauben, das Schlimmste er-warten zu dürfen, gönnen Sie mir ein paar Worte, damit ich kommen kann, die lieben Augen noch offen zu sehen, mit denen für mich sich – wie viel schließt."*

Nach ihrem Tode wird er sie nicht einmal ein Jahr überleben.

Brahms, den man in den ernsteren Biografien nachsagt, sexuelle Erfüllung nur bei Prostituierten gefunden haben zu können, pflegte nach dem erzwungenen Verzicht auf *Klara* noch manche Liebelei. Aber stets floh er. Berühmt ist die Liebelei zu *Agathe von Siebold,* mit der er noch Verlobungsringe austauschte, aber auch hier vor der wahren Verbindung die Flucht ergriff. Er überforderte sie, als er ihr schrieb:

> *„Ich liebe Dich! Ich muss Dich wiedersehen! Aber Fesseln tragen kann ich nicht!"*

Selbst *Klara* – unterrichtet – fühlt mit *Agathe* und *Brahms* wird 1865 in seinem G-Dur-Streichsextett im Seitenthema des ersten Satzes die Tonfolge A-G-A-H-E als Motiv – das *Agathe*-Motiv - aufnehmen und seinem Freunde *Gänsbacher* sagen:

> *„Da habe ich mich von meiner letzten Liebe losgemacht."*

Er hat sich in seinem Leben immer losgemacht. Er floh jedes Mal. *Klara* gestand er offen:

> *„Ich bin verliebt in die Musik, ich liebe die Musik, ich denke nichts als sie und nur an anderes, wenn es die Musik mir schöner macht. Passen Sie auf, ich schreibe wieder Liebeslieder, und nicht an A-Z, sondern an die Musik.“*

Brahms, der Altdeutsche, dessen Kompositionen für viele unbemerkt zur Auflösung der Tonalität führten, war der gewissenhafte und zuverlässige Freund mit Gewissen; schöpfend aus der leid- und freudvollen Versagung erfüllter Liebe.

Als es im April 1897 mit ihm zu Ende geht, versammeln sich alle seine Freunde in seiner Wiener Stube.

IV.

Giacomo Puccini

1858 in Lucca; 1924 in Brüssel gestorben.

Er, ein spätromantischer Modernist und Vertreter des Verismus, gilt als musischer Lebemann der italienischen Belle Epoque, dem eine enorme Libido nachgesagt wird, der als dauererregter Faun das wahre Leben durchstreifte und auf anderer Ebene seine *Mimis* und *Toscas* verehrte.

Häufig steigerte sich der Maestro bei seinem künstlerischen Schaffen in einen Zustand des Deliriums, der ihn zu einem in die szenischen Situationen gänzlich Hineingezogenen machte, mitfühlend, mitleidend. Von ihm ist überliefert:

„Als ich die Schlussnoten zu La Boheme schrieb, brach ich zusammen und weinte wie ein Kind, so mächtig war mein Schmerz."

Verehelicht hatte sich *Puccini* mit *Elvira,* einer boshaft Eifersüchtigen, die ihn auf seinen Reisen nach Südamerika und New York begleitete, und die ihm mit *Doria Manfredis* suizidalem Schicksal eine tiefe Wunde schlug.

Puccini liebte schnelle Autos und verunglückte 1903. Man engagierte das 16-jährige Mädchen *Doria* als häusliche Hilfskraft. Sie betete ihren Maestro an. Gleichwohl waren *Elviras* Verdächtigungen, *Puccini* habe zum Dienstmädchen ein Verhältnis, falsch. Der schlief zu der Zeit nur mit *Elviras* Schwester.

Die 16-Jährige konnte sich der bösen Nachstellungen nicht erwehren und vergiftete sich. Der Vorfall löste kolossales Aufsehen aus. Es kam zum Prozess. *Puccinis* Frau wurde zu einer Zuchthausstrafe von fünf Monaten verurteilt.

All das traf *Puccini* furchtbar hart. Er, hochsensibel, verfiel für Monate der Verzweiflung und Lähmung. Doria wird in der Figur der Sklavin *Liu* im letzten Spätwerk Turandot wiedergeboren.

1904, im Jahr der Eheschließung mit *Elvira,* lernte *Puccini* dann auch die in seinem Leben vielleicht wichtigste Frau der späteren Jahre kennen, die Engländerin *Sybil Seligman*. Beide liebten die Musik und sie liebten sich leidenschaftlich, was nach einiger Zeit zur tiefsten und im bürgerlichen Sinne reinsten Seelenfreundschaft abklärte. Mrs. *Seligman* war das milde Gegenteil des Eifersuchtsdrachens, an dessen Entwicklung *Puccini* durch seine unzähligen Ehebrüche kraftvoll mitgewirkt hatte.

Der deutschfreundliche Lebemann, dessen wunderbare Opernliteratur jeden Freund der Musik berauscht, zeigte in ihr den Spiegel seines unendlich breiten seelischen Empfindens, seiner Leidenschaft, seiner Brüche und Zerrissenheit und seiner gelegentlichen Entsagung.

Als der leidenschaftliche Raucher am furchtbaren Kehlkopfkrebs verstarb, hielt der Faschist *Benito Mussolini* im Duomo de Milano die Trauerrede.

Man kann über *Mathilde Wesendonk,* die *Wagner* in einen Rausch der Komposition trieb, oder die Tochter von *Franz Liszt, Cosima,* die er seinem Freund und Dirigenten *Hans von Bülow* wegnahm, sprechen, oder über *Schubert:* Ein Mann, von dem die Musikwissenschaft nicht weiß, ob er je liebte, über den nur gewiss ist, dass er an der Syphilis verstarb.

Es war, wie es war. Und es ist – wie es ist – und wir alle wissen, wie es ist.

Wir alle kennen die Verklärung der Liebe als den Antrieb der Schöpfung und unseres eigenen Lebens. Aber wir alle kennen auch den nach vorne drängenden Motor unglücklicher Entsagung.

Es lebe die Musik, es lebe die Liebe, es lebe das Leiden!

PHILIP VON DER MEDEN / JES MEYER-LOHKAMP*

Dokumentation und Rekonstruktion als Ausdruck einer angemessenen Fehlerkultur in der Strafjustiz

I. Einleitung: Macht, Transparenz und Kontrolle

Die großen Strafkammern[1] sind mächtige Gerichte. Sie stellen Sachverhalte fest, auf deren Grundlage sie Menschen zu langen, manchmal lebenslänglichen, Freiheitsstrafen verurteilen. Wer an die Institution der Freiheitsstrafe glaubt, muss in einem der Gewaltenteilung verpflichteten Rechtsstaat Gerichte mit solcher Machtfülle ausstatten. Die Macht der großen Strafkammern ist vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber abgeleitet. Sie ist Wille des Souveräns. Damit ist sie ihrem Grunde nach verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Macht muss aber nicht nur dem Grunde nach gerechtfertigt sein. Keine demokratisch legitimierte Institution ist durch ihre bloße Kompetenzzuweisung von weiterer Rechtfertigung ihrer Tätigkeit entbunden. Je mächtiger eine Institution ist, je tiefer die ihr möglichen Grundrechtseingriffe sind, desto berechtigter ist das Ansinnen der ihr Unterworfenen und der Öffentlichkeit, die

* Die Verfasser danken ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Meret Faller* sehr für ihre großartige Unterstützung.

1 Wegen der geringen praktischen Relevanz ist in diesem Text nicht von den erstinstanzlich zuständigen Staatsschutzsenaten der Oberlandesgerichte die Rede. Für diese gelten die Ausführungen entsprechend, auch wenn die Kontrolle von Entscheidungen bei fünf Berufsrichtern im Einzelfall etwas besser sein mag als in den häufig nur noch mit zwei Berufsrichtern besetzten großen Strafkammern.

Ausübung der Macht transparent zu gestalten und ihren verantwortungsvollen Gebrauch zu überprüfen. Der Einzelne darf nicht nur verlangen, sich ausschließlich vor einem Gericht verantworten zu müssen, das der Souverän im Vorhinein bestimmt hat; er hat auch das Recht, dass der konkrete ihn treffende Grundrechtseingriff nachvollziehbar begründet ist. Mit diesem Recht des Einzelnen korrespondiert die Pflicht der Legislative, Strukturen zu schaffen, die objektiv ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe verhindern. Blindes Vertrauen in die fehlerfreie Ausübung richterlicher Macht ist dem Rechtsstaat fremd.

Zugleich ist die Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 Absatz 1 GG) ein Wert mit Verfassungsrang. Richterinnen und Richter sind in ihren Entscheidungen nur dem Gesetz unterworfen. Sie sind in der Rechtsfindung frei von Weisungen.[2] Diese sachliche und persönliche Freiheit[3] schützt die Justiz vor dem Missbrauch der Macht durch Exekutive oder Legislative. Die Unabhängigkeit der Richter ist aber nicht gleichbedeutend mit der Freiheit von Überprüfung ihrer Tätigkeit. Dies gilt offensichtlich für alle Tatgerichte, denn es ist die gesetzlich vorgeschriebene Aufgabe der Revisionsgerichte, ihre Entscheidungen zu überprüfen. Aber auch die Freiheit der Revisionsgerichte vor Überprüfung ihrer Entscheidungen ist nicht grenzenlos, sondern zumindest in Extremfällen der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts unterworfen. Das Bundesverfassungsgericht ist wiederum, wie alle anderen Gerichte, der Kontrolle durch die Öffentlichkeit[4] unterworfen. Durch die Bindung der Richter an Recht und Gesetz (Art. 20 Absatz 3 GG) kann der demokratisch legitimierte Souverän auf die Rechtspraxis reagieren, indem er das Gesetz ändert. Der Gesetzgeber kontrolliert die Gesetze, denen der Richter unterworfen ist.

---

2 BVerfG NJW 2021, 3717, 3718.

3 BVerfG NJW 1961, 915; BVerfG NVwZ 2022, 713.

4 Bereits die lichtdurchlässige Architektur des Bundesverfassungsgerichts ist auf Transparenz und damit auf Öffentlichkeit angelegt.

Eine solche Kontrolle ist nur möglich, wenn das Geschehen vor den großen Strafkammern, einschließlich der Fehler, transparent ist. Die offensichtlichste Fehlerquelle liegt in der häufig Monate oder Jahre dauernden Beweisaufnahme, bei der es sich um das Herzstück der Hauptverhandlung handelt. Ohne eine Dokumentation der Hauptverhandlung ist es nur schwer möglich, Ungenauigkeiten und Fehler in der Feststellung des Sachverhalts zu entdecken und möglichst frühzeitig zu korrigieren. Wer nicht weiß, was gesagt wurde, kann nicht überprüfen, ob es richtig verstanden wurde. Dies behindert nicht nur die Wahrheitsfindung in jedem einzelnen Strafprozess. Es verhindert auch, dass sich belastbar (empirisch) nachvollziehen lässt, an welchen Stellen der Strafprozess gut funktioniert und wo er verbessert werden könnte. Ohne Dokumentation keine Transparenz – und ohne Transparenz keine demokratische Evaluation bestehender Gesetze.

Was wäre also falsch daran, Fehler in der Feststellung von Sachverhalten sichtbar zu machen, die zu den schwersten Grundrechtseingriffen führen, die das deutsche Recht kennt? Was könnte falsch sein am Entwurf des Hauptverhandlungsdokumentationsgesetzes (DokHVG-E)?

II. Knappe Skizzierung des Inhalts des Dokumentationsgesetzes

Der Kern des DokHVG-E[5] liegt in der digitalen Aufzeichnung des Inhalts der Hauptverhandlung (§ 271 Abs. 2 StPO-E). Diese soll grundsätzlich per Audioaufnahme und optional auch per Video für die Verfahrensbeteiligten dokumentiert werden. Die Audioaufnahmen sollen automatisch in Text transkribiert werden. Sie sollen – nur – den Verfahrensbeteiligten bereits im unmittelbaren Anschluss an den jeweiligen Hauptverhandlungstag während

5 Vgl. BT-Drs. 20/9359.

laufender Verfahren zur Verfügung stehen (§ 273b StPO-E). Die Dokumentation soll das Hauptverhandlungsprotokoll nicht ersetzen, sondern ergänzen. Die Aufzeichnungen und Transkripte sollen zu den Akten genommen werden (§ 273a StPO-E). In der Revision soll der dokumentierte Inhalt in geeigneten Fällen eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung in engen Grenzen zulassen (§ 352 Abs. 3 StPO-E). Der Beginn der Dokumentation und die Entscheidung über Videoaufzeichnungen sollen in die Hand der Landesregierungen gelegt werden (§ 19 EGStPO-E). Weil nach § 19 Abs. 1 EGStPO-E die digitale Dokumentation für die Gerichtsbarkeit der Länder erst ab dem Zeitpunkt stattfinden soll, zu dem die Landesregierungen dies durch Rechtsverordnung bestimmen und § 271 Abs. 2 StPO-E eine Dokumentation *„nach Maßgabe des § 19 EGStPO-E“* vorsieht, haben die Landesjustizverwaltungen sogar nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens noch bis zum 01.01.2030 Zeit, um die technischen Voraussetzungen für die Dokumentation zu schaffen (vgl. Art. 13 DokHVG-E).

III. Zu den kaum belastbaren Argumenten von Teilen der Justiz gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung

Soweit ersichtlich sind es ausschließlich Stimmen aus Teilen der (organisierten) Richterschaft und der Staatsanwaltschaft,[6] die Argumente gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung vorbringen.[7] Aufgrund massiver

---

6 Die Verfasser dieses Beitrages haben – mit Ausnahme von wenigen Mitgliedern großer Strafkammern – noch niemals mit einem Menschen gesprochen, der es für problematisch halten würde, die Hauptverhandlung zu dokumentieren. Im Gegenteil waren alle Gesprächspartner entsetzt, wenn sie erfuhren, dass Hauptverhandlungen, in denen es um existenzielle Fragen geht, bis heute in Deutschland nicht inhaltlich dokumentiert werden.

7 Vgl. die Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes Nr. 2/2023 oder der Beschluss der OLG-Präsidenten aus März 2023, der dem Entwurf sogar eine Gefährdung der Wahrheitsfindung vorwirft, vgl. https://oberlandesgericht-

Lobbyarbeit, z.B. durch den Deutschen Richterbund, haben diese Stimmen es geschafft, den Bundesrat vorerst zu einer Ablehnung des vom Bundestag bereits beschlossenen DokHVG und zu einer Anrufung des Vermittlungsausschusses zu bewegen.[8] Der Bundesrat behauptet, es bestünden *„grundlegende und tiefgreifende Bedenken"*.[9] Er trägt vor – meint er es wirklich? –, er fürchte eine Gefahr für die Wahrheitsfindung, eine Beeinträchtigung des Opferschutzes, eine Gefahr von Verzögerungen des Verfahrens, Probleme mit der vorgesehenen optionalen Bildaufzeichnung und der geplanten Aufzeichnungs- und Transkriptionspflicht zum 01.01.2030 (sic!) sowie dem personellen, technischen, organisatorischen und finanziellen Aufwand bei ungeklärtem Mehrwert der Gesetzesänderung.[10]

Die Argumente lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die angebliche Gefahr für die Wahrheitsfindung, die Beeinträchtigung des Opferschutzes und die Gefahr von Verfahrensverzögerungen sprechen inhaltliche Themen an, die – wenn die Argumente Substanz hätten – in der Tat Bedenken an der digitalen Dokumentation wecken könnten. Die anderen Argumente betonen Verwaltungsinteressen, die nicht übergangen werden sollten, aber von vornherein keine genuin strafprozessualen Gründe anführen.

Die inhaltlichen Argumente können allenfalls demjenigen halbwegs plausibel erscheinen, dem das Wesen des Strafprozesses und seine darin liegenden Möglichkeiten und Gefahren völlig fremd sind. Weshalb sollte die Dokumentation der Hauptverhandlung die Wahrheitsfindung gefährden – und sie nicht vielmehr stärken? Das Argument interessierter Kreise geht so: Weil Zeugen

---

oldenburg.niedersachsen.de/download/193286/12-23_Beschluss_Digitale_Dokumentation_der_Hauptverhandlung.pdf.

8 Im Vermittlungsausschuss scheint der Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses für diesen Beitrag seit vielen Monaten nicht in erkennbarer Weise weiterbetrieben zu werden.

9 BR-Drs. 603/1/23, S. 2.

10 BR-Drs. 603/1/23, S. 1.

und Angeklagte von der Aufzeichnung und der damit einhergehenden Möglichkeit der missbräuchlichen Verbreitung wüssten, könnten sie dadurch eingeschüchtert und mindestens unbewusst in ihrer Aussagefähigkeit und Aussagebereitschaft beeinflusst werden;[11] es sei etwa möglich, dass Transkripte während der laufenden Hauptverhandlung Zeugen zu deren Beeinflussung überlassen würden.[12] Deshalb sei die Wahrheitsfindung gefährdet.

Nichts spricht indes dafür, dass die Kenntnis von einer Aufnahme Zeugen oder gar Angeklagte so einschüchtern könnte, dass deshalb die Wahrheitsfindung gefährdet sein könnte. Die Kritiker behaupten dies bloß. Sie legen keine einzige empirische Studie vor, die ihre rein tatsächliche Behauptung stützen könnte. In fast allen entwickelten Ländern dieser Welt und bei internationalen Gerichten gibt es eine Dokumentation der Hauptverhandlung. Alle Verhandlungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden gefilmt und am selben Tag ab 14.30 Uhr (Ortszeit) auf der Internetseite des Gerichtshofs ausgestrahlt. Alle öffentlichen Verhandlungen vor dem Internationalen Strafgerichtshof werden audiovisuell aufgezeichnet und mit einer Verzögerung von 30 Minuten übertragen. Dass dies Zeugen oder Angeklagte einschüchtern könnte, ist keine Erfahrung, von der man dort hört. Im Gegenteil: Zeugen erwarten nach der Erfahrung der Verfasser regelmäßig, dass ihre Aussage dokumentiert wird. Auch die Behauptung einer Gefahr der missbräuchlichen Weitergabe ist eben nur das: eine Behauptung. Natürlich kann es passieren, dass Zeugen manipuliert werden. Das ist auch heute schon so – und führt nicht etwa dazu, dass man den Verfahrensbeteiligten eigene (auch stenographische) Mitschriften untersagen würde. Überhaupt könnte der Hinweis auf möglichen Missbrauch allenfalls dann eine belastbare Begründung gegen die Dokumentation bieten, wenn die Gefahr in einer Vielzahl von Verfahren groß und der Nutzen zugleich gering wäre. Von den umfangreichen und gut belegten erheblichen Vorteilen für die Ermittlung der Wahrheit wollen die Kritiker

---

11 Vgl. *Bartel* StV 2018, 678, 681; *Erhard* ZRP 2023, 12.

12 BR-Drs. 603/1/23, S. 2.

hingegen nichts wissen. Sie konfrontieren die Verfahrensbeteiligten nämlich mit den seit jeher ignorierten Unzulänglichkeiten in der strafprozessualen Feststellung des Sachverhalts. Es ist kognitionstheoretisch heute nicht mehr zweifelhaft, dass die Wahrnehmung des Menschen selektiv ist.[13] Kein Verfahrensbeteiligter ist in der Lage, in vollständiger Offenheit alle Informationen zu verarbeiten, mit denen er im Laufe eines Hauptverhandlungstages, ganz zu schweigen im Laufe einer mehrmonatigen oder gar jahrelangen Hauptverhandlung, konfrontiert wird. Muss der Richter zugleich auch noch mitschreiben, verringert dies zudem die Aufmerksamkeit, die er dem Geschehen in der Hauptverhandlung widmen kann.[14] Er muss dann immer bereits in dem Moment der Beweiserhebung entscheiden, was aus seiner Sicht relevant ist. Zu diesem Zeitpunkt kennt er aber noch nicht alle Beweismittel. Er kann auch einmal abgelenkt sein.[15] Er orientiert sich deshalb regelmäßig an Ermittlungshypothesen, die sich als ungenau oder sogar falsch erweisen können. Für Richter aus anderen Ländern ist die Mitteilung, der deutsche Richter sei in der Hauptverhandlung selbst für eine notwendigerweise subjektiv gefärbte Dokumentation zuständig, deshalb befremdlich.[16] Die Vorbereitung auf weitere Zeugenaussagen wird durch die Dokumentation qualitativ besser und für alle Verfahrensbeteiligten einfacher; Vorhalte werden zudem präziser.[17] Jeder vermeidbare Fehler im Verständnis des Geschehens in der Hauptverhandlung kann dann korrigiert werden. Wer so einen Umgang mit Fehlern als Problem der Wahrheitsfindung beschreiben will, verfolgt einen Begriff der Wahrheit, der dem Strafprozessrecht fremd ist.

Weshalb eine bessere Wahrheitsfindung dem Opferschutz entgegenstehen könnte, ist von vornherein nicht ersichtlich. Es dient gerade auch den

---

13 *Ansorge/Leder*, Wahrnehmung und Aufmerksamkeit, 2. Aufl. (2017), S. 8 ff.

14 *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3, 5.

15 *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3.

16 *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3.

17 *Schmitt* NStZ 2019, 1, 5.

Interessen von Opfern, die Informationsgewinnung auf Ebene der Sachverhaltsfeststellung zu optimieren und mögliche Fehler und Ungenauigkeiten korrigierbar zu belassen. Eine verbesserte Informationsgewinnung kommt nicht automatisch einem bestimmten Verfahrensbeteiligten zugute. Sie dient allein dem rechtsstaatlichen Anspruch auf Anwendung des materiellen Rechts auf wahrer Tatsachenbasis.

Auch die Befürchtung, es komme zu nicht hinnehmbaren Verzögerungen, geht von falschen Prämissen aus. Teile der Richterschaft befürchten, die Dokumentation führe dazu, dass Verteidiger über Vorhalte eine *„Hauptverhandlung in der Hauptverhandlung“* erzwingen könnten.[18] Bereits heute wird man dem Verteidiger indes nicht verbieten können, auch umfangreiche Vorhalte zu machen. Wenn ein Verteidiger es – aus welchen Gründen auch immer – für zweckmäßig erachtet, mit einem Zeugen alle Vernehmungsprotokolle in einem Umfangsverfahren durchzugehen, lässt sich dies auch nach geltendem Recht regelmäßig nicht verhindern. In den meisten Verfahren ist dieses Vorgehen trotzdem nicht das Mittel der Wahl. Vorhalte aus der Hauptverhandlung werden mit der Dokumentation maximal präzise. Jedenfalls wenn es nicht auf bestimmte präverbale Umstände (etwa die Betonung) ankommt, wird auch kein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf das Abspielen der Tonaufnahme als Vernehmungsbehelf bestehen. Kommt es indes ausnahmsweise einmal auf den Inhalt der Audioaufzeichnung an, ist die zusätzliche Arbeit, die mit dem Abspielen im Rahmen der Vernehmung weiterer Zeugen oder Sachverständiger einhergeht, im Rahmen der Ermittlung der Wahrheit geboten.

Soweit Dokumentationen aus anderen Verfahren in die Hauptverhandlung eingeführt werden sollen, wird sich diese Frage jedenfalls bei Zeugenvernehmungen regelmäßig nicht anders darstellen als schon nach geltendem Recht. Ein vernehmungsersetzendes Vorspielen der dokumentierten Aussage ist

---

18 *Erhard* ZRP 2023, 12, 13.

mindestens in entsprechender Anwendung des § 250 S. 2 StPO ausgeschlossen.[19] Geht es hingegen um Vorhalte im Rahmen der Vernehmung, steht zwar mit der Dokumentation häufig mehr Material zur Verfügung, das vorgehalten werden könnte. Sind umfassende Vorhalte im Sinne der Wahrheitsfindung geboten, spricht aber auch nichts gegen eine möglicherweise längere Vernehmung. Der einfachste Weg, hier aus Sicht der Justiz ressourcenschonend vorzugehen, besteht darin, möglichst wenig Verfahren mit demselben Gegenstand zu trennen. Hierbei handelt es sich ohnehin häufig um eine hochproblematische Praxis.[20]

Es bleiben die verwaltungsspezifischen Argumente. Diese verlieren jedoch ihre Überzeugungskraft, wenn die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung ein besonders geeignetes Instrumentarium zur Wahrheitsfindung im Strafprozess ist. Die sich dann abstrakt gegenüberstehenden Interessen sind auf der einen Seite die inhaltliche Richtigkeit der Wahrheitsfindung und damit die Gerechtigkeit des Strafprozesses und auf der anderen Seite der schonende Umgang mit Ressourcen der Verwaltung. Auch wenn letzterer selbst eine nicht völlig von der Hand zu weisende Bedeutung haben mag, kommt der Richtigkeit des im Strafrecht durchgesetzten Machtanspruchs des Staates eine so wichtige und gleichzeitig für Menschenwürde und Freiheit des Bürgers so essenzielle Rolle zu, dass über das Ob der Nutzung verhältnismäßig bescheidener Ressourcen innerhalb eines großzügig bemessenen Zeitraums bis zum Jahr 2030 nicht ernsthaft Streit bestehen kann. Wer schwere Strafen verhängen will, muss die Ressourcen dafür bereitstellen, dass im Rahmen des technisch Möglichen ein angemessener Grundrechtsschutz durch Verfahren sichergestellt ist.

---

19 Vgl. zur Situation der auf Tonträger aufgenommenen Erklärung einer Person über ihre Wahrnehmung BGHSt 27, 135 (137); *Diemer* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 250 Rn. 3.

20 Vgl. zur Vorbefassung als Problem der Befangenheit ebenfalls mit Blick auf die Kognitionsforschung *Meyer-Lohkamp/Solka* StraFo 2023, 49, 52.

Schließlich: Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert das Recht auf ein faires Verfahren. Es stellt sich die Frage, ob das Fehlen jeglicher Inhaltsdokumentation überhaupt mit dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren vereinbar ist.[21]

IV. Sozialpsychologische Analyse der Argumente

Die im Rahmen ihrer politischen Lobbyarbeit vorgebrachten Einwände gegen die Dokumentation der Hauptverhandlung sind also auf der Sachebene nicht leicht nachvollziehbar. Sie sind, in anderen Worten, so offenkundig falsch, dass sich die Frage stellt, weshalb gestandene Richter sie trotzdem vorbringen. Wir glauben, dass die Argumente vorgeschoben sind. Wir glauben natürlich nicht, dass es den Kritikern der Dokumentation an Gründen mangelt, sondern wir sind überzeugt, dass die wahren Gründe verborgen werden sollen, weil sie nicht auf authentische Weise vorgebracht werden *können*, ohne in einen Konflikt mit dem selbst eigentlich anerkannten Rollenverständnis des Richters zu geraten.[22] Das Vorschieben von Argumenten, an deren Stichhaltigkeit der Sprecher selbst nicht wirklich glaubt, ist Heuchelei. Heuchelei muss freilich nicht vorsätzlich geschehen. Sie kann auch Ausdruck autosuggestiver Prozesse sein. Ihre Funktion besteht darin, das Rollenverständnis des Sprechers zu schützen und gleichzeitig ein anderes mit dem Rollenverständnis inkompatibles – aber aus anderen Gründen angestrebtes – Ziel zu verfolgen.

Den Beobachter kann ein solches Verhalten schnell peinlich berühren. So ist es auch hier. Gerade diejenigen Richter, die besonderen Wert auf die Reflexion ihrer anspruchsvollen Tätigkeit legen und die einen reifen Umgang mit den

---

21 *Galen*, Wortprotokoll der 69. öffentlichen Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11. Oktober 2023, S. 7.

22 Vgl. zum psychischen Konflikt durch die Gefahr einer Verletzung der Rolle *Gerhardt*, Rollenanalyse als kritische Soziologie (1971), S. 88.

Unzulänglichkeiten der menschlichen Kognition pflegen, haben kein Verständnis für die Positionierung von Teilen der organisierten Richterschaft.[23]

Was ist der tiefere Grund für den erheblichen Widerstand von Teilen der Justiz gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung? Wovor haben die Kritiker solche Angst?

Die hinter den vorgeschobenen Argumenten stehenden wirklichen Gründe für die Abwehr der rational zwingenden Gründe für eine Dokumentation der Hauptverhandlung dürften sich einerseits mit der Furcht vor einer unbequemen und sich verkomplizierenden Arbeit in der Tatsacheninstanz (dazu 1.), und andererseits mit der Vermeidung einer Aktivierung von Schuld- und Schamgefühlen in Abgrenzung zum Angeklagten (dazu 2.) erklären lassen.

1. Bequemlichkeit und unkomplizierte Verfahrensführung

Wer genau hinhört, was die Kritiker der Dokumentation vortragen, dem wird nicht verborgen bleiben, dass in vielen Äußerungen schlicht die Besorgnis vor sich verkomplizierenden und gewohnte Arbeitsabläufe in Frage stellende Neuerungen in der Hauptverhandlung mitschwingt. Stehen – wie derzeit geplant – den Verfahrensbeteiligten Transkripte der Audioaufnahmen bereits am nächsten Hauptverhandlungstag zur Verfügung, werden diese auch praktisch genutzt werden. Dies wird dazu führen, dass unzutreffende Vorhalte nicht mehr akzeptiert werden.[24] Vermutlich werden jedenfalls Anklage und Verteidigung

---

23 Vgl. *Suliak*, *„Misstrauen gegenüber der Justiz ist erste Bürgerpflicht“*, LTO vom 4. März 2024, https://www.lto.de/recht/juristen/b/strafverteidigertag-dokumentation-hauptverhandlung-v-leute-cannabis-bundesrat-richterbund, der über eine Podiumsdiskussion auf dem 45. Deutschen Strafverteidigertag berichtet: *„Der anwesende BGH-Richter Dr. Andreas Mosbacher, ein überzeugter Befürworter der Dokumentation, nannte die massive Lobbyarbeit von Vertretern aus Justiz und des Richterbundes ‚unerträglich‘. Dafür, dass die Präsidentin seines Gerichts, BGH-Präsidentin Bettina Limperg, hier die gleiche Position wie der DRB einnehme, schäme er sich immer noch, so Mosbacher.“*

24 Vgl. *Schmitt* NStZ 2019, 1, 5.

in Zukunft bei Bedarf auch längere Vorhalte aus früheren Vernehmungen machen, um Zeugen und Sachverständige in den aus ihrer Sicht relevanten Inhalt der Hauptverhandlung einzuführen und die Erinnerung der Zeugen bzw. die Meinung der Sachverständigen in Erfahrung zu bringen.[25] Dies zwingt alle Verfahrensbeteiligten dazu, ihre Wahrnehmungen und Wertungen konstant in Frage zu stellen. Der Prozess der Sachverhaltsfeststellung rückt, mit anderen Worten, einen Schritt näher an das wissenschaftliche Ideal. Ohne Zweifel kostet dies alles Kraft und kann in Einzelfällen nervenaufreibend sein. Niemand hat aber jemals behauptet, die Wahrheitsfindung im Strafprozess sei ein bequemes Unterfangen. Der Gesetzgeber muss dem Strafprozess das größtmögliche Maß an Zumutungen auferlegen, solange diese der Wahrheitsfindung dienen. Argumente, die letztlich bloß auf Arbeitserleichterungen der Verfahrensbeteiligten abzielen, sind menschlich nachvollziehbar. In der Sache aber sind sie nicht mit der Rolle des Richters zu vereinbaren, die der Pflicht zur Sachaufklärung gegenüber dem allzu menschlichen Bedürfnis, den mit Unsicherheit und Unklarheit verbundenen Prozess zu beenden, immer den Vorrang einräumt.

2. Vermeidung von Schuld und Scham

Menschen möchten nicht gerne mit ihren Fehlern und Unzulänglichkeiten konfrontiert werden.[26] Die Konfrontation mit eigenem Verhalten, das von internalisierten Normen abweicht, löst Schuld- und Schamgefühle aus.[27] Diese Emotionen können belasten und die Lebensqualität erheblich einschränken.

---

25 Vgl. *Erhard* ZRP 2023, 12, 13.

26 Das gilt natürlich auch für die Verfasser dieses Beitrages.

27 Vgl. *Hosser/Windzio/Greve* Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), 227, 228.

Im Strafprozess beinhaltet der Schuldvorwurf[28] noch eine besondere Brisanz. Denn in seiner Funktion des Tadels bekräftigt er normativ, dass Grund für den Angeklagten besteht, sich schuldig zu fühlen und sich angesichts seiner Tat zu schämen. Der Angeklagte soll – dies ist Teil des Konzepts der Strafe – als Richter seiner selbst die gebrochene Norm als internalisierte Norm anerkennen und sich durch Schuld und Scham der von ihm nunmehr anerkannten Verhaltensnorm in Zukunft anpassen. Im Selbstverständnis der Strafjustiz gehören diese Emotionen zum Angeklagten. Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte grenzen sich mit der Anklage und der Verhandlungsführung gegen den Angeklagten ab. Ihre Rolle ist, idealtypisch gedacht, frei von Schuld und Scham.

Besonders interessant ist, dass *Erhard*, Vorsitzender Richter am OLG, selbst *„Angst und Scham"*[29] mit der Dokumentation der Hauptverhandlung in Verbindung bringt – sie allerdings auf Zeugen projiziert und auf diese Weise elegant von der richterlichen Angst, bloßgestellt zu werden, abzulenken versucht. Auch die in der Begründung des Bundesrats wiederhallende Angst vor beschämenden Situationen, die als Angst der Zeugen aus dem Hut gezaubert wird, scheint in Wirklichkeit viel allgemeiner eine Angst derjenigen zu sein, die mit eigenen rechtlichen, sprachlichen und kognitiven Unzulänglichkeiten konfrontiert werden. Jedem Verfahrensbeteiligten ist, wenn er ehrlich mit sich ist, klar, dass aufgenommene Beiträge in freier Rede aus vielen Gründen unangenehm sein können. Nicht jede spontane rechtliche Aussage hält einer vertieften Überprüfung stand. Der Ausdruck ist im Eifer des Gefechts nicht immer so geschliffen, wie ihn der Sprecher gerne hätte. Eigene Unsicherheiten und Ambivalenzen können im Nachhinein in der Erinnerung auf charmante Weise korrigiert werden; die Tonaufnahme bleibt unerbittlich ehrlich. Schon das

---

28 Zwar ist der Begriff der strafrechtlichen Schuld nicht identisch mit dem sozialpsychologischen Begriff, er hat aber große Überscheidungen, vgl. *Streng* in MüKo, StGB, 5. Aufl. (2024), § 20 Rn. 23 ff. m.w.N.

29 *Erhard* ZRP 2023, 12.

Hören der eigenen Stimme – und erst recht das Anschauen der eigenen Videoaufnahmen – kann besonders dann eine Herausforderung sein, wenn die regelmäßige Praxis, mit dieser an Eindeutigkeit nicht zu überbietenden Reflexion umzugehen, noch fehlt.

Wer beginnt, sich mit dem wirklichen – und nicht dem durch Erinnerung konstruierten – Inhalt der Hauptverhandlung auseinanderzusetzen, droht bereits dadurch beschämt und verunsichert zu werden, dass er sich der Frage nicht wird entziehen können, wie es in der Vergangenheit gewesen wäre, welche Fehler vermeidbar gewesen wären, wenn bereits früher eine professionelle Dokumentation zur Verfügung gestanden hätte. Vielleicht ahnt der kluge Richter: In der Vergangenheit war am Ende der Verhandlung im Sachverhalt vielleicht das eine oder andere Mal manches in der Erinnerung etwas runder als in der Realität.

Juristen lernen in ihrer gesamten Ausbildung und Sozialisation, dass eine Entscheidung stimmig sein muss, dass sie systematisch kohärent sein sollte, damit sie überzeugend ist. In der Anwendung des Rechts ist dies richtig. In der Ermittlung des Sachverhalts wirkt dieser Wunsch nach Kohärenz mit ähnlicher Kraft. Die Dokumentation wird alle Verfahrensbeteiligten immer wieder daran erinnern, dass Lebenssachverhalte dem juristischen Wunsch nach Stimmigkeit und Perfektion widersprechen und dass die Konstruktion der Wirklichkeit in der Wahrnehmung durch andere Verfahrensbeteiligte verständlicher werden kann, wenn zumindest das gesprochene Wort bei Bedarf exakt reproduzierbar wird. Die damit stillschweigend vorausgesetzte und zugemutete Bereitschaft, seine eigenen Wahrnehmungen und darauf beruhenden Wertungen und Schlüsse immer wieder in Frage zu stellen, ist eine emotionale Zumutung für alle Verfahrensbeteiligten, besonders aber für die in der Letztverantwortung stehenden Richterinnen und Richter. Sie erfordert einen Umgang mit dem Erleben eigener Gewissheit, der Schuld und Scham nur dann vermeiden kann, wenn die Unsicherheit der Wahrnehmung und das wiederholte Hinterfragen der eigenen Position zum Wesen der eigenen Rolle werden.

Mit der Dokumentation der Hauptverhandlung kommt es zum Schwur: Dass die Rolle des Richters Offenheit bis zur Verkündung des Urteils voraussetzt, steht in der Theorie nicht in Frage. Dass diese Rolle nun mit dem Zwang der Transparenz eingefordert wird, begründet umso stärker die Angst vor Schuld und Scham, je ausgeprägter der Anspruch des Richters ist, fehlerfrei zu arbeiten. Dieser Anspruch ist Ausdruck eines Strebens nach Gerechtigkeit, und wer wollte dies einem Richter vorhalten?

Mit der Dokumentation verlangt der Gesetzgeber von allen Verfahrensbeteiligten und insbesondere vom Richter, das unangenehm Fehlerhafte und über einen langen Zeitraum vorläufig Bleibende im Prozess der Informationsgewinnung zu akzeptieren und in einer gesunden Fehlerkultur in das eigene Rollenverständnis zu integrieren. Wer sich für menschliche und nicht zu verhindernde Fehler nicht schämt oder schuldig fühlt, muss keine Angst vor der Dokumentation der Hauptverhandlung haben. Dieses Ansinnen verlangt den handelnden Akteuren wahrscheinlich nicht weniger als die Bereitschaft für einen Kulturwandel ab. Justiz ist genau so wenig perfekt wie alle anderen Bereiche menschlichen Lebens. Mit Fehlern angemessen umzugehen, ist ein Zeichen von Reife. Es ist dort von besonderer Wichtigkeit, wo Fehler besonders schwer wiegen und sich nicht wiederholen sollten.[30]

Das anspruchsvolle Ansinnen einer angemessenen Fehlerkultur kann Angst und Abwehrreflexe auslösen. Es ist trotzdem ein berechtigtes Ansinnen eines demokratischen Rechtsstaates im 21. Jahrhundert, dass sich alle Beteiligten eines Strafverfahrens dieser Aufgabe im Sinne der Wahrheitsfindung stellen.

---

30 Irritierend ist vor diesem Hintergrund die Kernaussage des langjährigen Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes (DRB), Jens Gnisa, in seinem Buch „Das Ende der Gerechtigkeit – ein Richter schlägt Alarm“, er selbst könne sich an kein Urteil von ihm erinnern, das er im Nachhinein als ungerecht empfinde.

V. Rekonstruktion der Hauptverhandlung in der Revision

Ist die Dokumentation der Hauptverhandlung einmal zumindest durch eine umfassende Audioaufzeichnung und ein daraus gewonnenes Transkript gesichert, wird sich die Frage stellen, welche Auswirkungen dies auf die revisionsgerichtliche Kontrolle hat. Die Dokumentation des Verfahrens wird nicht nur mit einiger Wahrscheinlichkeit einen disziplinierenden Effekt auf die Tatgerichte haben.[31] Sie schafft auch eine bis heute nicht existierende Grundlage einer umfassenden verfahrensrechtlichen Kontrolle durch das Revisionsgericht, die mit neuer Dringlichkeit die Frage aufwirft, ob und inwieweit das sog. „Rekonstruktionsverbot" zu rechtfertigen ist.

Die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Anfang 2020 eingesetzte Expertenkommission erklärte in ihrem Abschlussbericht, erhebliche Auswirkungen auf das Revisionsverfahren seien durch die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung nicht zu erwarten. Das dürfte aber allenfalls ein *„frommer Wunsch"* sein.[32] Die Gesetzesbegründung geht zwar ebenfalls davon aus, dass an der *„Einschränkung der Möglichkeiten einer Rekonstruktion der tatgerichtlichen Hauptverhandlung"* festzuhalten sei.[33] Die digitale Inhaltsdokumentation trete neben das Hauptverhandlungsprotokoll, diene aber primär als objektives und einheitliches Hilfsmittel für die Verfahrensbeteiligten während der laufenden Hauptverhandlung und solle keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen entfalten.[34] Zugleich heißt es aber an entscheidender Stelle: *„Die Heranziehung von Aufzeichnungen der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz soll möglich, aber entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu ‚paraten' Beweismitteln auf wenige Evidenzfälle beschränkt bleiben."*[35] Eine solche

---

31 *Nack* in Festschrift für Riess (2002), S. 361, 369.

32 *Mosbacher* ZRP 2021, 180, 181.

33 BR-Drs. 227/23, S. 10; BT-Drs. 20/8096, S. 15.

34 BR-Drs. 227/23, S. 11; BT-Drs. 20/8096, S. 2, 16.

35 BR-Drs. 227/23, S. 12; BT-Drs. 20/8096, S. 16

Evidenz sei *„nur gegeben, wenn das Revisionsgericht ohne Eingriff in die tatrichterlichen Bewertungs- und Beweiswürdigungsspielräume einen offensichtlichen Rechtsfehler feststellen kann."*[36] Die Anfügung von § 352 Absatz 3 StPO[37] soll klarstellen, dass auch die Dokumentation der Hauptverhandlung im Freibeweisverfahren vom Revisionsgericht zu berücksichtigen ist, um auf ohne weiteres erkennbare Verfahrensmängel zu reagieren.[38] Im Entwurf der Bundesregierung[39] hieß es in § 352 Absatz 3 StPO-E noch *„Beweismittel"*; die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses spricht nun bewusst von *„Beweisinhalt"*, um deutlich zu machen, dass nicht bloß Strengbeweismittel, sondern auch die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung dem Revisionsgericht zur Verfügung stehen sollen.[40]

Dies ist auch ein Gebot der Vernunft. Die fast vollständig fehlende inhaltliche Dokumentation der Hauptverhandlung bei erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht hat als anachronistische Besonderheit des deutschen Strafverfahrens[41] auch im Revisionsrecht tiefe Spuren hinterlassen. Die Revisionsgerichte verweigerten bislang – so lässt sich der Inhalt des richterrechtlich entwickelten Rekonstruktionsverbots in seinem Kern zusammenfassen – in zahlreichen, indes nicht in allen Fällen die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens vor dem Tatgericht, wenn dazu eine

---

36 BR-Drs. 227/23, S. 12; BT-Drs. 20/8096, S. 16.

37 § 352 Abs. 3 StPO soll lauten: *„Zur Prüfung eines behaupteten Verfahrensmangels ist ein Beweisinhalt nur dann heranzuziehen, wenn der Verfahrensmangel daraus ohne weiteres erkennbar ist. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn es möglich ist, dass weitere Beweiserhebungen dem Beweisinhalt die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen haben, oder wenn lediglich Feststellungen oder Wertungen angegriffen werden, die dem Tatgericht vorbehalten sind."*

38 BT-Drs. 20/8096, S. 31.

39 BT-Drs. 20/8096, S. 10.

40 BT-Drs. 20/9359, S. 22.

41 Kritisch im Zusammenhang mit dem Rekonstruktionsverbot *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 100.

Befassung mit Inhalten der Hauptverhandlung erforderlich wäre. Weil den Tatrichter keine Pflicht trifft, den Gang der Hauptverhandlung im Urteil zu dokumentieren, sondern ein solches Vorgehen sogar regelmäßig Kritik des Bundesgerichtshofs nach sich zieht,[42] bleiben insbesondere Fragen nach der Beachtung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und der Ausschöpfung und inhaltlich richtigen Wiedergabe von Zeugenaussagen (§ 261 StPO) sowie der Einlassung des Angeklagten[43] der Prüfung des Revisionsgerichts aus prinzipiellen Gründen entzogen.[44] Diese selbst auferlegte Zurückhaltung betrifft nicht irgendeinen beliebigen Randaspekt erstinstanzlicher Verfahren, sondern häufig den Kern des Sachverhalts, um den gestritten wird. Angesichts der Tatsache, dass es bei erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten häufig um langjährige Freiheitsstrafen geht und die sozialpsychologische Forschung seit langem auf zahlreiche Effekte hinweist, die die Wahrheitsfindung bei der Wahl der relevanten Perspektive (Aufklärung) und der Wahrnehmung der relevanten Inhalte von Beweismitteln (Beweiswürdigung) der Tatgerichte behindern, ist das Rekonstruktionsverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht stark begründungsbedürftig. Es steht in einem Spannungsverhältnis zum Justizgewährungsanspruch.[45] Warum sollte die einzige gerichtliche Instanz, die Fehler des Tatgerichts korrigieren könnte, den Grundrechtsschutz im sensiblen Bereich des Art. 2 Absatz 2 Satz 2 GG apodiktisch verweigern dürfen?

---

42 Vgl. die scharfe Kritik nach einer „Dokumentation" der Hauptverhandlung im Urteil bei BGH NStZ-RR 2018, 256; vgl. dazu *Baur* ZIS 2/2019, 119.

43 Vgl. *von der Meden* NStZ 2018, 77.

44 Weitere Fälle betreffen die Verfahrensrüge einer Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO, die Rüge einer Verletzung des § 338 Nr. 3 StPO und die Behandlung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig (§ 26a StPO) sowie die Rüge eines Verstoßes gegen Unterbrechungsfristen, vgl. *Bartels*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, S. 87 ff.

45 Vgl. *Rosenau* in Festschrift für Fischer (2018), S. 791, 799 ff., 804; *Eschelbach* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2023), § 31 Rn. 142.

Seit langem ist das Rekonstruktionsverbot in der Literatur zu Recht scharfer Kritik ausgesetzt gewesen. Es sei nicht zu legitimieren, es führe zu einer mit dem Justizgewährungsanspruch unvereinbaren Rechtsschutzlücke, ohne dass die Rechtsprechung einen tragfähigen Grund für ihre selbst auferlegte Beschränkung des Prüfungsauftrags benannt habe; das Revisionsgericht habe einen gesetzlichen Kontrollauftrag, der sich auf das gesamte Verfahrensrecht beziehe.[46]

Teilweise wurde mit Blick auf ein häufig geäußertes Gegenargument ausdrücklich gefordert, die Hauptverhandlung müsse gerade auch mit Blick auf den Prüfauftrag des Revisionsgerichts dokumentiert werden.[47] Der Gesetzgeber greift diese Kritik nun ausweislich der geplanten Anfügung von § 352 Absatz 3 StPO mindestens in Teilen auf. Er will indes das Rekonstruktionsverbot offenbar nicht vollständig aufgeben. Um die neuen Grenzen einer zulässigen Rekonstruktion im Revisionsverfahren besser zu verstehen und – unabhängig vom Willen des Gesetzgebers[48] – die sich mit der digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung entschärfenden Argumente für ein Rekonstruktionsverbot zu reflektieren, bietet es sich an, danach zu fragen, ob neben dokumentationsspezifischen Argumenten (dazu sogleich V.1.) dokumentationsunabhängige Argumente (dazu V.2.) die neuen Grenzen der Rekonstruktion erhellen können.

---

46 Vgl. nur *Fezer* in Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 96 ff.; *Neuhaus* StraFo 2004, 407 (409 ff.); *Hamm*, Die Revision in Strafsachen (2010), Rn. 255 ff, 262; *Nestler* in Festschrift für Lüderssen (2002), S. 727, 731 ff.; *Sieg* NJW 1983, 2014 f. zu § 267 Abs, 2 StPO.

47 *Schmitt* NStZ 2019, 1, 10; vgl. auch *Nestler* in Festschrift für Lüderssen (2002), S. 727, 735 f.

48 Der Wille des Gesetzgebers ist bei neuen Gesetzen regelmäßig beachtlich, jedenfalls, wenn er – wie hier – Ausdruck im Gesetz selbst gefunden hat, vgl. grundlegend BVerfG NJW 1952, 737.

1. Dokumentationsspezifische Argumente für das Rekonstruktionsverbot

Den strengen Kritikern des Rekonstruktionsverbots standen in Zeiten einer fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung solche Auffassungen gegenüber, die sich mit der fehlenden Dokumentation als Faktum *de lege lata* abfanden und vor dem Hintergrund des nicht verbindlich festgehaltenen dynamischen Geschehens in der Hauptverhandlung mit mehr oder weniger vorsichtig geäußertem Verständnis auf die normativ hergestellte Blindheit der Revisionsgerichte reagierten. Diese Ansätze[49] weisen in unterschiedlicher Deutlichkeit auf das Problem der Beweisbarkeit von nicht oder kaum dokumentierten Verfahrensvorgängen hin, das mit Blick auf die Formenstrenge des Revisionsverfahrens im Bereich der Verfahrensrüge in der Tat Störgefühle verursachen mag. Es ist leicht vorstellbar, dass einem Revisionsgericht die Aufhebung eines Urteils und der damit verbundene Aufschub von Rechtskraft, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden nur schwer von der Hand geht, wenn die verfahrensrechtliche Tatsachengrundlage unter dem stetigen Verdacht steht, nicht mehr als eine kunstvolle Konstruktion des Revisionsführers zu sein.

Dokumentationsspezifische Argumente für das Rekonstruktionsverbot werden indes hinfällig, wenn und insoweit der Gesetzgeber eine Dokumentation der Hauptverhandlung anordnet, die dem Revisionsgericht eine verlässliche Prüfung der Vorgänge in der Hauptverhandlung ermöglicht. Steht dem Revisionsgericht eine verlässliche und objektive Quelle in Gestalt einer transkribierten Aufzeichnung des gesprochenen Wortes zur Verfügung, kann der verbalisierte Inhalt der Hauptverhandlung ohne Weiteres zum Gegenstand der Prüfung des Revisionsgerichts werden. Beweisprobleme entfallen dann als Grund für das Rekonstruktionsverbot.

---

[49] Vgl. dazu *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 345 f.

Einen Grenzfall wird weiterhin das non-verbale (Mimik, Gestik etc.) und präverbale (Sprachduktus, -tempo und -lautstärke etc.) Geschehen in der Hauptverhandlung sowie der Inhalt von Objekten der Inaugenscheinnahme, insbesondere bei Foto- und Videoaufnahmen[50] darstellen. Non- und präverbale Kommunikation sowie Inaugenscheinnahmen kann die Audioaufzeichnung nur insoweit widerspiegeln, wie es durch die Prozessbeteiligten verbal reflektiert wird, zum Beispiel weil es als wesentlicher Vorgang in der Hauptverhandlung gemäß § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO protokolliert oder nach neuem Recht schlicht zum Gegenstand der Diskussion in der Hauptverhandlung gemacht wird. Der Kampf um die Protokollierung auch non-verbaler und präverbaler Vorgänge ist damit zu Gunsten des an der Protokollierung interessierten Prozessbeteiligten entschieden.

Wer in der Hauptverhandlung über einen Vorgang spricht, eröffnet bereits damit im Grundsatz den Zugang zur revisionsgerichtlichen Kontrolle. Das Gleiche dürfte für Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung gelten. In beiden Fällen wird indes auch die Verbalisierung non- und präverbaler Vorgänge wahrscheinlich nicht selten von den verschiedenen Kommunikationsteilnehmern unterschiedlich erlebt werden. Dieser Dissens wird sich in der Reaktion der übrigen Verfahrensbeteiligten auf die Verbalisierung eines non- oder präverbalen Vorgangs zeigen. Dass sich die Frage aufdrängt, wie mit einem solchen gegebenenfalls streitigen Geschehen aus revisionsrechtlicher Perspektive umzugehen ist, könnte ein Hinweis darauf sein, dass das Rekonstruktionsverbot durch die Audiodokumentation der Hauptverhandlung zwar einerseits einen erheblichen Teil seines Anwendungsbereichs verlieren, andererseits aber in der Tat, wie vom Gesetzgeber gewollt, in seinem sachlichen Gehalt nicht völlig hinfällig werden dürfte.

---

50 Vgl. dazu etwa BGH HRRS 2019 Nr. 989; *Mosbacher* JuS 2023, 131, 134; *ders.* JuS 2019, 766, 769 ff.

2. Gibt es belastbare dokumentationsunabhängige Argumente für das Rekonstruktionsverbot?

Steht eine transkribierte Audioaufnahme der Hauptverhandlung zur Verfügung, sind damit zwar die Argumente obsolet, die das Rekonstruktionsverbot letztlich mit praktischen Problemen der Beweisführung begründen. Es gibt indes drei (Schein-)Argumente[51], die für das Rekonstruktionsverbot angeführt werden, bei denen jedenfalls auf den ersten Blick zweifelhaft sein könnte, ob sie durch die Dokumentation der Hauptverhandlung an Überzeugungskraft verlieren. Das erste Argument behauptet, die „Ordnung" des Revisionsverfahrens bzw. sein „Wesen" stehe einer Rekonstruktion von Inhalten der Hauptverhandlung in zahlreichen Fällen entgegen. Dieses *Ordnungsargument* ist interessant, weil es zweifelhaft ist, ob es sich überhaupt um ein Argument im Sinne einer sachlichen Begründung handelt. Das zweite Argument ist ein *Kompetenzargument*. Es lautet im Wesentlichen, dass das Rekonstruktionsverbot dazu diene, die gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht aufrechtzuerhalten. Das Kompetenzargument lässt sich auch als *Konfusionsargument* formulieren, das behauptet, dass sich die Feststellung eines Sachverhalts und seine Würdigung nicht so voneinander trennen lassen, dass die erforderliche Aufgabenverteilung zwischen Revisions- und Tatgericht bestehen bleibe. Das dritte Argument schließlich ist ein *Praktikabilitätsargument*. Es betont die Befürchtung einiger Praktiker, dass ohne das Rekonstruktionsverbot die Arbeitsbelastung der Revisionsgerichte auf eine nicht hinnehmbare Weise steigen würde. Alle drei Argumente lassen sich indes bei einer vollständigen Transkription einer Audio-Dokumentation der Hauptverhandlung nicht mehr aufrechterhalten:

---

[51] Vgl. zu einer im Detail anderen Differenzierung verschiedener Erklärungsansätze *Bartel,* Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 322 f.

a) Das Ordnungsargument

In der Rechtsprechung finden sich regelmäßig Äußerungen, die das Rekonstruktionsverbot mit der „Ordnung des Revisionsverfahrens“ begründen.[52] Vor allem in der älteren Literatur[53] wird auf das „Wesen der Revision“ hingewiesen, das einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung entgegenstehe.[54] Gemeint ist mit beiden Begriffen dasselbe.

Soweit sich aus den Begriffen der Ordnung und des Wesens irgendein argumentativer Gehalt ergeben soll,[55] handelt es sich um eine intersubjektiv kaum überprüfbare ontologische Behauptung, die eher als naturrechtliches Postulat, denn als Begründung für eine Einschränkung des Prüfungsauftrags der letztinstanzlich zuständigen Gerichte anmutet, die der Gesetzgeber selbst gerade nicht angeordnet hat. Was die Revision ausmacht, ist indes sicherlich nichts Natürliches, das durch eine Auseinandersetzung mit tatsächlichen Vorgängen gewissermaßen pervertiert werden könnte. Dass in fast allen Fällen der Verfahrensrüge ein tatsächliches Geschehen zu rekonstruieren ist, liegt auf der Hand und ist vom Gesetz in § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO als selbstverständlich vorausgesetzt. Ohne Verfahrenstatsachen ist die Überprüfung eines Verfahrensverstoßes nicht möglich. Auch der Beweis durch das Hauptverhandlungsprotokoll hilft z.B. dann nicht weiter, wenn das Tatgericht einen gebotenen Hinweis nach § 265 StPO unterlassen hat; einer darauf basierenden Rüge steht

---

52 BGH NJW 1962, 1832; BGHSt 31, 139-140; BGH NStZ 1992, 506, 507; BGH HRRS 2007 Nr. 840; BGH, Urteil vom 14.09.2016 – 5 StR 125/16 –, juris Rn. 29.

53 Vgl. etwa *Meyer* GA 1965, 257, 269.

54 Vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 103 f. Häufiger noch wird das Rekonstruktionsverbot gar nicht begründet, sondern bloß behauptet, vgl. die Nachweise bei *Bartel*, a.a.O. (Fn. 52), S. 101 Fn. 19.

55 Kritisch insoweit auch *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 105: *„[R]eichlich vage und weit gehend frei von argumentativem Gehalt“* und *Hebestreit* HRRS 2008, 172 (179): *„Frage der Definition oder […] der gesetzlichen Regelung“*.

jedoch nach allgemeiner Auffassung das Rekonstruktionsverbot nicht entgegen.[56] Das Hauptverhandlungsprotokoll kann im Übrigen in Ausnahmefällen auch nach geltendem Recht seine Beweiskraft verlieren.[57] In Wirklichkeit geht es deshalb bei der Frage nach der Begründung des Rekonstruktionsverbotes auch nicht um die Frage, ob Verfahrensvorgänge rekonstruiert werden dürfen, denn jede Entscheidung des Revisionsgerichts hat eine Rekonstruktion einer Entscheidung oder eines Vorgangs auf Ebene des Tatgerichts zum Gegenstand.[58] Vielmehr geht es allein um die Frage, ob ausgewählte Verfahrensvorgänge aus übergeordneten Erwägungen von diesem normalen Rechtsmechanismus – ausnahmsweise – ausgenommen sein sollten. Der Streit um das Rekonstruktionsverbot ist damit kein Streit darum, *ob* überhaupt eine Rekonstruktion zulässig ist, sondern ob und ggf. welche *Grenzen* die grundsätzlich erforderliche Rekonstruktion von Verfahrenstatsachen haben sollte. Dementsprechend geht es bei der praktischen Handhabung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch weniger um dogmatische Strenge als um pragmatische Erwägungen.[59]

---

56 In dieser Konstellation – aber auch in anderen Konstellationen – steht einer Rekonstruktion des Hauptverhandlungsgeschehens im Rahmen des Freibeweises nichts entgegen, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 21-24 mit Hinweis auf BGH NJW 1999, 802, 803 und BGH NStZ 2006, 406.

57 Neben dem Nachweis seiner Fälschung ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass in einer Reihe von Fällen, beispielsweise bei offensichtlichen Widersprüchen oder der Distanzierung einer für das Protokoll verantwortlichen Person von dessen Richtigkeit die Beweiskraft des Protokolls aufgehoben ist, vgl. BGH NStZ 2014, 668, 669; BGH NJW 1953, 1925. Der Gesetzesentwurf will diese Entwicklung der Rechtsprechung aufnehmen und § 274 StPO anpassen, vgl. BT-Drs. 20/8096 S. 31.

58 *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215.

59 Dies könnte die Funktion haben, den Prüfungsaufwand dort gering zu halten, wo die Erfolgsaussichten einer Verfahrensrüge auf den ersten Blick eher gering erscheinen, vgl. *Bartels*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 14.

Dies alles deutet darauf hin, dass es sich bei dem Verweis auf die angebliche Ordnung des Revisionsverfahrens oder auf sein Wesen um floskelhafte Schlagworte handelt, die als Scheinargumente eine *petitio principii* kaschieren wollen.[60] Nach einer anderen Lesart könnte es sich bei dem Verweis auf die Ordnung oder das Wesen des Revisionsverfahrens aber auch einfach um einen impliziten Verweis auf Argumente handeln, die aus Sicht eines Revisionsgerichts oder eines mit dem Revisionsrecht besonders vertrauten Autors so offensichtlich sind, dass sie keiner weiteren Ausführungen zu bedürfen scheinen. Es würde dann darum gehen, diese vermeintliche Selbstverständlichkeit zu reflektieren und die Frage zu stellen, ob sich die impliziten Annahmen auch dann als überzeugend erweisen, wenn eine vollständige Audioaufnahme des Hauptverhandlungsgeschehens als Transkript zur Verfügung steht. Das Ordnungsargument würde also nicht selbst die Grenzen der zulässigen Rekonstruktion der Hauptverhandlung begründen, sondern eine Verweisungsfunktion einnehmen, die (bestenfalls) auf „mitgedachte" sachliche Argumente rekurriert. Bei diesen „mitgedachten" Argumenten kann es sich um das Kompetenzargument und das Praktikabilitätsargument handeln.[61]

b) Das Kompetenzargument

Das Kompetenzargument begründet das Rekonstruktionsverbot mit der Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht. Nach § 337 Absatz 1 StPO kann die Revision *nur* darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Daraus folgt jedenfalls unzweifelhaft, dass es

---

60 Vgl. *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011), Bd. 34, S. 215, 219 f.; *von der Meden* NStZ 2018, 77, 81.

61 Beide Argumente sind auch bereits mehr oder weniger offen in der Rechtsprechung genannt worden, vgl. etwa BGH NStZ 2009, 468. Vgl. auch *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 71 zur audio-visuellen Videovernehmung bei BGHSt 48, 268 ff. = NJW 2003, 2761, 2762.

einen Bereich geben muss, der der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Das Revisionsgericht hat nicht dieselben Befugnisse wie das Tatgericht.[62]

aa) Sachlich-rechtlicher Ausgangspunkt: Die Beweiswürdigung als Domäne des Tatrichters

Die Kompetenzverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht wird im Rahmen der sachlich-rechtlichen Prüfung des Revisionsgerichts besonders deutlich.[63] Es dürfte unstreitig sein, dass die Beweiswürdigung im Grundsatz die ureigene Aufgabe des Tatrichters ist. Aus der praktischen Perspektive der Rechtsprechung besteht mittlerweile aber auch kein Zweifel mehr, dass das Revisionsgericht jedenfalls ausnahmsweise Fehler in der Beweiswürdigung beanstanden darf und muss.[64] Dem Tatrichter ist damit nach heute herrschendem Verständnis der (große) Bereich der Beweiswürdigung zugewiesen, in dem er aus verschiedenen möglichen Schlüssen einen bestimmten Schluss zieht, der das Ergebnis einer einzelfallbezogenen Wertung der tatsächlichen Umstände ist. Seine Überzeugungsbildung ist nicht auf logisch zwingende und probabilistische Schlüsse beschränkt, wenngleich er an objektiv zwingende Vorgaben bei der Beweiswürdigung gebunden bleibt.[65] Der Rahmen der vom Revisionsgericht hinzunehmenden Schlüsse ist nur dann überschritten, wenn die Beweiswürdigung sich als rechtsfehlerhaft erweist. Die von der Rechtsprechung genannten Fallgruppen (Widersprüchlichkeit, Unklarheit,

---

62 Es muss natürlich trotzdem die Letztverantwortung für die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des Tatgerichts übernehmen, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 324.

63 Vgl. zum Zusammenhang zwischen sachlich-rechtlicher Prüfung und Verfahrensrüge mit Blick auf das Rekonstruktionsverbot *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 52 f.

64 Rechtstatsächlich sind Angriffe auf die Beweiswürdigung wahrscheinlich der häufigste mit der Sachrüge geltend gemachte Revisionsgrund.

65 *Baur* ZIS 2/2019, 119, 122 m.w.N.

Lücken, Verstoß gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze) lassen sich, etwas holzschnittartig, so zusammenfassen, dass sich die Beweiswürdigung bei Berücksichtigung aller im Urteil mitgeteilten Umstände für einen rechtskundigen Dritten als nicht mehr nachvollziehbar und damit als unwissenschaftliche Scheinbegründung erweist. Die vom Revisionsgericht angewandte Methode ist dabei negativer Art. Das Revisionsgericht verlangt nicht, dass sich aus den Feststellungen des Tatgerichts ein bestimmtes Ergebnis in der Beweiswürdigung mit naturwissenschaftlicher Notwendigkeit ableiten lässt. Es wird hingegen geprüft, ob die Feststellungen sich *nicht* mit objektiv hoher Wahrscheinlichkeit[66] aus der Beweiswürdigung ergeben. Ob sich das Tatgericht innerhalb dieses ihm zur Verfügung stehenden weiten Rahmens hält oder ihn überschreitet, überprüft das Revisionsgericht schon auf die allgemeine Sachrüge.[67]

Diese Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht ist dabei nicht allein strafprozessualer Natur. Sie ist auch ein verfassungsrechtliches Postulat, weil das Revisionsgericht nur innerhalb der Grenzen seiner durch den Gesetzgeber bestimmten Kompetenz gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Das Revisionsgericht darf deshalb bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen seine Beweiswürdigung nicht einfach an die Stelle der Beweiswürdigung des Tatgerichts setzen.[68] Weil indes nur die willkürliche Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter einen (die

---

66 Vgl. zum Erfordernis der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung BGH NJW 1999, 1562 (Pistazieneis-Fall).

67 *Gericke* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 337 Rn. 5; vgl. zur an die Nichtwürdigung verlesener Urkunden anknüpfende verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge etwa BGH BeckRS 2005, 11594; *Widmaier* in Lagodny (Hrsg.), Der Strafprozeß vor neuen Herausforderungen? (2000), S. 183, 186 ff.

68 BVerfG NStZ 1991, 499, 500; BVerfG BeckRS 2000, 30099026; BVerfG BeckRS 2006, 21455; *Wagner* ZStW 106 (1994), 259, 294.

Verfassungsbeschwerde begründenden) Grundrechtsverstoß darstellt[69] und sich die Eingriffe der Revisionsgerichte in die Beweiswürdigung zumindest nach dem abstrakten Gehalt der aufgestellten Rechtssätze nicht als willkürliche Kompetenzüberschreitung erweisen, sondern sogar aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung des § 267 Abs. 1 und Abs. 5 StPO geboten sind,[70] ist der auf Ausnahmefälle beschränkte Eingriff der Revisionsgerichte in die Beweiswürdigung der Tatgerichte im Rahmen der Sachrüge nicht zu beanstanden.

bb) Gibt es außerhalb der Beweiswürdigung eine weitere Domäne des Tatrichters?

Das Rekonstruktionsverbot findet ausschließlich im Rahmen von Verfahrensrügen Anwendung. Es weist indes eine große Nähe zur Zurückhaltung der Revisionsgerichte bei der Prüfung der Beweiswürdigung auf die Sachrüge auf. Was bei der Beweiswürdigung die Freiheit des Tatgerichts ausmacht, unter mehreren möglichen Schlüssen einen konkreten vom Revisionsgericht hinzunehmenden Schluss zu ziehen, ist bei der Rüge der Verletzung einer Verfahrensvorschrift, die mit dem Rekonstruktionsverbot unterliegenden Inhalten der Hauptverhandlung begründet wird, die Freiheit des Tatgerichts vor Feststellungen des Revisionsgerichts zu prozessualen Vorgängen.

In beiden Konstellationen kommt der Selbstbeschränkung des Revisionsgerichts die Funktion zu, dem Tatgericht die Deutungshoheit über ein Geschehen in der Hauptverhandlung zu belassen, das der Tatrichter aus eigener Anschauung in seiner vollen dynamischen, zeitlichen und sachlichen Entfaltung

---

69 *Eschelbach* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 31 Rn. 151; BVerfG NStZ 2005, 643.

70 Vgl. *Wagner* ZStW 106 (1994), 259, 270.

und damit als „sachnäherer" Richter aufgrund einer Hauptverhandlung erfahren hat.[71]

Die Befürworter des Rekonstruktionsverbotes weisen vor diesem Hintergrund darauf hin, dass eine Differenzierung zwischen der Feststellung von Beweisen und ihrer Würdigung häufig nicht möglich sei.[72] Auch das Argument, eine Rekonstruktion von Teilen der Hauptverhandlung beinhalte die Gefahr sich widersprechender Feststellungen zwischen Tat- und Revisionsgericht,[73] ist Ausdruck der empfundenen Nähe zwischen dem prozessualen Geschehen in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter und seiner Würdigung. Das Revisionsgericht kann es, so wird man die Apologeten der Rekonstruktion zu verstehen haben, nicht besser wissen als das Tatgericht, das aus dem Inhalt der Hauptverhandlung nuancierte Eindrücke mitnimmt, die, ohne jemals im Urteil aufzutauchen, doch auf legitime Weise die richterliche Entscheidung beeinflussen. Es handelt sich dabei um die Zwischentöne, Stimmungen und Merkwürdigkeiten, die in der Beweisaufnahme, insbesondere bei Zeugenaussagen und Einlassungen, die Stimmung im Saal prägen, Kleidung, Habitus und Wirkung der Prozessteilnehmer, den unausgesprochen bleibenden Zweifel und das implizite Wissen – und nicht zuletzt die soziale Prägung der Richterinnen, die erst im Zusammenspiel zwischen sachlichen Inhalten der Beweisaufnahme und non- und präverbalen Signalen der Beteiligten ein Beweisergebnis bewerten, indem sie es mit dem abgleichen, was sie unter den gegebenen Umständen für „normal" halten.[74] Dass Revisionsgerichte diesem – insoweit

---

71 Vgl. *Herdegen* StV 1992, 527, 533; *Baur* ZIS 2/2019, 119 (124).

72 Vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 118.

73 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 41 mit Diskussion von BayOblG NStZ-RR 2001, 271 ff., wobei sich die Entscheidung zum Freibeweisverfahren bei einem Verfahrenshindernis verhält; vgl. hierzu *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 333.

74 Vgl. auch *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 351: *„Eine solche Rechtsentwicklung ohne klare Maßstäbe öffnet richterlichen Vorverständnissen Tür und Tor."*

tatsächlich kaum jemals vollständig rekonstruierbaren – komplexen Prozess nicht mit größter Skepsis, sondern mit einem grundsätzlichen Vertrauen in die Richtigkeit und Legitimität der Entscheidung gegenüberstehen, ist vielleicht nicht nur der faktisch bestehenden Sachnähe und einem Optimismus geschuldet, dass der sachliche Gehalt der Beweismittel der tatrichterlichen Entscheidung am Ende ihr wesentliches Gepräge geben werde. Einen wesentlichen Anteil dürfte dabei auch ein teilweise zu beobachtendes Rollenverständnis haben, das den Tatrichter mit Fähigkeiten ausstattet, die genauso wünschenswert wie unrealistisch sind.[75] Der Tatrichter ist in diesem Rollenverständnis kraft seines Amtes und guten Willens mit einer besonderen Begabung ausgestattet, die es ihm in der Sitzung ermöglicht, das Wahre und das Richtige gerade auch durch die Wahrnehmung non- und präverbaler Signale zu erspüren. Weil er Richter ist, soll er die Wahrheit erkennen, und weil er die Wahrheit erkennen soll, kann er die Wahrheit erkennen.[76] Es liegt auf der Hand, dass dort, wo ein solches Verständnis Wirkung entfaltet, die Fehleranfälligkeit von Entscheidungen groß ist. Nur wenn Entscheidungsprozesse reflektiert werden, können sie auch durch den Entscheider oder Dritte rational leicht überprüft werden.

Die Selbstbeschränkung des Revisionsgerichts im Fall des Angriffs auf die Beweiswürdigung durch die Sachrüge und im Fall des Rekonstruktionsverbots bei der Verfahrensrüge unterscheidet sich indes in einem wesentlichen Punkt: Während das Revisionsgericht auf die Sachrüge den gesamten Inhalt des Urteils zur Kenntnis zu nehmen und nach heute herrschendem Verständnis in Kenntnis dieser Grundlage die Frage zu beantworten hat, ob das Tatgericht

---

75 Vgl. die erhellenden Ausführungen von *Schmitt* NStZ 2019, 1, 2 zur Schwierigkeit, bereits das wesentliche Gesagte als Richter zu protokollieren. Als ehemaliger deutscher Tat- und Revisionsrichter hat er den direkten Vergleich zu den überlegenen Mitteln der Protokollierung am IStGH.

76 Dieses Vorgehen ist ein normativer Fehlschluss, weil es vom Sollen auf das Sein schließt. Dies ist genau so problematisch wie der naturalistische Fehlschluss, der umgekehrt von Sein auf das Sollen schließt.

innerhalb des ihm gesetzten Rahmens geblieben ist, geht die Selbstbeschränkung bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens so weit, dass im Anwendungsbereich des Rekonstruktionsverbots[77] bereits die Überprüfung als solche abgelehnt wird. Diese Differenzierung ist nicht bloß begrifflicher Natur. Es ist eine Sache, wenn das Revisionsgericht in einem ersten Schritt den Gegenstand der Überprüfung vollständig erfasst und in einem zweiten Schritt – in Kenntnis des gesamten Urteils des Tatrichters – diesem als sachnäheren Entscheider einen weiten Spielraum einräumt, wenn der Lebenssachverhalt zu keinen logisch zwingenden Schlüssen zwingt. Es ist eine völlig andere Sache, wenn das Revisionsgericht *a priori* einen bestimmten Vortrag ausblendet, ohne sich mit der Frage zu befassen, ob das Tatgericht die ihm gesetzlich gesteckten Grenzen beachtet hat. Das eine ist Sinn für Autonomie des Überwachten, das andere schlimmstenfalls Ermunterung zum schädlichen Laissez-faire.

Hat dieser Unterschied in der Überwachung der tatrichterlichen Tätigkeit tatsächlich etwas mit der gesetzlichen Kompetenzverteilung zu tun? Ist es eine Frage des *Dürfens*, dass das Revisionsgericht bei ausgewählten Verfahrensrügen mit Bezug zum Geschehen in der Hauptverhandlung – anders als bei der Sachrüge – die Überwachung des Tatrichters verweigert?

In Zeiten der fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung lag die Unterscheidung zwischen der Kompetenz und der Möglichkeit einer inhaltlichen[78]

---

77 Zu den Ausnahmen des Rekonstruktionsverbots im Bereich des Urkundsbeweises vgl. *Bartel* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 441 m.w.N. und *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 56 ff.; aus der Rechtsprechung siehe etwa BGH BeckRS 2018, 21465; BeckRS 2011, 2054; BeckRS 1988, 31087103. Vgl. zur Frage, ob eine Durchbrechung des Rekonstruktionsverbot nach bisherigem Verständnis konsequenterweise auch in engen Grenzen bei schriftlich fixierten Verteidigungserklärungen möglich sein muss *von der Meden* NStZ 2018, 77, 83.

78 Vgl. zur Unterscheidung zwischen den Inhalt der Hauptverhandlung betreffenden Rügen und solchen, die auf den äußeren Gang des Verfahrens abzielen *Wehowsky* NStZ 2018, 177.

Überprüfung des Hauptverhandlungsgeschehens dicht beieinander. Was der Zeuge oder der Angeklagte gesagt hatte, welche Umstände mündlich in welcher Reihenfolge erörtert worden waren und ähnliches, wusste mit letzter Sicherheit jedenfalls im Detail im Nachhinein häufig niemand mehr. Wer meinte, es genau zu wissen, wurde häufig durch widersprechende Erinnerungen anderer Verfahrensbeteiligter überrascht. Ein exakter Vortrag, der sich in die Formenstrenge des Revisionsverfahrens reibungslos hätte einfügen können, war deshalb in vielen Fällen ohnehin nur schwer möglich. Dieses Defizit betraf zwar das *Können*, nicht das *Dürfen*. Es lag aber nahe, aus dem fehlenden *Können* ein Verbot abzuleiten, um Diskussionen über den wirklichen Inhalt des dem Revisionsgericht unbekannten Hauptverhandlungsgeschehens auf effiziente Weise abzukürzen. Was nicht bewiesen werden *kann*, *darf* das Revisionsgericht nicht interessieren. Mit Blick auf die Ergebnisse der empirischen Sozialforschung, die eine selektive Wahrnehmung bei allen Verfahrensbeteiligten belegen,[79] war dieses Vorgehen konsequent.[80] Auch Verfahrensbeteiligte mit gutem Willen waren jedenfalls häufig[81] nicht in der Lage, den Inhalt der Hauptverhandlung auf so exakte Weise mitzuteilen, dass die Entscheidungsgrundlage des Revisionsgerichts das gleiche Maß an verbindlicher Richtigkeit hatte wie die Urteilsurkunde. Da lag es nahe, direkt im Wege der

---

79 Vgl. bspw. *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3; BGH NStZ 2024, 177 mAnm *Eisenberg* NStZ 2024, 180.

80 Aus diesem Grund löste auch der Ansatz von *Wilhelm*, der das Recht der Glaubhaftmachung entsprechend anwenden wollte, das Problem nicht, weil die Glaubhaftmachung von Verfahrensbeteiligten, etwa anwaltliche Versicherungen, jedenfalls bei nicht dokumentierten komplexen Abläufen nur bedingt aussagekräftig sind, vgl. *Wilhelm* ZStW 117 (2005), 143 ff.

81 Dies gilt wohl nicht in den Fällen, in denen die Verteidigung ein Steno-Protokoll anfertigen ließ. Nicht von dem hier skizzierten Argument erfasst waren auch solche Vorgänge, die bereits durch den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung als verfahrensfehlerhaft hätten identifiziert werden können, vgl. etwa das Beispiel bei *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215 ff.

Beweisantizipation kategorisch festzuhalten, dass sich das Revisionsgericht vom Verfahrensverstoß grundsätzlich nicht überzeugen könne.[82] Dies führte zu der gelegentlich zu beobachtenden Aussage, dass dem Revisionsgericht die Kompetenz fehle, über den Inhalt der Hauptverhandlung eine Entscheidung zu treffen. Was nicht mit letzter Verlässlichkeit berichtet werden *konnte*, das *durfte* auch nicht zum Gegenstand des formalisierten Revisionsverfahrens werden. Dass diese Lösung der ein oder anderen Verteidigerin brachial und mit Blick auf den Grundrechtsschutz des Angeklagten unzumutbar anmutete, ist wenig überraschend. Die Kritik der Verteidiger war immer dann besonders leicht nachvollziehbar, wenn das in Streit stehende Hauptverhandlungsgeschehen tatsächlich oder vermeintlich wenig komplex oder besonders genau durch Verfahrensbeteiligte dokumentiert war.

Auch Kritiker des Rekonstruktionsverbots erkannten indes an, dass Nachweisprobleme ein veritables Problem aus Sicht des Revisionsgerichts waren.[83] Sie forderten gerade deshalb die Dokumentation der Hauptverhandlung; ohne Beweisschwierigkeiten wäre, so ihr Verständnis, dem Rekonstruktionsverbot der Boden entzogen.[84]

Ist das Problem damit im Moment der Einführung einer Audiodokumentation der Hauptverhandlung gelöst? Ist die Kompetenzfrage letztlich ausschließlich eine Frage der technischen Bereitstellung verlässlichen Materials für das Freibeweisverfahren?

---

82 *Frisch* in SK, StPO, 5. Aufl. (2018), § 337 Rn. 79 ff.; *Wohlers* in SK, StPO, 5. Aufl. (2018) § 352 Rn. 17. Vgl. auch *Bartels*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 13, 41 ff., 45, 55, 58, 110, 237, 260, 276, 339.

83 *Schäfer* StV 1995, 147, 155 f.; *Eschelbach* in Festschrift für Widmaier (2008), S. 127 ff.

84 Vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 116 ff.; *Fezer* in Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 96 ff.

Angesprochen ist damit die verfassungsrechtliche Frage, ob sich aus der in § 337 StPO gesetzlich angeordneten Trennung von Tatsachen- und Rechtsinstanz ein Verbot aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG für das Revisionsgericht ergeben kann, sich mit dem Inhalt der Hauptverhandlung zu befassen. Diese Frage stellt sich die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht in den Fällen, in denen die Darlegung ausgewählter Vorgänge in der Hauptverhandlung ausdrücklich verlangt wird, um einer Verfahrensrüge zum Erfolg zu verhelfen. Dies zeigt indes nur, dass aus Sicht der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung die Entscheidung über die Reichweite der eigenen Kompetenz, die Einhaltung von Verfahrensrecht zu überprüfen, kein Problem des gesetzlichen Richters ist. Diese Annahme ist nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter als Justizgrundrecht kommt nämlich ohnehin nur in Betracht, wenn der Angeklagte in diesem Grundrecht verletzt sein könnte. Dies wird nur bei zum Nachteil des Angeklagten eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft oder der Nebenklage der Fall sein. Aber auch im Übrigen liegt eine Verletzung der Kompetenz des Tatgerichts durch eine bloße Rekonstruktion des Revisionsgerichts von Inhalten der Hauptverhandlung regelmäßig fern. Die reine Feststellung eines prozessualen Geschehens, das daraufhin untersucht werden soll, ob es Rechte eines Prozessbeteiligten verletzt hat, kann niemals als Übergriff des Revisionsgerichts in eine ausschließliche Sphäre des Tatgerichts gewertet werden. Dies gilt jedenfalls so lange, wie das Revisionsgericht von einem Wahrheitsbegriff ausgeht, der eine prinzipielle Unterscheidung von tatsächlichen Geschehnissen und ihrer Beschreibung beinhaltet.[85]

---

[85] Das Strafprozessrecht legt also eine Korrespondenztheorie der Wahrheit zugrunde (Aussagen sind wahr, wenn sie mit den Tatsachen der objektiven Welt, also der Wirklichkeit, übereinstimmen). Epistemologisch kann man andere Ansätze für richtig halten. Für Zwecke des Strafprozesses wäre es indes ein praktisch kaum mögliches Unterfangen, z.B. grundsätzlich konstruktivistische Ansätze zu verfolgen. Das heißt nicht, dass ggf. für vorgelagerte Fragen innerhalb des Strafprozesses immer ein korrespondenztheoretischer Ansatz erforderlich wäre. Es kann z.B. im Rahmen der Würdigung einer Zeugenaussage eine wichtige Rolle spielen, dass aus kognitionspsychologischer Sicht Wahrnehmung immer konstruiert ist. Das Urteil

Die Feststellung, was in der Hauptverhandlung vor dem Tatgericht passiert ist, ist ein rein deskriptiver Akt. Er beschreibt ein im Wesentlichen sprachlich vermitteltes Handeln verschiedener Personen. Soweit es um eine bloße Wiedergabe des gesprochenen Wortes geht, ist damit zwar keineswegs der kommunikative Gehalt der prozessualen Interaktionen erschöpfend wiedergegeben. Weder erfasst die Beschreibung die Tonlage noch Mimik und Gestik noch sonstiges non-verbales Verhalten des Sprechenden oder seines Publikums. Dies alles führt indes nicht dazu, dass die verlässlich durch eine Audioaufnahme belegte Feststellung, was gesprochen wurde, dadurch zu einem wertenden – und damit beweisrechtlich unter Umständen ambivalenten – Akt wird. Die Feststellung des gesprochenen Wortes bleibt auch dann ein deskriptiver Akt, wenn sie unterschiedlich interpretiert werden kann und wenn ihr nicht verbal vermittelter Kontext ihr einen Bedeutungsgehalt beilegen, den verschiedene Teilnehmer oder Beobachter unterschiedlich bewerten mögen.

Es kann und muss unterschieden werden zwischen deskriptiver und wertender Ebene. Dass die Deskription eines tatsächlichen Hauptverhandlungsgeschehens – wie im Übrigen jeder Akt der Beschreibung – schon aus theoretischen Gründen als ausschnittsweise Reproduktion des originären Geschehens niemals dasselbe sein kann wie das Original, heißt nicht, dass eine für die praktischen Zwecke des Freibeweisverfahrens ausreichende Sicherheit mit der Bereitstellung einer Audio-aufzeichnung in Frage gestellt wäre. Soweit Ambivalenzen in Sprache oder Ausdruck, technische Störungen oder Widersprüche im gesprochenen Wort hervortreten, oder sich aus belastbaren sonstigen Beweismitteln ergibt, dass der Inhalt des gesprochenen Wortes seinem Sinn ganz oder teilweise nicht entspricht (z.B. Ironie), wird es sich um Ausnahmekonstellationen handeln. In solchen Ausnahmekonstellationen wird man sich darüber Gedanken machen müssen, ob und inwieweit der Beweiswert der sprachlichen Aufzeichnung erschüttert sein kann. Auch wird die non-verbale

---

muss indes aus rechtlichen Gründen unter der Prämisse eines Sachverhalts stehen, der objektiv wahr, d.h. real ist.

Kommunikation und die mögliche Infragestellung verbalisierter Kommunikation für die Konkretisierung der Rügeanforderungen im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO eine Rolle spielen. Regelmäßig wird dem aufgezeichneten Wort jedoch die gleiche beweisrechtliche Dignität zukommen wie nach geltendem Recht dem Inhalt einer Urkunde oder einer Protokollierung nach § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO.

Lassen sich aber deskriptive und wertende Ebene bei der Beleuchtung eines Geschehens in der Hauptverhandlung – wie sonst auch – sowohl theoretisch als auch praktisch voneinander trennen, ist jedenfalls mit Beginn einer vollständigen Audio-Dokumentation der Hauptverhandlung kein Raum mehr für das Argument, die Erhebung und die Würdigung von Beweisen sei dergestalt miteinander verwoben, dass sich eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung als usurpatorischer Eingriff in die Beweiswürdigung des Tatgerichts darstelle.[86] Die Aufgabe der Revisionsinstanz zur rechtlichen Überprüfung des Tatgerichts ist damit klar von der Aufgabe des Tatgerichts getrennt, den Lebenssachverhalt unter Beachtung der prozessualen Vorgaben festzustellen und ihn einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

Ein Eingriff in die kompetenzrechtliche Sphäre des Tatgerichts kann bereits logisch nicht stattfinden, wenn ein Verfahrensvorgang bloß beschrieben wird. Die Beschreibung selbst mag zwar die Grundlage dafür bilden, sich zum Beispiel mit der erschöpfenden Würdigung eines Beweismittels oder Widersprüchen zwischen Beweismitteln, die sich nicht aus den Urteilsgründen ergeben, zu befassen. Dies betrifft indes einen zweiten Schritt, der im Einzelfall – wie bei der Sachrüge – dem Tatgericht einen Spielraum lassen kann. Dieser Spielraum kann aber nur dort eröffnet sein, wo das Tatgericht durch seine

---

86 Vgl. *Herdegen* in Festschrift für Salger (1995), S. 301, 313 f.; *ders*. StV 1992, 590, 593; vgl. dazu darstellend *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 128 ff. Dass Wahrnehmung und Würdigung manchmal nahe beieinander liegen, macht sie so wenig ununterscheidbar wie die Dämmerung von Tag und Nacht, vgl. *von der Meden* NStZ 2018, 77, 79 Fn. 20.

Verfahrensführung und Beweiswürdigung innerhalb der ihm gesetzten Grenzen bleibt. Glaubt das Tatgericht zum Beispiel dem Zeugen A nicht, weil es nach Bewertung die entgegenstehende Aussage des Zeugen B für überzeugender hält, wird selbstverständlich eine Rüge der Verletzung des § 261 StPO in Zukunft auch dann keinen Erfolg haben können, wenn der gesamte protokollierte Inhalt beider Aussagen in der Revision mitgeteilt würde. Denn eine solche Rüge liefe allein darauf hinaus, die Beweis*würdigung* des Revisionsgerichts an Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Beruht die Würdigung des Tatgerichts indes auf der unzutreffenden Annahme des Tatgerichts, der Zeuge B habe die von dem Zeugen A genannte Aussage verneint, ist die durch den Inhalt des Audio-Protokolls bewiesene Rüge begründet. Das Revisionsgericht greift hier nämlich nicht (in unzulässiger Weise) in die Beweiswürdigung des Tatgerichts ein, sondern es korrigiert seinem gesetzlichen Auftrag gemäß einen Rechtsfehler. Denn die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Sachverhalt, der sich nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung ergeben hat, verletzt nach allgemeiner Auffassung § 261 StPO.[87]

Entscheidend ist damit, ob das Tatgericht den Inhalt der Hauptverhandlung – soweit er eindeutig war – richtig und vollständig erfasst (vgl. § 261 StPO) und alle ihm daraus obliegenden Aufklärungspflichten erfüllt (vgl. § 244 Absatz 2 StPO) hat. Ist dies zu bejahen, können entsprechende Rügen der Verletzung von Verfahrensrecht auch weiterhin keinen Erfolg haben. Dies ist indes keine Frage eines obsolet gewordenen Rekonstruktionsverbots. Es ist der einfachen Tatsache geschuldet, dass ein Revisionsführer unter diesen Umständen keinen Verfahrensverstoß darlegen *kann*.

---

87 *Bartel* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 11; *Tiemann* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 261 Rn. 16; *Velten* in SK, StPO, 5. Aufl. (2016), § 261 Rn. 1, 46. Auch bei der Aufklärungsrüge geht es bei der Darlegung des Verfahrensfehlers nicht unmittelbar um einen Angriff auf die Beweiswürdigung, sondern darum, dass das Tatgericht an Beweisstoff im Dunkeln ließ, was zu würdigen gewesen wäre.

Kann der Revisionsführer hingegen mit Hilfe des Transkripts der Audioaufzeichnung darlegen, dass der zum Urteil führende Prozess unter Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere der §§ 261, 244 Abs. 2 StPO, stattgefunden hat, besteht kein Anlass mehr, die Augen vor diesen Rechtsverletzungen bewusst zu verschließen. Vielmehr wird, ungeachtet der Frage, in welchem Umfang der Gesetzgeber mit der Dokumentation auch eine Änderung des Revisionsverfahrens bewirken wollte, aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Überprüfung auf die zulässig erhobene Verfahrensrüge zwingend sein. Die eindeutig dokumentierte, d.h. bewiesene, und entsprechend den Anforderungen des § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO gerügte Verletzung von Verfahrensvorschriften des Beschwerdeführers zu ignorieren, würde sich für grundrechtsberechtigte Beschwerdeführer als Verletzung ihres Justizgewährungsanspruchs aus Art. 19 Absatz 4 GG und damit einhergehend als Vertiefung des verfahrensrechtlich nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriffs durch das Tatgericht darstellen. Insbesondere scheiden Praktikabilitätserwägungen als Rechtfertigung aus:

c) Das Praktikabilitätsargument

Dass Bedürfnisse der Praktikabilität das Rekonstruktionsverbot auch nach Einführung einer umfassenden Dokumentation der Hauptverhandlung rechtfertigen könnten, ist eine irritierende These. Es ist die Aufgabe der Verwaltung, die Justiz mit den Mitteln auszustatten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Nicht die praktische Notwendigkeit bestimmt das Recht, sondern umgekehrt stellt das Recht Forderungen an das Verhalten, einschließlich der Einrichtung und Aufrechterhaltung von Strukturen, die der Rechtsanwendung dienen. Der Justizgewährungsanspruch des Angeklagten zwingt den Staat also dazu, ausreichende Ressourcen für ein angemessenes Verfahren zur

Verfügung zu stellen. Folgerichtig ist in dem *„Pakt für den Rechtsstaat“*[88] im Koalitionsvertrag der regierungstragenden Fraktionen versprochen worden, die Justiz mit ausreichenden Mitteln zu verstetigen, damit sie in den Ländern personell und technisch in die Lage versetzt wird, ihre Aufgaben auch in Zukunft dauerhaft, effektiv und nachhaltig erfüllen zu können. Wenn die eigentlich, das heißt nach strenger Lesart des Gesetzes erforderlichen Ressourcen nicht zur Verfügung gestellt werden, hilft der Verweis auf eine dazu bestehende Pflicht für die zu erledigenden Aufgaben freilich nicht weiter. Es darf und muss dann zwar auf die Bereitstellung ausreichender Ressourcen gedrängt werden. Aber zugleich müssen grundrechtsschonende Mechanismen entwickelt werden, wie mit dem unzureichenden Status quo umzugehen ist. Der dem Strafrecht unterworfene und Rechtsschutz suchende Einzelne hat einen Anspruch auf den unter den jeweiligen Bedingungen praktisch bestmöglichen Grundrechtsschutz (durch Verfahren).

Die Befürchtung, eine Öffnung des Revisionsverfahrens für dokumentierte Inhalte der Hauptverhandlung werde die Leistungsfähigkeit der Revisionsgerichte sprengen, sollten deshalb nicht nur Angehörige der Justiz, sondern insbesondere auch Verteidiger ernst nehmen. Niemandem wäre damit geholfen, wenn die Abschaffung des Rekonstruktionsverbots dazu führen würde, dass sämtliche Revisionsgerichte (ohne eine nicht zu erwartende Schaffung einer Vielzahl neuer Stellen) auf unabsehbare Zeit hoffnungslos überlastet wären und sich Verfahren über Jahre hinziehen würden.

Diese Gefahr *könnte* drohen, wenn durch die Abschaffung des Rekonstruktionsverbots das Revisionsgericht praktisch zu einer weiteren Tatsacheninstanz würde, weil der gesamte Inhalt der Hauptverhandlung über die transkribierte Audioaufzeichnung dem Revisionsgericht zur Überprüfung aller Einzelheiten der Beweiswürdigung und des Verfahrensganges aufgehalst würde. Insbesondere bei Umfangsverfahren würde die von den Revisionsgerichten zu leistende

---

88 CDU, CSU, SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vom 7. Februar 2018, S. 123.

Aufgabe verheerende Folgen haben, wenn eine Pflicht zur Kenntnisnahme des gesamten Inhalts der Hauptverhandlung etabliert würde.[89] Ein solches Verfahren erschiene auch nicht mehr als Revision, sondern eher als schriftlich geprägtes Berufungsverfahren.[90] Es liefe letztlich auf eine allgemeine Verfahrensrüge unter verbesserten Rahmenbedingungen hinaus und wäre in der Tat kein Revisionsverfahren im ursprünglichen Sinne mehr.

Dass sich eine so verstandene Möglichkeit einer allgemeinen Verfahrensrüge auch aus einer Dokumentation der Hauptverhandlung mit Sicherheit nicht ergeben kann, heißt aber nicht, dass die dokumentierten Ergebnisse der Hauptverhandlung überhaupt keinen Eingang in das Revisionsverfahren finden können, wenn sie durch einen entsprechenden Vortrag nach § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO in das Revisionsverfahren eingeführt werden. Dies impliziert die generelle Zulässigkeit der Öffnung des Urteils für weiteren Vortrag zum Inhalt der Hauptverhandlung. Man kann dies als allgemeine Zulässigkeit der *verfahrensrechtlich ausgeführten Darstellungsrüge*[91] bezeichnen.[92] Mit Blick auf die Rechtsprechung, die bei Urkunden und bei Protokollierungen nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO teilweise bereits in der Vergangenheit eine verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge zugelassen hat,[93] ist diese Erweiterung

---

89 *Hebenstreit* HRRS 2008, 172 (179): *„Überforderung“* des BGH; vgl. auch *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215, 222.

90 Vgl. zu einer *„beschränkten zweiten Tatsacheninstanz“* kritisch *Wehowsky* NStZ 2018, 177, 186 mit Nachweisen zu historischen Vorschlägen einer Änderung des Instanzenzugs.

91 Vgl. zu dieser Terminologie *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 100.

92 Nach verbreiteter Auffassung muss das gesamte dokumentierte Material grundsätzlich für die Revision zur Verfügung stehen, vgl. *Schlothauer* StV 1999, 47 (50); *Beulke* ZStW 113 (2001), 709, 731 f.; *Diemer* NStZ 2002, 16 (19); *Leitner* StraFo 2004, 306 f.

93 BGHSt 38, 14 (16 f.); BGH BeckRS 1993, 1389; BGH BeckRS 2005, 11594; BGH NStZ-RR 2008, 83.

konsequent, weil sich der Beweiswert einer Urkunde, eines ausnahmsweise protokollierten Inhalts nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO und der nach neuem Recht zur Verfügung stehenden transkribierten Audioaufzeichnung nicht voneinander unterscheiden. Die transkribierte Audioaufzeichnung verleiht dem Inhalt der Hauptverhandlung Urkundenqualität, auch wenn sie selbst kein Mittel des Strengbeweises ist[94].

Anders als die meisten Urkunden und – erst recht – ausnahmsweise Protokollierungen nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO besteht das transkribierte Protokoll der Hauptverhandlung aber aus einer Vielzahl von Verfahrensvorgängen, die inhaltlich teilweise gar nicht oder nur lose zusammenhängen. Das transkribierte Protokoll selbst setzt keinen sachlichen Rahmen, der einen Bezug zu einer konkreten Verfahrensvorschrift herstellt, weil es selbst ohne Differenzierung das gesamte Verfahren reflektiert. Eine pauschale Bezugnahme auf das Transkript führt deshalb grundsätzlich zur Unzulässigkeit der Verfahrensrüge. Aus § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO folgt bei der nach neuem Recht zulässigen Rüge einer Verletzung von Verfahrensrecht die Pflicht des Revisionsführers, exakt die Stellen der Hauptverhandlung im Wortlaut mitzuteilen, die er, gegebenenfalls unter Bezugnahme auf das Urteil, zum Gegenstand seines Revisionsangriffs machen will. Es bestehen dann die gleichen Anforderungen, die bereits heute für entsprechende Verfahrensrügen gelten.

Will der Revisionsführer beispielsweise rügen, dass sich das Urteil nicht mit einer entlastenden Aussage eines Zeugen auseinandersetzt oder sie erschöpfend würdigt, muss er die Aussage entsprechend dem Transkript im Wortlaut wiedergeben und die Stelle im Transkript genau bezeichnen. Man wird zudem verlangen können, dass er naheliegende Einwände, die die Belastbarkeit der Aussage in Frage stellen[95] oder die Beschränkung des Tatgerichts auf den aus

---

94 Vgl. BT-Drs. 20/9359, S. 22.

95 Vgl. zum Vortrag von Negativtatsachen *Ventzke/Mosbacher* NStZ 2008, 262 ff. u.a. mit Verweis auf die Monographie von *Ritter*, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung einer Verfahrensrüge (2007).

dem Urteil erkennbaren Teil erklären könnten, ebenfalls mitteilt, wenn sich nicht bereits aus dem Urteil, aber aus der Hauptverhandlung naheliegende Alternativerklärungen ergeben.[96] Die Rügeanforderungen werden sich an der zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren zur Abstimmung stehenden Vorschrift des § 352 Absatz 3 StPO messen lassen müssen. Aus dem Vortrag muss der Verfahrensmangel ohne weiteres erkennbar sein. Der Revisionsführer muss insbesondere darlegen, dass der vorgetragene Beweisinhalt nicht durch andere Beweisinhalte die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen hat. Dabei kommt es für den zu fordernden Vortrag darauf an, ob und in welcher Weise der vorgetragene Beweisinhalt mit dem restlichen Verfahrensstoff verwoben ist.

Wird mit der Inbegriffsrüge die Verwertung einer Aussage im Urteil angegriffen, die in Wirklichkeit nicht getroffen worden ist, reicht der Vortrag aus, dass der festgestellte Inhalt der Hauptverhandlung nicht existiert. Der Negativ-Beweis ergibt sich dann aus dem Schweigen der Dokumentation. Gleiches gilt, wenn der Revisionsführer vorträgt, eine bestimmte im Urteil in Zweifel gezogene Aussage sei tatsächlich durch den weiteren Verlauf der Hauptverhandlung in keiner Weise in Zweifel gezogen worden. Verhält sich das Urteil dazu, weshalb das Gericht den aus Sicht der Revision unvertretbaren Schluss gezogen hat, muss die Revision auf dieses Beweismittel eingehen. Der Vortrag

---

96 *Mosbacher* StV 2018, 182, 186; *ders*. ZRP 2019, 158, 160 will ebenfalls eine Rügemöglichkeit in der Revision zulassen, schlägt aber vor, diese gesetzlich zu begrenzen auf *„offensichtliche und gravierende Abweichung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt."* Dass für die Entscheidung unwesentliche Punkte nicht erfolgreich gerügt werden können, ergibt sich indes schon aus dem Erfordernis des Beruhenszusammenhangs. Ob eine Beschränkung auf offensichtliche und gravierende Abweichungen praktisch zu einer Arbeitserleichterung der Revisionsgerichte führen wird, dürfte zweifelhaft sein, weil die Grenzen fließend sein werden. Der Gesetzesentwurf geht davon aus, dass die Rüge in der Revision auf Evidenzfälle beschränkt seien solle.

kann indes desto knapper sein, je weniger Substanz die Ausführungen im Urteil haben.

Eine Orientierung können hier die Substantiierungsanforderungen des Zivilprozesses bieten. Aus anwaltlicher Vorsicht wird allerdings zunächst zu empfehlen sein, sich an den Darlegungsanforderungen zu orientieren, die nach der Rechtsprechung des BGH heute für die Rüge gelten, eine im Urteil verwendete Urkunde sei in Wirklichkeit nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden.[97]

Rügt der Revisionsführer hingegen, die Beweiswürdigung sei falsch, weil sich unter Zugrundelegung des tatsächlichen Geschehens in der Hauptverhandlung der vom Tatgericht gezogene Schluss verbiete, ist die Zulässigkeit der Verfahrensrüge zwar nicht mehr ausgeschlossen, aber technisch herausfordernd. Der Revisionsführer steht dann vor einem ähnlichen Problem wie der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren, der einerseits den vollständigen relevanten Inhalt eines komplexen Vorgangs mitzuteilen hat, andererseits aber den zur Entscheidung berufenen Senat nicht mit Überflüssigem belasten darf.[98]

Damit soll nicht einer Übertragung der häufig praktisch nicht mehr handhabbaren Anforderungen aus dem Klageerzwingungsverfahren das Wort geredet werden. Richtig ist jedoch auch für die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge, dass ein gesunder Mittelweg zwischen einem „Zu viel“ und einem „Zu wenig“ gefunden werden muss. Der erforderliche Maßstab ist in diesen Fällen schwer abstrakt zu beschreiben.

Die Funktion des Vortrags ist es, in Ergänzung zu den Urteilsgründen einen vervollständigten Sachverhalt zu präsentieren, der dem Revisionsgericht erlaubt, die Beweiswürdigung auf Grundlage der bestehenden Fallgruppen

---

97 Vgl. zu den strengen Anforderungen etwa OLG Koblenz BeckRS 2011, 20795.

98 Vgl. zu den Anforderungen im Klageerzwingungsverfahren *Wohlers* in SK, StPO, 5. Aufl. (2016), § 172 Rn. 70 ff. m.w.N.

sachlich-rechtlich zu überprüfen. Was insoweit von Relevanz ist und was zu einer ausufernden Darstellung führt, die einer ohne weiteres möglichen Erkennbarkeit des tatrichterlichen Darstellungsmangels entgegensteht, richtet sich naturgemäß nach dem Einzelfall. Für die Zulässigkeit der Rüge wird es ausreichen müssen, dass alle relevanten Tatsachen mitgeteilt und die Auswahl der nach Auffassung des Revisionsführers weiteren von ihm als potenziell relevant erachteten, vom Revisionsgericht indes für überflüssig gehaltenen Tatsachen nicht unvertretbar ist.[99]

Freilich kann auch bei Beachtung dieses Maßstabes bei besonders umfangreichen Verfahren ein Vortrag erforderlich werden, der nicht auf wenigen Seiten zu leisten ist. Dass hingegen eine nicht mehr verkraftbare Ausweitung von entsprechenden Verfahrensrügen zu erwarten wäre, ist eher unwahrscheinlich. Denn darzulegen sind allein die Umstände, die eine Prüfung nach dem etablierten Maßstab der revisionsrechtlichen Überprüfung der Beweiswürdigung erlauben. Bedarf der Vortrag zum Beleg des Darstellungsmangels hunderter Seiten urteilsfremder Ausführungen, wird dies auch in Umfangsverfahren regelmäßig darauf hindeuten, dass in Wirklichkeit kein Rechtsfehler in der Beweiswürdigung, sondern bloß die dem Tatgericht zustehende Beweiswürdigung in ihrem unangreifbaren Spielraum angegriffen wird.[100] Nicht plausibel ist vor diesem Hintergrund, dass in Zukunft ein deutlich höherer Anteil der Verfahrensrügen überhaupt in zulässiger Weise (§ 344 Absatz 2 Satz 2 StPO) erhoben werden wird. Denn der Zugriff auf das transkribierte

---

99 Auch und besonders im Rahmen der Aufklärungsrüge wird dies den Revisionsführer auch bei einer digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung weiterhin vor eine schwierige Aufgabe stellen. Das liegt (bei komplexen Verfahren) in der Natur der Sache, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 348 f.

100 Die *„äußerste Grenze“* ist, worauf *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 325 zu Recht hinweist, dadurch gezogen, dass eine *„vollständige Wiederholung der tatrichterlichen Hauptverhandlung im Wege des Freibeweises nicht möglich erscheint.“*

Hauptverhandlungsprotokoll erleichtert nicht die rechtstechnische Aufgabe des Revisionsführers, die Verfahrenstatsachen darzulegen; er gewährt in erster Linie Zugang zu einem Beweismittel.

Dass bei einer Beibehaltung dieser spezifischen Rügeanforderungen der den Revisionsgerichten vorgelegte Verfahrensstoff deutlich über den heute bereits zu bearbeitenden Verfahrensstoff hinausgehen könnte, ist deshalb insgesamt nicht zu erwarten.[101] Auch insoweit – im Einzelfall auch komplexe und umfangreiche – Sachverhalte aus der Hauptverhandlung dem Revisionsgericht zur Darlegung eines Verfahrensverstoßes vorgelegt werden sollten, können die Staatsanwaltschaften (oder die Verteidigung) im Rahmen ihrer Gegenerklärung (§ 347 Absatz 1 Satz 2 und 3 StPO) ohne Weiteres zur Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorbringens Stellung nehmen, ohne dass dies zu einer praktischen Notwendigkeit der Revisionsgerichte oder Revisionsstaatsanwaltschaften führen würde, sich mit dem übrigen Transkript des Audio-Mitschnitts überhaupt zu befassen.

Soweit *Wehowsky* die Auffassung vertritt, praktisch bestehe häufig wegen verschiedener Sitzungsvertreter bei längeren Hauptverhandlungen keine ausreichende Möglichkeit des Sachbearbeiters, einem unzutreffenden oder unvollständigen Rügevorbringen entgegenzutreten,[102] überrascht dieses. Wenn die Staatsanwaltschaft in ihrem Schlussvortrag in der Lage sein will, ihrer gesetzlichen Aufgabe nachzukommen und den Inhalt der Beweisaufnahme zu würdigen, muss spätestens zu diesem Zeitpunkt ein Staatsanwalt den gesamten

---

101 Soweit in der Anfangszeit mit einem marginal höheren Aufkommen an Rügen gerechnet werden sollte, die sich auf das Transkript beziehen, hat der Gesetzgeber dafür Ressourcen eingeplant, vgl. BR-Drs. 227/23, S. 15.

102 *Wehowsky* NStZ 2018, 177, 184. Allerdings will *Wehowsky* in weniger komplexen Fällen durchaus den Rückgriff auf Verfahrensinhalte zulassen (S. 187). Sein Vorschlag für eine neue Fassung des § 352 Absatz 3 StPO findet sich auch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wieder.

Beweisstoff – auch und gerade in seinen Nuancen – überblicken.[103] Dazu ist eine detaillierte Abstimmung erforderlich, wenn verschiedene Dezernentinnen die Staatsanwaltschaft in der Sitzung vertreten haben.

Soweit im Einzelfall ausschnittsweise Teile der (transkribierten) Audioaufnahme zur Auffrischung der Erinnerung im Rahmen der Gegenerklärung genutzt werden müssen, ist dieser Arbeitsaufwand zumutbar.[104] Die von *Erhard* geäußerte ähnliche Befürchtung, finanziell gut aufgestellte Angeklagte würden zu Hauf Rügen der Verletzung von § 261 StPO auf die dokumentierten Inhalte der Hauptverhandlung stützen, deren Unzulässigkeit nur durch eine von der Staatsanwaltschaft nicht leistbare Gegenerklärung belegt werden könne,[105] ist deshalb ebenso falsch. Sie arbeitet zudem, wie *Wehowskys* Ansicht, mit der vorhersehbar unzutreffenden Prämisse, es müsse in erheblichem Umfang mit Rügen der Revisionsverteidiger gerechnet werden, die aufgrund des Verschweigens offensichtlich relevanter Umstände unzulässig wären. Das wäre kaum zu erwarten. Der bewusst falsche oder bewusst unvollständige Vortrag in der Revisionsbegründung stellt eine Berufsrechtsverletzung dar. Er wäre gut dokumentiert und könnte Anlass zu berufsrechtlichen und gegebenenfalls sogar strafrechtlichen Sanktionen geben.[106] Dass sich das Revisionsgericht, wenn es trotz der vorliegenden Gegenerklärungen, noch Zweifel haben sollte, im Einzelfall mit dokumentierten Inhalten befassen muss, kann –

---

103 Etwas pointierter ließe sich sagen: Wer das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vollständig überblickt, darf als Staatsanwalt keine Verurteilung fordern und muss – solange er sich keine anderslautende Gewissheit verschafft hat – selbst die Aufhebung des Urteils erstreben.

104 Vgl. die Erfahrung des deutschen Richters am IStGH *Schmitt* NStZ 2019, 1, 5: *„Natürlich liest man dann auch Vieles, was für die Entscheidung letztendlich irrelevant ist. Es ist aber weniger als man denken würde, da man als erfahrener Praktiker vor dem Hintergrund der erlebten Hauptverhandlung durchaus in der Lage ist, beim Lesen möglicherweise relevante Passagen relativ rasch herauszufiltern und Irrelevantes beiseitezulassen."*

105 *Erhard* ZRP 2023, 12, 14.

106 Vgl. BRAK-Stellungnahme 1/2010, S. 19.

wie bei der Aufzeichnung von Videovernehmungen – nicht ernsthaft als Hinderungsgrund angesehen werden.[107]

3. Das Ende des Rekonstruktionsverbots: Friktionslose Ergänzung von Verfahrens- und Sachrüge

Das Rekonstruktionsverbot ist in seinem sachlichen Gehalt – der Abgrenzung von Beweiswürdigung des Tatgerichts und Rechtskontrolle des Revisionsgerichts – mit dem neuen Recht nicht vollständig obsolet. Es gewinnt aber erheblich an dogmatischer Klarheit, weil es nur noch die Freiheit der Beweiswürdigung des Tatgerichts in den Urteilsgründen prozessual ergänzt, aber dem Revisionsgericht nicht mehr bereits *a priori* den Blick auf essenziellen urteilsfremden Stoff verweigert. Terminologisch sollte deshalb auf den Begriff des Rekonstruktionsverbots vollständig verzichtet werden. Ein pauschales Verbot, bestimmte Vorgänge aus der Hauptverhandlung zum Gegenstand des Revisionsvortrags zu machen, kann es spätestens mit Beginn der digitalen Dokumentation nicht mehr geben.

Zur Wahrung der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht wird indes auch in Zukunft solchen Rügen der Erfolg versagt bleiben müssen, die mit Hilfe der verfahrensrechtlichen verlängerten Darstellungsrüge ausschließlich darauf abzielen, die rechtsfehlerfreie, das heißt vertretbare Beweiswürdigung anzugreifen. Eine bis ins letzte Detail gehende Überprüfung der tatrichterlichen Würdigung ist damit weiterhin ausgeschlossen, geboten ist indes eine Überprüfung daraufhin, ob die vom Tatrichter gezogenen Schlüsse überhaupt auf dem Inhalt der Beweisaufnahme beruhen können.[108] Der wahre Kern des Rekonstruktionsverbots besteht danach in der einfachen gesetzlich angeordneten Forderung, dass nur solcher urteilsfremder

---

107 Vgl. aber die wenig überzeugenden Ausführungen von *Hofmann* NStZ 2002, 569, 570 f. zur Frage des revisionsrechtlichen Zugriffs auf Videovernehmungen.

108 Vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme (2014), S. 328 f.

Verfahrensstoff für die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatgerichts auf Rechtsfehler zur Verfügung stehen kann, den der Revisionsführer vorträgt und der sich, zum Beispiel mit dem Transkript der digitalen Dokumentation, im Freibeweisverfahren beweisen lässt.

Dabei kann nicht zweifelhaft sein, dass grundsätzlich jeder verbalisierte und damit transkribierte Vorgang Gegenstand einer verfahrensrechtlichen Beanstandung sein kann. Praktisch wird es nur in Ausnahmefällen auf non- oder präverbale Aspekte ankommen,[109] die bei der möglichen Videoaufzeichnung als unmittelbares Beweismittel, bei der obligatorischen Audioaufzeichnung gegebenenfalls nur als mittelbares (durch Verfahrensbeteiligte zum Gegenstand der mündlichen Erörterung gemachtes) Beweismittel zur Verfügung stehen. Während in letztgenannter Konstellation der Beweiswert nicht derselbe sein muss wie bei unmittelbaren Aufzeichnungen des Inhalts der Hauptverhandlung, besteht kein Anlass, die Durchführung eines Freibeweisverfahrens grundsätzlich zu verweigern.

Nicht unproblematisch ist – insbesondere bei fehlender Videodokumentation der Hauptverhandlung – die Behandlung von Objekten des Augenscheins, insbesondere von Foto- und Videoaufnahmen. Während der BGH für die Identifizierbarkeit auf Radarfotos die Inbegriffsrüge seit dem Jahr 1995 zulässt,[110] ist in seiner Rechtsprechung bis heute nicht geklärt, inwieweit bei Videoaufnahmen unter Verweis auf das Rekonstruktionsverbot eine Rüge nach § 261 StPO unzulässig sein könnte.[111] Nach einer in der Literatur verbreiteten

---

109 Aussagepsychologisch kommt es regelmäßig gerade nicht auf non- oder präverbales Verhalten an, vgl. dazu *Rennicke* JuS 2020, 1118 (1122).; *Köhnken* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 60 Rn. 38; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 4. Aufl. (2014), Rn. 223 ff.

110 BGHSt 41, 377= BGH NZV 1996, 157, 158 unter Aufgabe der bis dahin entgegenstehenden Rechtsprechung desselben Senats, vgl. BGHSt 29, 18, 22 = NJW 1979, 2318.

111 BGH BeckRS 2022, 35491; BGH HRRS 2019 Nr. 989; BGHSt 48, 238, 276 = NJW 2003, 2761; vgl. aber BGH, Beschluss vom 19.12.2018 – 4 StR 58/18 –,

Auffassung ist eine Inbegriffsrüge in diesem Kontext grundsätzlich zulässig.[112] Im Gesetzgebungsverfahren wurde allerdings die Bewertung eines auf Video aufgezeichneten hochdynamischen Geschehens als Beispiel für einen Bereich genannt, der nach neuem Recht dem Zugriff des Revisionsgerichts entzogen sein könne.[113]

Auch für die Inbegriffsrüge, die auf eine unvertretbare Behandlung von Videoaufnahmen gerichtet ist, kann indes nichts anderes gelten als für die unvertretbare Behandlung sonstiger dokumentierter Inhalte der Hauptverhandlung. Die schriftsätzliche Verbalisierung des Inhalts der bewegten Bilder in der Revisionsrechtfertigung[114] stellt den Revisionsführer zwar vor eine nicht immer leichte rechtstechnische Aufgabe. Jedenfalls in allen Fällen, in denen der in den Feststellungen mitgeteilte oder zu Grunde gelegte Inhalt des Videomaterials evident falsch ist, weil beispielsweise die identifizierte Person aufgrund der Qualität des Videomaterials nicht wiederzuerkennen ist oder kein Tatwerkzeug abgebildet wird, muss in Fortführung der Leitsatzentscheidung BGHSt 41, 377 die Inbegriffsrüge bereits heute zulässig sein.[115] In diesen Fällen handelt es sich nicht um einen wertenden Schluss des Tatgerichts, den das Revisionsgericht hinzunehmen hätte, sondern um eine rechtsfehlerhafte Behauptung einer tatsächlich nicht bestehenden Tatsachengrundlage, die eine

---

Rn. 23, juris; BGH BeckRS 2024, 4227, die bei Vorlage der Aufzeichnung die Rüge jedenfalls für zulässig halten; erforderlich ist bei einer Videovernehmung zumindest der Vortrag, dass das Transkript dem Original entspricht, vgl. BGH NStZ 2023, 758 Rn. 7. Vgl. zur Inbegriffsrüge bei Augenscheinsobjekten *Mosbacher* JuS 2023, 131 (133 f.); *ders*. JuS 2020, 128 (132); *ders*. JuS 2019, 766 (769 ff.) mwN.

112 Meyer-Goßner/*Schmitt*, 67. Aufl. 2024, StPO § 255a Rn. 13; *Diemer* NStZ 2002, 16, 19 f.; *Schlothauer* StV 1999, 47, 50; vgl. auch OLG Stuttgart NStZ 1986, 41, 42 m. Anm. *Mitsch* NStZ 1986, 377.; vgl. auch *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 61 zu Abbildungen.

113 Vgl. BR-Drs. 227/23, S. 12.

114 Vgl. zu diesem Erfordernis *Mosbacher JuS* 2019, 766, 770; *ders*. StV 2018, 182, 184 f.

115 Vgl. *Mosbacher JuS* 2019, 766, 700.

evidente Verletzung von § 261 StPO ist. Es fehlt in diesen Fällen an einem in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel, das den vom Tatgericht gezogenen Schluss überhaupt ermöglichen könnte.

Die Inbegriffsrüge kann aber bereits heute nicht auf Fälle beschränkt bleiben, in denen der Schluss des Tatgerichts auf Grundlage des Augenscheinsobjekts unmöglich ist. Sie muss auch dann durchgreifen, wenn sich der Schluss nach allgemeinen sachlich-rechtlichen Grundsätzen als nicht mehr vertretbar erweist, weil er sonstige dem Tatgericht aufgegebene Grenzen der zulässigen Beweiswürdigung verletzt.[116] Bereits heute führt die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge, deren verfahrensrechtlicher Teil beweisbar ist, zu einem systematisch kohärenten Gleichlauf von Sach- und Verfahrensrüge.

Anders als teilweise insinuiert wird,[117] ist damit – auch bei der mit Beginn der digitalen Dokumentation für alle Hauptverhandlungsinhalte zulässig werdenden verfahrensrechtlich verlängerten Darstellungsrüge – keineswegs die Differenzierung zwischen Tatsachen- und Rechtsinstanz aufgehoben. In Wirklichkeit handelt es sich aus revisionsrechtlicher Sicht um eine beachtliche, aber auch keine systemsprengende Änderung. Die (allgemeine) verfahrensrechtliche Erweiterung der sachlich-rechtlichen Prüfung des Urteils ist systematisch einleuchtend. Die sachlich-rechtliche Prüfung des Urteils ist nämlich, soweit sie durch *„parate Beweismittel“*[118] verfahrensrechtlich verlängert werden kann, nicht mehr davon abhängig, was das Tatgericht für relevant hält und zum Gegenstand seiner Erörterungen macht, sondern was für die richtige Entscheidung relevant *ist*. Insoweit handelt es sich allerdings auch revisionsrechtlich um einen legislativen Meilenstein in der Fehlerkultur der Strafjustiz. Dass ein vernünftiger Umgang mit Fehlern so heftigen Widerstand von einigen

---

116 So im Ergebnis auch *Diemer* NStZ 2002, 16 (19 f.); a.A. *Hofmann* NStZ 2002, 569, 570 f.

117 Vgl. *Rebehn* DRiZ 2020, 42, 43.

118 *Herdegen* StV 1992, 590, 596.

Richtern erfährt, ist dem gewöhnlichen Rechtsunterworfenen kaum vermittelbar. Er muss sich als potentiell Beschuldigter darauf verlassen dürfen, dass sein bewiesener Vortrag, der im Zusammenspiel mit dem Urteil einen Rechtsfehler in der Beweiswürdigung aufzeigt, nicht ungehört bleibt.

Auch die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge gibt dem Revisionsgericht indes – naturgemäß – nur dort Zugriff auf die Beweiswürdigung, wo Rechtsfehler zu beanstanden sind. Die konkrete Schlussfolgerung bei mehreren möglichen Schlüssen bleibt deshalb auch außerhalb der im Urteil mitgeteilten Umstände alleinige Aufgabe des Tatrichters. Überschreitet der Tatrichter indes seinen Spielraum, weil sich der gezogene Schluss aufgrund der Beweisaufnahme als nicht mehr vertretbar erweist, gebietet es das neue Recht, die Rekonstruktion der Hauptverhandlung zuzulassen, um diesen Fehler zu korrigieren. Die Beachtung der insbesondere von § 261 und § 244 Absatz 2 StPO konturierten Form gewinnt so ihre volle freiheitsschützende Wirkung. Dies ist richtig, denn Form und Gerechtigkeit im Sinne einer richtigen Entscheidung auf Grundlage eines wahren Sachverhalts sind nicht zwei voneinander getrennte Bereiche. Das Verfahrensrecht steht *„gleichrangig neben der Gewährleistung der richtigen Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts“*[119], gerade weil nur die Beachtung der gesetzlichen Form objektive Willkür verhindern kann und dadurch im gleichrangigen Zusammenspiel mit dem materiellen Recht der Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit dient.[120] *„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.“*[121]

---

119 *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 326.

120 *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 327.

121 *Jhering*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 2. Aufl. (1869), S. 456.

VI. Schlussfolgerung

Der Standard der Dokumentation im deutschen Strafverfahren in den erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten bewegt sich, gemessen an den vorhandenen technischen Möglichkeiten, auf einem in vielerlei Hinsicht primitiven Standard.[122] Für diejenigen, die mit dem deutschen Strafverfahrensrecht nicht vertraut sind, mutet es unverständlich an, dass eine inhaltliche Fixierung des Gegenstandes der Beweisaufnahme nicht stattfindet.

Innerhalb der Europäischen Union ist eine Inhaltsdokumentation der Hauptverhandlung Standard. Nicht überall erfolgt das bislang digital. Aber ein Protokoll, in dem nur festgehalten wird, zu welcher Uhrzeit die Zeugin gekommen ist, wann sie gegangen ist und wie sie belehrt wurde, gibt es praktisch nirgends.[123]

Die durch die wechselhafte wie umstrittene Rechtsprechung zum sog. Rekonstruktionsverbot herbeigeführte Situation ist misslich und ließe sich erheblich entschärfen, käme man den Vorschlägen nach einer Dokumentation der Hauptverhandlung nach. Vorgänge in der Hauptverhandlung könnten damit in zuverlässiger Form festgehalten werden.

Ein wesentlicher (Schein-)Grund für das Verbot der Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung liegt im Dokumentationsdefizit der Beweisaufnahme und damit verbundenen Nachweisschwierigkeiten. Dieser Grund würde mit der Existenz einer umfassenden, in ihrer rechtlichen Wirkung dem Protokoll vergleichbaren Aufzeichnung entfallen.

---

122 *Salditt* StraFo 1990, 54ff.; *ders*. in Festschrift für Meyer-Goßner (2001), S. 469, 470, 475, 480; *Maeffert* in Festschrift für Richter II (2006), S. 386; *Wilhelm* ZStW 117 (2005), 143; *Gaede* StraFo 2007, 29, 31; *Pauly* in Festschrift für Hamm (2008), 557, 558 ff.; *Döhmer* SVR 2009, 47, 48 ff.

123 *Galen*, Wortprotokoll der 69. öffentlichen Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11. Oktober 2023, S. 7.

GERWIN MOLDENHAUER

Befangenheit und Ausschluss des Staatsanwalts oder „Hätten Sie den mit in die Sitzung genommen?“

A. Einleitung

Den verehrten *Jubilar* durfte ich schon während meiner Referendarausbildung in Hamburg Anfang der 2000er-Jahre kennenlernen. Klarstellend im Hinblick auf die Überschrift: Er hat mich zu sehr vielen Hauptverhandlungen mitgenommen, einschließlich einer Revisionshauptverhandlung des 5. Strafsenats des BGH in Leipzig.[1] Eine Zeit noch ohne VerständigungsG[2], aber mit reichlich Absprachen, Verständigungen oder Deals. In den vielen Diskussionen mit dem verehrten *Jubilar* ging es auch um die in der Praxis gelebte, in § 160 Abs. 2 StPO verankerte Objektivität der Staatsanwaltschaft sowie – ganz grundsätzlich – das Verständnis von Aufgabe und Funktion der (deutschen) Staatsanwaltschaft. Es kamen Fragen wie die folgenden auf: Darf der Staatsanwalt – oder muss er sogar – taktisch agieren, um den staatlichen Strafanspruch erfolgreich durchzusetzen? Wie weit darf die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung bereits von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein?

---

1 Damals noch unter dem Vorsitz von Frau VRiBGH a. D. Prof. *Monika Harms*, die später von 2006 bis 2011 Generalbundesanwältin war, vgl. https://www.generalbundesanwalt.de/DE/Wir-ueber-uns/MonikaHarms/MonikaHarms-node.html.

2 Die strafprozessuale Verständigung (§ 257c StPO) wurde erst 2009 durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eingeführt (BGBl. I, 2352).

Wenn das Verhalten des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung in den Gesprächen zwischen dem Jubilar und mir kritisch thematisiert wurde, was nicht selten der Fall war, betraf es häufig dessen Passivität, beispielsweise wenn keine (substantiierte) Stellungnahme zu Anträgen der Verteidigung abgegeben oder die Staatsanwaltschaft ihrer Wächterfunktion nicht hinreichend gerecht wurde. Fragestellungen aus dem Formenkreis der Befangenheit oder des gesetzlichen Ausschlusses betrafen hingegen den Richter und nicht den Staatsanwalt. Hätten wir vergleichbare Fälle gehabt wie diejenigen, die Anlass dieses Beitrags sind, hätten wir sie ganz sicher sehr intensiv diskutiert.

Der BGH musste sich im letzten Jahr gleich zweimal mit der Frage befassen, ob bei einem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft die Besorgnis einer Befangenheit besteht, beziehungsweise ob der Staatsanwalt gar ausgeschlossen war. Das wäre jetzt nicht unbedingt Anlass für diesen Beitrag, wenn es die in der Rechtsprechung als geklärt angesehene Frage beträfe, nämlich in welchem Umfang der Staatsanwalt einerseits als Sitzungsvertreter und anderseits als Zeuge in der Hauptverhandlung agieren, er also wegen der Einnahme einer anderen prozessualen Rolle als befangen gelten kann.[3] Dieser Rollenkonflikt führt im Einzelfall immer wieder zu Diskussionen. In den beiden jüngeren Entscheidungen ging es aber um eher ungewöhnliche Fälle, nämlich um eine Staatsanwältin, die sich im Schlussvortrag gewissermaßen selbst für befangen erklärte und einen Staatsanwalt, gegen den im Zusammenhang mit der Tat, die Gegenstand der Hauptverhandlung war, in der er auch die Sitzungsvertretung für die Staatsanwaltschaft wahrnahm, ermittelt wurde.

B. Der Staatsanwalt als Zeuge

Zunächst sei die Situation des *„Zeugen-Staatsanwalts“* in Erinnerung gerufen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein Staatsanwalt, der in der

---

[3] Dazu unten B.

Hauptverhandlung als Zeuge vernommen worden ist, insoweit an der weiteren Wahrnehmung der Aufgaben als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung gehindert, als zwischen dem Gegenstand seiner Zeugenaussage und der nachfolgenden Mitwirkung an der Hauptverhandlung ein unlösbarer Zusammenhang besteht.[4] Eingehender hat sich zuletzt der 1. Strafsenat 2018 mit der Problematik des *„Zeugen-Staatsanwalts"* befasst. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Verfahren war der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft als Zeuge zu früheren Vernehmungen des Hauptbelastungszeugen gehört worden und hielt anschließend in der nämlichen Sache den Schlussvortrag. Der Senat hielt das Vorgehen der Staatsanwaltschaft auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung für unzulässig und hat das Urteil auf die entsprechende Verfahrensrüge aufgehoben.[5] Eine weitere Mitwirkung an der Sitzungsvertretung sei nur möglich, soweit sich die Aufgabenwahrnehmung in der Hauptverhandlung inhaltlich von der Erörterung und Bewertung der eigenen Zeugenaussage trennen lasse.[6] Das Schrifttum teilt diese Sicht ganz überwiegend.[7] Umstritten ist lediglich deren rechtliche Herleitung im Einzelfall, namentlich ob eine – vom BGH abgelehnte – Analogie zu § 22 Nr. 5 StPO in Betracht kommt oder ob sich die vorgenannte Einschränkung aus dem Fairnessgedanken oder der Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) ergibt. Auswirkungen kann das auf das Revisionsverfahren haben, insbesondere auf die dort gesondert zu prüfende

---

4 BGH, Urteil v. 13. Juli 1966 – 2 StR 157/66, BGHSt 21, 85, 89 f., vgl. auch BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 12), NStZ 2019, 234, 235; v. 14. Dezember 2018 – 4 StR 550/17; Urteil v. 19. Oktober 1982 – 5 StR 408/82 sowie schon RGSt 29, 236; vgl. auch *Schneider* NStZ 1994, 457.

5 BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 11 ff.), NStZ 2019, 234, 235.

6 BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 12), NStZ 2019, 234, 235.

7 MüKo/StPO-*Maier*, 2. Aufl. (2023), vor § 48 Rn. 14 ff.; SK/StPO-*Wohlers*, 6. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 10 ff., *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989); *Frisch* in FS Bruns (1978), S. 385; *Pfeiffer* in FS Rebmann (1989), S. 359.

Beruhensfrage (§ 337 Abs. 1 StPO).[8] Der 1. Strafsenat hat in der geschilderten Entscheidung angenommen, dass das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensfehler beruhte. Für den Tatnachweis waren die durch Vernehmung des Staatsanwalts eingeführten Angaben des Hauptbelastungszeugen und deren Glaubhaftigkeit von ausschlaggebender Bedeutung. Dass die Ausführungen des Staatsanwalts – in der Beweiswürdigung – Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts hätten haben können, sei jedenfalls nicht auszuschließen gewesen.[9]

Bei den Staatsanwaltschaften werden wohl einhellig die ermittelnden *„Zeugen-Staatsanwälte“* aufgrund ihrer Sachkompetenz zum Sitzungsvertreter bestimmt, auch wenn grundsätzlich die Gefahr besteht, dass dem Angeklagten dadurch unter Umständen die Möglichkeit eröffnet wird, mit Hilfe geeigneter Beweisanträge den mit der Sache von Anfang an befassten und deshalb eingearbeiteten Staatsanwalt aus dem Verfahren zu entfernen.[10] Ein solcher Beweisantrag ist nicht grundsätzlich rechtsmissbräuchlich und könnte im Fall des Rechtsmissbrauchs gegebenenfalls auch nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO beschieden werden. Soweit ersichtlich musste der Bundesgerichthofs sich noch nicht mit einem Rechtsmissbrauch durch den Anklagten im Zusammenhang mit einem *„Zeugen-Staatsanwalt“* befassen. Die Anforderungen an die Feststellung eines solchen Rechtsmissbrauchs wären mit Sicherheit hoch. Die staatsanwaltschaftliche Praxis kompensiert das Problem, dass mit der Zeugenvernehmung des Sitzungsvertreters insbesondere in Komplexverfahren ein herber Wissensverlust für die Staatsanwaltschaft einhergeht, dadurch, dass der *„Zeugen-Staatsanwalt“* nach seiner Vernehmung als Gehilfe des (neuen)

---

8 Vgl. dazu BeckOK/StPO-*Cirener*, 56. Ed. (2025), § 22 Rn. 35; *Stuckenberg*, JR 2019, 160.

9 BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 15), NStZ 2019, 234 (236).

10 Vgl. BGH, Beschluss v. 31. Juli 2018 – 1 StR 382/17 (Rn. 13) sowie BGH, Beschluss v. 29. April 1989 – 1 StR 97/89 (Rn. 10).

Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft an der Sitzung teilnimmt oder dass von Beginn an neben dem *„Zeugen-Staatsanwalt“* ein weiterer Staatsanwalt den Sitzungsdienst wahrnimmt.

C. Der befangene oder ausgeschlossene Staatsanwalt

Weitere Beispiele für die Befangenheit, die ihren Ursprung nicht in einem Rollen- oder Aufgabenkonflikt des Staatsanwalts haben, sondern im persönlichen Verhalten des Staatsanwalts begründet sind, waren bisher überwiegend theoretischer Natur. Danach liegt ein Befangenheitsgrund vor, wenn der Staatsanwalt sich an der Aufklärung nahe liegender Entlastungsmomente nachhaltig desinteressiert zeigt oder diese gar vereitelt, wenn er ungebührlich eine publizistische Vorverurteilung fördert oder wenn er die Ermittlungen bewusst verschleppt.[11] Mit einer – in den Urteilsgründen nicht mitgeteilten – Äußerung eines Staatsanwalts gegenüber dem Verteidiger des Angeklagten hatte der 1. Strafsenat sich zu befassen. Schon ihrem Inhalt nach konnte die Äußerung die weitere Mitwirkung des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung jedoch nicht ausschließen, da sich die Äußerung nicht gegen den Angeklagten richtete, sondern gegen dessen Verteidiger und gerade die Interessen des Angeklagten im Sinn hatte.[12] In dem Zusammenhang hat der Senat mitgeteilt, zu der Ansicht zu neigen, dass die geltende Strafprozessordnung und die Regelungen des GVG für die Ablehnung eines Staatsanwalts wegen Befangenheit keine rechtliche Grundlage bieten. Es käme allenfalls in Betracht, ein Recht dazu aus allgemeinen Erwägungen über die Struktur des Strafprozesses, der Stellung des Staatsanwalts oder aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens herzuleiten.

---

11 Vgl. bspw. *Arloth* in Festschrift für Roxin (2001), S. 8.

12 BGH, Urteil v. 25. September 1979 – 1 StR 702/78 (Rn. 23)

I. Besorgnis der Befangenheit – „Leipziger Fall“

1. Sachverhalt

Mit den Fragen der Besorgnis der Befangenheit einer Staatsanwältin hatte der 5. Strafsenat sich zu befassen.[13] Der Angeklagte war wegen Körperverletzungsdelikten u. a. durch das Landgericht Leipzig verurteilt, vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen worden. Auf die Angeklagtenrevision wurde ein äußerst befremdlicher Schlussvortrag der Staatsanwältin Gegenstand einer Verfahrensrüge. Die Staatsanwältin und Sitzungsvertreterin erklärte nach sieben Hauptverhandlungstagen vor dem Landgericht Leipzig, an denen auch sechs Fälle der Vergewaltigung gegen den Angeklagten verhandelt wurden, dass sie *„bei Vorwürfen sexualisierter Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen und im konkreten Fall befangen“* sei. Sie *„empfinde“* es als *„unerträglich“,* wenn sich eine Frau *„als Opfer sexualisierter Gewalt im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung kritischen Fragen des Gerichts und der Verteidigung stellen und wegen ihres Aussageverhaltens rechtfertigen müsse“*. Im Hauptverhandlungsprotokoll wurde vermerkt, dass die Vertreterin der Staatsanwaltschaft den Schlussvortrag gehalten habe, sie sei in Fällen häuslicher und sexueller Gewalt als Feministin und persönlich Betroffene befangen. Dies sei jedoch unproblematisch, denn sie lege es hier offen. Mehrfach habe sie, die Sitzungsvertreterin, überlegt, ob sie einen Befangenheitsantrag stelle, davon aber letztlich abgesehen. Das Verhalten der Kammer sei zunächst nicht zu beanstanden gewesen, weil diese der Geschädigten viel Raum für ihre Aussage gegeben habe. Im weiteren Verlauf habe die Kammer die Geschädigte aber kritischer betrachtet als manchen Zeugen. Daher möge sich die Kammer des *Confirmation Bias* ebenso bewusst sein, wie sie ihre Befangenheit offengelegt habe. Die Staatsanwältin beantragte u. a. hinsichtlich eines Vergewaltigungsvorwurfs eine Verurteilung, hinsichtlich

---

[13] BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 = NStZ 2025, 313 = StV 2025, 157.

der weiteren von der Anklage umfassten fünf Fälle der Vergewaltigung einen Freispruch. Der Vorsitzende hat im Rahmen der dienstlichen Erklärung angegeben, dass das Verhalten der Staatsanwältin in der Sitzung im Übrigen von Gesetzes wegen nicht zu beanstanden gewesen sei.

2. Entscheidung

Der Senat hat die Revision im Beschlusswege nach § 349 Abs. 2 StPO verworfen. Er war sich aber wohl dennoch auch einig, dass es sich um einen grenzwertigen Sachverhalt handelte[14]: Denn ausweislich der Beschlussbegründung habe das Fehlverhalten der Sitzungsvertreterin *noch* nicht ein Ausmaß angenommen, das – gemessen an den hierfür geltenden strengen Maßstäben – einen Verfahrensfehler begründen würde. Zum einen habe die Staatsanwältin trotz der ihren Schlussvortrag einleitenden Vorbemerkung beantragt, den Angeklagten in mehreren Fällen freizusprechen. Da mag man gleich entgegenrufen, aber doch auch in anderen Fällen zu verurteilen. Zum anderen ergebe sich aus der dienstlichen Erklärung des Strafkammervorsitzenden, dass das Verhalten der Staatsanwältin in der Hauptverhandlung im Übrigen nicht zu beanstanden und die Begründung ihrer Schlussvorträge auf der Grundlage der Beweiserhebung vertretbar und nicht offensichtlich von verfahrensfremden Überlegungen bestimmt gewesen sei. Zudem belege die dienstliche Erklärung, dass sich die Strafkammer ihrer Verantwortung für die Gewährleistung des Rechts auf ein faires und justizförmiges Verfahren auch im Hinblick auf die Rolle der Staatsanwaltschaft und deren Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens bewusst gewesen sei. Dass sich die Strafkammer dieser Verantwortung bewusst war, ist sicherlich zutreffend. Die Frage ist aber doch, ob sich die Sitzungsvertreterin *selbst* ihrer Verantwortung und letztlich der Rolle der Staatsanwaltschaft bewusst war. Die Sitzungsvertreterin hat sich im Schlussvortag nicht nur selbst für befangen erklärt, sie hat

---

[14] Vgl. BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 13).

dies auch noch konkret belegt. Dass sie dies auch gegenüber ihrer Behörde erklärt hat, ist unwahrscheinlich, muss letztlich aber offen bleiben. Hätte sie zu Beginn der Sitzung eine vergleichbare Erklärung abgegeben, wäre es dann rechtsfehlerhaft, wenn die Kammer sich nicht um ihre Ablösung bemüht hätte? Aber auch nach dem Schlussvortrag war die Hauptverhandlung noch nicht beendet.[15] Muss die Staatsanwaltschaft nicht auch als objektive Wächterbehörde bei dem Schlussvortrag der Verteidigung und dem letzten Wort (§ 258 Abs. 3 StPO) vertreten sein? Die entscheidende Frage ist dann eher, ob und inwieweit sie an dem Urteil mitwirkte beziehungsweise, ob das Urteil auf der rechtsfehlerhaften Mitwirkung der befangenen Staatsanwältin beruhen konnte. Es wäre aus Sicht eines Staatsanwalts schon ernüchternd, wenn man behaupten wollte, im Rechtssinne sei auszuschließen, dass das Plädoyer (eines befangenen) Staatsanwalts Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts habe. Bei späteren Mitwirkungshandlungen, wie etwa der Abfassung und Einreichung der Gegenerklärung (§ 347 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO) oder der Mitwirkung am Protokollberichtigungsverfahren (vgl. Nr. 161 RiStBV), wird man ein Beruhen anders als beim Plädoyer zweifellos ausschließen können. Der Senat hat im vorliegenden Fall festgehalten, dass das Urteil in einem solchen Fall regelmäßig auf der Rechtsverletzung beruhen (§ 337 Abs. 1 StPO) wird, es sei denn, das erkennende Gericht bringt im Rahmen seiner Verfahrensherrschaft eine Kompensation hierfür zum Ausdruck.[16] Dies kann letztlich in der Obliegenheit münden, bei dem Vorgesetzten des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft auf dessen Ersetzung durch einen anderen Staatsanwalt hinzuwirken und seine Bemühungen in der Hauptverhandlung öffentlich zu machen. Fehlt es an einer Reaktion des Gerichts, wird es nur ausnahmsweise auszuschließen sein, dass sich das einem rechtsstaatlichen Verfahren zuwiderlaufende Verhalten des Sitzungsvertreters in dem Urteil

---

15 Vgl. auch *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 160.

16 BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 10).

zulasten des Angeklagten ausgewirkt hat.[17] Im vorliegenden Fall hat der Senat einen revisiblen Verfahrensverstoß verneint.[18]

II. Ausschluss – „Hannoveraner Fall"

1. Sachverhalt

Nur wenige Monate später musste der 6. Strafsenat sich mit einem noch viel außergewöhnlicheren Fall befassen[19]: In einem Verfahren vor dem Landgericht Hannover wurde dem Angeklagten die Beteiligung an einem international organisierten Bandenhandel mit etwa 14 Tonnen Kokain zur Last gelegt. Vor Eröffnung des Hauptverfahrens hatte der Angeklagte in einer polizeilichen Vernehmung – mit der Stoßrichtung der Aufklärungshilfe – Angaben zu Personen aus dem Bereich von Justiz und Polizei gemacht, die Informationen an Tatverdächtige aus dem gegen ihn geführten Verfahren herausgegeben hätten. Dabei hatte er mitgeteilt, dass er Gespräche in der Justizvollzugsanstalt angehört habe, nach denen der in seinem Verfahren ermittelnde Staatsanwalt S *„Schmiergelder für Informationen und/oder Zusagen erhalten habe"*. Polizeilich wurden einige dieser Angaben als plausibel bewertet und die Staatsanwaltschaft Hannover leitete ein Ermittlungsverfahren gegen S wegen Bestechlichkeit (§ 332 StGB) ein. Auf Anordnung des Ermittlungsrichters ließ die Staatsanwaltschaft die Wohnung des S durchsuchen. Gleichwohl war S – während gegen ihn das Ermittlungsverfahren wegen § 332 StGB im Zusammenhang mit

---

17 Vgl. *Mosbacher* JuS 2025, 131, 132: *„Angesichts der Möglichkeiten eines Staatsanwalts, Einfluss auf die Hauptverhandlung zu nehmen (etwa durch Fragen, Beanstandungen, Beweisanträge, Plädoyer), wird sich ein Beruhen des Urteils auf der Mitwirkung eines befangenen Staatsanwalts kaum ausschließen lassen, es sei denn, das Gericht macht durch seine öffentliche Distanzierung und Ablösungsbitte deutlich, dass es sich von dem Verhalten dieses Sitzungsvertreters bei seiner Entscheidungsfindung nicht beeinflussen lässt."*

18 Kritisch dazu *Kudlich/Nicolai* StV 2025, 159, 161.

19 BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23.

den gegen den Angeklagten erhobenen Vorwürfen anhängig war – Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Einem etwaigen Verfahrensausschluss wollte die Staatsanwaltschaft dadurch entgegenwirken, dass der Abteilungsleiter von S, Oberstaatsanwalt O, ebenfalls mit in die Sitzung kam. O nahm an sämtlichen Sitzungstagen an der Hauptverhandlung teil und übernahm unter anderem die Befragung eines Polizeibeamten zu der Vernehmung des Angeklagten. Den Schlussvortrag – einschließlich der Würdigung einer etwaigen Aufklärungshilfe des Angeklagten – hielt S. O ergänzte – soweit bekannt – den Schlussvortrag seines Kollegen nicht.

2. Entscheidung

Der 6. Senat hat in seinem Urteil die Verfahrensrüge bereits gemessen an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO für unzulässig befunden. Nichttragend erachtete er die Verfahrensbeanstandung aber auch für unbegründet. Der Maßstab für die Beurteilung der Mitwirkung eines ausgeschlossenen Staatsanwalts sei der Grundsatz des fairen Verfahrens. Für sich genommen sei die Mitwirkung eines Staatsanwalts als Sitzungsvertreter, der Beschuldigter (irgend-)einer Straftat sei, nicht geeignet, die Gesamtfairness des Strafverfahrens in Frage zu stellen. Das leuchtet ein. Es kommt auf die konkrete Straftat an.

a) Gefahr des Rechtsmissbrauchs

Der Senat geht in diesem Zusammenhang zunächst auf die rechtsmissbräuchliche Möglichkeit ein, einen missliebigen Staatsanwalt vom Verfahren auszuschließen. Das ist gewissermaßen „täglich Brot“ für die Staatsanwaltschaft, wobei der Schwerpunkt dieser Fälle sich auf die Ermittlungstätigkeit des Staatsanwalts bezieht. Nicht selten quittiert der Beschuldige in einem Verfahren wegen Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 StGB) strafprozessuale Maßnahmen mit einer Strafanzeige wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) gegen den Staatsanwalt. Solche häufig rechtsmissbräuchlichen Strafanzeigen, die gerade auch im sogenannten Reichsbürgermilieu beliebt sind, um den

Staatsanwalt einzuschüchtern, begründen regelmäßig keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO. Sie sind daher im AR-Register einzutragen und es ist kein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Den weit überwiegenden Fällen solcher Strafanzeigen liegt eine unzutreffende rechtliche Würdigung zu Grunde. Etwas anderes ist es, wenn Tatsachen bewusst wahrheitswidrig vorgetragen werden, um den missbilligten Staatsanwalt selbst der Strafverfolgung auszusetzen. Auch ein solcher Vortrag hat nicht die zwingende Folge, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Im Rahmen der Bewertung der zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist eine Würdigung der Beweismittel vorzunehmen. Wenn diese – auch unter Berücksichtigung der Strafandrohung der §§ 164, 145d StGB für den Anzeigenden – offensichtlich nicht der Wahrheit entsprechen, kommt es nicht automatisch zu einer Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den betroffenen Staatsanwalt. In dem hier vorliegenden Hannoveraner Fall lag der Fall indes anders. Der Angeklagte hat S im Rahmen seiner Angaben und Aufklärungshilfe (§§ 31 BtMG, 46b StGB) belastet. Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter haben einen Anfangsverdacht bejaht.

b) Darlegungsanforderungen

Wegen dieser Wechselwirkung zur staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit und einer etwaigen Gefahr des Rechtsmissbrauchs hat der Senat die Anforderungen an die Darlegung im Sinne des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO konkretisiert und kommt im vorliegenden Fall deswegen zur Unzulässigkeit der Verfahrensbeanstandung. Der Senat spricht von dem *„prozessualen Band“* zwischen dem Verfahrensgegenstand des gegen den Sitzungsvertreter geführten Ermittlungsverfahrens und dem in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verhandelten Tatvorwurf. Grundsätzlich ist dem zuzustimmen. Würde beispielsweise gegen S wegen eines Sexualdelikts ermittelt, bräuchte es wesentliche weitere Erkenntnisse, die das Verfahren gegen den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge mit dem

Vorwurf gegen S insoweit verbinden, dass das Verfahren nicht mehr fair wäre. Beispielsweise könnte dies dann der Fall sein, wenn vorgetragen würde, dass die Tochter des Angeklagten Geschädigte in dem gegen S geführten Verfahren sei. In dem Hannoveraner Fall ist das prozessuale Band allerdings offensichtlich, da es die Kehrseite des Tatvorwurfs ist, nämlich die Dienstpflichtverletzung in Form der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) im Zusammenhang mit rechtswidriger Weitergabe von Informationen aus dem gegen den Angeklagten geführten Verfahren. Der Senat fordert hier aber noch weitere, den Tatverdacht begründende Mitteilungen, namentlich den Vortrag zu den – äußerst umfangreichen – Chatnachrichten sowie dem Bemühen der Einsichtnahme in die Akte aus dem Bezugsverfahren.[20]

Neben dem prozessualen Band sind weiter verfahrenssichernde Maßnahmen mitzuteilen, also hier, dass O als weiterer Staatsanwalt S in der Hauptverhandlung begleitet hat, und welche Aufgabe dieser wahrgenommen oder – hier eher – nicht wahrgenommen hat. Nach den Feststellungen des Senats im Sachverhalt war O an allen Hauptverhandlungstagen zugegen und hat unter anderem einen Polizeibeamten zur Vernehmung des Angeklagten befragt. Den staatsanwaltschaftlichen Schlussvortrag hielt allerdings S und nahm damit auch die Würdigung der Angaben des Angeklagten zur Aufklärungshilfe (§§ 31 BtMG, 46b StGB) vor. Die sich aufdrängende Frage ist zunächst, warum der Abteilungsleiter O überhaupt den S noch mit in die Sitzung genommen hat. O übte ja keine verfahrenssichernde Funktion vergleichbar eines „Ergänzungsstaatsanwalts“ aus. Er war als (Ober)Staatsanwalt Sitzungsvertreter in der Hauptverhandlung und der Ausschlussgrund gegen S, nämlich das gegen S geführte Ermittlungsverfahren, bestand fortwährend. Naheliegend – schon im Hinblick auf Gesichtspunkte wie Fürsorge und Ressourcen, aber zuvorderst wegen des Ausschlusses des S – wäre doch gewesen, dass O die Sitzung alleine – oder mit Unterstützung eines anderen Kollegen – wahrgenommen hätte. Dass O Unterstützung gerade durch S brauchte, etwa wegen dessen

[20] Vgl. BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 24).

Kenntnis der durchaus komplexen Akte, ist nicht bekannt, auch nicht naheliegend, da er ja von Beginn der Hauptverhandlung an den staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst verantwortlich wahrnahm und sich entsprechend vorbereiten musste; zudem hätten einzelne Fragen zum Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung – gegebenenfalls durch Rücksprache mit der ermittelnden Polizei – vermittelt werden können. So gesehen mag sich der Leser fragen, ob er selbst S mit in die Sitzung genommen hätte. Ein weiterer Punkt ist, dass O zudem nicht den Schlussvortrag gehalten hat, und zwar auch nicht hinsichtlich der Fragestellung, ob die Voraussetzungen der Aufklärungshilfe nach §§ 31 BtMG, 46b StGB vorliegen.

Der Senat geht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Verfahrensrüge davon aus, dass den Revisionsführer im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren eine Erkundungspflicht trifft, der er gegebenenfalls auch durch Nachfragen beim erstinstanzlichen Verteidiger oder beim Gericht zu genügen hat.[21] Dabei muss der Revisionsführer auch sein Bemühen um Akteneinsicht in das Bezugsverfahren vortragen. Der Senat knüpft dabei an die Rechtsprechung zur Darlegungsanforderungen bei der unzulässigen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten an.[22] Der *Jubilar* sieht diese Rechtsprechung kritisch und weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Bedeutung der Revisionsgegenerklärung nach § 347 Abs. 1 S. 2 StPO hin.[23]

Der Senat hat im konkreten Fall den Vortrag für unvollständig und die Rüge damit unzulässig erachtet. Der Vortrag sei nicht vollständig gewesen, da die Revision in Bezug genommene Chatnachrichten, die den S beträfen und Gegenstand des Bezugsverfahrens seien, nicht mitgeteilt habe. Daher seien der Gegenstand des Verfahrens und eine etwaige Überschneidung mit dem gegen S erhobenen Tatvorwurf nicht hinreichend nachvollziehbar. Bei einem – wie

---

21 BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 23).

22 Vgl. BGH, Beschluss v. 23. November 2004 – 1 StR 379/04, NStZ 2005, 283.

23 *Ventzke* StV 2006, 459, 460.

oben dargestellt – so deutlichen prozessualen Band wirken die Anforderungen an den Sachvortrag überspannt. Der Tatvorwurf, nämlich die Bestechlichkeit im Zusammenhang mit Informationen aus dem nämlichen Verfahren, stand fest. Es kann nicht Aufgabe des Revisionsführers sein, die zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für diesen – bereits ermittlungsrichterlich bestätigten – Tatverdacht darzustellen. Unter welchem Gesichtspunkt soll der Revisionsführer Einsicht in das noch laufende Ermittlungsverfahren gegen S bekommen? Nach § 475 Abs. 1 StPO zur Vorbereitung der Verfahrensrüge in einem anderen Verfahren? Grundsätzlich ist dies möglich. Das „berechtigte Interesse“ im Sinne des § 475 Abs. 1 StPO kann in den Darlegungsanforderungen des Revisionsverfahrens gesehen werden, ist aber im Einzelfall mit der Gefährdung des Untersuchungszwecks im Bezugsverfahren sowie mit den Schutzwürdigen Interessen des Betroffenen abzuwägen (vgl. §§ 479 Abs. 1, 475 Abs. 1 S. 2 StPO). Es würden dann die Grundsätze gelten, die bereits bei der Rüge der Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt durch Ablehnung eines Antrags auf Beiziehung von Akten gelten, nämlich – sofern im Bezugsverfahren die Akteneinsicht gewährt wird – welche Tatsachen sich aus welchen genau bezeichneten Stellen der Akten ergeben hätten und welche Konsequenzen daraus folgten oder – sofern die Akteneinsicht im Bezugsverfahren versagt wird – der Nachweis, dass sich bis zum Ablauf der Frist um Akteneinsicht bemüht wurde, damit die Ausnahme von der an sich nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO bestehenden Vortragspflicht gerechtfertigt und belegt ist.[24] § 147 StPO ist nicht der Maßstab,[25] da die Akten aus dem gegen S geführten Verfahren gerade nicht dem Gericht im Hannoveraner-Verfahren gegen den Angeklagten vorgelegen haben. Eine – im Rahmen der Prüfung der Aufklärungshilfe nicht fernliegende – Beiziehung der Akten des

---

[24] So auch der 6. Senat in BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 23) sowie die st. Rspr., vgl. BGH, Beschluss v. 11. November 2004 – 5 StR 299/03; Beschluss v. 17. Juli 2008 – 3 StR 250/08, NStZ 2009, 51; Beschluss v. 23. Februar 2010 – 599/09, NStZ 2010, 530, 531.

[25] Vgl. auch BGH, Beschluss v. 23. März 2010 – 4 StR 599/09, NStZ 2010, 530, 531.

Bezugsverfahrens würde das Problem der Teilnahme von S am Sitzungsdienst verdeutlichen: S bekäme dadurch faktisch dienstlich Kenntnis von dem gegen ihn wegen § 332 StGB geführten Verfahren – ein befremdlicher Gedanke.

c) Begründetheit

Bei der Begründetheit einer etwaigen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren lehnt der Senat – nicht tragend – zu Recht eine Analogie der für einen Richter geltenden Ausschlussgründe für den Staatsanwalt ab. Gleichwohl kommt er im Ergebnis zu einem vergleichbaren Maßstab für die Staatsanwaltschaft, was sich aus ihrer Wächterrolle, ihrer Pflicht zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) sowie der Tatsache, dass sie als ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege tätig ist, ergibt.[26] Wesentliche Bedeutung komme bei einer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung dem Verdachtsgrad zu. Insoweit kann dem Senat gefolgt werden. Er legt allerdings eine unzutreffende Stärke des Verdachtsgrades zu Grunde. Maßstab muss immer der Anfangsverdacht (§ 152 StPO) sein, also dass ein Ermittlungsverfahren geführt wird. Wenn man – was der Senat suggeriert – einen darüberhinausgehenden Verdacht zu Grunde legen würde, könnte man zugespitzt sagen, dass für den Ausschluss des Staatsanwalts der Maßstab des § 112 StPO gilt, nämlich bis zu seiner Untersuchungshaft kann er an dem Sitzungsdienst teilnehmen. Der Senat will eine Abwägung innerhalb des Anfangsverdachts vornehmen, indem er davon spricht, dass *„kein direkter Tatverdacht“* gegen S bestand, sondern nur vage Anhaltspunkte. Die Strafprozessordnung kennt den Begriff des direkten Tatverdachts nicht. Die vagen Anhaltspunkte hatten die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichter bereits als zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bewertet und eine Durchsuchung für verhältnismäßig erachtet.

---

[26] BGH, Urteil v. 16. Dezember 2024 – 6 StR 335/23 (Rn. 28).

B. Rollenverständnisses der Staatsanwaltschaft

Die Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit oder des Ausschlusses des Staatsanwalts ist untrennbar mit dem Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft verbunden. Historisch ist der Staatsanwaltschaft eine Wächterfunktion zugeschrieben, und zwar sowohl über Recht und Gesetz als auch über die Gerichte. Gerade im Hinblick auf letztere hat das BVerfG die Wächterfunktion der Staatsanwaltschaft im Kontext von Verständigungen (§ 257c StPO) wiederholt betont und die Staatsanwaltschaft geradezu „in die Pflicht genommen".[27] Der BGH hat dies jüngst anlässlich einer von Seiten der Staatsanwaltschaft gerügten richterlichen Befangenheit bekräftigt.[28] Ebenso wie das Gericht ist die Staatsanwaltschaft zur Objektivität (§ 160 Abs. 2 StPO) und zur Wahrung von Recht und Gesetz sowie Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet. Ihr ist die Aufgabe zugewiesen, an der Sicherung der Gesetzmäßigkeit des Verfahrensablaufs und des Verfahrensergebnisses mitzuwirken, und zwar nicht beschränkt auf die erstinstanzliche Hauptverhandlung, sondern auch im Rechtsmittelverfahren, und auch bei Verletzung der §§ 24 ff. StPO.[29] Dass es sich dabei um eine Aufgabe handelt, die nur unbefangen wahrgenommen werden kann, bedarf keiner weiteren Erklärung. Jetzt würde man daher erwarten, dass das Gesetz zur Frage der Befangenheit und des Ausschlusses des Staatsanwalts auf die für den Richter geltenden Regelung verweist. Dem ist aber bekanntlich nicht so. Die Erklärung für diese unbefriedigende Situation liegt in den Wurzeln der Reichsstrafprozessordnung von 1877.

---

27 Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058, 1066; KK/StPO-*Moldenhauer/Wenske*, 9. Aufl. (2023), § 257c Rn. 41.

28 BGH, Urteil v. 09. April 2025 – 1 StR 371/24 (Rn. 30).

29 Vgl. BGH, Urteil v. 25. Oktober 2023 – 2 StR 195/23, BGHSt 68, 74 (Rn. 16 ff.); Urteil v. 09. April 2025 – 1 StR 371/24 (Rn. 30).

Historisch betrachtet wurde eine Regelung nicht für erforderlich, ja für überflüssig gehalten, da überhaupt keine Fälle vorstellbar waren, in denen eine vollumfängliche Wahrnehmung der Wächterrolle der Staatsanwaltschaft durchgreifend in Frage stehen würde. Vielmehr vertraute man darauf, dass dahingehende Defizite bereits im Keim durch die Selbstorganisation der Staatsanwaltschaft erstickt worden wären. Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass die Organisation der Staatsanwaltschaft, insbesondere bestimmt durch die §§ 145, 146 GVG, es gestatte, dass in Fällen, in denen die Ersetzung eines staatsanwaltschaftlichen Beamten durch einen anderen geboten oder – auch nur – wünschenswert erscheine, diese auf Antrag des Gerichts, des Beschuldigten oder jenes Beamten selbst oder auch von Amts wegen durch die vorgesetzte Behörde bewirkt werden könne, ohne dass es eines förmlichen Verfahrens bedürfe.[30] Dass diese Annahme unzutreffend ist, zeigen exemplarisch die beiden dargestellten Sachverhalte.

C. Folgerung

Die Folgerung wird nun aber nicht sein, dass man dem tradierten Strafprozess den Rücken kehrt und sich von dem Rollenverständnis der Staatsanwaltschaft verabschiedet, indem man von einer unauflösbaren psychologisch-institutionellen Befangenheit des Staatsanwalts ausgeht und das Strafverfahren zum Parteiprozess macht.[31]

---

30 Vgl. *Hahn*, Die Gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben (1880), Bd. III, 1. Abt, S. 93; OLG Stuttgart, NJW 1974, 1394; LR-*Siolek*, 27. Aufl. (2016), vor § 22 Rn. 8; *Schneider* NStZ 1994, 457.

31 So *Nowak*, Die institutionelle Stellung des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit, Diss. (2024).

Wegen der bewussten gesetzgeberischen Nicht-Regelung kommt auch keine analoge Anwendung der §§ 22ff. StPO in Betracht.[32] Der allgemeine, in § 65 BBG normierte Rechtssatz, dass eine Amtsperson, die mit Verfahrensbeteiligten bis zu einem bestimmten Grad (§ 52 StPO) verwandt oder verschwägert ist, am Verfahren selbst nicht beteiligt sein kann, gilt – nicht zuletzt vermittelt durch das Gebot der Verfahrensfairness – auch im Strafverfahren, wurde aber eben nicht ausdrücklich für den Staatsanwalt dort geregelt.[33] Formell könnte der Staatsanwalt seine Schwester oder ehemalige Ehefrau anklagen (vgl. aber § 22 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO für den Richter). Das Gesetz vertraut – wie gesagt – aber darauf, dass der Staatsanwalt eine solche Situation anzeigt und er ersetzt wird (§ 145 Abs. 1 Var. 2 GVG). Dass diese Gesetzeslage zumindest unbefriedigend ist, zeigt die Tatsache, dass auf Länderebene teilweise vergleichbare Regelungen der §§ 22 ff. StPO für den Staatsanwalt geschaffen wurden,[34] denen aber § 6 EGStPO entgegensteht, da die Länder mangels Gesetzgebungskompetenz keine Verfahrensvorschriften auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts treffen können, weil diese Materie durch den Bund abschließend geregelt ist (vgl. Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).[35]

---

32 Vgl. BVerfGE 25, 336, 345; BGH, Urteil v. 25. September 1979 – 1 StR 702/78, NJW 1989, 845; Urteil v. 09. Dezember 1983 – 2 StR 452/83, NJW 1984, 1907; Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 7), NStZ-RR 2024, 252; Schmitt/Köhler-*Schmitt*, 68. Aufl. (2025), Vor § 22 Rn. 3; BeckOK/StPO-*Cirener*, 56. Ed. (2025), § 22 Rn. 34; KK/StPO-*Heil*, 9. Aufl., vor § 22 Rn. 1; vgl. auch *Stuckenberg* JR 2019, 160, 163 f.; *Mosbacher* JuS 2025, 131.

33 *Pfeiffer* in Festschrift für Böttcher (2007), S. 363.

34 § 11 AGGVG BW, § 9 AGGVG Bln, § 14 AGGVG LSA, § 95 NJG; vgl. auch *Nowak*, Die institutionelle Rolle des Staatsanwalts im Strafverfahren und deren Auswirkung auf die Möglichkeit der Befangenheit, Diss. (2024), S. 48 ff.

35 KK/StPO-*Heil*, 9. Aufl. (2023), vor § 22 ff. Rn. 1; *Pfeiffer* in Festschrift für Böttcher (2007), S. 359, 365; *Frisch* in Festschrift für Bruns (1978), S. 385, 389 f.

Der Ausschluss des Staatsanwalts oder die Besorgnis der Befangenheit sind als Ausfluss der Wächterfunktion und des Fairnessgedanken zu verstehen. Es bedarf dafür klarer Regelungen, die aber wegen des unterschiedlichen Rollenverständnisses von Richter und Staatsanwalt nicht mit den Regelungen der §§ 22 ff. StPO gleichzusetzen sind. Maßstab ist § 160 Abs. 2 StPO, der ein rechtsstaatliches und faires Verfahren garantiert und damit implizit auch bestimmt, dass ein der Besorgnis der Befangenheit oder des Ausschlusses ausgesetzter Staatsanwalt nicht den staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienst wahrnehmen kann.[36]

Auf Grundlage des Fairnessgedankens hat der BGH in dem Leipziger-Fall die Anforderungen für die Besorgnis einer staatsanwaltschaftlichen Befangenheit konkretisiert. Danach liegt diese vor, wenn *„ein Staatsanwalt seine Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens derartig schwer und nachhaltig verletzt, dass sich sein Verhalten in der Hauptverhandlung aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt*."[37] Damit tariert der Senat auf Grundlage des § 160 Abs. 2 StPO in Abgrenzung zur richterlichen Befangenheit des § 24 StPO die staatsanwaltschaftliche Befangenheit aus. Salopper ausgedrückt könnte man auch sagen, dass gegen einen Staatsanwalt die Besorgnis der Befangenheit begründet ist, wenn aus Sicht eines verständigen Angeklagten der begründete Verdacht entsteht, dass der Staatsanwalt seine Anklage um „jeden Preis retten" will und sich deshalb anderen Sichtweisen nachhaltig verweigert.[38]

Der Ausschluss des Staatsanwalts im Hannoveraner-Fall ist auf Grundlage des Rollenverständnisses der Staatsanwaltschaft zu bejahen. Die Einleitung eines dieselbe prozessuale Tat betreffenden Ermittlungsverfahrens wegen Bestechlichkeit gegen einen Staatsanwalt begründet dessen Ausschluss, da eben

---

36 Vgl. *Arloth* in Festschrift für Roxin (2001), S. 8; *Mosbacher* JuS 2025, 113, 114.

37 BGH, Beschluss v. 18. Januar 2024 – 5 StR 473/23 (Rn. 10), NStZ-RR 2024, 252.

38 Vgl. *Pawlik* NStZ 1995, 309, 311.

zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dahingehend vorliegen, dass die Objektivität nicht gewährleistet sein könnte. Maßstab ist die Tatsache, dass ein solches – den Vorwurf der Bestechlichkeit im Zusammenhang mit derselben Tat betreffendes – Verfahren anhängig ist. Das muss *zumindest* für Ermittlungsverfahren wegen Straftaten im Amt im Zusammenhang mit dem Verfahren gelten, für den der Staatsanwalt den Sitzungsdienst wahrnimmt.

D. Geltendmachung

Da dem Strafprozess die objektive „Wächterrolle" der Staatsanwaltschaft immanent ist, wurde kein formeller Rechtsbehelf zur Ablösung des Staatsanwalts eingefügt. Weder die Prozessbeteiligten noch das Gericht selbst haben ein Recht auf Ablehnung eines ausgeschlossenen oder befangen erscheinenden Staatsanwalts[39], auch wenn dies teilweise gefordert wird.[40]

Eine analoge Anwendung des § 24 StPO kommt wegen dem zuvor Gesagten gerade mangels Regelungslücke nicht in Betracht. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zur Ablösung des Staatsanwalts nach § 23 Abs. 1 EGGVG scheitert, da die Devolutions- und Substitutionsbefugnis des ersten Beamten der Staatsanwaltschaft nach § 145 GVG gerade kein subjektives Recht ist und damit auch keinen Rechtsanspruch begründet.[41] Aus diesem Grund kann auch aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens kein Anspruch auf eine den Staatsanwalt ausschließende gerichtliche Entscheidung hergeleitet werden, da der Grundsatz des fairen Verfahrens insoweit ein entsprechendes subjektives Recht nicht begründet.

---

39 OLG Frankfurt am Main, NStZ-RR 1999, 81; OLG Celle, BeckRS 2016, 18850 (Rn. 6); KK/StPO-*Heil*, 9. Aufl. (2023), Vorbem. §§ 22-31 Rn. 1.

40 Vgl. *Arloth* NJW 1983, 207, 210.

41 KK/StPO-*Mayer*, 9. Aufl. (2023), § 145 GVG Rn. 7; MüKo/StPO-*Brocke*, 2. Aufl. (2025), § 145 GVG Rn. 7.

Es bleibt also nur der „formlose Appell“ an den Dienstvorgesetzten verbunden mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde. Sofern dieser den Sitzungsvertreter dann nicht ersetzt oder – je nach Fallgestaltung – einen weiteren Sitzungsvertreter in die Hauptverhandlung entsendet, bleibt den Prozessbeteiligten lediglich ein Rechtsbehelf gegen das spätere Urteil. Dem Gericht bleiben letztlich nur die Möglichkeiten, das Verfahren auszusetzen oder als letztes Mittel ein (behebbares) Verfahrenshindernis anzunehmen und das Verfahren durch Urteil nach § 260 Abs. 3 StPO einzustellen.

E. Revision

Ist es unter Mitwirkung eines mit dem Makel des Anscheins der Befangenheit oder des Ausschlusses behafteten Staatsanwalts zu einem Urteil gekommen, bleibt – wie in den beiden Beispielsfällen – das Rechtsmittel der Revision. Die für solche Fälle für Richter oder Schöffen vorgesehenen absoluten Revisionsgründe der § 338 Nr. 2 und Nr. 3 StPO finden schon vom Wortlaut keine Anwendung; konzeptionell sichern sie die richterliche Unabhängigkeit ab.[42] Auch der absolute Revisionsgrund der vorschriftswidrigen Abwesenheit des § 338 Nr. 5 StPO greift nicht.[43]

Man gelangt im Revisionsverfahren daher in den Fällen des Anscheins des befangenen oder ausgeschlossenen Staatsanwalts nur zu einer Urteilsaufhebung, wenn das Urteil darauf beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Die rechtsfehlerhafte unterlassene Auswechselung des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung und damit der Verstoß gegen § 150 GVG muss für das Urteil kausal sein. Ausreichend für die Bejahung einer solchen Kausalität ist es, wenn das Urteil ohne

---

42 KK/StPO-*Gericke*, 9. Aufl. (2023), § 338 Rn. 55.

43 BGH, Urteil v. 3. Mai 1960 – 1 StR 155/60, NJW 1960, 1358; KK/StPO-*Gericke*, 9. Aufl. (2023), § 338 Rn. 72; *Pawlik* NStZ 1995, 309, 314.

die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre.[44] Ins Gewicht fällt zunächst, dass kein rechtsfehlerhaftes Verhalten des Gerichts selbst in Rede steht. Denn auch wenn man – wie es in der Entscheidung des 5. Senats im „Leipziger-Fall" angedeutet wird – auf eine *„Verletzung einer Vorschrift über das Verfahren durch Unterlassen"* abstellt, bleibt die Frage, worin denn eigentlich die gebotene gerichtsseitige Handlung bestanden haben soll, deren Nichtvornahme eine Vorschrift über das Verfahren verletzt hätte. Namentlich hat das Gericht selbst doch – wie dargestellt – keine verfahrensrechtlich fundierte Möglichkeit, die Substitution des Sitzungsvertreters tatsächlich zu erreichen.

Auch abgesehen davon wird teilweise – etwas zynisch – bezweifelt, ob ein Urteil nun wirklich möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn an der Hauptverhandlung ein anderer Sitzungsvertreter mitgewirkt hätte. Dem ist klar entgegenzuhalten, dass diese Möglichkeit ganz grundsätzlich bestehen muss. Denn ansonsten würde man den Richtern ihrerseits Befangenheit unterstellen, wenn nicht mal die Möglichkeit bestünde, dass die Staatsanwaltschaft durch Anträge, Stellungnahmen oder Schlussvortrag Einfluss auf das Urteil haben kann. Dieser Gedanke wird im Zusammenhang mit der „Wächterrolle" der Staatsanwaltschaft und dem teilweise normativ geprägten Beruhensverständnis bei der Verletzung der Schutzvorschriften des Verständigungsgesetzes, namentlich bei der Mitteilung von Erörterungen nach §§ 243 Abs. 4, 202a, 212 StPO, fruchtbar gemacht.[45] Im Hannoveraner-Fall kommt die Besonderheit zum Tragen, dass mit O grundsätzlich ein nicht ausgeschlossener Staatsanwalt anwesend war. Gleichwohl hat S den Schlussvortrag gehalten, so dass vieles für die Annahme eines Beruhens spricht.

---

44 Vgl. nur KK/StPO-*Gericke*, 9. Aufl. (2023), § 337 Rn. 33 mit weiteren Nachweisen.

45 Vgl. BVerfG NJW 2015, 1235, 1237; MüKo/StPO-*Jahn/Kudlich*, 2. Aufl. (2025), § 257c Rn. 188; KK/StPO-*Moldenhauer/Wenske*, 9. Aufl. (2023), § 257c Rn. 69b jeweils mit weiteren Nachweisen.

F. Fazit

Der erste Fall der Leipziger Staatsanwältin ist dem Formenkreis der Befangenheit zuzuordnen. Durch die Äußerungen im Schlussvortrag hat sie ihre Pflicht zur Objektivität und Wahrung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens spätestens ab dem Zeitpunkt des Schlussvortrages derartig schwer und nachhaltig verletzt, dass sich ihr Verhalten aus Sicht eines verständigen Angeklagten als Missbrauch staatlicher Macht darstellt. Sie hätte bereits vor Wahrnehmung des Sitzungsdienstes ihre Befangenheit gegenüber ihrem Abteilungsleiter anzeigen müssen, um durch diesen bzw. vom Leitenden Oberstaatsanwalt von der Wahrnehmung des staatsanwaltschaftlichen Sitzungsdienstes in dem Fall entbunden zu werden (§ 145 Abs. 1 Var. 2 GVG). Dieser rechtlich klaren und einfachen Lösung stehen gewiss erhebliche praktische Probleme innerhalb der Staatsanwaltschaft gegenüber, wenn die im Verhalten des Staatsanwalts begründete Befangenheit faktisch einen ganzen staatsanwaltschaftlichen Tätigkeitsbereich umfasst. Diese praktischen Probleme können aber keinen Einfluss auf die rechtliche Bewertung haben.

Der Hannoveraner Fall ist ein Fall des Ausschlusses. Dieser wurde mit der Teilnahme von O am Sitzungsdienst eben nicht kompensiert, da O den S mit in die Sitzung genommen hat und ihn auch den – vollständigen – Schlussvortrag halten lassen hat. Mit dem Maßstab des *„Zeugen-Staatsanwalts“* wäre dies schon nicht zulässig gewesen.

Andreas Mosbacher

Divergenzen

Insbesondere zum Verhältnis von § 358 Abs. 1 StPO zu § 132 Abs. 2 und 3 GVG

I. Vorspann

Zwischen Strafverteidigern und Strafrichtern bestehen nicht selten Divergenzen – was die Würdigung von Beweismitteln, die Auslegung des Rechts oder die Ausübung von Ermessen angeht. Der rollenbedingte Zugang zum Strafverfahren prägt die unterschiedlichen Sichtweisen. Schätzen lernt man mit den Jahren als Strafrichter vor allem eines auf der „Gegenseite“: Professionalität und Seriosität, argumentative Redlichkeit und rhetorische Finesse. In seiner Rolle als Revisionsverteidiger verkörpert der Jubilar all dies. Wird im Revisionsverfahren stilvoll gefochten, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass der Jubilar den Schriftsatz verfasst hat. In die Reihe der großen Revisionsverteidiger „alter Schule“ wie *Gunter Widmaier* oder *Hans Dahs* reiht sich *Klaus-Ulrich Ventzke* mit seinen Revisionsschriftsätzen zwanglos ein. Seiner hanseatischen Art fehlt naturgemäß der Drang zum großen Auftritt, das juristische Stilett weiß er hingegen trefflich zu führen. Dass er dies nicht nur im konkreten Fall, sondern auch in vielen gedankenreichen Anmerkungen zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Strafverfahrensrecht vermag, macht ihn zu einem derjenigen Strafverteidiger, deren Ausführungen man als Revisionsrichter besonders zu schätzen weiß. Dies betrifft nicht nur den formalisierten Dialog im Revisionsstrafverfahren sondern auch die persönliche – vom geteilten Interesse am Strafverfahrensrecht und insbesondere dem Revisionsrecht geleitete – Diskussion auf Kongressen und Fortbildungsveranstaltungen. Dem Projekt, den unterschiedlichen Blick von Strafverteidigung und Strafjustiz auf

Entscheidungen des BGH auch in einer Zeitschrift (NStZ) Raum zu geben („Rechtsprechung Kontrovers"), war leider keine lange Lebenszeit beschieden. Uns brachte das Format immerhin beim Thema „Negativtatsachen im Revisionsverfahren" zusammen.[1] Was es mit Divergenzen innerhalb des BGH auf sich hat, soll der folgende Beitrag – mit den besten Wünschen an den Jubilar! – unter Beschränkung auf kurze „Blitzlichter" und eine neuere Fragestellung anreißen.

II. Ursachen

Natürlich gibt es zwischen Revisionsrichtern Divergenzen bei der Auslegung des Rechts und der Interpretation des zur Überprüfung stehenden Urteils. Weshalb natürlich? Ein Naturwissenschaftler wird darüber nur den Kopf schütteln, denn in Fragen seiner empirischen Wissenschaft gibt es in aller Regel nur ein richtig oder falsch. Anders verhält es sich bei der Auslegung und Anwendung des Rechts, bei dem es vor allen Dingen um Textverständnis, Argumentation, Subsumtion und Wertung geht. Rechtsauffassungen können dabei regelmäßig nicht in „richtig oder falsch", sondern in eine Skala von mehr oder weniger gut vertretbar sowie mehr oder weniger gut begründet eingeordnet werden. Revisionsrichter sind keine bloßen Subsumtionsautomaten, die unabhängig von der Person stets zum gleichen Ergebnis kommen müssten und deshalb leicht auch durch einen Algorithmus oder eine KI ersetzt werden könnten. Das ist kein Ausdruck von Irrationalität, sondern gehört zum Wesen normativ-wertender Rechtsanwendung. Weil es auch auf die persönliche Wertung ankommt, ist es wichtig, dass sich die Senate aus Menschen unterschiedlicher Art, Herkunft und Anschauung zusammensetzen, um unterschiedliche Perspektiven zur Geltung zu bringen. Bereichernd wäre dabei durchaus auch

---

[1] *Ventzke/Mosbacher* NStZ 2008, 262.

die Perspektive eines früheren Strafverteidigers[2] – wie würden wohl Senatsberatungen mit einem Mitglied wie *Klaus-Ulrich Ventzke* ablaufen?

Der Streit um die richtige Rechtsanwendung im Einzelfall oder die weichenstellende Formulierung abstrakt-genereller Rechtssätze hängt vom Rechtsverständnis und den Wertungen der zur Entscheidung berufenen Revisionsrichter ab. Dabei unterscheidet sich schon der Zugang zum Revisionsrecht teils nicht unerheblich. Wieweit man Beweiswürdigung und Strafzumessung als ureigenste Domänen des Tatrichters achtet und sich in der vom Gesetz gewollten – praktisch nicht immer leicht umsetzbaren[3] – revisionsgerichtlichen Zurückhaltung übt, kann sich von Senat zu Senat, von Spruchgruppe zu Spruchgruppe innerhalb eines Senats unterscheiden. Gleiches gilt für die Art und Weise, wie Entscheidungen begründet werden: kurz oder lang, mit Zitatennestern oder ohne, in Auseinandersetzung mit in der Wissenschaft vertretenen Gegenpositionen oder an der bisherigen Rechtsprechung orientiert.

III. Regeln

Der Gesetzgeber weiß um diese Divergenzen und hält mit § 132 Abs. 2 und 3 GVG ein probates Mittel bereit, jedenfalls auf Ebene des Bundesgerichtshofs dem Problem Herr zu werden. Die Rechtslage ist klar: Will ein Senat in tragender und entscheidungserheblicher Weise von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen, muss er zunächst das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG und dann ggfs. das Vorlegungsverfahren nach § 132 Abs. 2 GVG betreiben, damit der Große Senat für Strafsachen als hierfür eigens vorgesehener Spruchkörper den Rechtsstreit entscheiden kann. Es soll immer nur eine Rechtsauffassung des BGH geben, damit dieser seiner Aufgabe, für eine bundeseinheitliche Rechtsprechung zu sorgen, gerecht werden kann. Neben der

---

2 Vgl. zum Thema auch *Mosbacher* NJW 2017, 1288, 1292 und LTO v. 03.12.2018.

3 Näher *Mosbacher* NJW 2017, 1288, 1291.

Divergenzvorlage gibt es auch noch die Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage nach § 132 Abs. 4 GVG, wenn dies zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. In den ersten 70 Jahren des BGH hat dies zu 60 Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen geführt, denen nicht selten wegweisende Wirkung zukam.[4] Um zu erkennen, ob andere Strafsenate tragend womöglich andere Rechtsauffassungen vertreten, gehört es zu den Aufgaben eines Revisionsrichters, die Rechtsprechung der übrigen Senate durchzuarbeiten, was traditioneller Weise anhand der sog. „Montagspost" (am Montag verteilte Abdrucke der Entscheidungen des BGH in Strafsachen) passiert.

IV. Realitäten

Wie alle Revisionsspezialisten wissen, entspricht die Entscheidungspraxis der Strafsenate des BGH nicht immer dem vom § 132 Abs. 2, 3 GVG gezeichneten normativen Idealbild. Was sind die Gründe?[5] Während den 13 Zivilsenaten des BGH jeweils Spezialmaterien zugeordnet werden, in denen sie ganz überwiegend allein für die Rechtsprechung zuständig sind (etwa zum Bankrecht, Gesellschaftsrecht, Kaufrecht, Mietvertragsrecht, Familienrecht), arbeiten die 6 Strafsenate des BGH überwiegend auf dem gleichen Rechtsgebiet (StGB, StPO) und haben in vielen Fällen die gleichen Rechtsfragen zu entscheiden. Wie es dabei zu versteckten und offenen Divergenzen kommt, hat verschiedene Ursachen: Zum einen kann eine unterschiedliche Rechtsanwendung gleichsam aus Versehen erfolgt, etwa weil bei gleichem rechtlichen Obersatz eine Fristberechnung mal so und mal so ausfällt (etwa bei § 229 Abs. 1 StPO).[6] Dann gibt es Abweichungen, die versehentlich eher unerkannt geschehen,

---

4 Näher *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 Rn. 6 ff.

5 Vgl. zum Folgenden *Mosbacher* JuS 2024, 226, 227 f. m.w.N.

6 BGH NStZ 2020, 622; NStZ-RR 2020, 285; NStZ 2017, 424; NStZ 2014, 469.

etwa bei kleineren Fragen wie Kostenentscheidungen im Zusammenhang mit der Wiedereinsetzung[7] oder weil entgegenstehende Rechtsprechung anderer Strafsenate wohl übersehen worden ist[8] (besonders misslich bei entgegenstehenden BGHSt-Entscheidungen).[9] Zudem kommt es zu in der Regel unbeabsichtigt divergierenden Entscheidungen, wenn ein neues komplexes Rechtsgebiet wie das Einziehungsrecht von allen 6 Strafsenaten neu ausgelegt werden muss.[10] Eher in den Bereich der nicht versehentlichen Divergenzen gehören graduelle Auslegungsunterschiede wie etwa zum Thema der „gravierenden Pflichtverletzung" bei der Untreue[11] oder bei den Anforderungen an den bedingten Tötungsvorsatz bei ersichtlich hochgefährlichen Tathandlungen.[12] Entscheidungserhebliche Divergenzen kommen auch vor, wenn ein Strafsenat ohne Rücksicht auf bisherige abweichende Rechtsprechung ganz bewusst und ohne das Verfahren nach § 132 Abs. 2, 3 GVG eine ganz neue Rechtsprechung beginnt, der die anderen Senate nicht folgen.[13] Besonders gravierende –

---

7 Vgl. etwa BGH Beschl. v. 20.06.2023 – 2 StR 39/23, BeckRS 2023, 24747, wonach ein Wiedereinsetzungsgesuch auf Kosten des Antragstellers verworfen wird; vgl. dagegen die ganz überwiegende Rspr., wonach nur bei erfolgreicher Wiedereinsetzung eine Kostenentscheidung nach § 473 Abs. 7 StPO erfolgt; näher hierzu *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 67. Aufl. (2024), § 473 Rn. 38 m.w.N.

8 Vgl. etwa zur Anwendung von § 243 Abs. 4 StPO auf Verständigungsgespräche in einer ausgesetzten Hauptverhandlung *Mosbacher* JuS 2022, 726, 730 m.w.N.

9 Vgl. zur Anwendung neuer Einziehungsmöglichkeit bei Geldwäsche (§ 261 Abs. 10 StGB) auf Altfälle einerseits BGHSt 67, 130 und andererseits BGH Beschl. v. 4.7.2023 – 2 StR 219/22, BeckRS 2023, 20103, sowie BGH NZWiSt 2023, 469; zum Problem näher *Czimek/Schefer* NStZ 2023, 285.

10 Vgl. hierzu *Bittmann* NStZ 2023, 465: *„von Rechtssicherheit noch weit entfernt"*.

11 Vgl. hierzu etwa *Wagner* ZStW 2019, 319 (361).

12 Vgl. etwa BGH NStZ 2019, 208; NStZ 2022, 40 und 224, NStZ 2024, 410 m. Anm. *Puppe* (5. Strafsenat) einerseits und BGHSt 65, 42 (4. Strafsenat) sowie BGH NStZ 2015, 516 (2. Strafsenat) andererseits.

13 Vgl. BGH NJW 2021, 1829 und Beschl. v. 6.10.2021 – 1 StR 311/20, BeckRS 2021, 55293 einerseits; BGH NStZ-RR 2022, 109; NStZ-RR 2021, 229 andererseits.

unbeabsichtigte – Divergenzen kommen schließlich vor, wenn zwei Entscheidungen in kurzem zeitlichen Abstand voneinander ergehen oder zeitlich versetzt veröffentlicht werden, so dass der eine Senat bei seiner Entscheidung die abweichende Rechtsauffassung des anderen Senats nicht kennen konnte.[14]

V. Besonderheit: Divergenz wegen Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO?

1. Allgemeines zur Bindungswirkung

Eine besondere Fragestellung innerhalb der Divergenzregeln betrifft das Verhältnis von § 358 Abs. 1 StPO zu § 132 Abs. 2 und 3 GVG. Nach § 358 Abs. 1 StPO hat das Gericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung verwiesen wird, die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen.[15] Die Bindungswirkung ist notwendige Konsequenz der Tatsache, dass Revisionsgerichte in der Regel nicht in der Sache selbst entscheiden; ohne Bindungswirkung könnte das Rechtsmittel seine Funktion kaum erfüllen.[16] Die Reichweite dieser Bindungswirkung ist zwar auf das konkrete Verfahren (soweit

---

[14] Vgl. zur Frage der Anwendungsvoraussetzungen von § 30 Abs. 2a OWiG in Altfällen BGH NJW 2021, 3543 (Kartellsenat) einerseits und nur 15 Tage später BGHSt 66, 60 (6. Strafsenat) andererseits sowie zur Frage der Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Begehung von Körperverletzungen nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen die divergierenden Entscheidungen BGHSt 67, 229 (2. Strafsenat) und BGHSt 67, 290 (6. Strafsenat); hierzu näher *Krehl* NStZ 2023, 609 und *Mosbacher* JuS 2024, 226, 227 f.

[15] Vgl. zum Thema etwa *Mohrbotter* ZStW 84 (1972), 612; *Sommerlad* NJW 1974, 123; *Eisenberg* StraFo 1997, 129; *Zehetgruber* JZ 2020, 397; BGH StraFo 2000, 308; wistra 2013, 153; NStZ-RR 2018, 172; OLG Bamberg SpuRt 2017, 247 m. Anm. *Kulhanek*.

[16] *Eisenberg* StraFo 1997, 129 und 131 m.w.N., auch zur historischen Entwicklung.

sich die Entscheidungsgrundlage im Tatsächlichen nicht grundsätzlich ändert), nach allgemeiner Ansicht aber nicht auf das zur neuen Entscheidung berufene Tatgericht beschränkt. Auch das Revisionsgericht darf im zweiten Rechtsgang von den Aufhebungsgründen nicht abweichen.[17] Dies gilt für den BGH sogar, wenn zuvor ein OLG als Revisionsgericht entschieden hat.[18] Die Selbstbindung des Rechtsmittelgerichts in derselben Sache ist ein ungeschriebener, durch ständigen Gerichtsgebrauch anerkannter Grundsatz des Verfahrensrechts, dessen rechtliche Grundlage sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) ergibt.[19] Umstritten ist, ob diese Bindungswirkung für das Revisionsgericht im zweiten Rechtsgang entfällt, wenn es zwischenzeitlich seine Rechtsauffassung geändert hat.[20] Dies dürfte im Strafverfahren zu verneinen sein.[21] Auf jeden Fall ist eine Bindungswirkung anzunehmen, wenn das Revisionsgericht erst anlässlich seiner zweiten Befassung mit dem konkreten Fall seine in der ersten Revisionsentscheidung vertretene Auffassung ändern möchte; das geht nicht.[22] Die Bindungswirkung für das Revisionsgericht im zweiten Durchgang kann allenfalls wegen einer Gesetzesänderung[23] oder aus ähnlichen Gründen entfallen,[24] sie wird aber nicht dadurch in Frage gestellt,

---

17 Vgl. BGHSt (GS) 33, 356, 360 ff.; BGHSt 51, 202, 204 f.; BGH wistra 2011, 27; vgl. bereits RGSt 6, 357; 22, 156; 59, 31, 34; RG JW 1935, 2380; BGH NJW 1951, 970; Urt. v. 25.10.1951 – 3 StR 549/51; Urt. v. 5.4.1955 – 5 StR 79/55; Beschl. v. 18.6.1954 – 1 StR 620/53 (Rechtsbeschwerde); BVerfGE 4, 1, 6; KG JR 1958, 268; OLG Nürnberg StV 2000, 573, 574; KG NStZ-RR 2010, 346, 347 f.

18 BGH NJW 1953, 1880.

19 BVerwG Urt. v. 22.2.1973 – III C 31.72, BeckRS 1973, 31283199.

20 Ausführlich hierzu BGHSt (GS) 33, 356 mwN; *Gericke* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 358 Rdn. 13; *Eisenberg* StraFo 1997, 129, 130.

21 BGHSt (GS) 33, 356, 358 unter zutreffender Interpretation von BGHZ (GmS-OGB) 60, 392.

22 BGHSt (GS) 33, 356, 358.

23 Vgl. BGH Beschl. v. 2.7.2024 – 5 StR 273/24.

24 Vgl. *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (2019), § 358 Rn. 13 m.w.N.

dass der Revisionssenat im ersten Durchgang fehlerhaft entschieden oder eine Divergenzvorlagepflicht verletzt hat.[25]

2. Der 6. Strafsenat: Neues zur Unterschlagung

Weshalb kann hierdurch ein Konflikt zu § 132 GVG entstehen? Das soll ein Fall illustrieren, den Ende 2023 der 6. Strafsenat des BGH entschieden hat; es geht dabei um die Interpretation von § 246 StGB.[26] In einem Fall, bei dem das LG Neuruppin eine (veruntreuende) Unterschlagung nach § 246 StGB angenommen hatte, hat der BGH den Schuldspruch mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen. Der Angeklagte war aufgrund eines Miet- oder Leasingvertrages im Besitz eines im Eigentum der T-AG befindlichen Tiefladers. Festgestellt ist zur Unterschlagung, dass er – nachdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmens eröffnet worden war, für die der Angeklagte den Tieflader besorgt hatte – als Verantwortlicher weder den Insolvenzverwalter über Existenz und Standort des Fahrzeugs informierte noch der T-AG vorbehaltlos die Herausgabe anbot, sondern den Tieflader weiter in Besitz behielt, so dass seine Sicherstellung durch den Eigentümer erst ein Jahr später gelang.[27]

Der 6. Strafsenat hat den Schuldspruch in diesem Fall aufgehoben, weil sich der Angeklagte nach den Feststellungen den im Eigentum der T-AG stehenden Tieflader nicht zugeeignet habe. Eine solche Zueignung setze nach von der bisherigen Rspr. des BGH abweichender Auffassung des Senats voraus, dass

---

25 Näher *Knauer/Kudlich* a.a.O. (Fn. 24), § 358 StPO Rn. 13; KG NStZ-RR 2010, 346, 347; KG JR 1984, 269 m. Anm. *Sarstedt*; vgl. auch *Becker* NJW 1955, 1262; *Sarstedt* NJW 1955, 1629.

26 BGH NStZ 2024, 287 m. Anm. *Hahn* = NJW 2024, 1050 m. Anm. *Hoven*.

27 Vgl. zu den Einzelheiten auch LG Neuruppin Urt. v. 12.12.2022 – 13 KLs 8/21 – 332 Js 34463/18, BeckRS 2022, 54062.

sich der Täter die Sache oder den in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen einverleibe und den Eigentümer auf Dauer von der Nutzung ausschließe. Eine bloße Manifestation des Zueignungswillens genüge nicht, könne aber ein gewichtiges Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand sein. Soweit die bisherige Rspr. des BGH für die Zueignung im Sinne von § 246 Abs. 1 StGB eine Manifestation des Zueignungswillens in einer nach außen erkennbaren Handlung ausreichen lasse, überzeuge das nicht. Weil aber auch nach der bisherigen Auffassung der Rspr. die Feststellungen den Schuldspruch mangels Manifestationsaktes nicht tragen würden, liege keine zum Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG nötigende Divergenz vor. Der 6. Strafsenat hätte seine Entscheidung auch anders aufbauen können: Aufhebung des Schuldspruchs wegen Untreue auf der Basis der bisherigen Rechtsauffassung des BGH mit dem Zusatz, der Senat neige dazu, die Zueignung zukünftig anders als bisher auszulegen („obiter dictum“). Tragender Aufhebungsgrund wäre dann die bisherige Rechtsauffassung und nicht – wie geschehen – eine von der bisherigen BGH-Rechtsprechung abweichende gewesen.

3. Gegenwind: der 4. Strafsenat

Der 4. Strafsenat des BGH hat sich in einer wenige Monate später ergangenen Entscheidung eindeutig gegen den 6. Strafsenat gestellt und erklärt, dass er an der bisherigen Rechtsprechung festhalte:[28] Grundlage war eine Verurteilung wegen Unterschlagung in sieben Fällen durch das LG Bochum, wobei der Senat in drei Fällen den Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, in den vier anderen Fällen bestätigt hat. Es ging dabei um geleaste hochpreisige Pkw, die ursprünglich mit der Absicht der Rückgabe erworben, dann aber teilweise absprachewidrig weitergegeben wurden. In drei Fällen waren nach Ansicht des Senats die Voraussetzungen für eine Zueignung von den

[28] BGH Beschl. v. 13.3.2024 – 4 StR 442/23.

Feststellungen nicht belegt. Dies hat der Senat auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung beurteilt. Zu der abweichenden Auffassung des 6. Strafsenats hat der 4. Strafsenat ausgeführt, er sehe keinen Anlass, sich der vom 6. Strafsenat favorisierten *„rechtsgutsbezogenen Auslegung des Zueignungsbegriffs"* anzuschließen. Diese gegenüber der bisherigen Rechtsprechung („Manifestationstheorie") restriktivere Auffassung des 6. Strafsenats würde aber auch in den Fällen, in denen der Schuldspruch bestätigt wurde, zum gleichen Ergebnis führen. *„Auch die nochmals zu entscheidenden Fälle werden hiervon voraussichtlich nicht berührt sein."*

4. Was müssen die Landgerichte jetzt tun?

Die in beiden Fällen zur neuen Entscheidung berufenen Landgerichte können in ein gewisses Dilemma geraten. Angenommen, die neuen Feststellungen würden in den von der Aufhebung betroffenen Fällen lediglich ein bloßes Verkaufsangebot des Verkäufers belegen, was nach bisheriger, aber nicht der neuen Rechtsprechung des 6. Strafsenats für eine vollendete Unterschlagung ausreichen dürfte.[29] Was nun? Das LG Neuruppin wäre wohl nach § 358 Abs. 1 StPO an die der Aufhebung zugrunde liegende Rechtsauffassung des 6. Strafsenats gebunden und müsste freisprechen. Dieser hatte die Aufhebung ausdrücklich damit begründet, die getroffenen Feststellungen erfüllten die von ihm aufgestellten neuen Anforderungen an die objektive Zueignung nicht. Er hat nur daneben klargestellt, dass die bisherige Rspr. des BGH zum selben Ergebnis käme, weshalb seine Rechtsauffassung nicht in entscheidungserhebliche Abweichung zur Rechtsprechung anderer Senate gerate. Die Bindungswirkung erstreckt sich in sachlichrechtlicher Hinsicht auf jede Rechtsauffassung des Revisionssenats, die der Aufhebung auf die Sachrüge zugrunde liegt.[30] Das LG Bochum wird in einer solchen Konstellation nach § 358 Abs. 1

---

29 Vgl. *Hahn* NStZ 2024, 289.

30 Vgl. *Franke* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), § 358 Rn. 7.

StPO wohl die Rechtsauffassung des 4. Strafsenats zugrunde legen müssen. Sie entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die der 4. Strafsenat anlässlich seiner Entscheidung bestätigt hat. Würde gegen den Freispruch vom Vorwurf der Unterschlagung durch Verkaufsangebot durch das LG Neuruppin von der Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, wäre der 6. Strafsenat an seine eigene Rechtsauffassung gebunden und könnte wohl nicht anders entscheiden, als die Angeklagtenrevision verwerfen. Da er damit aber in tragende Divergenz zu Entscheidungen anderer Senate geriete, wäre spätestens jetzt das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 2 GVG durchzuführen. Die Besonderheit bestünde allerdings darin, dass der 6. Strafsenat gar nicht anders entscheiden könnte, als in seinem Aufhebungsbeschluss ausgeführt. Da § 358 Abs. 1 StPO aber sogar andere – auch höhere – Gerichte innerhalb desselben Verfahrens an die Aufhebungsansicht bindet, fragt es sich, ob der Große Senat für Strafsachen in der Sache anders entscheiden und damit die Bindungswirkung aufheben könnte. Dies wird bislang überwiegend verneint, eine entsprechende Vorlage (ob nach § 132 Abs. 2 GVG oder nach § 132 Abs. 4 GVG) wäre unzulässig.[31]

5. Folgerungen für § 358 Abs. 1 StPO und § 132 Abs. 2, 3 GVG

Der Konflikt zwischen Bindungswirkung und Divergenzanfrage- und -vorlagepflicht ergibt sich daraus, dass die in § 358 Abs. 1 StPO verwandte Formulierung *„die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist“* nicht identisch mit der Anforderung der Divergenzvorlage *„entscheidungserhebliche Abweichung von tragender Rechtsprechung“*[32] ist. Voraussetzung für die Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO ist lediglich, dass die Rechtsauffassung

---

[31] Sog. Vorrang der Selbstbindung, vgl. BGHSt (GS) 33, 356, 360; *Cierniak/Pohlit* in MüKo-StPO (2019), § 132 GVG Rn. 9 und 32; LR/*Mosbacher* a.a.O. (Fn. 4), § 132 GVG Rn. 31 und 58.

[32] Hierzu näher *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31 ff. m.w.N.

die Aufhebung trägt, die Aufhebung damit also begründet wird. Dass sie hypothetisch auch anders hätte begründet werden können, muss dabei außer Betracht bleiben.[33] Anders verhält es sich mit der Anfrage- und Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2, 3 GVG: Hierfür muss es sich bei dem fraglichen Rechtssatz nicht nur um einen tragenden Entscheidungsteil (und nicht nur ein „obiter dictum“) handeln, sondern die Abweichung zur bisherigen Auffassung muss auch entscheidungserheblich sein, es muss also für die konkrete Entscheidung des Falls entscheidend sein, welcher Rechtsauffassung man folgt.[34]

Weil der 6. Strafsenat den Schuldspruch im betroffenen Fall unter Anlegung seiner neuen Maßstäbe aufgehoben und nur im Hinblick auf § 132 Abs. 2, 3 GVG ausgeführt hat, dass dieser auch nach bisheriger Auffassung von den Feststellungen nicht getragen worden wäre, handelt es sich bei seinen Rechtsausführungen um einen tragenden Entscheidungsteil, der lediglich auf den ersten Blick nicht in entscheidungserhebliche Abweichung zur bisherigen Rechtsauffassung gerät. Da dieser Rechtsauffassung des 6. Strafsenats nach § 358 Abs. 1 StPO bereits Bindungswirkung zukommt, handelt es sich bei seiner aufhebenden Entscheidung faktisch bereits um eine entscheidungserhebliche Abweichung von tragender Rechtsprechung. Denn ein Abweichen von dieser Rechtsauffassung ist jetzt nicht mehr möglich. Die Bindungswirkung besteht auch, wenn die erste Revisionsentscheidung unter Verstoß gegen § 132 GVG ergangen ist.[35] Das spricht dafür, dass der 6. Strafsenat über die Brücke des § 358 Abs. 1 StPO die bisherige Rechtsprechung zur Zueignung aufgegeben und eine neue Rechtsauffassung – wiederum mit Bindungswirkung gegenüber den anderen Strafsenaten[36] – etabliert hat.

---

33 Vgl. zum ähnlichen Problem bei § 132 GVG *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31.

34 Näher *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31 ff.

35 Vgl. *Franke* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), § 358 Rn. 11, 15.

36 Näher *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 38 m.w.N.

In einem Fall wie demjenigen des 6. Strafsenats dürfte der Konflikt zwischen § 358 Abs. 1 StPO und § 132 Abs. 2, 3 GVG dahingehend zu lösen sein, dass schon die Bindungswirkung der aufhebenden Rechtsansicht zur Divergenzanfrage nach § 132 Abs. 3 GVG nötigt – unabhängig von der Frage, ob sich der Meinungsstreit im konkreten Fall entscheidungserheblich auswirkt. Dafür streitet auch der Sinn und Zweck des § 132 GVG: Beim BGH soll in einer Rechtsfrage immer nur eine Rechtsauffassung gelten, um den Tatgerichten eine Orientierung zu ermöglichen und so die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bundesweit sicherzustellen. Muss das LG Neuruppin nach § 358 Abs. 1 StPO der von der bisherigen BGH-Rechtsprechung abweichenden Auffassung des 6. Strafsenats folgen, das LG Bochum aber derjenigen des 4. Strafsenats, wird die Orientierungsfunktion des BGH verfehlt.

Weil die Bindungswirkung schon in einem frühen Stadium des Verfahrens die spätere Rechtsanwendung determiniert, muss die Frage der Divergenz an die Rechtsfolge des § 358 Abs. 1 StPO anknüpfen. Immer dann, wenn eine Rechtsauffassung nach § 358 Abs. 1 StPO zwingende gesetzliche Folgen hat, ist schon in diesem Zeitpunkt nach § 132 Abs. 2, 3 GVG zu prüfen, ob insoweit eine Abweichung von bisheriger BGH-Rechtsprechung besteht. Entscheidungserheblich ist die Divergenz nämlich bereits wegen der Bindungswirkung der abweichenden Rechtsauffassung für das neue Tatgericht und das Revisionsgericht. Es kann jedenfalls nicht sein, dass der Große Senat für Strafsachen eine Vorlage nach § 132 Abs. 2 GVG im ersten Revisionsdurchgang mangels Entscheidungserheblichkeit und im zweiten Revisionsdurchgang wegen Vorrangs der Bindungswirkung des § 358 Abs. 1 StPO als unzulässig zurückweist.

VI. Fazit

Divergenzen gehören zum revisionsrechtlichen Geschäft. Eigentlich sollte der BGH in Strafsachen immer nur eine Rechtsmeinung vertreten. Dass dies faktisch häufig nicht der Fall ist und jeder Senat in gewissen Grenzen eine Binnenauslegung des Rechts praktiziert, macht eine der Schwierigkeiten bei der

praktischen revisionsrechtlichen Tätigkeit aus. Dass gerade die besonderen Herausforderungen des Revisionsrechts auch den besonderen Reiz im professionellen Umgang damit ausmachen – davon legt der *Jubilar* beredtes Zeugnis ab. Ad multos annos!

Sina Aaron Moslehi

Teileinstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO und Erörterungsmangel

„Großmeister der Revision“,[1] *„Großmeister des Strafverfahrensrechts“*,[2] *„einer der anerkanntesten Revisionsverteidiger“*,[3] *„Idealbild eines Strafverteidigers“*.[4] *Klaus-Ulrich Ventzke – „[d]ieser Name steht für sich“*[5] – genießt Anerkennung nicht nur unter Kollegen, sondern auch unter Richtern, Staatsanwälten, Mandanten. Dies hat nicht nur mit der tiefgreifenden fachlichen Expertise des *Jubilars* zu tun, sondern auch mit seiner unprätentiösen Art, seiner Hilfsbereitschaft und seiner Diskussionsfreude.

Juristisch bin ich in seinem Büro großgeworden: Dort saß ich ihm – zunächst als Student, später als Rechtsreferendar, dann als (frisch zugelassener) Rechtsanwalt – unzählige Male gegenüber, habe ihn mit Fragen gelöchert und hoffentlich annähernd oft welche beantwortet. Es ist keine Übertreibung, sondern die blanke Wahrheit, wenn ich bekunde, dass *Ventzke* derjenige ist, von dem ich fachlich am meisten und am intensivsten gelernt habe – und immer noch lerne. Unmittelbar nach dem Ventzk’schen Lob „Prima!“ oder „Schöner Schriftsatz!“ klingt der von einigen Kollegen mir gegenüber geäußerte Satz „Man merkt, dass Sie bei *Ventzke* gelernt haben!“ wie Musik in meinen Ohren.

---

1 *Norouzi* in dieser Festschrift, S. 243, 243.

2 *Schneider* in dieser Festschrift, S. 329, 329.

3 *Trüg/Habetha* in dieser Festschrift, S. 387, 408.

4 *Schönfeld* in dieser Festschrift, S. 359, 359.

5 *Gaede* in dieser Festschrift, S. 63, 63.

Dieser Beitrag ist nicht nur für meinen Mentor *Ventzke* zu Papier gebracht, sondern gleichermaßen für meinen Freund *Klaus-Ulrich*. Dass ich mit einem Festschriftenbeitrag nie und nimmer den ihm gebührenden Dank zum Ausdruck bringen kann, dürfte selbstredend sein.

Der *Jubilar,* der weniger ein Mann emotionaler Wendungen, sondern vielmehr der Direktheit und der analytischen Herangehensweise ist, wird es zu schätzen wissen, wenn sich dieser Beitrag – nach den obigen Zeilen – im Folgenden einem fachlichen Thema zuwendet.

I. Einleitung

Die Teileinstellung bei mehreren Taten gemäß § 154 Abs. 1, Abs. 2 StPO ist ein in der strafprozessualen Praxis beliebtes Instrument, weil sie – zugespitzt formuliert – für den Pragmatismus in Gesetzesform steht. Vor allem bei Großverfahren und bei einer Vielzahl von ähnlich gelagerten Vorwürfen gibt die Teileinstellung der Staatsanwaltschaft (Abs. 1) bzw. dem Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft (Abs. 2) die Möglichkeit, „durch Beschränkung des Prozessstoffs zu einer vereinfachten und beschleunigten Verfahrenserledigung zu gelangen".[6] Das Ziel ist eine „Verfahrensbeschleunigung durch Teilverzicht auf Strafverfolgung bei mehreren Taten".[7]

In der Hauptverhandlung ist die Teileinstellung aber – meistens vonseiten des erkennenden Gerichts und vonseiten der Staatsanwaltschaft unausgesprochen – alles andere als bloße Prozessökonomie. In unterschiedlichen Ausprägungen spielen bei Teileinstellungen oftmals auch tatsächliche (besser gesagt: beweisbezogene) Gesichtspunkte eine Rolle.

---

6 *Diemer* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 154 Rn. 1; siehe auch *Teßmer* in MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 154 Rn. 2 („durch Beschränkung des Prozessstoffs den Verfahrensablauf zu konzentrieren").

7 *Schmitt* in Schmitt/Köhler, StPO, 69. Aufl. (2026), § 154 Rn. 1.

Revisionsrechtlich bedeutsam wird die Teileinstellung vor allem dann, wenn die gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Tatvorwürfe auf derselben Beweisgrundlage beruhen wie die verbleibenden. Dies ist am häufigsten bei sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen im sexualstrafrechtlichen Gefilde der Fall,[8] wo der Tatrichter erhöhten Darlegungsanforderungen an seine Beweiswürdigung begegnet,[9] aber nicht nur dort: Auch bei mehreren gleichartig gelagerten Tatvorwürfen – etwa Tatserien[10] – wird danach zu fragen sein, weshalb einige von ihnen vom Tatgericht teileingestellt worden, während weitere Tatvorwürfe auf derselben oder zumindest ähnlichen Beweisgrundlage zur Aburteilung gelangt sind.[11]

Der Komplex rund um Teileinstellungen, ihre Bedeutung für die tatrichterliche Beweiswürdigung und deren revisionsgerichtliche Kontrolle ist facettenreich. In diesem Beitrag soll es um ausgewählte Problembereiche gehen, die sich allesamt auf Teileinstellungen durch das Tatgericht (§ 154 Abs. 2 StPO) beziehen.

II. Der Erörterungsmangel: Geltendmachung als Sach- oder Verfahrensrüge?

Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach – wenn auch meist knapp – ausgeführt, unter welchen Umständen Teileinstellungen gemäß § 154 Abs. 2

---

8 Das hat der Bundesgerichtshof bereits vor längerer Zeit anerkannt, BGH 1 StR 94/98, Urteil v. 29.07.1998 = BGHSt 44, 153, 160.

9 Siehe hierzu nur jüngst BGH 6 StR 146/24, Beschluss v. 18. März 2025, Rn. 9; tiefergehend *Wenske* in MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 267 Rn. 217 ff.

10 So auch *Hamm/Pauly,* Die Revision in Strafsachen, 8. Aufl. (2021), Rn. 1487.

11 Anderer Auffassung ist wohl *Schmandt* StraFo 2010, 446, dort allerdings mit einem „Extrembeispiel".

StPO Anlass zu näheren Darlegungen in den Urteilsgründen geben.[12] Der 4. Strafsenat hat in einem Beschluss vom 13. Februar 2018 prägnant dargelegt: „Beruhen mehrere Tatvorwürfe auf den belastenden Angaben eines Zeugen und stellt das Tatgericht das Verfahren wegen eines Teils dieser Vorwürfe nach § 154 Abs. 2 StPO ein, kann den Gründen für die Teileinstellung des Verfahrens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bedeutung für die Beweiswürdigung zu den verbleibenden Vorwürfen insbesondere hinsichtlich der Frage der Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Belastungszeugen zukommen […]. Ist dies nach der konkret gegebenen Beweissituation der Fall, ist der Tatrichter aus Gründen sachlichen Rechts gehalten, die Gründe für die Teileinstellung im Urteil mitzuteilen und sich mit deren Beweisbedeutung auseinanderzusetzen.“[13]

Zur Geltendmachung eines solchen Erörterungsmangels – der reflexartig der Sachrüge zugeordnet wird – vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, dass ein „insoweit gegebener Erörterungsmangel vom Revisionsgericht auf die Sachrüge hin“ (nur dann) „zu beachten“ sei, wenn „sich die Erörterungsbedürftigkeit der Gründe für die Teileinstellung aus den schriftlichen Urteilsgründen“ ergibt.[14] „Legen dagegen die Urteilsgründe eine Bedeutung der Einstellungsgründe für die Beweiswürdigung im Übrigen nicht nahe, muss die Revision einen von ihr behaupteten Erörterungsmangel mit der Verfahrensrüge geltend machen“.[15]

---

12 BGH 1 StR 94/98, Urteil v. 29.07.1998 = BGHSt 44, 153, 160; BGH 1 StR 183/00, Beschluss v. 30. Mai 2000, S. 2 ff.; BGH 5 StR 143/08, Beschluss v. 10. Juni 2008, Rn. 5 f.; BGH 4 StR 207/12, Beschluss v. 23. August 2012, Rn. 4; BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618 f. m.Anm. *Gubitz/Buchholz*.

13 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618.

14 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618.

15 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618.

1. Die Teileinstellung in den Urteilsgründen

Wie ausführlich oder nur andeutend erfolgte Teileinstellungen gemäß § 154 Abs. 2 StPO in den Urteilsgründen zu Tage treten müssen, um eine umfassendere sachlich-rechtliche Erörterungspflicht des Tatgerichts auszulösen – und dadurch den Revisionsführer gewissermaßen von den strengen Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zu „befreien" –, ist unklar.[16]

Die Entscheidung des 4. Strafsenats gibt zumindest einen interessanten Anhalt: Muss die Verfahrensrüge erhoben werden, so sei „[b]ei der nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gebotenen Darlegung der für den behaupteten Erörterungsmangel maßgeblichen Tatsachen" eine Beschränkung „auf die bloße Mitteilung der Teileinstellung" nicht ausreichend. Die Revision müsse „sich vielmehr dazu verhalten, ob und gegebenenfalls welche Gründe für die Einstellung in der Hauptverhandlung erörtert worden sind. Erforderlich ist zumindest der Vortrag, dass für die Einstellung keine Gründe angeführt worden sind, die für die Beweiswürdigung keine Bedeutung haben".[17]

a) Tod des Erörterungsmangels?

Bedeutet dies also, dass die Sachrüge in der oben aufgezeigten Konstellation nur dann infrage kommt, wenn das Tatgericht diejenigen Tatsachen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), die dem Revisionsführer bei der Verfahrensrüge abverlangt würden, selbst in den Urteilsgründen mitteilt? Abwegig ist der Gedanke – so schwer er gerade einem Revisionsverteidiger fallen mag – nicht. Bei Lichte besehen, ist ihm allerdings eine Absage zu erteilen.

---

16 Ältere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sind, was diese Frage anbelangt, strenger. So hat – nur exemplarisch – der 1. Strafsenat in einer Entscheidung vom 30. Mai 2000 ausgeführt: „Die Prüfung, ob eine – fehlende – Erörterung geboten gewesen wäre, eröffnet nur die Verfahrensrüge" (BGH 1 StR 183/00, Beschluss v. 30. Mai 2000, S. 4).

17 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618 f.

Der gewichtigste Grund dafür, dass die schriftlichen Urteilsgründe nicht die dem Revisionsführer abverlangte Mitteilung der den Mangel enthaltenden Tatsachen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) voraussetzen, um eine sachlich-rechtliche Überprüfung der Beweiswürdigung vor dem Hintergrund erfolgter Teileinstellungen zu ermöglichen, liegt in der Institution des Erörterungsmangels selbst. Er ist dann zu bejahen, wenn die Urteilsgründe eine „Erörterungsbedürftigkeit" (nur) nahelegen, das Tatgericht aber von weiteren Ausführungen absieht. Einfach gesprochen, liegt ein Erörterungsmangel überall dort vor, wo weitere Ausführungen erwartet werden dürfen (müssen!), aber keine gefunden werden. Eine Regel dahingehend, dass das Tatgericht im Urteil – zugespitzt formuliert – die den Mangel enthaltenden Tatsachen darlegen muss, damit die Urteilsgründe auch insoweit der sachlich-rechtlichen Überprüfung zugänglich sind, würde aus dem sachlich-rechtlichen Erörterungsmangel ein *nullum* machen.

Dies zeigt vor allem eine Kontrollüberlegung: Wie soll es sich dann mit dem Erörterungsmangel in anderen Konstellationen verhalten? Müsste man dann, wenn die Urteilsgründe etwa zu einer polizeilichen Vernehmung der Geschädigten in einer sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellation schweigen, die Existenz einer solchen Vernehmung aber dargetan ist, trotzdem eine Verfahrensrüge erheben? Ist der Erörterungsmangel – in Hinblick auf § 46b StGB – tot in einer Konstellation, in der es in den Urteilsgründen heißt, der Angeklagte habe „bereits im Ermittlungsverfahren umfassende Angaben zum Tatablauf sowie zu seinen eigenen Tatbeiträgen gemacht und dadurch insbesondere zur Identifizierung einer der Hintermänner beigetragen", weil der Revisionsführer jene im Ermittlungsverfahren getätigten, umfassenden Angaben nicht mitteilt (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO)?[18]

[18] Vgl. BGH 3 StR 93/22, Beschluss v. 3. Mai 2022, Rn. 18.

b) Das Naheliegen

Die klare Antwort auf die aufgeworfenen Kontrollfragen lautet selbstredend: Nein. Eine solche Tendenz wollte der Bundesgerichtshof mit seinen Entscheidungen in den Konstellationen rund um Teileinstellungen sicherlich auch nicht in Gang setzen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an den Formulierungen des Bundesgerichtshofs, wenn es um Erörterungsmängel geht. Regelmäßig ist in den Entscheidungen die Rede vom „Naheliegen".[19] Das, was naheliegt, aber nicht (oder nicht ausreichend) dargelegt wird, ist ein Erörterungsmangel. Ob ein solcher sachlich-rechtlicher Mangel letztlich durchgreift (§ 337 Abs. 1 StPO) steht ohnehin auf einem anderen Blatt. Nur hierauf – Naheliegen, unterbliebene oder nicht ausreichende Erörterung – kommt es an. Das, was dem Revisionsführer bei Erhebung einer Verfahrensrüge abzuverlangen wäre, muss nicht in den Urteilsgründen dargelegt sein, um einen Erörterungsmangel zu prüfen und ggfs. bejahen zu können. Denn sonst wäre, wie oben beschrieben, der Erörterungsmangel sachlich-rechtlich fast nichts mehr wert.

Die Schlüsselfrage lautet also: Wann liegt für die höchstrichterliche Rechtsprechung „die Erörterungsbedürftigkeit der Gründe für die Teileinstellung aus den schriftlichen Urteilsgründen"[20] nahe? Oder als Alternativformulierung: Wann „[e]rgibt sich die Erörterungsbedürftigkeit der [Teileinstellungsgründe] aus den schriftlichen Urteilsgründen"?[21]

Eine glasklare Antwort gibt es – wie so oft – nicht. Dies wird vor allem – wenn auch nicht ausschließlich – daran liegen, dass es auf die konkret gegebene

---

19 Siehe beispielhaft nur BGH 2 StR 283/23, Beschluss v. 20. Februar 2024, Rn. 10 („naheliegende Schlussfolgerungen nicht erörtert") m.w.N.; BGH 3 StR 200/25, Urteil v. 11. Dezember 2025, Rn. 13 („weil es nach den Urteilsfeststellungen nahe liegt").

20 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618.

21 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618.

Beweissituation ankommt;[22] nur daran gemessen lässt sich im Einzelfall sagen, ob in den Urteilsgründen etwas nicht erörtert worden ist, wozu Anlass bestanden hätte. Dennoch lohnt es sich, schlaglichtartig auf einige mögliche Konstellationen – die sich in der Praxis aber doch hin und wieder in Grenzbereichen abspielen – einzugehen.

aa)

Dem Bundesgerichtshof genügt wohl die bloße Darlegung in den Urteilsgründen, dass es zu einer Teileinstellung eines Tatvorwurfs, der auf den belastenden Angaben eines (desselben) Zeugen beruhte – also die bloße Mitteilung des „Ob" der Teileinstellung –, für die Auslösung einer sachlich-rechtlichen Erörterungspflicht nicht.[23] Als Argument wird angeführt, dass das Revisionsgericht in einer solchen Konstellation nicht wisse, was dem teileingestellten Tatvorwurf zugrunde liege, weshalb es auch nicht beurteilen könne, ob die Teileinstellung Bedeutung für die Beweiswürdigung der übrigen (abgeurteilten) Tatvorwürfe habe.[24]

Diese Auffassung ist zu kritisieren, weil nichts näher liegt als die Frage nach dem von der Teileinstellung betroffenen Sachverhalt; gerade das diesbezügliche Verschweigen in den Urteilsgründen ist ein Erörterungsmangel. Erst daran anknüpfend (!) wird man sich fragen, was die Gründe für die Teileinstellung gewesen sind. Weshalb dem Revisionsgericht der Sachverhalt des teileingestellten Vorwurfs im Wege der Verfahrensrüge mitgeteilt werden soll,

---

22 So auch BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018 = NStZ 2018, 618, 618; BGH 2 StR 152/20, Beschluss v. 18. November 2020, Rn. 18; vgl. auch die prägnante Formulierung in der Entscheidung BGH 1 StR 489/20, Beschluss v. 24. Februar 2021, Rn. 11: „besondere Beweissituationen [stellen] erhöhte Anforderungen an die Beweiswürdigung".

23 Vgl. BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018, S. 3 f. = NStZ 2018, 618, 619.

24 *Schmandt* StraFo 2010, 446.

erschließt sich nicht. Das Gegenargument, die grundlegende Information – Sachverhalt des teileingestellten Vorwurfs – sei gerade nicht im Urteil zu finden, sodass der Revisionsführer zwingend auf die Verfahrensrüge zu verweisen sei, kann nicht durchgreifen. Denn diese Auffassung meint wohl, dass nicht der Umstand der Teileinstellung selbst (das „Ob") Erörterungspflichten auslöst, sondern erst der zugrundeliegende Sachverhalt (das „Was"). Dies lässt allerdings die „beweisrechtliche Sensibilität" vermissen, die „erkennt, dass die tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) wegen der Eigenheiten [von] Beweiskonstellationen besonders verletzlich ist. Deshalb und nur deshalb bestehen für den Tatrichter völlig unabhängig von § 267 StPO beweisrechtliche Verpflichtungen, im Urteil die Beweisgrundlage zu schildern und (gesamtwürdigend) zu bewerten."[25] Erfährt das Revisionsgericht in den Urteilsgründen, dass es Teileinstellungen gegeben hat („Ob"), so müsste die „erfahrungsgespeiste Skepsis der Revisionsrichter, dass es tatsächlich nur prozessuale Gründe waren, die das Gericht unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft zu dieser Verfahrenserledigung bewogen haben",[26] für die Annahme eines Erörterungsmangels ausreichen.

bb)

Teilt das Tatgericht den Sachverhalt des Tatvorwurfs mit, der teileingestellt wurde, lässt in der Beweiswürdigung allerdings nicht erkennen, die Bedeutung der Teileinstellung hierfür erkannt zu haben, wird man einen Erörterungsmangel bejahen müssen. Allerdings wird eine solche Darstellung des Sachverhalts teileingestellter Tatvorwürfe in den Urteilsgründen vergleichsweise selten anzutreffen sein – und zwar vor allem dort, wo entweder die

---

25 *Ventzke* StraFo 2012, 212.

26 *Schmandt* StraFo 2010, 446.

teileingestellten Tatvorwürfe dennoch strafschärfend berücksichtigt werden[27] oder aber Tatvorwürfe sich, etwa in der Aussage des Belastungszeugen, aufeinander beziehen, beispielsweise um zeitliche Reihenfolgen darzulegen (etwa „zwei Monate nach dem ersten Vorfall“).

cc)

Legt das Tatgericht zudem die Gründe für die Teileinstellung dar,[28] setzt sich allerdings nicht mit ihrer Beweisbedeutung auseinander, liegt ein Erörterungsmangel vor.[29] Eine solche Auseinandersetzung in den Urteilsgründen wird wohl nur dann entbehrlich sein, wenn die Teileinstellungsgründe für die Beweiswürdigung der verbleibenden Tatvorwürfe von vornherein keinerlei Bedeutung haben können, was bei sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen schwerlich vertretbar sein wird.

III. Bedeutung für die Praxis

All dies drängt dazu, sich der Frage anzunehmen, welche Bedeutung die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Strafrechtspraxis hat.

---

27 Siehe hierzu nur *Diemer* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 154 Rn. 38 f.; *Teßmer* in MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 154 Rn. 98 ff.

28 Hier muss man sich ohnehin danach fragen, welches Tatgericht bei schwerwiegenden Vorwürfen, vor allem aus dem Gebiet des Sexualstrafrechts, offen mitteilt, es habe wegen Beweisschwierigkeiten und gerade nicht aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Gründe des § 154 Abs. 1 StPO Teileinstellungen vorgenommen.

29 Legt das Tatgericht – neben dem dem Tatvorwurf zugrundeliegenden Sachverhalt – die Gründe für die Teileinstellung dar, so muss man konstatieren, dass das Gericht zumindest einen großen Teil dessen in den Urteilsgründen dartut, was der Revisionsführer nach Auffassung des Bundesgerichtshofs in einer Verfahrensrüge mitteilen müsste (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Dies wird eine seltene Ausnahme darstellen.

1. Bedeutung für die Praxis des Tatgerichts

Für das Tatgericht bedeutet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor allem eines: Weniger ist mehr. Jede Information in den Urteilsgründen – *zum einen* die Information über die Teileinstellung („Ob"), *zum anderen* der zugrundeliegende Sachverhalt („Was") – bringt das Tatgericht eine imaginäre Stufe näher in Richtung des auf die Sachrüge hin vom Revisionsgericht zu beachtenden Erörterungsmangels. Je weniger das Tatgericht mitteilt, desto eher wird der Revisionsführer zur Verfahrensrüge greifen müssen, um dem Revisionsgericht die (urteilsfremden) Informationen zu vermitteln, die es für seine Entscheidung benötigt oder – kritischer formuliert – zu benötigen meint.

Der Umstand, dass das Revisionsgericht bei ordnungsgemäßer Erhebung der allgemeinen Sachrüge die Anklageschrift von Amts wegen zur Kenntnis nimmt und dadurch gezwungenermaßen darüber „stolpern" muss, dass mehr (gleichartige) Tatvorwürfe zur Anklage gelangt als abgeurteilt sind, hilft dem Revisionsführer nicht. Denn die nicht ausgeurteilten Anklagepunkte, die teileingestellt worden sind, sollen nicht zu den von Amts wegen zur Kenntnis zu nehmenden Verfahrensvoraussetzungen gehören.[30]

Erhebt der Revisionsführer eine zulässige Verfahrensrüge und hat das Tatgericht die erfolgten Teileinstellungen gänzlich nicht begründet – also auch nicht in der Beschlussbegründung und auch nicht nur mündlich in der Hauptverhandlung –, so hat die Beanstandung Aussicht auf Erfolg.[31]

---

30 BGH 5 StR 465/09, Beschluss v. 8. Dezember 2009, S. 2; *Schmandt* StraFo 2010, 446; möglicherweise anders zu verstehen: BGH 1 StR 94/98, Urteil v. 29.07.1998 = BGHSt 44, 153, 160.

31 So auch *Schmandt* StraFo 2010, 446.

2. Bedeutung für die Praxis des Instanzverteidigers

Dem Instanzverteidiger wird man keine vielversprechenden Hinweise geben können, denn weder er noch der Angeklagte müssen der Teileinstellung zustimmen; ein etwaiges Drängen darauf, dass eine beabsichtigte Teileinstellung nicht erfolgen solle – etwa um bei etwaigen Beweisschwierigkeiten entweder einen (Teil)Freispruch zu erlangen und/oder aber später, in der Revisionsinstanz, mit der Sachrüge durchzudringen – ist vor diesem Hintergrund bedeutungslos. Ob ein solches strafprozessual für sich genommen irrelevantes „Sich-Verschließen" gegen eine Teileinstellung für eine etwaige – zulässig erhobene – Verfahrensrüge Bedeutung dahingehend erlangen kann, dass es das Tatgericht zur Anstellung von Beweiswürdigungserwägungen auch insoweit zwingt, ist bislang – soweit ersichtlich – nicht entschieden worden.

3. Bedeutung für die Praxis des Revisionsverteidigers

Der Revisionsverteidiger wird ganz penibel prüfen müssen, ob die Urteilsgründe *zu wenig* mitteilen, aber (gerade noch) *so viel* preisgeben, dass der Tatrichter sich dazu hätte gezwungen sehen müssen, die Gründe für die Teileinstellung darzulegen und sich mit deren Beweisbedeutung auseinanderzusetzen. Dies – also den Erörterungsmangel – wird der Revisionsverteidiger vorsichtshalber im Zuge seiner Prüfung häufig verneinen und auf die Verfahrensrüge setzen müssen, in der er auch und gerade die Gründe für die Teileinstellung darlegen muss, um – so der Bundesgerichtshof – den Darlegungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO Rechnung zu tragen.[32] Dass sogar die – möglicherweise nur mündlich mitgeteilten, in den Beschlussgründen aber nicht dargetanen – Beweggründe für die Teileinstellung darzulegen sind, erklärt sich nicht von selbst. Denn würden die Urteilsgründe alle anderen

---

[32] Vgl. BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018, S. 3 = NStZ 2018, 618, 618, wonach sich die Revision „dazu verhalten" müsse, „ob und gegebenenfalls welche Gründe für die Einstellung in der Hauptverhandlung erörtert worden sind."

Informationen beinhalten, wäre der sachlich-rechtliche Mangel die unterbliebene Darlegung der Teileinstellungsgründe und – erst daran anknüpfend – die unterbliebene Auseinandersetzung mit deren Beweisbedeutung. Bei Erhebung der Verfahrensrüge soll der Revisionsführer also dasjenige vortragen, wozu aus Gründen des sachlichen Rechts das Tatgericht angehalten wäre, wenn „sich die Erörterungsbedürftigkeit […] aus den schriftlichen Urteilsgründen“[33] ergeben hätte. Das kann nicht überzeugen, weil der Rechtsfehler – ganz gleich ob sachlich-rechtlicher oder verfahrensrechtlicher Natur – gerade die mangelnde Darlegung der Gründe und eine Auseinandersetzung mit ihnen ist. Gegen diese Auffassung könnte man einwenden, dass der Vortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) dem Revisionsgericht gerade die Prüfung ermöglichen soll, ob das Tatgericht die Beweisbedeutung der Teileinstellungsgründe „außerhalb der Urteilsgründe“ berücksichtigt hat. Dieses Gegenargument kann allerdings aus zwei Gründen nicht verfangen: *Zum einen* ist die Beweiswürdigung nur den Urteilsgründen vorbehalten; *zum anderen* müsste man – wenn man sich dem Gegenargument anschließen würde – in letzter Konsequenz konstatieren, dass es sich bei dem in Rede stehenden Rechtsfehler gerade nicht um den Typus „Erörterungsmangel“ handelt.[34]

IV. Schlussbetrachtung

Zusammengefasst: Beruhen eingestellte und abgeurteilte Tatvorwürfe auf derselben Beweisgrundlage, kann der Teileinstellung Bedeutung für die Beweiswürdigung der verbleibenden Tatvorwürfe zukommen. Das gilt insbesondere, aber nicht nur, für sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen. Die

---

33 BGH 4 StR 346/17, Beschluss v. 13. Februar 2018, S. 2 f. = NStZ 2018, 618, 618.

34 Siehe hierzu die Formulierungen des Bundesgerichtshofs: BGH 5 StR 511/08, Beschluss v. 9. Dezember 2008, Rn. 3 sowie BGH 5 StR 143/08, Beschluss v. 10. Juni 2008, Rn. 5 („Erörterungsmangel jenseits des unmittelbaren Urteilsgegenstandes“).

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt dem Rechnung, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen eine sachlich-rechtliche Erörterungspflicht des Tatgerichts annimmt.

Die entscheidende Frage ist dabei, wann sich die Erörterungsbedürftigkeit aus den Urteilsgründen ergibt. Die vorstehenden Überlegungen sprechen dafür, die Anforderungen hieran nicht zu überspannen. Ein Erörterungsmangel besteht in der in diesem Beitrag thematisierten Konstellation – aus hiesiger Sicht – bereits darin, dass das Tatgericht zwar das „Ob" der teileingestellten Tatvorwürfe in den Urteilsgründen mitteilt, zu den zugrundeliegenden Sachverhalten allerdings schweigt. Denn bereits dann ist von einem „Naheliegen" der Erörterungsbedürftigkeit – zunächst des Sachverhalts der teileingestellten Tatvorwürfe, daran anknüpfend (erst) der Einstellungsgründe – auszugehen. Mit Blick auf die diesbezügliche, anderslautende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der Revisionsverteidiger – bei aller Kritik – im Zweifel eine Verfahrensrüge erheben müssen.

Ali B. Norouzi

Die „Lex Emminger“ von 1924 – Nachwirkungen eines Krisengesetzes

„Anything was possible, and just because things happened in one way didn’t mean they couldn’t happen in another.”

— Paul Auster, 4 3 2 1

Den Namen *Ventzke* kannte ich lange, bevor ich *Ventzke* kannte. Schon während meiner Doktorarbeit galt mir der Zusatz „m. Anm. Ventzke“ als Gütesiegel für scharfsinnige Entscheidungsbesprechungen, meist im „Strafverteidiger“ veröffentlicht. Später lernte ich ihren Verfasser auf irgendeiner Tagung – wahrscheinlich dem Karlsruher Frühjahrssymposium – persönlich kennen. Irgendwann führte uns ein Revisionsmandat auch beruflich zusammen. Aus *Ventzke* wurde *Klaus-Ulrich*. Eines blieb gleich: Seine Anmerkungen, seit einigen Jahren in der NStZ abgedruckt, lese ich ausnahmslos. In dem für ihn typischen lakonisch-trockenen Stil verortet er das rezensierte Judikat in die weitere Rechtsprechung zum (meist prozessrechtlichen) Thema. Den Stoff beherrscht er ebenso souverän wie die Kunst der subtilen Justizbeschimpfung (ohne hierbei Unzulänglichkeiten der beteiligten Verteidiger zu beschönigen). Gerade weil *Ventzke* die größeren Zusammenhänge kennt und historisch bewandert ist, hoffe ich in einer Festgabe zu seinen Ehren das Interesse des Großmeisters der Revision mit dem Abdruck des Manuskripts meiner Berliner Antrittsvorlesung[1] zu wecken, bei der er leider nicht anwesend sein konnte.

---

[1] Gehalten am 17. Mai 2024 an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Text wurde geringfügig überarbeitet; der Vortragsstil bleibt beibehalten.

Es geht um die Entstehung der Emminger-Verordnung und um die Auswirkungen, die sie auf die weitere Rechtsentwicklung, auch des Revisionsrechts, hatte.

I. Einleitung: „Emminger, who?!“

Kurt Tucholsky übertrieb gewiss, als er in seinem „Merkblatt für Geschworene“ mahnte:

> *„Wenn du Geschworener bist, vergiß dies nicht –: echte Geschworenengerichte gibt es nicht mehr. Der Herr Emminger aus Bayern hat sie zerstört, um den Einfluss der ‚Laien‘ zu brechen.“*[2]

Damit suggerierte er, jener „Herr Emminger aus Bayern“ – gemeint war der frühere Reichsjustizminister *Erich Emminger* von der Bayerischen Volkspartei – sei die treibende Kraft hinter der Abschaffung jener „echten“ Geschworenengerichte gewesen.

Tatsächlich war *Emminger* nicht der geistige Urheber der nach ihm benannten Notverordnung. Am Tag nach seiner Ernennung lag der im Ministerium ausgearbeitete Entwurf bereits zur Unterschrift bereit. Und der von ihm

---

[2] *Tucholsky* [*Ignaz Wrobel*], Die Weltbühne v. 6. August 1929, Nr. 32, S. 202 (digitalisiert zugänglich unter https://archive.org/details/DieWeltbhne25-21929/page/202/mode/2up). Bis heute gültig ist der Fortgang des Zitats: *„Nun sitzt ihr also mit den Berufsrichtern zusammen im Beratungszimmer. Sieh im Richter zweierlei: den Mann, der in der Maschinerie der juristischen Logik mehr Erfahrung hat als du – und den Fehlenden aus Routine. Der Richter kennt die Schliche und das Bild der Verbrechen besser als du – das ist sein Vorteil; er ist abgestumpft und meist in den engen Anschauungen seiner kleinen Beamtenkaste gefangen – das ist sein Nachteil. Du bist dazu da, um diesen Nachteil zu korrigieren.“*

gezeichnete Text enthielt noch nicht die von *Tucholsky* beschriebene „Zerstörung der Schwurgerichte“. Sie ging im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auch nicht auf *Emmingers* Initiative zurück.

Überhaupt war *Emmingers* weiteres Wirken als Justizminister von kurzer Dauer. Er blieb keine fünf Monate im Amt. Danach gehörte er dem Reichstag weiter an, zog sich nach 1933 jedoch wieder in die bayerische Justiz zurück und verbrachte das gesamte „Dritte Reich“ als Richter am Bayerischen Obersten Landgericht bzw. Oberlandesgericht München.[3]

Sein Namenspatronat für die Verordnung entsprach einmal der Tradition jener Zeit, bedeutsame Rechtsakte nach dem für sie verantwortlich zeichnenden Justizminister zu benennen.[4] Zudem – hierauf weist *Vormbaum* in seiner bis heute grundlegenden Studie zum Thema hin – ermöglichte die Identifikation des Gesetzes mit einem Protagonisten, der, wie auch *Tucholsky* nachdrücklich betont, *„aus Bayern“* kam und dort zuvor Staatsanwalt und Richter war, bestimmte Hintergrundannahmen: Bayerischer Justizjurist zu sein, bedeutete zu jener Zeit, eher republikfeindlich, rechtsnational und reaktionär eingestellt zu sein.[5] So bediente das Labelling der Verordnung auch Assoziationen im politischen Meinungskampf.

Nichtsdestotrotz ist der Name *Emminger* für die Nachwelt mit der vielleicht markantesten Strukturreform des Strafverfahrens verbunden. Die Notverordnung schaffte dauerhaft die Geschworenengerichte ab, die sich in den 44 Jahren zuvor für mittlere und schwere Verbrechen etabliert hatten; sie führte das

---

3 Zur Biographie *Emmingers* s. *Kühn,* Deutsche Justizminister 1877-1977 (1977), S. 64 f.; *Vormbaum,* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 17 ff. In der Bonner Republik erlangte sein Sohn *Otmar Emminger* Prominenz, der von 1977 bis 1980 Präsident der Bundesbank war; zu ihm s. https://de.wikipedia.org/wiki/Otmar_Emminger.

4 Vergleichbar der bis heute geübten politischen Übung in der Sozialgesetzgebung; man denke an die „Riester-“ bzw. „Rürup-Rente“ oder an „Hartz I-IV“.

5 Vgl. *Vormbaum,* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 19 f.

Opportunitätsprinzip ein; und sie veränderte die Zuständigkeitsverteilung in der Eingangsinstanz grundlegend.

All das waren ihre unmittelbaren Folgen. Auf ihre weniger vorhersehbaren, aber bis heute reichenden Nachwirkungen werde ich ebenfalls zu sprechen kommen. Auch auf den historischen Kontext, der die Ausnahmesituation zeichnet, in dem die Emminger-Verordnung entstehen und erlassen werden konnte. Doch zunächst blicken wir etwas länger zurück:

II. In einem Strafverfahren vor unserer Zeit

1. Zwei verschiedene, wenn auch verwandte Gesetze

In der Einführungsvorlesung im Strafprozessrecht erzähle ich den Studierenden zu Beginn stets, wie alt Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz sind, beide Teil der Reichsjustizgesetze von 1877. Das ist richtig und falsch. Lehre zwingt zuweilen dazu, Manches wegzulassen und Vereinfachungen hinzunehmen, die nicht hundertprozentig richtig sind. Die Reichsstrafprozessordnung von 1877 ist nicht die StPO von heute.[6] Sie entstand im Kontext des gerade gegründeten Kaiserreichs und der endlich vollzogenen Reichseinheit, war geprägt von einem anderen Vorverständnis von Staat und Verfassung und einem anderen Strafbegriff, wie auch das Strafrecht jener Zeit noch vor allem ein Instrument zur Reglementierung der gesellschaftlichen Unterschicht war.[7]

---

[6] Treffend *Rieß* in: FS Friebertshäuser (1997), S. 103: *„Auch wenn die Grundstruktur des Prozeßmodells des reformierten Strafprozesses der Reichsjustizgesetzgebung sich bis heute – jedenfalls normativ – erhalten zu haben scheint, hat sich das Gesicht des Strafverfahrens von heute, gemessen an dem von 1879, so verändert, daß man annehmen könnte, es mit zwei verschiedenen, wenn auch verwandten Gesetzen zu tun zu haben."*

[7] Zu dem Zusammenspiel vgl. *Haas* Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur (2008).

Die Reichstrafprozessordnung von 1877 sah etwa für die Staatsanwaltschaft einen fast ausnahmslosen Zwang zur Strafverfolgung vor; ein Opportunitätsprinzip gab es nicht.[8] Und das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 kannte andere Zuständigkeitsverteilungen und Spruchkörperbesetzungen:[9] Wie heute war zwar das Amtsgericht für die Kleinkriminalität zuständig, doch entschied es fast alles als Schöffengericht, unter Beteiligung von Laien (§ 26 GVG 1877). Die Zuständigkeit der Schöffengerichte beschränkte sich auf Übertretungen und Vergehen, welche mit höchstens drei Monaten Gefängnis strafbewehrt waren, ansonsten auf Diebstahl, Betrug und Sachbeschädigung, sofern der Schaden nicht 25 Reichsmark überstieg (§ 27 GVG 1877). Den Einzelrichter, der heute als Strafrichter das Massengeschäft erledigen muss, gab es nur ganz ausnahmsweise bei Übertretungen, wenn der Angeklagte geständig war und die Staatsanwaltschaft dies beantragt hatte (§ 211 Abs. 2 RStPO 1877). Die großen Strafkammern am Landgericht bestanden anders als heute aus fünf Berufsrichtern (§ 77 Satz 2 GVG 1877).[10] Sie waren vor allem für bestimmte Vermögens- und Eigentumsdelikte und Verbrechen von Jugendlichen zuständig (§ 73 GVG 1877).[11] Und in politischen Prozessen war die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Reichsgerichts eröffnet (§ 136 Nr. 1 GVG 1877), dessen Senate mit sieben Berufsrichtern besetzt waren (§ 140 GVG 1877). Alles andere kam vor das Schwurgericht (§ 80 GVG 1877).

---

8 Ausgenommen vom Legalitätsprinzip waren das Privatklageverfahren (§ 416 RStPO 1877), das Landesstrafrecht (§ 3 Abs. 2 EGStPO 1877) und die Möglichkeit, bei relativer Geringfügigkeit einer von mehreren Handlungen einer Person vorläufig einzustellen (§ 208 RStPO 1877).

9 Eine grafisch aufbereitete Synoptik findet sich bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 98.

10 Nur bei Übertretungen in der Berufungsinstanz und bei Privatklageverfahren war sie mit drei Berufsrichtern besetzt.

11 Ferner waren sie Berufungsgericht gegen Urteile des Schöffengerichts (§ 76 GVG 1877).

Dieses wiederum war ein *richtiges* Geschworenengericht: Eine nach einem zeitaufwendigen Verfahren[12] gewählte zwölfköpfige Jury von Laien entschied über die Schuldfrage. Das Strafmaß lag in den Händen von drei Berufsrichtern. Anders als seine heutige Mimikry war das Schwurgericht nicht nur für Kapitalstrafsachen zuständig, sondern für alle mittleren bis schweren Verbrechen.

Beides, Reichstrafprozessordnung wie Gerichtsverfassungsgesetz, war 1877, gemessen an den Prozessmodellen, die die Gelehrten des 19. Jahrhunderts diskutiert und die Reformbewegung seit der Aufklärung hervorgebracht hatten,[13] bekanntlich ein Kompromiss, jeweils ein Versuch, der unterschiedlichen Partikulargesetzgebung des Reiches Herr zu werden – und für viele Zeitgenossen mit dem grundsätzlichen Festhalten am Inquisitionsmodell eine Enttäuschung.[14]

2. Kampf um die Schwurgerichte

Der Etablierung des Geschworenengerichts im deutschen Strafverfahren war im 19. Jahrhundert – wie die gleichnamige Dissertationsschrift von *Schwinge* es im Titel nennt – ein „Kampf um die Schwurgerichte" vorausgegangen.[15] Den für die Debatte vielleicht bedeutsamsten Text hatte *Paul Anselm Feuerbach*

---

12 Zur Bildung der Geschworenenbank s. nur *Rieß* in: FS Widmaier (2008), S. 473, 487.

13 Hierzu im Überblick *Ignor* Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846 (2002), S. 211 ff.; *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 9 ff.; *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 324 ff.; *Vormbaum* Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (2009), S. 89 ff.

14 Zur anhaltenden Reformdiskussion nach 1877 im Überblick *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 31 ff.

15 *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926); im Folgenden zitiert nach dem Neudruck von 1970.

mit seinen „Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht“ geliefert.[16] An dem Für und Wider der Argumente dieser *„Kampfschrift gegen die verfälschte französische* [scil. napoleonische] *Form, nicht gegen die Jury schlechthin“*[17] haben sich seither alle weiteren Abhandlungen abgearbeitet.[18] Zwei Einsichten *Feuerbachs* blieben maßgeblich: erstens, dass *rechtlich* die Entscheidung für oder gegen ein Jury-System untrennbar verknüpft ist mit der Frage, wie viel Freiheit man dem Richter bei der Beweiswürdigung und bei der Begründung seiner Entscheidung zubilligen möchte;[19] und zweitens, dass es in der Diskussion um das Geschworenengericht die *politischen* von den *rechtlichen* Argumenten zu trennen gilt.[20]

Politisch war die Forderung nach Geschworenengerichten in Kontinentaleuropa nach deren Etablierung durch die Französische Revolution Teil und Ausdruck der bürgerlichen Emanzipationsbewegung. Für sie verkörperte die Jury die Volkssouveränität bei der Ausübung der Strafrechtspflege, eine Garantie

---

16 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812). Auf dem Frontispiz wird 1813 als Erscheinungsjahr ausgewiesen. Tatsächlich erschien der Text bereits 1812; dazu und allgemein s. *Preisner* in: Koch u.a. (Hrsg.) Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts (2014), S. 435 ff.; im Folgenden wird er nach dem Nachdruck des Zentralantiquariats der DDR von 1970 zitiert.

17 So die Charakterisierung von *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 7; zum Entstehungshintergrund s. ferner *Preisner* in: Koch u.a. (Hrsg.) Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch – Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts (2014), S. 435, 450 ff.; *Radbruch* Gesammelte Werke Bd. VI: Feuerbach (1997), S. 139 f.

18 *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 142 bezeichnet ihn als *„das literarische Eingangstor zur deutschen Schwurgerichtsdebatte des 19. Jahrhunderts“*.

19 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 135 ff.

20 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 47 ff., 112 ff.; näher zu dieser Differenzierung *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 7 ff.

der Freiheit und Schutz vor willkürlicher Machtausübung durch obrigkeitshörige Richter.[21] Oder wie später der englische Lordrichter *Devlin* schrieb: *„Each jury is a little parliament. The jury sense is the parliamentary sense. I cannot see the one dying and the other surviving."*[22]

So verlangte schließlich auch die Paulskirchenverfassung: *„Schwurgerichte sollen jedenfalls in schwereren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urtheilen."*[23] Und diese Forderung sickerte trotz des „Scheiterns"[24] der Revolution von 1848 nach und nach in die Gerichtsverfassung der deutschen Einzelstaaten ein. Als 1871 die Arbeit an den Reichsjustizgesetzen begann, waren fast im gesamten Geltungsbereich des Reiches Geschworenenjurys Gerichtswirklichkeit.[25]

Dennoch war ihr Fortbestand im Rahmen der Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen ein Konfliktthema zwischen der nationalliberalen Reichstagsmehrheit und den eher reaktionären, durch das preußische Justizministerium

---

21 *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 332.

22 *Devlin* Trial by Jury (1956), S. 164; zum Demokratie-Argument s. bereits *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 47 ff., 64.

23 Art. 179 Abs. 2 Frankfurter Reichsverfassung 1849; zum Hintergrund und zum Gang der Beratung s. *Schwinge* Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung (1926), S. 153 ff.

24 Warum sich der „Erfolg" dieser Revolution indes mehr in ihren Nachwirkungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zeigte, hat kürzlich *Christopher Clark* (Frühling der Revolution – Europa 1848/49 und der Kampf für eine neue Welt [2023], S. 929 ff.) verdeutlicht.

25 S. die Übersicht bei *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 336 f.: Ausgenommen blieben Sachsen, Sachsen-Altenburg, Mecklenburg, Lippe, Hamburg, Lübeck und Bremen.

repräsentierten, Kräften im Bundesrat, welche sie durch eine Schöffengerichtsverfassung ersetzen wollten.[26]

Der schließlich gefundene Kompromiss fand seinen Niederschlag in dem eben beschriebenen *„gerichtsverfassungsrechtliche[n] Antagonismus“*[27] von Schöffengerichten, reinen Berufsrichterkollegien und der Akzeptanz des Schwurgerichts, entzog diesem aber die von seinen Verfechtern geforderte Zuständigkeit für politische Strafverfahren.[28] Auch dem Schwurgerichtsverfahren[29] haftete etwas Kompromisshaftes an, denn zu einem echten Anklageprozess, der Verteidigung und Staatsanwaltschaft Raum zu einem adversatorischen Widerstreit gegeben und die Rolle des Gerichts auf eine Schiedsrichterfunktion beschränkt hätte, konnte man sich nicht durchringen.[30] Das inquisitorische Modell obsiegte auch hier, sodass die Geschworenen eine Beweisaufnahme verfolgten, die nicht von den Parteien gestaltet, sondern von den Berufsrichtern, insbesondere dem Vorsitzenden, *geleitet* wurde (§§ 237 Abs. 1, 276 RStPO 1877). Sie folgten nicht stumm, sondern konnten Fragen stellen bzw. stellen lassen (§ 239 Abs. 2 RStPO 1877). Nach Beendigung der Beweisaufnahme und den Schlussvorträgen wurden sie vom Vorsitzenden belehrt (§ 300 RStPO 1877), der ihnen bestimmte Fragen für die Schlussberatung mitgab (§§ 292 ff. RStPO 1877).

Um als Schöffe oder Geschworener gewählt werden zu können, musste man ein paar Voraussetzungen erfüllen: Man musste mindestens 30 Jahre alt sein und durfte keine Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln in den letzten

---

26 Chronologische Überblick bei *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 18.

27 *Rieß* in: FS Schäfer (1980), S. 155, 160.

28 Ausgenommen waren hiervon jene Staaten, in denen vor 1877 das Schwurgericht auch zuständig für presserechtliche Strafverfahren war (§ 6 EGGVG a. F.).

29 S. dazu *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 111 f.

30 Vgl. zur insoweit geführten Reformdiskussion vor 1877 s. nur *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 11.

zwei Jahren empfangen haben (§ 33 Nr. 1 und 3 GVG 1877).[31] Außerdem waren bestimmte Berufsgruppen ausgeschlossen, sei es weil man sie für untauglich hielt, wie etwa Dienstboten (§ 33 Nr. 5 GVG 1877), sei es weil sie gesamtgesellschaftlich unabkömmlich („systemrelevant") waren, wie etwa Volksschullehrer (§ 34 Nr. 8 GVG 1877). Und – natürlich – durfte man keine Frau sein.[32] Weil das Geschworenenamt zudem ein Ehrenamt war, für das bis 1913 keine Aufwandsentschädigung bezahlt wurde, gab es die Möglichkeit, die Schöffenberufung abzulehnen, wenn man glaubhaft machen konnte, den mit ihr verbundenen Aufwand nicht wirtschaftlich tragen zu können. Wenn sich das Gesetz auch gegen einen Zensus entschieden hatte, fand so indirekt eine soziale Selektion statt. Mit anderen Worten: Man musste es sich leisten können, Schöffe oder Geschworener zu sein.

3. Reformstau und Reformversuche

Nicht nur das Strafverfahrensgesetz war vor unserer Zeit; auch die Rechtspolitik war eine andere. Anders als der Gesetzgeber heute, der an einer gewissen Hyperaktivität zu leiden scheint, und ständig das Machtgefüge im Prozess nachjustiert, ohne zu evaluieren, wie sich vorangegangene Änderungen

---

31 Heute liegt das Mindestalter bei 25 Jahren und Vermögensverfall ist ein Ausschlussgrund (§ 33 Nr. 1 und 6 GVG).

32 Das bedurfte keiner expliziten Regelung, sondern verstand sich von selbst – wie die spätere Änderung dieser Rechtslage durch das Gesetz über die Heranziehung von Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamte v. 25. April 1922 (RGBl. I S. 465) belegt: Frauen wurden danach nicht ausdrücklich als Laienrichterinnen zugelassen. Es wurden nur Regelungen eingeführt, aus denen im Umkehrschluss hervorging, dass sie nunmehr auch allgemein als Schöffinnen und Geschworene mitwirken durften, etwa wenn § 26 Satz 2 GVG 1922 vorsah: *„Mindestens ein Schöffe muß ein Mann sein."* – Das erleichterte Aufatmen des Patriarchats klingt in dieser Norm noch hundert Jahre später durch, wenn somit wenigstens ein männlicher Quotensitz auf der Schöffenbank seine zuvor absolute Vormachtstellung dokumentierte.

bewährt haben,[33] tat sich im Kaiserreich: *nichts*. Nach ihrem Inkrafttreten 1879 blieben RStPO und GVG für die nächsten 40 Jahre nahezu unverändert bestehen. Zwar gab es manche Reformentwürfe, auch eine Reformkommission wurde 1903 eingesetzt und machte Vorschläge.[34] Umgesetzt wurden sie nicht. Die marginalen Eingriffe bis zum Ersten Weltkrieg sind kaum der Erwähnung wert.[35]

Zu Beginn der Weimarer Republik war aber klar, dass sich nach dem politischen Systemumbruch auch etwas im Strafverfahrensrecht ändern musste.[36] Zwei Reformversuche wurden gestartet. Beide scheiterten aus unterschiedlichen Gründen. Der erste unter dem damaligen Reichsjustizminister *Schiffer* war der sog. Goldschmidt-Entwurf von 1920, so benannt, weil er aus der Feder des großen Berliner Strafrechtslehrers *James Goldschmidt* stammte.[37] Nach dem Leitspruch „soziales Strafrecht – liberales Strafverfahrensrecht“ bestand für ihn die angestrebte Modernisierung in einem Ausbau der Verteidigungsrechte in allen Verfahrensstadien, in der Stärkung des Anklageprozess durch größere Einflussmöglichkeiten der Parteien auf die Hauptverhandlung und in der Abschaffung der Restbestände des Inquisitionsverfahrens, nicht aber des Schwurgerichts:

---

33 Kritisch dazu *Norouzi* RW 2024, 263, 264 f.

34 Hierzu im Überblick *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 35; *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 44 ff.

35 Lediglich sechs (!) Normen wurden über einen Zeitraum von 40 Jahren abgeändert; dazu s. *Koch* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 4 Rn. 34.

36 *Ladiges* in: Handbuch des Strafrechts Bd. 7 (2020), § 5 Rdn. 7; vertiefend *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf“ – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994), S. 40 ff.

37 S. hierzu die Monographie von *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf“ – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994).

> *„Die große Zahl von richtenden Personen, in deren Hand das Schicksal des Angeklagten gelegt wird, und die Feierlichkeit des Verfahrens bilden ein unter den jetzigen Verhältnissen besonders wertvolles Mittel, der Bevölkerung den ganzen Ernst der Strafrechtspflege vor Augen zu führen."*[38]

Nach Einschätzung *Eberhard Schmidt*s sollte dem Goldschmidt-Entwurf *„ein bedeutsamer Platz in der Geschichte der deutschen Strafrechtspflege"* gebühren.[39] Doch heute kennt ihn kaum jemand. Er scheiterte bereits im Reichsrat, namentlich am Veto Preußens.[40]

Der zweite Reformversuch ging zwei Jahre später wiederum auf einen Strafrechtslehrer zurück. Aber diesmal war es ein Professor aus Kiel, und diesmal war er auch zuständiger Justizminister: *Gustav Radbruch*. Obgleich in den Vorberatungen von einigen Ländervertretern angeregt worden war, das Schwurgericht in ein großes Schöffengericht zu verwandeln, hielt der Radbruch-Entwurf von 1922 am Schwurgericht fest, änderte nur seine Zuständigkeit geringfügig und vereinfachte und ökonomisierte Einzelaspekte des Auswahlverfahrens der Geschworenen.[41]

Ob das *Radbruch*s persönlicher Überzeugung entsprach, ist später angezweifelt worden. Ausweislich seiner öffentlichen Reden und Wortbeiträge war er für

---

38 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung (1920), S. 5.

39 *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 417.

40 Zum Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens s. *Rentzel-Rothe* Der „Goldschmidt-Entwurf" – Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920 (1994), S. 200 ff.

41 Dazu und zum Gang des Verfahrens *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 49.

die Beibehaltung des Schwurgerichts.[42] In den 1960er-Jahren behauptete unterdes der frühere Reichsgerichtsrat *Fritz Hartung*, während seiner Zeit im Preußischen Justizministerium habe ihm *Radbruch* in einem Vier-Augen-Gespräch sein Ansinnen offenbart, das Schwurgericht durch ein großes Schöffengericht zu ersetzen.[43] Objektive Belege hierfür gibt es nicht. Liest man – wie ich es mit fraglos selbstgerechter Haltung tat – die Memoiren *Hartungs* mit dem schillernd vielsagenden Titel „Jurist unter vier Reichen“, so bestehen Bedenken, seiner selektiven Erinnerung zu glauben,[44] nicht nur weil er, typisch für die Juristen seiner Zeit, die Rolle des Reichsgerichts während des „Dritten Reichs“ apologetisch relativiert.[45]

Wie dem auch sei. Als im November 1922 *Rudolf Heinze* von der Deutschen Volkspartei das Justizressort übernahm, erlebte der ursprüngliche Radbruch-Entwurf zahlreiche Änderungen. Zu ihnen zählte die Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht. In dieser Form wurde er dem Reichstag vorgelegt. Sozialdemokraten und Kommunisten zeigten sich wenig

---

42 S. hierzu die Nachweise bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 123, 145 bei und in Fn. 56a.

43 *Hartung* ZStW 1970, 601, 602; *ders.* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 46.

44 Zu den zeitlichen Unstimmigkeiten in *Hartungs* Bericht s. bereits *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 120.

45 *Hartung* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 95 ff.; zur Kritik dieser apologetischen Haltung s. *Pauli* Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1992); *Vogel* Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht (2004), S. 64 f. – *Hartung* zählte auch zu jenen ehemaligen Reichsgerichtsräten, die in den 1960er-Jahren mit Nachdruck, aber erfolglos versuchten, eine unkritische Erinnerungskultur am Bundesgerichtshof an die letzte Richtergeneration des Reichsgerichts zu etablieren (s. dazu *Kißener/Roth* Justiz im Umbruch – Die Geschichte des Bundesgerichtshofs 1950 bis 1965, Bd. 1: Das Gericht [2025], S. 85).

begeistert. Und der Entwurf versandete in den Beratungen des Rechtsausschusses.[46]

4. Kontext: Krisenjahr 1923

Was dann geschah, ist nur im Kontext der Zeitläufte verständlich. Die Emminger-Verordnung mag zwar 1924 in Kraft getreten sein. Sie war aber ein Kind des Jahres 1923, als sich die junge deutsche Demokratie schon zehn Jahre vor ihrem Scheitern in einer existenziellen Krisensituation befand.[47]

Die Dauerkrise hatte unterschiedliche Herde, die teils parallel brannten, teils sich gegenseitig befeuerten, teils aufeinander übergriffen:[48] die Besetzung des Ruhrgebiets durch französische und belgische Truppen zu Jahresbeginn; die Abtrennung dieses wichtigen Wirtschaftssektors durch eine Zollgrenze vom Reich; der hiergegen ausgerufene passive Widerstand der Reichsregierung; die so bedingte Steigerung des ohnehin nach Kriegsende grassierenden Geldwertverlusts in eine Hyperinflation; schließlich die durch den Ruhrkampf begünstigten bzw. von den Besatzungs-Truppen geförderten separatistischen Tendenzen gegen das Reich, die jeweils in kurzzeitigen Ausrufungen einer rheinischen Republik in Aachen und einer pfälzischen Republik in Speyer mündeten, neben reichsfeindlichen Bestrebungen in Bayern, Sachsen und Thüringen.

---

46 Näher *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 51 f.

47 Dies veranschaulichen plakativ die Titel und Untertitel einiger Monographien, die zum hundertjährigen Jubiläum erschienen sind: *Hoffritz* Totentanz – 1923 und seine Folgen Über Reparationszahlungen, Hyperinflation und politische Radikalisierung (2022); *Jones* 1923 – Ein deutsches Trauma (2022); *Longerich* Außer Kontrolle – Deutschland 1923 (2022); *Reichel* Rettung der Republik? Deutschland im Krisenjahr 1923 (2022); *Reuth* 1923 – Kampf um die Republik (2023); *Ullrich* Deutschland 1923 – Das Jahr am Abgrund (2023).

48 Kompakte Darstellung unter der Überschrift „Die vermiedene Katastrophe" bei *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 187 ff.

All dies traf eine Gesellschaft, die, traumatisiert vom großen Krieg und verunsichert nach dem Zusammenbruch der alten Ordnung, Vertrauen in die Leistungsfähigkeit eines demokratischen Systems verlor, das keine stabile Regierungsmehrheit hervorbringen konnte. Und die politischen Parteien in der Regierung suchten Heilung im Giftschrank des Parlamentarismus: Sie operierten mithilfe von verfassungsdurchbrechenden *Ermächtigungsgesetzen*, die der Reichsregierung für eine bestimmte Zeit legislative Befugnisse einräumten, ohne – was heute Art. 79 Abs. 1 GG verbieten würde – den Verfassungstext ändern zu müssen.[49] So tat es die Regierung *Cuno*, so tat es die Regierung *Stresemann*, und so plante auch *Radbruch*, nachdem er im August 1923 zum zweiten Mal Justizminister geworden war, mithilfe von Notverordnungen am Parlament vorbei Teile seiner ursprünglichen Prozessreform zu realisieren.[50] Aber dazu kam es nicht. Besser gesagt: kam *er* nicht.

Die Regierung *Stresemann* stürzte im Herbst 1923 nämlich in eine tiefe Krise, nachdem sie gegen reichsfeindliche Bestrebung von rechts (in Bayern) und links (in Sachsen und Thüringen) unterschiedlich resolut vorgegangen war. Während man gegenüber Bayern Nachsicht walten ließ – oder besser: walten lassen musste, da die Reichswehr nicht bereit war, auf die rechtsgerichteten Befehlsverweigerer dort zu schießen –, verhängte das Reich über Sachsen die

---

49 Zu dieser Form der Notstandsbekämpfung, die den Weg der Nationalsozialisten zur „Machtergreifung“ zehn Jahre später vorzeichnete, s. *Haardt/Clark* in: Dreier/Waldhoff (Hrsg.) Das Wagnis der Demokratie – Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung (2018), S. 9, 34 f.; vertiefend *Gusy* ZNR 2017, 246; warum die Weimarer Erfahrung dazu führte, dass Art. 79 Abs. 1 GG „Verfassungsdurchbrechungen“ verbietet, erklärt *Dreier* in: ders. GG, 3. Aufl. (2015), Art. 79 I Rn. 3, 17 ff.

50 In seinen posthum unter dem Titel „Der innere Weg“ veröffentlichten Erinnerungen verharmlost *Radbruch* (Gesamtausgabe Bd. 16: Biographische Schriften [1988], S. 272) dies ein wenig kokett: *„Wenn das Parlament genötigt ist, ein Ermächtigungsgesetz zu erlassen, dann pflegt die dadurch in Freiheit gesetzte Ministerialbürokratie sich sofort zu überlegen, welche ihrer vorbereiteten Gesetzgebungsarbeiten sie auf diesen Karren zu laden vermag, und auch ich konnte mich diesem Naturtriebe nicht entziehen.“*

Reichsexekutur und entmachtete die dortige Regierung. Diese Ungleichbehandlung provozierte den Rücktritt der drei SPD-Minister, unter ihnen auch *Gustav Radbruch*, und besiegelte das Ende der Kanzlerschaft *Stresemanns*, der die anschließende Misstrauensabstimmung im Reichstag verlor.[51] Und *Friedrich Ebert*, der Reichspräsident, soll seinen Genossen verärgert ins Stammbuch geschrieben haben: *„Was Euch veranlaßt, den Kanzler zu stürzen, ist in sechs Wochen vergessen, aber die Folgen Eurer Dummheit werdet ihr noch zehn Jahre lang spüren.“*[52]

III. Die Emminger-Verordnung

Nun endlich schlug die Stunde *Erich Emmingers*: In dem zum 30. November 1923 gebildeten neuen Kabinett unter dem Zentrumspolitiker *Wilhelm Marx* wurde der Abgeordnete der Bayerischen Volkspartei zum Justizminister ernannt. Er war zuvor unter anderem dadurch in Erscheinung getreten, als einziger Reichstagsabgeordneter die harte Bestrafung eines Linken wegen Landesverrats durch ein bayerisches Gericht öffentlich verteidigt zu haben.[53] Seine Ernennung galt wohl als Zeichen der Konzilianz gegenüber dem Freistaat, der in der Zwischenzeit auch den Hitler-Lüdendorff-Putsch überstanden hatte.

Allerdings hielt der ursprüngliche Radbruch-Entwurf einer Notverordnung noch am Schwurgericht in etwas gestraffter Form fest.[54] Und diesen Entwurf

---

51 Zu Stresemanns 100 Tagen s. *Möller* Die Weimarer Republik – Demokratie in der Krise, 3. Aufl. 2023, S. 219 ff.; *Reichel* Rettung der Republik? Deutschland im Krisenjahr 1923 (2022), S. 195 ff.; *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 220 ff.

52 *Winkler* Weimar 1918-1933 – Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl. (2019), S. 240.

53 *Jones* 1923 – Ein deutsches Trauma (2022), S. 327.

54 *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 54.

unterzeichnete *Emminger*, als er am 30. November 1923 das Amt des Reichsjustizministers antrat.[55] Nachdem am 8. Dezember 1923 der Reichstag die Regierung abermals ermächtigt hatte, *„die Maßnahmen zu treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtet“*,[56] wurde der Entwurf der Verordnung verfahrensgemäß[57] den Kontrollausschüssen von Reichsrat und Reichstag zum Zwecke der Anhörung übermittelt.

Im *Reichsrat*, der Länderkammer, sah man nun endlich die Chance, die bislang vergebliche Forderung der Länder nach einer Umwandlung des Schwurgerichts in ein großes Schöffengericht zu verwirklichen, das aus drei Berufs- und sechs Laienrichtern bestehen sollte. Ebenso sollten die Berufsrichter in den Senaten der Oberlandesgerichte von fünf auf drei und im Reichsgericht von sieben auf fünf je Spruchkörper reduziert werden. Das Reichsjustizministerium nahm diesen Änderungswunsch auf. Die Abschaffung des Schwurgerichts ging also nicht auf *Emminger* zurück, wenngleich sie in ihm einen gewichtigen Fürsprecher fand.[58]

Eine letzte Chance, die Änderung der Verordnung noch zu verhindern, scheiterte bei der Anhörung im Kontrollausschuss des Reichstags, die kurz vor Weihnachten stattfand. Hier hatten die sozialdemokratischen Mitglieder *Radbruch* und *Rosenfeld* den Antrag eingebracht, die Reichsregierung aufzufordern, keine Änderungen an der bestehenden Schwurgerichtsverfassung vorzunehmen. Am Ende fehlte dem Antrag nur *eine* Stimme.[59] Jahre später auf dem Deutschen Juristentag 1928 erzählte *Rosenfeld*, die Abstimmung sei nur

---

55 *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 54.

56 § 1 Abs. 1 Satz 1 Ermächtigungsgesetz v. 8. Dezember 1923 (RGBl. I S. 1179).

57 § 1 Abs. 2 Satz 1 Ermächtigungsgesetz v. 8. Dezember 1923 (RGBl. I S. 1179).

58 *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 58, 125. Diesen Entstehungshintergrund camoufliert die zeitgenössische Kommentierung bei *Bumke* Verordnung über die Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 (1924), S. 8.

59 *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 126.

deshalb verloren worden, weil der etwas betagte Sprecher der Abgeordneten des Zentrums, *Spahn*, geschlafen habe.[60] Auch hier war wieder *Hartung* als Augenzeuge zugegen und meint, *Spahn* habe sich allenfalls nur schlafend gestellt.[61] Einerlei, so bildet das vorweihnachtliche Nickerchen eines 80-Jährigen den Nährboden für kontrafaktische Alternativerzählungen. Welchen Einfluss ein entsprechender Antrag auf das Justizministerium und auf die Willensbildung im Kabinett gehabt hätte, bleibt freilich offen.[62]

Die Verordnung wurde gemäß der Anregung des Reichsrats geändert. Am 4. Januar 1924 unterzeichnete sie Reichskanzler *Marx* und wenige Tage später wurde sie im Reichsgesetzblatt veröffentlicht.[63] Das war's mit dem Schwurgericht. Fast mit kindlichem Staunen konstatierte *Eberhard Schmidt*:

> *„Was keiner Gesamtreform gelungen wäre, was soeben noch als Maßregel odiösester Reaktionen angeprangert worden war, das erledigte jetzt, ohne daß irgendwelche wesentlichen Erschütterungen eintraten, diese Notverordnung mit einem Federstrich".*[64]

Nun, ohne Erschütterungen stimmt nicht ganz: Der *„rechtspolitische Putsch der Emminger-Verordnung"*[65] erfuhr vor allem mit Blick auf die Abschaffung des Schwurgerichts in der Fachöffentlichkeit und in der Politik teils heftige

---

60 Zitat bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 126.

61 *Hartung* ZStW 1970, 601, 604; *ders.* Jurist unter vier Reichen (1971), S. 52.

62 Vgl. *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 127.

63 Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. Januar 1924 (RGBl. I S. 15).

64 *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. (1965), S. 419 f.

65 So *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 139, 157.

Kritik.[66] Dort namentlich von Seiten der Anwaltschaft und Strafrechtsgelehrten, hier von Seiten der Liberalen, Sozialdemokraten und Kommunisten. Der bekannte Reichsgerichtsrat *Adolf Lobe* etwa – selbst Namenspatron der Gesetzesänderung von 1922 zur schriftlichen Revisionsverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet[67] – betitelte seinen Aufsatz zur Emminger-Verordnung weniger subtil mit: *„Der Untergang des Rechtstaats“*.[68]

Auf die im Nachgang erhobenen Abänderungsversuche, die allesamt keine parlamentarische Mehrheit fanden, gehe ich nicht ein.[69] Die durch die Emminger-Verordnung bewirkte Abschaffung des Geschworenengerichts hat bis heute Bestand – mit der Fußnote, dass es ausgerechnet in Bayern nach dem Zweiten Weltkrieg für kurze Zeit wiedereingeführt wurde.[70] Später machte der Gesetzgeber aus dem Schwurgericht eine gewöhnliche große Strafkammer am Landgericht, in der drei Berufsrichter und zwei Schöffen das Sagen haben.[71] Die bis heute fortwährende Beibehaltung der Namensbezeichnung des Spruchkörpers *„als Schwurgericht“* in § 74 Abs. 2 Satz 1 GVG ist damit nicht mehr als rechtsgeschichtliche Folklore.

Was änderte sich durch die Verordnung sonst noch?[72] Zunächst die Zuständigkeitsverteilung im Strafverfahren: Sie schuf den Einzelrichter am Amtsgericht, in dessen Kompetenz alle Übertretungen und unter bestimmten

---

66 S. dazu mit vielen Originalzitaten *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 74 f.

67 Zur Entstehungsgeschichte der „Lex Lobe“ s. nur *Fezer* StV 2007, 40, 42.

68 *Lobe* DJZ 1925, Sp. 15.

69 Dazu näher *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 61 ff.

70 Verordnung über die Wiedereinführung der Schwurgerichte v. 14. Juli 1948 (BayGVBl. S. 243).

71 Durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 9. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3393); dazu *Rieß* in: FS Widmaier (2008), S. 473, 484 f.

72 Detaillierte Darstellung bei *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 38.

Umständen, unter anderem einem Antrag der Staatsanwaltschaft, auch die Ahndung von Vergehen fielen. Das Schöffengericht am Amtsgericht war der eigentliche Gewinner, da es nunmehr für alle weiteren Vergehen und Verbrechen zuständig war. Beim jetzt nur noch so bezeichneten „Schwurgericht", das de facto ein großes Schöffengericht mit sechs Schöffen und drei Berufsrichtern war, lag nur noch, wie heute, die Zuständigkeit für Kapitalstrafsachen und – auf Wunsch *Emmingers* – für Meineid.

Unmittelbare Folge dieser Zuständigkeitsverschiebung war einerseits die Ausweitung der Berufungsmöglichkeiten, weil auch mittlere und schwere Kriminalität bei den Amtsgerichten die Eingangsinstanz hatte. Damit korrespondierte andererseits eine Reduzierung der Revisionszuständigkeit des Reichsgerichts, wie umgekehrt die Oberlandesgerichte an Einfluss gewannen. Dieser Teil der Reform wurde ein paar Jahre später (1932) revidiert,[73] wodurch die bis heute in groben Zügen bestehende Zuständigkeitsverteilung geschaffen war.

Auf verfahrensrechtlicher Ebene brachte die Emminger-Reform schließlich erstmals eine Durchbrechung des davor strikt geltenden Legalitätsprinzips, schuf Vorläufer der heute in der Praxis unentbehrlichen §§ 153 und 154 StPO und führte die Zwei-Drittel-Mehrheit im Spruchkörper für alle Entscheidungen zum Nachteil des Angeklagten ein.

---

[73] Durch die Verordnung des Reichspräsidenten über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung v. 14. Juni 1932 (RGBl. I S. 285).

IV. Nachwirkungen

1. Nochmals: *Feuerbach*

Um die Nachwirkungen besser zu verstehen, lohnt es sich, noch einmal 200 Jahre zurückzuspringen und *Feuerbachs* Essay zu den Geschworenengerichten wieder aufschlagen.[74] Wie bereits erwähnt, ist dieser Text auch deshalb so wertvoll, weil er die juristische Legitimität einer Jury daran messen möchte, welche Freiheit im Rahmen der Beweiswürdigung man dem Tatrichter zubilligen und welche Begründungstiefe man von seinem Urteil verlangen möchte. In seinen Worten:

> *„Da der Ausspruch der Jury blos durch subjectives Fürwahrhalten bestimmt werden soll, so sind die Geschwornen wegen ihres Ausspruches unverantwortlich. Sie haben kein anderes Gesetz als ihr Gewissen, keinen andern Richter als ihr eigenes Bewußtsein. Ihr Ausspruch gleicht dem Spruche eines Orakels, welcher, sichtbar in seinen Folgen, in seinen Gründen unerforschlich und stets heilig ist.“*[75]

Dieser Überzeugungsfreiheit misstraute *Feuerbach* indes und wollte sie keinem Berufsrichter zubilligen. Vielmehr sah er es als Aufgabe des Gesetzes, mithilfe einer Beweistheorie zwar *„den Richter nicht in einen blinden Automaten [zu] verwandeln“*, wohl aber ihn davor zu bewahren, dass er *„auf Phantasieflügeln über*

---

74 Die folgenden Einsichten verdanke ich *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 143 ff.; zur Entwicklung der freien Beweiswürdigung ebenfalls instruktiv *Küper* in: FS Peters II (1984), S. 23.

75 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 33. In der *-Fn. nach dem zitierten Satz fügt *Feuerbach* hinzu: *„Daher keine Berufung von einer Jury an eine andere; am wenigstens eine Revision des Ausspruchs der Geschwornen durch einen eigentlichen Gerichtshof.“*

das Reich der Wahrheit hinausflattere und ein Wolkenbild mit innigster Überzeugung statt der Wahrheit umarme.“[76]

Während bei der Jury hiergegen allein die Öffentlichkeit des Verfahrens als Kautel dienen konnte, durfte einem Kollegium von Berufsrichtern aufgegeben werden, seine Überzeugungsbildung transparent zu machen und nach Vernunftmaßstäben zu begründen.[77] In der französischen Prozessrechtsdoktrin wird dies nachvollzogen durch die begriffliche Unterscheidung zwischen der „intime conviction“, der inneren Überzeugung des Geschworenen, und der „conviction raisonnée“, der begründeten Überzeugung des gelehrten Richters.

Als der Gesetzgeber 1877 sich dazu entschloss, das Prinzip der freien Beweiswürdigung sowohl der Jury als auch dem Berufsrichter der Strafkammer zuzubilligen, war es bereits *„zu einem selbstverständlichen Element des deutschen Strafverfahrens“* geworden.[78] Die gesetzgeberische Entscheidung geschah in der Annahme, wenn schon der „Wahrspruch“ – Stichwort „Orakel“ – der Jury, mit dem schwerste Strafen verbunden sein konnten, keiner Begründung bedürfe, müsse dies erst Recht auch für die untergeordneten Strafsachen bei den Strafkammern gelten.[79] Darum stellte das Gesetz an die Begründung der schriftlichen Urteilsgründe kaum Anforderungen und blieb sogar unter dem Schutzniveau der Prozessordnungen einiger Partikularstaaten.[80] Mit dem Wegfall des Schwurgerichts alter Ordnung infolge der Emminger-Novelle verlor dieses

---

76 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 132.

77 *Feuerbach* Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht (1812), S. 140 ff.

78 So *Küper* (in: FS Peters II [1984], S. 23, 43), der für diese Entwicklung eine Rationalisierung und Versachlichung der „intime conviction“ und ihre Emanzipation vom Schwurgerichtsgedanken für ursächlich hält (a.a.O. S. 34 ff.).

79 *Jähnke* in: FS Hanack (1999), S. 355, 357. Warum dieses Argument im historischen Kontext zu kurz greift, erläutert *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 156.

80 *Küper* in: FS Peters II (1984), S. 23, 43 f.

ohnehin wenig überzeugende Argument seine Grundlage. Es gab nun keine Wahrsprüche mehr, die sich einer Begründungspflicht entziehen konnten.[81]

2. Beweiswürdigung als Darstellung

Nicht der Gesetzgeber reparierte das aus den Fugen geratene System. Das belegt bis heute der beeindruckend karge Regelungsgehalt von § 267 StPO, der die Fassung der schriftlichen Urteilsgründe in einer unterkomplexen Weise beschreibt, die keine Revision überstehen würde.[82] Nein, die Rechtsprechung tat es. Indem sie Anforderungen an die Darstellung zur Überzeugungsbildung des Gerichts entwickelte, die das schriftliche Urteil im Falle eines Schuld- oder Freispruchs erfüllen muss.[83] Der einstige „Wahrspruch“ des Orakels wurde profanisiert, rationalisiert und bürokratisiert – und damit rechtlich operabel gemacht. Über die Jahrzehnte ist daraus ein immer feiner konturiertes revisionsgerichtliches Profil erwachsen. Inhalt und Darstellung variieren je nach Beweislage, Beweisthema und Beweismittel, also je nachdem, ob das Konfrontationsrecht des Angeklagten verletzt wurde, ob Aussage gegen Aussage stand, ob ein Tötungsvorsatz zu prüfen ist, ob das Zeugnis einer gesperrten V-Person oder ob DNA-Mischspuren verwertet werden. Und so weiter und so fort.[84] Im Ergebnis werden damit anhand von Erfahrungssätzen Beweisregeln geschaffen, die der tatrichterlichen Beweiswürdigungsfreiheit Zügel anlegen.

Zugleich haben die schriftlichen Urteilsgründe einen doppelten Boden. Sie können ein klandestines Kommunikationsmedium zwischen Revisions- und Tatgericht sein.[85] Etwa, indem Nebensächlichkeiten für den

---

81 Vgl. *Salditt* in: Fischer (Hrsg.) Beweis (2019), S. 138, 157 f.

82 Treffend *Rieß* in: FS Rissing-van Saan (2011), S. 491.

83 Kompakter Überblick über die Entwicklung bei *Andoor* Tatfragen in der strafrechtlichen Revision (2020), S. 240 ff.

84 Weitere Beispiele bei *Wenske* in: MüKo-StPO, 2. Aufl. (2024), § 267 Rn. 206 ff.

85 Vgl. *Rieß* in: FS Fezer (2008), S. 455, 468.

Verfahrensgegenstand ausgebreitet werden, um subkutan und tendenziös Stimmung gegen den Angeklagten zu machen; oder wenn die Irrelevanz eines problematischen Beweismittels eigens betont wird, um präventiv den Beruhenszusammenhang (§ 337 Abs. 2 StPO) zu neutralisieren.

3. Die erweiterte Revision

Spiegelbildlich zur Ausweitung des Darstellungsprogramms expandierte auch die revisionsrechtliche Kontrolldichte im sachlichen Recht, die in bestimmten Ausnahmekonstellationen auch die tatrichterliche Beweiswürdigung auf ihre Widerspruchsfreiheit, Lückenlosigkeit und Kompatibilität mit Gesetzen der Logik prüft: die *erweiterte* Revision.[86] Ihren Ursprung kann man auch darin sehen, dass in Fällen der mittleren und Schwerkriminalität eine Berufungsinstanz fehlt und es den obersten Richtern nicht zumutbar ist, sehenden Auges Fehlurteile hinzunehmen.[87] Diese erweiterte Revision war wiederum ein maßgeblicher Grund dafür, warum die immer mal wieder aufgegriffene Idee einer grundlegenden Reform der Rechtsmittel nie Realität werden musste.[88] Die Praxis hatte sich irgendwie selbst beholfen. Ohne die Emminger-Verordnung wäre das nicht möglich gewesen.

---

86 Bis heute grundlegend *Fezer* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974).

87 S. nur *Fezer* in: FS Hanack (1999), S. 331, 338: *„Wenn der Gesetzgeber das erste und einzige Rechtsmittel im Bereich der Schwerkriminalität so ausgestaltet, daß es Fehler im tatsächlichen Bereich der Rechtsmittelkontrolle entzieht, dann ist der richterliche ‚Ungehorsam' vorprogrammiert."* Weniger schmeichelhaft dagegen *Naucke* in: Bemman/Manoledakis (Hrsg.) Der Richter in Strafsachen (1992), S. 107, 118: *„Um dem Verdikt weitgehender Nutzlosigkeit in einem System unmittelbar wirkender sozialer Kontrollen zu entgehen, versucht der Revisionsrichter, näher am Tatgeschehen zu bleiben"*.

88 So auch Rieß in: FS Hanack (1999), S. 397, 402; dazu bereits *Fezer* Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen (1974).

Nun scheint diese Entwicklung zunächst allein eine Optimierung des Revisionsrechtsschutzes zum Vorteil des Angeklagten zu sein. So konzidiert auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit rügeverkümmernder Protokollberichtigungen, es sei zwar im *„Koordinatensystem“* der strafrechtlichen Revision

> *„eine gewisse Tendenz […] der Revisionsgerichte erkennbar, den Einfluss von Verfahrensrügen zu begrenzen. Im Gegenzug hat die Rechtsprechung indes insbesondere durch die Ausweitung der sogenannten Darstellungsprüfung das revisionsrechtliche Prüfungsprogramm – im Wesentlichen zugunsten des Beschuldigten – erheblich ausgedehnt.“*[89]

Das mag das Bundesverfassungsgericht schreiben. Es ist trotzdem falsch. Die erweiterte Revision wirkt nicht *„im Wesentlichen“* zugunsten des Angeklagten. Sie betrifft rechtlich Freisprüche gleichermaßen wie Verurteilungen und ist tatsächlich bei staatsanwaltschaftlichen Rechtsmitteln zum Nachteil des Angeklagten überproportional erfolgreich.[90] Und das, obwohl der gesetzliche Wortlaut von § 267 Abs. 5 StPO für die Begründung des Freispruchs nur die Angabe verlangt, *„ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob, und aus welchen Gründen, die für erwiesen angenommene Tatsache für nicht strafbar erachtet worden ist.“* Kurz: ob der Freispruch von Tat oder Rechts wegen ergangen ist. Dass auf diese Weise richterrechtlich der Inhalt der Urteilsgründe und der Umfang der eigenen Kontrolldichte zum Nachteil des freigesprochenen Angeklagten

---

89 BVerfGE 122, 248, 276.

90 Vgl. *Barton* in: FS Fezer (2008), S. 333, 350.

ausgeweitet wurde, wird hier und da zwar reklamiert.[91] Echte Störgefühle hegt dagegen fast niemand mehr, schon gar nicht der Gesetzgeber.

4. Marginalisierung der Verfahrensrüge

Szenenwechsel: Der State of New York Court of Appeals hob am 25. April 2024 ein Urteil des New York Supreme Court auf, das den Hollywood-Magnaten und Filmproduzenten *Harvey Weinstein* zu einer Haftstrafe von 23 Jahren verurteilt hatte, nachdem er von einer Jury wegen „Vergewaltigung" in zwei Fällen schuldig gesprochen worden war. Bemerkenswert ist die Begründung, warum das Appellationsgerichts mit einer 4:3-Entscheidung die Fairness des Verfahrens verletzt sah.[92] Es waren nämlich mehrere Zeuginnen zugelassen worden, die über sexuelle Übergriffe *Weinsteins* in der Vergangenheit berichtet hatten, die nicht Gegenstand der Anklage waren. Damit wollte die Staatsanwaltschaft ein eingeschliffenes Verhaltensmuster des Angeklagten beweisen und die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Opferzeuginnen verstärken.

Die Mehrheit der Richter sah hierdurch hingegen die aus einer Präzedenzentscheidung des Gerichts aus dem Jahr 1901 abgeleitete sogenannte *Molineux*-Rule[93] verletzt. Diese stellt die negative Beweisregel („Rule of Evidence") auf, wonach der Staat keinen Beweis gegen einen Angeklagten über Straftaten führen kann, die die Anklage nicht umfasste, weder zum Zwecke der Strafzumessung noch um ihn der angeklagten Tat zu überführen. Diese Regel – in unserer Terminologie: ein Beweisthemenverbot – sei nichts Geringeres als

---

91 Dezidiert kritisch dagegen *Andoor* Tatfragen in der strafrechtlichen Revision (2020), S. 288 ff.; s. auch *Fezer* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit? (1974), S. 51.

92 People v Weinstein (2024 NY Slip Op 02222); abrufbar unter: https://www.nycourts.gov/ctapps/Decisions/2024/Apr24/24opn24-Decision.pdf

93 People v Molineux (168 NY 264 [1901]).

> *„the product of that same humane and enlightened public spirit which, speaking through our common law, has decreed that every person charged with the commission of a crime shall be protected by the presumption of innocence until [they have] been proven guilty beyond a reasonable doubt”.*[94]

Mir geht es nicht darum, ob solch ein Rechtssatz in unserem System möglich wäre (ich meine: theoretisch: ja, praktisch: eher kaum vorstellbar). Auch nicht darum, ob die Mehrheitsmeinung überzeugend ist, wenn man die argumentativ starken dissenting opinions der unterlegenen drei Richter gegenliest. Mir geht es um etwas anderes: Die Entscheidung illustriert, welche Bedeutung die Beachtung von Verfahrensrecht in einem System haben kann, das mit Geschworenengerichten arbeitet. Gerade weil es keine schriftlichen Gründe gibt, die die Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung transparent und nachvollziehbar machen, kann der Fokus der obergerichtlichen Kontrolle nur auf dem Weg liegen, den das gerichtliche Verfahren bis zur Entscheidung gegangen ist. Es ist wohl keine gewagte These, dass mit der Emminger-Verordnung – und dem durch sie bewirkten Erstarken der schriftlichen Urteilsgründe – auch die Formenstrenge des Prozesses abgeschwächt und die revisionsrechtliche Kontrolle im Wege der Verfahrensrüge allmählich marginalisiert worden ist.

Beides liegt auf einer Entwicklungslinie, die man die Materialisierung des Prozessrechts nennt.[95] Gemeint ist die Fokussierung auf Ergebnisrichtigkeit und

---

94 People v Weinstein (2024 NY Slip Op 02222), S. 19 unter wortwörtlicher Zitierung von People v Molineux (168 NY 264 [1901]).

95 S. nur *Barton* StV 2004, 332, 335 f.; vgl. zum Zivilverfahren und dort insbesondere zur Materialisierung durch Richterrecht *Kehrberger* Die Materialisierung des Zivilprozessrechts (2019), S. 174 ff.; zur Materialisierung aus rechtstheoretischer Sicht allgemein s. *Menke* Kritik der Rechte (2018), S. 135 ff.

Ergebnisgerechtigkeit, die pragmatisch mit formalrechtlichen Schranken umgeht. Dem entspricht die Entwertung der Hauptverhandlung: *einerseits* durch eine Gesetzgebung, die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme auf dem Altar der Prozessökonomie zu opfern bereit ist; *andererseits* durch eine von allen Akteuren der Strafrechtspflege – die Verteidigung ist hier keine Ausnahme – etablierte protolegale Praxis verfahrensbeendigender Absprachen. Beides funktioniert nur, wenn ein Berufsrichterspruchkörper die Akten kennt und das Verfahrensergebnis frühzeitig prognostizieren kann.[96] Aber das ist ein anderes Thema.

V. Schluss

Man kann die Geschichte der Emminger-Verordnung auch anders erzählen. Man kann darauf hinweisen, dass das Schwurgericht ausgerechnet zu einer Zeit abgeschafft wurde, als endlich auch Frauen Zugang zum Geschworenenamt hatten und erstmals allen Laienrichtern eine angemessene Aufwandsentschädigung gezahlt werden musste.[97] Deutschland verabschiedete sich von der Jury just zu dem Zeitpunkt, als sie beginnen konnte, mehr als ein *„männliches Honoratiorengremium“* zu sein.[98] Man kann auch kontrafaktisch spekulieren, ob das Schwurgericht, hätte es die Krise von 1923 überstanden, nicht später ohnehin von den Nationalsozialisten beseitigt worden wäre. Oder hätte dies nicht seine Abschaffung als spezifisch nationalsozialistischen Akt der Gesetzgebung diskreditiert und daher nach 1949 die Wiedereinführung des Schwurgerichts legitimiert? Auch das lasse ich offen.

---

96 Näher *Greco* GA 2016, 1.

97 Das eine geschah durch das Gesetz über die Heranziehung von Frauen zum Schöffen- und Geschworenenamt v. 25. April 1922 (RGBl. I S. 465), das andere durch das Gesetz über die Entschädigung der Schöffen, Geschworenen und Vertrauenspersonen v. 4. Juli 1922 (RGBl. I S. 561).

98 Treffend *Vormbaum* Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924 (1988), S. 147.

Die Frage, welches Prozessmodell vorzugswürdig ist, war nicht mein Thema.[99] Zur Jury nur eine Assoziation: Vor einigen Jahren verfolgte ich mit dem Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltverein im altehrwürdigen Old Bailey eine Hauptverhandlung in Strafsachen. Das Erscheinungsbild der Londoner Jury – augenscheinlich Menschen aus dem Volk: zwei Männer trugen, wenn ich mich recht erinnere, sogar Jogginghosen aus Ballonseide – bildete einen spannungsvollen Kontrast zum Auftritt der Barrister in Robe und Perücke. Trotzdem: Sie und jeder Gerichtsbedienstete, der den Raum betrat oder verließ, verbeugten sich zweimal in Richtung der Geschworenenbank. Das war berührend und hatte eine appellative Kraft: Hier richten Bürger über Bürger. Das ist die eine Seite.

Auf der anderen steht die Rationalisierung der Urteilsgründe mit einer Begründungstiefe, die im internationalen Vergleich wohl ihresgleichen sucht, als Ausdruck unserer Rechtskultur. Doch sie kann ein bürokratisches Muster ohne Wert sein, wenn es Tatrichtern beim Absetzen der Urteilsgründe nur darum geht, ein „revisionssicheres Urteil“ zu erschaffen,[100] nicht eines, das den tatsächlichen Verlauf der Beratungen über das Ergebnis der Beweisaufnahme wiedergibt. Freilich, wer dies tut und schriftliche Urteilsgründe „schönschreibt“, begeht einen schweren Pflichtenverstoß. Nur bleibt der Regelbruch wegen Beratungsgeheimnis und fehlender Dokumentation der Hauptverhandlung ohne effektive Sanktion. Auch insoweit setzt die Strafprozessordnung bei allen Verfahrensbeteiligten ein Berufsethos voraus, das das Gesetz nicht garantieren kann.[101]

---

99 Tendenziell teile ich die Skepsis von *Rieß* in: FS Widmaier (2008), S. 473, 498 f., *„dass das Schwurgericht in seiner klassischen Form mit dem gegenwärtigen deutschen Straf- und Strafprozessrecht nicht mehr kompatibel wäre.“*

100 Bedenklich unterkomplex dagegen *Schnürer* NStZ 2024, 523.

101 Hierzu grundlegend *Küper* Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen (1967), insb. S. 20 ff.

Ich wollte nur zeigen, dass nicht immer alles so war, wie es ist, und dass es daher auch nicht so bleiben muss, wie es war. Dass die Art und Weise, wie unser Prozess funktioniert, kontingent ist, mithin von Zufällen und historischen Konstellationen abhängt. Und dass die Auswirkungen einer unter Notstandsbedingungen gefassten Reform sehr viel weiter reichen können, als zur Zeit ihrer Entstehung absehbar war.

FRANZ SALDITT

Der Revolutionär vor Gericht

Über Dr. Karl Liebknecht als Strafverteidiger in eigener Sache

Der Rechtsanwalt *Dr. Karl Liebknecht,* an den hier erinnert werden soll, war während des größten Teils seines Berufslebens als Strafverteidiger tätig. Mehrmals hat er sich auch in eigener Sache verteidigt, zuletzt im Ersten Weltkrieg. In diesem Fall hat er auf ein evident politisches Verfahren mit bemerkenswerten Erklärungen reagiert. In der Sowjetunion und später in der DDR ist er posthum zu einer Ikone des stalinistischen Sozialismus erhoben worden. Das verdunkelt sein Bild. Es hindert aber nicht daran, die weitgehend erhaltenen und zum Teil rätselhaften Texte aus der Zeit jener Kriegsjahre zu beleuchten, mit denen er seiner Strafverfolgung entgegengetreten ist. Ein biografischer Beitrag kann dies nicht sein, wohl aber der Versuch, einen begabten Juristen an der Grenze zwischen Politik und Recht zu verstehen.

I. Strafverteidiger

1. *Karl Liebknecht* wurde am 13. August 1871 geboren. Er hat im Jahre 1890 an der Nikolai-Schule in Leipzig das Abitur abgelegt, bis 1893 Jura in Leipzig und Berlin studiert, war Referendar ab 1894 in Arnsberg und Paderborn, promovierte mit einer zivilrechtlichen Arbeit 1897 („magna cum laude“) an der Universität Würzburg und bestand das Assessorexamen am 5. April 1899 („cum laude“) in Berlin. Dort wurde er als Advokat zugelassen und am 13. Mai

vereidigt.[1] Schon unmittelbar nach dem Abitur hatte *Karl Liebknecht* als Einjährig-Freiwilliger den Wehrdienst in der 2. Kompanie des Garde-Pionier-Bataillons abgeleistet. Dass der junge Rechtsanwalt alsbald als Strafverteidiger erfolgreich war, wird von dem Meister unseres Fachs *Max Alsberg* bestätigt. Dieser nämlich, geboren 1877, der seit 1906 in Berlin praktizierte, räumte dem Kollegen in seinem wissenschaftlichen Werk „Justizirrtum und Wiederaufnahme" (Hamburg 1913) einen wesentlichen Platz ein. *Karl Liebknecht* teilte ihn mit zwölf weiteren angesehenen Rechtsanwälten, darunter drei, denen der Ehrentitel des Justizrats verliehen worden war.[2]

Es gibt einen weiteren Beleg dafür, dass *Karl Liebknecht* den gewählten Beruf als Strafverteidiger ernsthaft und zunächst nachhaltig ausgeübt hat. Er war, ebenso wie *Max Alsberg,* Mitglied des heute noch bestehenden Deutschen Juristentages, der nach seiner Satzung auf *„den lebendigen Meinungsaustausch und den persönlichen Verkehr unter den deutschen Juristen"* abzielt. Bis heute dienen dem unter anderem auf dem Gebiet des Strafrechts alljährliche Konferenzen, Abstimmungen, Beschlüsse und Vorschläge zu gesetzgeberischen Initiativen. Die Mitgliederliste im Tagungsband des Jahres 1912 weist sowohl *„Dr. Alsberg,*

---

1 Die Daten und Stationen sind der von *Annelies Laschitzka* verfassten lesenswerten Biografie (Die Liebknechts [2009], S. 13 ff., 28 ff., 43 ff.) entnommen.

2 Die beteiligten Anwälte waren außer *Alsberg* und *Liebknecht: Buhr* (Köln), Justizrat *Dr. Drucker* (Leipzig), *Giese* (Dresden), *Dr. Hartlaub* (Bremen), *Dr. Siegfried Löwenstein* (Berlin), *Dr. Luetgebrune* (Göttingen), Justizrat *Dr. Mamroth* (Breslau), *Dr. Menge* (Gera), Justizrat *Dr. Niemeyer* (Essen), *Dr. Robert* (Braunschweig), *Dr. Werthauer* (Berlin) und *Dr. Westhaus* (Düsseldorf). Zu *Max Alsberg: Jürgen Taschke* (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl. (2013), darin *Jürgen Taschke*, Max Alsberg, S. 13 ff.; *Werner Sarstedt*, Max Alsberg, ein deutscher Strafverteidiger, S. 97 ff., dort zu „Justizirrtum und Wiederaufnahme" S. 97 f.; *Gerhard Jungfer*, Max Alsberg – Verteidigung als ethische Mission, S. 112 ff., dort zu „Justizirrtum und Wiederaufnahme" S. 113 (*„Er motiviert in einer Weise, die Vergleichbares bis heute nicht finden läßt, andere Kollegen, und das sind berühmte Namen in ihrer Zeit, zur Mitarbeit und dies als junger Anwalt"*); *Curt Riess*, Der Mann in der schwarzen Robe (1965).

Rechtsanwalt, Berlin NW 23, Friedrichstr. 120" aus als auch *„Dr. Liebknecht, Karl, Rechtsanwalt, Berlin N 4, Chausseestr. 121".*[3]

2. Eine wissenschaftliche Recherche zeigt im Einzelnen auf, wie oft *Karl Liebknecht,* zum Teil mit seinem älteren Bruder *Theodor,* der gemeinsam mit ihm als Rechtsanwalt praktizierte, während der Jahre 1900 bis 1916 vor Gericht aufgetreten ist – vor Berliner Strafkammern sowie den Schöffengerichten Berlin-Mitte, Charlottenburg, Königswusterhausen, Köpenick, Luckenwalde und Spandau, weiter vor Landgerichten in Wittenberge, Elberfeld, Halle, Königsberg und Rudolfstadt.[4] Da *Liebknechts* Vater *Wilhelm* zu den Gründern der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei gehörte und in enger Verbindung auch mit *August Bebel* stand, ist *Karl* schon früh mit politischen Überzeugungen vertraut geworden. Im August 1900 wurde er aktives Mitglied dieses sich seinerzeit als

---

[3] Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages (Wien 1912), Dritter Band (1913), S. XV und XL II. Ausgewiesen als Mitglieder waren auch „Dr. Drucker, Rechtsanwalt, Justizrat, Leipzig, Ritterstr. 1 II" (S. XXIII), „Dr. Luetgebrune, Walter, Rechtsanwalt, Göttingen, Alleestr. 2" (S. XL I V), „Dr. Mamroth, Ernst, Justizrat, Breslau, Schweidnitzerstr. 27" (S. XL I V), „Dr. Menge, Rechtsanwalt, Notar, Gera-Reuß, Johannisplatz 7" (S. XL VI), „Dr. Niemeyer, Victor, Justizrat, Essen" (S. XL I und X) und „Dr. Werthauer, Paul, Geheimer Hofrat, Berlin, W 15, Kurfürstendamm 198" (S. LXV). Daher gehörte die Mehrheit der 13 Juristen, die sich an *Alsbergs* Werk zum Justizirrtum beteiligten, wie *Karl Liebknecht* dem Deutschen Juristentag an. Leider ist die Liste der Teilnehmer, die an den damaligen Beratungen und Beschlüssen zur Todesstrafe (am 4. September 1912, S. 507 ff., am 5. September 1912, S. 583 ff.) sowie an der Plenarsitzung am 6. September 1912 (S. 943 ff.) teilnahmen, nicht mehr verfügbar.

[4] *Matthias John*, Die Anwälte Karl und Theodor Liebknecht mit einer vollständigen Dokumentation ihrer Prozesse von 1900 – 1916 (2014), S. 7 f. Die Kanzlei wurde zunächst an der Spandauer Brücke 3 geführt, danach in der Kaiser-Wilhelm-Straße 46 und schließlich seit 1908 in der Chausseestraße 121 (*John*, a.a.O., S. 14 f.). Detailliert zu den Prozessen, an denen Karl Liebknecht als Verteidiger beteiligt war (*John*, a.a.O., S. 37 ff.); weiter an Prozessen, mit denen er oder sein älterer Bruder Theodor befaßt waren (*John*, a.a.O., S. 85 ff.).

„marxistisch orientierte revolutionäre Oppositionspartei" verstehenden Zentrums der deutschen Arbeiterbewegung.[5] *Karls* Vater *Wilhelm* verstarb in jenem August; so begann der junge Anwalt, *„in die Fußstapfen des Alten zu treten."*[6] Schon am 6. November 1901 wurde er für den 45. Bezirk (Perleberger, Rathenower, Stendaler und Wilsnacker Straße in Moabit) in die Berliner Stadtverordneten-Versammlung gewählt.[7]

Besondere öffentliche Aufmerksamkeit erregte *Karl Liebknecht* im Jahre 1904, als er vor dem Landgericht Königsberg verteidigte. Dort waren neun deutsche Sozialdemokraten wegen Unterstützung der russischen Arbeiterbewegung durch illegale Einlieferungen revolutionärer Literatur angeklagt worden. Alle neun wurden vom Vorwurf des Hochverrats und der Beleidigung (des Zaren) freigesprochen. Was blieb, waren drei Schuldsprüche wegen *„Geheimbündelei."*[8] Über den Königsberger Prozess berichtete *Karl Liebknecht* in einer Berliner Volksversammlung. Sein Aufruf (*„Nicht nur jeder Parteigenosse, sondern auch jeder freisinnige Mann muß dazu beitragen, daß die Bastille des Despotismus gestürzt werde und daß wir bald rufen können: Der Zarismus ist tot, es lebe die russische Freiheit"*) hatte Folgen, von denen noch zu sprechen sein wird. Die schon früh sichtbar werdende Verbindung von anwaltlichem Talent und festen politischen

---

5 Dazu *Annelies Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 62 ff. Zu *Wilhelm Liebknecht* d. *Verf.*, Richter und Revolution, in: Vormbaum, Jahrbuch 2018 Juristische Zeitgeschichte, S. 3 ff., 20-26. Aus guten Gründen hat *Ossip K. Flechtheim Karl Liebknecht* in dem Sammelband „Streitbare Juristen" (1988) beschrieben: *Karl Liebknecht* (1871-1919), Parlamentarier und Revolutionär, S. 117-127. *Flechtheim* berichtet übrigens, dass *Karl Liebknecht* im Studium außer der Rechtswissenschaft auch Geschichte und Philosophie belegte (S. 117). Nachweise vertiefender Quellen zu *Karl Liebknecht* bei *Flechtheim,* S. 126 f.

6 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 68 f.

7 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 74. Die anschließende anwaltliche und politische Laufbahn wird von der Autorin näher (passim) beschrieben.

8 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 92 und *John,* a.a.O. (Fn. 4), S. 47; *Flechtheim,* a.a.O. (Fn. 5), S. 118.

Überzeugungen hat *Karl Liebknecht* Anfeindungen ausgesetzt, die in dem Strafverfahren während des 1. Weltkriegs einen Höhepunkt erreichten, das hier näher betrachtet werden soll.

3. Als im Jahre 1929 das Reichsgericht aus Anlass seines fünfzigjährigen Bestehens eine der Amtswürde entsprechende Festschrift auflegte, ist darin auch die Bedeutung zweier den Rechtsanwalt *Karl Liebknecht* betreffenden Entscheidungen mit Namensnennung hervorgehoben worden.[9] *Liebknecht* war im Jahre 1907 wegen des Verbrechens, ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitet zu haben, beim Reichsgericht angeklagt worden. Es wurde ihm vorgeworfen, in einer pazifistischen Broschüre (*„Militarismus und Antimilitarismus“*) die Mittel angegeben und nahegelegt zu haben, um Heer und Verfassung gewaltsam zu überwinden (§ 86 RStGB). Die Strafe lautete *„nur“* auf 18 Monate *„Festungshaft“*, weil *„die strafbar befundene Handlung“* nicht *„aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen“* war. Aus diesem Grund blieben dem Verurteilten die bürgerlichen Ehrenrechte erhalten (§ 32 Abs. 1 RStGB). Da das Reichsgericht das Urteil bestätigte, hat *Karl Liebknecht* diese leichtere Freiheitsentziehung hingenommen.[10]

Doch versuchte die Anklagebehörde, im separaten berufsrechtlichen Verfahren auf seine Entfernung aus dem Anwaltsberuf hinzuwirken. Der Ehrengerichtshof des Reichsgerichts nahm die Aufsehen erregende Gelegenheit wahr, um klarzustellen, dass nicht jede Verletzung eines Strafgesetzes ehrlos und unwürdig macht, als Rechtsanwalt tätig zu bleiben. *Liebknecht* ist deshalb vom Ehrengerichtshof des Reichsgerichts freigesprochen worden, wobei es sich im

---

9 *Kurlbaum,* Der Ehrengerichtshof für die deutschen Rechtsanwälte, in Lobe (Hrsg.), Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929 (1929), S. 70 ff. (zu *Liebknecht* S. 87 ff.).

10 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 140 ff.; *Kurlbaum,* a.a.O. (Fn. 9); weiter dazu auch *Engelmann,* Richter zwischen Recht und Macht, Beitrag zur Geschichte der deutschen Strafjustiz (1995), S. 9 ff. Letztlich ist *Karl Liebknecht* vorgeworfen worden, das Recht des Kaisers auf unbedingten Gehorsam eines jeden Soldaten in Frage zu stellen (*Engelmann,* a.a.O, S. 9).

damaligen Kaiserreich um eine bemerkenswerte Einschränkung des § 28 RAO handelte, die einer subtilen Anerkennung gleichkam. *Benjamin Carter Hett*, ein Historiker, der an der Harvard Law School unterrichtete, hat den Fall entsprechend kommentiert. Er hat darauf hingewiesen, es sei die persönliche Integrität Liebknechts, seine juristische Expertise und seine unangefochtene Position in der Berliner Anwaltschaft bestätigt worden.[11]

Glimpflich endete auch ein zweites Verfahren aus der Zeit vor dem Kriegsausbruch, das sich bis zum 7. November 1914 hingeschleppt hat.[12] Auf einem Parteitag in Magdeburg hatte *Karl Liebknecht* mehreren Landesregierungen vorgeworfen, sie hätten versucht, den sich damals, vor dem 1. Weltkrieg, auf deutschem Boden befindenden russischen Zaren, einen *„barbarischen, gesetzlosen und willkürlichen Herrscher"*, durch Maßnahmen zu schützen, mit denen *„unsere Gesetze mit Füßen getreten würden."*[13] Der von der Verfolgungsbehörde angerufene Ehrengerichtshof beim Berliner Kammergericht billigte *Karl Liebknecht* das Recht auf freie Meinungsäußerung zu, soweit es den Zaren betraf, erteilte aber im Blick auf die beschimpften deutschen Behörden einen Verweis. Ihr Rechtsmittel gegen diese milde Entscheidung nahm die Verfolgungsbehörde nach dem Kriegsausbruch zurück. *Liebknecht* hat sich mit dem Verweis abgefunden.[14] In diesem Fall ist eine strafrechtliche Ahndung von vornherein unterblieben. Auch im Rückblick aus der Perspektive, die der amtlichen Festschrift des Reichsgerichts 1929 entnommen werden kann, lastete auf *Liebknecht* daher bis zum ersten Jahr des beginnenden Weltkriegs kein seine persönliche und berufliche Ehre angreifender Makel. Dass die Festschrift ihn zehn Jahre nach seinem gewaltsamen Ende namentlich erwähnte, könnte man in diesem Kontext als fortbestehendes Testat seiner Ehrenhaftigkeit bewerten.

---

11 *Hett*, Death in the Tiergarten – Murder and Criminal Justice in the Kaiser's Berlin (2004), S. 135.

12 Dazu *Laschitza*, a.a.O.(Fn. 1), S. 235.

13 EG 16, 412; *Kurlbaum,* a.a.O. (Fn. 9), S. 88.

14 *Hett*, a.a.O. (Fn. 11), S. 136 f.

II. Politiker und Soldat

1. Die Archive geben für das Jahr 1912, als *Liebknechts* politische Laufbahn einen ersten Höhepunkt erreichte, Auskunft über immer noch sechs forensische Verteidigungsmandate. Im Jahre 1913 verblieben insgesamt zehn Fälle *in foro*, darunter der letzte am 17. Dezember.[15] Bis zum Kriegsausbruch im Jahre 1914 schließlich sind drei vor Gericht stattgefundene Verteidigungen erfasst. Die Aufstellung endet mit dem 10. Juni 1914, als *Karl Liebknecht* dem Schneidermeister *Leopold Jahnke* noch zu Beginn des 1. Weltkrieges vor dem Spandauer Schöffengericht gegen den Vorwurf beistand, dieser habe die Soldaten des Unteroffizierskorps des 5. „Garderegiments zu Fuß" beleidigt. Das Gericht verhängte statt der beantragten Freiheitsstrafe von einem Monat eine Geldstrafe von einhundert Reichsmark.[16] *Karl Liebknecht* hat weiterhin an seinem Beruf festgehalten; jedoch lässt die abnehmende Häufigkeit seiner Mandate vor dem Kriegsausbruch erkennen, dass die politischen Wahlämter einen immer größeren Teil seiner Kraft in Anspruch nahmen. Die Aufgaben ab 1902 als sozialdemokratischer Stadtverordneter, ab 1907 als Mitglied des Preußischen Abgeordnetenhauses und stärker noch ab 1912 als Abgeordneter des Reichstages erweiterten das Potential des überzeugten Pazifisten, der diesem Parlament fortan für den Wahlkreis Potsdam-Spandau-Osthavelland angehörte.

2. Im alsbald beginnenden Weltkrieg wird *Karl Liebknecht* Konflikten ausgesetzt sein, die zur Trennung von der SPD führen und einen Graben zu ihr aufreißen werden, der zu tief ist, um überbrückt zu werden. Erste Spannungen löste bereits die Bewilligung des 5-Milliarden-Kriegskredits am 4. August

---

15 *John*, a.a.O. (Fn. 4), für 1912 s. S. 77 f., für 1918 s. S. 79 ff. *Flechtheim* zitiert *Karl Liebknechts* Sekretärin *Martha Nothnagel,* die ihn sehr positiv beschreibt (u. a. *„[…] war er immer freundlich und strahlte Liebe und Wärme aus"*), a.a.O. (Fn. 5), S. 118 m. Nachweisen.

16 *John*, a.a.O. (Fn. 4), S. 82.

1914 aus, der die sozialdemokratische Reichstagsfraktion – gegen den internen Widerspruch *Liebknechts* und weiterer 13 Abgeordneten – am 4. August 1914 nach außen geschlossen zustimmt.[17] Als aber am 2. Dezember 1914 die zweite Kriegsanleihe in gleicher Höhe beschlossen wird, springen außer *Karl Liebknecht* alle Abgeordneten zur Abgabe ihrer Ja-Stimme von den Sitzen auf. *Karl Liebknecht* widerspricht, weil es sich nicht um einen Verteidigungskrieg handele. Er beantragt vergeblich, seine Gründe ins Protokoll aufzunehmen. Der Vorstand der SPD-Fraktion veröffentlicht anschließend eine Erklärung, mit der er „aufs tiefste" bedauert, dass dieser Abgeordnete die Disziplin gebrochen habe.[18] Ähnlich verläuft die Abstimmung über die dritte Kriegskreditvorlage am 20. März 1915.[19] Auch der vierten Vorlage am 20. August 1915 verweigert *Liebknecht* sich.[20] Erstmals am 21. Dezember 1915, als es um einen weiteren Kriegskredit geht, schließen sich ihm neunzehn oppositionelle Sozialdemokraten an, was die innerparteiliche Krise verschärft.[21] Danach entsteht der Begriff „Spartakus", mit dem die Dissidenten ihre politische Kommunikation unterzeichnen. Am 12. Januar 1916 entscheidet die Fraktion, die

---

17 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 236 ff., und *Engelmann* a.a.O. (Fn. 10), S. 341, 345 ff. Im Reichstag war *Liebknecht* schon 1913 wegen seiner *„Enthüllungen der Kriegsmaschinationen und Bestechungsaffären von Krupp und anderen Firmen"* hervorgetreten (*Flechtheim,* a.a.O. [Fn. 5], S. 119; dazu näher *Engelmann,* a.a.O. [Fn. 10], S. 319 ff.).

18 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 258 f. Dies kam einem Ausschluss aus der Fraktion gleich (*Engelmann,* a.a.O. [Fn. 10], S. 346).

19 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 272. Hierbei schloss sich der Abgeordnete *Otto Rühle* (SPD) seinem Kollegen an.

20 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 275.

21 *Laschitza,* a.a.O. (Fn. 1), S. 285 f. Die im Dezember 1915 insgesamt 20 sozialdemokratischen Abgeordneten, die zusammen mit *Karl Liebknecht* mit Nein stimmten, sind bald darauf mit ihm aus der Fraktion ausgeschlossen worden. Diese Gruppe konstituiert sich im März 1916 als „sozialdemokratische Arbeitsgemeinschaft." Aus ihr ist im Jahre 1917, nach dem Ausschluss auch aus der SPD die Unabhängige Sozialdemokratische Partei (USPD) hervorgegangen (*Engelmann,* a.a.O. [Fn. 10], S. 348).

Dissidenten auszuschließen.[22] Am 16. März 1916 fordert *Karl Liebknecht* auch im Preußischen Abgeordnetenhaus die *„Arbeiterklasse aller Länder“* auf, die Waffen zu *„senken und sich gegen den gemeinsamen Feind (zu) kehren, der ihnen Licht und Luft nimmt.“*[23] Eineinhalb Monate später wird die militärische Laufbahn dieses zornigen „Armierungs-Soldaten“ enden.

3. Die Zwänge, mit denen *Karl Liebknecht* konfrontiert war, hatten zugenommen, weil er seit seiner Einberufung am 7. Februar 1915 rechtlich dem aktiven Heer angehörte.[24] Als er „auf Befehl“ vor dem zuständigen Kommandeur des Bezirkskommandos V-Berlin erschien, erfuhr er, welchem Truppenteile er überwiesen werde, würde ihm später bekanntgegeben. Vorläufig unterbleibe die Zuweisung wegen seiner Teilnahme an parlamentarischen Verhandlungen. Der Bezirkskommandeur erteilte *Liebknecht* bei dieser Gelegenheit den folgenden durch Vorlesen sofort wirksamen und später in seiner Gültigkeit von den Militärgerichten bestätigten Befehl:

> *„Auf Grund des Reichsmilitärgesetzes und der bestehenden Disziplinarvorschriften verbiete ich Ihnen, nachdem Sie nunmehr dem aktiven Heere angehören, jede Teilnahme an öffentlichen und geschlossenen Versammlungen sowie jede politische Agitation in Wort und Schrift im In- und Auslande. Ausgenommen sind die Sitzungen des Reichs- und Landtags und die während der Tagung derselben stattfindenden Fraktionssitzungen.“*[25]

---

22 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 292 f. Der Ausschluss soll mit 60:25 Stimmen beschlossen worden sein (*Flechtheim*, a.a.O. [Fn. 5], S. 120).

23 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 294 f.

24 Dazu, herausgegeben von der Kommunistischen Partei Deutschlands (Spartakus-Bund) im Juli 1919: Das Zuchthausurteil gegen Karl Liebknecht, Wörtliche Wiedergabe der Prozessakten, Urteile und Eingaben Liebknechts, darin genauer die Anklageschrift vom 2. Juli 1916, S. 15 ff., 23. Diese Broschüre wird nachstehend als „Das Zuchthausurteil“ zitiert.

25 Das Zuchthausurteil, Anklageschrift, a.a.O. (Fn. 24), S. 23.

Mit dem Abschluss der damals noch andauernden parlamentarischen Verhandlungen endete auch diese erste Beurlaubung. Am 24. März 1915 musste *Karl Liebknecht* sich als „Schipper" in das Armierungs-Bataillon 49 einreihen. Auch dessen Chef teilt ihm mit, er sei ihm *„in Bezug auf sein Vorleben und seine Beteiligung an der Politik bekannt und müsse sich als Soldat politischen Tätigkeit enthalten."*

Darauf soll *Liebknecht* geantwortet haben, *„das ist selbstverständlich"* oder „das ist mir selbstverständlich bekannt."[26] Nach einer weiteren Beurlaubung ab dem 13. Mai 1915 ist er am 29. Juni 1915 zunächst der Kommandatur Cüstrin und später dem dortigen Armierungs-Ersatz-Kommando sowie nach dessen Auflösung dem entsprechenden Kommando Thorn überwiesen worden. Anstehende parlamentarische Sitzungen führten wiederum dazu, dass *Karl Liebknecht* einstweilen bei der Truppe noch nicht wieder einzutreffen brauchte.[27] Nach der Rechtslage, auf die sich die spätere Anklageschrift beziehen wird, blieb er dennoch juristisch weiterhin ohne Unterbrechung Soldat im aktiven Heer, aus dem er nicht einmal nur vorübergehend ausscheiden konnte.[28] Mithin befand er sich von Rechts wegen „im Felde" und verpflichtete ihn das Verbot politischer Betätigung – außerhalb parlamentarischer Anlässe – auch während der Beurlaubung.[29]

---

26 Das Zuchthausurteil, Anklageschrift, a.a.O. (Fn. 24), S. 23. „Schipper" wurden die mit Schaufeln tätigen Armierungs-Soldaten genannt (*Engelmann*, a.a.O. [Fn. 10], S. 346).

27 Das Zuchthausurteil, Anklageschrift, a.a.O. (Fn. 24), S. 24.

28 Das Zuchthausurteil, Anklageschrift, a.a.O. (Fn. 24), S. 24.

29 Das Oberkriegsgericht legt dar, *Karl Liebknecht* habe *„als Soldat und im Felde"* gehandelt, da er die Tat *„in Gebieten begangen hat, in denen durch Kaiserliche Verordnung vom 31.07.1914 der Kriegszustand erklärt war, was dem Angeklagten auch bekannt und bewußt war"* (Das Zuchthausurteil, a.a.O. [Fn. 24], S. 111 ff.).

III. 1. Mai 1916

1. Der *Karl Liebknecht* zur Last gelegten Tat ging im Reichstag eine gewaltsame Szene voraus, die *Ossip K. Flechtheim* wie folgt beschreibt:

> *„Als sich Karl Liebknecht am 8. April 1916 im Reichstag gegen die ‚Volksanleihen' wandte, störten ihn die ‚patriotischen' Abgeordneten ständig; schließlich hinderten sie ihn gewaltsam am Weitersprechen. Ein Abgeordneter entriß ihm die Redeunterlagen und verstreute sie um das Rednerpult. Der Reichstagspräsident nutzte diesen Zwischenfall, um Liebknecht das Wort zu entziehen und ihn aus der Sitzung auszuschließen. Die gewaltsam abgebrochene Reichstagsrede vom 8. April 1916 war sein letztes Auftreten im Parlament […] – niemand konnte damals ahnen, daß es überhaupt Liebknechts letzte Parlamentsrede sein sollte."*[30]

Drei Wochen nach diesem Riss und noch während *Karl Liebknecht* sich übereinstimmend mit einer weiteren Beurlaubung wegen parlamentarischer Beratungen in Berlin aufhielt, hat er Ende April und am 1. Mai 1916 dort und anderswo Flugblätter sowie Handzettel verteilen lassen, die dazu aufforderten, am 1. Mai abends auf dem Potsdamer Platz zu erscheinen. Dem sind, wenn man die Anklageschrift vom 2. Juni 1916 zugrunde legt, meist jugendliche Personen gefolgt. Auf dieser Versammlung rief Karl *Liebknecht,* als die Polizei die sich stauende Menge zu zerstreuen versuchte, mit vernehmlicher Stimme: *„Nieder mit dem Krieg! Nieder mit der Regierung!"* Gegen den Versuch der Polizei, ihn zu ergreifen, um ihn zur Wache zu führen, soll er sich zur Wehr gesetzt haben, indem er mit den Armen nach hinten schlug, den Oberkörper zurücklehnte und die Füße gegen den Erdboden stemmte. Zugleich rief er wiederum: *„Nieder mit dem Krieg! Nieder mit der Regierung!"* In den verteilten Flugblättern wurden die ostelbischen Junker und kapitalistischen Profitmacher angegriffen,

---

30 *Flechtheim,* a.a.O. (Fn. 5), S. 125.

die „sich auf Kosten des hungernden Volkes mästen."[31] Weiter hieß es *„Arbeiter! Parteigenossen! Ihr Frauen des Volkes! Wie lange wollt Ihr stumm die Verbrechen der Menschenmetzelei, die Not und den Hunger ertragen? … Die Reichen können noch lange den Krieg durchhalten. Sie leiden keinen Hunger."* Im Zentrum stand ein Appell:

> *„Fort mit dem ruchlosen Verbrechen des Völkermordes! Nieder mit seinen verantwortlichen Machern, Hetzern und Nutznießern! Unsere Feinde sind nicht das französische, russische oder englische Volk, das sind deutsche Junker, deutsche Kapitalisten und ihr geschäftsführender Ausschuß, die deutsche Regierung! Auf zum Kampfe gegen diese Todfeinde jeglicher Freiheit, zum Kampfe um alles, was das Wohl und die Zukunft der Arbeitersache, der Menschheit und der Kultur bedeutet!"*[32]

2. *Karl Liebknecht,* der deshalb arrestiert und durch einen in zwei Teilen erlassenen Haftbefehl vom 3. Mai 1916 in Untersuchungshaft genommen wurde, hat sich danach ausführlich zur Sache Stellung erklärt. Mit atemberaubender Deutlichkeit erschließt sich seine Haltung aus einem Schriftsatz vom 26. Juni 1916, den er in die zwei Tage später stattfindende Hauptverhandlung erster Instanz vor dem Kommandaturgericht mit mutiger, ja stolzer Aufrichtigkeit eingeführt hat.[33]

---

31 Das Flugblatt wird in der Anklageschrift wiedergegeben (in: Das Zuchthausurteil, a.a.O. [Fn. 24], S. 16 f.).

32 Das Zuchthausurteil, Anklageschrift, a.a O. (Fn. 24), S. 17.

33 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 34 f.

a) *„Das Flugblatt ‚Auf zur Maifeier' und den Handzettel habe ich Ende April und auch noch am 1. Mai d. J. in Berlin und Umgebung verteilt – das Flugblatt in zwei Ausgaben mit fingiertem Drucker."*

b) *„Außerhalb Berlins habe ich nichts selbst verteilt, doch war mir diese Verteilung bekannt und dringend erwünscht. Ich trage dafür die Verantwortung."*

c) *„Auch für den Inhalt des Flugblattes und der Handzettel trage ich volle Verantwortung; über die Entstehung des Flugblattes und der Handzettel verweigere ich die Auskunft."*

d) *„An Soldaten habe ich nicht verteilt. Ich war aber damit einverstanden, erwartete und wünschte dringend, daß Flugblatt und Handzettel auch in die Hände von Soldaten kommen würden."*

e) *„An der Demonstration auf dem Potsdamer Platz nahmen mehrere (wohl 10) Tausend Personen teil … auch Soldaten waren anwesend."*

f) *„Ich rief mehrfach: ‚Nieder mit der Regierung!' ‚Nieder mit dem Krieg!' Auch noch, nachdem ich polizeilich festgenommen war. Der Festnahme fügte ich mich nicht ohne weiteres, weil ich keine Lust hatte, mich durch irgendwelche Polizeifäuste von der weiteren Beteiligung an der Kundgebung abhalten zu lassen."*

g) *„Ich weiß und es entspricht meinem Willen, daß Demonstration und Flugblatt im Auslande bekannt geworden sind."*

h) *„Anfang Februar 1915 – bei meiner Einstellung ins Heer – ist mir auf dem Bezirkskommando V Berlin vom Bezirkskommandeur das Verbot, an revolutionären Versammlungen usw. teilzunehmen, revolutionäre Propaganda in Wort und Schrift zu treiben, revolutionäre Rufe auszustoßen, sowie das Verbot, Uniform zu tragen und Berlin zu verlassen, eröffnet worden … Dieser Vorgänge und meiner Soldaten-Eigenschaft war ich mir durchaus bewußt, als ich die inkriminierten Handlungen ausführte.“*

i) *„Dem Verbot habe ich zuwidergehandelt, weil es mir meine politische und soziale Pflicht gebot. Ich wußte, daß über Berlin und Umgebung der Belagerungszustand noch verhängt ist.“*

j) *„Die Macht der kapitalistischen Regierung und der herrschenden Klassen Deutschlands wie aller anderen Länder auf allen Gebieten, auch in erster Linie ihre militärische Macht zu schwächen, zu brechen und durch die bestimmende Macht sozialistischen Proletariats zu ersetzen: das ist das politische Ziel des internationalen Sozialismus. Im proletarischen Kampf um den Frieden, um einen Frieden in sozialistischem Geist – ohne Eroberung und Vergewaltigung – so sieht sich heute … der Kampf um jenes allgemeine Ziel der sozialen Revolution. Diesem Ziel, diesem Kampf gelten nach meinem Willen die Demonstrationen, das Flugblatt, die Rufe […]“.*

k) *„Die höchste sozialistische Aufgabe ist es, dafür zu wirken, daß in naher Zeit dem imperialistischen Mordkommando – im Staatenkriege und im Bürgerkriege – hunderttausendfältig der trotzige Ruf antwortet: ‚Wir werden nicht schießen!‘“*

l) Außerdem zitierte Karl Liebknecht seine im Preußischen Abgeordnetenhaus am 16. März 1916 abgegebene Erklärung: *„Und es ist unsere Aufgabe, der Arbeiterklasse aller Länder zuzurufen: ‚Ans Werk! Die im Lande wie in den Schützengräben, sie sollen die Waffen senken und sich gegen den gemeinsamen Feind kehren, der ihnen*

Licht und Luft nimmt.' In diesem Sinne begrüße er, wenn das Flugblatt und der Handzettel auch unter den Soldaten Verbreitung finde.

m) *„Ich werde meinen politischen Kampf, meinen internationalen sozialistischen Kampf unbeirrt nach meinen Kräften fortsetzen, mag das Urteil lauten, wie es will."*

Diese Stellungnahme scheint den Sachverhalt in allen Kernpunkten einzuräumen. Es bleibt unklar, ob der mit revolutionären Texten auftretende Angeklagte noch eine juristische Strategie verfolgte. In diesem Zusammenhang fällt auf, daß *Karl Liebknecht* dem Ziel, die militärische Macht in gleicher Weise auch der Regierungen feindlicher Länder zu schwächen und zu brechen, besondere Bedeutung beigemessen hat.

3. Die Anklageschrift geht – scheinbar übereinstimmend mit dem von *Karl Liebknecht* beschriebenen Sachverhalt – zunächst von § 89 RStGB aus, der wie folgt lautet:

> *„Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen denselben Nachteil zufügt, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein. Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden."*

Nach § 1 RStGB war eine mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Tat ein Verbrechen. Verurteilungen zur Zuchthausstrafe

hatten die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem Deutschen Heer und der Kaiserlichen Marine sowie in der Advokatur, der Anwaltschaft und im Notariat zur Folge (§ 31 RStGB).[34] Nach § 20 RStGB durfte, falls das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattete, auf Zuchthaus erkannt werden, wenn festgestellt wurde, dass die als strafbar befundene Handlung aus ehrloser Gesinnung entsprungen war[35]. Die Alternative der *„custodia honesta“* war ein weit geringerer Eingriff in die Freiheit des Gefangenen, dessen Ehre aus damaliger Sicht fortbestand. Sie wurde in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen (§ 17 RStGB).[36]

4. Viel hing aber davon ab, ob die *Karl Liebknecht* zur Last gelegte Tat vollendet oder nur ein Versuch war.

---

[34] Davon zu unterscheiden ist die weitgehende Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 32-36 RStGB), weil diese sich zum Beispiel auch auf den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte erstreckte (§ 33 RStGB).

[35] Nach § 17 RStGB bestand die Strafe der Festungshaft in einer schonenden Freiheitsentziehung, bei der die Häftlinge ihre Beschäftigung und Lebensweise selbst gestalten konnten. Sie wurde in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen. – Die Strafe der Festungshaft spielte bereits im Jahre 1872 eine Rolle, als die Angeklagten *Wilhelm Liebknecht* und *August Bebel* im Zusammenhang mit den zur Gründung der sozialdemokratischen Arbeiterpartei führenden Sachverhalten wegen Vorbereitung des Hochverrats verurteilt wurden (d. *Verf.*, Richter und Revolution, in: Vormbaum (Hrsg.), Jahrbuch 2018 Juristische Zeitgeschichte, S. 3 ff., S. 20 ff.).

[36] Der frühere Oberreichsanwalt *Ludwig Ebermayer* (Senatspräsident beim Reichsgericht 1918-1921, Oberreichsanwalt 1924-1926) hat sich in seinen Erinnerungen (*Ebermayer,* Fünfzig Jahre Dienst am Recht [1930], S. 63) für die Beibehaltung der *custodia honesta* ausgesprochen: *„Es gibt anständige Verbrechen und anständige Verbrecher, und selbst eine unter anderen Umständen und vielleicht in der Regel gemeine und schwere Straftat kann je nach den Beweggründen des Täters und nach der Art der Ausführung eine andere Beurteilung verlangen, als eine der Art nach gleiche Tat, die aus anderen Beweggründen und in anderer Weise ausgeführt wurde.“*

a) Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich erweiterte nämlich, falls der Landesverrat als Kriegsverrat „im Felde“ durch Soldaten begangen wurde, den Strafrahmen auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslänglich (§ 57 MStGB). Da diese gesetzliche Regelung dem Richter keine Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattete, musste § 20 RStGB außer Betracht bleiben, selbst wenn ehrlose Gesinnung nicht festgestellt werden konnte.

b) Sofern aber von einem nur versuchten Verbrechen ausgegangen wurde, sah § 44 Abs. 4 RStGB vor, dass die Sanktion bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen angedrohten Freiheitsstrafe ermäßigt werden konnte. Bereits die Anklageschrift nahm im Fall Liebknecht eine nur versuchte Tat an. Dass der Inhalt des Flugblattes in den feindlichen Staaten bekanntgeworden und dort zur Neubelebung der sinkenden Hoffnung auf einen günstigen Ausgang des Krieges beigetragen habe, sei nicht bewiesen. Auch eine Schwächung der deutschen Kriegsmacht durch nachteiligen Einfluss auf die eigenen Heeresangehörigen war nach der Anklageschrift nicht festzustellen, denn dank der polizeilichen Wachsamkeit sei eine massenhafte Verteilung des Flugblattes im Keim erstickt worden. Da beim Versuch die Mindeststrafe von 10 Jahren Zuchthaus entfiel, ließ dies eine Verhängung von Festungshaft weiterhin zu. Umso erstaunlicher mutete die von *Karl Liebknecht* weiterhin geübte Kritik daran, *„daß die Anklage voraussichtlich nur wegen Versuchs … erhoben werden soll“*.[37] Auf diese Kritik kam er am 11. Juni 1916 zurück, als die Anklageschrift vorlag. Die Anstrengung, einen Versuch zu konstruieren, sei gründlich missglückt. *„Daß die Demonstration im Ausland bekanntgeworden ist,*

[37] Dies geht aus seiner Mitteilung an das Kommandaturgericht vom 29.05.1916 hervor (in: Das Zuchthausurteil, a.a.O. [Fn. 24], S. 11).

wird beiseite geschoben […] Ich wiederhole die Forderung, daß die Anklage wenigstens zu den Konsequenzen ihrer eigenen Anschuldigung stehe.“[38]

IV. Kriegsgericht

1. Hat *Karl Liebknecht,* als er, wie es scheint, dem Sachverhalt zum Landesverrat nichts entgegensetzte, voreilig auf eine Verteidigung im juristischen Sinne verzichtet? Die Antwort darauf muss seine weitergehenden Erklärungen berücksichtigen.

a) Am 4. Juli 1916, nach der Hauptverhandlung erster Instanz, hat *Karl Liebknecht* dem Gericht geschrieben:

> *„Wie mein Anwalt meint, habe ich am 28. Juni gegenüber seinem Plaidoyer in Bezug auf mein Bestreben, die Kriegsmacht des imperialistischen deutschen Klassenstaates […] mit äußersten Kräften zu schwächen und zu brechen, natürlich zugleich mit der Kriegsmacht aller anderen Klassenstaaten, noch die Worte ‚bewußt und absichtlich‘ gebraucht. Diese Worte sind für den Sinn unerheblich, weil das Erstreben begrifflich notwendig den qualifizierten Vorsatz umfaßt; auch sie halte ich aber selbstverständlich aufrecht. Ich brauche nicht zu betonen, daß mir nichts ferner liegt, als etwa der Gedanke, meine Worte abzuschwächen.“*[39]

b) Die vorausgegangene forensische Stellungnahme vom 28. Juni 1916, auf die *Karl Liebknecht* am 4. Juli verwies, liegt ebenfalls vor. In ihr hieß es am Ende:

---

38 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 32 f.

39 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 48.

„Ich wiederhole mein Erstaunen, daß die Anklage sich noch immer nicht für den vollendeten ‚Kriegsverrat' zu entschließen wagt."

Auch räumte *Karl Liebknecht* ein:

„Ich bin zur Durchführung der internationalen Politik auch mit meinen Gesinnungsgenossen im feindlichen Auslande während des Krieges in Verbindung getreten, wo immer ich vermochte […]."[40]

Was *Liebknecht* mit dieser in der Hauptverhandlung abgegebenen Einlassung zum Ausdruck bringen wollte, formulierte er wie folgt:

„Ich erstrebe allerdings die Schwächung und Brechung der Kriegsmacht des Deutschen Reiches […], freilich zugleich die Schwächung und Brechung der Kriegsmacht aller anderen kapitalistischen Staaten."

c) Schon in seiner allerersten sehr politischen Stellungnahme vom 3. Mai 1916, die *Karl Liebknecht* dem Kommandaturgericht übermittelte, hatte er kurz nach der „Tat" ausgeführt, es sei ihm am 1. Mai um die

„Zusammengehörigkeit der Arbeiter aller Länder, die durch den Krieg nicht aufgehoben, sondern verstärkt ist, gegen ihre brudermörderische Zerfleischung, für den Frieden, gegen den Krieg"

---

40 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 48 f.

gegangen. Weiter:

> *„Die ‚Sozialisten aller Länder' seien, ‚nachdem sie den Krieg nicht verhindert haben, verpflichtet, mit allen Mitteln auf seine schnelle Beendigung hinzuwirken und die durch ihn geschaffenen Verhältnisse auszunutzen, um die Beseitigung der kapitalistischen Gesellschaftsordnung zu beschleunigen."*[41]

d) Vertieft hatte *Karl Liebknecht* dies mit einem fundamentalen Text vom 8. Mai 1916.

> *„Landesverrat ist für den internationalen Sozialisten vollkommener Nonsens. Er kennt keine feindliche Macht, der ‚Vorschub zu leisten' er auch nur denken könnte. Er steht jeder fremden kapitalistischen Regierung so revolutionär gegenüber wie der eigenen. Nicht: ‚einer feindlichen Macht Vorschub leisten', sondern: ‚in internationaler Wechselwirkung mit den sozialistischen Mächten der anderen Länder allen imperialistischen Mächten zugleich Abbruch zu tun', ist die Quintessenz seines Strebens."*[42]

e) Am Tag der (vorgezogenen) Verlesung der Anklageschrift, dem 3. Juni 1916, vor dem Kommandaturgericht hatte *Karl Liebknecht* dies nochmals in starker Sprache betont:

> *„Ich habe mich nicht zu verteidigen, ich bekenne mich schlechthin zum internationalen Sozialismus, zu der Politik, die ich Jahre hindurch vor der ganzen Öffentlichkeit geführt habe, zu jedem Buchstaben des Flugblatts, zu den Rufen ‚Nieder*

---

41 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 3.

42 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 9.

mit der Regierung! Nieder mit dem Krieg! …' Die wirklichen Landesverräter, das sind in Deutschland die Verantwortlichen und Unverantwortlichen der deutschen Regierung […], jene politischen und kapitalistischen Beutejäger und Vabanquespieler, […] die um ihres Vorteils willen den Krieg […] inszeniert haben […], die Europa in Schutt und Wüstenei verwandeln […], bis ihnen die blutenden und geknechteten Massen der Völker in die Arme fallen."[43]

f) Dem flammenden und bis heute lesenswerten schriftlichen Plädoyer vom 10. Juni 1916[44] war am 11. Juni 1916 der schon erwähnte Schriftsatz mit der auf einen ersten Blick sich selbst schädigenden Argumentation gefolgt, die Tat sei vollendet gewesen und sowohl das Flugblatt als auch die Demonstration seien im Ausland bekanntgeworden. Hat *Karl Liebknecht* aus der Überzeugung heraus formuliert, die Funken der Auflehnung am 1. Mai 1916 sollten zugleich ein revolutionäres Feuer in allen kriegsführenden Staaten entzünden, anstatt auf einen „Vorschub" zugunsten des Feindes abzuzielen? Die Antwort hierauf setzt zunächst die Kenntnis des weiteren Verfahrens voraus.

g) Am 24. Juni 1916, also ebenfalls noch vor der ersten Hauptverhandlung, hatte *Karl Liebknecht* dem Kommandaturgericht zur Ergänzung fast triumphierend mitgeteilt:

„Das Flugblatt ist, wie jetzt festgestellt, im Auslande bekannt. Daß dies meinem Willen entspricht, ist mehrfach betont. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Anklage jetzt endlich zur Konstruktion des vollendeten Kriegsverrats aufraffen wird."[45]

---

43 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 13.

44 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 25 ff.

45 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 34.

Dazu passte die Erklärung, mit der er die begleitenden Elemente des Sachverhalts am 26. Juni 1916 „unstreitig“ stellte. Dieser oben schon zitierte Text endete mit dem Fazit, *„unsere Aufgabe“* sei es, *„der Arbeiterklasse aller Länder zuzurufen: Ans Werk! Die im Lande wie in den Schützengräben, sie sollen die Waffen senken […].“*[46]

2. Das erstinstanzliche Urteil vom 28. Juni 1916 jedoch lässt, wie der Text deutlich macht, die Erwägung außer Betracht, die *Karl Liebknecht* immer mehr in den Vordergrund stellt. Mit ihr scheint er geltend zu machen, er habe die Schwächung der deutschen in gleicher Weise wie die der ausländischen Kriegsmächte angestrebt.

a) In der Hauptverhandlung vor dem Kriegsgericht erster Instanz (dem Kommandaturgericht) am 28. Juni 1916 beantragt der Anklagevertreter, wegen versuchten Kriegsverrats und wegen Ungehorsams auf sechs Jahre Zuchthaus und fünf Jahre Ehrverlust zu erkennen.[47] Der Verteidiger, so heißt es in der Wiedergabe *Liebknechts, „bestreitet in wenigen Sätzen das Vorliegen des Kriegsverrats.“ Karl Liebknecht „bemerkt das im Schriftsatz vom 28. Juni zu 5 und 6 sowie im Schriftsatz vom 4. Juli Wiedergegebene.“*[48] Nach eineinviertelstündiger Beratung wird das Urteil verkündet. *Liebknecht* wird wegen versuchten Kriegsverrats in Tateinheit mit erschwertem Ungehorsam sowie wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt zu einer Gesamtstrafe von zwei Jahren sechs Monaten und drei Tagen Zuchthaus verurteilt.[49] Das entsprach der Mindeststrafe bei Versuch.

---

46 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 42 f.

47 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 43 ff., S. 47.

48 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 47.

49 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 59, lautet im Tenor wie folgt: *„Der Angeklagte wird wegen versuchten Kriegsverrats in Tateinheit mit erschwertem Ungehorsam sowie*

b) In dem Urteil wird das Flugblatt zitiert, das sich auf den 1. Mai als „Weltfeiertag der Arbeit“ bezieht und in dem gefragt wird, was „die Arbeiter aller Länder, was die Völker gewonnen“ haben. Die Antwort des Flugblatts bezieht die Feindstaaten mit ein:

> *„Millionen von Männern haben ihr Leben gelassen auf Geheiß der Bourgeoisie, Millionen sind für Lebenszeit zu elenden Krüppeln geschlagen, Millionen von Frauen sind zu Witwen, ihre Kinder zu Waisen gemacht, in Millionen von Familien sind unstillbares Leid und Trauer eingezogen.“*[50]

Auch am Ende des Flugblatts löst sich der schon zitierte Appell von nationalen Grenzen und erstreckt er sich auf Arbeiter, Menschheit und Kultur:

> *„Fort mit den ruchlosen Verbrechen des Völkermordes! Nieder mit seinen verantwortlichen Machern, Hetzern und Nutznießern! Unsere Feinde sind nicht das französische, russische oder englische Volk, das sind deutsche Junker, deutsche Kapitalisten und ihr geschäftsführender Ausschuß, die deutsche Regierung! Auf zum Kampfe gegen diese Todfeinde jeglicher Freiheit, zum Kampfe gegen alles,*

---

wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt mit zwei Jahren sechs Monaten und drei Tagen Zuchthaus bestraft. Zugleich wird auf Entfernen aus dem Heere sowie auf Unbrauchbarmachung der Exemplare des Flugblatts ‚Auf zur Maifeier‘ und der zur Herstellung benutzten Platten und Formen erkannt.“ Die Paragraphen, auf die sich das Urteil stützt, des RStGB, des MStGB sowie der Kaiserlichen Verordnung vom 31. Juli 1914 finden sich auf S. 67: §§ 89, 47, 113, 73, 74 RStGB; 56, 57, 92, 93, 9 Nr. 2, 54 MStGB; Kaiserliche Verordnung v. 31. Juli 1914; § 49 Abs. 2 RMStGB v. 2. Mai 1874.

50 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 60.

> *was das Wohl und die Zukunft der Arbeitersache, der Menschheit und der Kultur bedeutet!"*[51]

Verbunden damit wird aufgefordert:

> *„Beweist den herrschenden Klassen, daß die Internationale, daß der Sozialismus nicht tot sind, daß sie mit neuer Kraft wie ein Phönix aus der Asche emporsteigen."*[52]

c) Wie das Urteil in Übereinstimmung mit Liebknechts Erklärung feststellt, ist dieses Flugblatt im Mai und Juni „auch in das Ausland gedrungen" und in französischen, englischen und italienischen Zeitungen veröffentlicht worden.[53] Der Inhalt, so die Richter, habe die feindliche Staatsgewalt gestützt, also stärkend und machtvermehrend gelautet.[54] Doch da nicht sicher festgestellt werden könne, dass die Handlungen des Angeklagten über den Wortlaut hinaus im Ausland (tatsächlich) vorschubleistend gewirkt haben, scheide die Annahme einer insoweit vollendeten Tat aus. Auch dass in Deutschland der Kampfgeist gelähmt worden sei, bleibe unbewiesen. Da der Angeklagte sich jedoch bewusst gewesen sei, dass seine Handlungen im vorausgesetzten Sinne hätten wirken können und sollen, ist das Gericht vom versuchten Landesverrat ausgegangen.[55]

---

51 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 61.

52 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 61.

53 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 62.

54 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 64 f.

55 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 65 f.

d) Nur kurz haben die Richter sich mit *Liebknechts* Einlassung befasst, er habe eine Schwächung auch der Feindmächte herbeiführen wollen. Dieses Ziel hätte im idealen Fall (theoretisch) die einander gegenüberstehenden Kriegsmächte in gleicher Weise geschädigt und damit, wenn es so gekommen wäre, dem Reich keinen strategischen Nachteil zugefügt. Die Richter verweisen an dieser Stelle darauf, nach § 89 RStGB genüge es, dass der Wille des Angeklagten auf eine Schwächung der deutschen Kriegsmacht gerichtet gewesen sei. Deshalb brauche nicht erörtert zu werden, ob eine solche Tätigkeit der Gesinnungsgenossen des Angeklagten auch im feindlichen Auslande einsetzen würde.[56] An dieser Stelle hat das Gericht hier offenbar verkannt, dass der Angeklagte geltend machte, er habe von vornherein auf Schwächung im Inland wie im Ausland abgezielt. Das auffallende Versäumnis des Gerichts, sich mit dem „internationalen" Ziel und der angestrebten im idealen Fall paritätischen Betroffenheit der Kriegsparteien überhaupt auseinanderzusetzen, wird bis zum Ende des Verfahrens im Vordergrund der argumentativen Bemühungen *Liebknechts* stehen.

e) Zur Strafzumessung haben die Richter ausgeführt,

> *„daß der Angeklagte nicht aus ehrlosen Motiven heraus, sondern aus politischer Überzeugung gehandelt hat."*

Aus diesem Grund gehe das Gericht insoweit nicht über die für den versuchten Kriegsverrat vorgesehene Mindeststrafe von zwei Jahren und sechs Monaten

---

[56] Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 65. Wörtlich: *„Ob eine solche Tätigkeit der Gesinnungsgenossen des Angeklagten im feindlichen Auslande einsetzen würde, braucht nicht erörtert zu werden. Für die Zwecke der Feststellung des Tatbestandes des § 89 RStGB genügt die Tatsache, daß der Wille des Angeklagten auf eine Schwächung der Kriegsmacht des Deutschen Reiches gerichtet war."*

hinaus und werde von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte abgesehen.[57] Bei vollendeter Tat wäre dies unmöglich gewesen. Mit der Annahme des Versuchs hat das erstinstanzliche Urteil die politische und anwaltliche Existenz des Angeklagten respektiert, anstatt sie zu zerstören.[58]

V. Oberkriegsgericht

1. Am 1. Juli 1916 hat die Anklagebehörde Berufung gegen das Urteil eingelegt und in wenigen Worten die Strafzumessung beanstandet:

> *„Die erkannten Einzelstrafen und damit die Gesamtstrafe sind zu gering bemessen. Dies gilt insbesondere von der wegen versuchten Kriegsverrats in Verbindung mit erschwertem Ungehorsam verhängten gesetzlichen Mindeststrafe. Die gesamten Tatumstände und die Größe des möglichen Nachteils für das Reich erfordern eine strengere Bestrafung. – Da der Angeklagte bewußt und gewollt zum Nachteil seines Vaterlandes zu einer Zeit aufgetreten ist, wo dieses sich in schwierigster*

---

57 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 67.

58 Das Gericht war besetzt mit fünf Richtern, nämlich Major *Roether* als Vorsitzender, Kriegsgerichtsrat *Schreier* als Verhandlungsführer, Militärhilfsrichter *Dr. Ritthausen,* Hauptmann *v. Usedom,* Oberleutnant *Hilgenberg* (Das Zuchthausurteil, a.a.O. [Fn. 24], S. 44). Ober- und Kriegsgerichtsräte mussten nach § 94 der einschlägigen Verordnung des Jahres 1898 zum Richteramte befähigt sein. Im Übrigen waren außer den Kriegsgerichtsräten nach § 51 Nr. 1 ein Major, ein Hauptmann (*Rittmeister*) und ein Premierlieutnant zu berufen. Im vorliegenden Fall wird der Militärhilfsrichter *Dr. Ritthausen* der zweite zum Richteramt befähigte Richter gewesen sein. Zur Schuldfrage kam es bei dieser Besetzung auf eine Zwei-Drittel-Mehrheit an, wenn der Angeklagte verurteilt werden sollte. Dazu bedurfte es mindestens vier der Richter. Bei dem aus sieben Richtern bestehenden Oberkriegsgericht (§ 66 der Verordnung) bestand der Spruchkörper aus sieben Richtern, nämlich zwei Oberkriegsgerichtsräten und fünf Offizieren. Hier konnten die fünf Offiziere die juristischen Richter zur Schuldfrage überstimmen.

Lage befand, entspringt sein Tun aus einer ehrlosen Gesinnung, weshalb die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte angezeigt erscheint.“[59]

Dem hat *Karl Liebknecht* am 6. Juli mit einer furiosen Erklärung widersprochen, in der es heißt:

„Mein Kampf geht gegen die Regierungen und herrschenden Klassen aller kapitalistischen Staaten für die Arbeiterklassen aller Länder. Der Gerichtsherr (die Verfolgungsbehörde) nennt mich ehrlos, weil ich kein Handlanger der Hohenzollern und Krupp, sondern ein bewußtes Werkzeug der internationalen sozialistischen Demokratie bin; kein Marktschreier des Völkerhasses und der Eroberungssucht, sondern ein Propagandist des proletarischen Klassenkampfes und des Völkerfriedens. – Aber der Haß, der mich als ehrlos verwünscht, ist mein Stolz, und ich gebe das Wort zurück: Ehrlos nenne ich den, der jener imperialistischen Politik des Massentruges und der Massenschlächterei Vorschub leistet und seine Streiche gegen mich aus der Deckung der Zensur und im Dunkel geheimer Verhandlungen führt; ehrlos nenne ich den, der den Sinn seiner Absichten und meines Kampfes durch das Blend- und Gaukelwort vom ‚Vaterland‘ zu verwirren sucht. Und ehrlos, wenn nicht skurril, den, der mich ehrlos nennt.“[60]

Kurz danach, am 17. Juli 1916, beanstandete Karl Liebknecht die soeben stattgefundene Vollstreckung von *„Schutzhaft“* gegen seine *„Freundin“* Rosa Luxemburg (*„diese Frau, deren schmächtiger Körper eine so glühende große Seele, einen so kühnen glänzenden Geist trägt […]“*) mit einem weiteren die Richter gewiss nicht besänftigenden Zornesausbruch:

---

59 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 67 f.

60 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 68.

> *„Diese Schergen der Freiheit, dieser Henker der Wahrheit – das ist das ‚Deutsche Reich'! Sie sind's, die im Krieg nach dem Zepter der Welt greifen! Ein Sieg in ihren Händen wäre ein Verhängnis für das deutsche Volk, eine Heimsuchung für die Menschheit. Aber die Macht, die man in Rosa Luxemburg bezwingen möchte, ist stärker als das Faustrecht des Belagerungszustandes. Sie wird die Kerkermauern sprengen und triumphieren."*[61]

Am 30. Juli 1916 beantragt *Karl Liebknecht „zum Beweis für die Richtigkeit meiner Angaben über die Entstehung des Krieges, seiner kapitalistischen und bonapartistischen Kräfte und Ziele, seiner Regie"*, die Akten der von ihm näher bezeichneten Regierungsbehörden *„in lückenloser Vollständigkeit"* beizuziehen. Dieser Schlag traf das Eingeweide der damaligen Justiz.

> *„Es wird ergeben, daß der Krieg von den Mittelmächten von langer Hand vorbereitet und unter Ausnützung der zu einem serbisch-russischen Regierungsakt umgefälschten Mordes von Sarajewo angezettelt worden ist."*[62]

Wenig überraschend hat das Oberkriegsgericht (Gouvernementsgericht der Residenz Berlin) den Antrag am 11. August 1916 mit kurzer Begründung abgelehnt, da der *„Inhalt dieser Schriftstücke für die Beurteilung der vorliegenden Strafsache unerheblich erscheint"*, zudem *„durch die von der deutschen Regierung bekanntgegebenen Schriftstücke"* widerlegt sei und der Antrag *„völlig unsubstantiiert erscheint."*[63] Kunstvoll und spöttisch erwidert *Karl Liebknecht* am 12. August 1916 darauf mit der Frage, *„wodurch ist dieses bestimmte Gegenteil meiner unbestimmten Behauptung bewiesen?"* Und – wie könne das Gericht ein unbestimmtes

---

61 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 69.

62 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 71 f.

63 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 73 f.

Gegenteil einer angeblich unsubstantiierten Behauptung begründen? Warum sage man nicht gerade heraus,

> *„daß man nur zu gut weiß, wie wahr meine Behauptung ist; daß man die geforderten Urkunden einfach nicht heranzuziehen wagt, weil sie für die Regierung der Mittelmächte vernichtend sind?“*[64]

Ein weiterer umfangreicher Schriftsatz vom 16. August 1916 gipfelt in dem brutalen Schluss:

> *„In der Tat – nieder mit dem Krieg! Nieder mit der Regierung! Mit der Regierung des Imperialismus und des Dreiklassenwahlrechts, in deren Hände ein Sieg – ich wiederhole es – ein Verhängnis für das deutsche Volk, eine Heimsuchung für die Menschheit wäre.“*[65]

Der Zorn ist längst zur Wut geworden. Am 17. August 1916 kommentiert *Karl Liebknecht* weitere Festnahmen als *„ruhmvolle Schlachten“* des deutschen Militarismus. In diesem Zusammenhang spricht er von sozialdemokratischen *„Hansen im Glück“*, die *„selig sind, neben der deutschen Staatskarosse hertrotten und Brosamen vom Ministertisch auflesen zu dürfen […], in einer Zeit, wo sich die sozialdemokratischen Apostatenseelen im Glanz der Sonne frei tummeln können […]“*. Er schließt mit der ironischen Aufforderung an das deutsche Militär, deren Tonlage die dem Soldatenstand angehörenden Richter beleidigt:

---

64 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 74 f.

65 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 76 ff., S. 82.

„Vorwärts zu neuen Taten … Neue glorreiche Siege winken – gegen Hungernde, Freiheitsdürstende, Friedensfördernde! Gegen Frauen, Greise, Jugendliche! Auf daß Europa lauter widerhalle vom unsterblichen Ruhm Deutschlands!“[66]

2. Am 23. August 1916 verhandelt das Oberkriegsgericht über die Berufung der Anklagebehörde. Auch heute noch gehört wenig Fantasie dazu, sich die Stimmung vorzustellen:

a) Der Spruchkörper besteht aus sieben Richtern, nämlich dem Fregattenkapitän *von Gohren* als Vorsitzender, dem Geh. Oberkriegsgerichtsrat *Dr. von Glasewald* als Verhandlungsführer, dem Kriegsgerichtsrat *Boekh,* dem Major *Graf von Kalckreuth,* dem Major *Grieser,* dem Hauptmann *Sobotta* und dem Oberleutnant *Block*. Das Oberkriegsgericht war, wie die Vorinstanz nach § 18 der Militärstrafgerichtsordnung (MStGO vom 01.Dezember 1898) ausführte, *„unabhängig“*, obwohl die hohen Militärs nach der Verfassung des Deutschen Reichs (1871) dem Oberbefehl des Kaisers, der sie ernannte, untergeordnet waren.[67] Auch der „Gerichtsherr“, ein herausgehobener Offizier, der dem Gericht vorstand, ohne erkennender Richter zu sein, hatte kein die erkennenden Richter bindendes Weisungsrecht.[68] Der Senat beschloss und entschied in der Besetzung der schon genannten vier militärischen und drei juristischen Mitglieder mit Einschluss des Vorsitzenden.[69] *„Zu einer jeden dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung, welche die Schuldfrage betrifft“*, war eine Mehrheit von *„zwei Drittheilen“* der Stimmen erforderlich, für die mithin fünf der sieben Stimmen gebraucht wurden. Dies galt auch für die Frage, ob die Tat vollendet oder nur

---

66 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 103 f.

67 Art. 53 Abs. 1 und Art. 64 S. 1 der Reichsverfassung.

68 § 37 MStGO.

69 § 84 S. 1 MStGO.

versucht worden war.[70] Nur über die danach festzusetzende Sanktion konnte seinerzeit mit einfacher Mehrheit entschieden werden.

b) Im Senat mussten nur die Obergerichtsräte und die Kriegsgerichtsräte *„zum Richteramt befähigt sein."*[71] *Karl Liebknecht,* dem dies alles von Berufs wegen bekannt war, wusste daher, dass der Geist des Berufungsgerichts wesentlich von militärischen Erwägungen beeinflusst sein würde. Nach seiner Aufzeichnung (oder der seines Verteidigers) hat der Vorsitzende den Angeklagten zu Beginn der Verhandlung gefragt, ob er gegen Richter „Befangenheit einwende." Zu dieser Frage war der Vorsitzende befugt, aber nicht verpflichtet.[72] *Karl Liebknecht* soll geantwortet haben:

> *„Bei meiner grundsätzlich ablehnenden Stellung zur Militärjustiz überhaupt, und zu diesem Verfahren im besonderen, das nur ein Akt der politischen Verfolgung ist, habe ich keine Veranlassung, mich zu dieser Frage zu äußern."*[73]

Diese Antwort, die auf eine systemische kollektive Befangenheit verwies, war eindeutig und wird die Richter, die von Amts wegen zu einem würdevollen Selbstbild geneigt haben werden, nicht beruhigt haben. Daran freilich hätte eine Zurückhaltung *Liebknechts* auch nichts ändern können, denn angesichts

---

70 § 323 MStGO.

71 § 94 MStGO.

72 §§ 124, 125 MStGO.

73 Das offizielle Protokoll der Hauptverhandlung findet sich in: Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 162 ff. Die Aufzeichnung ohne Unterschrift ist auf S. 105 ff. abgedruckt. Sie könnte von dem als Verteidiger tätigen Rechtsanwalt Dr. *Bracke,* Braunschweig, stammen, der ein Schul- oder Studienfreund *Karl Liebknechts* gewesen sein soll. Vorstehend zitiert wird die inoffizielle Aufzeichnung, S. 105 f.

der vorangeschrittenen Entwicklung des Krieges wäre es eine Illusion gewesen, beim Oberkriegsgericht auf Milde zu hoffen.

c) Allen Beteiligten des Verfahrens stand in jenem August 1916 die aktuelle Kriegslage vor Augen.

aa) Das Jahr 1916 markiert für die Politik im Parlament *„eine Phase des Umbruchs."*[74] In der deutschen Kriegsgesellschaft treten damals bereits erhebliche *„Risse"* auf.[75] Die Aura des Kaisers nimmt ab; das Vakuum füllen Hindenburg und die weiteren Spitzen des Militärs.[76] Bei der SPD beginnt die Abspaltung der Abgeordneten, die mit *Karl Liebknecht* eine *„Sozialdemokratische Arbeitsgemeinschaft"* bilden, gegen die Bewilligung weiterer Kredite stimmen, aus der Partei ausgeschlossen werden und sich 1917 als USPD konstituieren.[77] Nach den Schlachten von Verdun und an der Somme, die keine Wende des Krieges bewirken, entwickelt sich auf allen Seiten der Front eine Strategie, mit der darauf gesetzt wird, den Feind auszubluten und zu ermüden.[78] Die Opferzahlen sind extrem hoch. Bei Verdun soll es bis zum 10. Juli 1916 auf deutscher Seite 40.200 Tote, Verwundete und Gefangene gegeben haben. Freund und Feind zusammen zählen eine halbe Million Opfer. An der Somme werden es mehr als eine Million.[79]

---

74 *Leonhard*, Die Büchse der Pandora: Geschichte des Ersten Weltkriegs, 4. Aufl. (2014), S. 522.

75 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 522.

76 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 523.

77 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 523.

78 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 109.

79 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 459, 463, 476.

bb) In Deutschland entsteht eine schwere und zunehmende Versorgungskrise. Die innere Lage soll durch ein Hilfsdienstgesetz mit zwangsweiser Mobilisierung der Männer zwischen 17 und 60 Jahren, soweit sie nicht eingezogen werden, verbessert werden.[80] In der zweiten Hälfte des Jahres 1916 stehen Hunger und Mangel an Lebensmitteln im Zentrum größter Sorgen.[81] Hätte Liebknechts Mai-Demonstration am Potsdamer Platz in Berlin und die Losung *„Nieder mit dem Krieg, nieder mit der Regierung!“* landesweit Nachahmer gefunden, wären die Folgen aus Sicht der Richterbank vermutlich schon damals unberechenbar gewesen, und zwar unabhängig davon, ob die Flammen auch auf die Straßen von Paris und London übergriffen.

3. Unter diesen angespannten Umständen konnte von keinem der Militärrichter erwartet werden, dass die Bereitschaft bestand, durch Milde für den als Revolutionär auftretenden *Karl Liebknecht* die Schleusen zu öffnen.

a) Im Gegenteil – *Liebknechts* Verteidigung wäre unter „normalen Umständen“ gut beraten gewesen, sich im Einklang mit der Vorinstanz darum zu bemühen, zumindest die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zu vermeiden. Diese Sanktion lief erst ab Verbüßung der Strafe an. Sie hatte den Verlust der durch Wahl errungenen politischen Ämter, der Zulassung zur Anwaltschaft, auch des Doktortitels, zur Folge und würde wegen des späten Anlaufs der Frist bis in die ferne Zukunft reichen.[82] *Karl Liebknecht* hat, wie wir vermuten dürfen, nicht verkannt, dass seine von den Richtern vermutlich als aggressiv bewertete Verteidigung die geringen Erfolgsaussichten vollends zerstören werde.

---

80 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 513 ff., 515 ff.

81 *Leonhard*, a.a.O. (Fn. 74), S. 519 ff.

82 §§ 32–36 RStGB; *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. (1897), S. 275 ff.

b) So ist es denn auch gekommen: Das Oberkriegsgericht verhängt mit seinem Urteil vom 23. August 1916 wegen versuchten Kriegsverrats in Tateinheit mit erschwertem Ungehorsam im Felde sowie wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt nicht nur eine Gesamtstrafe von vier Jahren und einem Monat Zuchthaus, womit die Sanktion erster Instanz sich verdoppelt. Vielmehr erkennt das Oberkriegsgericht – im Gegensatz zur Vorinstanz – ausdrücklich auch auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von sechs Jahren, weshalb die damit einhergehenden Folgen des Urteils frühestens nach zehn Jahren überwindbar werden konnten.[83]

c) Zu *Liebknechts* Kernargument einer paritätischen Schwächung der deutschen und feindlichen Kriegsmächte durch seine Aktivitäten begnügen sich die Urteilsgründe des Berufungsgerichts mit einer kurzen Anmerkung. Es sei *„unerheblich“*, ob *Liebknecht*

> *„in anderen mit dem Deutschen Reich kriegsführenden Ländern bei Vertreter(n) der gleichen politischen Anschauung ein ähnliches Vorgehen gegen ihre Regierung auch aufgrund sozialistischer internationaler Propaganda zum Ziel hatte, zumal er vor dem Oberkriegsgericht angegeben hat, er habe es weit von sich gewiesen, selbst im feindlichen Auslande in derselben Weise, wie er es im Deutschen Reich getan hat, gegen die dortigen Regierungen zu wirken. Er hat in der Hauptverhandlung im Anschluß hieran mit besonderer Betonung erklärt, ehe er so etwas laut werden lasse, sich ‚lieber die Zunge auszureißen.‘“*[84]

---

[83] Das Urteil verweist zum Schuldspruch auf die §§ 89 und 113 RStGB; 92, 57 MStGB; 73, 58, 43, 44, 45 RStGB. Dazu: Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), abgedruckt in der Fassung des Oberkriegsgerichts S. 111 ff.

[84] Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 114.

Der letzte Satz verrät, dass die Richter den Revolutionär nicht verstanden. *Liebknecht* hoffte, die Völker der Feinde müssten und würden im Blick auf die deutsche Entwicklung ihre den Krieg führenden Regierungen selbst, also ohne *Liebknechts* aktive Beteiligung, stürzen.

d) Wenige Tage nach dem Urteil wird die militärische Lage von einem Detail beleuchtet, das Nervosität an der Spitze des Heeres erkennen lässt. Am 29. August 1916 nämlich übernehmen *Hindenburg* im Alter von fast 70 Jahren und Ludendorff, der 51 Jahre zählt, die Oberste Heeresleitung (OHL). Wir wissen heute, und vermutlich haben die damaligen Richter ebenso wie der Angeklagte und der Ankläger dies auch verstanden, dass der befohlene Wechsel ein ernstes Krisenzeichen war.

VI. Reichsmilitärgericht

1. Gegen das Berufungsurteil legt *Karl Liebknecht,* damals Untersuchungshäftling der Nördlichen Arrestanstalt Berlin, am 29. August 1916 Revision ein.

a) Er begründet sie mit zwei Sätzen: Sein Anfechtungs- und Aufhebungsantrag erstreckt sich auf den ganzen Inhalt des Urteils. *Liebknecht* rügt die Verletzung materiellen Rechts.[85] Damit erhebt er die sogenannte Sachrüge, die das Reichsmilitärgericht zur Prüfung veranlasst, ob die Tatrichter auf den von ihnen im Urteil festgestellten Sachverhalt das materielle Recht zutreffend angewendet haben. Unabhängig davon, aber ohne Aussicht auf Erfolg, verlangt Liebknecht mit einem Schriftsatz an das Berufungsgericht vom 1. September 1916, dessen Richter sollten ihre *„unerhörte Vergewaltigung des wirklichen Sachverhalts, der über jede Anzweifelung erhaben ist“*, nämlich eine *„schwerwiegende,*

[85] Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 111.

grobe, unentschuldbare Unrichtigkeit […] im Tatbestand" des Urteils berichtigen. [86] Am 11. September besteht *Karl Liebknecht* auf der Zuständigkeit des Berufungsgerichts für die beantragte Entscheidung, und lehnt er es ab, mit dem Gerichtsherrn über die Zulässigkeit der Tatbestandsberichtigung zu diskutieren.[87] Dieses Begehren betrifft den von den zweitinstanzlichen Richtern in das Urteil aufgenommenen und bereits erwähnten Text, *Karl Liebknecht* habe *„es weit von sich gewiesen, selbst im feindlichen Ausland in derselben Weise, wie er es im Deutschen Reich getan hat, gegen die dortigen Regierungen zu wirken."* Dazu merkt Karl Liebknecht an, *„[…] diesen – man verzeihe – höheren Blödsinn erkühnt sich das Urteil, mir in den Mund zu legen."*[88] Am 26.Oktober 1916 weist das Berufungsgericht den Antrag mit der bis heute üblichen Begründung zurück, *„daß eine solche Berichtigung gesetzlich nicht vorgesehen sei"*, und mit der überflüssigen Behauptung, der festgestellte Sachverhalt sei *„auch richtig."*[89]

b) Kurz zuvor, am 20. Oktober 1916, hatte das Reichsmilitärgericht ebenfalls (zutreffend) entschieden, es sei für eine Berichtigung des Tatbestands im oberkriegsgerichtlichen Urteil nicht zuständig, und wegen der schon hinreichend ausgeführten Sachrüge finde die von *Liebknecht* angestrebte neuerliche Vernehmung nicht statt.[90] Noch am Tage dieses Beschlusses ist dem Reichsmilitärgericht ein Schreiben Liebknechts zugegangen, in dem er kritisiert, mit der Zurückweisung habe

---

86 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 116.

87 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 167.

88 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 116.

89 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 158 f. Dies war *Karl Liebknecht* schon unmittelbar nach seiner Eingabe mündlich am 07. September und 11. September 1916 verdeutlicht worden (Das Zuchthausurteil, a.a.O. [Fn. 24], S. 166).

90 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 157.

> *„sich die zur Gesetzeswahrung besonders berufene und höchste Stelle der deutschen Militärgerichtsbarkeit zu einer Verhöhnung des Gesetzes aufgeschwungen, die ihr ein jeder danken wird, auf dessen Fahne steht: die Befreiung des deutschen Volkes von der Galeere des Militarismus; und die dazu nichts Besseres weiß als: die gesteigerte Klassenjustiz des Militarismus von allem Flitter entblößt, nackt in ihrer wahren Art zu zeigen: das Recht wegstoßend, der Willkür ergeben, der Gewalt huldigend."*

Mit dieser Eingabe beschreibt *Liebknecht* die ihm verbliebene Rolle im Verfahren als historisch:

> *„Mir aber bleibt wiederum nichts übrig, als die Rolle des Chronisten, der auch dieses Bild der deutschen Herrlichkeit im Brennspiegel auffängt, für kommende aufatmende Geschlechter und ihre heutigen Wegbahner."*[91]

Fortan formuliert und spricht dieser Angeklagte nicht mehr nur als Strafverteidiger, sondern als „Chronist." Das Verteidigungsziel konzentriert sich auf die Dokumentation des ihm nach seiner Überzeugung zugefügten Unrechts. Schon in erster Instanz hatte *Liebknecht* mit dem Argument, es sei ihm um die allseitige Schwächung der Kriegsparteien gegangen, die utopische Vision einer erfolgreichen internationalen Revolution heraufbeschwören wollen – dies vermutlich bereits damals nicht als Verteidigung, sondern als politisches Programm auch für nachfolgende Generationen.

2. Das Urteil „letzter Instanz" des Reichsmilitärgerichts vom 4. November 1916 ergeht unmittelbar nach der Verhandlung an diesem Tage.

---

91 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 156.

a) Als „militärische Richter“ benennt das Urteil Generalleutnant z. D. *v. Trotha,* Generalmajor z. D. *v. Werlhof,* Oberstleutnant z. D. *Trierenberg* sowie Oberstleutnant z. D. *Wegner*. Als „juristische“ Richter werden Senatspräsident *Twele* sowie die Reichsmilitärgerichtsräte *Mülberger* und *Daubt* genannt.[92]

b) *Karl Liebknecht* und sein Verteidiger verzichten auf ihr Recht, an der Verhandlung teilzunehmen.[93] Übereinstimmend mit dem durch das Oberkriegsgericht festgestellten Sachverhalt gehen die Richter des Reichskriegsgerichts davon aus, *„mit Recht“* sei *„nur ein Versuch des Verbrechens (§ 89 RStGB)“* angenommen worden. Nach dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt hatte *Karl Liebknecht „das Bewußtsein“*, der feindlichen Macht Vorschub zu leisten oder der deutschen Kriegsmacht Nachteil zuzufügen, und habe er solche (unbewiesenen) Wirkungen seines Handelns vorausgesehen. Deshalb trage die Begründung des Urteils auch *„den inneren Tatbestand.“* Es sei gleichgültig, so fügen die Richter verwirrend hinzu, *„aus welchen Beweggründen der Täter handelte und welchen Endzweck er verfolgte.“*

c) Das Reichsmilitärgericht musste sich auch mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte befassen, der *Liebknechts* berufliche sowie politische Existenz vernichten sollte. § 32 RStGB bestimmte, dass das Tatgericht neben der Zuchthausstrafe *„auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte“* erkennen *„kann.“* Von diesem Ermessen hatte das Oberkriegsgericht Gebrauch gemacht und zunächst auf die Behauptung des Flugblatts verwiesen,

---

92 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 160. Es fällt auf, dass das Urteil die „militärischen Richter“ zuerst benennt, noch dazu vor dem Senatspräsidenten Twele.

93 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 160 ff.

„die Feinde der Deutschen seien nicht das französische, russische oder englische Volk, sondern deutsche Junker, deutsche Kapitalisten und ihr geschäftsführender Ausschuß: die deutsche Regierung."[94]

Diese *Liebknecht* zugerechnete „Kriegserklärung" hatten die Berufsrichter mit dem Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte sanktioniert:

„Wenn er (der Angeklagte) sich dazu berufen fühlt, durch Vereinigung der sogenannten Proletarier aller Länder die Lage des Arbeitsstandes zu heben, ergibt sich für ihn noch keine Legitimation, durch so verwerfliche Mittel, wie sie die Verbreitung der Flugblätter mit einem solchen Inhalt darstellt, für seine Ideen zu agitieren. Gerade ihm als langjährigem Abgeordneten ist es am besten bekannt, an welchen Stellen das Volk durch seine Vertreter seine Wünsche vorbringen kann. Er hat jene Interessen, die er vertritt, über die des Vaterlandes gestellt und sich nicht gescheut, die Regierung des eigenen Staates, dessen staatsbürgerliche Vorteile er genießt, nicht nur herabzuwürdigen, sondern sogar ihren Sturz als erstrebenswertes Ziel öffentlich auszurufen. Ein derartiges Handeln zum Nachteile des eigenen Vaterlandes, das Herabziehen von dessen Regierung als wahrem Feind des deutschen Volkes in der jetzigen Kriegszeit zeugt von einer jedes ehrlebenden Deutschen, geschweige denn eines deutschen Soldaten, dessen hoher Beruf der Schutz des Vaterlandes ist, unwürdigen und niedrigen Gesinnung, die es als ausgeschlossen erscheinen läßt, dem Angeklagten neben der nach dem Gesetze allein möglichen Bestrafung mit Zuchthaus die bürgerlichen Ehrenrechte zu belassen."[95]

---

94 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 115.

95 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 115.

Mit knappen Worten, die distanzierend anmuten, belässt das Reichsmilitärgericht die volle Verantwortung für diesen schwerwiegenden Eingriff bei der Vorinstanz:

> *„Ob auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen war, stand nach Lage des Falles in dem pflichtmäßigen Ermessen des Oberkriegsgerichts. Die tatsächlichen Erwägungen, die zur Verhängung dieser Ehrenstrafe führten, sind der Nachprüfung seitens des Revisionsrichters entzogen. Auf Rechtsirrtum beruhende Erwägungen liegen nicht vor.“*[96]

Da diese Entscheidung des Revisionsgerichts vom 4. November 1916 sofort rechtskräftig war, hat *Karl Liebknecht* mit ihr im Wilhelminischen Kaiserreich wichtige Bedingungen seines „Standes“ eingebüßt. Sein persönliches Schicksal hängt fortan davon ab, dass eine Revolution ihm einen neuen „Stand“ eröffnen wird. An diesem Kampf wird er folgerichtig als Revolutionär teilnehmen. Er wusste, dass die weitere anwaltliche Laufbahn als Strafverteidiger ihm versperrt bliebe, wenn das Kaiserreich den Krieg unbeschadet übersteht.

VII. Die abgewählte Alternative

1. Um zu klären, ob die vorausgegangene Verteidigung vor den Tatrichtern juristisch eine Alternative hätte wählen können, müssen weitere Einzelheiten in den Blick genommen werden. Wie die Anklageschrift belegt, forderten die Ende April 1916 in Groß-Berlin (und zugleich anderswo) verteilten Handzettel *„alle die, welche gegen den Krieg sind, zum Erscheinen auf dem Potsdamer Platz am 1. Mai, abends 08.00 Uhr, auf.“* Sie trugen als Parole die Worte *„Brot! Freiheit! Frieden!“* Auf den zugleich verteilten Flugblättern hieß es unter anderem:

---

96 Das Zuchthausurteil, a.a O. (Fn. 24), S. 162.

> *„Arbeiter! Parteigenossen! Ihr Frauen des Volkes! Wie lange wollt Ihr stumm die Verbrechen der Menschenmetzelei, die Not und den Hunger ertragen? […] Die Reichen können noch lange den Krieg durchhalten. Sie leiden keinen Hunger."*

Der Schlussabschnitt des Flugblatts lautete:

> *„Fort mit dem ruchlosen Verbrechen des Völkermordes! Nieder mit seinen verantwortlichen Machern, Hetzern und Nutznießern!"*

Als solche wurden *„deutsche Junker, deutsche Kapitalisten und ihr geschäftsführender Ausschuß: die deutsche Regierung"* bezeichnet. Danach forderte der Text des Flugblatts mit drastischen Worten zu einem Kampf auf, den abzuwenden die Polizei zuständig war:

> *„Auf zum Kampfe gegen diese Todfeinde jeglicher Freiheit, zum Kampfe um alles, was das Wohl und die Zukunft der Arbeiterschaft, der Menschheit und der Kultur bedeutet!"*[97]

Die der Versammlung am 1. Mai vorausgegangene öffentliche Verteilung der eindeutigen Handzettel und Flugblätter sorgte dafür, dass eine größere Anzahl von „Schutzleuten" am Potsdamer Platz bereitstand, um einzugreifen. Die Anklageschrift belegt deren Effizienz:

---

[97] Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), aus der Anklageschrift S. 16 f.

> *„Dank der Wachsamkeit der Polizeibehörden wurden die Versuche zur massenhaften Verteilung des Flugblattes an eine Anzahl von Orten im Keime erstickt […] Auch die im Besitze des Beschuldigten noch gefundenen 1.340 Abdrucke waren offenbar zur Verbreitung bestimmt; durch irgendwelche Umstände wurde die Absicht durchkreuzt.“*[98]

2. Der lebenskluge und politisch erfahrene *Karl Liebknecht* hat diesen schnellen Zugriff der Behörden und damit den Abbruch der Demonstration erwartet, der Weiterungen „im Keim erstickte“.

a) Es war schon deshalb zweifelhaft, ob er unter diesen Umständen überhaupt mit den zum Tatbestand des Landes- und Kriegsverrats gehörenden Wirkungen rechnete, die der feindlichen Macht Vorschub leisten oder der eigenen Nachteil zufügen würden. Die Richter erster und zweiter Instanz haben solche offenbar ausgebliebenen Wirkungen auch noch im gehörigen zeitlichen Abstand als endgültig unbeweisbar betrachtet. Ein strafbarer Versuch, der auf einschlägigen Vorschub oder Nachteil abzielt, setzte nach § 43 RStGB „Handlungen“ voraus, die einen „Anfang der Ausführung“ des Verbrechens enthielten. Der berühmte Rechtslehrer *Franz von Liszt* hat in seinem Lehrbuch (1897) die *„Notwendigkeit“* unterstrichen, *„die entfernteren Versuchshandlungen straflos zu lassen.“* Er hat auf die Schwierigkeit hingewiesen, *„wenn die Handlung über die ersten Anläufe zur Verwirklichung des Entschlusses nicht hinausgegangen ist.“*[99] Mit mehr als einem fruchtlosen „Anlauf“ konnte *Liebknecht* nicht rechnen.

b) Von dieser Einschätzung hatte sich auch der zunächst mit *Karl Liebknecht* befasste Ankläger leiten lassen. Am 3. Mai 1916 war die erste Fassung des

---

98 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), aus der Anklageschrift S. 16 und 22.

99 *von Liszt*, a.a.O. (Fn. 82), § 46, S. 206.

Haftbefehls zunächst nur wegen des Verdachts minderschwerer Delikte ergangen: *Liebknecht* habe öffentlich zum Ungehorsam aufgefordert (§ 110 RStGB), Widerstand gegen die Staatsgewalt geleistet (§ 113 RStGB) und einen ihm dienstlich erteilten Befehl mißachtet (§§ 92, 93 RMStGO).[100] Erst eine zweite Fassung des Haftbefehls noch an diesem Tage hat zusätzlich das Verbrechen des § 89 RStGB aufgenommen. Es heißt, der zuständige Ankläger *Matschke* habe sich gesträubt, den Haftbefehl auch wegen Landesverrats auszuführen. Ihm sei alsdann befohlen worden, das Dokument entsprechend zu ergänzen. Am Tag danach soll *Matschke* versetzt und gegen einen anderen Beamten (*Dr. Coerrens*) ausgetauscht worden sein.[101]

c) Ohne jeden Zweifel hat *Karl Liebknecht,* der erfahrene Strafverteidiger und mit den Berliner Machtzentren vertraute Politiker, gewusst, dass die kontrafaktische Annahme eines vollendeten Verbrechens des Kriegsverrats für ihn verheerende Konsequenzen zur Folge haben würde. Auf Vollendung zu bestehen, war strafrechtlich töricht. Noch dazu hinderte ihn diese seine eigene erfolglose Argumentation daran, die Verurteilung wegen Versuchs zu bekämpfen. *Karl Liebknecht* hat, wenn alle Umstände in die Betrachtung einbezogen werden, wissentlich darauf verzichtet, die wahren Gründe für seine Initiative darzustellen: Die aus seiner Sicht unterwürfige Haltung der SPD-Fraktion zur Kriegsfinanzierung hat er verachtet. Der gewaltsame „Rausschmiß“ aus dem Reichstag am 8. April hat ihn zutiefst gekränkt. Spätestens an diesem Tage hat er beschlossen, nunmehr auf eigene Faust am 1. Mai öffentlichen Widerstand gegen den Krieg zu betreiben. Dabei ging es ihm um einen Protest; nicht aber darum, was unter den gegebenen Umständen töricht gewesen wäre, den Kriegsverlauf zu beeinflussen. Dass die mit der angekündigten Demonstration verbundene Transparenz auf dem von ihm eingeschlagenen Weg alsbald ins

---

100 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 5.

101 Das Zuchthausurteil, a.a.O. (Fn. 24), S. 5 und dort Fn. 1.

Zuchthaus führen würde, war für den Juristen offenkundig. Seine Präsenz auf dem Potsdamer Platz sollte mithin der Beginn eines Kampfes sein, dessen Bühne das anschließende Gerichtsverfahren würde. Deshalb hat *Karl Liebknecht* im Verfahren auf der überspitzten und unrealistischen Annahme eines vollendeten Kriegsverrats bestanden und im Gerichtssaal mit erheblichen Anstrengungen versucht, eine Öffentlichkeit herzustellen, der sich die Militärjustiz bis zum Schluss verweigerte. Und nur aus diesem Grunde ist er dem Verfahren mit Erklärungen entgegengetreten, die rechtlich irrelevant, aber mit beißender Kritik ausgestattet waren und die er im Blick auf „die Zeit danach" formulierte.

d) Das Verfahren war mithin der Rahmen, in dem *Karl Liebknecht* seine juristische Identität als Strafverteidiger abwarf und nur noch als Revolutionär in Erscheinung trat. Darin fügte sich seine Behauptung ein, es sei ihm um eine gleiche Schwächung der diesseits und jenseits der Front beteiligten Mächte gegangen. Der unrealistische Hinweis auf paritätische Wirkungen beschwor die Internationale und war revolutionäre Lyrik. In der Geschichte der deutschen Anwaltschaft und Strafjustiz handelte es sich hier um eines der seltenen Verfahren, die dadurch auffallen, dass der gerichtliche Prozess politisch geführt wird – auf der Seite des Angeklagten, im vorliegenden Fall aber auch von der Justiz. Nur in erster Instanz haben die Berliner Richter (vergeblich) versucht, indem sie die Ehre Liebknechts respektierten, eine rechtliche Perspektive zu wahren. Diese jedoch haben die beiden folgenden Instanzen verworfen.

3. *Karl Liebknecht* hat die Torheit der politischen Führung erkannt, die in den Krieg getaumelt war. Damals herrschte im Lande das militärische Prinzip über das politische.[102] Golo Mann zitiert den Heidelberger Gelehrten *Max Weber,* der die Trunkenheit jener ersten Phase selbst erlebte und von *„diesem großen*

---

[102] *Mann,* Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts (1992), S. 585.

und wunderbaren Krieg" schwärmte, der ihn klagen lasse, es sei *„bitter […], wegen seiner Jahre Zahl nicht mehr an die Front zu dürfen."*[103] Derselbe Max Weber wird am Ende notieren, *„über vier Jahre Hunger, über vier Jahre Kampfer- und Morphiumspritzen Bestimmungsmache vor allem – das hat noch kein Volk über sich ergehen lassen müssen."*[104] Das wirtschaftliche, aber völlig überzogene Interesse der Industriellen und des Bauernbundes an illusorischen Landgewinnen (wie Elsass-Lothringen, Belgien, Russisch-Polen, Baltikum) dominierte. Nur die Sozialdemokraten hielten am Gedanken eines Friedens ohne Eroberungen fest.[105] Aber schon 1914 stimmten sie den Kriegskrediten zwar widerwillig, doch mit großer Mehrheit zu und legten sie damit eine frühe Ursache für ihre spätere Spaltung.[106] Diese Unterordnung einer politischen Elite, die dem Krieg bereitwillig Vorschub leistete, hielt *Liebknecht* mit Recht für verfehlt. Er hat sich entschieden, einen anderen Weg einzuschlagen.

VIII. Im verfassungsrechtlichen Vakuum

1. *Karl Liebknecht* hat Friedrich Eberts Führung nach den Erfahrungen im Reichstag nicht mehr trauen können. Die Anpassung an absurde Vorstellungen vom Kriege und an eine in die Katastrophe führende Politik, die Schmähungen *Liebknechts* im Reichstag, von denen sich die „Mehrheitssozialdemokraten" (MSPD) nicht distanzierten, die gleichgültige Beobachtung des gegen Liebknecht begonnenen Strafverfahrens, die Hinnahme einer Kriegsbegeisterung, deren Akteure sich vier Jahre lang durch *„Stolz, Gier und Verblendung"* auszeichneten[107] – all das riss einen tiefen Graben auf, der nicht mehr

---

103 *Mann,* a.a.O. (Fn. 102), S. 591.

104 *Mann,* a.a.O. (Fn. 102), S. 658.

105 *Mann,* a.a.O. (Fn. 102), S. 658.

106 *Mann,* a.a.O. (Fn. 102), S. 615.

107 *Mann,* a.a.O. (Fn. 102), S. 641.

überbrückt werden konnte. Letztlich wird die Gründung der Kommunistischen Arbeiterpartei in Berlin am Jahreswechsel 1918/19 mit *Karl Liebknecht* und *Rosa Luxemburg* im Vorstand zu einer damals unvermeidbar erscheinenden Konsequenz.

2. Vieles spricht dafür, dass *Karl Liebknecht* den militärischen Zusammenbruch vorausgesehen hat, dessen Vorboten sich schon bald nach seiner rechtskräftigen Verurteilung abzeichneten. Mitte April 1917 wird in Berlin, Leipzig und anderen Städten erstmals gestreikt. Bereits am 6. Juli 1917, nur acht Monate nach dem Urteil des Reichskriegsgerichts im Falle *Liebknecht,* legt der Zentrumsabgeordnete *Matthias Erzberger* dem Reichstag eine Friedensresolution vor, mit der auf Annexionen verzichtet werden soll, weil mit einem Sieg nicht mehr zu rechnen sei. Der Reichstag verabschiedet eine solche Resolution zwei Wochen später am 19. Juli 1917. Der vielfache Wechsel im Amt des Reichskanzlers legt Verzweiflung und Chaos offen. Am 4. Juli 1917 wird *Bethmann Hollweg* entlassen. Dessen Nachfolger *Michaelis* wird schon am 1. November 1917 von *Härtling* abgelöst. *Härtling* wiederum macht am 30. September/4. Oktober 1918 für Prinz *Max von Baden* Platz, der seinerseits ohne verfassungsrechtliche Grundlage am 9. November 1918 die „Wahrnehmung der Geschäfte des Reichskanzlers“ auf *Friedrich Ebert* überträgt. Dieser kreiert einen Rat der Volksbeauftragten, der aus den Großberliner Arbeiter- und Soldatenräten hervorgeht und damit nur den Anschein einer Legitimation erzeugt.

3. Als *Karl Liebknecht* am 23. Oktober 1918 aus dem Zuchthaus formlos entlassen wird, hat er von vier Jahren und einem Monat Zuchthaus noch nicht die Hälfte verbüßt.[108] Schwer geschwächt, aber unter Anspannung seiner letzten Kräfte, tritt er rechtzeitig genug auf den Plan, denn zehn Tage nach der

[108] Zur umstrittenen Frage einer Amnestie oder Begnadigung *Laschitzka,* a.a.O. (Fn. 1), S. 375.

Entlassung aus dem Zuchthaus beginnt am 3. November 1918 der Kieler Matrosenaufstand, der zum Auslöser sich überschlagender Ereignisse wird. Eine Woche später, am Schicksalstag des 9. November, wird die Republik mehrmals ausgerufen, von *Karl Liebknecht* (auf dem Balkon des Schlosses) und von Philipp Scheidemann (auf dem Balkon des Reichstags). *Karl Liebknecht,* der den Spartakusbund zusammen mit der ebenfalls auf freien Fuß gesetzten Rosa Luxemburg anführt, proklamiert die *„freie sozialistische Republik Deutschland"*, und dies sogar viermal, nämlich im Tiergarten, von einem Lastwagen aus, später vor dem Schloss und danach vom Schlossbalkon.[109] Der Reichskanzler Prinz *Max von Baden* verkündet eigenmächtig die Abdankung des Kaisers, und *Friedrich Ebert* initiiert den Rat der Volksbeauftragten. Der Kaiser, der seine Abdankung am 28. November förmlich nachholen wird, flieht noch vor dem am 12. November unterzeichneten Waffenstillstand von Compiègne in die neutralen Niederlande. Die Ereignisse erreichen einen weiteren Höhepunkt, als der revolutionäre Berliner „Vollzugsrat" entsteht, der für sich in Anspruch nimmt, oberhalb des Rates der Volksbeauftragten tätig zu sein. Die Volksbeauftragten beschließen am 29. November, Wahlen zu einer Nationalversammlung abzuhalten, die alsdann in einem von den Arbeiter- und Soldatenräten getragenen Kongress in Berlin auf den 19. Januar 1919 festgelegt wird.

4. Dieser Ablauf hat singuläre rechtliche Konsequenzen. Vom 9. November 1918 an war die Verfassung des Kaiserreichs *„aus den Angeln gehoben"* und die *„Normenkette"* damit *„gerissen."*[110] Die *„neue rechtliche Grundordnung des politischen Gemeinwesens, die Weimarer Reichsverfassung"* entstand noch nicht in jenem Januar, sondern juristisch frühestens mit der Abstimmung in der

---

109 *Dreier*, Die deutsche Revolution 1918/19 als Festtag der Nation?, in Jestaedt/Paulson (Hrsg.), Staatsrecht in Demokratie und Diktatur (2016), S. 1 ff., 9 und dort Fn. 31 mit Nachweisen.

110 *Dreier*, a.a.O. (Fn. 109), S. 1 ff., 34 f. mit Nachweisen.

Nationalversammlung am 31. Juli 1919.[111] *Karl Liebknecht* und *Rosa Luxemburg* befanden sich daher, als sie den Spartakus-Aufstand initiierten und förderten, in einem verfassungsrechtlichen Vakuum, das weder eine strafrechtliche Verfolgung von Hochverrat noch von Landesverrat zuließ.[112] Damals wurden in Berlin Plakate einer „antibolschewistischen Liga" aufgehängt, die ein Feindbild verbreiteten:

> *„Das Vaterland ist dem Untergang nahe. Rettet es! Es wird nicht bedroht von außen, sondern von innen: Von der Spartakusgruppe. Schlagt ihre Führer tot! Tötet Liebknecht! Dann werdet Ihr Frieden, Arbeit und Brot haben! Die Frontsoldaten."*

Die sogenannten „Regierungstruppen", die sich von *Ebert* und *Noske* führen ließen, lobten Kopfprämien auf *Karl Liebknecht* und *Rosa Luxemburg* aus.[113] Die einzelnen komplexen Abläufe des zum Teil kriegsähnlichen und im übrigen auf vielen unterschiedlichen und von divergierenden Interessen wechselnd beeinflußten Ebenen sind vielfach beschrieben und allgemein bekannt.[114] Am 15. Januar 1919 als die Wirren bereits beinahe ihr Ende erreicht hatten,

---

111 *Dreier*, a.a.O. (Fn. 109), S. 35 f. mit Nachweisen.

112 *Schütrumpf* (Hrsg.), Spartakus-Aufstand, 1. Aufl. (2018). Urkundenband zum Bericht über die Januar-Unruhen 1919 in Berlin, S. 474, Drucks. Nr. 4120 C S. 8168 f., StA *Zumbroich* vor Gericht im Ledebour-Prozess: *„Ich kann mir wohl erklären, daß man rechtlich den Standpunkt einnimmt: durch die Tatsache der Revolution sind die Vorschriften außer Kraft getreten, die sich auf die Verfassung des Landes bezogen, und daß insofern ein ex-lex-Zustand eingetreten ist, der erst später in einen legalen Zustand hätte überführt werden können, und dem eine gesetzmäßige Vertretung des Volkes eine neue Verfassung gegeben hat. Das ist auch der Standpunkt, der durch die Nationalversammlung vertreten wird. Daß bis dahin jedenfalls die Vorschriften über Hoch- und Landesverrat außer Kraft getreten waren, unterliegt für mich überhaupt keinem Zweifel."*

113 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 424.

114 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 424 ff.

ergriffen Soldaten eines sogenannten Freikorps *Karl Liebknecht* und *Rosa Luxemburg* in Berlin-Wilmersdorf und lieferten sie ins Eden-Hotel, ein Stabsquartier, ein. Dort soll *Gustav Noske* die Entführer telefonisch zur Tötung der beiden Gefangenen ermächtigt haben. *Karl Liebknecht* wurde mißhandelt und hinterrücks im Tiergarten erschossen. *Rosa Luxemburg* wurde niedergeschlagen, schwer verwundet, in ein Auto verbracht, während der Fahrt erschossen und in den Landwehrkanal geworfen.[115] Drei Jahre später, am 14. Mai 1922, blickt das Zentralorgan der SPD („Vorwärts") zurück: Es sei die *„reaktionäre Legende"* widerlegt, daß es die von Offizieren befehligten und meist reaktionär gesinnten Freikorps gewesen seien, die Berlin zurückgewonnen hätten. Tatsache sei, daß diese ihren gefahrlosen Einzug erst dann hielten, als nichts mehr zu tun war, sich dafür aber um so aufdringlicher als die „Retter Berlins" gebärdeten und preisen ließen.[116]

5. In den letzten Wochen des Jahres 1918 wusste jedermann, dass die Menschen von Kaiser und Fürsten, Ministern und Generälen *„in die Irre geführt"* worden waren. *„Im Recht"* waren *„die Warner gewesen …, selbst die und vielleicht gerade die, die wegen aufrührerischer Tätigkeit im Zuchthaus"* gesessen hatten – *„Karl Liebknecht zum Beispiel."*[117] *Golo Mann*, der die Lage so beschrieben hat, berichtet, dass *Hindenburg* schon am 10. November bekanntgeben ließ, die Oberste Heeresleitung wolle *„mit dem Reichskanzler Ebert, dem bisherigen Führer der Sozialdemokratischen Partei zusammengehen …, um die Ausbreitung des terroristischen Bolschewismus in Deutschland zu verhindern."*[118] Dagegen standen die *„extreme Linke vom Spartakusbund, Linke Mehrheitssozialisten …, Rechte Unabhängige, die sich mit einer parlamentarischen Demokratie begnügten, und Linke Unabhängige,*

---

115 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 437.

116 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 603 ff., Die Revolutions-Kommandatur Berlin, dort S. 404 f.

117 *Mann*, a.a.O. (Fn. 117), S. 645.

118 *Mann*, a.a.O. (Fn. 117), S. 652.

welche das Parlament durch Arbeiter, Soldaten, Bauernräte ersetzen wollten, ohne deswegen eine Diktatur leninistischen Stiles zu errichten …".[119]

6. Den Revolutionär *Karl Liebknecht* hält *Golo Mann* für einen der Fanatiker, *„die von der Sache sowohl wie vom Bewußtsein ihrer eigenen Sendung besessen waren."*[120] Doch verkennt er, dass Liebknecht besser als alle Anderen wusste, welche Mitverantwortung *Ebert* trug, der sich im Reichstag auf eine abenteuerliche Politik eingelassen und den „Warner" *Karl Liebknecht* isoliert hatte. Man muss sich *Liebknecht* als einen enttäuschten Menschen vorstellen – seit dem Beginn seiner Laufbahn Anhänger humanistischer Prinzipien, ohne sich selbst zu schonen, und im Januar 1919 erfahrend, dass sein Kampf verloren war. Für Spartakus standen damals in Berlin einige Hundert Mitglieder, für die Unabhängigen Sozialdemokraten (USPD) etwa 25.000 und für die Mehrheitssozialdemokraten (MSPD) noch 7.000.[121] Die revolutionären Obleute der Berliner USPD hatten zwar noch am 5. Januar 1919 zusammen mit Spartakus *„die Massen auf die Straße geholt, sich dann aber nicht über das weitere Vorgehen verständigen können."*[122] Der gemeinsame „Revolutionsausschuß", dem *Liebknecht* angehörte, war alsbald gescheitert.[123]

IX. Das bleibende Bild

1. *Liebknecht* war Humanist und nicht zufällig Strafverteidiger. Schon früh, im Jahre 1910, als er diesen Beruf noch intensiv ausübte, hat er für gesetzliche Alternativen zur Freiheitsstrafe plädiert. Das Verbrechen als soziale

---

119 *Mann*, a.a.O. (Fn. 117), S. 652.

120 *Mann*, a.a.O. (Fn. 117), S. 653.

121 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 7.

122 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 8 f.

123 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a O. (Fn. 112), S. 9 f.

Erscheinung müsse mit sozialen Mitteln bekämpft werden – *„durch Beseitigung seiner Ursachen, Verstopfung seiner Quellen, durch Bekämpfung des Elends in allen Gestalten, der Unwissenheit, der Verwahrlosung, durch Vermehrung der Selbständigkeit, der freien Energie und des offenen Selbstgefühls.“*[124] Selbst in Bedrängnis hat er seine Familie an die Maxime erinnert: *„Keinen Weltschmerz! Gerade in diesen Tagen nicht! Je drohender und ernster das Geschick, um so mehr gilts zu bestehen!“* Seinem Sohn *Wilhelm* (Helmi) schrieb er am 2. September 1917 aus der Haft: *„Hätt‘ ich Dich hier, trunken würd‘ ich Dich machen von der Herrlichkeit des Lebens und der Welt; dieser Welt, dieses Lebens, dieser Menschheit – jawohl!“*[125]

2. Muss dies alles zurückstehen hinter der Teilnahme des ausgelaugten, erschöpften *Karl Liebknecht* an den Berliner Unruhen im November/Dezember 1918 und am sogenannten Spartakus-Aufstand im Januar 1919? Die Antwort darauf fällt heute leichter als früher, weil der seit den Zwanziger Jahren *„unterschlagene Bericht des Untersuchungsausschusses der verfassungsgebenden Preußischen Landesversammlung über die Januar-Unruhen 1919 in Berlin“* mit aufgezeichneten Zeugenaussagen und verwerteten Urkunden wiederentdeckt und zugänglich ist.[126] Die alsbald nach den revolutionären Wochen umfangreich erhobenen Zeugenaussagen befassen sich eher selten mit *Karl Liebknecht*. Doch

---

124 *Flechtheim*, a.a.O. (Fn. 5), S. 117 ff., 125, dort belegt durch Fn. 12 und Fn. 13. Interesse verdient auch, was Liebknechts Anwaltsgehilfin *Martha Nothnagel* zu berichten wusste (*Flechtheim*, a.a.O. [Fn. 5], S. 118, belegt in Fn. 3).

125 *Laschitza*, a.a.O. (Fn. 1), S. 446, belegt mit Fn. 119, 120.

126 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112). Der Ausschuss ist am 19. März 1919 eingesetzt worden. Die 21 Mitglieder des Ausschusses traten am 27. März 1919 erstmals zusammen. Vernommen wurde eine Vielzahl von Zeugen und verwertet eine umfangreiche Sammlung einschlägiger Dokumente, bis der auf den 8. Februar 1921 datierende Bericht vorlag, der lange unbeachtet blieb (*Schütrumpf* [Hrsg.], a.a.O. [Fn. 112]).

lassen sie Schlussfolgerungen zur Intensität seiner Rolle zu.[127] Der Zeuge *Georg Stolt*, Obmann der Berliner Soldatenräte, hat ausgesagt: *„Wer Liebknecht kannte, weiß, daß er, daß kein Mensch daran dachte, Blut zu vergießen."*[128] Ein Abgeordneter und der Berichterstatter des Ausschusses meinten, die Untersuchung sei nicht dazu da, *„über die Tötung von Liebknecht und Rosa Luxemburg ein Urteil abzugeben."*[129] Der Zeuge *Eichhorn*, von November 1918 bis Anfang 1919 Berliner Polizeipräsident, damals Anhänger der USPD, hat auf die Frage nach Gewaltandrohungen in einem von *„Liebknechts"* Flugblättern geantwortet: *„Aufforderungen zu Gewalttaten"*, etwa *„Stürzt die Regierung Ebert/Scheidemann mit Waffengewalt!"* habe es nicht gegeben.[130]

Staatsanwalt *Dr. Weismann* erinnert an sein Gespräch mit dem früheren Polizeipräsidenten *Eichhorn*, der gesagt habe, er habe *Liebknecht* nicht ernstgenommen, denn der sei ein Phantast gewesen, mit dem man nicht habe rechnen können. Auf diesen Vorhalt *Weismanns* erwiderte *Eichhorn*, er habe die Befürchtungen, die *Liebknecht* und *Rosa Luxemburg* galten, seinerzeit für übertrieben gehalten.[131] Der Zeuge *Grant*, von Beruf Ingenieur und während der Unruhen unklar involviert, hat im Zusammenhang mit der Besetzung der Reichsdruckerei *Eichhorn* als den *„eigentlichen Führer"* betrachtet, *„denn Liebknecht beteiligte sich nicht aktiv …"*. Dieser würde nie gesagt haben, *„wir nehmen die Zivilisten und lassen schießen …"*.[132] Der Vorsitzende des Untersuchungsausschusses *Siering* hat am 8. Februar 1921 einen Bericht unterzeichnet, aus dem hervorgeht, dass

---

127 Nachstehend zitiert werden aus dem genannten Werk jeweils die Seiten der vom Ausschuss erstellten Drucksachen und dahinter in Klammern die Seiten des von *Schütrumpf* veröffentlichten Buchs (Fn. 112).

128 S. 7803 (211).

129 S. 7850 (258).

130 S. 7892 (300).

131 S. 7894 (301); vgl. auch den Zeugen *Georg Schmitt*: *„Liebknecht und seine Leute"* seien nicht *„verantwortlich"* gewesen, weil sie *„mit der Arbeiterschaft"* selbst *„nicht in Berührung gekommen"* seien (S. 7922 [330]).

132 S. 7974 (38).

Karl Liebknecht am 7./8. Dezember Demonstranten des Spartakusbundes davon abhielt, in die Reichskanzlei einzudringen.[133]

Über den weiteren Verlauf hat der Zeuge Leutnant *Fischer* bekundet, während der Tage vom 6. bis zum 12. Januar sei es ohne das Dazwischentreten auswärtiger Truppen gelungen, in Berlin die Ordnung einigermaßen herzustellen. Nach dem Fall des Polizeipräsidiums in der Nacht vom 11. auf den 12. Januar habe man dem Volksbeauftragten *Noske* melden können: *„Berlin ist wieder in der Hand der Regierung, es bleibt nur noch übrig, die Ablieferung der Waffen durchzuführen."*[134] Dieser Sachverhalt belegt, dass weder *Rosa Luxemburg* noch *Karl Liebknecht* der wiederhergestellten Ordnung noch im Wege standen, als man sie ergriffen und ermordet hat. Als Zeugen zur Beilegung der Januar-Unruhen vernahm der Ausschuss auch den damaligen Präsidenten der Preußischen verfassungsgebenden Versammlung *Leinert*. In seiner Aussage, er war während jener Zeit Vorsitzender eines „Zentralrats für Deutschland", hat er die ab dem 6. Januar stattfindenden Verhandlungen zur Beilegung der Unruhen beschrieben, die erneutes Blutvergießen abwenden sollten und in denen ein gegenseitiges Versprechen, sich nicht anzugreifen, gegeben worden war.[135] Aber im Dezember noch, dies hat der Zeuge *Tyszka* ausgesagt, *„waren vom Zweiten Garde-Regiment zu Fuß damals 10.000 Mark ausgesetzt für den, der Liebknecht tot oder lebendig bringt."*[136]

3. Das kritische Bild, das *Golo Mann* von *Karl Liebknecht* als „Fanatiker" in knappen Worten entworfen hat, ist beeinflußt von unserer Sicht auf den

---

133 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 44 ff.

134 S. 7994 (402).

135 S. 8026 ff. (434 ff.) und S. 8030 (438).

136 S. 8022 (430). Der Vorsitzende des Untersuchungsausschusses Siering hat mit der Stellungnahme vom 8. Februar 1921 den Zeugen *Tyszka* als unzuverlässig bezeichnet (*Schütrumpf* [Hrsg.], a.a.O. [Fn. 112], S. 45 ff., 72).

Kommunismus unter sowjetischer Herrschaft, die *Karl Liebknecht* so nicht mehr erlebt hat.

a) Zwar hat der Historiker *Heinrich August Winkler* den 1919 *„von der kurz zuvor gegründeten Kommunistischen Partei um Karl Liebknecht und Rosa Luxemburg mitgetragene(n) Berliner Januar-Aufstand“* als *„putschistischen Versuch“* bezeichnet, *„die Wahl der verfassungsgebenden Nationalversammlung und damit eine demokratische Legitimation der Zentralgewalt zu verhindern.“* Wenn dies zum Ziel geführt hätte, so *Winkler*, wäre die Folge *„ein deutscher Bürgerkrieg gewesen, den die radikale Linke nur verlieren konnte.“*[137] In der Tat trug das Flugblatt der KPD aus den ersten Tagen des Januar 1919 die Überschrift: *„Nieder mit der Nationalversammlung/Die ganze Gewalt den Arbeiter- und Soldatenräten.“*[138] Als Ziel wird am Ende des Flugblatts *„die Räterepublik des arbeitenden Volkes“* betrachtet, *„das nicht nur selbst seine Geschichte bestimmen wird, das zusammen mit der Räterepublik der russischen Arbeiter die Arbeiter Englands, Frankreichs, Italiens unter die Fahne der Revolution rufen wird, das Deutschland befreien wird von der Sklavenpeitsche, die jetzt der Ententekapitalismus über uns schwingt.“*[139]

b) Wir können dies heute nicht lesen, ohne an die in Russland schon unter der frühen bolschewistischen Herrschaft entstandene Ernährungskrise (1921/22) zu denken, die nach drei Jahren 10 Millionen Menschenleben gekostet hat. Ebenso verhält es sich mit den Machtkämpfen in der am 30. September 1922 gebildeten UdSSR, mit der Zwangskollektivierung der Landwirtschaft, die unter *Stalin* 1928 begann, mit den im Mai 1927 einsetzenden Schauprozessen, mit der Liquidierung der privaten Bauern (Kulaken) 1930, mit den blutigen „Säuberungen“ der Jahre 1932, 1936 bis 1938 und mit den dann

---

137 *Winkler*, Der Fortschritt als Fessel, in FAZ v. 13. Dezember 2023, S. 12.

138 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 8069 (477).

139 *Schütrumpf* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 112), S. 8073 (481).

folgenden Schauprozessen. Anfang 1919 wusste man vom Aufstieg und der Machtergreifung der „Bolschewiki“, auch von der Ermordung der Zarenfamilie. Doch was folgte, war damals unbekannt.

4. Nach allem, was wir über *Karl Liebknechts* Leben wissen, dürfen wir annehmen, dass er sich gegen ähnliche Entwicklungen in Deutschland mit aller Kraft gewehrt haben würde. Ob es ihm im Blick auf den Terror der Sowjetunion gelungen wäre, das Schicksal der Weimarer Republik durch eine „andere“ KPD zu beeinflussen und den Verfall ab 1929 aufzuhalten, können wir nicht beurteilen. Wäre *Karl Liebknecht* in der Weimarer Republik mit seiner Haltung gescheitert, hätte er für sich – wie bereits im Reichstag des Kaiserreichs – die notwendigen Konsequenzen daraus gezogen. Wir dürfen ihn daher in die Ahnengalerie der Strafverteidigung aufnehmen.

HARTMUT SCHNEIDER

Alte Zöpfe abschneiden – Bemerkungen zu klassischen Problemen bei der Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen

Klaus-Ulrich Ventzke ist ein Großmeister des Strafverfahrensrechts. Als Bundesanwalt hatte ich häufig Gelegenheit, mich mit tiefschürfenden Verfahrensrügen des Jubilars zu beschäftigen. Als Leiter von Fortbildungsveranstaltungen durfte ich ihn als kenntnisreichen und gedanklich immer wieder anregenden Referenten erleben. Darüber hinaus hat er zahlreiche instruktive Praxiskommentare zum Recht der strafprozessualen Hauptverhandlung für die NStZ verfasst. Das Beweisantragsrecht bildet einen Schwerpunkt seiner Beiträge. Daher habe ich mich entschlossen, für die zu seinen Ehren herausgegebene Festschrift einen Aufsatz zu diesem Rechtsgebiet beizusteuern. Ich befürchte, dass meine Thesen zur Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen wohl nicht durchgängig auf seine vorbehaltlose Zustimmung treffen werden. Sie mögen indessen zur Fortführung unseres Dialogs über interessante strafprozessuale Fragestellungen beitragen. Dafür wünsche ich *Klaus-Ulrich Ventzke* weiterhin ungebrochene Schaffenskraft sowie Gesundheit, Glück und Wohlergehen.

I. Erscheinungsformen bedingter Beweisanträge

Bedingte Beweisanträge spielen im Gerichtsalltag eine wichtige Rolle. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der Antragsteller eine Beweiserhebung – anders als im „Normalfall“ – nicht ohne Weiteres begehrt, sondern vom Eintritt

einer besonderen Voraussetzung abhängig macht.[1] Sie kann Wirksamkeit entfalten, sofern es sich dabei um einen innerprozessualen Bezugspunkt handelt.[2] Erst wenn sie eintritt, muss das Gericht über das Beweisersuchen entscheiden. Bleibt sie aus, ist lediglich nach § 244 Abs. 2 StPO zu prüfen, ob das Beweisersuchen – gleichsam als Anregung – Anlass zur Beweiserhebung gibt.[3]

Die Bedingungen, von denen die Beweiserhebung nach den Vorgaben des Antragstellers abhängen soll, lassen sich drei Fallgruppen zuordnen.[4] Einerseits ist es möglich, die Inanspruchnahme von Beweismitteln vom Eintritt einer im Zeitpunkt der Antragstellung ungewissen Verfahrenslage abhängig zu machen. In Betracht kommen rein formale Aspekte wie etwa die Zurückweisung des Beweisantrags eines anderen Verfahrensbeteiligten oder die Vornahme einer bestimmten Beweiserhebung. Derartige Beweisersuchen rubrizieren als

---

1 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 88; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 150; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 161; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 132; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 161; *Hamm/Pauly* Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 74.

2 BGHSt 29, 396 f.; *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 88; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 150; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 24 Rn. 161; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn.115; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 133; *Krell* JURA 2012, 355, 358.

3 Näher dazu BGH StV 1990, 149; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 161; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 153; *Herdegen* NStZ 1995, 202, 203.

4 Die Terminologie ist nicht einheitlich. Siehe dazu *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 91; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 151; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 161; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 116; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 133; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 162.

„prozessual bedingte Beweisanträge“.[5] Weiterhin ist es vorstellbar, die Bedingung, unter der das Gericht Beweis erheben soll, auf den Urteilstenor auszurichten und mit einem Hauptantrag zu koppeln. Beweisanträge mit einer solchen Anbindung werden als „Hilfsbeweisanträge“ bezeichnet.[6] Daneben gibt es „Eventualbeweisanträge“. Sie sind dadurch ausgewiesen, dass der Antragsteller sein Beweisersuchen mit einem im tatsächlichen Bereich siedelnden Begründungselement des Urteils in Zusammenhang bringt.[7] Als Bedingung

---

5 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 91; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 151; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 162; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 157; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 116; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 133; *Deckers* Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 81; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 422; *Schlothauer* StV 1988, 542, 548; *Michalke* StV 1990, 184, 185.

6 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 89; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 153; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 164; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 154; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 116; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 134, 136, 141; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 92; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 422; *Schlothauer* StV 1988, 542-546; *Michalke* StV 1990, 184, 185.

7 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 90; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 152; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22, 22b; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 163; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 156; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 116; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 133; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 422; *Schlothauer* StV 1988, 542, 546-548; *Michalke* StV 1990, 184, 185.

geläufig ist etwa die Annahme des Gerichts, die Einlassung des Angeklagten sei unwahr, eine Zeugenaussage sei glaubhaft oder eine Urkunde sei echt.[8]

Im Prozessalltag dominieren Hilfsbeweisanträge. Es besteht Einigkeit, dass deren abschlägige Bescheidung grundsätzlich erst im Urteil erfolgen muss. Die sich darum rankenden Grundsatzfragen können mittlerweile als geklärt angesehen werden. Im Detail gibt es indessen weiterhin einige kontrovers diskutierte Problemkreise. So ist beispielsweise die Wirksamkeit inkonnexer Bedingungen umstritten. Zudem ist offen, ob das Gericht defizitäre Hilfsbeweisanträge ohne Weiteres im Urteil ablehnen kann oder aber ob es rechtlich gehalten ist, den Antragsteller zuvor auf deren Mängel aufmerksam zu machen, um ihm Nachbesserung zu ermöglichen. Weiterhin ist unklar, wann und wo das Gericht über Hilfsbeweisanträge mit sogenannter „Bescheidungsklausel" zu befinden hat. Schließlich ist klärungsbedüftig, ob Hilfsbeweisanträge mit der Begründung, sie dienten allein der Prozessverschleppung im Sinne des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO, im Urteil zurückgewiesen werden dürfen oder ob sie – abweichend von der ansonsten geltenden Regel – in der Hauptverhandlung beschieden werden müssen.

II. Grundsätze zur Behandlung von Hilfsbeweisanträgen

1. Ausgangslage

Hilfsbeweisanträge zeichnen sich dadurch aus, dass das Verlangen nach Beweiserhebung in einen Bedingungszusammenhang mit dem Inhalt des

---

[8] Eingehend mit weiteren Beispielen *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 163. *Niemöller* JZ 1992, 884, 885 erachtet solche Bedingungen nicht als statthaft, weil sie auf die Urteilsberatung Bezug nehmen. Er meint, dass derartige Beweisersuchen nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO zurückgewiesen werden können.

künftigen Urteilsspruchs gestellt wird.[9] Während sich Eventualbeweisanträge auf ein Begründungselement des Urteils beziehen, nehmen Hilfsbeweisanträge auf ein Entscheidungselement Bezug.[10] Rechtstechnisch formuliert der Antragsteller zunächst einen verfahrensabschließenden Hauptantrag, etwa Freispruch des Angeklagten, um anschließend eine bestimmte Beweiserhebung für den Fall zu fordern, dass das Gericht seinem zentralen Anliegen nicht Folge leistet.[11]

Hilfsbeweisanträge werden regelmäßig in den Schlussvorträgen gestellt.[12] Allerdings darf allein aus der Antragstellung im Verlaufe eines Plädoyers nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass das Beweisersuchen nur hilfsweise

---

9 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 89; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 153; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 164; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 134, 141; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65 f.; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164; *Schlothauer* StV 1988, 542; *Michalke* StV 1990, 184, 185.

10 Prägnant *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 164; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 154; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 116.

11 Eine umgekehrte Reihenfolge der Anträge vermag am Charakter eines solchen Beweisbegehrens nichts zu ändern, sofern aus dem Vorgehen des Antragstellers eindeutig hervorgeht, dass er die Bescheidung seines Beweisersuchens erst im Urteil erwartet. Siehe dazu RGSt 65, 351 (352); *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 154; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 166; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 140.

12 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 164; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 118; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 137; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 58; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164; *Schlothauer* StV 1988, 542, 543.

beschieden werden soll.[13] Ausschlaggebend ist stets der Wille des Antragstellers; ihn gilt es bei Unklarheit der Prozesslage durch Auslegung nach Maßgabe des Sachzusammenhangs zu ermitteln.[14] Führt die Prüfung nicht weiter, muss der Vorsitzende durch Nachfragen eruieren, ob der Antragsteller die Bescheidung seines Antrags in der Hauptverhandlung oder erst in den Urteilsgründen wünscht.[15]

Anknüpfungspunkt der Bedingung eines Hilfsbeweisantrags ist das vorläufige Ergebnis der Urteilsberatung.[16] Gelangt das Gericht zu der Einschätzung, eine vom Ansinnen des Antragstellers abweichende Entscheidung treffen zu müssen, so aktualisiert sich das unter einer aufschiebenden Bedingung stehende und deshalb zuvor noch nicht virulente Beweisbegehren.[17] Es muss nunmehr geprüft werden, ob der beantragte Beweis für die Entscheidungsfindung

---

13 BGH StV 1996, 248 (249); *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 154; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 166; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 139; *Deckers*, Der strafprozessaule Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 65; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164; *Schlothauer* StV 1988, 542, 543. Abweichend BGH b. *Dallinger* MDR 1951, 275; OLG Hamm VRS 38, 293, 294; OLG Köln VRS 64, 279; OLG Hamm GA 1972, 59.

14 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 166; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 118; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 139.

15 *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 155; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 166; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164. Führt selbst die Nachfrage zu keinem klaren Ergebnis, ist der Beweisantrag als unbedingt gestellt anzusehen und daher in der Hauptverhandlung zu bescheiden. Siehe dazu *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 139.

16 RGSt 62, 76; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 153 Fn. 1032; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 429; *Michalke* StV 1990, 184, 185. Abweichend BGH StV 1990, 149; *Niemöller* JZ 1992, 884, 885 f.

17 Zur Einstufung der Bedingung als „aufschiebend" *Niemöller* JZ 1992, 884, 887.

deswegen bedeutsam ist, weil er das vorläufige Beweisergebnis in Frage stellen und somit Einfluss auf das Urteil haben kann. Trifft dies zu, tritt das Gericht wieder in die Hauptverhandlung ein und führt dort die Beweiserhebung durch.[18] Hält es hingegen die bedingt begehrte Beweiserhebung nicht für geboten, weist es den Hilfsbeweisantrag zurück. Gemeinhin geschieht dies nicht – wie sonst bei Beweisanträgen üblich – durch Bekanntgabe eines Beschlusses in der Hauptverhandlung.[19] Vielmehr lehnt das Gericht Hilfsbeweisanträge im Urteil ab.[20]

---

18 *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 58.

19 Freilich bleibt es dem Gericht unbenommen, das bedingte Beweisersuchen bereits in der Hauptverhandlung durch Beschluss nach § 244 Abs. 6 S. 1 StPO abschlägig zu bescheiden; BGHSt 32, 10, 13; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 157; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 168; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 158; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 120.

20 RGSt 29, 438, 439; RGSt 55, 109, 110; RGSt 62, 76; RG JW 1932, 2101; BGHSt 22, 124; BGHSt 32, 10, 13; BGH NStZ 2005, 395; OLG Frankfurt StV 1995, 346; KG NStZ-RR 2004, 146; *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 93; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 157; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a, 90a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 158; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 119; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 134; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 58; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 165 f.; *Schlothauer* StV 1988, 542, 543. Die Ablehnung im Urteil ist auch dann statthaft, wenn sich die zunächst in Aussicht genommene Erhebung des Beweises etwa wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels später als undurchführbar erwiesen hat. Da die Anordnung der Beweiserhebung den Hilfsbeweisantrag noch nicht erledigt hat, zeichnet die dort formulierte Bedingung weiterhin den Ort seiner Bescheidung vor. Siehe dazu BGHSt 32, 10, 13; *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 93; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 157; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a.

Entscheidungsmaßstab sind die gesetzlichen Ablehnungsgründe.[21] Einer Entscheidungsformel bedarf es nicht.[22] Ebenso wenig müssen Hilfsbeweisanträge in einem gesonderten Abschnitt der Urteilsgründe aufgegriffen werden. Es reicht hin, wenn sich aus ihnen ergibt, mit welchen Erwägungen sie das Gericht abgelehnt hat.[23]

In der Verlagerung der Ablehnungsbegründung von der Hauptverhandlung in das Urteil ist die rechtliche Besonderheit von Hilfsbeweisanträgen zu erblicken. Nach gängiger Auffassung ergibt sich die Befugnis des Gerichts, über Hilfsbeweisanträge erst dort abschlägig zu befinden, aus dem Verhalten des Antragstellers. Dieser hat grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass über seine Beweisanträge noch vor Urteilsverkündung entschieden werde. Hierüber kann er indessen disponieren. Deshalb bringt die Verknüpfung des verfahrensabschließenden Hauptantrags mit dem Beweisbegehren konkludent zum Ausdruck, dass der Antragsteller auf dessen Bescheidung in der

---

21 OLG Frankfurt StV 1995, 346; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 159; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 165a; *Schlothauer* StV 1988, 542, 543.

22 BGH wistra 2009, 68; OLG Frankfurt StV 1995, 346; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 159; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167.

23 BGH NJW 1988, 501 f.; BGH wistra 2009, 68; OLG Frankfurt StV 1995, 346; OLG Hamm VRS 103, 201, 203; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 159; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage (2017), Rn. 165a. Insoweit kritisch *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167; die dort geäußerten Bedenken können nicht durchgreifen. Da das Revisionsgericht bei Hilfsbeweisanträgen anerkanntermaßen befugt ist, eine im Urteil zum Ausdruck gebrachte mangelhafte Ablehnungsbegründung durch eine fehlerfreie zu ersetzen, kann letztlich nichts anderes für das gänzliche Fehlen einer solchen gelten, sofern aus dem Urteil hinreichend deutlich wird, weshalb das Tatgericht den beantragten Beweis nicht erhoben hätte. In beiden Konstellationen wird das Revisionsgericht ein Beruhen des Urteils auf diesen beweisantragsrechtlichen Unzulänglichkeiten ausschließen können.

Hauptverhandlung verzichtet.[24] Teile des Schrifttums stützen das Ergebnis nicht auf den Verzichtsgedanken, sondern auf die spezifische Struktur solcher Beweisbegehren. Danach soll für den Ort der Zurückweisung die durch die Wahl der Bedingung verdeutlichte Bezugnahme auf vom Spruchkörper erst noch zu beratene Elemente des Urteilstenors ausschlaggebend sein. Daraus folge, dass der Antragsteller auf das Schicksal seiner Hilfsbeweisanträge keinen Einfluss mehr nehmen könne.[25]

2. Taktische Erwägungen zum Einsatz von Hilfsbeweisanträgen

Da über die Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen erst die Urteilsgründe Aufschluss geben, bleiben dem Antragsteller die dafür vom Gericht angestellten Überlegungen zunächst verborgen. Er büßt die Chance ein, hierauf in der Hauptverhandlung – etwa durch das Anbringen weiterer Beweisersuchen – zu reagieren. In den erstinstanzlich vor den Landgerichten verhandelten größeren Strafsachen ist er allein auf das Rechtsmittel der Revision verwiesen. Freilich vermag er in der Revisionsinstanz nicht mehr gestalterisch zu reagieren; denn das Revisionsgericht kann auf eine zulässige Beweisantragsrüge nur noch prüfen, ob die Ablehnung des Hilfsbeweisantrags rechtmäßig war. Dabei darf es abweichend von der Rechtslage bei unbedingten Beweisanträgen eine

---

24 Grundlegend *Alsberg* JW 1930, 931 ff. Ebenso BGHSt 32, 10, 13; BGH NStZ 1989, 191; BGH NStZ 1991, 547 f.; KG StV 1988, 518 f.; OLG Karlsruhe MDR 1968, 948; *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 93; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 157; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 158; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 168; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 58; *Schlothauer* StV 1988, 542 f.; *ders*. StV 1991, 350 f.; *Scheffler* NStZ 1989, 158; *ders*. NStZ 1991, 349; *Schlüchter* NStZ 1984, 373 f. Kritisch zum Verzichtsgedanken *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 121.

25 Eingehend dazu *Niemöller* JZ 1992, 884, 888 f. Ähnlich *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a.

unzulängliche Ablehnungsbegründung durch eine rechtsfehlerfreie eigene Sicht der Dinge ersetzen, sofern die Urteilsgründe hierfür ausreichende Anhaltspunkte bieten. Es muss füglich bezweifelt werden, ob es mit Blick auf die eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Rechtsmittels der Revision und seiner formellen Hürden gegenüber Verfahrensbeanstandungen wirklich schlau ist, wichtige Beweisanliegen mittels Hilfsbeweisanträgen zu verfolgen.

Gleichwohl ist zu konstatieren, dass sich Strafverteidiger aus taktischen Gründen immer wieder dieses Rechtsinstituts bedienen. Idealtypisch verfahren sie derart, weil sie auf die Schlagkraft ihrer Argumente vertrauen und davon ausgehen, dass bereits ihr Hauptantrag Erfolg haben werde. Vor diesem Hintergrund können Hilfsbeweisanträge die Hauptverhandlung entlasten. Sie bieten die Möglichkeit, von der im Raume stehenden Beweiserhebung unter der gestellten Bedingung abzusehen. Davon kann nicht allein das Gericht, sondern auch der Angeklagte profitieren, weil ihm auf diesem Wege eine zeit- und auch kostenintensive Fortführung der Hauptverhandlung erspart bleibt.[26] Eine andere wichtige Funktion solcher Beweisersuchen besteht in dem von ihnen ausgehenden Schutz vor Überraschungsentscheidungen.[27] Der für seinen Hauptantrag gute Gründe wähnende Strafverteidiger bietet alles auf, was ihm zur Wahrung der Interessen seines Mandanten zu Gebote steht. Es geht ihm darum, die bereits in der Hauptverhandlung vorgetragenen Argumente für den Fall zusätzlich abzustützen, dass ihm das Gericht erwartungswidrig nicht folgt. Das in einem solchen Agieren zu Tage tretende Sicherheitsdenken ist nachvollziehbar. Es verdeutlicht den affirmativen Charakter von Hilfsbeweisanträgen.[28] Weiterhin können Strafverteidiger mit ihnen das

---

26 *Schlothauer* StV 1988, 542, 544. Siehe dazu auch *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 135.

27 *Schlothauer* StV 1988, 542, 544.

28 Näher dazu *Hamm/Pauly* Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 103; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 433 f. Siehe auch *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 66; *Niemöller* JZ 1992, 884, 886.

verhandlungspsychologische Ziel verfolgen, Konflikte mit einem auf unbedingte Beweisbegehren unwirsch reagierenden Gericht zu vermeiden, ohne ihr Sachanliegen gänzlich preiszugeben.[29] Zudem können Hilfsbeweisanträge der Spekulation entspringen, das Gericht werde eine Ausdehnung der Beweisaufnahme unter allen Umständen bis hin zur Schmerzgrenze ausweichen wollen und deshalb zur Vermeidung des Eintritts der im Beweisantrag formulierten Bedingung dazu neigen, die unter Beweis gestellte Tatsache so zu behandeln, als sei sie wahr.[30] Das kann bei strafzumessungsrelevanten Umständen zu einer Absenkung der ansonsten im Raume stehenden Strafe führen.[31] In Konstellationen zweifelhafter Erfolgsträchtigkeit des Hauptantrags mag der mit Hilfsbeweisanträgen operierende Verteidiger schließlich darauf hoffen, dass das Gericht ihnen nicht nachkommt und sie mit rechtsfehlerhafter Begründung im Urteil zurückweist.[32] Ein derartiges Vorgehen wirkt unseriös; es ist dysfunktional. Rechtspraktisch kann es aber effektiv sein; zuweilen unterlaufen Gerichten bei der Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen durchgreifende Rechtsfehler, etwa weil sie sich an eine Wahrunterstellung an anderer Stelle des Urteils nicht halten oder die abgehandelte Beweistatsache einengen, um auf diese Weise Ablehnungsbegründung und sonstigen Urteilsinhalt „stimmig“ zu machen.[33]

---

29 *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 168.

30 *Dallmeyer* Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 135; *Schlothauer* StV 1988, 542, 545. Näher dazu *Niemöller* JZ 1992, 884, 886.

31 *Schlothauer* StV 1988, 542, 545.

32 Zu einem solchen Fall BGH StV 1990, 149. Weiterführend *Schlothauer* StV 1988, 542, 545; *Niemöller* JZ 1992, 884, 886. Siehe auch *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 96.

33 Weiterführend *Schlothauer* StV 1988, 542, 544 f.

3. Inkonnexe Hilfsbeweisanträge

Während das Reichsgericht als taugliche Bedingung eines Hilfsbeweisantrags allein das Begehren nach Freispruch des Angeklagten anerkannt hat,[34] besteht heute Einigkeit darüber, dass hierfür jeder tenorbezogene verfahrensbeendende Hauptantrag in Betracht kommt.[35] Neben dem (Teil-)Freispruch werden als Bedingung für die Beweiserhebung vor allem delikts- und rechtsfolgenbezogene Umstände benannt.[36] Allerdings muss sie einen sachlogischen Zusammenhang zum Beweisthema aufweisen. Danach wäre es beispielsweise nicht statthaft, eine auf den Schuldspruch bezogene Beweisbehauptung mit einer im Rechtsfolgenausspruch siedelnden Bedingung – etwa der Strafaussetzung zur Bewährung – zu kombinieren.[37] Ein solches Vorgehen erweist sich als dysfunktional.[38] Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass derartige Anträge mit Blick auf die Reihenfolge der Urteilselemente unzulässig seien.[39]

---

34 Siehe dazu RGSt 54, 239, 240; RG JW 1929, 931; RG JW 1930, 931.

35 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 164; *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 141; *Schlothauer* StV 1988, 542 f.

36 Weiterführend mit Beispielen *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 141.

37 BGHSt 40, 287, 289 f.. Siehe dazu auch BGH NStZ 2005, 45. Ebenso *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 92; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 156; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 165; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 68; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 164; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 86; *Herdegen* NStZ 1995, 202, 203.

38 Ebenso *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 156; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 165; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 155; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 117.

39 BGHSt 40, 287, 289 f. Zustimmend *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 22a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244

Diese Auffassung trifft im Ergebnis zu. Da Urteilsspruch und Rechtsfolgenentscheidung auf unterschiedlichen Ebenen liegen, wäre es widersprüchlich, den Kampf um die Verurteilung als solche von der Verhängung bestimmter Rechtsfolgen abhängig zu machen. Ein Antragsteller, der derart verfährt, macht deutlich, dass er das Beweisantragsrecht missbräuchlich einsetzen will. Ihm geht es nicht darum, die Entscheidungsbasis des Gerichts für ein sachgerechtes Urteil zu erweitern. Vielmehr zielt er allein darauf ab, das Tatgericht zu einem rechtswidrigen Deal zu bringen.[40]

Zweifelhaft ist hingegen die Annahme des Bundesgerichtshofs, dass Hilfsbeweisanträge mit rechtsmissbräuchlicher Ausrichtung schlichtweg als „unzulässig" eingestuft werden dürfen. Träfe dies zu, würde es ausreichen, wenn sich das Gericht damit begnügt, das dysfunktionale Agieren als solches tatsachenfundiert herauszustreichen. Beweisantragsrechtlich wäre es dann nicht mehr erforderlich, zur Unbegründetheit des hilfsweise angebrachten Beweisanliegens im Urteil Stellung zu nehmen. Diese Rechtsauffassung dürfte zu weit gehen. Die Inkonnexität der Bedingung kann nicht wie eine „Prozessstrafe" wirken und dazu führen, das dysfunktionale Beweisbegehren als beweisantragrechtliches nullum zu behandeln. Die thematisch naheliegende Vorschrift des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO steht einem solchen Ansatz sachgedanklich entgegen. Sie macht deutlich, dass in Prozessverschleppungsabsicht gestellte Beweisbegehren keine Beweisanträge im Rechtssinne darstellen. Daher dürfen sie vom Vorsitzenden gemäß § 238 Abs. 1 StPO abgelehnt werden. Maßstab hierfür sind die in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO aufgeführten verschleppungstypischen Kriterien. Dazu zählt unter anderem die argumentativ zu belegende Erkenntnis, dass die begehrte Beweiserhebung das Anliegen des Antragstellers nicht zu befördern vermag, entweder weil sie ohnehin nicht zum Nachweis der unter Beweis gestellten Tatsache führen würde oder weil das

---

Rn. 165; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 155; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 117.

40 BGHSt 40, 287, 290. Ebenso *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 117.

Gericht ihr selbst im Falle ihrer vordergründigen Bestätigung keinen Glauben schenken könnte. Angesprochen ist somit die Amtsaufklärungspflicht; sie lässt die vorerwähnten Beweisantizipationen zu. Angesichts dessen sollte der Vorsitzende auch bei Hilfsbeweisanträgen mit inkonnexen Bedingungen rechtlich gehalten sein, in seiner Verfügung zumindest knapp zu verdeutlichen, weshalb er dem rechtsmissbräuchlichen Beweisanliegen auch im Lichte des § 244 Abs. 2 StPO inhaltlich nicht nachkommen mag. Dieser missbrauchstypische Entwertungsmechanismus könnte dergestalt umgesetzt werden, dass man solchen Beweisersuchen mangels „Ernsthaftigkeit" im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO die Qualität förmlicher Beweisanträge abspricht.[41] Dadurch würde bewirkt, dass sie zwar nicht nach Maßgabe der gesetzlichen Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 S. 3 StPO, aber immerhin in Anwendung des § 244 Abs. 2 StPO beschieden werden müssen. Der dafür vorgesehene Ort bleibt allerdings weiterhin das Urteil.

Teile des Schrifttums lehnen die höchstrichterliche Rechtsauffassung zur Abhandlung inkonnexer Hilfsbeweisanträge rundum ab. Unter Verweis darauf, dass nach § 257c Abs. 2 S. 1 StPO sowohl die Rücknahme von Beweisanträgen als auch das Unterbleiben ihrer Stellung Gegenleistungen einer Verständigung mit dem Gericht über die Höhe der im Raume stehenden Strafe sein können, wird behauptet, rechtsfolgenbezogene Beweisanträge gegen den Schuldspruch seien ungeachtet eines fehlenden sachlogischen Zusammenhangs statthaft.[42] Diese Sicht der Dinge vermag deswegen nicht zu überzeugen, weil ihr eine valide argumentative Ausgangsbasis fehlt. Es ist aus übergeordneten Gründen der Gerechtigkeit abzulehnen, Beweisanträge der vorgenannten Art als tauglichen Gegenstand einer Verständigung anzuerkennen. Obschon der Gesetzeswortlaut von § 257c Abs. 2 S. 1 StPO Verständigungen über die Strafhöhe dergestalt zulässt, dass der Angeklagte als Gegenleistung für das

---

41 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 165 i.V.m. Rn. 111.

42 *Dallmeyer* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 1 Rn. 143; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 45 Rn. 39.

strafzumessungsrechtliche Entgegenkommen des Gerichts auf das Stellen von Beweisanträgen verzichtet oder noch nicht erledigte zurücknimmt, ist damit die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die hier in Rede stehende Verfahrenskonstellation keinesfalls ausgemacht. Da die Verständigung nicht in einen beliebigen Handel mit der Gerechtigkeit münden darf,[43] sondern stets dem Bild eines regelgeleiteten Austauschs von Leistung und Gegenleistung nach Art eines synallagmatischen Vertrages entsprechen muss, drängt sich eine gerechtigkeitsorientierte teleologische Reduktion des § 257c Abs. 2 S. 1 StPO dahingehend auf, dass sachlogisch verfehlte (Hilfs-) Beweisanträge des Angeklagten als signifikante Instrumente einer dysfunktionalen Prozessführung prinzipiell nicht in eine Verständigung eingebracht werden können.[44] Sieht man die Rechtslage so, muss es auch im Lichte von § 257c Abs. 2 S. 1 StPO dabei bleiben, dass schuldspruchbezogene Hilfsbeweisanträge nicht mit einer rechtsfolgenorientierten Bedingung gekoppelt werden können.

III. Zum Ort der Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen in Sonderkonstellationen

Von dem allfälligen Grundsatz, dass Hilfsbeweisanträge erst im Urteil beschieden werden müssen, werden nach höchstrichterlicher Rechtsprechung Ausnahmen gemacht. Die einschlägigen Konstellationen wurden bereits zu Beginn dieses Beitrags erwähnt. Ihnen soll im Folgenden nachgegangen werden.

---

43 Prägnant dazu BGHSt 40, 287, 290.

44 Ebenso *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 117.

1. Mangelhafte Beweisanträge

Nicht immer gelingt es Antragstellern, formgerechte Hilfsbeweisanträge zu formulieren. Mängel können auftreten bei der Abfassung der Beweisbehauptung, bei der Präzisierung des Beweismittels oder aber bei der Konkretisierung des Zusammenhangs zwischen Beweisbehauptung und Beweismittel im Sinne von § 244 Abs. 3 S. 1 StPO (Konnexität). Solche defizitären Beweisersuchen bleiben hinter den Anforderungen des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO zurück. Sie werden deshalb nicht anhand der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 S. 3 StPO, sondern nach den Grundsätzen der Amtsaufklärungspflicht beschieden. Die damit einhergehende Erweiterung der richterlichen Entscheidungsmöglichkeiten ist für den Antragsteller vor allem deswegen misslich, weil er dadurch den Schutz des beweisantragsrechtlichen Antizipationsverbots verliert, ohne es in der Hauptverhandlung zu bemerken.

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen angedeutet, dass ein mangelhafter Hilfsbeweisantrag im Urteil nur dann als Beweisermittlungsantrag nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht beschieden werden darf, wenn der Antragsteller in der Hauptverhandlung zuvor auf das beweisantragsrechtliche Defizit hingewiesen worden ist und somit Gelegenheit hatte, diesen Fehler auszubessern.[45] Diese Ansicht beruht auf dem fairnesstypischen Gedanken gerichtlicher Fürsorge. Darüber hinaus zieht der Bundesgerichtshof dafür den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs in Gestalt der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen heran.[46]

Die höchstrichterliche Auffassung zum Umgang mit mangelhaften Hilfsbeweisanträgen vermag nicht zu überzeugen. Sie ist Ausdruck einer an sich systemfremden Vollkasko-Mentalität und rechtlich keineswegs erzwungen. Die Behauptung, die erst in den Urteilsgründen erfolgende „Entwertung“ eines als

---

45 BGH StV 1981, 330; BGH NStZ 1996, 562. Ebenso *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 155.

46 BGH NStZ 1996, 562.

Hilfsbeweisantrag formulierten Beweisbegehrens zu einem schlichten Beweisermittlungsantrag würde den insoweit naiven Antragsteller überraschen und somit sein rechtliches Gehör in unerträglicher Weise verkürzen, erweist sich bei unbefangener Betrachtung als unausgewiesen. Entscheidend ist Folgendes:

Im Ausgangspunkt hat es der Antragsteller in der Hand, ob er das Gericht mit einem unbedingten Beweisantrag konfrontiert und über die Gründe für dessen Ablehnung folgerichtig in der Hauptverhandlung unterrichtet wird oder ob er einen Hilfsbeweisantrag stellt und deshalb erst aus den Urteilsgründen erfährt, weshalb dieser nicht durchdringen konnte. Wählt er aus wohlerwogenen taktischen Gründen die zweite Alternative, so liegt darin ein konkludenter Verzicht auf die Bekanntgabe der Entscheidung über sein Beweisbegehren vor Urteilsverkündung. Dass er auf dieses Informationsdefizit in der Hauptverhandlung nicht mehr reagieren kann, ist ihm von Anfang an bewusst. Die davon ausgehende Beschränkung seiner Verteidigungsmöglichkeiten nimmt er hin. Angesichts dessen ist es nicht einsichtig, davon Ausnahmen ausgerechnet für die Fälle zuzulassen, in denen es dem Antragsteller nicht gelungen ist, einen ordentlichen Beweisantrag zu formulieren. Eine solche Differenzierung ist sachlich deswegen nicht geboten, weil er mit dem bedingungstypischen Verzicht auf eine hauptverhandlungsinterne Bescheidung sein Desinteresse an den Gründen für die Zurückweisung seines Beweisbegehrens unmissverständlich demonstriert. Anhaltspunkte dafür, dass er dabei nur die Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3-5 StPO in den Blick genommen haben könnte und seinen konkludenten Bescheidungsverzicht darauf beschränkt wissen wollte, lassen sich einem solchen Beweisersuchen nicht entnehmen. Ebenso wenig existiert ein dahingehender strafprozessualer Erfahrungssatz. Vor diesem Hintergrund kann keine Rede davon sein, dass die vom Gericht im Urteil vorgenommene Einstufung des defizitären Beweisbegehrens als Ermittlungsantrag und dessen damit korrespondierende Abhandlung nach § 244 Abs. 2 StPO auf eine normativ belangvolle Verkürzung des rechtlichen Gehörs hinausläuft. In diesem Vorgang realisiert sich nurmehr eine dem Beweisantragsrecht

genuin anhaftende Gefahr, die der mit Hilfsbeweisanträgen agierende Antragsteller sehenden Auges eingegangen ist. Nachgerade deswegen ist es nicht geboten, dieses Resultat unter Rückgriff auf den Fairnessgrundsatz zu korrigieren. Dafür ist kein Raum, weil dem eigenverantwortlich vorgehenden Antragsteller in solchen Konstellationen nichts Unerwartetes widerfährt, zumal wenn er professionell verteidigt ist. Es gilt das verzichtstypische Motto: volenti non fit iniuria.

2. Hilfsbeweisanträge mit Bescheidungsklausel

Der taktische Wert von Hilfsbeweisanträgen ist umstritten. Ihre Bescheidung im Urteil ist namentlich für die Verteidigung misslich. Dadurch ist es ihr faktisch verwehrt, auf die ihr unbekannte Ablehnungsbegründung zu reagieren.[47] Zur Vermeidung dieser Folgen schlagen Teile des Schrifttums vor, den Hilfsbeweisantrag mit einer Bescheidungsklausel zu versehen. Damit soll der Widerruf des konkludenten Verzichts auf einen Beweisbeschluss in der Hauptverhandlung unter Aufrechterhaltung des Bedingungszusammenhangs beschrieben werden. Anders gewendet: Mit der Bescheidungsklausel will der Antragsteller zum Ausdruck bringen, dass das Gericht bei Bedingungseintritt den für diesen Fall hilfsweise gestellten Beweisantrag nicht erst im Urteil, sondern bereits in der Hauptverhandlung abhandeln soll.[48] Ein solcher

---

47 Näher dazu *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 130; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 102 f.; *Schlothauer* StV 1988, 542, 545 f.; *Scheffler* NStZ 1989, 158.

48 *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 160 f.; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 169; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 160; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 121 f.; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 130; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 60 f.; *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 165; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 94; *Schlothauer* StV 1988, 542, 547.

Hilfsbeweisantrag der Verteidigung wird üblicherweise während des Schlussvortrags angebracht.[49] Er könnte wie folgt lauten:

> *„Ich beantrage den Freispruch meines Mandanten. Für den Fall, dass er nicht freigesprochen wird, beantrage ich die Vernehmung des Zeugen A. zum Beweis der Tatsache, dass … Auf eine Bescheidung des Beweisantrags in der Hauptverhandlung wird nicht verzichtet."*

Die Verfechter dieser Rechtsfigur erachten die Kombination von Hilfsbeweisantrag und Bescheidungsklausel ohne Weiteres als zulässig. Zur Begründung verweisen sie darauf, dass der Verlagerung der Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen in die schriftlichen Urteilsgründe der konkludente Verzicht auf einen früheren Zeitpunkt der Bekanntgabe der Ablehnungsgründe zugrunde liege. Daher soll es statthaft sein, dass der Antragsteller in Disposition über das Recht auf hauptverhandlungsinterne Bescheidung seiner Beweisersuchen die mit einem Hilfsbeweisantrag typischerweise verknüpfte Verzichtserklärung nach Art der Bescheidungsklausel modifizieren und dadurch das Gericht dazu zwingen könne, schon in der Hauptverhandlung Farbe zu bekennen.[50]

Die obergerichtliche Rechtsprechung hat lange Zeit Hilfsbeweisanträge mit Bescheidungsklausel akzeptiert und die Tatgerichte dazu angehalten, über sie

---

49 Siehe dazu BGH NStZ 1991, 47, 48.

50 Grundlegend *Schlothauer* StV 1988, 542, 547; *ders*. StV 1991, 350, 351. Ebenso *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 160 f.; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 170; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 121 f.; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 130; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 60 f.; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 94; *Scheffler* NStZ 1989, 158; *ders*. NStZ 1991, 348, 349; *Michalke* StV 1990, 184, 185. Im Ergebnis zustimmend, allerdings mit abweichender Begründung *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 165.

bei Bedingungseintritt in der Hauptverhandlung zu befinden.[51] Diese Sichtweise hat der Bundesgerichtshof zunächst geteilt.[52] Erst im Jahre 1990 begann er sich von ihr obiter dictu zu distanzieren, ohne sie ausdrücklich preiszugeben.[53] Bei Lichte betrachtet ist die höchstrichterliche Skepsis gegenüber Hilfsbeweisanträgen mit Bescheidungsklausel berechtigt.[54]

Es liegt auf der Hand, dass diese Rechtsfigur eng mit dem erklärungstechnischen Gedanken des konkludenten Verzichts auf Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen in der Hauptverhandlung verknüpft ist. Nur wenn man diesem Ansatz folgt, ist es denktheoretisch überhaupt möglich, einer Bescheidungsklausel Wirkkraft zuzubilligen. Führt man die Möglichkeit zur Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen im Urteil hingegen auf strukturelle Besonderheiten dieser Antragstechnik zurück, so besteht für eine Bescheidungsklausel von vornherein kein Raum.[55] Vielmehr muss sie dann als rechtlich unbeachtliches Konstrukt eingeordnet werden.

Doch selbst wenn man dem herrschenden Verzichtsgedanken folgt, besteht kein Anlass, der Bescheidungsklausel rechtliche Wirksamkeit zuzubilligen.[56] Dagegen spricht der Umstand, dass sie in Kombination mit einem Hilfsbeweisantrag dem Antragsteller im Vergleich mit herkömmlichen (unbedingten)

---

51 OLG Celle MDR 1966, 605; OLG Karlsruhe MDR 1966, 948; OLG Celle MDR 1968, 945; OLG Köln VRS 64, 279 f.; OLG Schleswig SchlHA 1969, 152; KG StV 1988, 518.

52 BGHSt 32, 10, 13; BGH NStZ 1989, 191.

53 BGH NStZ 1991, 47, 48; BGH NStZ 1995, 98; BGH NStZ-RR 1996, 362, 363.

54 Ebenso *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 95; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 160; *Brause* NJW 1992, 2865 (2867); *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), 421, 430.

55 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Niemöller* JZ 1992, 884, 888 f.

56 Eingehend dazu *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 430-433.

Beweisanträgen ein Mehr an Informationen zur Früherkennung der tatrichterlichen Willensbildung zukommen lässt. Der Einwand fußt auf der Beobachtung, dass das Gericht in Befolgung einer Bescheidungsklausel dem Antragsteller in der Hauptverhandlung erzwungenermaßen verlautbart, wie es über dessen Hauptantrag denkt, obschon er darauf zu diesem Zeitpunkt naturgemäß keinen Anspruch hat. Diesen rechtlich belangvollen Aspekt hat *Widmaier* herausgearbeitet. Seine an Prägnanz und Überzeugungskraft nicht zu übertreffenden Ausführungen lauten im Kern wie folgt:[57]

> *„Damit [sic: mit der Beweiserhebung] lässt das Gericht zwar erkennen, wie es ohne die jetzt angeordnete Beweiserhebung entschieden* ***hätte****, zugleich aber zeigt es seine Bereitschaft, die Beweisergebnisse der bevorstehenden Beweiserhebung zu berücksichtigen und sich erst danach eine abschließende Meinung zu bilden. Anders bei der durch eine Bescheidungsklausel veranlassten Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen durch vorgezogenen Beschluss: Sie bringt (jedenfalls in einer fortgeschrittenen Verhandlungssituation) zum Ausdruck, dass es für das Gericht nichts mehr zu erwägen und keine weiteren Beweise zu erheben gibt, dass die Überzeugungsbildung des Gerichts also* ***endgültig abgeschlossen*** *ist. Dies den Verfahrensbeteiligten zu eröffnen, ist aber allein Sache der Urteilsverkündung."*

Angesprochen wird dadurch die der beweisantragsrechtlichen Bescheidungsklausel eigentümliche „Urteilsverkündung vor der Urteilsverkündung". Mit dieser Wendung soll verdeutlicht werden, dass das Tatgericht nach der Grundstruktur der strafprozessualen Hauptverhandlung durch die Verfahrensbeteiligten nicht gezwungen werden kann, ihnen das Ergebnis seiner Urteilsberatung in der Hauptverhandlung zur Diskussion und Stellungnahme

---

[57] *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 433. Ähnlich *Schmitt* in Meyer-Goßner/*Schmitt* § 244 Rn. 90a.; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 160.

vorzulegen.[58] Die Bescheidungsklausel würde das Gericht demgegenüber dazu anhalten, davon abzuweichen; denn indem es den Hilfsbeweisantrag in der Hauptverhandlung ablehnt, macht es – anders als im Falle einer daraufhin durchgeführten Beweiserhebung – nach außen deutlich, wie es über den als Bedingung fungierenden Hauptantrag nach dem Ergebnis der Urteilsberatung denkt. Auf Preisgabe dieser Information besteht aber kein rechtlich verbürgter Anspruch.

Der hiergegen erhobene Einwand, das Gericht mache in beweistatsachenbezogenen Beweisbeschlüssen auch sonst deutlich, wie es die Beweislage einschätzt,[59] kann nicht durchdringen. Er geht am Problem vorbei. Zwar ist es richtig, dass es vor allem in den Fällen der Ablehnung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache nach § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO gehalten ist, im Beweisbeschluss unter Angabe der tragenden Beweiserwägungen eingehend zu erläutern, weshalb die unter Beweis gestellte Tatsache die Entscheidungsfindung nicht zu beeinflussen vermag. Eine derart gehaltvolle Zwischenbeweiswürdigung wird den Verfahrensbeteiligten häufig aufschlussreiche Hinweise auf den möglichen Ausgang des Strafverfahrens bieten. Sie eröffnet den Blick ins Beratungszimmer und lässt erkennen, wie das Gericht die Beweislage vorläufig einschätzt. Freilich kann solchen

---

58 RGRspr. 3, 157, 158; *Niemöller* JZ 1992, 884, 891; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 430-432. Ebenso *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 95 sowie *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a. *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 122 meint, dass dieser Aspekt hinter dem mit der Bescheidungsklausel artikulierten Informationsinteresse des Antragstellers zurückstehen müsse. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, weil sie Strukturprinzipien des Strafverfahrens preisgibt. Pointiert: Nicht der Angeklagte und sein Verteidiger, sondern das Gericht bestimmt, wann und wo die Musik spielt.

59 *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 161; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 170; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 97.

Beschlussbegründungen nicht entnommen werden, dass sich das Gericht über den Ausgang des Verfahrens bereits eine abschließende Meinung gebildet hat. Anders läge es bei Hilfsbeweisanträgen mit Bescheidungsklausel. Dort würde das Gericht – dem Mechanismus des Antrags folgend – mit der Bekanntgabe des ablehnenden Beweisbeschlusses in der Hauptverhandlung zugleich zum Ausdruck bringen, dass es mit Blick auf den Hauptantrag eine Überzeugung gewonnen hat, von der es an sich nicht mehr abzuweichen gedenkt. Der für eine solche Verlautbarung vorgesehene Ort ist allerdings nicht die Hauptverhandlung, sondern erst das Urteil.[60]

Fasst man die Diskussion über Hilfsbeweisanträge mit Bescheidungsklausel zusammen, so zeichnet sich ab, dass diese Rechtsfigur rechtsdogmatisch keine Existenzberechtigung hat. Solche Beweisbegehren sind perplex. Der durch sie vermittelte Mehrwert harmoniert nicht mit der an sich rechtsbegründenden Redeweise vom konkludenten Verzicht: Wer verzichtet, nimmt gemeinhin Rechtseinbußen hin und wird auf der Habenseite am Ende weniger verzeichnen.[61] Demgegenüber muss eine Kombination einzelner beweisantragsrechtlicher Versatzstücke zur „besten aller Welten“ als systemsprengend zurückgewiesen werden.

Daran vermag im Übrigen auch der auf die Regelung des § 257b StPO gestützte Hinweis auf Transparenz der richterlichen Prozessführung nichts zu ändern. Natürlich ist ein offenes Verhandeln des Gerichts im Interesse einer effektiven Förderung des Verfahrens wünschenswert. Frühzeitige Verdeutlichung des vom Gericht beabsichtigten Vorgehens kann die Partizipation der Verfahrensbeteiligten auf das für die Entscheidungsfindung Wesentliche fokussieren und somit sowohl zur Optimierung rechtlichen Gehörs als auch zu einem zügigen Verfahrensabschluss beitragen. Diese Aspekte sind im

---

60 *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 433.

61 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 430 f.

vorliegenden Kontext indessen nicht weiterführend. Hier hat es der Antragsteller selbst in der Hand, die von ihm erstrebte Transparenz im Umgang mit Beweisanträgen zu bewerkstelligen, indem er die verfahrenstaktisch motivierte Bedingung für die begehrte Beweiserhebung fallen lässt und stattdessen einen unbedingten Beweisantrag stellt. Pointiert: Transparenztypische Klarheit kann nach dem Gedanken sachgerechter Reziprozität nur einfordern, wer selbst offen agiert und sein Anliegen dem Gericht nachvollziehbar dartut, soweit ihm dies in seiner Verfahrensrolle zumutbar ist. Wer hingegen ganz bewusst keine klare Sprache findet, sondern nach Art einer Rosinenpickerei eigenwillig „rumtaktiert", darf sich nicht darüber beklagen, wenn ihm sein eigenes Verhalten auf die Füße fällt.

Im Ergebnis kann das Gericht eine Bescheidungsklausel ignorieren und den solchermaßen „qualifizierten" Hilfsbeweisantrag – wie auch sonst – in den Urteilsgründen abschlägig bescheiden.[62] Allerdings muss der Vorsitzende den Antragsteller in der Hauptverhandlung zuvor darauf hinweisen, damit dieser in Kenntnis der Rechtslage Gelegenheit hat darüber zu befinden, ob er unter diesen Umständen nicht doch ein unbedingtes Beweisersuchen anbringen will.[63]

---

62 Siehe dazu BGH NStZ 1995, 98. Zu dieser Konsequenz *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 160; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 169; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 433.

63 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 95; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 160; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 169; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 123; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 60; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 165; *Widmaier* in Festschrift für Salger (1995), S. 421, 433.

3. Zurückweisung von Hilfsbeweisanträgen nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO

Von dem Grundsatz, wonach Hilfsbeweisanträge erst in den Urteilsgründen beschieden werden dürfen, macht der Bundesgerichtshof eine Ausnahme, sofern das Tatgericht erwägt, ein bedingtes Beweisersuchen wegen Prozessverschleppung nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO abzulehnen. Er meint, dass es – wohl aus Fainesserwägungen[64] – grundsätzlich nicht in den Urteilsgründen zurückgewiesen werden dürfe. Vielmehr müsse die Ablehnung ungeachtet der vom Antragsteller formulierten Bedingung bereits in der Hauptverhandlung durch Vorsitzendenverfügung nach § 238 Abs. 1 StPO erfolgen.[65] Zur Begründung dieser Ausnahme vom Regelfall des Zeitpunkts der Bescheidung von Hilfsbeweisanträgen verweisen die Gerichte auf vermeintliche Besonderheiten des Ablehnungsgrundes nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO. Sie sollen darin liegen, dass einer solchen Zurückweisung der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens immanent sei. Dieser wiege – so wird behauptet – derart schwer, dass von einem Verzicht des Antragstellers auf Vorabentscheidung über seinen Hilfsbeweisantrag ungeachtet dessen Bedingtheit nicht ausgegangen werden könne.[66] Deshalb müsse ihm aus Gründen der Verfahrensfairness Gelegenheit gegeben

---

64 Siehe dazu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b.

65 BGHSt 22, 124 f.; BGH NStZ 1998, 207; BGH StV 1986, 418, 419; BGH StV 1990, 394; KG NJW 1954, 770; OLG Köln StV 2007, 458, 459; OLG Oldenburg StraFo 2020, 374, 375; OLG Koblenz VRS 49, 116; OLG Köln VRS 61, 272, 273; *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 94; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 158; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 159; *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024), § 244 Rn. 120; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 133; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 62; *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 98.

66 OLG Hamm JMBlNRW 1957, 131; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 133; *Sarstedt* DAR 1964, 307, 313.

werden, den ihn treffenden Vorwurf des Handelns in Verschleppungsabsicht durch Erklärungen und weitergehende Anträge rechtzeitig zu entkräften.[67] Dabei sei zu bedenken, dass selbst ein in den Verdacht der Prozessverschleppung geratener Angeklagter redlich versuchen könne, dem Verfahren durch seinen Beweisantrag einen erwartungswidrigen Verlauf zu seinen Gunsten zu geben.[68] Für dahingehende Erläuterungen müsse ihm in der Hauptverhandlung das Wort erteilt werden, da andernfalls eine Überraschungsentscheidung zu besorgen sei.[69] Ein derartiges Procedere sei vor allem bei Beweisanträgen von Verteidigern angezeigt. Da ihnen im Falle der Ablehnung von (Hilfs-) Beweisanträgen nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO berufsrechtliche Nachteile drohten,[70] müsse ihnen die Chance eingeräumt werden, hiergegen bereits im laufenden Strafverfahren gegen ihre Mandanten vorzugehen.[71]

Die Rechtsprechung hat die vorstehend skizzierte Sichtweise unter Geltung des § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 6 StPO a.F. entwickelt. Die Wirkkraft ihrer Argumente hängt freilich nicht davon ab, ob die Prozessverschleppung – so wie früher – einen förmlichen Ablehnungsgrund als Reaktion auf einen Beweisantrag im Rechtssinne darstellt oder ob sie – wie im geltenden Recht - dazu führt, dass dem Beweisbegehren diese Qualität abgesprochen wird. Die

---

67 BVerfG NStZ 2010, 155, 156; BGHSt 22, 124 f.; BGHSt 52, 355, 361; BGH StV 1986, 418, 419; BGH StV 1990, 394; KG NJW 1954, 770; OLG Köln StV 2007, 458, 459; OLG Koblenz VRS 49, 116; OLG Köln VRS 61, 272 (273); *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 94; *Becker* in LR, StPO, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 158; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b; *Sättele* in SSW, StPO, 5. Aufl. (2023), § 244 Rn. 159; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 133; *Deckers*, Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. (2013), Rn. 62.

68 BGHSt 22, 124, 125. Siehe dazu auch BGHSt 21, 118, 125.

69 Hierzu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b.

70 So vor allem KG NJW 1954, 770; OLG Koblenz VRS 49, 116 f.; *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 133.

71 KG NJW 1954, 770.

höchstrichterliche Vorwurfsthese müsste folgerichtig allemal dazu Anlass geben, über einen rechtsmissbräuchlichen Hilfsbeweisantrag in der Hauptverhandlung nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO zu befinden.[72]

Die von der herrschenden Meinung propagierte Sonderbehandlung von Hilfsbeweisanträgen, die wegen Prozessverschleppung zurückgewiesen werden sollen, ist rechtlich verfehlt. Das Stellen eines Hilfsbeweisantrags bringt den Verzicht des Antragstellers auf rechtliches Gehör zum Ausdruck. Er selbst setzt eine Bedingung für die Beweiserhebung in dem Bewusstsein, dass sein Beweisbegehren nicht mehr in der Hauptverhandlung, sondern im Urteil abschlägig beschieden wird. Damit macht er deutlich, dass an einer frühzeitigen Kenntnisnahme der dafür maßgeblichen Ablehnungsgründe seinerseits kein Interesse besteht. Dieser für Hilfsbeweisanträge charakteristische Mechanismus gilt uneingeschränkt.[73] Weder das Gesetz noch die außergewöhnliche Form der Antragstellung deuten auch nur ansatzweise darauf hin, dass rechtsmissbräuchliche Hilfsbeweisanträge nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO stets in der Hauptverhandlung beschieden werden müssten.[74] Vielmehr erheischt einmal mehr der fairnesstypische und zugleich antipaternalistisch wirkende Rechtsgrundsatz Beachtung: volenti non fit iniuria.

Der Bundesgerichtshof hat dies durchaus erkannt. Deshalb rechtfertigt er das vermeintliche Verbot ihrer Bescheidung im Urteil teleologisch. Er leitet es aus der Rechtsnatur der Vorschrift des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO her, indem er behauptet, dass dieser Ablehnungsgrund einen spezifischen Vorwurfscharakter aufweise. Der Ansatz, Ausnahmen vom Ort der Ablehnung von Hilfsbeweisanträgen aus den Begründungselementen der Bestimmung herzuleiten,

---

72 Näher dazu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 90b sowie *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 167. Anders wohl *Güntge* in Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. (2021), Kap. 6 Rn. 133.

73 *Niemöller* JZ 1992, 884, 887; *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozeß (2003), S. 585.

74 *Niemöller* JZ 1992, 884, 887; *Fahl,* Rechtsmissbrauch im Strafprozeß (2003), S. 585.

vermag nicht zu überzeugen. Die Behauptung, wonach der Rückgriff auf diese Vorschrift einen Vorwurf zum Ausdruck bringe, gegen den sich der Antragsteller noch in der Hauptverhandlung zur Wehr setzen können müsse, ist unbehelflich. Durch eine auf § 244 Abs. 6 S. 2 StPO gestützte Verfügung weist der Vorsitzende lediglich ein Beweisbegehren nach den hierfür vorgesehenen Voraussetzungen zurück, ohne darüber Weitergehendes zu verlautbaren. Eine dahingehende Entscheidung ist keine Prozessstrafe; mit ihr wird lediglich ein Beweisersuchen erledigt. Weshalb in regelgeleiteter Rechtsanwendung irgendein moralischer oder gar rechtlicher Vorwurf enthalten sein sollte, bleibt dunkel. Zwar trifft es zu, dass die einem Verfahrensbeteiligten zuteil gewordene Bescheinigung von Prozessverschleppungsabsicht die Staatsanwaltschaft auf den Plan rufen kann. Sie wird gegebenenfalls prüfen, ob hierauf mit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen (versuchter) Strafvereitelung reagiert werden muss.[75] Daraus wird deutlich, dass erst in einem nachfolgenden Ermittlungsverfahren die Frage nach einem strafrechtlichen Vorwurf gegen den unredlichen Antragsteller virulent wird. Dazu kann er sich dann dort zwecks Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe äußern. Die Hauptverhandlung als Ausgangspunkt derartiger Verwicklungen ist hingegen nicht der rechte Ort zu seiner Entlastung.[76]

Im Endergebnis bleibt zu konstatieren, dass es keinen guten Grund für ein Verbot gibt, Hilfsbeweisanträge nach § 244 Abs. 6 S. 2 StPO in den Urteilsgründen abzulehnen.[77] Nach geläuterter Rechtsauffassung können sie ebenso wie alle anderen Kandidaten dieser Kategorie ohne Weiteres im Urteil

---

75 Eingehend dazu *Schneider* in Festschrift für Geppert (2011), S. 607, 617-631. Die rechtsmissbräuchliche Antragstellung des Angeklagten bleibt hingegen nach § 258 StGB folgenlos; denn die bloße Selbstbegünstigung wird von dieser Strafbestimmung tatbestandlich nicht erfasst.

76 Siehe dazu *Sarstedt* JR 1954, 231, 232; *Fahl,* Rechtsmißbrauch im Strafprozeß (2003), S. 588.

77 Ebenso *Schrader* NStZ 1991, 224, 225 f.; *Fahl,* Rechtsmißbrauch im Strafprozeß (2003), S. 585-588.

abgehandelt werden. Dies gilt im Übrigen auch für Rechtsanwälte als Antragsteller. Ihnen beweisantragsrechtlich eine Sonderstellung angedeihen zu lassen, ist sachlich nicht geboten. Es wäre wünschenswert, wenn der Bundesgerichtshof bei sich bietender Gelegenheit seine abweichende hypersensible Rechtsauffassung aufgeben würde. Hierbei handelt es sich um einen alten Zopf, den es endlich abzuschneiden gilt.

MAYA SCHÖNFELD

Seltenes Exemplar

„Und es gibt ihn doch!“ – So dachte ich, als ich *Klaus-Ulrich Ventzke* kennenlernte und in seinem Element, dem Strafrecht, erleben durfte.

Gemeint war damit mein in Studienzeiten entstandenes Idealbild eines Strafverteidigers. Mein damals noch von jugendlicher Naivität geprägtes Ich hatte sich aufgrund einer Vielzahl bedeutungsvoller Grundprinzipien eine Version eines Strafverteidigers erdacht, die einige Jahre später aufgrund des Kontaktes mit der Realität etwas ins Schwanken geraten sollte.

Meine idealistische Vorstellung zeichnete dabei einen Juristen, der seine Rolle als wesentliches Organ der Rechtspflege auf der Basis unumstößlicher moralischer Werte mit vollem Engagement wahrnimmt, wobei er stets geradlinig, unaufgeregt und uneitel sein weitreichendes juristisches Wissen zum Wohle seiner Mandanten einsetzt.

Nachdem dieses in meiner Vorstellung bestehende Idealbild über mehrere Jahre praktischer Erfahrung hinweg langsam zu verwässern drohte, traf ich *Klaus-Ulrich Ventzke*. Mit ihm begegnete ich nicht nur einem in vielerlei Hinsicht beeindruckenden Menschen, sondern auch der Verkörperung meines Ideals.

In den folgenden Jahren, in denen mich *Klaus-Ulrich Ventzke* über einen für mich prägenden Zeitraum hinweg begleitete, wischte er nicht nur die Zweifel fort, er entwickelte meinen Vorstellungshorizont dessen, was einen hervorragenden Strafverteidiger ausmacht, bedeutend weiter.

Exemplarisch zu erwähnen ist hierbei seine Kompetenz ausstrahlende Gelassenheit, mit welcher er einem den – sicherlich zutreffenden – Eindruck vermittelte, wenigstens er habe alles im Griff. Auch sein gekonnter Umgang mit

einer zuweilen schwierigen Mandantschaft, die sich nicht immer zu hundert Prozent an die von ihm gemachten Vorgaben hielt, ist an dieser Stelle zu nennen, ebenso wie das Beherrschen und Verinnerlichen von Bergen wild durcheinandergeratener Unterlagen.

Es sei angemerkt, dass er neben diesen Hürden noch klaglos die Unwägbarkeiten der Corona-Pandemie sowie die Tücken öffentlicher Fortbewegungsmittel meisterte.

Eine essenzielle Komponente seines Wirkens sind seine feingeistigen, pointierten Schriftsätze. In diesen gelang ihm ein ums andere Mal auf dem Boden des Tatsächlichen die rechtliche Einordnung und überzeugende Bewertung der Geschehnisse, wobei sich meist nur auf den zweiten Blick eine leichte Scharfzüngigkeit offenbarte, welche indes nie die Grenzen der gebotenen Zurückhaltung überschritt. Ich kann sagen, dass – selbst wenn mir das grundlegende Thema oft weniger erquicklich schien – es doch stets ein Genuss war, seine Zeilen zu lesen.

Klaus-Ulrich Ventzke hat mir, neben vielen anderen Dingen, zu einer differenzierten Sichtweise des Berufes eines Strafverteidigers verholfen und mir damit ermöglicht, zukünftig zu besseren Beurteilungen und Einsichten hinsichtlich dieses Tätigkeitsfeldes zu gelangen.

Dafür und für vieles mehr bin ich ihm sehr dankbar!

JOHANN SCHWENN

Der Gegenstand der Beweisaufnahme in der Probation – eine Fehlerquelle im Wiederaufnahmeverfahren

A.

I.

Mit der Veröffentlichung der Ergebnisse seiner Untersuchung in die Zeit zwischen 1951 und 1964 fallender Wiederaufnahmesachen wollte *Peters „auf mögliche Fehlerquellen aufmerksam machen und dazu beitragen, ihnen zu begegnen."*[1] Gelungen ist ihm das nicht. Unverändert ist das vermeidbare Fehlurteil der Normalfall und der „Zufallsfund" die Ausnahme[2] bei der zur Freisprechung des Verurteilten führenden Wiederaufnahme propter nova – ein Befund, den der das Schicksalhafte einschlägiger erstrichterlicher Urteile suggerierende Begriff „Justizirrtum" verfehlt.

Zurückgeführt wird die geringe Anzahl zur Erneuerung der Hauptverhandlung oder zum freisprechenden Beschluss nach § 371 Abs. 2 StPO führender Verfahren auf die am deutlichsten von *Rieß* beklagte richterliche

---

1 *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess – Eine Untersuchung von Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I (1970), Vorwort, V; vgl. auch Bd. II (1972), S. 78 ff.

2 Siehe die Darstellung des Falles *Lettenbauer* bei *Peters*, a.a.O. (Fn. 1), Bd I, S. 80 ff.

„Wiederaufnahmefeindlichkeit."[3] Besonders ausgeprägt scheint diese Haltung gegenüber solchen Nova zu sein, deren Vorhandensein schon nach den Urteilsgründen zu vermuten stand und denen der Erstrichter, wenn nicht schon aufgrund seiner Aufklärungspflicht, so spätestens auf einen Beweisantrag hätte nachgehen müssen. Gelegenheit zu dieser Beobachtung bietet namentlich der Umgang mit dem psychisch auffälligen Opferzeugen im Verfahren und im Urteil. Misslingt bei dieser Fallgestaltung die Revision des Angeklagten, so kann er kaum erwarten, dass es im Wiederaufnahmeverfahren zur Aufhebung des Urteils kommen wird.

II.

Als schwierigstes Hindernis auf dem Weg zur Wiederaufnahme gilt die Tendenz der Gerichte, auf § 359 Nr. 5 StPO gestützte Anträge schon im Additionsverfahren scheitern zu lassen.[4] Dass der Verurteilte nach dem Zulassungsbeschluss mit hoher Wahrscheinlichkeit sein Ziel erreichen werde,[5] ist jedoch ein längst überholter Erfahrungssatz:

Hatte sich der Erstrichter die behauptete Sachkunde zu Unrecht zugetraut oder sich diese nicht von einem Sachverständigen vermitteln lassen, sondern durch in der Rolle des sachverständigen Zeugen gehörtes Therapiepersonal des vermeintlichen Opfers verschafft und sich auf diese Weise um die Gelegenheit gebracht, auf das mit dem Wiederaufnahmeantrag beigebrachte Novum zu stoßen, so muss der Verurteilte befürchten, dass sich das Wiederaufnahmegericht in der Probation auf seine vermeintlich auch diesen Verfahrensabschnitt beherrschende Aufklärungspflicht besinnt. Ziel der verbreiteten

---

3 *Rieß* NStZ 1994, 153, 154; siehe auch *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 84 ff.

4 *Alsberg* a.a.O. (Fn. 3), S. 100; *Peters* in FS Dünnebier, S. 53, 71.

5 So noch *Theobald*, Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren, 1998, S. 3, m.w.N.

Praxis, die Probation für eine über die beigebrachten Nova hinausgreifende Beweisaufnahme zu nutzen, ist nahezu ausnahmslos, nicht das vom Erstrichter zu Lasten des Verurteilten Versäumte nachzuholen, sondern die Verteidigung des Ersturteils. Nur einmal hatte der *Verfasser* einen anderen Eindruck: Mit einem aussagepsychologischen Gutachten hatte das Landgericht Memmingen in der Probation des Wiederaufnahmeverfahrens *Dieter Gill*[6] eine weitere Sachverständige beauftragt, deren Reputation schon nicht befürchten ließ, die Strafkammer erwarte ein anderes Ergebnis als das des beigebrachten Gutachtens. Gestützt war der Wiederaufnahmeantrag auf das Geständnis der ehemaligen Nebenklägerin, ihren Vater der Wahrheit zuwider bezichtigt zu haben, dieser hätte sie im Kindesalter wiederholt vergewaltigt. Flankiert wurde das Novum durch ein methodenkritisches Gutachten, das Zweifel an der Sachkunde der beiden vom Erstrichter gehörten Sachverständigen begründete. Angesichts der Behandlung des Wiederaufnahmeverfahrens *Harry Wörz* durch den 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter dessen früheren Vorsitzenden *Armin Nack*[7] liegt nicht fern, die Strafkammer könnte sich für den Fall einer Freisprechung des Verurteilten auf die damals allgemeinkundige Tendenz dieses Strafsenats eingerichtet haben, Revisionen der Staatsanwaltschaft und von Nebenklägern mit besonderem Wohlwollen aufzunehmen.

Vermutlich findet der dargestellte Übelstand das Interesse des erfahrenen Revisionsverteidigers: Die Defizite der Rechtsbeschwerde bei der Sicherung der Einzelfallgerechtigkeit lassen sich Mandanten nur mit der Existenz eines dem

---

6 Zur Verfahrensgeschichte siehe https://de.wikipedia.org/wiki/Justizirrtum_um_Dieter_Gill.

7 BGH, Urt. v. 16.10.2006 – 1 StR 180/06; aufschlussreich auch die für ein Revisionsurteil ungewöhnlich verstimmt anmutenden Gründe für die Verwerfung der abermaligen Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger gegen die wiederholte Freisprechung des Angeklagten entgegen der „Segelanweisung" des Senats (vgl. BGH, Urt. v. 15.12.2010 – 1 StR 254/10, und Urt. v. 16.10.2006 – 1 StR 180/06, Rn. 50).

Effektivitätsgebot verpflichteten Wiederaufnahmeverfahrens verständlich machen.

B.

I.

Wird der Wiederaufnahmeantrag für zulässig befunden, gilt eine im Rahmen der Prüfung ihrer Begründetheit für erforderlich gehaltene Beweiserhebung nach § 369 Abs. 1 StPO der Aufnahme der *„angetretenen"* Beweise. Dem Gesetzeswortlaut zuwider entnimmt die noch herrschende Meinung in der – spärlichen – Rechtsprechung[8] und der Literatur[9] die Befugnis des Wiederaufnahmegerichts, auch andere Beweise als die angetretenen zu erheben, weil *„auch für die außerhalb des prozessualen Hauptverfahrens zu treffenden Entscheidungen die Ermittlung des wahren Sachverhalts von zentraler Bedeutung"* bleibe.[10] Ausgeblendet wird dabei die vom Gesetzgeber gewählte Grundstruktur des Verfahrens[11] und die Funktion des jeweiligen Verfahrensabschnitts. So würde niemandem einfallen, das wie die Probation prognoseorientierte Zwischenverfahren mit dem Anspruch zu belasten, es gelte der vollständigen Ermittlung des wahren Sachverhalts.

---

8 OLG Zweibrücken GA 1963, 463 (465); OLG Frankfurt StV 1996, 138 (139); HansOLG Hamburg StV 2003, 229 (230) – vom *Jubilar* erreicht.

9 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. 2024, § 369 Rn. 5; *Schuster* in Löwe-Rosenberg, 27. Aufl., § 369 Rn. 4; *Schmidt* in KK-StPO, 8. Aufl., § 369 Rn. 2; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. III, S. 144 f.; a.A. *Eschelbach* in KMR, § 369 Rn. 3; *Tiemann* in KK-StPO, 9. Aufl., § 369 Rn. 2b (*„unhaltbar"*); *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl., Rn. 369 f.

10 OLG Frankfurt a.a.O. (Fn. 8).

11 BVerfGE 86, 288 (318) m. Hw. auf BVerfGE 57, 250 (276); 70, 297 (309).

Wie *Eschelbach* überzeugend darlegt, verträgt sich weder die Missachtung des Verfügungsrechts des Antragstellers über den Gegenstand der Beweisaufnahme vor der Erneuerung der Hauptverhandlung durch das selektive Erheben zusätzlicher, nicht beigebrachter Gegenbeweise mit der Struktur der Wiederaufnahme noch kann eine in die Probation vorverlagerte Aufklärungspflicht die Wahrheitsfindung gewährleisten. Dass es sich so verhalte, zeige sich namentlich an komplexen Beweisfragen wie der Kontroverse zwischen verschiedenen Sachverständigen um die Bewertung von Anknüpfungstatsachen und die Methodik des Vorgehens.[12] Sollte es irgendwann doch einmal – anders als in dieser Sache – gelingen, das *Bundesverfassungsgericht* für den bei früherer Gelegenheit offen gelassenen Streit um *„Geltung und Umfang der Offizialmaxime im Probationsverfahren“*[13] zu interessieren, so wäre zu erwarten, dass – nicht anders als beim Vorgriff des Wiederaufnahmegerichts auf die seiner Hauptverhandlung vorbehaltene Freiheit der Beweiswürdigung[14] – auch in der Vorverlagerung der Aufklärungspflicht in die Probation eine Verletzung des Prozessgrundrechts des Verurteilten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) gesehen werden würde. Mit der Wortwahl des *Bundesverfassungsgerichts*: Nur die Regeln für die Hauptverhandlung bieten *„die größtmögliche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit ebenso wie für die bestmögliche Verteidigung“*.[15] Warum sich der Verurteilte mit dem Versuch einer Wahrheitsfindung minderer Art abfinden soll, wäre nicht vertretbar zu begründen.

---

12 Siehe Fn. 8.

13 BVerfG StV 2003, 223, 224.

14 BVerfG NStZ 1995, 43, 44.

15 BVerfGE 74, 358, 374 f.; 86, 288, 318.

II.

„Unzutreffend“ nennt deshalb *Eschelbach*[16] den Beschluss vom 23.1.2014[17], mit dem das Oberlandesgericht Oldenburg nach einer misslungenen Probation dem dortigen Landgericht die neue Hauptverhandlung erspart hat. Zuvor hatte der Strafsenat auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten eine eigene Beweisaufnahme durchgeführt. Die Geschichte jenes Verfahrens müsste die Befürworter der in die Probation vorgezogenen Aufklärungspflicht anderen Sinnes werden lassen:

1.

Die Jugendkammer des Landgerichts Osnabrück hatte einen zur Zeit der Hauptverhandlung 23 Jahre alten unbestraften Familienvater wegen Vergewaltigung seiner Cousine in zwei Fällen, dabei in einem Fall in Tateinheit mit schwerem sexuellen Missbrauch eines Kindes und wegen sexuellen Missbrauchs einer Jugendlichen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.[18] Der Schuldspruch beruhte auf den Bekundungen der Cousine in der Hauptverhandlung, einer von der Nebenklägerin mit ihrer Vertretung beauftragten Rechtsanwältin der Polizei übersandten schriftlichen Schilderung des angeblich Erlittenen und ihren Äußerungen gegenüber zu deren Inhalt als Zeugen vernommenen Dritten. Nach einem Teilerfolg seiner Revision hatte der neue Tatrichter einen der Vorwürfe gemäß § 154 Abs. 1 StPO erledigt und gegen den Angeklagten eine neue Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verhängt.

---

16 *Eschelbach* in KMR, § 369 Rn. 3.

17 Az. 1 Ws 239/13.

18 Az. 3 KLs 217 Js 19146 – 33/10.

2.

„Offenbart“ hatte sich die Nebenklägerin auf einer Klassenreise durch die nicht weiter konkretisierte Behauptung gegenüber einem Mitschüler im April 2010, vor etwa einem Jahr vergewaltigt worden zu sein. In einem weiteren Gespräch hatte sie diesem Zeugen den Namen des Cousins genannt und danach noch während der Reise zwei Klassenkameradinnen eingeweiht. Zwei Tage nach ihrer Rückkehr übermittelte sie dem Mitschüler eine SMS mit dem Inhalt *„Sag bitte nichts meiner ma sonst spring ich jetzt sofort runter“*, die sie nach ihrer späteren Darstellung von der Hüggelschlucht, einem Ausflugsziel in der Nähe ihres Heimatortes, versandt haben wollte. Der Nachricht folgte einige Tage darauf eine weitere. Danach war sie allein auf dem Weg zu ihrem Cousin, um sich von diesem bei dem Entfernen eines Virus von ihrem Laptop helfen zu lassen und hätte *„Schiss“*. Wenige Stunden später ging bei jenem Zeugen eine neue SMS des vermeintlichen Opfers ein, diesmal mit der Information, *„er“* habe es *„schon wieder getan.“* Wieder zuhause angekommen warf die Nebenklägerin ihren Laptop auf den Boden, weigerte sich, Fragen ihrer Mutter über den Grund ihres Verhaltens zu beantworten und verließ das Haus.

Nach der Aussage des Mitschülers über ein Gespräch mit ihr wollte die Nebenklägerin ihren Eltern das ihr angeblich Angetane verschweigen, weil die Eltern ihr nicht glauben und sie nach dem befürchteten *„Krieg in der Familie“* wegschicken würden. Erst auf die Ankündigung des Klassenlehrers, andernfalls eigene Schritte zu unternehmen, und nach beharrlichen Nachfragen ihrer Mutter war sie lediglich zu wenigen Mitteilungen zu bewegen. Zunächst hatte sie nur den Bericht ihrer Freundin bestätigt, die von einem erzwungenen Geschlechtsverkehr gesprochen hatte, und gab auch später nur lückenhaft Auskunft. Dass es sich bei dem angeblichen Täter um ihren Cousin handelte, erfuhr ihre Mutter erst von dem Klassenlehrer. Vor der auf das Betreiben ihrer Eltern erstatteten Strafanzeige hatte sie auch ihrem Hausarzt nur erzählt, missbraucht worden zu sein.

Ein Vernehmungsversuch der Polizei war unergiebig geblieben. Für den Erstrichter ergab sich die trotzdem angenommene Konsistenz der Aussage der

Nebenklägerin aus deren Übereinstimmung mit dem Inhalt einer später von ihr unterzeichneten Sachverhaltsschilderung, die ihre Vertreterin im Ermittlungsverfahren der Polizei übersandt und in einem Begleitschreiben als *„wortwörtliche Aufnahme“* des von ihrer Mandantin Berichteten ausgegeben hatte. Besonders beeindruckt war der Erstrichter vom Aussageverhalten der Nebenklägerin, die bei ihrer Aussage wiederholt innegehalten und ihr Gedächtnis geprüft hätte. Ob diese Prüfung dem bekundeten Tatgeschehen oder nur dem Inhalt der schriftlichen Schilderung galt, hat den Erstrichter nicht beschäftigt.

Das Unvermögen der Nebenklägerin, die festgestellten Taten schon bei ihrer polizeilichen Vernehmung zu schildern, erklärte sich der Erstrichter mit deren Bekundung, sie hätte sich damals *„mit den einzelnen Vorfällen noch nicht richtig auseinandergesetzt“* und sei dazu erst wegen der inzwischen beim Kinderschutzbund durchgeführten Traumatherapie und den anschließenden, seit Dezember 2010 stattfindenden therapeutischen Einzelgesprächen mit einem Psychologen in Osnabrück imstande. Zu Gegenstand und Intensität dieser zur Zeit der ersten Hauptverhandlung noch andauernden Gespräche schweigen die Urteilsausführungen.

3.

Ein Sachverständigengutachten hat der Erstrichter nicht eingeholt. Die Traumatherapie ging auf die Überweisung des als Zeugen gehörten Hausarztes zurück, der bei der Nebenklägerin eine posttraumatische Belastungsreaktion diagnostiziert hatte. Nicht nur dieser Diagnose war der Erstrichter gefolgt: Auf dessen Aussage beruht auch die Gewissheit, im Zeitraum nach der ersten, im Jahre 2008 begangenen Tat hätte sich der Gesundheitszustand der Nebenklägerin verschlechtert. Die vom Erstrichter strafschärfend bedachten, auch von anderen Ärzten ohne Erfolg behandelten Beschwerden mit ungeklärter Ursache – Kopf- und Bauchschmerzen, Schwindel und Erschöpfung, depressive Anzeichen – hätten bis in das Jahr 2009 angehalten.

III.

1.

Nicht bloß wegen der laienhaft anmutenden,[19] an nicht bestehende Erfahrungssätze über die Zuverlässigkeit so genannter Opferzeugen angelehnten Beweiswürdigung drängte sich die Vermutung auf, der Erstrichter könnte einem Fehlurteil erlegen sein: Sein Desinteresse an der Ursache der von der Nebenklägerin angegebenen und auch von anderen Ärzten als dem Hausarzt für behandlungsbedürftig gehaltenen gesundheitlichen Beschwerden legte nahe, mit einem Wiederaufnahmeantrag an die entsprechende, mit der gescheiterten Revision erhobene, auf § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge anzuknüpfen:

Als neues Beweismittel brachte der Verurteilte das psychiatrische Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K. bei. Diesen hatte die für die Wiederaufnahme zuständige Jugendkammer des Landgerichts Oldenburg in dem ersten ihrer beiden früheren Wiederaufnahmeverfahren[20] in anderer Sache von Amts wegen für die Hauptverhandlung ausgewählt und war seinem Gutachten sowohl im Urteil gegen den Onkel der damaligen Nebenklägerin als auch in dem Beschluss gefolgt, mit dem sie deren zuvor von ihr bezichtigten Vater nach § 371 Abs. 2 StPO ebenfalls mit rehabilitierenden Gründen freigesprochen hatte.[21]

---

19 Vgl. BGH, Beschl. v. 09.02.2012 – 2 StR 316/11.

20 Siehe LG Oldenburg, Urt. v. 14.12.2005 – 6 Kls 2/04, und Beschl. v. 02.10.2006 – 6 KLs 16/06.

21 Nicht nur als Wiederaufnahmegericht war die Jugendkammer mit derart gefahrengeneigten Beweislagen vertraut. Nachdem sie sich später in wieder anderer Sache auch selbst mit der Vernehmung der Therapeutin der Nebenklägerin als Zeugin begnügt und für genügend sachkundig gehalten hatte, überstand ihr Urteil zwar die Revision, nicht aber die Wiederaufnahme: Nach der Probation wurde der Verurteilte durch Beschluss gemäß § 371 Abs. 2 StPO freigesprochen. Beigebracht

Im Rahmen der Vorbereitung des Antrags war die Nebenklägerin über ihre Vertreterin durch den *Verfasser* als Verteidiger gefragt worden, ob sie sich von dem Sachverständigen explorieren lassen wollte. Die Frage blieb unbeantwortet, weshalb der Sachverständige die für sein Gutachten benötigten Anknüpfungstatsachen den ihm übersandten Verfahrensakten zu entnehmen hatte. Für den relevanten Zeitraum fand Prof. Dr. K. bei der Nebenklägerin deutliche Anhaltspunkte für eine Pubertätskrise im Sinne einer Anpassungsstörung mit emotionalen Störungen und Störungen des Sozialverhaltens (ICD-10: F43.25) – ein Befund, der mit dem Unvermögen einhergehe, Kränkungen und Zurückweisungen angemessen zu verarbeiten, und zu impulsiven, aggressiven Reaktionen und manipulativem Verhalten führen könne. Wegen des dadurch erhöhten Risikos von ihr erhobener Falschbeschuldigungen empfahl der Sachverständige eine eigenständige Abklärung ohne einengende kausale Vorannahme wie die, das auffällige Verhalten der Nebenklägerin belege eine posttraumatische Störung. Die Jugendkammer hielt das Sachverständigengutachten für kein neues Beweismittel und verwarf den Wiederaufnahmeantrag auch deshalb als unzulässig, weil der Erstrichter seiner Aufklärungspflicht nachgekommen sei. Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten hob das Oberlandesgericht den Beschluss auf und ließ die Wiederaufnahme zu.

2.

Nachdem die Nebenklägervertreterin auf die schriftliche Anfrage des Vorsitzenden erklärt hatte, ihre Mandantin werde sich von dem psychiatrischen Sachverständigen explorieren lassen, war ihr Mandat beendet. An ihrer Stelle legitimierte sich ein männlicher Rechtsanwalt, widerrief das Einverständnis, teilte mit, die Nebenklägerin sei zur Mitwirkung an der Untersuchung durch

---

hatte der Verurteilte Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. K. und Prof. Dr. St. (LG Osnabrück, Beschl. v. 03.09.2009 – 3 AR 103 Js 3479/04).

eine männliche Person nicht bereit, und verlangte, statt eines *psychiatrischen* ein *aussagepsychologisches* Gutachten in Auftrag zu geben.

Nur mit der ersten dieser beiden Forderungen setzte sich der neue Nebenklägervertreter durch. Die Jugendkammer nahm ihren dem Sachverständigen Prof. Dr. K. erteilten Gutachtenauftrag für die Probation zurück und betraute eine in der forensischen Abteilung einer psychiatrischen Klinik in ihrem Bezirk als Oberärztin tätige Jugendpsychiaterin mit dem Gutachten für die Probation. Begründet wurde diese Entscheidung mit der dem Wiederaufnahmegericht vermeintlich schon in diesem Verfahrensabschnitt obliegenden Aufklärungspflicht. Erst auf die Gegenvorstellungen des Verteidigers stellte der Strafkammervorsitzende nach Beratung in der Kammer klar, auch der von dem Verurteilten *„als Beweismittel benannte"* Sachverständige werde zum Beweistermin geladen werden und mündlich zu hören sein.

Die von der Jugendkammer beauftragte Sachverständige war mit dem Gutachten überfordert. Ihre nicht dokumentierte Exploration hatte sie im Beisein der Eltern der Nebenklägerin vorgenommen und den Verfahrensstoff nur teilweise verarbeitet. Bei ihrer Befragung war sie außerstande, das Verarbeitungsdefizit zu beheben. Weil die Jugendkammer entgegen § 369 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 224 Abs. 1 Satz 3 StPO die Aufnahme eines Inhaltsprotokolls abgelehnt hatte, erschien es dem *Verfasser* ratsam, den Sachverständigen Prof. Dr. K. vorsorglich um eine Zusammenfassung des bei seiner Vernehmung Ausgeführten zu bitten. Auch die Aktenkundigkeit seiner mündlichen Darlegungen in der Beweisaufnahme hinderte die Jugendkammer nicht, seinem Gutachten auch durch dessen entstellende Wiedergabe auszuweichen, den insuffizienten Ausführungen der eigenen Sachverständigen zu folgen und die Wiederaufnahme für unbegründet zu halten.

3.

Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten wiederholte das Oberlandesgericht die Probation und beschränkte diese abermals nicht auf die Prüfung der

angetretenen Beweise, sondern beauftragte eine weitere Sachverständige mit dem Gutachten. Diese hielt die erstmalige Schilderung der vermeintlichen sexuellen Misshandlungen und den dadurch ausgelösten Druck, über die Ereignisse berichten zu müssen, für den auslösenden Anlass der von ihr angenommenen Anpassungsstörung mit Störung der Emotionen (ICD- 10: F43.23), deren Dauer jedoch auf den Zeitraum ihrer ersten Mitteilungen beschränkt gewesen sei, riet jedoch ebenfalls, den Realitätsgehalt dieser Angaben mit einem aussagepsychologischen Gutachten zu klären.

Der Empfehlung der beiden Sachverständigen folgte der Strafsenat nicht, sah die beigebrachte Tatsache als ungeeignet an und verwarf den Wiederaufnahmeantrag als unbegründet, weil der Erstrichter nur auf die Angaben der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung abgestellt habe, während die Nebenklägerin nach dem Ergebnis der Probation aussagetüchtig gewesen sei. Ob sich deren frühere Äußerungen auf den Inhalt ihrer Angaben in der Hauptverhandlung ausgewirkt haben konnten, hat das Oberlandesgericht nicht erkennbar beschäftigt. Den Sachverständigen Prof. Dr. K. hatte der Strafsenat ursprünglich nicht einmal hören wollen und auch damit deutlich gemacht, dass die Vorverlagerung der Aufklärungspflicht in das Probationsverfahren nicht etwa zugunsten des Verurteilten wirken sollte.

Als die Verfassungsbeschwerde des Verurteilten nicht zur Entscheidung angenommen wurde,[22] war der Verurteilte nach der Vollstreckung von zwei Dritteln der verhängten Strafe, die er als „Tatleugner“ im geschlossenen Vollzug ohne Lockerungen verbracht hatte, wieder auf freiem Fuß.

4.

Schon während der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hatte sich abgezeichnet, dass ein etwaiges Scheitern des Wiederaufnahmeantrages

---

22 BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 434/14.

nicht das letzte Wort bleiben würde. Aus den während der Probation dem Landgericht Oldenburg durch den Hausarzt der Nebenklägerin übersandten Krankenakten der Nebenklägerin ergab sich, dass deren unspezifische Befindlichkeitsstörungen, die der Erstrichter aufgrund der Bekundungen jenes Hausarztes für von dem Verurteilten durch die festgestellten Taten verursacht gehalten hatte, erstmals im Alter von neun Jahre aufgetreten waren. Diese Tatsache hatte der als Zeuge vernommene Hausarzt dem Erstrichter verschwiegen. Deshalb bot sich nicht nur deren Beibringung, sondern auch die der sie belegenden Krankenakten als i.S.v. § 359 Nr. 5 StPO neu und geeignet an.

Dazu hatte die vom Oberlandesgericht für dessen Beweisaufnahme beauftragte jugendpsychiatrische Sachverständige bei der Vorbereitung ihres Gutachtens von der früheren Frauenärztin der Nebenklägerin ihre Patientin betreffende Behandlungsunterlagen erhalten. Aus diesen ging hervor, dass die Nebenklägerin am 29.10.2009, im Jahr *nach* der ersten festgestellten, mit einer gewaltsamen Penetration verbundenen, Tat noch Jungfrau gewesen war. Beigebracht wurde mit dem neuen Wiederaufnahmeantrag die Zeugenaussage der Gynäkologin, von der die Nebenklägerin damals behandelt und deren Entbindung von der beruflichen Verschwiegenheitspflicht nicht widerrufen worden war, eine deren Befund belegende Patientenkarteikarte und das rechtsmedizinische Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B., demzufolge sich die Erhaltung des Hymens mit den Feststellungen des Erstrichters zum angenommenen Hergang der ersten Tat nicht vereinbaren ließ.

5.

Ihren Beschluss, mit dem sie die Zulässigkeit des darin als Gesuch bezeichneten Wiederaufnahmeantrags aussprach, stützte die schon mit dem früheren Antrag befasste Jugendkammer nur auf diejenigen Nova, mit denen die Unvereinbarkeit des beigebrachten gynäkologischen Befundes mit den Feststellungen des Erstrichters bewiesen werden sollte. Zugleich mit der Zulassung der Wiederaufnahme beauftragte die Jugendkammer abermals einen anderen als den beigebrachten rechtsmedizinischen Sachverständigen, diesmal mit der

Begründung, etwaige *„Befangenheitsvorwürfe“* sollten vermieden werden. Dankbar griff der ohne rechtliches Gehör für den Verurteilten ausgewählte Sachverständige diesen Hinweis in dem auch ihm übermittelten Zulassungsbeschluss auf, wies auf seine Verhinderung während der nächsten drei Monate hin, bat um die Prüfung von *„Befangenheitsbedenken“*, weil Prof. Dr. B. sein früherer *„Chef“* sei, und empfahl als Alternative die Beauftragung der im Institut für Rechtsmedizin der Medizinischen Hochschule Hannover tätigen und dem von diesem Institut initiierten Netzwerk *ProBeweis* angehörenden Prof. Dr. D., deren Beauftragung die Jugendkammer nach der Gewährung rechtlichen Gehörs für den Verurteilten beschloss.

In der neuen – anders als aus Anlass des ersten Wiederaufnahmeantrags, vom Oberlandesgericht gebilligt[23] – protokollierten Beweisaufnahme kam die von der Jugendkammer ausgewählte Sachverständige als erste zu Wort und hielt die durch den gynäkologischen Befund und die Aussage der Gynäkologin belegte Erhaltung des Hymens der Nebenklägerin mit den Feststellungen einer vorausgegangenen, durch Gewaltanwendung herbeigeführten Penetration für vereinbar, weil eine Verletzung des Hymens durch Geschlechtsverkehr *„nicht zwingend“* und eine Heilung *„möglich“* sei. Gestützt war ihr Standpunkt auf eine Studie von 36 schwangeren Mädchen, von denen 20 Opfer eines nicht näher beschriebenen sexuellen Missbrauchs geworden sein sollten,[24] einen ihr ebenfalls nur aus der Literatur bekannten Fall eines 12 Jahre alten Mädchens, das 209 nur durch Eintragungen in ihr Tagebuch bestätigte Fälle peniler

---

23 Ablehnend *Eschelbach* in KMR § 369 Rn. 26.

24 *Kellog/Menard/Santos*, Genital Anatomy in Pregnant Adolescents: ‚Normal‘ Does Not Mean ‚Nothing Happened‘, Pediatrics 2004; 113; e67 – zur Rolle *Kellogs* beim Zustandekommen des Urteils gegen Frank Navarijo siehe The Daily San Antonio Current v. 21.02.2013 und im Verfahren gegen die ‚San Antonio Four‘ siehe The New York Times – Texas Tribune v. 17.11.2012.

Penetration durch den Stiefbruder geschildert habe, schließlich auf die eigene Untersuchung eines Kindes, bei dem *„es eine blutende Verletzung gegeben haben soll“*.[25]

Der Sachverständige Prof. Dr. B. sprach den von der Sachverständigen Prof. Dr. D. angeführten Fällen unter Hinweis auf die von den beigebrachten Nova nicht betroffenen Feststellungen des Erstrichters zur Art der Gewaltanwendung die Eignung ab, sein Gutachten in Frage zu stellen, weil mangels Kooperation der Nebenklägerin nicht nur eine Verletzung ihres Hymens, sondern das Zurückbleiben von Narben zu erwarten gewesen sei.

Die Jugendkammer hielt das Wiederaufnahmevorbringen für nicht genügend bestätigt und verwarf den Antrag des Verurteilten als unbegründet: Selbst wenn die Studie zu den 36 schwangeren Frauen und der Bericht zu dem betroffenen 12-jährigen Mädchen jeweils hinreichend sichere Erkenntnisse für eine gewaltsame Penetration vermissen ließen, bleibe jedenfalls der Fall zu berücksichtigen, den die Sachverständige aus eigener Wahrnehmung berichten könnte und bei dem eine Heilung eines verletzten Hymens zu beobachten gewesen sei.

Nicht zu beeindrucken war die Jugendkammer durch den Hinweis, dass die nicht nur von der Sachverständigen Dr. D., sondern schon früher vom Institut für Rechtsmedizin der Medizinischen Hochschule Hannover vertretene Ansicht, eine gegen den Willen des Opfers und mit Gewalt vorgenommene Penetration hätte keine bleibende Verletzung des Hymens zur Folge, dem später im Wiederaufnahmeverfahren rehabilitierend freigesprochenen *Ralf Witte* zum Verhängnis geworden war. Das Landgericht Lüneburg fand, der Sachverständige Dr. B. habe *„überzeugend dargelegt, dass auch aus der rechtsmedizinischen Begutachtung des Erstverfahrens belastende Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten nicht*

---

[25] Hervorhebung hier.

gezogen werden können. Die Erstbegutachtung sei fehlerhaft, unvollständig und in ihren Schlussfolgerungen nicht nachvollziehbar.“[26]

Der durch die hausärztlichen Behandlungsunterlagen belegte Beginn der gesundheitlichen Beschwerden bereits im zehnten Lebensjahr der Nebenklägerin hielt die Jugendkammer für bedeutungslos, weil diese nur beim Strafmaß zuungunsten des Verurteilten bedacht worden seien. Unter Verkennung der Doppelrelevanz dieser Tatsache hatte auch der Generalbundesanwalt die deshalb erhobene sachlich-rechtliche Einzelbeanstandung der Revision abgetan.

6.

Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten hielt schon der Generalstaatsanwalt die Feststellungen des Erstrichters für dermaßen erschüttert, dass genügender Anlass zur Erneuerung der Hauptverhandlung bestehe: Der Widerspruch zwischen der Aussage der Nebenklägerin und dem späteren frauenärztlichen Befund sei so eklatant auffällig, dass der Erstrichter, zumal vor dem Hintergrund der zögerlichen Aussageentstehung, ohne die Einbeziehung des Befundes keine lückenlose Gesamtwürdigung hätte anstellen können. Diese Auffassung machte sich das Oberlandesgericht zu eigen, hob durch Beschluss vom 30.01.2020 die Entscheidung der Jugendkammer auf und erneuerte die Hauptverhandlung.

IV.

1.

Die Beschlussgründe schließen mit der Erörterung der mit der sofortigen Beschwerde nicht verlangten, von dem Strafsenat aber offenbar erwogenen analogen Anwendung von § 210 Abs. 3 StPO durch die Verweisung der Sache an

---

[26] Landgericht Lüneburg, Urt. v. 08.09.2010 – 20 KLs 1304 Js 10340/09 (5/09), S. 13.

eine andere Jugendkammer als die bisher mit dem Verfahren befasste: *„Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Jugendkammer sich darüber im Klaren ist, dass im Rahmen der nunmehr durchzuführenden Hauptverhandlung alle zu erhebenden Beweise neu und im Zusammenhang zu würdigen sein werden und dass sie dieser Einsicht gemäß handeln wird."*[27]

2.

Dass sie dazu am Ende in der Lage war, hat die Jugendkammer dem Nebenklägervertreter zu verdanken. Dieser war der beabsichtigten Auswahl einer anscheinend von der Kammer geschätzten Sachverständigen für die Erstattung des aussagepsychologischen Gutachtens nicht nur wie die Verteidigung mit dem Hinweis entgegengetreten, diese *„im Familienrecht in Bremen und Umgebung"* tätige Diplom-Psychologin sei bisher nicht nachprüfbar in nennenswertem Umfang mit dem Erstatten aussagepsychologischer Gutachten befasst gewesen: Ausschlaggebend war für die Jugendkammer wiederum die Ankündigung, die Nebenklägerin würde sich von dieser Sachverständigen nicht explorieren lassen. Der Widerstand führte zur Betrauung der Sachverständigen Prof. Dr. G. mit dem Gutachten.

Diese Sachverständige gelangte zu dem für den Erstrichter vorhersehbaren Ergebnis, bei der Rekonstruktion der Aussagegenese und Aussageentstehung ergebe sich eine *Multiproblemkonstellation*, die einen Beleg der Eigenständigkeit und Zuverlässigkeit ihrer vormaligen Bekundungen der Zeugin nicht erlaube. Deren erste Befragung sei unter massivem Erwartungs- und Konformitätsdruck ihres engsten sozialen Umfeldes und gegen ihren persönlichen Willen zustande gekommen und Angaben zu den relevanten Aussagekomplexen bei massivem Aussagewiderstand ausschließlich auf geschlossene Suggestivfragen erfolgt, weshalb die Mindestanforderungen an eine forensische Aussage nicht erfüllt seien. Die Aussage bei der Nebenklägervertreterin falle in eine

---

27 OLG Oldenburg, Beschl. v. 30.01.2020 – 1 Ws 246/19.

besonders vulnerable biographische Phase, in der die Anfälligkeit der Zeugin für bewusste wie für nicht-intentionale Aussageverfälschungen, Suggestionen, Umdeutungen und Aggravationen, deutlich erhöht gewesen sei. Nicht ansatzweise erfülle der von der Rechtsanwältin während der Ermittlungen eingereichte, zusammenfassende Aussagebericht die unter solchen besonderen Umständen nötige transparente Dokumentation der Fragen und Angaben, zumal die behauptete *„wortwörtliche“* Aufnahme des von der Zeugin Berichteten deren *„habituell impressionistische[m] Ausdrucksstil“* nicht entspreche. Wie die Angaben der Nebenklägerin in der Hauptverhandlung zustande gekommen seien, lasse sich mangels ausreichender Dokumentation nicht rekonstruieren. Damit gebe es keine beurteilbare Aussageleistung der Zeugin, auf deren Basis eine methodisch zuverlässige aussagepsychologische Bewertung des Erlebnisgehalts ihrer Aussage möglich wäre. In der Untersuchungssituation seien die Angaben der Zeugin derart vage, unbestimmt und lückenhaft gewesen, dass die an eine forensische Aussage zu stellenden Mindestanforderungen nicht erreicht würden und keine merkmalsorientierte Aussageanalyse möglich gewesen sei. Nach allem sei nicht retrospektiv festzustellen, ob die Aussage *„auf tatsächlichem Erleben oder intern generierten Vorstellungsbildern oder externen Einflüssen aus Befragungen/Gesprächen mit Dritten oder einer Mischung von alldem basiert.“*

3.

Nach dem Eingang des Gutachtens beantragte der Verurteilte seine sofortige Freisprechung unter Aufhebung des Ersturteils durch Beschluss nach § 371 Abs. 2 StPO. Nachdem die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung erklärt hatte und der Nebenklägervertreter dieser Verfahrenserledigung nicht entgegengetreten war, erging der entsprechende Beschluss.[28] Dessen Gründen zufolge

---

[28] Landgericht Oldenburg, Beschl. v. 23.06.2022 – 6 KLs 511 Js 64531/16 (1/20), vorgehend 3 KLs 217 Js 19146/10 (33/10); LG Osnabrück 10 KLs 217 Js 19146/10 (40/11); LG Osnabrück 6 AR 640 Js 13953/12 (1/12); LG Oldenburg 6 AR 511 Js 64531/16.

teilt die Jugendkammer *„die Einschätzung der Sachverständigen, dass gravierende Besonderheiten in der Aussagegenese und -entstehung bestehen, so dass aus heutiger Sicht die Hypothese einer fremd- oder autosuggestiven Verfälschung etwaiger Erlebniserinnerungen bis hin zur Ausbildung von Scheinerinnerungen (Suggestionshypothese) nicht zurückzuweisen“* sei und es *„nicht zuletzt aus Opferschutzgründen“* keiner Erneuerung der Hauptverhandlung bedürfe.[29]

C.

Die von *Strate* beobachtete Verteidigung des Ersturteils *„mit Zähnen und Klauen“*[30] durch das Wiederaufnahmegericht trifft hier noch nach dessen Aufhebung mit der eigenen Verteidigung zusammen und wirft die Frage nach den Motiven auf. Nicht von der Hand zu weisen ist der Verdacht, die nach der jeweiligen Adition praeter legem gewonnene Überzeugung von der vermeintlichen Schuld des Verurteilten könnte die Jugendkammer – und das Oberlandesgericht bei seiner zweiten Anrufung – zum Überspannen der Anforderungen an die Begründetheit der Wiederaufnahme verleitet haben. Für dies Motiv der Jugendkammer spricht der Hinweis im freisprechenden Beschluss auf den *Opfer*schutz, der wie sonst nicht dem Schutz des Justizopfers gelten sollte.

Auch die durch ihr soziales Umfeld und ihre frühere Vertreterin in den Aussagenotstand getriebene Nebenklägerin wäre durch eine Hauptverhandlung nicht bloßgestellt worden. Deren frühe Berufung auf das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO in ausnahmsweise vollem Umfang aufgrund der Gefahr, wegen in mittelbarer Täterschaft begangener schwerer Freiheitsberaubung belangt zu werden, hätte ihr schon die Ladung zur Vernehmung als Zeugin erspart.[31] Vor der Ausbreitung der Umstände, die zu ihren Angaben

---

29 A.a.O. (Fn. 28), S. 11 – Hervorhebung hier.

30 *Strate* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl., § 28 Rn. 5.

31 Siehe BGHSt 43, 321, 325 f.

geführt hatten, in öffentlicher Sitzung wäre sie durch § 171b Abs. 3 GVG geschützt worden. Anlass, die Hauptverhandlung zu fürchten, hatte allein die Jugendkammer selbst: Zwar wäre wegen der offensichtlichen Entlastung des Angeklagten nicht mit einer Verhandlungsdauer von mehr als zehn Tagen und deshalb mit keiner auf § 243 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützten Verteidigererklärung vor der Vernehmung des Angeklagten zu rechnen gewesen. Die Gelegenheit, den Schöffen das bisherige Verfahren der Kammer in geeigneter Weise vorzustellen, hätte sich aber bestimmt gefunden.

GERHARD STRATE

Selbstjustiz

Menschliche Tragödien können die Grenzen des Denkens sprengen. Und damit auch den Rechtsstaat. Dies wurde kaum je deutlicher, als im Fall der *Marianne Bachmeier*. Wo eine aufgewühlte Öffentlichkeit keine Ruhe mehr findet, steht der Rechtsfrieden auf dem Spiel. Im Zentrum der Diskussion standen zwei konstituierende Werte, die sich in der vorliegenden Konstellation als erbitterte Gegensätze erwiesen: das staatliche Gewaltmonopol und der für jeden fühlenden Menschen nachvollziehbare Wunsch einer Mutter nach Gerechtigkeit für ihr Kind. – Was war passiert? Am 5. Mai 1980 will die in Lübeck wohnende siebenjährige *Anna Bachmeier* eine Freundin besuchen. Dabei begegnet sie dem 35-jährigen *Klaus Grabowski,* einem vorbestraften Sexualtäter, der sie über mehrere Stunden in seiner Wohnung festhält und schließlich erdrosselt. Die Leiche des Kindes verpackt er in einen Karton, den er zu einem Kanal transportiert, wo er ihn, in einer Mulde am Ufer verborgen, ablegt und mit Erde bedeckt. Später offenbart sich *Grabowski* seiner Freundin, die ihn anschließend bei der Polizei anzeigt. Im darauffolgenden Strafprozess gegen den geständigen *Grabowski* kommt es nie zu einem Urteil. Denn am 6. März 1981, dem dritten Verhandlungstag, erschießt *Marianne Bachmeier* den Angeklagten mit einer Beretta 70s, die sie in der Manteltasche mit sich führt. Sechs Schüsse treffen *Grabowski* in den Rücken, er verstirbt kurz darauf noch im Gerichtssaal. Gegen ihre anschließende Festnahme leistet die zu jener Zeit 30-jährige *Bachmeier* keinen Widerstand.

Angesichts der im Anschluss geführten öffentlichen Kontroverse war es wohl ein Glücksfall, dass die sozialen Medien damals noch nicht existierten. Denn der Fall spaltete die Allgemeinheit der behäbigen Bonner Republik in einem bis dahin noch nie gekannten Ausmaß. Während besonders Eltern kleiner Kinder Bachmeiers Handlungsweise nachvollziehen konnten, positionierten sich

besonnenere Zeitgenossen klar gegen jede Form der Selbstjustiz. Das kriegsgeschädigte Deutschland hatte seine Lektion verstanden und einen durch zivilisierte Verfahren bewirkten Rechtsfrieden auf der Grundlage maßvoller Gesetze schätzen gelernt. Leider aber griffen die Anhänger dieser Position zu äußerst fragwürdigen Mitteln, um ihre Auffassung zu untermauern. Sie rückten mehr und mehr die Frage in den Mittelpunkt, ob Bachmeier überhaupt dem Idealbild einer Mutter entspreche. Was findige Medien über das Privatleben der Alleinerziehenden herausfanden, stieß bei der Öffentlichkeit nicht überall auf ungeteiltes Verständnis. So hatte die kleine *Anna* am Tag ihrer Ermordung mit Erlaubnis ihrer Mutter nicht am Schulunterricht teilgenommen. Doch die Mutmaßungen darüber, ob das Mädchen *Grabowski* auch dann begegnet wäre, wenn es die Schule besucht hätte, führen in die Irre. Sie unterstellen der Mutter eine nicht zu rechtfertigende Teilschuld am Tatgeschehen. Es klingt wie eine Binsenweisheit, aber durch einen unterlassenen Schulbesuch wird ein Kind nicht vogelfrei. Genau das aber schienen viele der demonstrativen Verteidiger von Recht und Ordnung unausgesprochen zu unterstellen: Selbst schuld, wer vom vorgeschriebenen Pfad abweicht.

Für *Marianne Bachmeier* muss all das unerträglich gewesen sein. Dass es für sie in der Haft besonders schwierig gewesen war, mit der Trauer um ihre Tochter umzugehen, berichtete sie viele Jahre später in einem Interview, wo sie zu Annas Ermordung ausführte: „Die ersten drei Jahre waren der reine Trip. Da konnte ich überhaupt gar nichts anderes denken. Eben auch dadurch, dass ich mich in dieses Gefängnis dann sperrte. Durch die Tötung *Grabowskis* war ich ja so eingesperrt und dem absolut ausgesetzt.“[1] – Die quälenden Gedanken, die furchtbaren Bilder: Sie kommen wie Gespenster bei Nacht und vertreiben jede Hoffnung auf Schlaf, wenn das Licht in der Haftanstalt gelöscht wird. Die erzwungene Ruhe lässt das eigene Herz wie ein gefangenes Tier an die Rippen schlagen. Alles Starren ins Dunkle bringt den sich ewig vor dem inneren Auge wiederholenden Film nicht zum Erlöschen. Ohne Zweifel zwangen diese

[1] https://www.youtube.com/watch?v=ScJNXUKcdtQ (bei Min. 10:30).

Nächte *Marianne Bachmeier* dazu, ihn sich immer wieder anzusehen, in immer grelleren Farben, mit immer unerträglicheren Details. Vielleicht hörte sie auch wieder und wieder die Stimme *Grabowskis,* dessen abstoßende Ausreden mit Anschuldigungen gegen die kleine Anna gespickt gewesen waren. Diese habe eine D-Mark Schweigegeld von ihm erpressen wollen, um der Mutter nichts zu erzählen. Dabei habe er sie gar nicht angerührt. Deshalb habe er sie umgebracht. Es ist völlig klar: Auch die mit eigenen Händen vollzogene Tötung des Mörders hatte das innere Horrorszenario nicht überschreiben können, das sich im Kopf der Mutter wie ein Karussell drehte.

Wer sich die Mühe macht, diese Situation auf mitfühlende Weise zu erfassen, muss zu dem Schluss kommen, dass eine Haft unter diesen Bedingungen sich für *Marianne Bachmeier* wie Folter angefühlt haben muss. Das nächtliche Alleingelassensein eines Menschen mit den Schrecken seiner inneren Bilder, ohne Aussicht auf tröstende Ablenkung und menschliche Zuwendung, ist eine besondere Einsamkeitserfahrung, wie sie sich wohl kaum noch graduell steigern lässt. Versucht hat die wenig einfühlsame Öffentlichkeit es trotzdem, durch immer neue Bullshit-Enthüllungen, die *Bachmeiers* Eignung als Mutter grundsätzlich in Zweifel ziehen sollten. Sie, die sich mit ihrer beeindruckenden Persönlichkeit stets tapfer als Alleinerziehende und selbstständige Wirtin einer Lübecker Szenekneipe durchgeschlagen hatte, sollte nach dem Willen einer sensationslüsternen Journaille nun als Rabenmutter dastehen: Das musste ja ein böses Ende nehmen! Ach ja? Musste es das? Oder nahm das Unglück nicht vielmehr seinen Lauf, weil ein bekannter und einschlägig vorbestrafter Sexualstraftäter sich unter mangelnder Aufsicht einem kleinen Kind nähern konnte? Hätte es einen Unterschied gemacht, wenn ihm an diesem Tag ein anderes Mädchen begegnet wäre, eines aus »untadeligen« Verhältnissen, was immer man dafür halten mag? *Grabowski* konnte nur deshalb ein Leben in Freiheit genießen, weil er sich nach seiner Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs zweier Mädchen noch während seiner Haft einer freiwilligen Kastration unterzogen hatte. Was seiner Führungsaufsicht jedoch offenbar

entgangen war: Er hatte diese Maßnahme durch eine Hormonbehandlung rückgängig machen lassen, wodurch der alte Trieb wiederhergestellt wurde.

Marianne Bachmeiers Tat war Selbstjustiz. Selbstjustiz in ihrer unverhohlensten Form, verübt im grellen Lichte der Gerichtsöffentlichkeit. Am 3. November 1982 fällte das Landgericht Lübeck sein Urteil. Es befand auf sechs Jahre Haft wegen Totschlags und unerlaubten Waffenbesitzes. Den Vorwurf des Mordes hatte die Staatsanwaltschaft im Laufe der 28 Verhandlungstage fallengelassen. Das letzte Drittel der Strafe wurde 1985 zur Bewährung ausgesetzt. Erst zehn Jahre später, im Rahmen eines Talkshowauftritts bei Jürgen *Fliege,* sprach sie ihr Tatmotiv öffentlich aus. Auslöser sei *Grabowskis* Versuch gewesen, *Anna* eine Mitschuld an ihrer eigenen Ermordung zuzuschieben: „Über meine Tochter wird nicht noch einmal öffentlich hergezogen“,[2] habe sie entschieden. Sie, die immer stark erscheinen wollte, hatte zum Zeitpunkt der Tat ihre persönliche Grenze erreicht. Das war auch damals schon jedem klar, der sich mit ihr beschäftigte. Die Frage ihrer Zurechnungsfähigkeit zum Tatzeitpunkt wurde nur unzureichend gestellt. Nachdem eine Revision des Falles abgewiesen wurde, erlangte das Urteil Rechtskraft.

Marianne Bachmeiers seelischer Zustand hatte sich bereits in der Untersuchungshaft als fragil erwiesen. 1984 diagnostizierte ihr ein Arzt eine „deutliche depressiv-apathische Verstimmung mit Suizidalität“ sowie existenzielle Hoffnungslosigkeit und veranlasste eine stationäre Aufnahme. Die Frage nach ihrer Haftfähigkeit stellte sich ernsthaft. Im gleichen Zeitraum hatte sich der (damalige) Referendar *Klaus-Ulrich Ventzke* für eine Ausbildungsstation in unserem Büro beworben. Das war ein Glücksfall für uns (und in diesem Falle: für *Marianne Bachmaier*). Von ihr hatte ich das Mandat erhalten, mich in ihrer Sache um eine Vollstreckungsunterbrechung zu bemühen. Ein entsprechender Antrag war bereits zuvor wiederholt abgelehnt worden, zunächst von der Staatsanwaltschaft, dann vom Generalstaatsanwalt. Hiergegen galt es

---

[2] https://www.youtube.com/watch?v=PtEve0sBzK4 (bei Min. 2:20).

Beschwerde beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht einzulegen. Ich befand, das wäre eine großartige Herausforderung für meinen neuen Mitarbeiter. Dieser wurde dadurch in das kalte Wasser eines bundesweit beachteten Verfahrens geworfen. Und bei diesem seinem ersten Fall schwamm er sich souverän frei. Mit akribischem Feuereifer arbeitete er einen 18-seitigen Schriftsatz aus, dessen Detailtiefe mir schnell klarmachte, dass ich mit *Klaus-Ulrich Ventzke* auf den richtigen Mann gesetzt hatte. Zunächst stellte er auf die Begründungsbedürftigkeit behördlicher Entscheidungen ab und machte deutlich, dass wir uns nicht mit einem lakonischen Ablehnungsbescheid zufriedengeben würden. Anschließend arbeitete er mit dem feinen sprachlichen Florett elegant die Möglichkeiten und Grenzen von Staatsanwaltschaften heraus und machte deutlich, dass ihnen kein gerichtlich nicht nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zustehe, wenn es darum geht, bei potenzieller Lebensgefahr von ärztlichen Stellungnahmen abzuweichen. Es müsse sichergestellt werden, dass die Entscheidung auf der Grundlage des einschlägigen Wissenssystems (also sachgerecht) erfolgt. Das Oberlandesgericht gab unserem Antrag auf Haftentlassung zwar nicht statt; der Berichterstatter des Senats sah sich aber – völlig ungewöhnlich – zu einem Telefonanruf in unserem Büro veranlasst, in dem er die „fast schon philosophische Qualität" des von *Klaus-Ulrich* ausgearbeiteten Antrages lobte.

Marianne Bachmeiers Tat war mit unserem Rechtssystem unvereinbar. Die verzweifelte Frau hatte aus ihrem persönlichen Koordinatensystem heraus eine Entscheidung getroffen, deren Konsequenzen ihr klar gewesen sein mussten. Grabowskis fortgesetzten Verleumdungen gegen ihre Tochter weiterhin zuhören zu müssen, war für sie eine unerträgliche Situation. Sie wurde ihr zum engen Tunnel, der ihren Blick auf eine einzige Handlungsoption verengte: Grabowski muss weg. Dass Bachmeier für ihre Selbstjustiz verurteilt werden würde, war unabwendbar. Und doch lag über ihrem Verfahren ein Unbehagen, das sich nicht zuletzt aus dem Gerechtigkeitsempfinden weiter Teile der Gesellschaft speiste. Denn *Marianne Bachmeier* hatte die Höchststrafe längst erhalten: den Verlust des eigenen Kindes durch die Hand eines Mörders. Er hatte

sie zu einem lebenslangen Horrorfilm in ihrem Kopf verurteilt, der mit den Jahren vielleicht blasser wurde, aber sie, wie ein chronischer Schmerz, nie mehr verließ. Wir werden nie erfahren, ob diese dauerhafte seelische Qual zur Entstehung ihrer späteren schweren Erkrankung an Bauchspeicheldrüsenkrebs beitrug, an der sie 1996 mit nur 46 Jahren verstarb. Was bleibt ist die Erinnerung an eine beeindruckende Mandantin, deren Weg *Klaus-Ulrich Ventzke* und ich zumindest juristisch ein Stück weit begleiten durften. Ihr Fall bildete zugleich den Auftakt einer langen Reihe interessanter Herausforderungen, denen wir uns im Laufe unserer über 40-jährigen Zusammenarbeit widmeten.

Ohne eine weitere Fallbetrachtung zu eröffnen, sei hier noch eine Episode aus dem Weimar-Verfahren erwähnt:

Das Landgericht Gießen hatte zunächst das (erste) Wiederaufnahmegesuch mit einer schwungvollen Argumentation im Jahre 1994 zugelassen, dann aber das Aditionsverfahren mit sehr knappen Worten zum Nachteil unserer Mandantin abgeschlossen. Auf meine Bitte hin fertigte *Klaus-Ulrich Ventzke* die Begründung der Beschwerde. Deren Machart war so brillant, dass der Vertreter der Generalstaatsanwaltschaft, Oberstaatsanwalt *Horst Rüfer,* sich offenbar animiert sah, sich *Klaus-Ulrichs* Argumenten mit eigenständigen Überlegungen unterstützend anzuschließen. Am 4. Dezember 1995 ordnete das Oberlandesgericht Frankfurt am Main schließlich die Wiederaufnahme des Verfahrens an.[3]

Danke, *Klaus-Ulrich* – hier wie dort! Die Spuren Deiner Arbeit funkeln uns weiter an!

---

[3] StV 1996, 138.

GERSON TRÜG / JÖRG HABETHA

Beweisantizipation im Beweisantragsrecht

„Größer könnte der Kontrast kaum sein: Hier die fast metaphysisch daherkommende Ableitung der tatrichterlichen Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhalts (§ 244 Abs. 2 StPO) aus dem zumeist leerformelhaft angerufenen Schuldprinzip, dort die revisionspraktische Errichtung hoher Hürden – etwa in Form des Rekonstruktionsverbotes – vor der Möglichkeit, die dem tatrichterlichen Urteil zugrunde liegende Beweisführung gerade unter diesem Blickwinkel anzugreifen"[1]

I. Einleitung

Der Tatrichter dominiert nach dem Leitbild der Strafprozessordnung die Beweisaufnahme, die Selektion möglicher Beweismittel und ihre Würdigung. Er entscheidet weitgehend frei über den Umfang der Beweiserhebung *und* die Beweiswürdigung. Damit dominiert der Tatrichter die Beweise.

Zwar sind Tatgerichte verpflichtet, *„zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind"* (§ 244 Abs. 2 StPO). Allerdings eröffnet die Amtsermittlungspflicht einen breiten und revisionsrechtlich wenig kontrollierten Beurteilungsspielraum, welche Beweismittel *konkret* dies im Einzelfall betrifft. Der Tatrichter entscheidet danach nicht nur über das Ergebnis der Beweisaufnahme *„nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung"* (§ 261 StPO), sondern zugleich – und bereits vorweggenommen – anhand von Akteninhalten und vorläufigen Beweisergebnissen über

---

1 *Ventzke* NStZ 2017, 98.

deren Zuschnitt und Umfang.[2] Die freie richterliche Überzeugungsbildung wirkt auf diese Weise als Beweisantizipation voraus und mündet damit zugleich in die Freiheit, über den Umfang der Beweisaufnahme *von Amts wegen* ebenfalls weitgehend ungebunden disponieren zu können. So gesehen „schöpft" der Tatrichter Überzeugungen *und* ihre Grundlagen. Die Gefahr, dass sich diese „Schöpfung" von diesseitigen Bezügen (zu) weit entfernt, ist dementsprechend realistisch. Jedenfalls sind die Vorgaben aus § 244 Abs. 2 StPO *allein* als *„Gegenstück"* einer freien richterlichen Beweiswürdigung prozessual und *„revisionspraktisch"* unzureichend.[3]

Die in § 244 Abs. 2 StPO normierte Erforschung der Wahrheit ist im Sinne eines regulativen Grundsatzes[4] Ausgangspunkt und Ziel des Strafverfahrens. Diesem Wahrheitsbegriff liegt das Verständnis der Korrespondenztheorie (*adaequatio rei et intellectus*) als Übereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit im Sinne eines geschichtlichen Vorgangs zugrunde.[5] Die zu erforschende Wahrheit ist in ihrer Existenz unabhängig von einem (Straf-)Verfahren. Der Strafprozess dient dazu, die verfahrensunabhängige objektive Wahrheit ans Licht zu bringen, sie mit den Worten *Volks*, wie ein *„Goldstück"*

---

2 BGHSt 40, 60, 62; *Habetha/Trüg* GA 2009, 406, 411 f. m.w.N.

3 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 11 und 380 ff.

4 Der Begriff „regulativer Grundsatz" geht zurück auf *Nijboer*, Beweisprobleme und Strafrechtssysteme, 1995, S. 23 ff., und wird in Abgrenzung zur kognitiven Kompetenz der Tatgerichte in epistemologischem Sinne verstanden. Letztere wird hierzulande durch die Rechtsprechung nicht thematisiert, sondern vorausgesetzt. Darunter leidet insbesondere die Diskussion zu den Beweisverwertungsverboten, näher *Trüg*, Lösungskompetenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren. Ein strukturanalytischer Vergleich am Beispiel der Wahrheitserforschung, 2003, S. 61 ff.

5 Vgl. dazu *Kerner/Trüg* in Festschrift für Böttcher (2007), S. 192 ff.; *Trüg* ZStW 120 (2008), 331 ff.; und bereits *Volk*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess, 1980, S. 7; *Stamp*, die Wahrheit im Strafverfahren, 1998, S. 37 und schließlich *Neumann*, Wahrheit im Recht, 2004, S. 14.

auszugraben.[6] Dies gilt auch angesichts des Umstandes, dass die prozessuale, im Strafverfahren erforschte Wahrheit einen durch das materielle Recht normativ definierten *Ausschnitt* aus der historischen Wirklichkeit darstellt bzw. darstellen kann.[7] Weiter gilt dies – konzeptionell – auch unabhängig von der Begrenztheit strafprozessualer Wahrheitsaufarbeitung, die möglicherweise nur zu einer selektiven Einsicht führt. Das Tatgericht soll bei alledem den wahren Sachverhalt zur Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips grundsätzlich und ohne „Störgefühle" unabhängig vom Prozessverhalten der anderen Verfahrensbeteiligten ermitteln. Vor diesem Hintergrund ist die Bedeutung des Beweisantragsrechts zu sehen.

II. Verbot der Beweisantizipation

Denn das Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 3–6 StPO) durchbricht die tatrichterliche Domäne und Dominanz.[8] Dessen Herzstück[9] – das *Verbot* der Beweisantizipation – ist durch die Phalanx der Ablehnungsgründe errichtet und geschützt, untersagt den Einsatz freier richterlicher Überzeugungsbildung *vorab* zur Bestimmung der erforderlichen Beweisgrundlagen und ermöglicht insbesondere Angeklagten und ihrer Verteidigung auf diese Weise, die

---

6 „Die Wahrheit, die es gibt, wie ein vergrabenes Goldstück", *Volk* in Festschrift für Dahs (2006), S. 496 ff.

7 *Weigend* in Jackson/Langer/Tillers (Hrsg.), Crime, Procedure and Evidence in a Comparitive and International Context, Essays in Honor of Mirjan Damaska (2008), S. 30, 60: „The simple and practical reply to the doubts about the chances of ever finding the truth is that of Sisyphus – we must make our best effort even if we cannot succeed"; *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829 ff.

8 Vgl. *Zabel* in Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), StrafR-HdB VII (2020), § 11 Rn. 28.

9 *Trüg* in Festschrift für von Heintschel-Heinegg (2015), S. 447, 451.

Beweisaufnahme zu gestalten.[10] Zugleich kompensiert das Beweisantragsrecht die strukturell – namentlich durch die in den Akten dokumentierten Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft – beeinflusste, tatrichterliche Subjektivität durch *objektive* Maßstäbe.[11] Da sich abstrakt-generelle Vorgaben dahingehend, welche Beweiserhebungen im Einzelfall auf Beweisanträge hin zu erfolgen haben, kaum formulieren lassen, wird das Beweisantragsrecht durch Ablehnungsgründe begrenzt. Diese bestimmen abschließend, verbindlich und durch objektiv-abstrakte Vorgaben, in welchen Fällen eine beantragte Beweiserhebung die Entscheidungsgrundlage nicht (mehr) verbreitern kann. Andernfalls legitimiert allein der Beweisantrag die (weitere) Beweiserhebung im Interesse der Sachverhaltsaufklärung und nicht zuletzt, um dem materiellen Schuldprinzip auch verfahrensrechtlich *wirksam* Geltung zu verschaffen.[12] Im Ergebnis erscheint daher nicht in erster Linie die Amtsermittlungspflicht, sondern das Beweisantragsrecht als *das* notwendige „Gegenstück" einer freien richterlichen Beweiswürdigung. Das Beweisantragsrecht bietet also einen Ausgleich der systemimmanenten Schwächen des gerichtszentrierten Strafprozesses und flankiert so gesehen die Erreichung des Verfahrensziels der Wahrheitsfindung (*„wahrheitsermittlungsrelevante"* Rechtsposition).[13] Das Verbot der Beweisantizipation wirkt dabei als „Speerspitze" des Beweisantragsrechts. Maßgeblich für die Effektivität des Beweisantragsrechts als „prozessuale Sicherung" ist die Durchschlagskraft, mit der ein Beweisantrag antizipative bzw. prognostisch-hypothetische Vorbehalte des Tatrichters gegen die beantragte Beweiserhebung zu überwinden vermag.

---

10 *Habetha/Trüg* GA 2009, 406, 411 f.; *Habetha* StV 2011, 239, 241.

11 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 12.

12 *Habetha* StraFo 2024, 41, 45; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 7.

13 *Trüg* in Festschrift für von Heintschel-Heinegg (2015), S. 447, 450; *Kudlich*, Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag (2010), S. C 91.

Spätestens hier nähern sich Zweifel. Allerdings folgt eine gewisse Skepsis nicht vorrangig aus den in § 244 Abs. 5 StPO normierten Sonderregelungen für Augenschein, Auslandszeugen und Ausgangsdokumente,[14] schon weil der Gesetzgeber tätig werden musste, um hier eine Beweisantizipation ausdrücklich zuzulassen. So gesehen bestätigen *diese* Ausnahmen eher das Verbot der Beweisantizipation als grundsätzlich geltende Regel. Jedoch erlauben und *erfordern* – abgesehen von Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 6 S. 2 StPO)[15] – verschiedene „reguläre" Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3 S. 3 StPO eine Beweisantizipation. Beispielsweise setzt die Prüfung, ob *„die Tatsache die bewiesen werden soll, schon erwiesen ist"* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO) zwingend eine punktuell vorweggenommene Beweiswürdigung voraus;[16] ebenso nach ständiger Rechtsprechung des BGH die Frage, ob eine Beweistatsache *„für die Entscheidung ohne Bedeutung ist"* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO).[17] Ob ein *„Beweismittel völlig ungeeignet ist"* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO), kann ebenfalls nur im Verhältnis von Beweismittel und Beweistatsache beurteilt werden.[18] Und nicht zuletzt erlaubt der Ablehnungsgrund „Offenkundigkeit" (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 StPO) die Zurückweisung von Beweisanträgen selbst dann, wenn *das Gegenteil* der unter Beweis gestellten Beweistatsache betroffen ist.[19] Kurzum: Die Beweisantizipation ist (auch) im Rahmen des Beweisantragsrechts nicht schlechthin verboten,[20] das Verbot der Beweisantizipation also nur eine Art unverbindliches Paradigma oder gar nur eine Illusion?

---

14 Hierzu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 78–78b.

15 *Habetha* NJW 2022, 3557, 3559 ff.

16 Vgl. BGH NStZ 2022, 501, 502 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2022, 502, 503: *„Intensiver kann ein Beweisergebnis eigentlich nicht festgeschrieben werden"*.

17 Hierzu instruktiv *Ventzke* NStZ 2024, 378 f.

18 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 275.

19 *Habetha* NStZ 2022, 284, 285.

20 *Krehl* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 244 Rn. 135.

III. Offenkundiges

Ein Beweisantrag darf abgelehnt werden, wenn *„eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist“* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 StPO). Die Würdigung, eine Beweistatsache, deren Gegenteil oder Abweichendes sei offenkundig, beinhaltet eine Beweisantizipation in Reinkultur, *ohne* – und nur auf den ersten Blick paradoxer Weise – das Beweisantragsrecht durch eine Ausnahme vom Verbot der Beweisantizipation zu begrenzen, denn: Offenkundiges steht *außerhalb* von Beweisaufnahme bzw. -erhebung (fest).[21] Von offenkundigen Tatsachen oder Erfahrungssätzen dürfen Tatrichter *und* Revisionsgerichte nicht abweichen. Strafgerichte *müssen* Offenkundiges vielmehr, soweit relevant, ihrer Entscheidung von Rechts wegen zugrunde legen, was allem voran die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO) limitiert. Aus diesem Grund ist eine Beweisaufnahme zu Offenkundigem *generell „überflüssig“*. Dementsprechend kommt auch eine abweichende Beweisantizipation hierzu weder im Rahmen der Amtsermittlungspflicht noch auf einen Beweisantrag hin in Betracht. Weil Offenkundiges nicht diejenigen Beweisgrundlagen betrifft, die der Tatrichter erst im Rahmen der Beweisaufnahme aufklärt (aufklären muss), normiert der Ablehnungsgrund in § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 StPO im Kern nur die Klarstellung, dass dies auch im Rahmen des Beweisantragsrechts gilt.[22]

Allerdings liegt, hiermit verbunden, die gravierende Gefahr für die Entscheidungsfindung deutlich zu Tage, sofern ein Gericht nur *vermeintlich* offenkundige Umstände – noch dazu ohne Überprüfung – als unumstößliche Gewissheiten behandelt. In diesem Fall verstößt die Überzeugungsbildung gegen § 261 StPO, da sie nicht auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruht, und überdies mittelbar, auf einer unzulässigen Beweisantizipation. Jedenfalls besteht Anlass zu einer restriktiven Handhabung.[23] Letzterem trägt das

---

21 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 206.

22 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 206.

23 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 207.

Begriffsverständnis von Offenkundigkeit („offene Kunde“) als Allgemeinkundigkeit im Sinne einer „offenen Evidenz“ Rechnung, wonach nur Umstände erfasst werden, von denen erfahrene und verständige Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder über die sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen unschwer und ohne besondere Fachkunde unterrichten können.[24] Dabei bürgt der Umstand, dass nicht nur sämtliche Verfahrensbeteiligte, sondern auch Tat- und Revisionsgerichte ihre Kenntnis von derartigen Tatsachen und Erfahrungssätzen mit einer weitgehend unbeschränkten Allgemeinheit teilen, nicht nur für deren Richtigkeit, sondern rechtfertigt zugleich, auf diese als außerhalb der Hauptverhandlung feststehende Beweisgrundlagen zurückzugreifen.[25] Dies gilt dann folgerichtig, und entgegen einer in Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums vertretenen Auffassung, auch unabhängig davon, ob es sich um Haupt-, Indiz- oder nur Hilfstatsachen handelt.[26]

Eine vergleichbare Qualität fehlt dagegen nur *gerichts*kundigen Umständen, die aber nach Ansicht der Rechtsprechung ebenfalls als offenkundig behandelt werden könnten.[27] Durch Gerichtskundigkeit erfasst wird ein als zuverlässig deklariertes, jedoch unstreitig *individuelles* Sonderwissen des Tatrichters aus amtlicher Tätigkeit.[28] Einer derartigen nicht „offenen“, sondern sämtlichen übrigen Personen (nicht zuletzt den Verfahrensbeteiligten) geradezu „verschlossenen“ Kunde[29] fehlt naturgemäß die überindividuelle Verbreitung, die ermöglicht und dazu zwingt, Tatsachen und Erfahrungssätze der Entscheidung ohne Weiteres zugrunde zu legen. Ebenso wenig ist erkennbar, warum

---

24 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH JR 2018, 579 f.; BGHSt 48, 28, 30 f.

25 *Habetha* NStZ 2022, 284, 285.

26 *Habetha* NStZ 2022, 284, 286; BGH JR 2018, 579 f.; a.A. BGH NStZ 2022, 282.

27 Vgl. nur BGHSt 6, 292, 293; BGHSt 45, 354, 357 f.; BGH NStZ-RR 2007, 116, 117; *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn 52 m.w.N.

28 Im Einzelnen, auch zur Kasuistik *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 223 ff.

29 Gegen die Fallgruppe spricht schon der Wortlaut *Habetha* NStZ 2022, 284, 287 f.

andere Tat- oder Revisionsgerichte von diesen Kenntnissen, die ein Tatrichter möglicherweise sogar „exklusiv" hat – unter Beschränkung von § 261 StPO – nicht abweichen dürften, oder aus welchem Grund gerichtskundige Umstände durch Beweiserhebungen generell nicht widerlegt werden könnten.[30] Richtigerweise betrifft bloße Gerichtskundigkeit daher – entgegen der Rechtsprechung – Beweisgrundlagen, die in der Hauptverhandlung bzw. Beweisaufnahme erforscht werden *müssen*. Eine Ablehnung von Beweisanträgen (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 StPO) mit der Begründung, das Gegenteil oder von der behaupteten Beweistatsache Abweichendes sei bereits gerichtskundig, scheidet erst recht aus. Nur im Fall der Allgemeinkundigkeit ist die der Offenkundigkeit strukturell immanente Beweisantizipation, dass eine Beweisaufnahme hierzu nichts anderes als das ohnehin Offenkundige ergeben könne, verständlich und zulässig. Denn *dieses* Verdikt ist (auch) für das Revisionsgericht unbeschränkt nachprüfbar und bei Vorliegen der Voraussetzungen gleichermaßen *rechtlich* verbindlich. Im Ergebnis beinhaltet Offenkundigkeit ein Beweishindernis, das die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO) sowie mittelbar den Umfang der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung (§ 244 Abs. 2 *und* Abs. 3 StPO) *generell* beschränkt.

IV. Erwiesenes und Nutzloses

Ein Beweisantrag kann „maximal" erreichen, dass das Gericht *durch die beantragte Beweiserhebung* von der unter Beweis gestellten Beweistatsache „überzeugt" wird, das heißt diese im Anschluss „für erwiesen" hält. Handelt es sich um eine Beweiserhebung, die das Gericht von Amts wegen *nicht* veranlasst hätte, zeigt sich die Natur des Beweisantrags, durch die Verbreiterung der Beweisgrundlage dem Verfahren eine – auch für das Gericht – überraschende

---

30 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 227; zuletzt krit. auch BGH JR 2018, 579 f.

(zumindest punktuelle) „Wende“ geben zu können (Anstoß- und Kompensationsfunktion).[31] Diese Möglichkeit illustriert die eingangs beschriebene Funktion des Beweisantragsrechts, eine konsistente und vollständige Sachverhaltserforschung sicherzustellen, und unterstreicht zugleich den Grund, aus dem der Gesetzgeber dem Beweisantragsrecht auch in zeitlicher Hinsicht (durch das Präklusionsverbot in § 246 Abs. 1 StPO) weitestgehend Vorrang vor gegenläufigen prozessökonomischen Erwägungen einräumt.[32] Hat das Gericht allerdings im Rahmen der durchgeführten Beweisaufnahme[33] bereits eine derart sichere Beweisgrundlage gewonnen, dass es von der behaupteten Beweistatsache ohnehin überzeugt ist, kann es die beantragte, weitere Beweiserhebung hierzu im Interesse der Prozessökonomie ablehnen, eben weil die Beweistatsache „bereits erwiesen“ ist (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO). Die beantragte Ergänzung der Entscheidungsgrundlage *kann* sich in diesem Fall nicht (mehr) auf die Entscheidungsfindung auswirken.

Erwiesenheit erfordert danach allerdings zwingend eine auf die behauptete Beweistatsache fokussierte, punktuelle Beweisantizipation mit dem Ergebnis, dass aufgrund der *in der Hauptverhandlung* gewonnenen Erkenntnisse (auch) die weitere beantragte Beweiserhebung diese Beweistatsache allenfalls weiter untermauern wird.[34] Dabei ist auch nicht zu übersehen, dass § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO damit einen durchaus breiten Ausschnitt der nach Amtsermittlungsgrundsätzen (§ 244 Abs. 2 StPO) möglichen Beweisantizipation zum Gegenstand dieses Ablehnungsgrundes macht. Allerdings ist gerade *diese* Dimension der Beweisantizipation mit Blick auf die Funktion des

---

31 *Habetha/Trüg* GA 2009, 406, 410 f.; *Trüg* in Festschrift für von Heintschel-Heinegg (2015), S. 447, 449.

32 Auch mit Blick auf Beweiserhebungen, die das „Ergebnis“ letztendlich nicht zu beeinflussen vermögen, vgl. *Habetha/Trüg* GA 2009, 406, 411.

33 Die Überzeugung des Gerichts kann nur auf den Inbegriff der Hauptverhandlung gestützt werden, vgl. *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 263.

34 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 262.

Beweisantragsrechts als prozessuale Sicherung „unbedenklich". Beweisanträge, die „bereits erwiesene" Beweistatsachen behaupten, können – objektiv und von vornherein – der Gefahr, das Tatgericht könnte möglicherweise auf der bisherigen Beweisgrundlage vorschnell und im Ergebnis falsch entscheiden, nicht entgegenwirken. Das Beweisantragsrecht erfordert zur Sicherung einer vollständigen Sachverhaltsaufklärung zwar eine Verbreiterung der Beweisgrundlage, aber keine Vertiefung an denjenigen Stellen, an denen die (vorläufige) Würdigung des Gerichts derjenigen des Antragstellers entspricht. Derartige Beweiserhebungen können vielmehr – und konsequenter Weise auch dann, wenn sie zum Nachteil des Angeklagten wirken – aus prozessökonomischen Gründen unterbleiben.[35]

Dies gilt freilich nicht, wenn das Gericht das Gegenteil oder von der Beweistatsache Abweichendes für „bereits erwiesen" hält.[36] *Diese* Beweisantizipation ist grundsätzlich verboten, mit der Funktion des Beweisantragsrechts unvereinbar und scheidet daher erst recht im Rahmen von § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO aus.

Auch das letztgenannte Verbot kennt allerdings *eine* Ausnahme: die Prozessverschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 6 S. 2 StPO). Dieser Ablehnungsgrund, namentlich dessen Merkmal „Nutzlosigkeit" (der beantragten Beweiserhebung), erscheint in *objektiver* Hinsicht geradezu als Gegensatz der „Erwiesenheit" (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO): Eine Beweiserhebung ist „nutzlos", wenn sie das Gericht nicht überzeugen *kann*, im Fall der Erwiesenheit dagegen obsolet, weil das Gericht schon überzeugt *ist*. Verschleppungsabsicht erfordert – wie die Erwiesenheit der Beweistatsache – ebenfalls zwingend eine punktuell vorweggenommene, in der Sache allerdings diametral gegenläufige

---

35 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 57; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 261.

36 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 265.

Beweiswürdigung;[37] im Rahmen von § 244 Abs. 6 S. 2 StPO zunächst dahingehend, dass „die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann". Prozessverschleppungsabsicht enthält damit objektiv einen (weiteren) Teil derjenigen Fälle, in denen auch die Amtsermittlungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht zu der beantragten Beweiserhebung drängt und erlaubt, auch im Fall eines Beweisantrags auf die beantragte Verbreiterung der Beweisgrundlage zu verzichten. Dieser *konkrete* Missbrauchsvorbehalt, normiert – mit Blick auf die Funktion des Beweisantragsrechts – eine „echte" Ausnahme vom Verbot der Beweisantizipation.[38]

Jedoch gewährleistet diese objektive Voraussetzung *allein* die erforderliche Effektivität des Beweisantragsrechts nicht hinreichend, „Vorbehalte" der Strafjustiz zu überwinden, da es Tatgerichten vielfach ohne nennenswerte Schwierigkeiten gelänge, in freier vorweggenommener Würdigung das Verdikt der Nutzlosigkeit zu begründen, zumal dieses Verdikt gerade auf einer Entscheidungsgrundlage ohne Würdigung der unter Beweis gestellten Tatsache beruhen und damit der Kompensationsfunktion des Beweisantragsrechts zuwiderlaufen würde. Aus diesem Grund erfordert § 244 Abs. 6 S. 2 StPO darüber hinaus *subjektiv*, dass dem Antragsteller die Nutzlosigkeit der Beweiserhebung *„bewusst ist"*. Diese Kenntnis erscheint zugleich als Grundvoraussetzung einer Verschleppungs*absicht*. Denn nur dann erscheint die Kompensationsfunktion mit Blick auf den in Verschleppungsabsicht gestellten Beweisantrag ausgeschlossen. Dem Antragsteller diese Kenntnis beweiswürdigend konsistent belegen zu müssen, erscheint auch eingedenk der tatrichterlichen Freiheiten häufig (zu) ambitioniert. Gleichwohl bewahren diese subjektiven Anforderungen des *bewusst* (sehr) engen Missbrauchsvorbehalts das Beweisantragsrecht davor, *allein* durch abweichende antizipative Erwägungen des Tatrichters zu

---

37 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 93a; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 321: „umfassende Beweisantizipation".

38 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 317.

den objektiven Erfolgsaussichten der beantragten Beweiserhebung ausgehöhlt zu werden. Die subjektiven Voraussetzungen von Prozessverschleppungsabsicht beinhalten vielmehr *die* unverzichtbare Voraussetzung dafür, das Beweisantragsrecht als „prozessuale Sicherung" des materiellen Schuldprinzips aufrechtzuerhalten. Dagegen wäre das Beweisantragsrecht durch einen breiten Missbrauchsvorbehalt geradezu im Kern entwertet. Im Ergebnis beschränken die subjektiven Anforderungen die Anwendung der Regelung des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO – hierdurch vom Maßstab der Amtsermittlungspflicht weit entfernt – im Interesse *vollständiger* Sachverhaltsaufklärung auf (sehr) *seltene* Evidenzfälle.

Umso verfehlter erscheint das Ansinnen des „modernen" Gesetzgebers, diese Würdigung mit der Neuregelung in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO allein in die Hände des Vorsitzenden zu legen, sowie das damit verknüpfte Ziel, hierdurch die revisionsrechtliche Kontrolle (Kontrolldichte) zu reduzieren.[39] Verschleppungsabsicht unterstreicht allerdings auch in der aktuellen Fassung nach wie vor, dass *allein* eine Beweisantizipation, welche die prognostische Nutzlosigkeit nur objektiv belegt, zur Ablehnung von Beweisanträgen nicht hinreicht. Diese gesetzliche Wertung schließt – entgegen der zuletzt vom 5. Strafsenat des BGH geäußerten Auffassung[40] – die Fallgruppe von Beweisanträgen „aufs Geratewohl/ins Blaue hinein" aus, wonach bei prognostisch deutlich geringeren subjektiven Zweifeln in Person des Antragstellers („fehlende Anhaltspunkte für das Gelingen der Beweiserhebung") schon kein Beweisantrag vorliegen soll.[41] Diese Spruchpraxis ist dementsprechend zugleich mit dem Verbot der Beweisantizipation nicht in Einklang zu bringen, weil die Ablehnung aus Sicht

---

39 Krit. hierzu *Habetha* NJW 2022, 3557, 3560 f.; *Habetha* StraFo 2024, 41, 44 f.

40 BGH NStZ 2022, 57 m. Anm. *Trüg* NStZ 2022, 59 und auch schon *Trüg* in Festschrift für von Heintschel-Heinegg (2015), S. 447, 453 f. sowie BGHSt 66, 250, 259.

41 Im Einzelnen *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 127a ff.

der Strafjustiz „unwahrscheinlicher“ Beweisanträge den Nachweis der Kenntnis des Antragstellers von deren Nutzlosigkeit voraussetzt.[42]

V. Bedeutungsloses und Hypothetisches

Eine Beweiserhebung kann auch dann unterbleiben und ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn *„die Tatsache die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung ist“* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO). Diese Begrenzung des Beweisantragsrechts leuchtet im Fall einer Irrelevanz schon auf den ersten Blick unmittelbar ein. Ob eine behauptete Beweistatsache für die Entscheidung von Bedeutung ist (oder nicht), kann zudem ohne Beweisantizipation festgestellt werden, indem sie zum Verfahrensgegenstand (tatsächlich und rechtlich) in Bezug gesetzt wird. In diesem Sinn bedeutungslose Umstände können die *entscheidungserhebliche* Beweisgrundlage von vornherein nicht verbreitern.[43] Derartige Beweiserhebungen sollen aus prozessökonomischen Gründen unterbleiben, da sie für die Sachverhaltsaufklärung und die Entscheidungsfindung aufgrund des fehlenden Zusammenhangs mit dem Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unabhängig davon obsolet sind, ob die Beweiserhebung „gelingt“ (oder nicht).

Allerdings dehnt der BGH diesen Ablehnungsgrund in ständiger Rechtsprechung über Fälle der Irrelevanz hinaus auf Konstellationen von *Folgenlosigkeit* aus. Zwischen diesen beiden Fallgruppen liegen Welten. Sofern Beweisanträge, wie so oft, keine Haupttatsachen, sondern „nur“ Indiz- oder Hilfstatsachen betreffen, die *keinen* zwingenden Beweisschluss zulassen, sei, so die Rechtsprechung, eine hypothetische, punktuell vorweggenommene Beweiswürdigung dahingehend zulässig, ob das Gericht den vom Antragsteller intendierten (möglichen) Beweisschluss ziehen will (oder nicht). Nach dieser

---

42 *Habetha* StV 2011, 239, 242; *Trüg* NStZ 2022, 59; *Habetha* NJW 2022, 3557, 3558.

43 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 238.

Spruchpraxis sei eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache auch dann aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung bedeutungslos, wenn sie *trotz* eines Zusammenhangs mit der Urteilsfindung *„selbst im Fall ihrer Bestätigung keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt hätte, weil sie nur einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht der Überzeugung ist, dass dieser Schluss in Würdigung der gesamten Beweislage nicht gerechtfertigt wäre“*.[44] Ob Letzteres der Fall sei, habe *„das Tatgericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen“*, wobei es *„die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache so, als sei sie erwiesen, in ihrem vollen Umfang ohne Umdeutung, Einengung oder Verkürzung in das bisherige Beweisergebnis einzustellen und prognostisch zu prüfen“* habe, *„ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zu der potentiell berührten Haupttatsache bzw. zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde“*.[45]

Diese Spruchpraxis ist mit dem Verbot der Beweisantizipation unvereinbar[46] und gerät *aus diesem Grund* mit der Systematik weiterer Ablehnungsgründe, die dieses Verbot im vorliegenden Kontext begründen, in einen nicht auflösbaren Widerspruch. Betroffen sind die mit den Ablehnungsgründen der Erwiesenheit der Beweistatsache (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO) sowie der Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO) verbundenen gesetzlichen Wertungen. Die Beweisantizipation, die der BGH in ständiger Rechtsprechung vorsieht, erfolgt zweistufig. Der *erste* Prüfungsschritt fingiert die Beweistatsache in vollem Umfang „als wahr“, das heißt als „erwiesen“. Schon dieses Vorgehen ist mit den beiden genannten Ablehnungsgründen systematisch unvereinbar, sofern die Beweistatsache einen Zusammenhang mit der Urteilsfindung

---

44 BGH NStZ 2024, 377 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2024, 378 (Hervorhebung nicht im Original).

45 BGH NStZ 2024, 377 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2024, 378.

46 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 244.

aufweist. Einerseits setzt die Ablehnung eines Beweisantrags mit der Begründung, die Beweistatsache sei bereits erwiesen, zwingend voraus, dass das Gericht diese Überzeugung aus der bereits absolvierten Hauptverhandlung heraus *tatsächlich* gewonnen hat.[47] Zutreffend ist zwar, dass das Gericht in diesem Fall prozessual nicht gezwungen ist, den vom Antragsteller intendierten Beweisschluss aus der „bereits erwiesenen" Beweistatsache ebenfalls zu ziehen.[48] Die „bereits erwiesene" Beweistatsache kann in diesem Fall, wie bereits angedeutet, für die Entscheidung ohne Folgen bleiben oder sogar zum Nachteil des Angeklagten wirken. Diese möglichen Folgen – insbesondere andere als vom Antragsteller intendierte Schlüsse aus der Beweistatsache – setzen allerdings voraus, und hierin liegt die gesetzliche Wertung dieses Ablehnungsgrundes, dass die Beweisantizipation, welche das Verdikt der Erwiesenheit trägt, *ausschließlich* auf dem Inbegriff der bisherigen Hauptverhandlung (§ 261 StPO) beruht. Umgekehrt scheidet eine Behandlung von Beweistatsachen „als erwiesen" aus, wenn diese Würdigung auf Umständen außerhalb der Hauptverhandlung, etwa (noch) nicht eingeführten Aktenbestandteilen, beruht. Dies schließt eine bloße Fiktion erst recht aus und ergibt zusammengefasst folgenden Grundsatz:

Muss das Gericht eine Beweistatsache, die mit dem Verfahrensgegenstand in Zusammenhang steht, bei seiner Entscheidung berücksichtigen, darf ein Beweisantrag, der den Nachweis eben dieser Beweistatsache zum Gegenstand hat, nur dann aus prozessökonomischen Gründen abgelehnt werden, wenn das Gericht die sichere Überzeugung von der Beweistatsache bereits aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewonnen hat.

Dieser Grundsatz wird – im Sinne einer (der einzigen) Ausnahmeregelung – nur durch den weiteren Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung für eine

---

47 *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 57; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 263.

48 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 268.

besondere Ausnahmekonstellation relativiert. Danach kann *„eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung [!] des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden […], als wäre die behauptete Tatsache wahr“* (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO). Der Wortlaut dieses Ablehnungsgrundes erlaubt die Fiktion von Beweistatsachen und durchbricht den oben genannten, aus der Erwiesenheit abgeleiteten Grundsatz. Dies gilt allerdings nur, sofern zwei Bedingungen kumulativ vorliegen, die im Ergebnis wiederum ineinandergreifen: Es muss sich um *erhebliche* Beweistatsachen handeln, die entlastend – d.h. ausschließlich zugunsten des Angeklagten – wirken. Muss das Gericht also eine Beweistatsache, die mit dem Verfahrensgegenstand in Zusammenhang steht, bei seiner Entscheidung berücksichtigen, *ohne* dass das Gericht bereits aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung eine sichere Überzeugung gewonnen hat, darf ein Beweisantrag, der den Nachweis eben dieser Beweistatsache zum Gegenstand hat, nur dann aus prozessökonomischen Gründen abgelehnt werden, wenn das Gericht die Beweistatsache *mit Wirkung zugunsten* des Angeklagten in der Beweiswürdigung berücksichtigt und die Amtsermittlungspflicht nicht entgegensteht.[49] Dies schließt den *zweiten* Prüfungsschritt aus der Spruchpraxis des BGH zur tatsächlichen Bedeutungslosigkeit, wonach im Rahmen einer punktuell-hypothetischen Beweiswürdigung die potentielle *Folgenlosigkeit* der (zuvor als erwiesen fingierten) Beweistatsache festgestellt wird, systematisch aus, denn: Entlastende Erheblichkeit ist *das Gegenteil* hypothetischer Folgenlosigkeit.

Im Ergebnis erlaubt das Beweisantragsrecht Beweistatsachen nur dann aus prozessökonomischen Gründen als erwiesen zu behandeln, wenn sie tatsächlich (bereits) erwiesen *sind*, oder, sollte letzteres nicht der Fall sein, nur dann, wenn der Tatrichter die Beweistatsache tatsächlich entlastend berücksichtigt. Anderen oder weitergehenden hypothetischen Erwägungen steht in der Systematik der Ablehnungsgründe das Verbot der Beweisantizipation entgegen und es bleibt bei dem Beweiserhebungsanspruch des Antragstellers. Im

---

[49] Zum Vorrang der Amtsermittlungspflicht *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 343 m.w.N.

Unterschied hierzu mäandert die abweichende Auffassung der Rechtsprechung zur tatsächlichen Bedeutungslosigkeit in der Sache – auch systematisch unzulässig – zwischen Erwiesenheit und Wahrunterstellung, wobei sich diese Spruchpraxis aus den jeweils passenden antizipativen Freiheiten beider Ablehnungsgründe ergibt: Sie entnimmt der Wahrunterstellung (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO) die Freiheit zur „Fiktion" unbewiesener Umstände und der Erwiesenheit (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO) die Freiheit, derartige Umstände hypothetisch ungezwungen als folgenlos zu würdigen, als wären sie erwiesen. So gesehen kreiert diese Rechtsprechung einen neuen – eigenständigen – Ablehnungsgrund, der im Kanon des § 244 Abs. 3 S. 3 StPO nicht vorgesehen ist.

Damit ist dem Beweisantragsrecht im Sinne eines Beweiserhebungsanspruchs auch die Wertung immanent, dass die Qualität einer nur hypothetischen Beweiswürdigung auch normativ nicht mit derjenigen vergleichbar ist, die auf der realen Wahrnehmung der Beweiserhebung durch das Gericht in der Beweisaufnahme beruht.[50] Die deduktiv-logische Würdigung hypothetischer Beweise „am grünen Tisch" kompensiert eine Beweiserhebung danach grundsätzlich nicht. Der *tatsächliche* Wert eines Beweismittels für die Sachverhaltsaufklärung kann vielmehr erst beurteilt werden, wenn die Beweiserhebung erfolgt ist. Der Umstand, dass die Rechtsprechung (auch) den Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung insoweit modifiziert, wonach ein entlastender Beweisschluss zum Zeitpunkt der Ablehnungsentscheidung noch nicht absehbarer sein müsse,[51] erscheint in diesem Kontext als eine Art „Folgefehler", um die von der Rechtsprechung gebilligte gängige Praxis zu legitimieren, die (sich ausschließenden) Ablehnungsgründe der Wahrunterstellung und

---

50 Vgl. zutreffend *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024) § 244 Rn. 185; hierzu auch *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 341 f.

51 Hierzu *Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 67. Aufl. (2024), § 244 Rn. 68 m.w.N.; krit. hierzu *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024) § 244 Rn. 218; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 342.

Bedeutungslosigkeit geradezu zwanglos „auszutauschen".[52] Richtigerweise steht das Verbot der Beweisantizipation auch einer hypothetischen Beweiswürdigung auf Grundlage einer bloßen Fiktion entgegen, es sei denn, das Gericht zieht den entlastenden Schluss aus der erheblichen Beweistatsache zugunsten des Antragstellers. Im Ergebnis bleibt es dabei, was der Gesetzeswortlaut von § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO ohnehin nahe legt, dass eine Beweistatsache nur dann „tatsächlich bedeutunglos" ist, wenn sie die Entscheidungsfindung deshalb nicht beeinflussen kann, weil der Tatrichter diese mit Blick auf den Verfahrensgegenstand weder zu bedenken noch zu würdigen hat.

VI. Völlig Ungeeignetes

Schließlich ist es – objektiv und unabhängig von Einzelfall und Beweisantizipation – ausgeschlossen, dass eine beantragte Beweiserhebung die Entscheidungsgrundlage in entscheidungserheblicher Weise verbreitern könnte, wenn das Beweismittel *„völlig ungeeignet"* ist, um die Beweistatsache nachzuweisen (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO). Vielmehr ist ein Gelingen der Beweiserhebung in diesem Fall von vornherein sicher auszuschließen. Das Beweismittel *kann* zur Sachverhaltsaufklärung nichts beitragen. Hieraus folgt allerdings, dass die generelle Beweiseignung nur in Relation zur Beweisbehauptung beurteilt werden kann.[53] Dabei unterstreicht bereits der Wortlaut („*völlig* ungeeignet"), dass nur Beweismittel erfasst sind, die generell, das heißt ausnahmslos, zur Bestätigung der Beweistatsache ungeeignet sind.[54] Gleichwohl nutzt die Rechtsprechung das Verhältnis zwischen Beweismittel und Beweistatsache als Einfallstor für hypothetisch-spekulative Erwägungen, um die Validität oder Qualität des Beweismittels desavouieren und auf diese Weise (auch) den

---

52 Vgl. BGH NStZ 2021, 314 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2021, 315.

53 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 275.

54 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 278.

Ablehnungsgrund „völliger Ungeeignetheit“ durch eine vorweggenommene Beweiswürdigung begründen zu können. Diese Erweiterung des Ablehnungsgrundes ist mit dem Verbot der Beweisantizipation unvereinbar.[55]

Zwar genüge, so der BGH, ein erwartbarer geminderter Beweiswert des Beweismittels nicht; ebenso wenig die „vermutliche“ Nutzlosigkeit der beantragten Beweiserhebung.[56] Allerdings könne eine beantragte Erhebung von Beweismitteln, die grundsätzlich zum Nachweis der Beweistatsache geeignet sind, auch dann unterbleiben, wenn sich die Beweisbehauptung – unabhängig vom bisherigen Ergebnis der Beweisaufnahme – „nach allgemeiner, sicherer Lebenserfahrung“ mit dem benannten Beweismittel nicht erzielen lasse.[57] Daran schließt sich eine umfangreiche Kasuistik etwa zum Zeugenbeweis an, in welchen Fällen Beweispersonen beispielsweise länger zurückliegende Wahrnehmungen – im Sinne eines subjektiven Unvermögens – nach allgemeiner Lebenserfahrung, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht mehr erinnern (könnten).[58] Dies führt in eine Beweisantizipation, die der Ablehnungsgrund *völliger* Ungeeignetheit nicht zulässt, weil dieser im Grunde schon nach seinem Wortlaut Spekulationen über die Validität eines – grundsätzlich geeigneten – Beweismittels ausschließt.[59]

---

55 *Frister* in SK, StPO, 6. Aufl. (2024) § 244 Rn. 190 f.; *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 279.

56 BGH NStZ-RR 2002, 242; zur Frage der völligen Ungeeignetheit des Sachverständigenbeweises *Ventzke* NStZ 2022, 247.

57 Etwa BGH NStZ 1995, 45; BGH NStZ-RR 2013, 185.

58 Zu dieser Fallgruppe *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 291 m.w.N.

59 *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 278 mit Blick auf den Begriff „völlig“.

VII. Schlussbetrachtung

Dieser kleine, exemplarische Überblick zeigt das Bestreben der Rechtsprechung, verschiedene Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3 S. 3 StPO mit unterschiedlichen beweisantizipativen Elementen zu versehen, um der Strafjustiz die Ablehnung von Beweisanträgen zu erleichtern. Im Ergebnis begründet dieser Befund jedoch keine Zweifel am Verbot der Beweisantizipation im Beweisantragsrecht, sondern an der Rechtsprechung des BGH hierzu.

Richtig ist, dass das Verbot der Beweisantizipation im Beweisantragsrecht, d.h. im Rahmen der Ablehnungsgründe, nicht schlechthin gilt, mit Blick auf dessen Funktion auch nicht schlechthin gelten muss. In denjenigen Bereichen, in denen eine Beweisantizipation die Funktion des Beweisantragsrechts nicht gefährden kann, ist (bleibt) diese zulässig und prozessökonomischen Erwägungen der Vorrang eingeräumt. Dies zeigt der Ablehnungsgrund der Erwiesenheit der Beweistatsache.

Allerdings hat die Rechtsprechung den (diesen) Rubikon seit geraumer Zeit überschritten. Schon im Rahmen des Offenkundigen belässt es der BGH nicht bei allgemeinkundigen Umständen, sondern betritt mit seiner Rechtsprechung zur Gerichtskundigkeit das Plateau derjenigen Beweisgrundlagen, die erst im Rahmen der Beweisaufnahme „zu klären“ sind. Dabei beinhaltet ein individuelles Sonderwissen eines einzelnen Tatgerichts alles andere als unumstößliche Gewissheiten.

Die Beweisantizipation, mit welcher der BGH auch hypothetisch folgenlose Indiz- und Hilfstatsachen trotz Sachbezug als bedeutungslos behandelt, steht im Spannungsfeld zwischen Erwiesenheit und Wahrunterstellung. Richtigerweise ist die gewählte Kombination von Fiktion und Folgenlosigkeit unzulässig. Auch wenn aus Sicht der Strafjustiz gerade hierfür ein besonderes praktisches Bedürfnis bestehen mag, die mit Beweisanträgen verbundenen Belastungen abzumildern, sollten die Strafsenate diese Spruchpraxis, die mit dem Verbot der Beweisantizipation deutlich „über Kreuz liegt“, gründlich überdenken, zumal die seitens des BGH hierfür ins Feld geführten Argumente wenig

zwingend erscheinen.[60] Im Ergebnis führt diese Rechtsprechung zu Friktionen – im Einzelfall auch mit der Amtsermittlungspflicht –, in denen sich selbst die Tatgerichte nicht selten verlieren.[61] Überdies beinhaltet auch die „völlige Ungeeignetheit" des Beweismittels, anders als die Rechtsprechung meint, keinen Ablehnungsgrund, der über die generelle Beweiseignung hinaus einer Beweisantizipation zugänglich ist.

In der Sache kennt das Beweisantragsrecht nur *eine* Ausnahme vom Verbot der Beweisantizipation: den konkreten Missbrauchsvorbehalt (nunmehr) in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO. Prozessverschleppungsabsicht erfasst Beweisanträge, die nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers ergeben können, allerdings nur dann, wenn dem Antragsteller die Nutzlosigkeit seines Beweisbegehrens bewusst ist. Diese Konstellationen beinhalten nur einen geringen Bruchteil derjenigen Fälle, in denen die Amtsermittlungspflicht Tatgerichten in freier Beweiswürdigung vorab erlaubt, von weiteren Beweiserhebungen Abstand zu nehmen.

Das Beweisantragsrecht gilt als eine „schwierige" Materie. Dabei sind die Ablehnungsgründe im Kern jeweils eher „einfach" – nach ihrem jeweiligen Wortlaut geradezu „simpel" – gestrickt, deren Vorgaben stringent an objektiven – vom Einzelfall gelösten – Kriterien ausgerichtet. Deren Komplexität entsteht vielfach erst durch die extensive Handhabung durch die Rechtsprechung, die – freilich in gewissen, jeweils abweichenden Grenzen – eine Beweisantizipation zulässt. Dies führt teilweise zu einer nur noch schwer überschaubaren Kasuistik und zu Widersprüchen. Gleichwohl erscheinen diese Folgen aus Sicht der Strafjustiz offenbar eher akzeptabel als die Belastung im Einzelfall durch weitere Beweiserhebungen auf Antrag von Verteidigung und

---

60 Hierzu *Trüg/Habetha* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 244 Rn. 246.

61 Als ein Paradebeispiel insoweit BGH NStZ 2021, 314 m. Anm. *Ventzke* NStZ 2021, 315.

Angeklagten. Gerade letzteres zu erreichen, ist allerdings das Anliegen des Beweisantragsrechts.

Der *Jubilar* streitet seit vielen Jahren nicht nur als einer der anerkanntesten Revisionsverteidiger, sondern auch durch zahlreiche Publikationen für eine angemessene Handhabung des Beweisantragsrechts in Theorie und Praxis. Hierfür gebührt *Klaus-Ulrich Ventzke* größte Anerkennung und Respekt. Nebenbei hat der *Jubilar* auch unser Verständnis dieses elementaren und zentralen Rechts der Verteidigung in der Hauptverhandlung geprägt. Sein Name ist untrennbar mit der wichtigen Materie des Beweisantragsrechts verbunden.

Marc Tully

Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke als Richter

I. Einleitung

Klaus-Ulrich Ventzke als Revisionsverteidiger zu würdigen, ist für einen Richter im Landesdienst – selbst für den Vorsitzenden eines „kleinen" Revisionssenats an einem Oberlandesgericht – vermessen. *Ventzkes* Domäne sind die Strafsenate des Bundesgerichtshofs und die wissenschaftliche Begleitung der dortigen Rechtsprechung, vor allem der des Strafverfahrensrechts. Seine – inzwischen vom Verlag akademisch verniedlichend genannten – „Praxiskommentare" in der NStZ zu wichtigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sind immer – auch sprachlich – ein großer Gewinn für den Leser.

Ich blicke daher im Folgenden auf eine eher weniger prominente Facette seines beruflichen Wirkens, die ich qua Amt vielleicht besser zu würdigen in der Lage bin: *Klaus-Ulrich Ventzke* als Richter. Hierher gehört zunächst seine Tätigkeit als Mitglied des Hamburgischen Anwaltsgerichtshofs. In einem zweiten Schritt beleuchte ich seine richterliche Tätigkeit in einem revisionsrechtlichen Moot Court, in dem ich mehrere Jahre gemeinsam mit *Klaus-Ulrich Ventzke* zusammenwirken durfte.

II. *Ventzke* und die Anwaltsgerichtsbarkeit

Der Hamburgische Anwaltsgerichtshof entscheidet in erster Instanz über alle Streitigkeiten, die den Erwerb oder den Widerruf der Zulassung und sonstige berufsrechtliche Rechte und Pflichten der Hamburger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte betreffen. Ferner ist er das zuständige Berufungs- und

Beschwerdegericht für die Ahndung schuldhafter Berufspflichtverletzungen. Der Anwaltsgerichtshof ist ein staatliches Gericht mit einem ausschließlichen Rechtsweg im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG und eigener Gerichtsverfassung. Die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten werden als verwaltungsrechtliche Anwaltssachen bezeichnet und gemäß § 112c BRAO in entsprechender Anwendung der VwGO geführt. Für die anwaltsgerichtlichen Verfahren sind in erster und zweiter Instanz neben der BRAO ergänzend das GVG und die StPO sinngemäß anzuwenden. Zehn der insgesamt 18 Richterinnen und Richter am Anwaltsgerichtshof sind ehrenamtlich tätige, in Hamburg zugelassene Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte. Die übrigen Mitglieder des Anwaltsgerichtshofs sind Berufsrichterinnen oder Berufsrichter, die am Hanseatischen Oberlandesgericht tätig sind. Alle Richter werden von der Justizbehörde für eine Amtszeit von inzwischen fünf Jahren bestellt.

Angesichts seiner strafprozessualen Expertise und seines nicht nur in den Kreisen der Anwaltschaft makellosen Rufes besonderer persönlicher und professioneller Integrität verwundert es nicht, dass die Hanseatische Rechtsanwaltskammer *Klaus-Ulrich Ventzke* bereits im Jahre 1999 zur Wahl für ein Amt als Richter des Hamburgischen Anwaltsgerichtshof vorschlug. Im November 1999 trat er seine erste Amtszeit als Richter an. Nach erfolgter Wiederwahl im November 2003 wurde er mit Wirkung zum 1. April 2004 zum Vorsitzenden des II. Senats bestellt und im Oktober 2007 für eine weitere – nunmehr fünfjährige – Amtsperiode wiedergewählt.

Zu den prominentesten Verfahren in seiner Amtszeit gehörte sicher das Verfahren zur Ungültigkeit der Wahlen zum Vorstand der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer.[1] Bei der Rechtsanwaltskammer Hamburg wurde ein Teil der Vorstandsmitglieder aufgrund einer seit 1949 praktizierten Übung jährlich gewählt. Dieser Wahlmodus wurde vom Anwaltsgerichtshof Hamburg für ungültig erklärt. Aus dem Wortlaut des § 68 Abs. 2 BRAO folgerte das Gericht,

---

[1] AGH Hamburg II ZU 8/07, Beschluss v. 24.6.2009.

dass alle zwei Jahre jeweils die Hälfte der Mitglieder des Vorstandes (bei ungerader Zahl abwechselnd die größere und die niedrigere Zahl) gewählt werden müsse. Es reiche nicht aus, dass über einen Zeitraum von zwei Jahren die Hälfte der Mitglieder des Vorstands zur Wahl stehe.

Klaus-Ulrich Ventzke wirkte an dem Verfahren allerdings nicht mit. Er wurde mit Blick auf seine berufliche Verbundenheit mit *Gerhard Strate*, der als Vorstandsmitglied der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer von dem Verfahren unmittelbar betroffen war, wegen Besorgnis der Befangenheit von seiner richterlichen Funktion entbunden. Es spricht wiederum für sich, dass *Ventzke* diesen bloß möglichen Anschein einer Befangenheit sofort nach Eingang der Sache in seinem Senat von sich aus anzeigte und um seine Ablösung in dem Verfahren bat. So wie ich *Klaus-Ulrich Ventzke* kenne, wäre er in der Sache nie befangen gewesen und hätte *„without fear or favor“* auch hier entschieden. Aber hier – wie auch im Strafprozessrecht – hat er auch in eigener Sache allein auf den bloß möglichen Anschein abgestellt.

Ausscheidende Senatsvorsitzende des Anwaltsgerichtshofs werden von der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer in der Regel mit einem Festakt anlässlich eines Abendessens in so vornehmen Räumlichkeiten wie dem Überseeclub geehrt, zu dem auch Vertreter der Justiz eingeladen werden. Als ich *Klaus-Ulrich Ventzke* fragte, warum ihm eine solche Ehrung nicht zuteilwerde, antwortete er sinngemäß, dass er es nicht für angebracht halte, sich auf Kosten der Pflichtbeiträge der Kammermitglieder dafür feiern zu lassen, dass er seine Pflicht erfüllt habe. Auch das ist paradigmatisch für *Ventzkes* gänzlich uneitlen und bescheidenen Habitus.

III. *Ventzke* und der Moot Court

Vor einigen Jahren habe ich angefangen, zusammen mit den Strafrechtlern der Bucerius Law School einen revisionsrechtlichen Moot-Court für Studierende der Rechtswissenschaften auszurichten. Dabei treten die Studierenden in

Teams an und bereiten – in den Verfahrensrollen der Verteidigung und des Generalbundesanwalts – eine strafgerichtliche Revisionshauptverhandlung vor, in der sie die Plädoyers halten. Zur „Senatsbesetzung“ gehörten in der Vergangenheit – neben *Klaus-Ulrich Ventzke* – etwa die Bundesrichter *Britta Erbguth, Marc Wenske* und *Nikolaus Berger* sowie *Birte Meyerhoff, Cornelia Gädigk* und *Otmar Kury*. Inzwischen ist das Format um die Universität Hamburg erweitert worden. Es treten jetzt jeweils ein Team der Bucerius Law School gegen ein Team der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg an. Der jeweils zur Verhandlung anstehende Fall wird alternierend von den Hochschullehrern der beiden Fakultäten (derzeit federführend: *Karsten Gaede, Paul Krell, Milan Kuhli* und *Ralf Peter Anders*) entwickelt. Die Studierende werden für ihre Leistungen bewertet und erhalten für ihre Teilnahme einen Seminarschein.

Klaus-Ulrich Ventzke als „Beisitzer“ zu erleben, ist ein Genuss. In der Beratung seziert er mit größter sprachlicher und intellektueller Präzision jede noch so kleine Schwäche in der Argumentation der Verfahrensbeteiligten, wie auch im Übrigen im Gang der Beratungen des „Gerichts“. Er ließ auch den Hochschullehrern in der Gestaltung des Falles keine Nachlässigkeiten durchgehen und erinnerte – notfalls auch vehement – an die Notwendigkeit der Präzision bis hinein in die Formalitäten des Aufbaus des Rubrums. Dieser strenge Formalismus, der ihm auch im echten Strafprozess zu Recht ein Herzensanliegen ist, tat dem Moot Court immer gut. Seine kritischen Einwürfe, wenngleich erfrischend pointiert vorgetragen, waren dabei immer wertschätzend und warmherzig und getragen von echter Bewunderung für die Leistungen der Studierenden.

Ich bedauere sehr, dass *Klaus-Ulrich Ventzke* seine „Beisitzertätigkeit“ im Moot Court vorläufig eingestellt hat. Es hätte ihn bestimmt gefreut, dass wir im Jahre 2024 in einer der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. Januar

2013[2] in Teilen nachgebildeten Konstellation der auf eine fehlerhafte Feststellung nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO gestützten Inbegriffsrüge zum Erfolg verholfen haben.

IV. Bedauerliche Restriktionen des deutschen Dienstrechts

Seit etwas über einem Jahr hat das Hanseatische Oberlandesgericht wieder von der im Dienstrecht verankerten Möglichkeit Gebrauch gemacht, beamtete Universitätsprofessoren im zweiten Hauptamt als Richter zu ernennen. Seitdem zählt das Gericht die Professoren *Kai Cornelius* und *Milan Kuhli* zu seinen Mitgliedern. Letzterer ist vom Präsidium des Hanseatischen Oberlandesgerichts dem 2. Strafsenat zugewiesen worden, dessen Vorsitz ich nach § 21e Abs. 1 Satz 3 GVG übernommen habe. Ich kann daher aus eigener Anschauung beurteilen, wie fruchtbar und bereichernd es für ein Gericht ist, mit Juristen anderer beruflicher Sozialisierung und hauptberuflicher Tätigkeit zusammenzuwirken. Ich bedauere, dass es – jenseits ganz weniger Ausnahmen etwa an den Landesverfassungsgerichten und den hier aufgezeigten Möglichkeiten in der Berufsgerichtsbarkeit – in Deutschland keine Rechtsanwälte „im zweiten Hauptamt" in den Gerichten gibt. Ich hätte gerne mit *Klaus-Ulrich Ventzke* auch in einem „echten" Gericht zusammengearbeitet.

Zu meinen Aufgaben als Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts gehört es – unter Beachtung der strengen Leitplanken des Art. 97 Abs. 1 GG –, dienstliche Beurteilungen über und Ernennungs- und Beförderungsvorschläge für Richter abzugeben. Unter dem Eindruck vielfältiger persönlicher Begegnungen und Erfahrungen mit *Klaus-Ulrich Ventzke* kann ich unter Heranziehung der Diktion des richterlichen Dienstrechts attestieren, dass er auch für jedes richterliche Amt in persönlicher und fachlicher Hinsicht *„hervorragend geeignet"* wäre.

---

[2] BGH NStZ-RR 2013, 255.

MARC WENSKE

Betrachtungen zur Hauptverhandlung im Revisionsverfahren

Als Proberichter sprach ich *Klaus-Ulrich Ventzke* auf eine kurz zuvor gewonnene rechtliche Erkenntnis an, derzufolge Richter prozessuale Fragen in den schriftlichen Urteilsgründen tunlichst weglassen sollten. *„Wieso?“,* hielt er mir entgegen, obwohl er die Gründe dafür freilich kannte. Mit einem gewissen Triumphgefühl ergänzte ich damals, dass das Tatgericht anderenfalls dem Revisionsverteidiger ja die Arbeit für seinen Vortrag zu den eine Verfahrensrüge begründenden Tatsachen erleichtern könnte.[1] Deswegen gelte „besser weglassen“. Noch heute klingt mir die Replik des Jubilars im Ohr: *„Warum denn, wenn man nichts zu verbergen hat?“*

Der von ihm damit reklamierte Umgang des Gerichts mit den Verfahrensbeteiligten im prozessualen Ringen um das Recht schien auch in den Folgejahren in Gesprächen mit ihm immer wieder auf. In Erinnerung sind mir besonders wertschätzende Berichte über einzelne Richterinnen und Richter aus der Tatsacheninstanz geblieben. Diese gründeten nicht allein auf deren rechtlicher Kompetenz; von besonderer Bedeutung war für ihn stets eine erkennbar äquidistante, professionelle und transparente Verhandlungsführung, die von einem empathischen Umgang mit den Belangen der Verfahrensbeteiligten getragen war. Sein eigenes professionelles Agieren im Prozess maß *„KUV“* anhand vergleichbar hoher Maßstäbe. Auch deshalb war ihm der Gedanke fremd,

---

[1] Vgl. dazu *Ventzke* NStZ 2009, 171, 172.

als Verteidiger in der Tatsacheninstanz Fallstricke für das Tatgericht auszulegen, um damit in der Revision zu punkten.[2]

Einen unmittelbaren persönlichen Eindruck von den Richterinnen und Richtern der Strafsenate erhalten die Verfahrensbeteiligten ebenso wie die Öffentlichkeit nach geltender Rechtslage allerdings nur selten. Denn im Revisionsverfahren werden nur wenige Hauptverhandlungen durchgeführt; es dominiert das Beschlussverfahren nach § 349 StPO.[3] Auch wenn dies den *Jubilar* nicht an der Leistungsfähigkeit des Rechtsmittels hat zweifeln lassen,[4] soll im Folgenden die Bedeutung der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren im Mittelpunkt stehen. Insbesondere soll aktuellen rechtspolitischen Bestrebungen entgegengetreten werden, die aus Gründen vermeintlicher Ressourcenschonung die Anzahl der Hauptverhandlungen noch weiter reduzieren wollen. Der daraus folgenden faktischen Abschaffung mündlicher Verhandlungen vor den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs soll eine – freilich persönliche – revisionsrichterliche Sicht entgegengestellt werden. Dazu ist zunächst die Rechtsentwicklung des § 350 StPO zu umreißen (nachstehend I.) und dabei auch auf die im Juli 2025 in Kraft getretene Neufassung einzugehen (nachstehend II.). Sodann wird die aktuelle rechtspolitische Initiative der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 5. und 6. Juni 2025 in Bad Schandau dargestellt (nachstehend III.) und bewertet (nachstehend IV.-VII.).

---

2 Anschaulich zu solch‘ „törichter“ Verteidigungstaktik *Ventzke* NStZ 2003, 104; *ders*. HRRS 2010, 461, 470.

3 Ganz im Sinne eines wertschätzenden Miteinanders ist es seit Jahren üblich, die Entscheidungen nach § 349 Abs. 2 StPO nicht mehr als „offensichtlich unbegründet“ zu tenorieren.

4 Vgl. *Ventzke* NStZ 2003, 104.

I. Von normativer Regel und faktischer Ausnahme

Der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung von 1877 sah für das Revisionsverfahren grundsätzlich eine mündliche Verhandlung vor; nur unzulässige Revisionen sollten im Beschlusswege verworfen werden (§ 389 Abs. 1 RStPO).[5] Allerdings waren schon im Gesetzgebungsverfahren Zweifel an der Notwendigkeit mündlicher Verhandlungen laut geworden, wonach *„der Natur eines nur den Rechtspunkt betreffenden, eine schriftliche Begründung erfordernden Rechtsmittels der mündlichen Ausführung der Beschwerdegründe vor dem Richter der höheren Instanz keine wesentliche Bedeutung beiwohnt"*.[6] Warum damals gleichwohl an der mündlichen Verhandlung als Regelfall festgehalten wurde, erhellen die Gesetzesmaterialien leider nicht.

In den 20er-Jahren des vorigen Jahrhunderts waren die mit der regelhaft durchzuführenden Hauptverhandlung verbundenen gerichtlichen Belastungen offenbar geworden.[7] Das Reichsgericht war zur Vermeidung von Hauptverhandlungen zwischenzeitlich dazu übergegangen, auch als offensichtlich erfolglos bewertete Revisionen im Beschlusswege – als rechtsmissbräuchlich und deshalb als unzulässig – zu verwerfen.[8] Eine aus dem Reichsgericht kommende Anregung, das Beschlussverfahren gesetzlich auf diese Fälle auszuweiten,[9] griff der Gesetzgeber auf.[10] Die Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung sollte zwar auch weiterhin die gesetzliche Regel sein; fortan konnte aber im Beschlusswege entschieden werden,[11] wenn die Revision

---

5 Vgl. *Fezer* StV 2007, 40, 41.

6 *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, S. 255; vgl. ferner die Nachweise bei *Fezer* StV 2007, 40, 41.

7 Vgl. *Fezer* StV 2007, 40, 42.

8 Vgl. *Fezer* StV 2007, 40, 42 mwN.

9 Vgl. *Lobe* JW 1925, 1612.

10 Vgl. *Fezer* StV 2007, 40, 42 mwN.

11 Vgl. *Rissing-van Saan* StraFo 2010, 359.

offensichtlich unbegründet war. Erforderlich dafür war ein entsprechender Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft und eine einstimmige Entscheidung des Revisionssenats dahin, dass für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar war, dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler aufwies, und die Revisionsrügen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen konnten.[12]

Obgleich die Hauptverhandlung auch nach der Neufassung durch die „lex Lobe“[13] der normative Normalfall der Verfahrenserledigung geblieben ist, hat die Gesetzesreform ihre rechtspraktische Wirkung nicht verfehlt; die Hauptverhandlung hat seither an Bedeutung verloren.[14] Der Anteil von Erledigungen im Beschlusswege stieg schon vor dem Zweiten Weltkrieg erheblich an und erhöhte sich in den 50er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts noch einmal deutlich.[15] Dieser Entwicklung gebot auch die 1964 durch das Strafprozessänderungsgesetz eingeführte Voraussetzung eines zu begründenden Antrags der Revisionsstaatsanwaltschaft als regulativer Sicherungsmechanismus[16] keinen Einhalt.[17] Von 3.056 Revisionssachen wurden vom Bundesgerichtshof im Jahre 2022 lediglich 159[18] und ein Jahr später von 3.169 Verfahren nur 160 durch Urteil erledigt.[19]

---

12 Vgl. bereits *Lobe* JW 1925, 1612.

13 Vgl. näher SK-StPO/*Wohlers*, StPO, 5. Aufl., § 349 Rn. 11 mwN.

14 Krit. dazu etwa *Knauer* NStZ 2014, 1, 6.

15 Näher dazu *Barton*, der für die 50er-Jahre noch etwa 1.000 Urteile jährlich ermittelt hat, vgl. StRR 2014, 404; vgl. ferner *Schlothauer*, StraFo 2000, 289, 292; *Rissing-van Saan* StraFo 2010, 359.

16 Vgl. BT-Drucks. 3/2037, S. 42; näher SK-StPO/*Wohlers*, StPO, 5. Aufl., § 349 Rn. 12 mwN.

17 Vgl. *Fezer*, StV 2007, 40, 43; *Schlothauer* StraFo 2000, 289, 292.

18 Vgl. *Sander* Hdb. d. StrfV, § 59 Rn. 139.

19 Vgl. *Krehl* in Festschrift 50 Jahre Deutsche Strafverteidiger e.V. (2024), S. 259, 272.

Eine Hauptverhandlung ist nach geltendem Recht also nur erforderlich, wenn die Voraussetzungen des § 349 Abs. 2, 3 und 4 nicht vorliegen, also etwa ein entsprechender Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft fehlt (so regelhaft bei Revisionen der Staatsanwaltschaften)[20], es an der notwendigen Einstimmigkeit des Revisionssenats zur Frage des Erfolgs des Rechtsmittels oder aber der Offensichtlichkeit fehlt.[21] In Ausnahmefällen kann sie auch wegen der besonderen Bedeutung der Sache geboten sein.

Es ist festzuhalten, dass dem Bundesgerichtshof nur durch diese überwiegende Anwendung des Beschlussverfahrens eine Erledigung der jährlich pro Senat eingehenden 600 bis 750 Revisionssachen möglich ist.[22] Gleichwohl ist mit guten Gründen zu bezweifeln,[23] dass dem Reformgesetzgeber von 1922 und von 1964 das zugrundeliegende weite Verständnis der „Offensichtlichkeit“ und eine derart breite Anwendung des Beschlussverfahrens vor Augen stand. Auch wenn den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist, dass sich das Beschlussverfahren bewährt habe,[24] so bleibt doch offen, aus welchem Grund an der Hauptverhandlung überhaupt festgehalten wurde, ob ihr etwa Erkenntnisvorteile gegenüber dem Beschlussverfahren zugedacht wurden und welche Funktion sie im Revisionsverfahren überhaupt haben soll.[25]

---

20 Kritisch dazu *Norouzi* StV 2015, 773, 775; *ders*. in Festschrift für Werle (2022), S. 853, 854.

21 Vgl. BT-Drucks. 3/2037, S. 42.

22 Vgl. bereits *Detter* StV 2004, 345, 350.

23 Dies hat überzeugend *Fezer* StV 2007, 40, 42 herausgearbeitet; vgl. auch BVerfG NJW 1982, 324: *„Dieses Vorgehen dient dem Zweck, den Revisionsgerichten die rasche Erledigung solcher Revisionen zu ermöglichen, die von vornherein keine Aussicht auf Erfolg haben. In diesen Fällen ist die zeitraubende Durchführung der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung entbehrlich“*.

24 Vgl. BT-Drucks. 3/2037, S. 42.

25 Vgl. *Fezer* StV 2007, 40, 45.

II. Die Neufassung von § 350 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 StPO

Antworten hierauf bleibt auch die jüngste Reform des § 350 StPO schuldig. Mit Wirkung vom 17. Juli 2025 trat die Neufassung des § 350 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 StPO durch das Gesetz zur weiteren Digitalisierung der Justiz vom 12. Juli 2024 in Kraft.[26] Damit wurde im Revisionsverfahren die Möglichkeit eingeführt, dass die Verfahrensbeteiligten an der Hauptverhandlung von einem anderen Ort aus teilnehmen können, sofern diese zeitgleich in Bild und Ton dorthin und in den Sitzungssaal übertragen wird (Abs. 3; nachstehend 1.). Der Gesetzesbegründung ist insoweit zu entnehmen, dass in der Rechtsmittelinstanz kein zwingender Grund für eine körperliche Anwesenheit bestehe, weil in aller Regel ausschließlich Rechtsfragen behandelt werden und kein persönlicher Eindruck von einer Person vermittelt oder aufgenommen werden müsse.[27] Daneben bestimmt der neueingefügte Abs. 1 S. 2 eine Hinweispflicht zum Zwecke einer zielgerichteten Vorbereitung auf die Hauptverhandlung (nachstehend 2.). Zu den neuen Regelungen im Einzelnen:

1. Teil-virtuelle Revisionshauptverhandlung (§ 350 Abs. 3 StPO nF)

Die im Gesetz abschließend benannten Verfahrensbeteiligten können durch Antrag (s. nachstehend b)) eine Entscheidung des Vorsitzenden (s. nachstehend a)) darüber erwirken, ob sie an der Hauptverhandlung von einem anderen Ort aus per Bild- und Tonübertragung teilnehmen dürfen (Abs. 3 S. 1). Richter und Urkundsbeamte haben weiterhin persönlich anwesend zu sein, sodass eine rein virtuelle Hauptverhandlung ausgeschlossen ist. Als Hintergrund für die Neufassung ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen, dass die bisherige Gesetzeslage für Videoverhandlungen im Revisionsverfahren keine

---

[26] BGBl. 2024 I Nr. 234.

[27] BT-Drucks. 20/10943, S. 36.

gesetzliche Grundlage bot,[28] und die Neufassung eine flexiblere Terminierung und Durchführung der Revisionshauptverhandlung auch bei *„allgemeinen Hindernissen“* gewährleiste sowie das *„Recht auf Mitwirkung inhaftierter Angeklagter“* stärke.[29]

a) Entscheidung

Die Entscheidung darüber ist dem Senatsvorsitzenden überantwortet und steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Ein Anspruch auf den Einsatz von Videokonferenztechnik besteht nicht; die Anhörung anderer Verfahrensbeteiligter ist nicht erforderlich.

Die Präsenzhauptverhandlung nach § 350 Abs. 1 und 2 StPO stellt – anders als die weitergehende Regelung in § 128a ZPO[30] – auch fortan den Regelfall dar; dies erhellt bereits die Normsystematik. Über die Teilnahme von einem anderen Ort aus wird nur auf Antrag entschieden. Auch liegt bei § 350 Abs. 3 StPO – anders als bei § 128a ZPO – kein Fall intendierten Ermessens vor. Vor diesem Hintergrund sind naheliegend auch die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Beispiele für den Einsatz von *„Videokonferenztechnik“* [31] zu bewerten.[32] Diese ermöglichen eine verfahrensfördernde und ressourcenschonende Reaktion auf „kurzfristige Ereignisse“, wie etwa die Erkrankung eines Verfahrensbeteiligten, oder eine solche auf pandemische sowie sonstige krisenhafte Lagen. Der regelhafte Geschäftsbetrieb des Revisionsgerichts ist damit erkennbar nicht gemeint. Irgendwelche mit der Anreise zum Sitz des

---

28 BT-Drucks. 20/10943, S. 45; zutreffend auch *Krehl* in Festschrift FS 50 Jahre Deutsche Strafverteidiger e.V. (2024) S. 259, 273 (*„gesetzeswidrig“*); NK-StPO/*Eschelbach*, 1. Aufl. (2025), § 350 Rn. 1; aA *Sander* StraFo 2023, 119.

29 BT-Drucks. 20/10943, S. 36.

30 Vgl. BT-Drucks. 14/6036, S. 116, 119.

31 Vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 51.

32 Vgl. BT-Drucks. 20/11758, S. 36.

Revisionsgerichts verbundenen Unbequemlichkeiten oder regelhaft anfallende Reisekosten können daher einen Anspruch auf Fernbleiben und den Einsatz von Videokonferenztechnik nicht begründen (s. auch nachstehend VI.).

Maßgebend für die Ermessensentscheidung sind die Belange des Einzelfalls, wobei der Antragsbegründung besondere Bedeutung zukommt. Die teil-virtuelle Hauptverhandlung kann eine im Einzelfall gebotene besonders zügige Durchführung der Hauptverhandlung ermöglichen; etwa wenn der Halbstrafen-Zeitpunkt unmittelbar bevorsteht. Auch kann damit länger andauernden Hindernissen begegnet werden, wie etwa auch langandauernden Bahn- oder Flugstreiks sowie der Erkrankung eines Verfahrensbeteiligten.[33] Auch sind Gründe der Praktikabilität einzustellen, wie etwa die Kurzfristigkeit eines Antrags, die technisch oder organisatorisch einer Umsetzung entgegensteht.[34] Dies gilt auch für vorübergehende technische Probleme. Hingegen soll das generelle Fehlen von Videokonferenztechnik keinen hinreichenden Grund für die Ablehnung darstellen. Da die von Gesetzes wegen gebotene Kontrolle der unerlaubten Anwesenheit von Dritten im Dienst- oder Geschäftsraum nicht wirksam kontrolliert werden kann, liegt eine regelhafte Versagung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in Verfahren gegen Jugendliche nahe. Die bloße Hoffnung auf eine Erfüllung einer entsprechenden Auflage ist unvereinbar mit dem Schutzgedanken von § 48 JGG. Soweit der Bundesfinanzhof demgegenüber die Verantwortlichkeit des Vorsitzenden allein für den Ausschluss der Saalöffentlichkeit begrenzt sieht,[35] überzeugt dies jedenfalls für das Strafverfahren mit Blick auf die schwerlich teilbare Verantwortlichkeit des Vorsitzenden, seine Sitzungsgewalt und seine Fürsorgepflicht für die Verfahrensbeteiligten nicht.

---

33 Vgl. BT-Druck. 20/10943, S. 36, 52.

34 Vgl. BT-Drucks. 20/1094, S. 51.

35 Vgl. BFH NJW 2025, 245, 246.

b) Antrag

Erforderlich für die Durchführung der teil-virtuellen Verhandlung ist der Antrag eines der im Gesetz abschließend benannten Verfahrensbeteiligten.[36] Eine Antragsfrist besteht – mit Ausnahme von Satz 4 – nicht. Die Antragsbefugnis der Verfahrensbeteiligten besteht selbständig nebeneinander, sodass eine teil-virtuelle Hauptverhandlung auch in der Weise durchgeführt werden kann, dass ein Verteidiger vor Ort anwesend ist und sich der Verteidiger eines anderen Angeklagten per Bild und Ton zuschalten lässt. Es liegt angesichts des Ausnahmecharakters der Vorschrift fern, einen Verteidiger mittels Bild- und Ton-Übertragung teilnehmen zu lassen, wenn ein weiterer Verteidiger desselben Angeklagten präsent ist.

Der Antrag ist zu begründen. Nur dies eröffnet dem Vorsitzenden die gesetzlich vorgesehene Ermessensentscheidung. Es sind die Gründe für die begehrte Abweichung von der regelhaften Präsenzverhandlung darzulegen. Fehlt es an einer Begründung, ist der Antrag abzulehnen. In der Begründung ist darzulegen, in welchen Dienst- oder Geschäftsraum die Verhandlung übertragen werden soll (vgl. § 350 Abs. 3 S. 2 StPO). Ist vom Antragssteller beabsichtigt, dass sich weitere Personen – etwa zu Ausbildungszwecken – während der Verhandlung in diesem Raum aufhalten, ist auch dies auszuführen. Dies gilt insbesondere für Verfahren nach § 48 JGG.

c) Beschlussform und Regelungsinhalt

Die Entscheidung ergeht im Beschlusswege. Die stattgebende Entscheidung sollte mit der Vorgabe tenoriert werden, von welchem Übertragungsort der Antragssteller teilnehmen darf. Damit ist dem – bereits in der Rechtspraxis aufgetretenen, mit dem Ansehen des Gerichts nicht zu vereinbarenden –

---

[36] Vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 50; der Verletzte nach § 406d StPO wird hiervon nicht erfasst.

Missbrauch durch Zuschaltung aus einem Pkw, der Bahn, dem Gerichtsflur oder aus einer Kantine[37] entgegenzuwirken. Diensträume sind solche von Justizvollzugsanstalten, Polizeidienststellen, Staatsanwaltschaften oder Gerichten; Geschäftsräume sind etwa Kanzleiräume des Verteidigers (vgl. § 463e StPO).[38] Mit Blick auf Wortlaut und Gesetzesbegründung dürfte eine Teilnahme an der Revisionshauptverhandlung aus dem Ausland fernliegen. Um auch darüber hinaus einen angemessenen rechtsstaatlichen Rahmen (s. auch nachstehend VI.), aber auch die Grundlagen sitzungspolizeilicher Kontrolle zu sichern, kann weiter vorgegeben werden, wer entsprechend der Antragsschrift noch zur Anwesenheit im Geschäftsraum berechtigt ist. Aus denselben Gründen liegt es nahe, den Einsatz eines Hintergrundfilters dergestalt vorzugeben, dass der Bildhintergrund unscharf gezeichnet wird, um im Verhandlungssaal nicht den Blick in unaufgeräumte „Billy"-Regale oder auf (virtuelle) karibisch anmutende Panoramatapeten ertragen zu müssen. Es bleibt zu hoffen, dass ein Hinweis auf den freilich nicht aufgehobenen Robenzwang (§ 20 BORA) nicht erforderlich sein wird.[39] Schließlich ist auf das Aufzeichnungsverbot nach Absatz 4 hinzuweisen. Bei all dem hat der Vorsitzende ferner die Grundsätze der Barrierefreiheit zu beachten (vgl. § 191a Abs. 4 GVG).[40]

d) Anfechtung und Aufhebung

Die Vorsitzendenentscheidung ist unanfechtbar (§ 350 Abs. 3 S. 5 StPO); dies gilt sowohl für Ablehnung und Gestattung als auch für die Vorgaben zur näheren Ausgestaltung. Eine erteilte Gestattung kann durch den Vorsitzenden jederzeit wieder aufgehoben werden. Solches und eine Unterbrechung oder Aussetzung der Verhandlung liegt etwa nahe, wenn technische Probleme

---

37 Vgl. BT-Drucks. 20/8095, S. 87; ferner *Heetkamp/Leeb/Schlicht* PinG 2024, 50, 52.

38 Vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 52.

39 Zu dessen Bedeutung zutreffend *Groß* in FS Bornkamm (2014) S. 1035, 1036.

40 BT-Drucks. 20/10943, S. 52.

auftreten, entgegen der Anordnung ein Dritter im Dienst- oder Geschäftsraum anwesend ist, sich der Antragssteller nicht in dem von der Gestattung umfassten Dienst- oder Geschäftsraum aufhält oder sonst sitzungspolizeiliche Gründe dies gebieten.[41] Betrifft dies einen Verfahrensbeteiligten, dessen Teilnahme an der Hauptverhandlung notwendig ist (§ 350 Abs. 2 S. 2 StPO), so bestimmt sich die Kostentragungslast für den Termin nach dem Verschulden; Antragssteller, deren Teilnahme notwendig ist, sind in besonderer Weise verpflichtet, für die Funktionstüchtigkeit ihrer technischen Ausstattung zu sorgen. Die Gestattung zur Teilnahme mittels Bild- und Tonübertragung lässt das Recht eines Antragsstellers unberührt, gleichwohl persönlich zur Verhandlung zu erscheinen. Dazu muss er die Aufhebung der Gestattung nicht zuvor erwirken.

e) Mitwirkungsmöglichkeit des inhaftierten Angeklagten

Nach der gesetzlichen Neufassung erzwingt nunmehr der fristgerechte und schriftliche Antrag des inhaftierten Angeklagten (§ 350 Abs. 3 S. 4 StPO), der nicht antragsgemäß zur Hauptverhandlung vorgeführt wird (§ 350 Abs. 2 S. 3 StPO), grundsätzlich dessen Mitwirkungsmöglichkeit mittels Videokonferenztechnik (§ 350 Abs. 3 S. 3 StPO).[42] Der Angeklagte hat damit grundsätzlich nicht nur ein Anwesenheits-, sondern auch ein Äußerungsrecht. Dass für diesen die technischen Voraussetzungen für eine Bild- und Ton-Übertragung durch das Revisionsgericht zu schaffen sind, ändert nichts daran, dass sein Verteidiger einen Antrag für sich zu stellen hat, wenn er ebenfalls mittels Videokonferenztechnik zugeschaltet werden will.

---

41 Vgl. *Trienekens/Höland/Welti* CR 2022 64, 71.

42 Eine Ausnahme kann im Sicherungsverfahren gelten, vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 51.

f) Verfahrensgestaltung

Die Saalöffentlichkeit wird dadurch gewahrt, dass die Öffentlichkeit an der Gerichtsstelle gewährleistet ist.[43] Es liegt nahe, bei den nunmehr mit Videotechnik auszustattenden Revisionsgerichten Monitore derart anzubringen, dass auch die Saalöffentlichkeit die zugeschalteten Verfahrensbeteiligten wahrnehmen kann. Zwingend erscheint dies zur Gewährleistung des § 169 GVG indes nicht. Auch reicht eine Kamera aus, die den Senat und die übrigen Verfahrensbeteiligten erfasst und eine Überprüfung der Vollzähligkeit des Spruchkörpers gewährleistet; eine steuerbare Zoomfunktion ist nicht geboten.[44] Der Antragssteller selbst begibt sich mit seiner Abwesenheit bewusst der überlegenen Wahrnehmungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten einer Teilnahme in Präsenz.

Befinden sich Angeklagter und Verteidiger nicht am selben Ort, ist eine ungestörte Kommunikation zwischen ihnen während einer unterbrochenen Hauptverhandlung sicherzustellen; anderenfalls würde das Ziel einer Stärkung seiner Mitwirkungsrechte verfehlt.[45] Der Vorsitzende entscheidet ferner darüber, wo sich Dolmetscher aufzuhalten haben (§ 185a Abs. 1 GVG). Auf das strafbewehrte Aufzeichnungsverbot[46] ist ein Antragssteller spätestens zu Beginn der Übertragung mündlich hinzuweisen;[47] der Hinweis sollte protokolliert werden.

---

43 Vgl. nur *Glunz* Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik (2012) S. 326.

44 Vgl. zu einer erfolglos beanstandeten Verletzung von Art. 101 Abs. Satz 1 GG und des Fairnessgrundsatzes BVerfG NJW 2024 891, 892.

45 Vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 51; MüKo-StPO/*Knauer/Kudlich*, 2. Aufl., § 350 Rn. 22b.

46 Vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 52.

47 Vgl. *Einsfelder* JM 2024, 28, 31.

2. Hinweispflicht (§ 350 Abs. 1 S. 2 StPO)

Die mit § 350 Abs. 1 S. 2 StPO neu eingefügte Hinweispflicht gilt unabhängig davon, ob in Präsenz oder teil-virtuell verhandelt wird. Sie begründet entsprechend einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses[48] für das Revisionsgericht die Pflicht, zu prüfen, ob zum Zwecke einer effizienten Durchführung der Revisionshauptverhandlung den Verfahrensbeteiligten die zentralen Themenkomplexe mitzuteilen oder diese auf bestimmte höchstrichterliche Entscheidungen hinzuweisen sind, die aus Sicht des Gerichts Gegenstand der Revisionshauptverhandlung sein werden.[49] Zuständig dafür ist nach dem Gesetzeswortlaut der gesamte Spruchkörper. Eine Präklusionswirkung oder einen Hinderungsgrund, neben den mitgeteilten Themen auch andere Fragen in der Hauptverhandlung anzusprechen, löst die Vorschrift, bei der es sich um eine Ordnungsvorschrift handelt, nicht aus.

3. Zwischenbewertung

Es bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass der Gesetzgeber auch durch diese Neuregelungen die Funktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren nicht näher ausgedeutet hat. Den Gesetzesmaterialien ist zwar zu entnehmen, dass die körperliche Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung entbehrlich sei, weil in aller Regel ausschließlich Rechtsfragen behandelt werden und kein persönlicher Eindruck von einer Person vermittelt oder aufgenommen werden müsse; es wird aber nicht deutlich, warum überhaupt an der Hauptverhandlung festgehalten wird. Gleichwohl ist dem zu entnehmen, dass die Bedeutung der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht

---

48 Vgl. BT-Drucks. 20/11788, S. 10; *Busch* wistra 2024, R 11.

49 BT-Drucks. 20/11788, S. 1 und 52.

– wohl mit Blick auf einen ausgemachten fehlenden Erkenntniszugewinn – geringgeschätzt wird.[50]

III. Vorläufiger „Höhepunkt“ der Reformbestrebungen

Vor dem Hintergrund der gerade in den letzten Jahren enorm gestiegenen Belastungen der Strafsenate kann es nicht überraschen, dass auch weiterhin das rechtspolitische Heil für deren erstrebte Entlastung – wie vor hundert Jahren – in der Vermeidung der Revisionshauptverhandlung gesucht wird.[51] Den wohl nur vorläufigen Schlusspunkt der rechtspolitischen Diskussionen bildet ein Beschluss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (JuMiKo) aus dem Juni 2025 in Bad Schandau.

Beschlossen wurde auf Antrag der Sächsischen Justizministerin, dass „der Charakter des Revisionsverfahrens als reine Rechtskontrolle die Durchführung einer Hauptverhandlung im Regelfall entbehrlich erscheinen lässt und deshalb die Bundesministerin der Justiz gebeten werden soll, die Normierung der Entscheidung über strafrechtliche Revisionen im Beschlusswege als gesetzlichen Regelfall zu prüfen. Die gerichtliche Praxis der Entscheidung im Beschlusswege habe sich bewährt. Ob eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, sollte fortan allein von deren Zweckmäßigkeit nach Einschätzung der Gerichte abhängen. Die offensichtliche Unbegründetheit einer Revision oder die Frage, ob diese von der oder dem Angeklagten oder von der

---

50 Ablehnend auch *Krehl* in FS 50 Jahre Deutsche Strafverteidiger e.V. (2024) S. 259, 273; zustimmend hingegen *Sander/Feilcke/Fritsche/Bröckers/Terwolbeck/Claus* in FS 75 Jahre BGH, im Erscheinen; aus ministerieller Sicht: *Claus*, juris-PK 20/2024 Anm. 1; ebenso *Heuberger* ZAP 2025, 69, 73, wobei nicht erläutert wird, auf welcher empirischen Grundlage ihre Feststellung fußt, dass die „Praxis diesen gesetzgeberischen Ansatz begrüßt“.

51 Zu ähnlichen Entwicklungen im Zivilprozess vgl. krit. *Gross* in FS Krüger (2017) S. 383.

Staatsanwaltschaft eingelegt wurde, sollten für die Wahl der Entscheidungsform keine Relevanz haben. Auf diese Weise würden ohne Abstriche bei der Qualität revisionsrechtlicher Entscheidungen Ressourcen der Justiz und der Anwaltschaft geschont, Verfahren beschleunigt und die Justizhaushalte von Bund und Ländern entlastet.

Auch diesem Beschluss lässt sich entnehmen, dass der Hauptverhandlung keine Bedeutung für die Qualität der Entscheidung zugeschrieben wird. Nicht ersichtlich wird indes, ob die Justizministerinnen und Justizminister daneben weitere Gründe in den Blick genommen haben, die für ein Festhalten an der geltenden Rechtslage und dem gegenwärtigen Anteil an Hauptverhandlungen sprechen könnten.

IV. Der Streit um Funktion und Leistungsfähigkeit der Hauptverhandlung

Über die Bedeutung der Revisionshauptverhandlung besteht seit jeher Streit. Die heute überwiegende Ansicht sieht die mündliche Verhandlung als *„von der Funktion her im Revisionsverfahren weitgehend überflüssig“* an.[52] Das Beschlussverfahren nach § 349 StPO erweise sich als funktionales Äquivalent für die Hauptverhandlung; der schriftliche Austausch der Argumente sei dem mündlichen Diskurs nicht unterlegen.[53] Dies gelte sowohl mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes als auch mit Bedacht auf zu gewährendes rechtliches Gehör. Im Übrigen bestehe auch kein – gar durch Art. 103 Abs. 1 GG

---

52 Vgl. *Detter* NStZ 2004, 349, *Fezer* StV 2007, 40, 44; *Ventzke* NStZ 2003, 104; SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl., § 349 Rn. 23.

53 *Norouzi* StV 2015, 773, 775; *Detter* NStZ 2004, 349, SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl., § 349 Rn. 23.

geschütztes[54] – Anrecht auf eine mündliche Verhandlung.[55] Das Antragserfordernis, die Voraussetzung offensichtlicher Unbegründetheit und die notwendige Einstimmigkeit erwiesen sich als hinreichende verfahrensrechtliche Absicherungen.[56] Die gegen die Beschlussberatung vorgebrachten Defizite seien empirisch nicht belegbar. Vor diesem Hintergrund bedürfe es der Hauptverhandlung nur in den Fällen, in denen das Verfahren nach Absatz 3 seine Funktion nicht angemessen erfüllen könne,[57] etwa weil das unmittelbare mündliche Rechtsgespräch einen Erkenntnisgewinn verspreche, der über das hinausgeht, was im Verfahren nach Absatz 3 erreicht werden könne.[58] Ob die mündliche Verhandlung *„in bestimmten Fällen ein fruchtbares Rechtsgespräch gewährleisten"* und den Erkenntnisprozess des Revisionsgerichts fördern könne, müsse in jedem Einzelfall den Revisionsgerichten überlassen bleiben.[59]

Dem wird insbesondere entgegengehalten, dass dem wissenschaftlichen Streitgespräch in der Hauptverhandlung häufig maßgebliche Bedeutung zukomme. Rede und Gegenrede ermöglichten eine effizientere Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und versprächen daher einen größeren Erkenntnisgewinn.[60] Auch gewährleiste die – teilweise als rechtsstaatliche „Wohltat"[61] verstandene – Hauptverhandlung, dass der gesamte Spruchkörper

---

54 Vgl. etwa BVerfGE 5, 9, 11; 11, 232, 234; 89, 381, 391; zu § 349 Abs. 2 StPO: BVerfGE 59, 98, 102.

55 *Fezer* StV 2007, 40, 45.

56 Vgl. im Einzelnen SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl., § 349 Rn. 11 ff.

57 *Detter* StV 2007, 40, 46; SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl. § 349 Rn. 23.

58 Vgl. BGH NStZ 2001, 334.

59 *Fezer* StV 2007, 40, 45; hieran anknüpfend *Norouzi* StV 2015, 773, 776, der überdies das Antragsrecht der Revisionsstaatsanwaltschaft streichen und den Revisionsgerichten die Begründungspflicht vollen Umfangs auferlegen will; SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl., § 349 Rn. 21.

60 Vgl. aus revisionsrichterlicher Sicht *Krehl* aaO, S. 274.

61 *Schlothauer* StraFo 2000, 289, 292.

das Revisionsvorbringen aus erster Hand und vollständig zur Kenntnis nehme.[62] Zudem habe der Verteidiger hier die Möglichkeit, relevante Ausführungen in der gebotenen Ausführlichkeit darzulegen. Hingegen sei die gegenwärtige Handhabung des Beschlussverwerfungsverfahrens kaum noch erträglich.[63] Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Akzeptanz des Rechtssystems maßgeblich auch davon abhänge, dass sich der Betroffene vom ordnungsgemäßen Verfahren ein Bild machen könne.[64] Die Hauptverhandlung diene damit in besonderer Weise der Befriedungsfunktion des Rechts.

Diese vor allem an den Gedanken der Leistungsfähigkeit des Rechtsmittels anknüpfenden Argumente scheinen seit langem vollständig ausgetauscht. Belastbare empirische Erkenntnisse hierzu sind nicht zu erwarten. Daher mag dahin stehen, ob der auch von der JuMiKo geteilte Befund zutrifft, dass *„die Nachprüfung der vom Tatgericht eingeschlagenen Gedankenwege und gezogenen Schlussfolgerungen eine Tätigkeit ist, die im Studierzimmer, nicht im Gerichtssaal gedeiht"* und *„schwerlich durch rhetorische Künste, spontane Vortragseinfälle und Eindrücke von der Persönlichkeit der Beteiligten"* gefördert werden kann[65]; dies gilt gleichermaßen für die Frage, ob damit die erhebliche Ausweitung revisionsgerichtlicher Kontrolldichte als Folge der „erweiterten Revision"[66] einerseits und die *„allzu menschlichen"* Komponenten richterlicher Entscheidungsfindung andererseits hinreichend bedacht sind.[67]

---

62 *Hanack* in FS Dünnebier (1982), S. 301, 310 f.; *Peters* in FS Dünnebier (1982), S. 53, 68; *v. Stackelberg* in FS Dünnebier (1982), S. 365, 369 ff.; *ders.* NJW 1960, 505, 506; *Wimmer* NJW 1950, 201, 202 f.; *Kraemer* SJZ 1950, 300, 301; auch *Ventzke* NStZ 2003, 104.

63 *Schlothauer* StraFo 2000, 289, 292.

64 *Schlothauer* StraFo 2000, 289, 292; *Leipold* StraFo 2010, 353; MüKo-StPO/*Knauer/Kudlich*, 2. Aufl., § 350 Rn. 3.

65 Vgl. *Less* SJZ 1950, 59, 60; ebenso *Ventzke* NStZ 2004, 103.

66 Vgl. *Rissing-van Saan* StraFo 2010, 359.

67 Ebenso *Dahs* NStZ 2001 298.

V. Plädoyer für einen weiteren Blickwinkel

Wer vorschnell seine Bewertung der revisionsgerichtlichen Hauptverhandlung allein an den Kriterien der Leistungsfähigkeit und einer Möglichkeit zur Ressourcenschonung ausrichtet, läuft Gefahr, sich den Blick auf ihre vertrauensbildende und integrative Kraft zu verstellen. Für diesen Blickwinkel auf das *„Herzstück jedes justizförmigen Verfahrens"*[68] soll im Folgenden geworben werden.

1. Verhandlung als vertrauensbildendes Symbol

Dazu seien die Erkenntnisse von *Luhmann* zur Bedeutung der Einbindung „Nichtbeteiligter" im Verfahren in Erinnerung gerufen.[69] Das Verfahren sei als „Drama", das eine richtige und gerechte Entscheidung symbolisiert, gerade auch für die „Nichtbeteiligten" bestimmt – die Öffentlichkeit. Deren Akzeptanz des Verfahrens und dessen Entscheidung als verbindlich seien unerlässlich. Gerade auch die *„Nichtbeteiligten"* müssten zur Überzeugung gelangt sein, dass alles *„mit rechten Dingen"* zugegangen sei; dass Wahrheit und Recht in *„ernsthafter, aufrichtiger und angestrengter Bemühung ermittelt"* werden und auch sie gegebenenfalls in dieser Rechtsordnung zu ihrem Recht kommen werden.[70] Dann könne der Betroffene bei einem Aufbegehren gegen das Verfahrensergebnis nicht mehr mit ihrer Solidarität rechnen; er werde durch diese vielmehr der *„Nörgelei"* und der Uneinsichtigkeit geziehen werden.[71] Dies setze indes voraus, dass das *„Drama"* miterlebbar sei. Dabei sei die potentielle Möglichkeit des Zugangs von Bedeutung; auf die tatsächliche Präsenz komme es nicht an. Bereits das allgemeine Wissen darüber, dass solche Verfahren laufend

---

68 *Gross* in Bornkamm FS (2014), S. 1035.

69 *Luhmann,* Legitimation durch Verfahren (1983), S. 121 ff.

70 *Luhmann,* a.a.O. (Fn. 69), S. 123.

71 *Luhmann,* a.a.O. (Fn. 69), S. 123.

stattfinden und zugänglich seien, stärke das symbolisch vermittelte Vertrauen dahin, dass Recht geschieht. Hinzu komme die Kenntnisnahme vom Verfahren durch mediale Berichterstattung, die den Eindruck vermitteln könne, dass *„unabhängig von den persönlichen Interessen und Stimmungen Recht geschieht“*.[72] Zu Recht wird die öffentliche und mündliche Verhandlung deshalb dem Demokratiegebot (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) und dem fairen rechtsstaatlichen Verfahren zugeordnet.[73] Die Umsetzung der damit einhergehenden Pflichten haben die Gerichte als vertrauensbildendes Symbol zu demonstrieren: *„Justice must not only be done, it must also be seen to be done“*.[74] Diese Zusammenhänge hat bereits *Feuerbach* besonders schön formuliert: *„Nähme ihr (der Gerechtigkeit, sic!) auch die Verborgenheit nichts von ihrem inneren Wesen, so entzöge sie ihr wenigstens viel oder alles in der Meinung; bedürfte sie gleich nicht der Öffentlichkeit, um gerecht zu seyn, so bedürfte sie derselben gleichwohl, um nicht, selbst wo sie nur gerecht ist, ungerecht zu scheinen.“*[75]

2. Die Nichtbeteiligten im Revisionsverfahren

Das Beschlussverfahren vermag „Nichtbeteiligten“ keine Einblicke in die Verhandlung und Entscheidungsfindung zu bieten; es erfolgt ausschließlich schriftlich. Im Ausnahmefall kann ihnen durch eine – zumeist spärliche – Presseerklärung und eine diese aufgreifende Berichterstattung das Verfahren

---

72 *Luhmann,* a.a.O. (Fn. 69), S. 124.; in diesem Sinne aus rechtswissenschaftlicher Sicht auch *Stürner* in FS Fritz Baur (1981), S. 647, 659.

73 Vgl. *A. Arndt* NJW 1960, 424; *Stürner* a.a.O. (Rn. 72), S. 660.

74 EGMR, Urteil v. 17. Januar 1970 – 2689/65 § 31, BeckRS 1970, 106603; Urteil v. 28. Juni 1984 – 7819/77, 7878/77, § 81, BeckRS 1984, 110599; Urteil v. 9. Januar 2013 – 21722/11, § 106, BeckRS 2013, 9628; BVerfG, Beschluss v. 22. März 2018 – 2 BvR 780/16, BVerfGE 148, 69, 96 und 99; zum Ursprung vgl. Rex v. Sussex Justices, [1924] 1 KB 256.

75 *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (1821), S. 90.

und sein Ausgang bekannt werden; ansonsten ist dieser Richterspruch für sie *„sprachlos“*[76]. Anders liegt es freilich bei der Hauptverhandlung. Es besteht wöchentlich die Möglichkeit, als Teil der Saalöffentlichkeit an Verhandlungen der Strafsenate in Karlsruhe oder Leipzig teilzunehmen. Die hier möglichen Eindrücke sind vielfältig:

a) Verhandlungsführung und Verhandlungsatmosphäre

Nach Aufruf der Sache und Einführung in den Verfahrensgang kann nachvollzogen werden, wie sich das Gericht mit dem Beschwerdevorbringen befasst oder wie auf Ausführungen der Verfahrensbeteiligten reagiert wird. Schon dadurch kann ein verantwortungsbewusster Umgang ebenso wie das sorgfältige Durchdringen des Verfahrensstoffs deutlich werden; dies gilt zugleich für eine empathische, respektvolle und die Belange der einzelnen Verfahrensbeteiligten berücksichtigende Verhandlungsführung. Rechtsfragen können verständlich dargestellt und mit Blick auf den Einzelfall eingeordnet werden. Aber auch Wortbeiträgen einzelner Senatsmitglieder oder ihrem aktiven Zuhören kann entnommen werden, dass sich der gesamte zur Entscheidung berufene Senat mit den inmitten stehenden Rechtsfragen umfassend und abwägend befasst hat; im besten Fall ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein Verfahren von größerem medialen Interesse oder aber um einen Fall von „Alltagskriminalität“ handelt. Einen besonderen Schlusspunkt aber setzen Art und Inhalt einer Urteilsbegründung, die neben den aufgeworfenen und entscheidungserheblichen Rechtsfragen auch die Belange der Beteiligten erkennbar in den Blick nimmt.[77] Dass dieser *„Visitenkarte der Justiz“*[78] ein Mehrwert

---

76 Vgl. auch *Gross* NJW 2014, 3140, 3142.

77 Vgl. als eindrucksvolles Beispiel nur: Pressemitteilung Nr. 060/2024 des BGH im „Stutthof“-Verfahren und https://youtu.be/eVcdwGKTBIM (abgerufen am 8. Juni 2025).

78 *Gross* NJW 2014, 3140, 3141.

gegenüber jeder DPA-Meldung basierend auf einer Presseerklärung des Gerichts zukommt, bedarf keiner näheren Ausführungen. Vielmehr haben Medienvertreter im Anschluss an die Hauptverhandlung sogar die Möglichkeit, mit den Verfahrensbeteiligten oder den Pressesprechern von Gericht und Staatsanwaltschaft zu sprechen.

b) Institutionelle und persönliche Wahrnehmbarkeit der Bundesjustiz

Dass in Karlsruhe Recht gesprochen wird, ist landläufig bekannt. Aber vermittelt nicht ein Bericht der Leipziger Volkszeitung über eine mündlich verhandelte Revision gegen ein Urteil aus Dresden, Magdeburg, Halle oder eben Leipzig den „Nichtbeteiligten" als Zeitungs- oder App-Nutzer den wichtigen Eindruck, dass der Bundesgerichtshof auch in ihrer unmittelbaren Nähe, nämlich in Leipzig, verhandelt und entscheidet? Wird dadurch nicht der Eindruck erzeugt, dass man dort „ja auch einfach hätte hingehen" können? War nicht gerade auch das ein besonderes Anliegen der Unabhängigen Föderalismuskommission im Jahre 1991?[79]

Durch das Heraustreten in die öffentliche Verhandlung werden zu den Namen im Geschäftsverteilungsplan oder in den Entscheidungsgründen Personen erkennbar, ihr Verhalten im Prozess wahrnehmbar. Zugleich wird dadurch unmittelbar vermittelt, dass und wie viele Richter*innen* dem jeweiligen Spruchkörper angehören und dass diese teilweise auch den Vorsitz innehaben. Hingegen ist die Anzahl mitwirkender Richter*innen* der Unterschriftenzeile im Beschlussverfahren nicht zu entnehmen, die Beschlüsse nach § 349 StPO enthalten kein ausführliches Rubrum. Nur eine Recherche anhand des Geschäftsverteilungsplans kann für Kundige hierüber Aufschluss geben.

Dieser Aspekt leitet über zu einer rechtspraktischen Besonderheit der Hauptverhandlungen vor dem Bundesgerichtshof. An diesen nehmen regelmäßig

---

[79] Vgl. BT-Drucks. 12/2853, S. 2; vgl. BT-Drucks. 12/2933; ferner *Wassermann* NJW 1990, 2530, 2532.

Besuchergruppen teil. Dabei handelt es sich etwa um Referendararbeitsgemeinschaften, Schulklassen, Studierende im Praktikum oder Polizeibeamte. Ihre Exkursionen, die von Professoren und Arbeitsgemeinschaftsleitern organisiert und vorbereitet werden, nach Karlsruhe oder aber Leipzig sind getragen von dem Wunsch, die Art und Weise der höchstrichterlichen Rechtsfindung sowie den rechtsdogmatischen Diskurs über materielle oder formelle Strafrechtsfragen mitzuerleben. Regelmäßig betreuen wissenschaftliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des jeweiligen Senats diese Gruppen und führen die Besucher in die Verfahrensfragen ein. Nicht selten stehen die Mitglieder des Senats nach Schluss der Sitzung für Fragen und für eine Diskussion zur Verfügung. Diese Momente des unmittelbaren Kontakts zu jüngeren und auch erst angehenden Juristinnen und Juristen, möglicherweise auch zu späteren Kolleginnen und Kollegen, habe ich stets als besonders wichtig empfunden. Kann in diesem Rahmen doch in persönlicher Weise erläutert werden, wie „der BGH“ arbeitet, welche Rechtsmaßstäbe ein Strafsenat zu beachten hat und – nicht zuletzt –, warum sich einzelne Richterinnen und Richter für diesen Beruf entschieden haben, wovon sie bei ihrer täglichen Arbeit getragen werden und welchen Werdegang sie jeweils genommen haben.

3. Integrationswirkung im engeren Sinne

Schließlich sei der Blick darauf gelenkt, welche Folgen ein reines oder nahezu ausschließliches Beschlussverfahren für die Beratungs- und Entscheidungskultur eines Strafgerichts haben könnte. Bliebe es ohne Auswirkungen, wenn sich die Kontakte zu den Verfahrensbeteiligten erschöpften in der Kenntnisnahme von Schriftsätzen und Antragsschriften, unmittelbare Kontakte indes nicht mehr, oder nur im seltenen Ausnahmefall möglich wären? Was bedeutete es, wenn Angeklagte und Nebenkläger vor den Strafsenaten gar nicht mehr oder allenfalls in Ausnahmeverfahren von ihren Gehörsrechten persönlich Gebrauch machen könnten? Verlöre die höchstrichterliche Rechtsprechung damit nicht zugleich eine wichtige Möglichkeit, um für den Fortbestand

des Vertrauens der Rechtsunterworfenen in das rein schriftliche Beschlussverfahren auch persönlich immer wieder aufs Neue zu werben?

4. Zwischenbewertung

Auch wenn aus dem Vorstehenden freilich nicht folgt, dass zur Zweckerreichung und Rechtswahrung jedes Verfahren öffentlich zu führen ist, erwiese sich doch ein ausschließlich schriftliches Verfahren vor dem höchsten Fachgericht mit den vorstehenden Maßgaben als nur schwerlich vereinbar. Das Revisionsverfahren bliebe für die „Nichtbeteiligten" eine „black box" ohne jede vertrauensbildende Symbolkraft. Sie verlören die Gewissheit, sich jederzeit zur Gerichtsstelle begeben und einer Verhandlung beiwohnen zu können. Dasselbe müsste freilich gelten, wenn die Hauptverhandlung zur prozessualen Rarität werden würde. Dass die Tatgerichte im Rahmen einer regelmäßig öffentlichen Verhandlung zu dem angefochtenen Urteil gelangt sind, hat für das vom Obergericht in gleicher Weise zu rechtfertigende Vertrauen in seine Arbeit keine Ausstrahlungskraft. Schließlich ist zu erwarten, dass über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs medial weniger berichtet würde. Ohne Hauptverhandlungen fehlt es an Gelegenheiten zu bewegten Bildern und ohne diese gibt es nur in seltenen Fällen eine Fernsehberichterstattung.

Vor diesem Hintergrund kommt dem zutreffenden rechtstatsächlichen Befund, dass eine Vielzahl mündlicher Verhandlungen „nichts Neues" in der Sache bringen oder sich mit Blick auf die Inhalte von Verteidigerplädoyers als *„peinliche Farce"* erweisen,[80] kein Gewicht zu. Wenn Verfahrensbeteiligte unzureichend vorbereitet oder mit den revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstäben nicht (zureichend) vertraut sind[81] und damit der rechtliche Diskurs nur selten ein erhellendes und weiterführendes Niveau erreicht, berührt dies allein die

---

80 Vgl. *Krehl* in FS 50 Jahre Deutsche Strafverteidiger e.V. (2024), S. 259, 273.

81 Von Überforderung sprechen etwa *Krehl* a.a.O. (Fn. 80), S. 272 und *Norouzi* StV 2015, 773, 776.

Leistungsfähigkeit des Rechtsmittels. Man mag sich deshalb – gerade auch im Sinne der Angeklagten – auch für das Strafverfahren eine Zulassung der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof wünschen; eine reflexhafte Wirkung aber auf die Wahrnehmung des Revisionsgerichts durch die Öffentlichkeit hat diese „Farce“ indes nicht. Das Revisionsgericht zeichnet insbesondere durch die beschriebene respektvolle, zugewandte und auf den Punkt vorbereitete Verhandlungsführung gerade in den Augen der „Nichtbeteiligten“ ein Bild von sich selbst und gestaltet damit in eigener Verantwortung das vertrauensbildende Symbol rechtsstaatlichen Prozedierens.

VI. Bewertung des Beschlusses der JuMiKo

Es ist absehbar, dass die Umsetzung des Vorschlags der JuMiKo die mündliche Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof zur prozessualen Rarität verkümmern würde. Dabei ist es im Ausgangspunkt nachvollziehbar und zu begrüßen, dass Rechtspolitiker der gegenwärtig hohen Belastung der Strafsenate entgegenwirken möchten. Auch ist der dem Beschluss erkennbar zugrundeliegende Gedanke zutreffend, dass die Vorbereitung einer Hauptverhandlung für den gesamten Strafsenat regelmäßig arbeitsintensiver ist, als ein Vorgehen nach § 349 StPO. Die erstrebte erhebliche Reduzierung der Hauptverhandlungssachen beim Bundesgerichtshof wird das notwendige Maß an Entlastung aber nicht erbringen. Der Anteil der Hauptverhandlungssachen – gegenwärtig etwa 20 bis 40 von mehr als 650 bis 730 Sachen jährlich für jeden Senat – ist dafür zu gering. Die Ursachen für den erheblichen Verfahrensdruck sind vielmehr struktureller Art. So wurden als Reaktion auf die sog. EncroChat-Ermittlungen etwa zahlreiche Strafkammern bei den Landgerichten gegründet, die fortan auch unabhängig von EncroChat-Prozessen Verfahren erledigen, die den Bundesgerichtshof erreichen. Dies und der regelmäßige Stellenaufbau bei

Polizei, Zoll und Steuerbehörden[82] lässt keinen Raum für die Annahme, dass die Zahlen zukünftig signifikant zurückgehen werden.

Es ist zu hoffen, dass der Beschluss der JuMiKo ohne nennenswertes rechtspolitisches Echo verhallt. Anderenfalls ist zu wünschen, dass in der anstehenden Debatte der Blick für das geschärft wird, was auf dem Spiel steht, wenn die mündliche Verhandlung des höchsten deutschen Strafgerichts auf dem Altar der Ressourcenschonung geopfert werden soll. Dabei wird der Gesetzgeber – anders als der Beschluss der JuMiKo suggeriert – auch die Folgen einer solchen Änderung für das Beschlussverfahren nach § 349 Abs. 2 und 4 StPO ebenso näher in den Blick zu nehmen haben, wie die Konsequenzen für die Stellung des Generalbundesanwalts im Revisionsverfahren. Welche Wirkung soll seinen Anträgen zukünftig noch zukommen? Welche Folgen wird es haben, wenn sein Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung die Strafsenate nicht mehr bindet? Wären vermehrte Terminsanträge denkbar, die darauf abzielen diese oder jene Rechtsfrage in der Hauptverhandlung *„zu erörtern“*?[83] Wären gar vermehrte Aufhebungsanträge denkbar? Löste solches bei den Strafsenaten eine erhebliche Mehrarbeit aus, weil es dann an einer Begründung fehlte, die sie sich zu eigen machen könnten? Und schließlich: Soll für die Entscheidung, eine Hauptverhandlung durchzuführen oder nicht, ein einstimmiger oder mehrheitlicher Beschluss erforderlich sein oder soll dafür auch weiterhin das Votum eines Mitglieds des Spruchkörpers ausreichend sein?

Es bleibt zu hoffen, dass die Anzahl an Hauptverhandlungen vor dem Bundesgerichtshof im Verhältnis zum Beschlussverfahren nicht weiter abnimmt. Um

---

82 Vgl. bereits das im Auftrag des BMJ erstattete Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)Entwicklungen (2008), S. 148 ff.

83 Zur Antragspraxis des GBA vgl. *Barton* in FS 50 Jahre Deutsche Strafverteidigervereinigungen e.V. (2024), S. 219 ff.

ihre integrative Funktion zu erfüllen, bedarf es einer repräsentativen Anzahl an öffentlichen Verhandlungen, also in Fällen sog. Alltagskriminalität wie in medial weitbeachteten und herausragenden Kapital-, Wirtschaftsstraf- oder Staatsschutzverfahren; eine prozessuale Rarität würde dem nicht Genüge tun.

VII. Bewertung der Neuregelung (§ 350 Abs. 3 StPO)

Damit die Bundesjustiz der Bedeutung mündlicher Revisionsverhandlungen auch fortan unter der Geltung des neugefassten § 350 Abs. 3 StPO entsprechen kann, ist ein besonders sensibler Umgang mit dem Einsatz von Videokonferenztechnik geboten.[84] Gleichermaßen ist im Lichte der Symbolkraft und der integrativen Wirkung der Hauptverhandlung zu fordern, dass die Anwaltschaft umsichtig mit diesen Möglichkeiten umgehen und die Hauptverhandlung nicht durch verantwortungslose und allein Bequemlichkeiten geschuldete Anträge desavouieren wird. Ansonsten bestünde die konkrete Gefahr, dass der mit der Integrationsfunktion der Hauptverhandlung unvereinbare Anschein eines bloß lästigen Treffens erweckt werden könnte, angelegentlich dessen lediglich die notwendigen Anträge im Revisionsverfahren gestellt werden. Dass hierdurch die *„Würde einer Gerichtsverhandlung eines obersten Strafgerichts“* infrage gestellt wird, liegt auf der Hand.[85] Daher können irgendwelche Terminkollisionen ebenso wie Unpässlichkeiten oder Freizeitverabredungen die Teilnahme mittels Bild-Ton-Übertragung grundsätzlich nicht rechtfertigen. Strenge Anforderungen sind auch zu stellen an die technische Ausstattung, etwa an stabile und sichere Leitungen und auch an die „Kulisse“ in den Dienst- oder Geschäftsräumen (vgl. vorstehend II. 1. c)). Zeitraubende

---

84 Außer Betracht bleiben soll hier der zutreffende Hinweis auf die mit dem Medienbruch verbundenen strukturellen Nachteile für den Abwesenden, vgl. dazu *Krehl* a.a.O. (Fn. 80), S. 274; NK-StPO/*Eschelbach*, 1. Aufl., § 350 Rn. 1; *Glunz*, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik (2012), S. 326.

85 *Krehl* a.a.O. (Fn. 80), S. 274.

Pausen oder peinliche Nachfragen wegen akustischer Verständigungsschwierigkeiten sind mit der integrativen Funktion der Hauptverhandlung unvereinbar;[86] eine dadurch drohende Rufschädigung des Gerichts in öffentlicher Verhandlung ist zu verhindern. Der sonst naheliegende Eindruck von einer „peinlichen Farce" wäre dann vom Gericht zu verantworten und würde ihm – anders als bei Unzulänglichkeiten einzelner Verfahrensbeteiligter – von den „Nichtbeteiligten" auch zugeschrieben werden.

VIII. Ein Ausblick anderer Art

Auf seine nun schon Jahrzehnte alte Frage bin ich dem *Jubilar* bislang eine Antwort schuldig geblieben. Auf Fortbildungen oder bei der Überarbeitung von Kommentierungen fühle ich mich bis heute jedes Mal etwas von ihm ertappt, wenn ich dort das „Besser-Weglassen"[87] – entsprechend der ständigen Rechtsprechung[88] – gebetsmühlenartig zum Besten gebe. Deshalb ergänze ich den Hinweis seit langer Zeit um den Zusatz, dass verfahrensrechtliche Entscheidungen unabhängig von gesetzlichen Bescheidungspflichten den Verfahrensbeteiligten durch das Tatgericht erläutert werden können und – so es die Verhandlungsatmosphäre denn zulässt – auch sollten.

Mir wird *„KUV"* als Revisionsverteidiger fehlen, wenn er sich fortan noch spannenderen Fragen und Erlebnissen jenseits des Strafprozessrechts mit

---

86 Der Erfahrungsschatz aus der Zeit der Bild-Ton-Verhandlungen des 6. Strafsenats (vgl. dazu *Sander* StraFo 2023, 119 einerseits und *Krehl* a.a.O. [Fn. 80], S. 273 anderseits) ist insoweit leider reich. Gut in Erinnerung sind mir die Momente geblieben, in denen man sich wechselseitig ein *„Hallo, hallo, hören Sie mich"* oder *„können Sie mich sehen"* entgegenrief.

87 Um die Erkenntnis einer „Geheimwissenschaft" handelt es sich dabei deshalb freilich nicht (aA wohl *Jahn* in FS Leitner [2024], S. 609, 615 und 626).

88 Vgl. nur BGH NStZ 2019, 107, 108; offengelassen von *Ventzke* NStZ 2019, 171, 172.

seiner „Liebsten“ zuwendet; hat er meinen Blick auf „den Strafprozess“ doch maßgeblich geprägt und geschärft. Dieser über Rechtsfragen weit hinausreichende langjährige Austausch ist für meine berufliche Entwicklung, insbesondere aber für das tägliche Streben nach dem Ideal einer unabhängigen Richterpersönlichkeit, nicht wegzudenken. Wenn ich mir auch nicht sicher bin, wohin die besorgniserregende Rechtsentwicklung den § 350 StPO noch treibt, so versöhnt mich doch im selben Moment der Gedanke, dass der Diskurs mit *Klaus-Ulrich Ventzke* auch nach seinem Eintritt in den Ruhestand hoffentlich noch lange fortbestehen wird.

WOLFGANG WOHLERS*

Beweise aus der Blackbox

I. Die Kommunikation über «Kryptohandys» als Beweismittel im Strafprozess

Der Strafprozess dient der Abklärung eines Straftatverdachts,[1] wobei die Aufgabe, den Beweis zu führen, dass die Geschehensabläufe, die in der Anklageschrift behauptet werden, tatsächlich stattgefunden haben, der Staatsanwaltschaft bzw. dem erkennenden Gericht obliegt. Die Mittel, mit denen dieser Beweis geführt werden kann, werden unter anderem auch durch den Stand der gesellschaftlichen Entwicklung beeinflusst. Abgesehen von der stetigen Fortentwicklung praktisch aller forensisch relevanten Beweismethoden kommt es immer wieder einmal zu disruptiven Ereignissen, von denen das jüngste wohl die in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts zur praktischen Anwendungsreife als forensisches Instrument gelangte DNA-Analyse sein dürfte.[2] Auch wenn der Beweiswert einer am Tatort und/oder an bestimmten, deliktsrelevanten Gegenständen oder Personen festgestellten DNA-Spur deutlich

---

* Der Verfasser ist als Student, als Referendar und nach dem zweiten Staatsexamen mehrere Jahre als Rechtsanwalt für die Kanzlei Strate und Ventzke tätig gewesen, bis der Wechsel in die Schweiz ein weiteres Tätigsein praktisch verunmöglicht hat. Die Einschränkung des Kontaktes zur Kanzlei, der für den Verfasser dieser Zeilen aus fachlich-beruflicher und persönlicher Sicht höchst wertvoll war und ist, stellt einen der (wenigen) mit dem Wechsel von der norddeutschen Tiefebene in die Berge verbundenen negativen Aspekte dar.

1 *Wohlers* in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Einleitung Rn. 6 m.w.N.

2 *Wohlers* in Geth (Hrsg.), Die revidierte Strafprozessordnung, Basel 2023, § 5 Rn. 5.1 und 5.7 ff.

weniger eindeutig ist, als dies verbreitet angenommen wird,[3] lässt sich doch nicht ernsthaft bestreiten, dass die DNA-Analyse schon in ihrer traditionellen Form der Erstellung von DNA-Profilen die Möglichkeiten der Beweisführung in verschiedener Hinsicht revolutioniert hat. Ob die in den letzten Jahren heiß diskutierte neue Variante der «Phänotypisierung»[4] vergleichbare Effekte hervorrufen wird, bleibt abzuwarten, muss im vorliegenden Zusammenhang aber auch schon deswegen nicht weiter vertieft werden, weil die Phänotypisierung keine Beweise kreiert, sondern ein Fahndungsinstrument darstellt, mittels dessen die Strafverfolgungsbehörden Ermittlungsansätze schaffen wollen, die zu Beweisen führen sollen.[5]

Für die Frage, wie bzw. mit welchen Mitteln im Strafverfahren Beweis geführt wird, ist neben der technischen Entwicklung von besonderer Bedeutung, wie in einer Gesellschaft kommuniziert und ob und wie (potenziell beweisrelevante) Informationen gesichert werden. In modernen Gesellschaften, die verbreitet – und in der Sache vollkommen zu Recht – als Informations- bzw. Datengesellschaften charakterisiert werden, schlägt sich die im Zuge der ubiquitären Nutzung digitaler Systeme und vernetzter Geräte exponentiell steigende Datenmenge letztlich auch im Strafverfahren nieder. Die Daten, die wir alle im Rahmen unserer geschäftlichen und privaten Tätigkeiten fortlaufend produzieren und die aufgezeichnet und gespeichert für eine Auswertung zur Verfügung stehen, stellen eine wahre Fundgrube für Strafverfolger dar und wecken damit natürlich Begehrlichkeiten. Dies gilt gerade für die Deliktsbereiche, bei denen die Strafverfolgungsbehörden, wie z.B. im Bereich des Betäubungsmittelhandels und der Organisierten Kriminalität im Allgemeinen, darauf angewiesen sind, die interne Kommunikation der Zielpersonen auszuwerten und beweissicher dokumentieren zu können, um auch in den Fällen zu

---

3 Vgl. hierzu *Wohlers* ZStrR 141 (2023), 383, 393 ff.; *ders*. ZStrR 141 (2023), 347, 349 m.w.N.

4 *Wohlers* a.a.O. (Fn. 2), § 5 Rn. 5.59 ff.

5 *Wohlers* a.a.O. (Fn. 2), § 5 Rn. 5.59.

einer Verurteilung kommen zu können, in denen die Beteiligten von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen und – wie im Regelfall – weder außenstehende Zeugen noch sonstige objektive Beweismittel zur Verfügung stehen.

Jedenfalls dann, wenn sich die Strafverfolgungsbehörde nicht von vornherein darauf beschränken will, allein die vor Ort agierenden Mitglieder auf der untersten Hierarchiestufe ins Visier zu nehmen, geht kein Weg daran vorbei, dass auf die interne Kommunikation zugegriffen werden muss. Die Beweisführung über Erkenntnisse, die im Rahmen heimlich durchgeführter Überwachungsmaßnahmen gewonnen werden, hat sich zu einer Art Wettlauf entwickelt, bei dem der technischen Entwicklung wiederum eine nicht zu überschätzende Bedeutung zukommt. Die vorerst letzte Etappe in diesem Rennen bestand darin, dass Personen, die sich einer Überwachung ihrer Kommunikation entziehen möchten, vor einigen Jahren dazu übergegangen sind, Kommunikationsgeräte zu nutzen, die von den Strafverfolgungsbehörden nicht überwacht werden können bzw. bei denen die Kommunikation verschlüsselt abläuft und deren Verschlüsselung – angeblich – nicht durchbrochen werden kann. Die Annahme, dass die sog. Kryptohandys eine von staatlicher Überwachung freie Kommunikation ermöglichen, hat sich allerdings, wie wir jetzt wissen, als Fehlannahme herausgestellt. Tatsächlich ist es ausländischen Stellen gelungen, die Verschlüsselung zu knacken (Fälle «Encrochat» und «Sky ECC»). In anderen Fällen hat sich herausgestellt, dass die angeblichen abhörsicheren Kryptohandys tatsächlich von Unternehmen stammen, die von (ausländischen) staatlichen Stellen gegründet worden sind und bei denen die Kommunikation damit von vornherein mitgehört werden konnte und sollte (Fall «Anom»).

Für die Strafverfolgungsbehörden ist die abgefangene Kommunikation von großer Bedeutung, zum einen, weil auf diese Weise möglicherweise auch die Personen erreicht werden können, die auf höheren Hierarchiestufen stehen, zum anderen aber auch – und vor allem – deshalb, weil die Kommunikation über die angeblich abhörsicheren Kommunikationskanäle relativ offen geführt worden ist und damit potenziell einen höheren Beweiswert verspricht.

Letzteres ist insbesondere dann von nicht zu unterschätzender Bedeutung, wenn es sich bei der abgehörten Kommunikation – wie nicht selten – um das einzige Beweismittel handelt, dass die Strafverfolgungsbehörden in den Händen halten. Von einzelnen der mit diesen Verfahren befassten Verteidigern wird denn auch gar nicht in Abrede gestellt, dass sich die in den entsprechenden Auswertungen enthaltenen Chats «faszinierend schlüssig» lesen. Es wird aber vollkommen zu Recht auch darauf hingewiesen, *«dass die [mit den Auswertungen] präsentierten Storys gerade im Hinblick auf Schlüssigkeit und 'Lesbarkeit' von Kriminalbeamten zusammengestellt wurden»*.[6]

Aus alledem folgt, dass eine lege artis agierende Verteidigung zunächst einmal ihrem Mandanten zu raten hat, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Daneben muss sich die Verteidigung dann aber darauf konzentrieren, die Verwertung der Erkenntnisse aus den Überwachungsmaßnahmen in Frage zu stellen. Die Besonderheit, mit der man sich hierbei in Deutschland und in vielen anderen Staaten, wie z.B. auch in der Schweiz, konfrontiert sieht, ist die, dass die Überwachungsmaßnahmen nicht von deutschen Stellen durchgeführt wurden. Die ausländischen Stellen haben die von ihnen gewonnenen Erkenntnisse den deutschen Strafverfolgungsbehörden teilweise unaufgefordert zur Verfügung gestellt, teilweise hat sich die Anfrage bei den entsprechenden ausländischen Stellen aber auch schon zu einer Art Standardmaßnahme entwickelt, auf die jedenfalls dann zurückgegriffen wird, wenn im Zuge von Ermittlungen Hinweise darauf auftauchen, dass von den Beschuldigten entsprechende Kommunikationsmittel eingesetzt wurden. Die Frage ist, ob die Art und Weise, in der die Überwachungsmaßnahmen durchgeführt worden sind, ein Verwertungsverbot zu begründen vermag. Handelt es sich bei den Überwachungsmaßnahmen um anlasslos durchgeführte Ausforschungsmaßnahmen, deren Verwertung in einem deutschen Strafverfahren nicht in Betracht kommen kann, weil die entsprechenden Erkenntnisse nach deutschem Recht

---

6 *Sommer* StraFo 2023, 250, 258.

nicht rechtmäßig hätten gewonnen werden können und/oder deren Verwertung gegen den ordre public verstößt?

Angesichts dessen, dass die Erwartungen, dass die deutschen Strafgerichte ein so begründetes Verwertungsverbot annehmen werden, von vornherein – und wie die bisherigen Entscheidungen belegen: zu Recht – nicht sehr hoch waren, kommt einem zweiten Gesichtspunkt besondere Bedeutung zu: Den Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten werden üblicherweise aufgearbeitete Auswertungen zur Verfügung gestellt, die sich, wie bereits erwähnt, für sich gesehen durchaus überzeugend lesen. Die Problematik besteht hierbei darin, dass man die Beweiskraft dieser Auswertungen nur dann beurteilen kann, wenn man auf die im Zuge der Überwachungsmaßnahmen angefallenen Rohdaten zurückgreifen und überprüfen kann, auf welche Art und Weise diese Rohdaten aufgearbeitet worden sind. Ist dies nicht möglich, haben weder die Verteidigung noch das mit der Sache befasste Gericht irgendwelche Ansatzpunkte, um die Auswertungen zu hinterfragen bzw. deren Beweiswert zu prüfen. Man kann den Auswertungen nur glauben – oder eben nicht.

Dass die Auswertungen – vorsichtig ausgedrückt – durchaus nicht über jeden Zweifel erhaben sind, hat die Praxis bereits gezeigt. So hat sich z.B. im Hinblick auf die Fälle, in denen der Tatvorwurf auf «Encrochat»-Daten gestützt wird, ergeben, dass es gemäß bekannt gewordenen Informationen

> *«[d]utzende Nachrichten eines Nutzers innerhalb einer Sekunde [gibt], zum Teil antworten Nutzer auf Fragen eines anderen Nutzers, die gar nicht an sie gerichtet waren, zum Teil gibt es für die gleiche Nachricht drei Zeitstempel, die sich teilweise um mehrere Tage unterscheiden etc.».*[7]

[7] *Erhard/Lödden* StraFo 2021, 366, 368 Fn. 7; vgl. auch *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 366.

Die Frage, die an diesen Befund anknüpft, ist die, welche Voraussetzungen eigentlich gegeben sein müssen, damit die Auswertungen Beweiskraft erlangen, und was die Folge ist, wenn diese Voraussetzungen nicht gewährleistet sind. Konkret geht es darum, ob die Problematik im Rahmen der Beweiswürdigung gelöst werden kann bzw. muss oder aber ein Verwertungsverbot anzunehmen ist. Letzteres erscheint zumindest aus der Sicht der Verteidigung betrachtet aus zwei Gründen vorzugswürdig: Zum einen würde bei Annahme eines Verwertungsverbots der entscheidende und häufig auch einzige belastende Beweis wegfallen, was zur Entlassung des Mandanten aus der Untersuchungshaft und zur Einstellung des Verfahrens führen muss. Zum anderen werden mit dem Verdikt der Unverwertbarkeit die Unwägbarkeiten umgangen, die der «freien» Beweiswürdigung aus der Sicht der die Würdigung nicht selbst vornehmenden Verfahrensbeteiligten notwendigerweise anhaften.

Die Tatsache, dass der Beweiswert von digitalen Beweisen, an deren ordnungsgemäßes Zustandekommen man nur glauben, den man aber nicht verifizieren kann, praktisch gesehen gegen Null tendiert,[8] muss jedenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Nach der in der deutschen Strafjustiz ganz vorherrschend vertretenen Auffassung bleibt es dann aber auch dabei. So hat sich das OLG Brandenburg in einem «Encrochat»-Daten betreffenden Verfahren explizit auf den Standpunkt gestellt, die Frage der Datenauthentizität und Datenintegrität sei

> *«einer einzelfallbezogenen tatgerichtlichen Bewertung zugänglich und obliegt insoweit der Aufklärung und abschließenden Prüfung des Landgerichts im Rahmen der zu treffenden Beweiswürdigung. Diesbezügliche Einschränkungen hinsichtlich*

[8] So auch bereits *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 306 f.; *Albrecht* jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3 (Abschnitt D.); *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 364 f. und 367.

> *des Beweiswertes der Daten führen insoweit nicht dazu, dass ein generelles Verwertungsverbot anzunehmen wäre.»*[9]

Entgegen der von der Verteidigung vertretenen Auffassung sei

> *«eine Verwertung der Chat-Dateien auch nicht im Hinblick darauf ausgeschlossen, dass die zugrunde liegenden ‚Rohdaten' (bislang) nicht vorliegen, das konkrete (nachrichtendienstliche) Vorgehen bei der Datengewinnung seitens der französischen Ermittlungsbehörden nicht bekannt ist und die Kommunikationsinhalte von den Endgeräten möglicherweise bereits vor einer Versendung entschlüsselt und gesichert wurden».*[10]

Im Ausland wird dies durchaus anders gesehen: Der EGMR geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Beschuldigte als Teil des Anspruchs auf ein faires Verfahren i.S. von Art. 6 Abs. 1 EMRK die Möglichkeit haben muss, die Belastungsbeweise zu hinterfragen, wozu auch gehört, dass er deren ordnungsgemäßes Zustandekommen prüfen und sodann substantiiert bestreiten können muss.[11] Und aus eben diesem Grund hat der Corte di Cassazione in einem Entscheid vom 15.07.2022 die Verwendung der durch Zugriff auf die

---

9 OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2021 – 2 Ws 102/21 = BeckRS 2021, 23525 Rz. 17.

10 OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2021 – 2 Ws 102/21 = BeckRS 2021, 23525 Rz. 16.

11 EGMR v. 26.09.2023, Yüksel Yalcinkaya vs. Türkei, §§ 303, 306 und 324 ff. (bezogen auf digitale Beweise); EGMR v. 25.07.2013, Erkapić v. Kroatien, §§ 73; EGMR v. 25.07.2013, Zahirović v. Kroatien, § 42; EGMR v. 05.06.2009, Mirilashvili v. Russland, § 91; *Meyer* in Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. (2021), Art. 6 Rn. 127; *Harrendorf/König/Voigt* in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Handkommentar EMRK, 5. Aufl. (2023), Art. 6 Rn. 117.

unter «Sky ECC» gelaufene Kommunikation abgelehnt.[12] Der EuGH hat im Zusammenhang mit der sog. Vorratsdatenspeicherung festgehalten, dass Daten von der Verwendung auszuschließen sind, wenn die Verfahrensbeteiligten

> *«nicht in der Lage sind, sachgerecht zu den Informationen und Beweisen Stellung zu nehmen, die einem Bereich entstammen, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen».*[13]

Und auch das Schweizerische Bundesgericht hat ebenfalls schon vor einigen Jahren festgehalten, dass das Recht, sich effektiv verteidigen zu können, nicht nur voraussetzt, dass die Beweismittel in den Akten vorhanden sind, sondern

> *«dass aktenmäßig belegt sein muss, wie sie produziert wurden, damit der Angeklagte in der Lage ist zu prüfen, ob sie inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen und gegebenenfalls Einwände gegen deren Verwertbarkeit erheben kann. Dies ist Voraussetzung dafür, dass er seine Verteidigungsrechte überhaupt wahrnehmen kann».*[14]

---

12 Corte Suprema di Cassazione, Entscheid vom 15.07.2022, 32915, E. 1; vgl. auch *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 390; *Sommer* StraFo 2023, 259.

13 EuGH, Große Kammer, Urteil v. 20.09.2022, C-339/20, Rn. 106; zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die hier vorliegenden Konstellationen vgl. *Meyer-Mews* HRRS 2023, 110, 114 f.

14 BGE 129 I 85, 88 f.; vgl. auch *Gless* in Niggli/Wiprächtiger/Heer (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung, 3. Aufl. (2023), Art. 141 N 33: Soweit ein die Zuverlässigkeit der strafprozessualen Beweisführung oder die Fairness des Verfahrens in Frage stellender Umstand nicht kompensiert werden kann, *«kann das Beweismittel aus dem Ausland nicht verwertet werden».*

Mit den nachfolgenden Ausführungen sollen beide vorstehend erwähnten Ansatzpunkte für ein Verwertungsverbot näher analysiert werden: Zum einen die Umstände, unter denen die Erkenntnisse aus der Kommunikation über Kryptohandys gewonnen worden sind (dazu unten III.), zum anderen die Frage, ob ein in seiner Beweiskraft nicht hinterfragbares Beweismittel überhaupt Eingang in die Beweiswürdigung finden darf und deshalb von vornherein aus dieser herausgehalten werden muss (dazu unten IV.). Zuvor soll aber noch kurz auf die Frage eingegangen werden, wie die Erkenntnisse über den Kommunikationsinhalt in den Fällen «Encrochat», «Sky ECC» und «Anom» konkret gewonnen worden sind und wie deutsche und ausländische Gerichte bisher deren Verwertbarkeit beurteilt haben (vgl. nachfolgend II.).

II. Die Erkenntnisse aus der Überwachung der Kommunikation in den Fällen «Encrochat», «Sky ECC» und «Anom» vor den deutschen Strafgerichten

1. Die Fälle «Encrochat», «Sky ECC» und «Anom»

Das Unternehmen «Encrochat» hatte im Jahre 2016 Mobiltelefone auf den Markt gebracht, die – so die Eigenwerbung – von den Strafbehörden nicht abgehört werden konnten. Tatsächlich ist es den französischen Behörden unter Mitwirkung niederländischer Behörden, Eurojust und Europol gelungen, auf den Server der «Encrochat»-Betreiber zuzugreifen und mittels einer als Softwareupdate getarnten Spionagesoftware letztlich auch auf die Endgeräte zuzugreifen. Dieser Zugriff dauerte an bis zur Abschaltung des Servers durch den Anbieter im Jahre 2020, die offenbar erfolgte, nachdem Anhaltspunkte für die Infiltrierung des Systems bekannt geworden waren. Die ausgelesenen Informationen – Kommunikationsinhalte und Memos – wurden von Europol ausgewertet, aufbereitet und mit dem Einverständnis der französischen Behörden an die zuständigen Stellen verschiedener Staaten weitergeleitet. In Deutschland wurden die Daten vom Bundeskriminalamt ausgewertet,

nochmals aufgearbeitet und in der Folge eine Vielzahl von Strafverfahren eingeleitet. Auf ein – unzutreffender Weise als eine europäische Ermittlungsanordnung eingekleidetes[15] – Ersuchen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main hin hat das zuständige französische Gericht die Zustimmung zur Verwertung der übermittelten Daten erteilt.[16]

Auch «Sky ECC» ist ein Kommunikationsdienst, der von einem kanadischen Unternehmen betrieben wurde, das seinen Nutzern eine abhörsichere Kommunikation versprach. Die Kommunikation konnte nur über fertig vorinstallierte Geräte erfolgen, die direkt vom Anbieter bezogen werden mussten. Zu unterscheiden sind bilaterale Chats, bei denen die Chatinhalte nur einseitig gespeichert wurden, und Gruppen-Chats, bei denen die Kommunikation umfassend gespeichert wurde. Auch hier ist es einer Gruppe französischer, niederländischer und belgischer Behörden, unterstützt durch Europol, gelungen, den Datenverkehr zu entschlüsseln, aufzubereiten und dann den nationalen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen.[17]

Der Fall «Anom» war bzw. ist etwas anders gelagert als die beiden vorerwähnten Fälle: Hier hatte das FBI ein in Panama domiziliertes und auf abhörsicher verschlüsselte Kommunikation spezialisiertes Unternehmen gegründet. Dieses Unternehmen hat in der Folge rund 12'000 angeblich abhörsichere Geräte an Endkunden veräußert, wobei die Kommunikation tatsächlich überwacht werden konnte und auch tatsächlich im Auftrag des FBI überwacht wurde. Die

---

15 Vgl. hierzu *Strate* HRRS 2022, 15, 16 f.; vgl. auch *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 812 und 833 ff.

16 Vgl. die ausführliche Darstellung des Sachverhalts bei BGH, Beschluss vom 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NStZ 2022, 435; vgl. auch *Erhard/Lödden* StraFo 2021, 366 f.; *Gebhard/Michalke* NJW 2022, 655 f.; *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363 f.; *Ruppert* NZWiSt 2022, 221 f.; *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982 f.; *Sommer* StV-S 2021, 67 f.; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 811 und 814 ff.; *Theume* KJ 2021, 444 f.; *Wahl* ZIS 2021, 452; *Zeyher* ZWH 4/2022, 81, 82; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173 ff.

17 Vgl. die Darstellung der Hintergründe bei *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 302 f.; *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 385 ff.

Überwachung erfolgte so, dass die Daten außerhalb der USA abgefangen und auf einen außerhalb der USA gelegenen Server weitergeleitet und entschlüsselt wurden. Nach einer ersten Testphase schaltete das FBI einen unbekannten Drittstaat ein, bei dem es sich um ein Mitglied der EU handeln soll. Dieser Drittstaat richtete einen Server ein, auf den die Daten weitergleitet wurden. Der Drittstaat erwirkte einen richterlichen Beschluss, der es ihm gestattete, die Daten im Wege der Rechtshilfe in Kopie an das FBI weiterzuleiten. Die Auswertung der Daten soll durch das FBI in Zusammenarbeit mit Behörden des Drittstaates und Europol erfolgt sein. Die aufbereiteten Daten wurden über das FBI den Strafverfolgungsbehörden anderer Staaten zur Verfügung gestellt, unter anderem den Strafverfolgungsbehörden in Deutschland und in der Schweiz.[18]

2. Die Reaktion der deutschen Strafjustiz

Wie nicht anders zu erwarten, hat die Verteidigung in allen drei Fällen den Versuch unternommen, die Erkenntnisse aus der Überwachung für unverwertbar zu erklären. In einem «Encrochat»-Daten betreffenden Verfahren hat das LG Berlin ein Verwertungsverbot unter Verweis auf die Missachtung von Art. 31 RiLi EEA und § 91g Abs. 6 IRG sowie das Fehlen eines Anfangsverdachts angenommen,[19] die Entscheidung ist aber umgehend durch das

---

[18] Vgl. dazu OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.11.2021 – 1 HEs 427/21 = NJW 2022, 710; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 30.12.2022 – 4 HEs 35/22 = NStZ 2023, 764; OLG München, Beschluss vom 19.10.2023 – 1 Ws 525/23 = StV 2024, 18; LG Darmstadt StV 2022, 280 mit Anm. *Nestler*; vgl. auch BGer vom 11.01.2024, 7B_159/2022 und 7B_160/2022 mit Bespr. *Wohlers* forumpoenale 2024, 293 ff.

[19] LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) = NStZ 2021, 696, 700 f. mit abl. Anm. *Labusga* und zust. Besprechung *Erhard/Lödden* StraFo 2021, 366, 368 ff. sowie *Theune* KJ 2021, 444 ff.

Kammergericht aufgehoben worden,[20] wobei das Kammergericht sich zu dem markigen Statement bemüßigt sah:

> *«Die Nichtverwertung von legal durch Behörden der Republik Frankreich – nicht nur eines Gründungsmitglieds der europäischen Union, sondern auch eines der Mutterländer des modernen Menschenrechtsverständnisses – beschaffter Informationen über derart schwerwiegende Straftaten, verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung.»*[21]

Mit der Ablehnung eines Verwertungsverbots steht das Kammergericht aber keineswegs allein, sondern reiht sich in die Phalanx der Oberlandesgerichte ein, die – im Hinblick auf «Encrochat»-Daten und «Sky ECC»-Daten unisono – die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse aus der im Ausland erfolgten Überwachung ebenfalls bejaht haben, wobei sie sich verschiedener, vom Bundesgerichtshof entwickelter bzw. vorgegebener Instrumente bedient haben, die es praktisch weitgehend ausschließen, dass es in Bezug auf sog. Auslandsbeweise zur Annahme eines Verwertungsverbotes kommen kann:

So gehen einzelne Oberlandesgerichte zwar durchaus davon aus, dass es zu Verstößen gegen das in § 31 EEA und § 91g IRG statuierte Mitteilungsgebot gekommen ist. Dennoch seien die Erkenntnisse aufgrund einer Abwägung verwertbar, da auch im Falle des Vorliegens des Verstoßes das Interesse an einer Strafverfolgung überwiege.[22] Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass

---

20 KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 = BeckRS 2021, 24213 = NStZ-RR 2021, 353 mit Anm. *Diessner* Fachdienst Strafrecht 2021, 442178 und krit. Bespr. *Theune* KJ 2021, 444, 448 f.

21 KG Berlin BeckRS 2021, 24213 Rz. 49 = NStZ-RR 2021, 353, 354.

22 KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 = BeckRS 2021, 24213 = NStZ-RR 2021, 353 und Anm. *Diessner* Fachdienst Strafrecht 2021, 442178; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2021 – 2 Ws 102/21 = BeckRS 2021, 23525; OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.12.2021 – 2 Ws 197/21 (S) = BeckRS 2021,

Beweisverwertungsverbote nur im Ausnahmefall eingreifen und eine fehlerhafte Beweisgewinnung bei Auslandsbeweisen im Hinblick auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nur angenommen werden könne, wenn es um eklatante Fehler geht,[23] konkret um die Verletzung völkerrechtlich verbindlicher und dem Individualschutz dienender Garantien oder um einen Verstoß gegen den Grundsatz des ordre public (vgl. § 73 IRG).[24] Beweiserhebungen, die im Ausland erfolgt sind, werden unter Verweis auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung praktisch weitgehend einer Überprüfung entzogen, was vom Bundesgerichtshof im Ergebnis bestätigt wurde.[25] Die weitere These einiger Oberlandesgerichte, dass im deutschen Recht mit § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stehen soll, mit der die im Ausland

---

42283 mit Anm. *Knierim* Fachdienst Strafrecht 2022, 445089; OLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 = NStZ-RR 2021, 158, 159 f. mit Bespr. *Vizcaino* jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1 und Bespr. *Stehr/Rakow* StRR 4/2021, 6 ff., *Wahl* ZIS 2021, 452 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2021 – 2 Ws 250/21 = BeckRS 2021, 24319 Rz. 34 ff., 50 ff. mit Bespr. *Albrecht* jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 = BeckRS 2021, 2226 Rz. 98 ff. mit Bespr. *Stehr/Rakow* StRR 4/2021, 6 ff. sowie Bespr. *Nadeborn/Kempgens* jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4 und *Wahl* ZIS 2021, 452 ff.; OLG Rostock, Beschluss vom 23.02.2021 – 20 Ws 70/21 = MMR 2021, 572; OLG Schleswig, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 Ws 47/21 = NStZ 2021, 693, 695; vgl. auch *Labusga* NStZ 2021, 702 ff.; *Zeyher* ZWH 4/2022, 81, 83 f.; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 177 f.; bestätigt durch BGH NStZ 2022, 435, 440 ff. mit krit. Anm. *Rückert*; kritisch *Gebhard/Michalke* NJW 2022, 655, 657 f.; *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 999 ff. und 1012 f.; zweifelnd *Wahl* ZIS 2021, 452, 457 f.; kritisch *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 828 ff.

23 OLG Brandenburg BeckRS 2021, 23525 Rz. 7 ff.; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 42283 Rz. 9 ff.; OLG Hamburg BeckRS 2021, 2226, Rz. 74 ff.

24 OLG Bremen NStZ-RR 2021, 158, 160; OLG Frankfurt NJW 2022, 710, 711 Rn. 6; OLG Saarbrücken NStZ 2023, 764, 765; KG Berlin NStZ-RR 2021, 353.

25 BGH, Beschluss vom 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NStZ 2022, 435, 437 ff. mit Anm. *Sommerer/Rehberger* RDi 2022, 304 ff. und Bespr. *Ruppert* NZWiSt 2022, 221 ff.

gewonnenen Erkenntnisse als Zufallsfunde i.S. von § 100e verwertet werden können,[26] wird vom BGH zwar nicht geteilt, er sieht eine Rechtsgrundlage für die Verwertung aber in § 261 StPO.[27]

In Bezug auf «Anom»-Daten haben die OLGe Frankfurt und Saarbrücken das Vorliegen eines Verwertungsverbots mit den bereits bekannten Argumenten verneint,[28] während das OLG München die Verwertbarkeit der «Anom»-Daten für zweifelhaft erklärt hat, wobei es den relevanten Unterschied zu der vom BGH gebilligten Verwertung der «Encrochat»-Daten darin sieht, dass die «Anom»-Daten aus einer vom FBI initiierten und geleiteten Überwachungsmaßnahme stammen, wobei das in die Umsetzung einbezogene *«Drittland weder vom FBI noch vom US-amerikanischen Justizministerium benannt wird, und zugleich von den befragten US-amerikanischen Stellen nur behauptet wird, dass in einem Drittland gerichtliche Entscheidungen ergangen seien»*.[29]

---

26 So – bezogen auf Encrochat – OLG Celle BeckRS 2021, 24319 Rz. 22 ff.; OLG Hamburg BeckRS 2021, 2226 Rz. 58 ff.; OLG Schleswig NStZ 2021, 693, 695 f.; KG Berlin NStZ-RR 2021, 353 f. mit Anm. *Immel*; kritisch hierzu *Strate* HRRS 2022, 15, 16; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 831 f.; vgl. auch *Gebhard/Michalke* NJW 2022, 655, 658 f.; *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 389; *Ruppert* NZWiSt 2022, 221, 225 ff.; *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 994 ff.; *Zeyher* ZWH 4/2022, 81, 85 ff.; vgl. aber auch – bezogen auf Anom – OLG Frankfurt NJW 2022, 710, 711 Rz. 5.

27 BGH NStZ 2022, 435, 443 Rn. 61 mit abl. Anm. *Rückert* und abl. Bespr. *Ruppert* NZWiSt 2022, 221, 224 f.; kritisch auch *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 1006; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 813 f. sowie *Wohlers* in SK-StPO, Einleitung Rn. 273.

28 OLG Frankfurt NJW 2022, 710; OLG Saarbrücken NStZ 2023, 764 f.

29 OLG München StV 2024, 18, 20.

III. Die Verwertung von Erkenntnissen aus ausländischen Überwachungsmaßnahmen in einem deutschen Strafverfahren

Aus der Sicht der Verteidigung betrachtet, fällt zunächst einmal ins Auge, dass die hier in Frage stehenden Erkenntnisse in Deutschland nicht hätten gewonnen werden können. Für die Anwendung von Überwachungsmaßnahmen nach der StPO fehlt es an einem auf eine konkrete Tat bezogenen Anfangsverdacht, was letztlich auch von den Gerichten anerkannt wird.[30] Ob die Überwachungsmaßnahmen stattdessen auf polizeirechtlicher Grundlage hätten ergriffen werden können, kann offenbleiben, weil die Maßnahme praktisch gesehen jedenfalls daran gescheitert wäre, dass die deutschen Polizeibehörden offensichtlich nicht über die Fähigkeiten verfügen, die Verschlüsselung der Kommunikationssysteme selbst durchbrechen zu können. Letztlich kommt es auf dies alles aber gar nicht an, denn die Erkenntnisse sind nun einmal im Ausland gewonnen worden und es muss deshalb danach gefragt werden, ob diese Erkenntnisse in einem in Deutschland durchgeführten Strafverfahren verwertet werden dürfen oder nicht.

Bezogen auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Ausland gewonnene Erkenntnisse in einem deutschen Strafverfahren verwertet werden dürfen, besteht in der Literatur weitgehende Einigkeit dahingehend, die Verwertung in einem deutschen Strafverfahren sei ein Akt der deutschen Hoheitsgewalt, der sich nach deutschem Recht zu beurteilen habe.[31] Damit muss das

---

30 OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2021 – 2 Ws 102/21 = BeckRS 2021, 23525 Rz. 10; OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.12.2021 – 2 Ws 197/21 (S) = BeckRS 2021, 42283 Rz. 11.

31 *Ambos* Beweisverwertungsverbote (2010), S. 81; *Böse* ZStW 114 (2002), 148 (149); *Derin/Singelstein* NStZ 2021, 449, 453; *Gless* JR 2008, 317, 321; *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 984; *Zeyher* ZHW 4/2022, 81, 84; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 184; vgl. auch *Wohlers* in SK-StPO, Einleitung Rn. 317; *Gleß* JR 2008, 317, 321, jeweils m.w.N.

Vorliegen eines Verwertungsverbots auf der Grundlage der in Deutschland geltenden Grundsätze für die Annahme von Verwertungsverboten entschieden werden, was in der Praxis bedeutet, dass der vom Bundesgerichtshof entwickelte Abwägungsansatz[32] zur Anwendung kommen würde. Dass die Bäume hier nicht in den Himmel wachsen, wird schon dadurch sichergestellt, dass die Annahme eines Verwertungsverbots nach ständiger Rechtsprechung nicht etwa die Default-Lösung darstellt, sondern die einer besonderen Begründung bedürftige Ausnahme.[33]

Soweit es um Auslandsbeweise geht, wird diese Barriere noch durch andere Gesichtspunkte verstärkt. Ursprünglich war die Rechtsprechung im Hinblick auf Auslandsbeweise von einer differenzierenden Lösung ausgegangen: Vorrangig sollte auf das Recht des Staates abzustellen sein, in dem der Beweis erhoben wurde. War die Erhebung gemessen an diesem Recht ordnungsgemäß erfolgt, war der Beweis auch in einem deutschen Strafverfahren verwertbar; war die Erhebung gemessen am ausländischen Recht prozessordnungswidrig erfolgt, sollte eine Abwägung erforderlich sein, die aber nur dann zu einem Verwertungsverbot führen sollte, wenn eklatante Mängel vorlagen und unverzichtbare rechtsstaatliche Grundsätze nicht eingehalten worden waren.[34] In seiner neueren Rechtsprechung geht nun auch der BGH davon aus, dass es für die Frage der Verwertbarkeit auf das Recht des ersuchenden Staates ankommen soll.[35] Gleichzeitig geht der BGH aber auch davon aus, dass es eine Überprüfung von im Ausland erfolgten Akten der Beweisgewinnung durch die

---

32 Vgl. dazu *Wohlers* in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Einleitung Rn. 280 ff.

33 Vgl. BVerfGE 130, 1, 28; BGHSt 37, 30, 32; BGHSt 40, 211, 217; BGHSt 42, 372, 377; BGHSt 44, 243, 249 f.; BGHSt 51, 285, 289 f.; kritisch hierzu *Wohlers* in SK-StPO, Einleitung Rn. 272 f.

34 Vgl. BGH StV 1982, 153, 154; BGH NStZ 1983, 181; kritisch zur Unklarheit der Kriterien: *Gless* in FS Grünwald (1999), S. 204; *Wohlers* in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Einleitung Rn. 319; *Gless* JR 2008, 317, 320 f.

35 BGHSt 38, 263, 265; BGHSt 58, 32, 36 Rn. 21; BGH NStZ 2022, 435, 438 Rn. 26; BGH NStZ 2014, 608; OLG Schleswig NStZ 2021, 693, 695.

deutschen Gerichte im Hinblick auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nur eingeschränkt erfolgen kann, nämlich dahingehend, ob völkerrechtlich verbindliche Garantien und rechtsstaatliche Grundsätze eingehalten worden sind.[36]

Konkret bedeutet dies, dass Auslandsbeweise gegen Verwertungsverbote praktisch immun sind:

Zunächst einmal macht die eingeschränkte Überprüfung es schon sehr schwer – um nicht zu sagen: praktisch unmöglich –, einen im Rahmen der Beweisgewinnung erfolgten Verstoß auch nur festzustellen. In der Literatur wird verbreitet der von den Verteidigungen aufgegriffene Standpunkt vertreten, dass es sich bei den im Ausland erfolgten Überwachungsmaßnahmen um anlasslos erfolgte Massenüberwachungen handelt,[37] was in der schweizerischen Strafprozessrechtsdogmatik mit dem plastischen Begriff der «fishing expedition» umschrieben wird[38] und in der Schweiz nach ganz herrschender Meinung ein Verwertungsverbot zur Folge hat.[39] Dass es sich beim Zugriff auf die «Sky ECC»-Daten um eine «fishing expedition» handelt, ergibt sich allein schon daraus, dass es hier um die Abschöpfung des Kommunikationsverkehrs von 170'000 Endgeräten ging.[40] Die Annahme, dass insoweit ein individualisierter Anfangsverdacht bestanden haben soll, erscheint geradezu absurd; es handelt sich mithin um eine anlasslose Massenerhebung zum Zweck der gezielten

---

36 BGHSt 58, 32, 42 Rn. 33 ff.; BGH NStZ 2022, 435, 438 ff.; vgl. auch *Pauli* NStZ 2021, 146, 148; kritisch hierzu *Sommer* StV-S 2021, 67, 69; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 177; vgl. auch *Wahl* ZIS 2021, 452, 454 mit dem Hinweis darauf, dass konkrete Maßstäbe für die Ausfüllung dieses Kriterium nicht ersichtlich seien.

37 Vgl. nur *Derin/Singelstein* NStZ 2021, 449, 452; *Strate* HRRS 2022, 15, 16; *Wahl* ZIS 2021, 452 f.; *Wohlers* forumpoenale 2024, 293, 297.

38 Vgl. *Oberholzer* Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020, Rn. 1126; *Wohlers* in Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2020, Art. 141 Rn. 32.

39 Vgl. *Wohlers* forumpoenale 2024, 293, 297 f. m.w.N.

40 *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 389.

Generierung von Zufallsfunden.[41] Gleiches gilt für die «Anom»-Daten: Hier ging es zwar «nur» um 12'000 Kunden. Dass, wie das Obergericht Aargau als Vorinstanz in einem vom schweizerischen Bundesgericht entschiedenen Fall angenommen hatte, von einem individualisierten Tatverdacht keine Rede sein kann, ist auch vom Bundesgericht nicht beanstandet worden.[42] Anders soll es dagegen im Fall «Encrochat» liegen, weil der Zugriff hier in einem Verfahren erfolgt sei, das sich gegen die Betreiber des Servers gerichtet haben soll.[43] Dieser Begründungsansatz erscheint fragwürdig bzw. vorgeschoben, weil von Anfang an – jedenfalls: auch – die Nutzer im Visier der Strafverfolger waren – und zwar potenziell alle.[44] Der BGH ist den sich damit ergebenden Fragen nicht weiter nachgegangen, sondern akzeptiert die Behauptung der französischen Behörden, dass sich alle Nutzer verdächtig gemacht hätten.[45]

Selbst wenn sich ein prozessualer Fehler im Vorgehen der ausländischen Strafbehörden feststellen lässt, führt dies aber nur dazu, dass nun die zweite Hürde zu überspringen ist: Es darf sich nicht um irgendeinen Fehler handeln, sondern um einen solchen, durch den völkerrechtlich verbindliche Garantien und/oder rechtsstaatliche Grundsätze in Frage gestellt werden. Auch hier liegt die Latte in der Praxis hoch. Dass es sich um eine anlasslos erfolgte Massenüberwachung («fishing expedition») gehandelt haben könnte, begründet nach OLG Saarbrücken keinen elementaren Verstoß gegen rechtsstaatliche

---

41 *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 389 f.; *Strate* HRRS 2022, 15, 16.

42 Vgl. BGer, Urteil vom 11.01.2024, 7B_159/2022, 7B_160/2022, E. 2 und E. 5.5 mit Bespr. *Wohlers* forumpoenale 2024, 293, 297 f.

43 Vgl. KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 = BeckRS 2021, 24213 Rz. 23 ff.; OLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 = BeckRS 2021, 2226 Rz. 5 ff.; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173.

44 Vgl. hierzu auch LG Berlin NStZ 2021, 696, 698 Rn. 28; *Strate* HRRS 2022, 15, 16; *Derin/Singelstein* NStZ 2021, 449, 451 f.; *Sommer* StraFo 2023, 250, 253; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 822 ff.

45 Vgl. BGH NStZ 2022, 435, 440 Rn. 37.

Grundsätze.[46] Dass es für die Überwachungsmaßnahmen an einer Rechtsgrundlage im deutschen Recht fehlt, reicht ebenfalls nicht aus. Das Fehlen der Rechtsgrundlage führe entgegen einer in der Literatur verbreitet vertretenen Auffassung[47] zu keinem Verstoß gegen den ordre public. Der Umstand, dass die entsprechenden Überwachungsmaßnahmen in Deutschland nicht hätten durchgeführt werden können, begründe *«in der Gesamtschau der hierbei zu würdigenden Umstände noch kein Beweisverwertungsverbot, denn eine Verletzung allgemeiner rechtsstaatlicher und völkerrechtlicher Grundsätze, gemessen u.a. an Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem ordre public, liegt nicht vor»*.[48]

Und selbst wenn es sich um einen eklatanten Verstoß handelt, bleibt immer noch die letzte Hürde, die für die Annahme eines Verwertungsverbots erforderliche Gesamtabwägung, die den Gerichten maximale Freiheit gibt, Beweise aus dem Verfahren herauszuhalten oder – der Regelfall – auch dann zuzulassen, wenn die Beweisgewinnung nicht sauber gelaufen ist.[49] Auch dieses Instrument wird im Hinblick auf die Erkenntnisse aus der Überwachung von Kryptohandys genutzt.[50]

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Bemühungen, die Erkenntnisse aus den von ausländischen Stellen durchgeführten Überwachungsmaßnahmen für unverwertbar erklären zu lassen – angesichts der gestaffelt aufgestellten Verteidigungslinien der Rechtsprechung durchaus vorhersehbar – gescheitert sind. Die Rechtsprechung hat demonstriert, dass sie keinerlei Interesse hat, die Art und Weise der im Ausland erfolgten Beweisgewinnung in irgendeiner Hinsicht zu hinterfragen. Damit manifestieren und realisieren sich die

---

46 OLG Saarbrücken NStZ 2023, 764, 765.

47 *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 1009; *Wahl* ZIS 2021, 452, 456; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 189.

48 OLG Brandenburg BeckRS 2021, 23525 Rz. 10.

49 Vgl. *Wohlers* in SK-StPO, 5. Aufl. (2018), Einleitung Rn. 270, 290 m.w.N.

50 OLG Brandenburg BeckRS 2021, 42283 Rz. 11; KG Berlin BeckRS 2021, 24213 Rz. 38.

Gefahren, die von Patchwork-Verfahren ausgehen und vor denen in der Literatur immer wieder gewarnt wurde:[51] Die in den verschiedenen Nationalstaaten unterschiedlich ausgestalteten Regelungen zur Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen[52] und zu den Verwertungsregeln führen dazu, dass Beweise Eingang in ein Strafverfahren finden können, die in diesem Verfahren selbst gar nicht hätten gewonnen werden können.

Zu konstatieren ist, dass die Rechtsprechung diesen Befund offenbar nicht als ein Risiko für die Rechtsstaatlichkeit des Strafprozesses versteht, sondern vielmehr als Chance, auf Mittel zur Wahrheitsfindung zurückgreifen zu können, die im eigenen nationalen Recht nicht zur Verfügung stehen. Dass es bei den «Anom»-Daten um Erkenntnisse geht, die aus Ermittlungen stammen, die vom FBI initiiert worden sind, die aber in den USA selber ganz offenbar nicht verwertet werden können,[53] wirft ein Schlaglicht darauf, dass es den deutschen Strafgerichten vollkommen egal zu sein scheint, auf welche Art und Weise die in Frage stehenden Erkenntnisse generiert worden sind.

---

51 Vgl. dazu *Gless* ZStW 115 (2003), 131, 143 ff.; *dies*. ZStW 2004, 353, 365 f.; *dies*. ZStW 125 (2013), 573, 575 ff.; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 826 f.; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 185 f.

52 Vgl. hierzu *Gless* JR 2008, 317, 320 sowie ausführlich *Riedi*, Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen Strafverfahren, Zürich 2018, S. 298 ff.; speziell zur Rechtslage in Frankreich bezogen auf Überwachungsmaßnahmen vgl. *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 825 f.; *Wahl* ZIS 2021, 452, 455

53 Vgl. *Nestler* StV 2022, 280, 282.

IV. Die Verwertung von nicht verifizierbaren Beweisen

1. Der Zugriff auf die zur Prüfung der Datenauthentizität und Datenintegrität notwendigen Unterlagen als Teil des Anspruchs auf ein faires Verfahren

Wie in der Einleitung bereits dargelegt, liegt der Charme der Erkenntnisse aus den Überwachungsmaßnahmen – aus der Warte der Strafverfolgungsbehörden betrachtet – darin, dass die Beschuldigten, weil sie sich sicher fühlten, recht offen miteinander kommuniziert haben. Der Pferdefuß besteht darin, dass sich die Auswertungsberichte zwar flüssig lesen, dass aber niemand verifizieren kann, dass die Kommunikation wirklich so abgelaufen ist, wie dies anhand der Auswertungsberichte der Fall sein soll. Dass es so gewesen ist, kann und muss man glauben – oder eben auch nicht.

Dieser Befund kontrastiert damit, dass auch nach Auffassung des BVerfG gewährleistet sein muss, dass die beschuldigte Person (und ihre Verteidigung) die Informationen zur Kenntnis nehmen und prüfen können, aus denen sich ergibt, wie die Beweise gewonnen wurden.[54] Vom Beschuldigten kann in diesem Zusammenhang weder verlangt werden, darauf zu vertrauen, dass staatliche Stellen sich ordnungsgemäß verhalten haben, noch darf er darauf verwiesen werden, dass das Strafgericht diese Prüfung für ihn vornehmen wird.[55] Er muss vielmehr die Möglichkeit haben, die Strafbehörden bezogen auf die ordnungsgemäße Gewinnung der Erkenntnisse *«auf Zweifel aufmerksam zu machen und einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen»*.[56] Dies setzt voraus, dass der

---

54 Vgl. BVerfG, NJW 2021, 455; Verfassungsgerichtshof Saarland, NJW 2019, 2456, 2457 mit Anm. *Krumm*; *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 304.

55 Vgl. *Wohlers* in Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 831.

56 BVerfG NJW 2021, 455, 457 Rz. 45.

Beschuldigte nicht nur pauschale Behauptungen ins Blaue hinein erhebt, sondern er *«konkrete Anhaltspunkte»* benennen kann, aufgrund derer die Zuverlässigkeit der Messung in Zweifel zu ziehen ist.[57] Und hieraus folgt letztlich:

> *«Der Beschuldigte hat deshalb ein Recht auf möglichst frühzeitigen und umfassenden Zugang zu Beweismitteln- und Ermittlungsvorgängen und auf die Vermittlung der erforderlichen materiell- und prozessrechtlichen Informationen, ohne die er seine Rechte nicht wirkungsvoll wahrnehmen könnte»,*[58]

wobei dieses Recht sich nicht darin erschöpft, die Beweismittel zur Kenntnis nehmen zu können, welche die Anklagebehörde zur Akte genommen hat, sondern darüber hinaus einen Anspruch darauf begründet, *«Kenntnis von solchen Inhalten zu erlangen, die zum Zweck der Ermittlung entstanden sind, aber nicht zur Akte genommen wurden»*.[59]

Die Rechtsprechung verschiedener Gerichte, insbesondere des EGMR und des BVerfG, nach der es ein Teilgehalt des Anspruchs auf ein faires Verfahren ist, dass der Beschuldigte und seine Verteidigung zu den belastenden Beweisen sachgerecht Stellung nehmen können, gilt grundsätzlich für alle Arten von Beweisen, besondere praktische Bedeutung hat sie aber für digitale Beweise, denn hier gilt:

---

57 BVerfG NJW 2021, 455, 457 Rz. 46.

58 BVerfG NJW 2021, 455, 458 Rz. 50.

59 BVerfG NJW 2021, 455, 458 Rz. 51; vgl. auch EGMR v. 26.9.2023, Yüksel Yalcinkaya vs. Türkei, § 327; *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 366.

> *«Digitale Beweise sind regelmäßig anfällig für Fehler und Manipulationen. Die Beurteilung der Validität der Daten setzt zwingend eine genaue Kenntnis der Rohdaten, der technischen Aufbereitung und des Interpretationsweges voraus.»*[60]

Aus diesem Grund muss die Sicherung, Aufbereitung und Aufbewahrung der Rohdaten den Grundsätzen gerecht werden, die sich im Rahmen der IT-Forensik als Vorgehen lege artis entwickelt haben,[61] was indes bei den hier in Frage stehenden Fallgestaltungen offenbar nicht durchgängig geschehen ist.[62]

2. Das Akteneinsichtsrecht als Instrument zur Umsetzung des Zugriffs

Des Weiteren muss die Verteidigung in die Lage versetzt werden, den Weg von den Rohdaten zu den Auswertungsberichten nachvollziehen zu können. Die Verteidigung muss *«die Art und Weise der Beweismittelbeschaffung (sog. Chain of Evidence)»* überprüfen können.[63] Dies setzt voraus, dass der Verteidigung bekannt ist, wie die Daten gewonnen worden sind[64] und sie nachvollziehen kann, wie das für die Verfahrensbeteiligten lesbare Ergebnis durch

---

60 *Albrecht* jurisPR-Strafrecht 20/2021 Anm. 3 (Abschnitt D.); *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 364 f.; *Nadeborn/Kempgens* jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4 (Abschnitt D.); vgl. auch EGMR v. 26.09.2023, Yüksel Yalcinkaya vs. Türkei, § 312; *Sommer* StraFo 2023, 250, 257; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 187.

61 So auch *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 365.

62 Vgl. *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 365 f.; *Swoboda* in FS Ignor (2023), S. 820 und 827.

63 *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 304; *Sommerer/Rehberger* RDi 2022, 304, 308.

64 *Sommer* StraFo 2023, 250, 257; vgl. auch *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 303; vgl. auch OLG München StV 2024, 18, 22.

individuelle Datenselektion zustande gekommen ist,[65] was unter anderem auch den Zugang zu den Rohdaten voraussetzt[66] sowie eine Kenntnis der technischen Aufbereitung und des Interpretationsweges.[67]

Der Weg, auf dem die Verteidigung tätig werden muss, wird durch eine leider viel zu wenig beachtete Entscheidung des 3. Strafsenats vom 18. Juni 2009 vorgezeichnet:[68] Die Verteidigung muss sich mit einem Antrag auf Akteneinsicht an die Staatsanwaltschaft bzw. – im Verfahren nach Anklageerhebung – an das erkennende Gericht wenden. Soweit die Rohdaten und die sonstigen zur Verifizierung der «Chain of Evidence» notwendigen Unterlagen sich bei den Akten befinden, ist der Verteidigung im Rahmen des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO Zugang zu gewähren.[69] Zu den Akten i.S. des § 147 StPO gehören auch die bei einem LKA oder beim BKA gespeicherten Unterlagen, wenn und soweit sie dem Gericht vorzulegen sind.[70] Dies gilt insbesondere auch für Auswertungen der Rohdaten, die weder als ein rein polizeiinternes Arbeitsinstrument eingestuft werden können, noch Spurenakten gleichstehen.[71] Soweit die Rohdaten und die für den Nachvollzug der Auswertung relevanten Unterlagen offengelegt werden, hat die Verteidigung

---

65 *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 388; *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 364; *Sommer* StraFo 2023, 250, 257.

66 Verfassungsgerichtshof Saarland NJW 2019, 2456, 2457 mit Anm. *Krumm*; *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 388; *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 364.

67 *Nadeborn/Kempgens* jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4 (Abschnitt D).

68 BGH StV 2010, 228 mit Anm. *Stuckenberg*.

69 Zur parallelen Fallgestaltung der Einsichtnahme in die für Geschwindigkeitsmessungen relevanten Unterlagen vgl. OLG Oldenburg DAR 2015, 406, 407 mit Anm. *Deutscher*; OLG Düsseldorf NZV 2016, 140, 141 mit Anm. *Fromm*; a.A. OLG Bamberg NStZ 2018, 724, 725 f.

70 BGH StV 2010, 228, 229; vgl. aber auch BGH NStZ 2023, 116: Daten, die beim BKA gespeichert sind, unterliegen nicht dem Akteneinsichtsrecht, wobei der Senat verlangt, dass direkt beim BKA um Einsicht gebeten wird.

71 BGH StV 2010, 228, 230 mit zust. Anm. *Stuckenberg*.

– sinnvollerweise unterstützt durch einen Sachverständigen – das Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden nachzuvollziehen.

Dass es dazu kommen wird, dass die Verteidigung Einsicht in die relevanten Unterlagen erhält, erscheint allerdings eher zweifelhaft. Bei den «Encrochat»-Daten haben die französischen Behörden die technische Umsetzung der Entschlüsselung als ein der nationalen Verteidigung unterliegendes Geheimnis eingestuft.[72] Bei den «Sky ECC»-Daten sind offenbar bisher nur aufbereitete Datenbestände, nicht aber die gesamten Rohdaten in die deutschen Strafverfahren gelangt.[73] Und bei den «Anom»-Daten mauert das FBI, was sich schon daran zeigt, dass von dem in die Aktion eingeschalteten ominösen Drittstaat bisher nur bekannt ist, dass es sich um einen Mitgliedsstaat der EU handeln soll.

3. Konsequenz im Falle der Nichtgewährung der Einsicht in die Unterlagen

Werden die zur Verifizierung der «Chain of Evidence» notwendigen Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt, reduziert sich die Rolle der Verteidigung auf ein *«dekoratives Element im Gerichtssaal»*.[74] Klar ist aber auch, dass auch das Gericht vor exakt den gleichen Schwierigkeiten steht wie die Verteidigung.[75] Wenn aber das Gericht den Beweiswert der in Frage stehenden Informationen nicht verifizieren kann, kann bzw. darf es auch nicht davon ausgehen, dass die in Frage stehenden Informationen den wahren Sachverhalt belegen. *Kipker/Bruns* haben diesen Befund zutreffend wie folgt auf den Punkt gebracht:

---

72 *Erhard/Lödden*, StraFo 2021, 366, 367; *Sommer* StraFo 2023, 250, 252 f. und 257.

73 *Lödden/Makepeace* HRRS 2023, 384, 388.

74 *Sommer* StraFo 2023, 250, 258.

75 *Schmidt* ZStW 134 (2022), 982, 1012; vgl. auch *Sommer* StraFo 2023, 250, 257; *Zimmermann* ZfIStW 2022, 173, 187 sowie EGMR v. 26.9.2023, Yüksel Yalcinkaya vs. Türkei, § 312.

> *«Bei dem verwendeten Datenmaterial ist offensichtlich, dass dieses zwischenzeitlich vielfach verarbeitet wurde: Zunächst wurden die Daten von den Endgeräten mithilfe von Programmen abgeschöpft, anschließend gespeichert, zusammengeführt, mehrfach versandt, aufbereitet und zusammengestellt. Sie gelangten sodann in das behördliche Verfahren und wurden hier weiterbearbeitet, etwa zur Löschung 'unerheblicher' Teile oder um sie mit dem Ziel 'besserer Lesbarkeit' neu anzuordnen. Gemessen an den an die Datenauthentizität und Datenintegrität anzulegenden Maßstäben erscheint es deshalb fragwürdig, ob die Daten noch zu dem in der Lage sind, was sie eigentlich sollen, nämlich den Beweis der Begründung einer Straftat zu führen.»*[76]

Wollte man sich allein darauf verlassen, dass die Gerichte den marginalen bzw. nicht existenten Beweiswert der nicht verifizierbaren Auswertungsberichte erkennen und entsprechend würdigen werden, würde man unberücksichtigt lassen bzw. ignorieren, dass es sich nicht nur um Beweise handelt, deren Beweiswert fragwürdig ist, sondern um solche, deren Verwertung nur unter Verletzung zentraler Verteidigungsrechte möglich ist. Insoweit ist eine Parallele zu den Fallgestaltungen zu ziehen, in denen bei personalen Beweismitteln das Konfrontationsrecht nicht gewahrt werden kann und bei denen trotz des auch hier deutlich relativierten Beweiswerts eine Verurteilung jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn es sich bei dem kontaminierten Beweismittel um den alleinigen oder ausschlaggebenden Beweis handelt.[77]

---

76 *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 364.

77 EGMR v. 15.06.1992, Lüdi c. Schweiz, § 49; EGMR v. 28.08.1992, Artner v. Österreich, § 21; EGMR v. 23.04.1997, van Mechelen v. Niederlande, § 52 ff.; EGMR v. 15.12.2011, Al-Khawaja und Taery v. United Kingdom, §§ 146 ff. mit Besprechung *Arquint/Summers* forumpoenale 2012, 113 sowie Anm. *Meyer* HRRS 2012, 117 ff.; EGMR v. 06.12.2012, Pesukic v. Schweiz, §§ 44 ff. mit Anm. *Wohlers* forumpoenale 2013, 87 ff.; *Meyer* in Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Kommentar EMRK, 3. Aufl.

Die in diesem Zusammenhang vom BGH ins Spiel gebrachte besonders vorsichtige Beweiswürdigung ist als solche kritisch zu sehen.[78] Im vorliegenden Zusammenhang vermag sie aber von vornherein keine Rolle zu spielen, weil es allein darum geht, ob die Auswertungsberichte den Kommunikationsinhalt zutreffend wiedergeben oder nicht, d.h. es gibt schlicht und einfach nichts, was man hypothetisch in die Beweiswürdigung einstellen könnte. Und damit kommt es zum Schwur: Will man Beweise verwerten, deren Beweiskraft in keiner Weise zu verifizieren ist, oder lehnt man dies ab? Nach hier vertretener Auffassung, die sich auf die Rechtsprechung des EGMR, des BVerfG und auch des italienischen Corte Suprema di Cassazione stützen kann, muss man in den Fällen, in denen die «Chain of Evidence» nicht überprüft werden kann, von einem Verwertungsverbot ausgehen.[79] Die Verwertung der in Frage stehenden Beweise würde einen Konventionsverstoß begründen und die Fairness des Verfahrens aufheben.[80]

(2021), Art. 6 Rn. 232; *Harrendorf/König/Voigt* in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Handkommentar EMRK, 5. Aufl. (2023), Art. 6 Rn. 228.

78 Vgl. *Wohlers* StV 2014, 563, ff.; vgl. auch *Wohlers/Singelstein* in SK-StPO, 6. Aufl. (2023), § 96 Rn. 35 ff.

79 Corte Suprema di Cassazione, 4. Strafkammer, Entscheid vom 15.07.2022, 32915, E. 1; *Gall/Haskaya* forumpoenale 2023, 301, 305 f.; *Kipker/Bruns* MMR 2022, 363, 367 f.

80 EGMR v. 26.09.2023, Yüksel Yalcinkaya v. Türkei, §§ 341, 345.

Schriftenverzeichnis Klaus-Ulrich Ventzke

Aufsätze

Effektivität der strafrechtlichen Revision – eine Illusion? in: Barton/Fischer/Jahn/Park (Hrsg.): **Festschrift für Reinhold Schlothauer** zum 70. Geburtstag, **2018, 498**

Editoral: Ein großer Wurf? **StV 2016, S. I**

Erinnerungsverlust der Urkundspersonen – ein revisionsrechtliches Problem? **HRRS 2015, 64**

Beweisantrag - Bedeutungslosigkeit - Beruhen – Bemerkungen zur Zukunft des Beweisantragsrechts aus Verteidigersicht (Vortrag auf dem Gedenkveranstaltung für Gunter Widmaier in Berlin am 28.09.2013) (**HRRS-Gedächtnisgabe für Gunter Widmaier, 2014, 53**)

Neues vom Selbstleseverfahren (§ 249 Abs. 2 StPO) (Beitrag auf dem Strafverteidigerworkshop der Strafverteidigervereinigung Sachsen/Sachsen-Anhalt am 23.11.2013) **StV 2014, 114**

Die Verständigung in der Revision – „…ist insoweit ersichtlich nichts erwiesen“ (Vortrag auf dem 14. Frühjahrssymposium der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV am 20.04.2012) **StraFo 2012, 221**

„…bringt alles Palaver dem Revidenten nichts.“ – Beobachtungen zum Verhältnis von Revisionsgerichtsbarkeit und Strafverteidigung **NStZ 2011, 481** (überarbeitete Fassung eines Vortrages auf dem 34. Strafverteidigertag in Hamburg am 27.02.2010 – Ausgangsfassung dokumentiert im Tagungsband „Wehe dem, der beschuldigt wird“, 2011, S. 29)

Pleiten, Pech und Pannen – Ein Blick auf die revisionsgerichtliche Praxis der strafverfahrensrechtlichen Rügeverkümmerung **HRRS 2011, 338**

Festschreibung von Beweisergebnissen der tatgerichtlichen Hauptverhandlung für die strafprozessuale Revision – ein Mythos? **HRRS 2010, 461** (Vortrag auf der Fortbildungsveranstaltung zum fünfjährigen Bestehen der Schleswig-Holsteinischen Strafverteidigervereinigung am 17.09.2010 in Kiel sowie der Herbsttagung der ASS am 02.10.2010 in Berlin)

„Warum stellen Sie denn keinen Beweisermittlungsantrag?“ oder: Die revisionsrechtliche Aufklärungsrüge ein beweisantragsrechtliches Problem **StV 2009, 655** (überarbeitete Fassung von Beiträgen auf der 4. Beck-Strafrechtstagung am 13.03.2009 in Berlin und dem 21. Nordseetreffen der Deutsche Strafverteidiger e.V. am 03.07.2009 in Varel)

Ausschluß des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO im Fall ordnungsgemäßer Urteilsabsprache? **HRRS 2009, 28**

Verteidigung am revisionsgerichtlichen Pranger? in: Edda Weßlau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.): **Festschrift für Gerhard Fezer** zum 70. Geburtstag, 2008, S. 477

Negativtatsachen im Revisionsverfahren (NStZ-Kontrovers mit Andreas Mosbacher) **NStZ 2008, 262**

Auf der Jagd nach der Wahrheit? - Revisionsverteidigung zwischen Rekonstruktionsverbot und Rekonstruktionspflicht **HRRS 2008, 180** (Vortrag auf dem 32. Strafverteidigertag in München am 01.03.2008 - Ausgangsfassung dokumentiert im Tagungsband „Heimlichkeit und Wahrheit“, 2009, S. 201)

Tatrichterliche Notwehr gegen Mißbrauch des Beweisantragsrechts? **HRRS 2005, 233**

Rationalitätstendenzen im Revisionsrecht? Anmerkungen zur aktuellen BGH-Rechtsprechung **HRRS 2004, 340**

Unheil oder Paradigmenwechsel? Erste Anmerkungen zu einem „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ **HRRS 2004, 246** (Beitrag auf dem 28. Strafverteidigertag in Karlsruhe am 06.03.2004 – auch dokumentiert im Tagungsband „Opferschutz, Richterrecht und Strafprozessreform“, 2005, S. 277)

Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs – viel Getu um nichts? **StV 1997, 543** (Vortrag auf dem 28. Strafverteidigertag in Kassel am 12.04.1997 – auch dokumentiert im Tagungsband „Reform oder Rollback“, 1998, S. 209)

Ausweisung von Inländern – eine nicht bedachte Folge strafgerichtlicher Verurteilungen? **StV 1994, 337**

§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO: Einfallstor revisionsgerichtlichen Gutdünkens? **StV 1992, 338**

Strafverfolgung als Konsequenz der Asylantragsbegründung? **StV 1990, 279**

§ 56 Abs. 2 StGB – Eine Ermessensvorschrift? **StV 1988, 367**

(gemeinsam mit Gerhard Strate) Unbeachtlichkeit einer Verletzung des § 137 Abs. 1 S. 1 im Ermittlungsverfahren? **StV 1986, 30**

(gemeinsam mit Monika Meyer) Opfererfahrung, Selbstschutz, Prävention – Unerbetener Beitrag zur Erstellung eines realistischen Lagebildes innerer Sicherheit **KrimJ 1980, 179**

Anmerkungen / Praxiskommentare

BGH 5 StR 287/24 **NStZ 2025, 754**

BGH 2 StR 450/23 **NStZ 2025, 507**

BGH 3 StR 289/23 **NStZ 2025, 307**

BGH 2 StR 431/23 **NStZ 2025, 120**

BGH 5 StR 255/24 **NStZ 2024, 690**

BGH 4 StR 168/23 **NStZ 2024, 447**

BGH 6 StR 488/21 **NStZ 2024, 378**

BGH 2 StR 284/23 **NStZ 2024, 183**

BGH 5 StR 164/22 **NStZ 2024, 122**

BGH 1 StR 243/22 **NStZ 2023, 701**

BGH 3 StR 80/22 **NStZ 2023, 438**

BGH 6 StR 219/22 **NStZ 2023, 375**

BGH 2 StR 201/21 **NStZ 2023, 177**

BGH 5 StR 450/21 **NStZ 2022, 765**

BGH 4 StR 392/20 **NStZ 2022, 636**

BGH 2 StR 477/19 **NStZ 2022, 502**

BGH 3 StR 518/19 **NStZ 2022, 362**

BGH 5 StR 215/21 **NStZ 2022, 247**

BGH 2 StR 348/20 **NStZ 2022, 62**

BGH 5 StR 314/20 **StV 2021, 804**

BGH 5 StR 484/20 **NStZ 2021, 572**

BGH 1 StR 354/20 **NStZ 2021, 315**

BGH 5 StR 197/20 **NStZ 2021, 249**

AG Landau a. d. Isar 6 Ds 504 Js 1665/20 **NStZ 2020, 631**

BGH 1 StR 451/19 **NStZ 2020, 498**

BGH 2 StR 419/19 **NStZ 2020, 433**

BGH 1 StR 632/18 **NStZ 2020, 372**

BGH 3 StR 291/19 **NStZ 2020, 96**

BGH 4 StR 25/19 **NStZ 2019, 629**

BGH 4 StR 605/18 **NStZ 2019, 550**

BGH 3 StR 462/17 **NStZ 2019, 424**

BGH 4 StR 410/18 und 4 StR 484/18 **NStZ 2019, 269**

BGH 5 StR 648/18 **NStZ 2019, 225**

BGH 2 StR 131/18 **NStZ 2019, 171**

BGH 1 StR 34/18 **NStZ 2018, 675**

BGH 1 StR 571/17 **NStZ 2018, 551**

BGH 2 StR 234/16 **NStZ 2018, 484**

BGH 3 StR 526/17 **NStZ 2018, 300**

BGH 3 StR 310/17 **NStZ 2018, 159**

BGH 4 StR 142/17 **NStZ 2018, 115**

BGH 3 StR 90/17 **NStZ 2017, 721**

BGH 3 StR 230/16 **NStZ 2017, 595**

BGH 3 StR 5/17 **NStZ 2017, 548**

BGH 3 StR 335/16 **NStZ 2017, 421**

BGH 2 StR 509/16 **NStZ 2017, 301**

BGH 2 StR 383/15 **NStZ 2017, 98**

OLG Oldenburg 2 Ss OWi 152/16 **NStZ 2016, 749**

BGH 1 StR 352/15 **NStZ 2016, 624**

BGH 3 StR 544/15 **NStZ 2016, 558**

BGH 2 StR 38/15 **NStZ 2016, 430**

BGH 2 StR 177/15 **NStZ 2016, 366**

BGH 3 StR 516/14 **StV 2016, 339**

BGH 3 StR 482/15 **NStZ 2016, 219**

BGH 3 StR 312/15 **NStZ 2016, 177**

BGH 3 StR 183/15 **NStZ 2016, 62**

BGH 5 StR 91/15 **NStZ 2015, 717**

BGH 4 StR 335/14 **StV 2015, 208**

BGH 1 StR 711/13 **StV 2015, 89**

BGH 5 StR 28/12 **StV 2013, 6**

BGH 5 StR 189/11, BGH 3 StR 315/11 **StV 2012, 198**

BGH 5 StR 387/10 **StV 2011, 520**

BGH 1 StR 497/10 **NStZ 2011, 301**

BGH 5 StR 339/08 **StV 2010, 11**

BGH 5 StR 357/07, OLG Hamm 2 Ss 176/08 **StV 2009, 67**

BGH 5 StR 404/07 **StV 2008, 125**

BGH 1 StR 379/04 **StV 2006, 459**

BGH 1 StR 483/04 **NStZ 2005, 461**

BGH 1 StR 424/04 **NStZ 2005, 396**

BGH 5 StR 462/03, HansOLG Hamburg II-33/03 (1 Ss 42/03) **StV 2004, 299**

BGH 3 StR 146/02 **NStZ 2003, 103**

BGH 5 StR 223/00 **StV 2001, 545**

BGH 2 StR 514/99 **StV 2001, 101**

BGH 1 StR 636/98 **StV 2000, 249**

BGH 3 StR 441/97 **StV 1999, 190**

OLG Karlsruhe 3 Ss 1/98 **StV 1998, 425**

BGH 1 StR 463/96 **StV 1997, 184**

BGH 1 StR 710/95 **StV 1997, 227**

BGH 1 StR 154/96 **StV 1996, 524**

BGH 4 StR 306/94 **StV 1995, 177**

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

Prof. Dr. STEPHAN BARTON,
Bielefeld

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. h.c. WERNER BEULKE,
Passau

Rechtsanwalt Dr. h.c. RÜDIGER DECKERS,
Krefeld

Prof. Dr. KARSTEN GAEDE,
Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. MICHAEL GUBITZ,
Kiel

Rechtsanwalt Prof. Dr. JÖRG HABETHA,
Freiburg im Breisgau

Rechtsanwalt OTMAR KURY,
Hamburg

Rechtsanwalt Dr. PHILIP VON DER MEDEN,
Hamburg

Rechtsanwalt JES MEYER-LOHKAMP,
Hamburg

OStA b. BGH Prof. Dr. GERWIN MOLDENHAUER,
Karlsruhe

RiBGH Prof. Dr. ANDREAS MOSBACHER,
Leipzig

Rechtsanwalt SINA AARON MOSLEHI,
Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. ALI B. NOROUZI,
Berlin

Rechtsanwalt JOHANNES RAUWALD,
Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. FRANK SALDITT,
Neuwied

BA b. BGH Prof. Dr. HARTMUT SCHNEIDER,
Leipzig

Dr. MAYA SCHÖNFELD,
Kiel

Rechtsanwalt JOHANN SCHWENN,
Hamburg

Rechtsanwalt Dr. h. c. GERHARD STRATE,
Hamburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. GERSON TRÜG,
Freiburg im Breisgau

PräsOLG Dr. MARC TULLY,
Hamburg

RiBGH MARC WENSKE,
Leipzig

Prof. Dr. WOLFGANG WOHLERS,
Basel