

# Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Referentenentwurf für ein »Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens«



- Beweisantragsrecht, Recht der Besetzungsrüge,  
Befangenheitsrecht -

Berichterstatter: Jasper Graf von Schlieffen (Berlin)

Berlin, 21. Oktober 2019

**organisationsbüro**  
Strafverteidigervereinigungen

fanny-zobel-str. 11  
d - 12435 berlin  
(0)30- 5770 1769

info@strafverteidigertag.de  
www.strafverteidigertag.de

geschäftsführung:  
thomas uwer  
jasper von schlieffen

bankverbindung:  
strafverteidigervereinigungen  
de87 1001 0010 0122 0341 04  
bic: PBNKDEFF  
U-St.-ID: DE217625022

mitglieder:

baden-württembergische  
strafverteidiger e.V.

initiative bayerischer  
strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.

vereinigung berliner  
strafverteidiger e.V.

hamburger arbeitsgemeinschaft  
für strafverteidigerinnen und  
strafverteidiger e.V.

vereinigung hessischer  
strafverteidiger e.V.

schleswig-holsteinische  
strafverteidigervereinigung e.V.  
strafrechtsausschuss des köln  
anwaltsverein e.V.

strafverteidigerinnen- und  
strafverteidigerverein  
mecklenburg-vorpommern e.V.

vereinigung niedersächsischer  
und bremer strafverteidigerinnen  
und strafverteidiger e.V.

strafverteidigervereinigung  
NRW e.V.

strafverteidiger sachsen /  
sachsen-anhalt e.V.

**freispruch**

mitgliederzeitung der  
strafverteidigervereinigungen

issn: 2196 - 9868  
redaktion: thomas uwer  
freispruch@strafverteidigertag.de  
adresse: s.o.  
erscheinungsweise: halbjährlich

## I. Einleitung

Es ist kaum zwei Jahre her, dass der Gesetzgeber mit dem »Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens« einschneidende Veränderungen des Strafprozessrechts – namentlich der Rechte der Beschuldigten, bspw. im Bereich des Befangenheitsrechts und des Beweisantragsrechts – vorgenommen hat. Die Tinte des neuen Gesetzes war noch nicht getrocknet, da trat am 26.09.2017 ein von den Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts und des Bundesgerichtshofes initiiertes sog. »2. Strafkammertag« zusammen, um für die »praxisgerechte Verbesserung« des Strafverfahrens weitere Einschränkungen dieser und anderer Verfahrensrechte von Beschuldigten zu fordern – Forderungen, die bedauerlicherweise Aufnahme in den Koalitionsvertrag fanden, in das im Frühjahr veröffentlichte »Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafverfahrens« und schließlich in den vorliegenden Gesetzesentwurf.

### Was will der Entwurf?

Diese Frage ist angesichts des bunten Sammelsuriums an Änderungsvorschlägen, die keinen innerlichen Zusammenhang aufweisen, auf den ersten Blick nicht leicht zu beantworten. Vergleichsweise leicht fällt dagegen die Feststellung, was der Entwurf nicht will:

*Der Entwurf will **keine Modernisierung** des Strafverfahrens.*

Das mindeste, was man von einem Gesetzesentwurf, der ernsthaft das Ziel einer Modernisierung des Strafverfahrens verfolgt, erwarten dürfte, ist die Nutzung der Errungenschaften der Digitalisierung für das Strafverfahren. Noch immer werden Vernehmungen im Ermittlungsverfahren nicht audiovisuell dokumentiert, sondern mühselig, Ressourcen verschwendend und darüber hinaus fehleranfällig manuell protokolliert. Noch immer wird in erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor dem Landgericht kein Inhaltsprotokoll geführt, werden Aussagen von Beweispersonen nicht dokumentiert. Mit dieser geradezu beschämenden Rückständigkeit bei der Dokumentation gehört Deutschland zu den Schlusslichtern unter den EU-Staaten. Wer solche Missstände nicht angeht, obgleich die technischen Lösungen kostengünstig parat stehen, sollte nicht von Modernisierung reden.

*Der Entwurf will keine Reform des Strafverfahrens.*

Der Entwurf schließt nahtlos an zahlreiche Gesetzgebungsvorhaben an, die in den vergangenen 20 Jahren das Strafprozessrecht immer wieder in Einzelheiten geändert haben, ohne ein kohärentes Reformziel zu verfolgen. Diese Konzeptlosigkeit ist in der Rechtspolitik durchaus erkannt worden und hat dazu geführt, dass in der vergangenen Legislaturperiode eine Expertenkommission eingesetzt wurde. Diese Kommission hat einen fast 200 Seiten langen Bericht mit etwa 1.000 Seiten Anlagen hervorgebracht. Einzelne Vorschläge der Kommission fanden immerhin noch Aufnahme in das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹. Damit hat sich das Thema Reform parlamentarisch offenbar erledigt. Nunmehr sind nicht mehr Experten aus allen Bereichen und Disziplinen des Strafrechts mit ihren lang diskutierten und ausführlich begründeten Reformvorschlägen Ideengeber für Reformen. Diese Rolle hat die Rechtspolitik inzwischen dem sog. ›Strafkammertag‹ zugedacht, dessen Dokumentation sich auf schlanke 96 Seiten einschließlich Grußworte, Abstimmungsergebnisse und bestenfalls schlagwortartige Thesenbegründungen beschränkt.

*Der Entwurf will kein ausgewogenes Kräfteverhältnis im Strafverfahren.*

Die Entwicklung des Strafverfahrens in den vergangenen Jahrzehnten ist gekennzeichnet von einer beträchtlichen Ausweitung der staatlichen Eingriffsbefugnisse (Großer Lauschangriff, Online-Durchsuchung, IMSI-Catcher etc.) und einer wachsenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens unter stärker werdendem Einfluss der polizeilichen Ermittlungspersonen. Die Zunahme an staatlicher Eingriffsmacht im Ermittlungsverfahren ist nicht durch einen Ausbau von Verteidigungsrechten im Ermittlungsverfahren kompensiert worden. Nach wie vor kann das Ermittlungsverfahren weitgehend unter Ausschluss von Beschuldigten und ihrer Verteidigung geführt werden, die kaum über Möglichkeiten der Gestaltung in diesem Verfahrensabschnitt verfügen. Auch von einer kompensierenden Stärkung der Verteidigungsrechte in der Hauptverhandlung kann nicht die Rede sein. Im Gegenteil ist es ein Kernanliegen des Entwurfs, das Beweisantragsrecht, das stärkste Gestaltungsrecht des Angeklagten im Strafverfahren, weiter zu beschneiden.

Es geht dem Entwurf dagegen um zwei Dinge:

Es geht einmal darum, Formen des Strafprozessrechts abzuschleifen, die vermeintlich einem schnellen Verfahrensabschluss hinderlich sind (Abschaffung der Wartepflicht bei Befangenheitsanträgen). Zum anderen geht es darum, Entscheidungsspielräume der Gerichte dadurch auszuweiten, dass wichtige richterliche Entscheidungen entformalisiert und der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen werden (Beweisantragsrecht).

Strafprozessuale Formen, die den Prozess der Wahrheitsfindung leiten und die Rechte Beschuldigter schützen, sind aber kein überflüssiger Ballast. Die Form des Verfahrens hat eine freiheitsschützende Funktion: Strafprozessuale Regeln dienen dazu, die Suche nach einer materiellen Wahrheit gegen die Verzerrungen abzusichern, die das evident ungleiche Verhältnis zwischen Beschuldigten einerseits, Anklage- und Ermittlungsbehörden sowie Gericht andererseits zwangsläufig mit sich bringt. Beschuldigtenrechte sind kein Zugeständnis der Macht an den Ohnmächtigen, sondern eine funktionale Notwendigkeit zur Ermittlung der (notwendig beschränkten) strafprozessualen Wahrheit. Nur wo Beschuldigte über wirkungsvolle Rechte und effektive Möglichkeiten zur Gegenwehr verfügen, wo der ermittelten Wahrheit der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts eine eigene entgegengestellt werden kann, macht das Strafverfahren unter dem Vorzeichen der Wahrheitssuche Sinn. Indem sie ihre Rechte wahrnehmen, sichern und legitimieren Beschuldigte zugleich das gegen sie geführte Verfahren. Ein Abbau dieser Rechte geht zwangsläufig einher mit der Delegitimierung des Anspruchs, eine materielle Wahrheit mithilfe des Verfahrens zu ermitteln, und entwertet das Strafverfahren insgesamt.

Wenn richterliche Entscheidungen im Strafverfahren durch Entformalisierung der revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen werden, wird das strafprozessuale System von ›checks and ballances‹ auch vertikal geschwächt. Der Entwurf spricht – wie viele seiner Vorgänger – von »Rechtsmissbrauch« durch die Verteidigung und will diesem durch Lockerung der Bindung und Kontrolle des Tatgerichts entgegen. Dadurch wächst die Gefahr von Fehlurteilen und nicht zuletzt auch von Machtmissbrauch.

Diese verhängnisvollen Tendenzen des Entwurfs zeigen sich besonders an den Regelungen zum Beweisantragsrecht, zur Besetzungsrüge und zum Befangenheitsrecht. Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich deshalb auf diese besonders gravierenden Teilaspekte des Entwurfs.

## **II. Änderungen im Beweisantragsrecht**

### **1. Bedeutung des Beweisantragsrechts**

Das Recht der Verteidigung, eigene Beweisanträge in der Hauptverhandlung zu stellen, ist von zentraler Bedeutung nicht nur für Angeklagte, sondern auch für das Prozessziel der Wahrheitsfindung und die Legitimität des gesamten Verfahrens. Denn das Beweisantragsrecht stellt den einzigen effektiven Ausgleich für strukturelle Defizite des deutschen Strafverfahrens dar, die vor allem darin bestehen, dass Beschuldigten erst sehr spät, nämlich erst in der Hauptverhandlung, nachdem im Ermittlungsverfahren entscheidende Weichen bereits gestellt sind, ein verpflichtendes Recht auf Teilhabe und Gestaltung der Beweisaufnahme eingeräumt wird.

Es hat sich längst die Einsicht durchgesetzt, dass die Musik im Strafverfahren nicht in der Hauptverhandlung, sondern im Ermittlungsverfahren spielt. Hier entsteht die polizeiliche Ermittlungshypothese, die nurmehr überprüft und gegebenenfalls verfestigt wird. Auf den Ablauf und die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens haben Beschuldigte nach dem Verfahrensmodell der StPO nur sehr geringen Einfluss. Dies ist offensichtlich in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren zunächst geheim führt. Beschuldigte, die keine Kenntnis vom Ermittlungsverfahren haben, können sich dort auch nicht verteidigen. Aber auch in den Fällen, in denen zumindest ab einem bestimmten Zeitpunkt die Ermittlungen offen geführt werden, werden Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft weitestgehend von der Gestaltung des Verfahrens ausgeschlossen. Denn sie haben kein Recht, auf die Gestaltung der Ermittlungen Einfluss zu nehmen.

- (1) Eine solche Einflussnahme würde zunächst voraussetzen, dass Beschuldigte überhaupt dazu in der Lage sind und die dafür erforderliche Sachkunde haben. Das ist in der Regel nicht der Fall und kann nur über einen anwaltlichen Beistand geleistet werden. Dies wiederum setzt Zugang zu einem anwaltlichen Beistand voraus. Dieser ist für mittellose Beschuldigte im Ermittlungsverfahren nur in Ausnahmefällen und auch dann nicht zwingend von Beginn des Verfahrens an gewährleistet. Denn die notwendige Verteidigung mit verpflichtender Beordnung bereits im Ermittlungsverfahren ist nach dem geltenden Recht erst ab Vollzug der Untersuchungshaft vorgesehen.
- (2) Staatsanwaltschaft und Polizei entscheiden allein, welche Beweise in welcher Reihenfolge erhoben werden. Sie müssen dies gegenüber Beschuldigten weder offenlegen noch rechtfertigen.
- (3) Beschuldigte und ihre Verteidigung haben, von wenigen, in der Praxis nicht besonders häufig vorkommenden Ausnahmen (richterliche Vernehmungen) abgesehen, kein Recht auf Teilnahme an Beweiserhebungen. Zeugen werden ganz überwiegend allein von der Polizei, in seltenen Fällen von der Staatsanwaltschaft in Abwesenheit der Beschuldigten und ihrer Verteidigung vernommen.
- (4) Im Ermittlungsverfahren haben Beschuldigte kein zwingendes Beweisantragsrecht. Das in § 166 StPO vorgesehene Beweisantragsrecht von Beschuldigten bei richterlichen Vernehmungen führt in der Praxis ein Schattendasein. Ansonsten können Beschuldigte zwar Beweisanträge stellen oder Beweiserhebungen anregen. Die Strafverfolgungsbehörden müssen dem jedoch nicht nachgehen. Wenn sie es tun, bestimmen Sie den Zeitpunkt und die Art und Weise der Beweiserhebung selbst und dürfen diese ohne die Beschuldigten oder ihre Verteidigung durchführen. Dies kann zu einem Verlust des Beweismittels wegen Zeitablaufs führen, zum Beispiel weil Zeugen sich nach einigen Wochen an einen Vorgang schlechter erinnern als nach wenigen Tagen.

Ein Beispiel:

In einem Verfahren beim Landgericht Berlin wird einer Gruppe von Angeklagten vorgeworfen, in einem Café gemeinsam einen Tatplan gefasst zu haben, der dann anschließend gleich umgesetzt wurde. Ein Mitbeschuldigter teilte der Polizei im Ermittlungsverfahren mit, er habe von einem solchen Tatplan nichts mitbekommen, er habe sich aber auch nicht die ganze Zeit im Café befunden, sondern dieses vorübergehend verlassen, um sich in einer Shisha-Bar in der Nähe eine Shisha zu holen. Möglicherweise hätten die Mitbeschuldigten den Tatplan während seiner Abwesenheit gefasst. Obgleich die Relevanz dieser Angaben des Beschuldigten auf der Hand lag, unternahm Staatsanwaltschaft und Polizei zunächst einmal nichts und befragten den Inhaber der Shisha-Bar erst zu einem Zeitpunkt, als er keine Erinnerung mehr an den Tattag hatte und lediglich noch angeben konnte, dass er den Beschuldigten kenne, dieser auch gelegentlich in sein Lokal komme und eine Shisha rauche. Ob dies auch am Tattag der Fall war, konnte der Zeuge nicht mehr sagen.

- (5) Wenn Beschuldigte und Verteidigung im Ermittlungsverfahren Zeugen benennen, haben sie – wie dargestellt – üblicherweise kein Anwesenheitsrecht bei der den Regelfall bildenden Zeugenbefragung durch die Polizei. Sie können also nicht kontrollieren, ob die Beweiserhebung sachgerecht und frei von störenden Beeinflussungen (suggestive Befragungen) durchgeführt und ob das Beweisthema erschöpfend abgearbeitet wird, weil sie keinen Einfluss auf Art und Umfang der Befragung haben.
- (6) Für diese fehlende ›Echtzeit-Kontrolle‹ durch Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte gibt es keinen Ausgleich durch eine effektive nachträgliche Kontrolle. Denn es gibt mit wenigen Ausnahmen keine Vorschriften, die die Ermittlungsbehörden zu einer vollständigen Dokumentation der Beweiserhebung zwingen. Es gibt beispielsweise in Deutschland zu Beginn des 21. Jahrhundert trotz allseits und kostengünstig verfügbarer Technologie noch immer keine Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden, Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren audiovisuell zu dokumentieren. Stattdessen werden Vernehmungsprotokolle in der Weise geführt, dass sog. Vorgespräche, in denen oft schon Wesentliches zur Sprache kommt, überhaupt nicht dokumentiert werden und bei der eigentlichen Vernehmung Fragen vielfach gar nicht und die Antworten nicht in den Worten des Zeugen niedergeschrieben werden, sondern durch die Vernehmungspersonen paraphrasiert, »so wie er sie verstanden hat«. Eine polizeiliche oder staatsanwaltliche Vernehmungsniederschrift ist daher keine authentische Dokumentation dessen, was der Zeuge gefragt und was geantwortet wurde, sondern spiegelt nur das wieder, was die Vernehmungspersonen für wichtig hielten und wie sie es verstanden haben. Dazwischen können Welten liegen.
- (7) Selbst wenn Beschuldigte und Verteidigung trotz alledem an der Gestaltung des Ermittlungsverfahrens mitwirken und frühzeitig Beweiserhebungen anregen (wollen), werden sie dazu vielfach gar nicht sachgerecht in der Lage sein. Denn um entscheiden zu können, welche Beweiserhebungen angeregt werden sollten bzw. könnten, ist es vielfach erforderlich zu wissen, welche Beweise Strafverfolgungsbehörden mit welchem Ergebnis bereits erhoben haben, um darauf reagieren zu können. Dies setzt voraus, dass Beschuldigte und ihre Verteidigung Akteneinsicht erhalten. Die Staatsanwaltschaft hat es jedoch in der Hand, Beschuldigten und Verteidigung so lange die Einsicht in die Ermittlungsakte weitestgehend zu verweigern, wie sie den Ermittlungszweck für gefährdet hält (§ 147 Abs. 4 StPO). Es kommt daher in der Praxis keineswegs selten vor, dass Beschuldigte erst nach Abschluss der Ermittlungen, also am Ende des Ermittlungsverfahrens, Akteneinsicht und Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.
- (8) Beschuldigte und ihre Verteidigung können die fehlende Möglichkeit, die Ermittlungsbehörden zu Beweiserhebungen zwingen, nicht ausreichend durch eigene Beweiserhebungen kompensieren. Zwar ist heute unbestritten, dass die Verteidigung befugt ist, eigene Ermittlungen durchzuführen. Jedoch hat sie keine Möglichkeit, Beweiserhebungen durchzusetzen. Sie ist auf die Kooperationsbereitschaft möglicher Zeugen oder Sachverständiger angewiesen, hat jedoch kein Recht zu einer verpflichtenden Vorladung. Die Verteidigung hat auch sonst – anders als die Ermittlungsbehörden – keine Möglichkeit, Beweismittel unter der Androhung von Zwang zu sichern (Durchsuchung, Beschlagnahme). Schließlich sind im Regelfall die finanziellen Möglichkeiten für umfangreiche eigene Ermittlung und erforderlichenfalls den Einsatz technischer Mittel (Software und Hardware für Datenauswertung) nicht vorhanden.

Diese »strukturelle Benachteiligung«, die Beschuldigte daran hindert, zu ihren Gunsten gestaltend am Ermittlungsverfahren mitzuwirken, wirkt im Zwischenverfahren fort, in dem das nunmehr mit der Sache befasste Gericht über die Zulassung der Anklage und die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden hat. Denn im Zwischenverfahren entscheidet das mit der Sache befasste Gericht anhand der in der Ermittlungsakte dokumentierten Beweisergebnisse, ob eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit besteht und die Anklage deshalb zur Hauptverhandlung zuzulassen ist. Die Ermittlungsakte stellt den in Papierform geronnenen Beleg der polizeilichen Ermittlungshypothese dar, den die Staatsanwaltschaft in ihrer Abschlussverfügung und Bewertung in einen Anklagevorwurf formuliert hat. Diese Ermittlungsakte arbeitet der Richter durch, um sich »ein Bild von dem Fall« zu machen und die Verdachtslage zu prüfen. Dieses durch die Lektüre der polizeilich geprägten Ermittlungsakte gewonnene Bild der Tat prägt das Gericht nachhaltig und hat zur Folge, dass ein Gericht, das durch die Eröffnungsentscheidung dokumentiert, dass die Verurteilung des Angeklagten für wahrscheinlicher gehalten wird als sein Freispruch, nicht mehr unvoreingenommen sein kann.

Empirische Untersuchungen zum sog. »Inertia-Effekt« belegen, dass die richterliche Überzeugungsbildung konfirmatorischen Prozessen beim Testen der Anklage-Hypothese unterliegt. In der rechts- und sozialpsychologischen Forschung ist bekannt, dass das Testen sozialer Hypothesen, wie einer Ermittlungshypothese, einer Reihe von Mechanismen unterliegt, die systematisch die Bestätigung jener Hypothese begünstigen.<sup>1</sup> Dies wird als sog »Inertia-Effekt« beschrieben, demzufolge eine Person, die über einen Sachverhalt zu entscheiden hat, von dem sie bereits ein bestimmtes Bild gewonnen hat, dazu neigt, einerseits Informationen, die in dieses Bild passen und es bestätigen, systematisch überzubewerten und stärker wahrzunehmen, sowie andererseits Informationen, die nicht zu diesem Bild passen und es nicht bestätigen, systematisch unterzubewerten und bei der Entscheidungsfindung auszublenden. Dies ist keine Frage bösen Willens. Vielmehr handelt es sich um einen wirkmächtigen unbewussten Vorgang, der im Fall von Strafrichtern durch die Prozessstruktur der StPO begünstigt wird und sich für Beschuldigte/Angeklagte evident nachteilig auswirkt.

Diesen strukturell bedingten Benachteiligungen Beschuldigter kann, wenn überhaupt, nur durch ein starkes Beweisantragsrecht der Beschuldigten in der Hauptverhandlung begegnet werden. Beschuldigte müssen in die Lage versetzt werden, dem im Ermittlungsverfahren gewonnenen Tatbild, das sich im Zwischenverfahren in die Köpfe der Berufsrichter transponiert hat, entgegenzutreten, indem sie dazu gezwungen werden, Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung durchzuführen, von denen sich die Beschuldigten/Angeklagten Entlastendes erhoffen und ein anderes Bild von der Tat zeichnen wollen. Das zunächst in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelte und später in § 244 StPO kodifizierte Beweisantragsrecht gibt Beschuldigten eine starke Position:

- (1) Denn es gibt ihnen einerseits die Möglichkeit, das Gericht zu einer Beweiserhebung zu veranlassen, zu deren Durchführung das Gericht selbst nach seinem durch die Lektüre der Akten geprägten fallbezogenen Verständnis von der Aufklärungspflicht keinen Anlass gesehen hat. Dieses Aufzwingen einer Beweiserhebung ist die einzige Möglichkeit von Beschuldigten, den Blick des Gerichts auf Tatsachen zu lenken, auf die zu blicken es von sich aus keinen hinreichenden Anlass sieht. Wer in dem darin möglicherweise angelegten Konflikt »Verfahrensobstruktion« sieht, hat die Struktur des deutschen Strafprozesses gründlich missverstanden.
- (2) Will das Gericht die von Angeklagten verlangte Beweiserhebung nicht durchführen, so kann es diese zwar ablehnen, aber es ist in seiner Ablehnung nicht frei, sondern an den Kanon der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO gebunden. Dies bedeutet, dass das Gericht über die Ablehnung des Beweisantrages durch einen Beschluss entscheiden muss (§ 244 Abs. 6 StPO), der zu begründen ist, wobei die Begründung auf die gesetzlich vorgegebenen Ablehnungsgründe beschränkt ist. Dabei muss die Begründung so ausführlich sein, dass das Revisionsgericht an ihr ermesen kann, ob das Tatgericht den Ablehnungsgrund zutreffend angenommen hat. Durch diese Bescheidungs- und Begründungspflicht im Beweisantrags-

<sup>1</sup> Schulz-Hardt/Köhnken, Wie ein Verdacht sich selbst bestätigen kann, Praxis der Rechtspsychologie 10, SH 1, 2000, S. 60 ff; Schemm/Köhnken, Voreinstellungen und das Testen sozialer Hypothesen, in: Volbert/Steller, Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 322 ff.

recht wird das Tatgericht zu einem formalen Dialog mit dem Beschuldigten/Angeklagten gezwungen, indem es seine Bewertung des Beweisvorbringens zu offenbaren hat. Allein durch den mittels eines Beweisantrags erzwungenen Einblick in die Sichtweise des Gerichts wird der Beschuldigte in die Lage versetzt, sein weiteres Prozessverhalten auf die ablehnende Reaktion des Gerichts einzustellen und gegebenenfalls weitere Beweisanträge zu stellen. Dieser formale Dialog ist vom Gesetzgeber gewollt und elementar für ein ausgeglicheneres Kräfteverhältnis im Strafverfahren.

Das Beweisantragsrecht sichert damit die Subjektstellung Angeklagter (Art. 1 Abs. 1 GG) in der Hauptverhandlung und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Aber es geht keineswegs nur um die Rechte von Angeklagten, sondern auch um das Prozessziel der Wahrheitsfindung an sich. Denn das Beweisantragsrecht flankiert die gerichtliche Aufklärungspflicht, reguliert die notwendige Auseinandersetzung im Strafverfahren um das, was als die »Wahrheit« gelten soll, und garantiert allen Verfahrensbeteiligten eine Chance auf Teilhabe am Prozess der Wahrheitsfindung.

## 2. Das Konzept des Entwurfs

Der vorliegende Entwurf führt zu einer gravierenden Beschneidung des Beweisantragsrechts, indem er einerseits den Tatgerichten erweiterte Möglichkeiten eröffnet, sich der formalen und inhaltlichen Strenge des Beweisantragsrechts zu entziehen und andererseits die revisionsgerichtliche Kontrolle genau dieser Entscheidungen massiv beschränkt. Dadurch droht die ohnehin schon mehr als fragile Balance des Strafverfahrens zulasten Beschuldigter zu kippen und den Tatgerichten wird die Möglichkeit eingeräumt, Kontroversen um die Wahrheit im Strafverfahren aus dem Weg zu gehen, ohne sich damit vor dem Revisionsgericht verantworten zu müssen.

### a. § 244 Abs. 3 StPO-E - »Konnexität«

Soweit § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-E eine Legaldefinition des Beweisantrages einführt, die der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Begriffsbestimmung entspricht, ist dagegen nichts einzuwenden. Problematisch ist jedoch die Übernahme des in der Rechtsprechung entwickelten Konnexitätsanfordernisses, das Gegenstand vielfältiger Kritik in der Fachliteratur ist. Dem Antragsteller wird durch das Konnexitätsanfordernis auferlegt, in dem Beweisantrag darzulegen, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. Dies klingt einfach und naheliegend, jedoch verbirgt sich dahinter – wie die Entwurfsbegründung erkennen lässt – deutlich mehr, nämlich die Einführung umfangreicher Darlegungserfordernisse und eine damit einhergehende Beschränkung des Beweisantragsrechts.

Der Bundesgerichtshof hat das von ihm entwickelte Erfordernis der sog. »erweiterten Konnexität« im Ausgangspunkt damit begründet, dass dem Gericht eine sachgerechte Prüfung und Anwendung der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 StPO ermöglicht werden soll, wobei der Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels nach § 244 Abs. 3 S. 2 Alt. 3 StPO im Vordergrund stehe.<sup>2</sup> Durch diesen Bezug auf den Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit, der nur aus der Beziehung zwischen dem Beweismittel selbst und der Beweisbehauptung abgeleitet werden dürfe, »werden die unter dem Gesichtspunkt der Konnexität im weiteren Sinne erforderlichen Angaben zugleich auf solche beschränkt, die die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen betreffen.«<sup>3</sup>

Dabei ist der Bundesgerichtshof jedoch nicht stehen geblieben, sondern hat seine Rechtsprechung inzwischen auf eine sog. »qualifizierte Konnexität« erweitert, derzufolge die Eignung des Beweisbegehrens für die weitere Sachaufklärung auf Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu erfolgen hat.<sup>4</sup> Antragsteller sind danach also gezwungen, Beweisbehauptungen in Bezug zu möglicherweise widersprechenden bisherigen Ergebnissen der Beweisaufnahme zu setzen. Er muss plausibel gemacht werden, warum der von ihm benannte Zeuge eine bestimmte Beweistatsache bekunden kann, obgleich dem »bei vorläufiger Wertung« die Aussagen anderer

<sup>2</sup> vgl. BGH NStZ 1998, 97; 2013, 476 ff.

<sup>3</sup> BGH NStZ 2013, 476

<sup>4</sup> BGHSt 52, 284, 288

Zeugen entgegenstehen,<sup>5</sup> andernfalls es sich nicht mehr um einen Beweisantrag handele. Darin liegt nicht nur ein Verstoß gegen das Verbot der Beweisantizipation, sondern dies stellt auch eine vom Gesetz nicht vorgesehene Privilegierung des bereits erhobenen Beweises gegenüber der beantragten Beweiserhebung dar, wobei Angeklagte nur begrenzten Einfluss auf die Reihenfolge der Beweisaufnahme haben.<sup>6</sup>

Hinzu kommt weiter, dass die Rechtsprechung zunehmend dazu übergegangen ist, Beweisanträge, die nach früherer Rechtsprechung als »ins Blaue hinein« gestellt behandelt wurden, als dem Erfordernis der erweiterten Konnexität nicht genügend anzusehen.<sup>7</sup> Diese Tendenz greift der Entwurf in seiner Begründung ausdrücklich auf: »Beweisbehauptungen »aufs Geratewohl ins Blaue hinein« sollen auf diese Weise von den Gerichten nach § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-E nicht als Beweisanträge behandelt werden müssen.«<sup>8</sup>

Dieses dem Entwurf ausdrücklich zugrundeliegende weite Verständnis von Konnexität führt zu schwerwiegenden Einschränkungen des Beweisantragsrechts:

Zum einen gefährdet es das bislang unbestrittene Recht von Angeklagten und ihrer Verteidigung, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die lediglich für möglich gehalten oder nur vermutet werden.<sup>9</sup> Dieses Recht, Tatsachen unter Beweis zu stellen, deren Richtigkeit bloß für möglich gehalten oder vermutet wird, ist ein notwendiges Korrektiv dazu, dass Angeklagte und Verteidigung nur über beschränkte und keineswegs autoritative Möglichkeiten eigener Sachverhaltsermittlung verfügen. Dort, wo Angeklagte es nicht besser wissen können, weil das Prozessrecht keine Handhabe dafür zur Verfügung stellt, müssen sie berechtigt sein, die Sachverhaltsaufklärung auf der Basis von Vermutungen in die für erforderlich gehaltene Richtung zu treiben. Da eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Beweisbehauptungen »aufs Geratewohl ins Blaue hinein« und Beweisbehauptungen, deren Richtigkeit Antragsteller lediglich vermuten, schlechterdings nicht möglich ist, wird Tatgerichten über das Konnexitätserfordernis die Möglichkeit eingeräumt, das Beweisantragsrecht des Angeklagten tiefgreifend zu beschneiden.

Zum anderen wird Angeklagten mit dem Konnexitätserfordernis nach dem Verständnis des Entwurfes eine Darlegungslast aufgebürdet, die problematisch ist mit Blick auf ihr Schweigerecht und die Schweigepflicht der Verteidigung. Denn sie kann Angeklagte bzw. ihre Verteidigung dazu verpflichten, die Wahrnehmungssituation des benannten Zeugen betreffende Ausführungen zu machen, die einer Einlassung zur Sache gleichkommen.

Ein Beispiel:

Dem Angeklagten wird eine Beteiligung an einem Betäubungsmittelgeschäft zur Last gelegt. Die entsprechenden Absprachen mit seinem Lieferanten soll er bei einem Treffen auf einem Parkplatz gemacht haben. So jedenfalls hat es der Lieferant behauptet, der die Kronzeugenregelung für sich in Anspruch nehmen möchte. Der Angeklagte behauptet intern (im Innenverhältnis zu seinem Verteidiger), sich zwar mit dem mutmaßlichen Lieferanten auf dem Parkplatz getroffen zu haben, jedoch sei es nicht um eine Drogenlieferung gegangen, sondern um den Verkauf eines gestohlenen PKW. Bei dem Treffen sei ein Dritter dabei gewesen, der das Gespräch verfolgt habe, ohne den illegalen Hintergrund zu kennen und der den Angeklagten vermutlich auch nicht identifizieren könne. Der Angeklagte, der sich in der Hauptverhandlung schweigend verteidigt und dementsprechend nicht eingeräumt hat, an dem Parkplatztreffen beteiligt gewesen zu sein, möchte diesen Zeugen benennen, der bekunden soll, dass er den Lieferanten kennt, bei dem Parkplatzgespräch des Lieferanten mit einem Dritten zugegen war, dieses nur kurz dauerte und ausschließlich einen Fahrzeugkauf zum Gegenstand hatte.

Die Konnexität scheint im Rahmen des zu stellenden Beweisantrages keiner besonderen Erörterung zu bedürfen, soll der Zeuge doch am Tatort anwesend gewesen sein. Die Lage ändert sich jedoch grundlegend, wenn der als Kronzeuge vernommene Lieferant angegeben hat, sich allein, ohne Anwesenheit einer dritten Person mit dem Angeklagten getroffen zu haben. In diesem Fall könnte das Tatgericht qualifizierte Erklärungen zur Konnexität mit Blick auf die bisherigen Beweisergebnisse verlangen, es könnte aber auch – gerade wenn es geneigt ist, dem Kronzeugen

<sup>5</sup> so BGHSt 52, 284, 288

<sup>6</sup> MK-StPO/Habetha-Trüg, § 244, Rn. 136

<sup>7</sup> sehr deutlich z.B. in BGH, Beschl. v. 3.11.2010-1 StR 497/10, kritisch zu dieser Tendenz MKStPO/Trüg-Habetha, § 244, Rn. 138

<sup>8</sup> S. 34 der Entwurfsbegründung

<sup>9</sup> vgl. BGH Beschl. v. 4.4.2006 – 4 StR 30/06, a.a.O., und v. 31.3.1989 – 3 StR 486/88, NStZ 2013, 476

Glauben zu schenken – die Beweisbehauptung als ›aufs Geratewohl ins Blaue hinein‹ zu behandeln. Das Gericht könnte den Angeklagten bzw. seine Verteidigung auf diese Überlegung hinweisen und dann fragen, auf welchen Tatsachen das Wissen oder die Vermutung beruhe, der Zeuge sei am Tatort anwesend gewesen und könne Angaben zu dem Gespräch machen. Offenbart der Angeklagte nun, dass er tatsächlich auf dem Parkplatz war und mit dem Lieferanten/Kronzeugen gesprochen hat, ist dies außerordentlich riskant. Denn dies kommt einer Äußerung zur Sache gleich und enthält eine die Angaben des Kronzeugen in Teilen (Anwesenheit beim Parkplatztreffen) bestätigende Selbstbelastung. Ob die von ihm erhoffte nachfolgende Vernehmung des Zeugen dieses Risiko wert ist, kann der Angeklagte zu diesem Zeitpunkt nicht einschätzen. Lehnt der Angeklagte hingegen ab, die Fragen des Gerichts nach der qualifizierten Konnexität bzw. der tatsächlichen Grundlage seiner Beweisbehauptung zu beantworten, läuft er Gefahr, dass sein Beweisantrag vom Gericht als Beweisanregung herabqualifiziert wird, der nachzugehen die Aufklärungspflicht nicht gebietet und auf diese Weise den entscheidenden Entlastungsbeweis nicht führen zu können.

Das Fallbeispiel zeigt, dass die Einführung des Konnexitätserfordernisses, zumal mit dem weiten Verständnis, das der Entwurf zugrunde legt, das Recht Angeklagter aushöhlt, Tatsachen unter Beweis zu stellen, die nur vermutet werden und darüber hinaus zu gravierenden Friktionen mit dem Schweigerecht führen kann.

Das Konnexitätserfordernis eröffnet Tatgerichten die Möglichkeit, sich den strengen formalen Anforderungen der Ablehnung eines Beweisantrages zu entledigen, indem er als bloßer Beweisermittlungsantrag oder als Beweisanregung herabqualifiziert wird. Dies wiegt umso schwerer, als der Entwurf zugleich die Möglichkeiten von Tatrichtern zur Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht erweitert.

#### **b. § 244 Abs. 6 StPO-E - Verschleppungsabsicht**

Mit der geplanten Neuregelung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht will der Entwurf Tatgerichten einen weiteren und neuen Weg eröffnen, sich dem Dialog mit der Verteidigung über das formale Beweisantragsrecht zu entziehen, und geht dabei sogar noch über die Forderungen des sog. ›2. Strafkammertages‹ hinaus. Nach geltendem Recht setzt die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht voraus, dass ...

- (1) ... die Beweiserhebung nichts zugunsten des Antragstellers ergeben wird.<sup>10</sup> Dies bedeutet, dass das Gericht eine Vorwegwürdigung des voraussichtlichen Beweisergebnisses vornehmen darf (Beweisantizipation), was ihm bei Anwendung der übrigen Ablehnungsgründe untersagt ist. Das Gericht darf also nicht etwa einen Beweisantrag als bedeutungslos ansehen, weil es davon ausgeht, dass die behauptete Beweistatsache durch die bisherige Beweisaufnahme bereits widerlegt sei. Der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht gestattet genau eine solche Vorwegwürdigung des behaupteten Beweisergebnisses und ist damit schon nach geltendem Recht lockerer gestaltet, als die anderen Ablehnungsgründe.
- (2) ... der Antragsteller weiß, dass die Beweiserhebung nichts zu seinen Gunsten ergeben wird und der Antrag ausschließlich zu Zwecken der Verfahrensverzögerung gestellt wurde.
- (3) ... durch die Beweiserhebung eine nicht nur unerhebliche Verzögerung des Verfahrens eintreten würde. Diese Einschränkung objektiviert den Ablehnungsgrund und verhindert, dass Verschleppungsabsicht bei präsenten oder jedenfalls kurzfristig zu beschaffenden Beweismitteln angenommen wird. Eine exakte gesetzliche Bestimmung, wann eine wesentliche Verzögerung vorliegt, ist nicht möglich, da dies sehr von den Umständen des Einzelfalls abhängt und bei einer Hauptverhandlung, die drei Monate dauert, anders zu beurteilen sein wird, als bei einer Hauptverhandlung die sich über zwei Jahre hinzieht

Es ist gerade einmal weniger als zwei Jahre her, dass Tatgerichten mit der Fristsetzungsbefugnis in § 244 Abs. 6 StPO ein Instrument zur vereinfachten Ablehnung von Beweisanträgen – gerade auch wegen mutmaßlicher Verschleppungsabsicht – an die Hand gegeben wurde. Dass dieser drastische Einschnitt in das Beweisantragsrecht sich in der Praxis und aus Sicht der Gerichte als untauglich erwiesen habe, wird soweit ersichtlich nirgendwo vertreten. Es existiert noch nicht einmal eine gefestigte Rechtsprechungsrezeption dieser jungen Novelle. Gleichwohl will



der Referentenentwurf die Schwelle zum Vorliegen einer Verfahrensverschleppung herabsetzen, die Tatgerichte von den Förmlichkeiten des Beweisantragsrechts befreien und die Entscheidung zugleich der revisionsgerichtlichen Kontrolle entziehen. Dies soll nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser dadurch geschehen, dass zum einen beim Merkmal der Verschleppungsabsicht auf das ›Erfordernis einer objektiven Verzögerung‹ des Verfahrens verzichtet<sup>11</sup> und zum anderen dem Antrag die Eignung als Beweisantrag abgesprochen werden soll, mit der Folge, dass er vom Gericht nicht mehr nach § 244 Abs. 6 StPO durch einen begründeten Beschluss förmlich beschieden werden muss.

Den Verzicht auf das Erfordernis einer objektiven Verzögerung begründet der Entwurf wie folgt:

»Dieses im einzelnen unklare Erfordernis einer objektiv erheblichen Verfahrensverzögerung führt in der Praxis dazu, dass der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht trotz Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen häufig nicht von den Gerichten angenommen werden kann. Dem Ablehnungsgrund kommt deshalb in der Gerichtspraxis nur eine geringe Bedeutung zu.«<sup>12</sup>

Es fragt sich bereits, auf welchen rechtstatsächlichen Erkenntnissen die Einschätzung der Entwurfsverfasser beruht, das unklare Kriterium der Verfahrensverzögerung führe zur Nichtanwendung des Ablehnungsgrundes. Entscheidungen die nicht ergehen, kann schlechterdings nicht entnommen werden, warum sie nicht ergehen. Die Entwurfsbegründung versteigt sich in diesem Punkt in haltlose Spekulationen. Genauso naheliegend wäre es, der geringen praktischen Bedeutung dieses Ablehnungsgrundes zu entnehmen, dass Beweisanträge selten in Verschleppungsabsicht gestellt werden.

Es fragt sich weiter, auf welcher Grundlage Antragstellern eine Verschleppungsabsicht unterstellt werden soll, wenn eine objektive Verzögerung des Verfahrens nicht festgestellt werden kann und muss. Dieser nicht aufzulösende Widerspruch zeigt, dass es den Entwurfsverfassern gar nicht darum geht, Begriffsmerkmale der Verschleppungsabsicht neu zu bestimmen, sondern darum, einen allgemeinen, von Verfahrensverzögerungen oder anderen objektiven Kriterien losgelösten Missbrauchstatbestand zu schaffen, der allein von den subjektiven Absichten der Antragsteller abhängig ist.

Um Tatgerichten den Weg für die Umgehung der Förmlichkeiten des Beweisantragsrechts möglichst leicht zu machen, versüßt der Entwurf ihnen diesen Schritt in den Missbrauchsvorwurf und lädt geradezu zur Anwendung dieser Vorschrift ein, indem er seine Anwendung der revisionsgerichtlichen Kontrolle entziehen will. Weil – so der Entwurf – ein in der Absicht der Prozessverschleppung gestelltes Beweisersuchen kein Beweisantrag sei, müsse es auch nicht nach hierfür geltenden strengen Formen (Gerichtsbeschluss, exklusiver Kanon von Ablehnungsgründen, tragfähige Begründung) behandelt werden.

»Vielmehr« – so der Entwurf weiter – »sollen sie zunächst – wie sonstige Beweisersuchen auch – vom Vorsitzenden ohne formellen Gerichtsbeschluss nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO behandelt und abgelehnt werden können.«<sup>13</sup> »Ob die Voraussetzungen des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO gegeben sind, soll der Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis in freier Würdigung prüfen. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden ist sodann eine Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO möglich.«<sup>14</sup>

Damit – und dies ist das eigentliche Anliegen des Entwurfs – wird die revisionsgerichtliche Überprüfung der Anwendung des Missbrauchstatbestandes der Verschleppungsabsicht stark eingeschränkt.

Weiter kann man die Entfesselung der Tatgerichte von den Förmlichkeiten des Verfahrens kaum treiben.

<sup>11</sup> S. 35 der Entwurfsbegründung

<sup>12</sup> ebd.

<sup>13</sup> An dieser Stelle darf man dem Entwurf getrost eine gewisse Unaufrichtigkeit bescheinigen. Denn wenn einem Beweisersuchen die Qualität als Beweisantrag abgesprochen wird, weil es nichts Sachdienliches erbringen kann und dies dem Antragsteller bewusst ist, kann die Aufklärungspflicht des Gerichts schlechterdings nicht gebieten, dem Beweisersuchen nachzugehen. Im Gegenteil würde sich ein Gericht, das einen Beweisantrag zu einem Beweisersuchen herabqualifiziert, weil die »beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches erbringen kann«, in einen unauf löslichen Widerspruch zu dieser Einschätzung begeben, wenn es aus Gründen der Aufklärungspflicht den Beweis gleichwohl erhebt. Eine nicht sachdienliche Beweiserhebung kann schlechterdings nicht durch die Aufklärungspflicht geboten sein.

<sup>14</sup> S. 35 der Entwurfsbegründung.

Dem Entwurf scheint entweder die Annahme zugrunde zu liegen, dass die Tatgerichte mit der Anwendung des § 244 StPO überfordert sind oder das geltende Beweisantragsrecht in seiner förmlichen und inhaltlichen Strenge ihre Handlungsspielräume zu sehr beschränkt. Der Entwurf weist ihnen daher gleich zwei Wege, wie sie sich von Komplexität und gesetzlicher Bindung im Beweisantragsrecht befreien können, nämlich indem über die Kodifizierung des erweiterten Konnexitätserfordernisses die Hürden für den Antragsteller erhöht werden und zugleich den Tatgerichten durch die Herabsetzung der Schwellen bei der Prozessverschleppung eine Passage zur Umschiffung der Klippen des Beweisantragsrechts gebahnt wird.

### **III. Änderungen im Recht der Besetzungsrüge**

#### **1. Bedeutung der Besetzungsrüge**

Bei der Besetzungsrüge geht es um nicht weniger als die Sicherung und Durchsetzung des durch die Verfassung verbürgten Rechts Angeklagter auf den ›gesetzlichen Richter‹ (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

»Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf eine Entscheidung seiner Rechtssache durch den hierfür von Gesetzes wegen vorgesehenen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, Eingriffe in die Rechtspflege zu verhindern und der Gefahr vorzubeugen, dass die Justiz durch Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird (BVerfGE 17, 294 <299>; 48, 246 <254>; 95, 322 <327>). Damit soll die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden.«<sup>15</sup>

Das Prinzip des ›gesetzlichen Richters‹ verlangt, dass im Voraus auf nachvollziehbare Weise festgelegt wird, welcher Richter für welchen Fall zuständig ist. Die strikte Einhaltung dieses Prinzips ist auch eine Reaktion auf die Rechtsverwüstung des Nationalsozialismus, der das Recht auf den ›gesetzlichen Richter‹ durch Schnell- und Sondergerichte wie den Volksgerichtshof außer Kraft setzte.

Um das Prinzip des ›gesetzlichen Richters‹ zu wahren, werden an deutschen Gerichten zum Jahresbeginn Geschäftsverteilungspläne festgelegt, die allgemeine Kriterien dafür festlegen, welche Rechtssache welchem Spruchkörper bzw. welcher Abteilung zugewiesen wird. Auch die berufsrichterliche Besetzung der einzelnen Spruchkörper wird vorab im Geschäftsverteilungsplan festgelegt. Ist ein Spruchkörper überbesetzt, etwa weil einer großen Strafkammer beim Landgericht insgesamt vier Berufsrichter zugewiesen sind, muss ein kammerinterner Geschäftsverteilungsplan erstellt werden, der ebenfalls vorab nach abstrakten Kriterien festlegt, mit welchen Richtern die Strafkammer besetzt sein wird. Auch für die Auswahl und Zuweisung der Laienrichter im Strafverfahren (Schöffen) sieht das GVG exakte Regelungen vor, die die Einhaltung des Prinzips des ›gesetzlichen Richters‹ gewährleisten.

Mit der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Prinzips des ›gesetzlichen Richters‹ korrespondiert, dass im Strafverfahren die Verletzung dieses Prinzips als sog. absoluter Revisionsgrund ausgestaltet ist (§ 338 Nr. 1 StPO). Dies bedeutet, dass es bei einer Verletzung des Prinzips des gesetzlichen Richters nicht darauf ankommt, dass das Urteil auf diesem Fehler beruht. Der Revisionsführer muss also nicht – wie bei den meisten anderen Verfahrensfehlern – nachweisen, dass die fehlerhafte Gerichtsbesetzung sich auf das Urteil ausgewirkt hat. Vielmehr führt die fehlerhafte Gerichtsbesetzung für sich genommen zur Aufhebung des Urteils. Dies belegt, dass die Einhaltung des Prinzips des ›gesetzlichen Richters‹ keine hypertrophe Förmerei, sondern eine der Grundlagen justizförmigen Prozessierens schlechthin ist.

#### **2. Geltendes Recht**

Da Geschäftsverteilungspläne und ihre Änderungen vom Präsidium des Gerichts beschlossen werden und die Wahl und Zuweisung von Schöffen eine Maßnahme der Gerichtsverwaltung ist, hat das Gericht, dem eine Rechtssache zur Entscheidung zugewiesen ist, wenig Einfluss auf

seine ordnungsgemäße Besetzung. Besetzungsfehler sind im Regelfall nicht Fehler des erkennenden Gerichts und das erkennende Gericht hat, wenn es einen solchen Fehler vorab erkennen sollte, keine Korrekturmöglichkeit. Dementsprechend war bis zum Strafverfahrensänderungsgesetz von 1979 die Frage der richtigen Gerichtsbesetzung ausschließlich dem Revisionsverfahren vorbehalten. Im Erkenntnisverfahren bzw. der Hauptverhandlung musste darüber nicht verhandelt werden. Erst durch das StVÄG 1979 wurde die bis heute geltende Präklusionsregelung des § 222 a StPO eingeführt, nach der Angeklagte bzw. ihre Verteidigung bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache einen Besetzungseinwand erheben müssen, wenn die Besetzung des Gerichts vorher rechtzeitig und vollständig mitgeteilt wurde. Nach diesem Zeitpunkt ist der Besetzungseinwand präkludiert mit der Folge, dass eine fehlerhafte Gerichtsbesetzung im Revisionsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Trotz der grundlegenden Bedeutung des Prinzips des ›gesetzlichen Richters‹ sind Besetzungsrügen im Strafverfahren eine Randerscheinung. Nach der Studie von *Dölling* und *Feltes* (›Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten‹) aus dem Jahr 2000 werden in lediglich zwei Prozent der Verfahren Besetzungsrügen erhoben. Anhaltspunkte für eine Zunahme von Besetzungsrügen gibt es nicht. Angesichts einer äußerst geringen Erfolgsquote von Verfahrensrügen in Angeklagtenrevisionen (ein Prozent)<sup>16</sup> führen Besetzungsrügen nur in sehr seltenen Fällen zur Aufhebung eines Urteils.

### 3. Pläne des Entwurfs

Auch wenn dieser rechtstatsächliche Befund nicht für einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf spricht, sieht der Entwurf Anlass für grundlegende Änderungen im Bereich der Besetzungsrüge.

Um die Tatgerichte von der statistisch vollkommen unbegründeten Sorge über eine drohende Aufhebung ihres Urteils in der Revision aufgrund einer erfolgreichen Besetzungsrüge zu entlasten, will der Entwurf die Frage der richtigen Gerichtsbesetzung vorab, möglichst vor Beginn der Hauptverhandlung, klären und der Revision weitestgehend entziehen. Zu diesem Zweck sieht der Entwurf vor, dass

- ... die Besetzungsmittelteilung den Verfahrensbeteiligten verpflichtend förmlich zuzustellen ist;
- ... der Besetzungseinwand innerhalb von einer Woche ab Zustellung zu erheben ist;
- ... eine Vorabentscheidung des Rechtsmittelgerichts über den Besetzungseinwand eingeholt wird, wenn das Gericht ihn nicht für begründet erachtet;
- ... eine Überprüfung der Gerichtsbesetzung in der Revision nur stattfindet, wenn das Vorabentscheidungsverfahren über einen Besetzungseinwand nicht stattgefunden hat.

### 4. Stellungnahme

Die vom Entwurf vorgeschlagenen Änderungen im Recht der Besetzungsrüge sind abzulehnen. Denn sie erschweren Angeklagten bzw. ihrer Verteidigung die fristgerechte Erhebung eines Besetzungseinwands unverhältnismäßig und beschneiden damit die Überprüfung, ob die verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Grundlagen des Verfahrens eingehalten wurden. Darüber hinaus führt das geplante Vorschaltverfahren beim Beschwerdegericht zu einer Rechtszersplitterung im besonders sensiblen Bereich der Verfahrensgrundrechte und bringt der Justiz keine Entlastung.

#### a. Die Ein-Wochenfrist

Die Einführung einer Notfrist für die Erhebung des Besetzungseinwands von lediglich einer Woche ab Zustellung der Besetzungsmittelteilung erschwert das Recht auf Prüfung der Gerichtsbesetzung unverhältnismäßig und dürfte in Fällen, in denen ein Verteidiger seinen Kanzleisitz nicht am Gerichtsort hat, zu einer weitgehenden Abschaffung des Besetzungseinwands führen.

Die Prüfung der Gerichtsbesetzung ist ein aufwändiger Prozess. Sie verlangt bei den Berufsrichtern, dass der Geschäftsverteilungsplan des Gerichts und gegebenenfalls Änderungsbeschlüsse

des Präsidiums eingesehen und überprüft werden. Da eine Veröffentlichung der Geschäftsverteilungspläne und der hierzu ergangenen Änderungsbeschlüsse im Internet nicht vorgesehen ist, muss die Verteidigung diese vor Ort einsehen. Noch komplizierter ist es in Flächenstaaten bei der Prüfung der Schöffenbesetzung. Denn die Schöffen werden in den einzelnen zum Landgerichtsbezirk gehörenden Amtsgerichtsbezirken gewählt. Dort werden auch die Schöffenwahlunterlagen verwahrt, die für eine Prüfung der Schöffenbesetzung erforderlich sind. Zusätzlich zum Landgericht muss die Verteidigung also auch zu den Amtsgerichten reisen, aus denen die Schöffen stammen, mit denen das Gericht besetzt ist. Sind, wie es bei Umfangsverfahren durchaus üblich ist, noch Ergänzungsschöffen hinzugezogen, müssen auch die Wahlunterlagen bei den Amtsgerichten eingesehen werden, bei denen die Ergänzungsschöffen gewählt wurden.

Die erforderliche Prüfung der Besetzungsunterlagen dürfte bereits für eine ortsansässige Verteidigung kaum innerhalb der Wochenfrist zu leisten sein. Für eine ortsfremde Verteidigung, die hierfür unter Umständen ganze Tage einplanen muss, ist dies schlechterdings unmöglich. Das gilt vor allem, weil sie keinerlei Einfluss darauf haben und auch nicht vorhersehen können, wann die den Beginn der Wochenfrist auslösende Zustellung der Mitteilung über die Gerichtsbesetzung erfolgt. Hinzu kommt, dass der Besetzungseinwand streng in der Form des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zu erheben ist. Die Abfassung eines Besetzungseinwands setzt daher große Sorgfalt voraus und ist in der Regel sehr zeitaufwändig. Dass es einer auswärtigen Verteidigung, die zu Beginn der Woche von einer Besetzungsmitteilung überrascht wird, zeitlich möglich ist, innerhalb von einer Woche die erforderlichen Reisen zur Besetzungsprüfung zu organisieren und dann gegebenenfalls noch einen Besetzungseinwand in revisionsmäßiger Form zu verfassen, dürfte allenfalls in seltenen Ausnahmefällen vorkommen.

Dabei wird nicht verkannt, dass bereits das geltende Recht in § 222 a Abs. 2 StPO von einer Mindest-Prüfungsfrist von einer Woche ausgeht. Jedoch handelt es sich dabei eben nur um eine *Mindestfrist*, die in der Praxis nur selten zur Anwendung kommt. Denn in der Praxis erfolgt die Besetzungsmitteilung meist mit der Ladung zur Hauptverhandlung, die deutlich früher als eine Woche vor Beginn der Hauptverhandlung vorgenommen wird. Dadurch steht der Verteidigung mehr Zeit für die Besetzungsprüfung zur Verfügung. Praktische Relevanz hat die Wochenfrist eigentlich nur, wenn es zu Überbesetzungsänderungen kommt, die erst zu Beginn der Hauptverhandlung mitgeteilt werden. In diesem Fall ist jedoch nicht die Besetzung in ihrer Gesamtheit zu prüfen, sondern nur bezüglich der Änderungen. Außerdem ist die Verteidigung in diesem Fall an Gerichtsstelle und kann die erforderliche Prüfung ohne gesonderte Anreise vornehmen.

## **b. Das Vorschaltverfahren**

Der entscheidende Einwand gegen die Einführung des im Entwurf vorgesehenen Vorschaltverfahrens ist, dass die Entscheidung über die Rechtsanwendung bei der Bestimmung des ›gesetzlichen Richters‹ weitestgehend auf die Oberlandesgerichte übertragen wird. Damit droht eine Rechtszersplitterung in diesem verfassungsrechtlich besonders sensiblen Bereich. Die Folge dürften mehr Verfassungsbeschwerden gegen die Vorabentscheidung und damit auch eine fort-dauernde Unsicherheit der Tatgerichte über die Richtigkeit der Gerichtsbesetzung sein.

Das vorgeschlagene Vorabentscheidungsverfahren erscheint darüber hinaus auch aus praktischen Gründen kaum geeignet, die Tatgerichte wirkungsvoll von der Sorge um das ›Damoklesschwert‹ zu befreien. Denn auch die Vorabentscheidung wird in Anbetracht der Auslastung der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofes nicht kurzfristig, etwa binnen Wochenfrist, zu erwarten sein. Eine rechtzeitige, d.h. zu Beginn der Hauptverhandlung ergehende Entscheidung ist nur dann zu erwarten, wenn die Besetzungsmitteilung sehr frühzeitig, nämlich Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgt. Das frühzeitig initiierte Vorabentscheidungsverfahren wird jedoch gegenstandslos, wenn sich die Gerichtsbesetzung vor Beginn der Hauptverhandlung noch einmal ändert. Dies kommt in der Praxis vor allem in den Fällen recht häufig vor, in denen Schöffen mitwirken, aber keineswegs nur dort. In diesem Fall müsste richtigerweise eine neue Besetzungsmitteilung gemacht werden, die eine neue Prüfungsfrist in Gang setzt. Das bisherige Vorabprüfungsverfahren würde obsolet. Das Risiko einer derart unsinnigen Verschwendung von Ressourcen aller am Vorabentscheidungsverfahren Beteiligten ließe sich nur durch eine späte Besetzungsmitteilung kurz vor Beginn der Hauptverhandlung vermeiden. Eine späte Besetzungsmitteilung dürfte jedoch dazu führen, dass das Vorabentscheidungsverfahren nicht

zu Beginn der Hauptverhandlung abgeschlossen wird. Mindestens so lange, im Fall einer Verfassungsbeschwerde möglicherweise gar bis zum Urteil, müssten die Tatgerichte mit der Sorge um das ›Damoklesschwert der unrichtigen Besetzung‹ leben.

Das vorgeschlagene Vorabentscheidungsverfahren ist daher verfassungsrechtlich bedenklich und dürfte in der Praxis nicht die gewünschten Effekte erzielen.

#### 4. Fazit

Die im Entwurf vorgesehenen Änderungen sind daher in Gänze abzulehnen.

### IV. Änderungen beim Recht auf Befangenheitsanträge

Das Befangenheitsrecht wurde zuletzt durch das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹ den Bedürfnissen der (richterlichen) Praxis angepasst. Dort wurde neu geregelt, dass bei einer Richterablehnung vor Beginn der Hauptverhandlung gleichwohl mit der Hauptverhandlung begonnen und der Anklagesatz verlesen werden kann (§ 29 Abs. 1 S. 2 StPO). Weiterhin wurde im Verfahren über die Ablehnung das sog. schriftliche Verfahren eingeführt, das es dem Gericht ermöglicht, die Anbringung und Entscheidung des Ablehnungsgesuchs weitestgehend aus der Hauptverhandlung herauszuhalten. Leitgesichtspunkt dieser ›Reformen‹ war es, »Störungen und Verzögerungen des Beginns der Hauptverhandlung«<sup>17</sup> und »Verfahrensverzögerungen durch Ablehnungsgesuche, die mit dem Ziel der Prozessverschleppung gestellt werden«,<sup>18</sup> zu vermeiden.

Nunmehr sieht der vorgelegte Gesetzesentwurf erneut Änderungen des Rechts der Befangenheit vor:

Einerseits soll der Präklusionszeitpunkt für Befangenheitsgesuche vorverlegt werden, die sich auf Sachverhalte stützen, die vor der Hauptverhandlung stattgefunden haben (§ 25 StPO-E). Andererseits soll die Wartepflicht des Gerichts nach einem Befangenheitsgesuch abgeschafft und durch eine Fristenregelung ersetzt werden (§ 29 StPO-E).

Wieder geht es darum, »den Umgang mit missbräuchlich gestellten Befangenheitsanträgen zu vereinfachen und das Strafverfahren zu beschleunigen«.<sup>19</sup> Dies ist bemerkenswert, weil es nahelegt, dass sich die erst zwei Jahre alten Regelungen des ›Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹ als eben nicht »praxistauglich« oder jedenfalls nicht ausreichend erwiesen haben.

Dafür spricht indes nichts. Denn weder hat sich in der kurzen Zeit seit der letzten Änderung des Befangenheitsrechts eine Rechtsprechungspraxis bilden können, die gesetzgeberischen Nachbesserungsbedarf aufzeigt. Noch liegt eine empirische Evaluation der Gesetzesänderungen vom August 2017 vor, der Defizite der gesetzlichen Regelungen des Befangenheitsrechts entnommen werden könnten. Das vorhandene empirische Zahlenmaterial indessen spricht eindeutig gegen einen weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf: Nach der Studie von *Dölling und Feltes* über ›Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten‹ aus dem Jahr 2000 werden Ablehnungsgesuche in lediglich zwei Prozent der Verfahren angebracht. Nach dem ›Strafkammerbericht‹ von *Ferber* aus dem Jahr 2017 werden Befangenheitsgesuche in höchstens fünf Prozent der Verfahren angebracht. Statistisch gesehen bilden Befangenheitsgesuche also nach wie vor eine Quantité Négligeable. Dies war bereits vor der letzten vermeintlich notwendigen Änderung der Fall. Schon aus diesem Grund ist kein weiterer Reformbedarf zu erkennen.

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/11277 S. 19

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/11277 S. 20

<sup>19</sup> Referentenentwurf, S. 20

Dessen ungeachtet sprechen aber auch grundsätzliche Erwägungen gegen die vorgeschlagenen Änderungen, namentlich die Abschaffung der gerichtlichen Wartepflicht. Die Anbringung eines Befangenheitsgesuchs ist für den dazu Berechtigten das äußerste Mittel in der Auseinandersetzung mit einem Richter, den er für nicht (mehr) unvoreingenommen hält.

In der Rechtspraxis kommt es, wie die Studien von *Dölling/Feltes* und *Ferber* zeigen, selten zu einer solchen Eskalation eines Konfliktes. Wenn es aber dazu kommt, soll die Vorschrift des § 29 StPO den unterschiedlichen Interessen Rechnung tragen. Einerseits soll es ein Verfahrensbeteiligter nicht in der Hand haben, durch die Anbringung eines Ablehnungsgesuchs, »die Vornahme dringlicher Untersuchungshandlungen durch Vorbringen eines unbegründeten Ablehnungsgesuchs zu verhindern«.<sup>20</sup> Andererseits hat derjenige, der das Ablehnungsgesuch gestellt hat, regelmäßig ein Interesse daran, dass der von ihm für befangen erachtete Richter in dem Verfahren nicht weiter mitwirkt; ein abgelehnter Richter, dessen Ablehnung möglicherweise für begründet erklärt werden wird, soll deshalb nicht länger als unbedingt nötig auf das Prozessgeschehen einwirken können.<sup>21</sup>

Diesen Interessenausgleich verschiebt der Entwurf einseitig zulasten des Antragstellers, wenn er die Mitwirkung des abgelehnten Richters nicht auf unaufschiebbare Handlungen beschränkt, sondern den abgelehnten Richter ohne jede Beschränkung weiter verhandeln lässt, bis spätestens in 14 Tagen über das Ablehnungsgesuch entschieden wurde. Der Entwurf mutet es dem Antragsteller zu, mit einem Richter, den er für voreingenommen hält, möglicherweise über mehrere Hauptverhandlungstage weiter zu verhandeln.

Stellt sich beispielsweise während laufender Verhandlung heraus, dass der Richter außerhalb der Hauptverhandlung Verständigungsgespräche mit einem Mitangeklagten führt, die auch belastende Angaben zum Nachteil nicht an den Gesprächen beteiligten Angeklagten zum Gegenstand haben (»Deal zulasten Dritter«) und führt dies zu einem (begründeten) Befangenheitsgesuch, so ist ein Weiterverhandeln, als sei nichts geschehen, für alle Beteiligten mit Blick auf das Gewicht des Vorwurfs unzumutbar. Dies gilt sowohl für den Richter, der mit dem Vorwurf konfrontiert ist, die am Gespräch nicht Beteiligten hintergangen zu haben, als auch für die anderen Beteiligten. Es ist schlechterdings unmöglich, in einer solchen Situation einfach zur Tagesordnung überzugehen, solange der Konflikt nicht entschieden ist. Das normative Postulat, es gehöre zu der vom Richter zu erwartenden Professionalität, dass ein solches Gesuch die Unvoreingenommenheit gegenüber dem Antragsteller nicht beeinträchtigt,<sup>22</sup> vermag da wenig zu helfen.

Wer im Praxisalltag einmal erlebt hat, wie sich die Stimmung im Gerichtssaal verdüstern kann, nachdem ein Befangenheitsgesuch angebracht wurde und wie trotz Bemühung um sachliche Formulierung des Gesuchs der Eindruck tiefster persönlicher Betroffenheit, um nicht zu sagen Beleidigung, des betroffenen Richters entsteht, der weiß, dass die Forderung nach Objektivität und Neutralität oftmals schlicht eine psychologische und menschliche Überforderung ist. Dies gilt jedenfalls, solange der Konflikt schwelt. Alleine eine Unterbrechung der Hauptverhandlung trägt dieser psychologischen Belastung des abgelehnten Richters und des Antragstellers Rechnung und gibt Gelegenheit, die Gemüter zu beruhigen und zu einer sachlichen Verhandlungsatmosphäre zurückzufinden.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Bundesgerichtshof die Auffassung vertritt, die Rüge der Befangenheit könne durch eine verfahrensbeendende Absprache nach § 257c StPO verwirkt sein, da einer Absprache immanent sei, sie »dahin zu verstehen, dass er die zuvor geäußerte Besorgnis in die Unparteilichkeit des Gerichts nicht mehr hegt«.<sup>23</sup> Diese bedenkliche Rechtsprechung, der zufolge der Antragsteller sein Befangenheitsgesuch, auch wenn er es nicht zurücknimmt, durch nachfolgendes kooperatives Prozessverhalten verwirkt, kann den Antragsteller dazu verleiten, insbesondere während des schwebenden Ablehnungsverfahrens nicht nur jeden Eindruck kooperativen Prozessverhaltens zu vermeiden, sondern sein Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des Gerichts fortwährend aktiv zu demonstrieren.

<sup>20</sup> vgl. *Hahn*, Die gesamten Mat. zu der StPO, 1. Abt., 2. Aufl., S. 91, zu der entspr. Regelung in § 23 des Entw. der StPO

<sup>21</sup> vgl. *BGHSt* 48, 266; *NStZ* 1996, 398

<sup>22</sup> so z.B. *Wehowsky* *NStZ* 2019, 59, 61

<sup>23</sup> z.B. *BGH NJW* 2009, 690

Eine Fortsetzung der Hauptverhandlung nach einem Befangenheitsgesuch über die unaufschiebbaren Maßnahmen hinaus ist daher eine Zumutung für alle Beteiligten. Es besteht auch kein Bedarf für eine solche Regelung, um »den Umgang mit missbräuchlich gestellten Befangenheitsanträgen zu vereinfachen«. <sup>24</sup> Denn für die Behandlung rechtsmissbräuchlicher Befangenheitsgesuche sieht das Gesetz in § 26a StPO die Möglichkeit der Verwerfung als unzulässig unter Mitwirkung des abgelehnten Richters ohne Abgabe dienstlicher Stellungnahmen vor.