

Priv.-Doz. Dr. Ken Eckstein

Reform der Hauptverhandlung nach anglo-amerikanischem Vorbild? |¹

I. Einführung

Ich beginne mit einem Geständnis: Der Titel meines Vortrags ist ein Plagiat. Aber dieses Plagiat, nein Zitat, ist bewusst gewählt. Denn es wirft ein Schlaglicht auf die Reformdiskussion, die wir heute führen wollen. Schon 1971 hatte Joachim *Herrmann* seine Habilitationsschrift mit eben diesem Titel überschrieben: Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens. Immerhin, das Fragezeichen stammt von mir.

Seit 1971 sind zahlreiche Strafverfahrensänderungsgesetze ergangen. 2001 hat das Bundesjustizministerium, basierend auf Diskussionen in der Regierungskoalition, Eckpunkte einer Strafprozessreform festgelegt. Dazu gehörten:

- Verbesserung des Opferschutzes
- Förderung konsensualer Elemente und Stärkung der Verteidigungsrechte, unter anderem durch eine Eingangsstellungnahme der Verteidigung
- Konzentration und verstärkte Verwertbarkeit von Beweisen aus dem Ermittlungsverfahren. |²

Seit dem 7.7.2014 beriet eine Expertenkommission beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz über eine umfassende Reform der Strafprozessordnung. Zentrales Reformthema sollte die Effektivierung des Strafverfahrens unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze sein. |³

1 Gegenüber dem Vortrag auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck 2015 erweiterte Fassung. Teilweise zugrunde liegt mein Beitrag »Inquisitorischer und adversatorischer Prozess und das Fair-Trial-Prinzip«, in: Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, hrsg. v. Schroeder, Friedrich Christian / Kudratov, Manuchehr, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

2 Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens. Beschluss der Bundesregierung, StV 2001 S. 314 ff.; *Däubler-Gmelin StV* 2001 S. 359 ff.

3 Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 1.

Dahinter scheinen die verfassungsrechtlichen Grundpfeiler auf, an denen sich der Strafprozessgesetzgeber orientiert: Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege einerseits – die Überlastung der Justiz durch Zahl und Dauer der Verfahren treibt den Gesetzgeber um – und andererseits der Schutz von Grund- und Verfahrensrechten. Die Expertenkommission empfiehlt unter anderem, der Verteidigung die Möglichkeit einzuräumen, zu Beginn der Hauptverhandlung eine Eröffnungserklärung abzugeben (Empfehlung 12.2), und für Großverfahren einen fakultativen nicht-öffentlichen vorbereitenden Erörterungstermin einzuführen (Empfehlung 12.1).⁴

Ein Alternativentwurf des Arbeitskreises AE schlägt vor, die audiovisuelle Aufzeichnung von Vernehmungen in größerem Umfang zur Pflicht zu machen, die Beteiligungsrechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu stärken und im Gegenzug den Transfer von Beweismitteln aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung zu erleichtern.⁵ Die Gretchenfrage dabei ist, inwieweit der Rückgriff auf Surrogate aus dem Ermittlungsverfahren die unmittelbare Beweiserhebung durch Vernehmung in der Hauptverhandlung sperrt. Der Alternativentwurf ermöglicht Kumulation nicht nur nach Maßgabe des Beweisantragsrechts der Beteiligten, sondern macht Kumulation zum Gegenstand der Aufklärungspflicht des Gerichts, § 244 Abs. 2 StPO – etabliert also keine Sperrwirkung.⁶

Dass eine Reform des Strafverfahrens sich am anglo-amerikanischen Vorbild orientieren könnte, diese Vorstellung hat zuletzt das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009⁷ genährt. Eine Vorbildfunktion des adversatorischen Prozessmodells wird teilweise befürwortet,⁸ teilweise stößt sie auf Ablehnung.⁹ Deshalb will ich im Folgenden zunächst die miteinander konkurrierenden Prozessmodelle vorstellen (unten II.). Anschließend will ich mit Ihnen einen Blick auf Hauptverhandlung und Beweisaufnahme im anglo-amerikanischen Strafverfahren werfen (unten III.). Und in einem letzten Schritt will ich versuchen, einen alternativen Maßstab für die Reform der Hauptverhandlung zu begründen (unten IV.).

4 Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 113 ff.

5 Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), GA 2014 S. 1 ff.

6 § 250 StPO-AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 11, 18 ff.

7 BGBl. I S. 2353.

8 Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, Tübingen 2008, S. 416 ff.

9 Schünemann in: *Wefslaw / Wohlers* (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 555 ff.

II. Adversatorisches und inquisitorisches Prozessmodell

1. Parteien und Richter

Adversatorisch und inquisitorisch sind schillernde Begriffe. Der »reformierte Prozess« der deutschen Strafprozessordnung hat sich von seinen inquisitorischen Wurzeln weit entfernt – und doch den Aufklärungsgrundsatz beibehalten, die sogenannte Inquisitionsmaxime. Adversatorisch und inquisitorisch fungieren als typisierende Attribute. Sie bezeichnen Prozessmodelle, Idealtypen. Real dagegen existieren Mischformen. Und diese Mischformen nähern sich einander an. Diese sogenannte Konvergenz der Systeme wurde in jüngerer Zeit wiederholt diagnostiziert. |¹⁰

Im inquisitorischen Prozessmodell in seiner ursprünglichen Form standen sich nur der Angeklagte und sein Richter gegenüber. |¹¹ Der Richter führte die Untersuchung. Dieses Begriffsverständnis steckt bis heute in der für die Hauptverhandlung geltenden Inquisitionsmaxime, dem Aufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO. Doch die Struktur des Verfahrens hat sich grundlegend geändert. Die Anklagefunktion wurde von der Entscheidungsfunktion abgespalten und in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft überführt. Dadurch ist, wie im adversatorischen Verfahren, ein Dreiecksverhältnis zwischen Beteiligten und Gericht entstanden. Ein solches Dreiecksverhältnis sagt folglich nichts mehr aus über die Adversarität eines Strafverfahrens.

Dasselbe gilt für eine weitere Funktionsaufspaltung und das daraus resultierende Dreiecksverhältnis, nämlich für die Trennung der Ermittlungs- von der Anklagefunktion, wie sie das anglo-amerikanische Verfahren vorsieht: Die Ermittlungen liegen in den Händen der Polizei, für die Anklageerhebung ist die Staatsanwaltschaft zuständig. |¹² Und zugespitzt: Dass ein Ermittlungsrichter über Grundrechtseingriffe entscheidet – so dass Staatsanwaltschaft, Ermittlungsrichter und Beschuldigter in einem Dreiecksverhältnis zueinander stehen – diesen Grundrechtsschutz durch einen Ermittlungsrichter hält *Goldstein* sogar umgekehrt für ein inquisitorisches Phänomen. |¹³

10 *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 12 m.w.N. *Trüg* hat dem Phänomen eine Monographie gewidmet (*Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, Tübingen 2003).

11 Vgl. nur *Radbruch*, *Der Geist des Englischen Rechts*, 4. Auflage, Göttingen 1958, S. 17.

12 *Schestakowa* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 40 hält die richterliche Kontrolle von Grundrechtseingriffen für systemrelevant. Ein adversatorisches Verfahren ist aber auch ohne Grundrechtsschutz denkbar.

13 *Goldstein* *Stanford Law Review* 26 (1974) S. 1009 ff., 1023.

Der deutsche »reformierte Prozess« der Strafprozessordnung ist als Mischform entstanden. Das inquisitorische Verfahren in seiner klassischen Form war schriftlich und geheim. Grundlage waren Akten, aus ihnen wurde das Urteil geschöpft. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme galt nicht. |¹⁴ Die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gelangten über Frankreich nach Deutschland. Ihren Ursprung hatten sie im adversatorischen Verfahren. In England mussten die Parteien ihren Wettstreit um die Wahrheit unmittelbar, mündlich und unter den Augen der Öffentlichkeit austragen. Die deutsche Reformdiskussion griff diese Grundsätze auf, weil sich die Überzeugung durchzusetzen begann, dass die Rechte des Beschuldigten besser geschützt werden mussten. Zum Schutz gegen staatliche Willkür und auf dem Umweg über ein kontinentaleuropäisch geprägtes Nachbarland fanden Verfahrensgrundsätze ursprünglich adversatorischen Charakters Eingang in den reformierten inquisitorischen Prozess. |¹⁵

Die verbleibenden Unterschiede zwischen den Prozessmodellen liegen vor allem in zweierlei: im Beibringungsgrundsatz und in der Dispositionsmaxime. Kurz gesagt: Im inquisitorischen Verfahren steht der Prozessgegenstand nicht zur Disposition der Parteien (unten 3.), die Beweiserhebung bleibt Teil der Entscheidungsfunktion (unten 2.). Dadurch wächst dem erkennenden Richter eine aktive Rolle zu. |¹⁶ Darauf will ich etwas genauer eingehen.

2. Wahrheitserforschung

Im adversatorischen Verfahren gilt der Beibringungsgrundsatz. Anklage und Verteidigung müssen als Parteien Tatsachen vortragen und Beweise beibringen. Der Richter ist passiv und neutraler Schiedsrichter. |¹⁷ Das führt zu typischen Eigenschaften eines adversatorischen Strafprozesses. Als solche gelten:

- die Möglichkeit auch der Verteidigung, durch Ermittlungsmaßnahmen den Sachverhalt zu erforschen
- das Recht der Verteidigung auf Konfrontation mit den Beweismitteln der Anklage
- ein starkes Recht auf den Beistand eines Verteidigers. |¹⁸

¹⁴ *Mittermaier*, Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren, Erster Theil, Heidelberg 1845, S. 167 f.

¹⁵ Vgl. *Mittermaier* (Fn. 22) S. 210 ff.

¹⁶ *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1018 f.

¹⁷ *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1016.

¹⁸ *Trüg* (Fn. 6) S. 25.

Hinter diesen Charakteristika des adversatorischen Prozessmodells scheint eine fundamentale Funktionsvoraussetzung adversatorischen Prozessierens auf. Das Ausmaß, in dem der Beschuldigte als Partei Verantwortung trägt, ist bedeutend höher, als wir es hierzulande gewohnt sind. Wir wehren uns gegen die Widerspruchslösung des BGH. Im anglo-amerikanischen Verfahren ist die Raise-or-waive-Rule anerkannt.¹⁹

Während das inquisitorische Verfahren stärker auf die Professionalität der Richter angewiesen ist, steht und fällt das adversatorische Verfahren mit einer starken Verteidigung.²⁰ Historisch betrachtet hat erst das Recht auf einen Verteidiger die Entwicklung hin zum adversatorischen Prozess ermöglicht.²¹ Diese Voraussetzungen dürfen nicht übersehen werden. Russland hat nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion versucht, ein adversatorisches Verfahren einzuführen. Dadurch sollte die Staatsmacht gebändigt werden. In Ermangelung einer funktionierenden, starken Anwaltschaft ist dieser Bändigungsversuch missglückt.²²

Dem adversatorischen Verfahren wird zugeschrieben, durch Einbindung beider Parteien für größere Stofffülle zu sorgen.²³ Auf die Präsentation der Anklage folgt im adversatorischen Verfahren die eigenständige Präsentation des Falles aus Sicht der Verteidigung.²⁴ Dennoch ist es das inquisitorische Verfahren, das konsequent auf Wahrheitserforschung angelegt ist. Das Ziel des Strafverfahrens, Rechtsfrieden zu schaffen, setzt im inquisitorischen Prozess bestmögliche Erforschung der Wahrheit voraus. Dass der Sachverhalt von Amts wegen erforscht werden muss, erklärt *Radtke* in Deutschland zum

19 *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Freiburg 1995, S. 539 ff.

20 *Eser* in: *Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 561 ff., 564 f.; *Hörnle* ZStW 117 (2005) S. 801 ff., 833.

21 *Langbein*, The Origins of Adversary Criminal Trial, Reprint New York 2010, S. 20, 28, 61, 106, 253, 258, 277 – im älteren streitigen Verfahren ohne Verteidiger fungierte der Beschuldigte als Informationsquelle, aus der das Gericht schöpfte.

22 Dahinter steht die Beziehung zwischen Verfahrensmodell und Staatsverständnis, wie sie *Damaška* herausgearbeitet hat (*Damaška* ZStW 87 [1975] S. 713 ff.). Unterschiede im Detail führt *Hörnle* auf kulturelle Faktoren zurück, auf Geschichte und Geistesgeschichte eines Landes (*Hörnle* ZStW 117 [2005] S. 801 ff., 806.). Ein reactive state, der die Freiheit seiner Bürger nur im Notfall beschränkt, organisiert auch das Strafverfahren nach dem Grundsatz der Eigenverantwortung. Ergebnis ist ein adversatorischer Verfahrenscharakter. Die koordinierte Struktur der Machtausübung durch Funktionsträger mit autonomen Kompetenzen wirkt als Korrektiv. Proactive states dagegen wollen Gefahrenlagen vorausseilend entgegenwirken, auch wenn das Freiheiten beschränkt. Sie entscheiden sich für inquisitorische Spielarten des Strafverfahrens. Hierarchische Strukturen legen dieser Machtfülle Fesseln an (*Damaška* ZStW 87 [1975] S. 713 ff., 722 ff., 732 ff.; *Trüg* [Fn. 6] S. 14 ff. m.w.N.).

23 *Trüg* (Fn. 6) S. 27 m.w.N.

24 Näher dazu *Billis*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren, Berlin 2015, S. 82 ff., 86.

Verfassungsgebot (Rechtsstaats- und Schuldprinzip, Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG).²⁵ Im adversatorischen Verfahren sorgt dagegen vor allem die Einhaltung der Verfahrensregeln für Rechtsfrieden.²⁶

Weßlau hat klar herausgearbeitet, dass dieser Unterschied nicht unterschiedliche Wahrheitsbegriffe präjudiziert, sondern für unterschiedliche Wege der Wahrheitsfindung steht.²⁷ Sie verweist darauf, dass beide Prozessmodelle ein Urteil auf Überzeugung gründen, nicht auf Wahrheit.²⁸

3. Disposition über den Verfahrensgegenstand – Absprachen

Im adversatorischen Verfahren können die Parteien über den Prozessgegenstand disponieren. Wenn der Beschuldigte der Anklage zustimmt, ist der Streit zwischen den Parteien erledigt, der Grund für den Prozess damit entfallen.²⁹ Allerdings wird gerade das sogenannte »plea bargaining«, das Verhandeln über den Umfang des Verfahrens, in der anglo-amerikanischen Prozessrechtswissenschaft kritisiert und zwar mit dem interessanten Argument, diese Verfahrensweise habe inquisitorische Nebenwirkungen: Der Beschuldigte werde unter Druck gesetzt und dem Gericht wachse eine Überwachungsfunktion zu.³⁰ Das Gericht ist nämlich keineswegs voraussetzungslos an eine guilty-plea des Angeklagten gebunden.

Im inquisitorischen Verfahren gilt dagegen grundsätzlich das Legalitätsprinzip. Die Staatsanwaltschaft muss ein Ermittlungsverfahren einleiten, wenn sie Anfangsverdacht schöpft, bei hinreichendem Tatverdacht muss sie Anklage erheben. Urteilsabsprachen misst das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19.3.2013 am Schuldprinzip. Das Schuldprinzip gebiete Erforschung der materiellen Wahrheit und schuldangemessenes Strafen. Es dürfe nicht zur Disposition des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten gestellt werden.³¹

25 *Radke* GA 2012 S. 187 ff., 189.

26 Vgl. *Jörg / Field / Brants* in: *Fennell / Harding / Jörg / Swart* (Hrsg.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford 1995, S. 42 f., 51 (Wahrheitsforschung als – unmittelbare – Aufgabe inquisitorischen und – mittelbare – Folge adversatorischen Prozessierens). Zur Herstellung von Rechtsfrieden als Ziel des Strafverfahrens *Radke* GA 2012 S. 187 ff., 187 (a.a.O. S. 190: prozedurale Gerechtigkeit als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung); *Eckstein* in: *Hoyer / Müller / Pawlik / Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, S. 777 ff., 795.

27 *Weßlau* ZIS 2014 S. 558 ff., 559 ff.

28 *Weßlau* ZIS 2014 S. 558 ff., 562.

29 *Trüg* (Fn. 6) S. 16 f.

30 *Goldstein* *Stanford Law Review* 26 (1974) S. 1009 ff., 1020, 1022 f.

31 BVerfGE 133, 168, 197 ff., 225 ff.

Dennoch hält das BVerfG Verständigungen über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung nicht für schlechthin unzulässig. Es verlangt aber Sicherungsvorkehrungen gegen das Risiko einer Verletzung des Schuldprinzips.³² Die Verständigung im deutschen Strafprozess kann daher richtigerweise nicht als adversatorische Alternative zum inquisitorischen Grundmodell des deutschen Strafverfahrens verstanden werden. Der Gesetzgeber hat den Schuldspruch von jeglicher Verständigung ausgenommen § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO. Damit hat er dem Dispositionsgrundsatz eine Absage erteilt.

Außerdem bestimmt § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO, dass die Aufklärungspflicht unberührt bleibt. Das ist inquisitorisch konsequent, hat aber zu der Frage geführt, welchen Nutzen eine Verständigung haben könne, die die Beweisaufnahme nicht entlaste. Dass dieser Einwand zu kurz greift, liegt auf der Hand: Das Geständnis des Angeklagten muss zwar überprüft werden, aber es bleibt doch ein zusätzliches Beweismittel, das den Strafverfolgungsbehörden die Beweisführung erleichtert.³³

III. Schlaglichter: adversatorisches und inquisitorisches Hauptverfahren

1. Beweisaufnahme und Beweisanträge

Für das Beweisantragsrecht der Parteien in der Hauptverhandlung konstatiert *Trüg* überraschenderweise erleichterte Ablehnungsmöglichkeiten im anglo-amerikanischen Prozess.³⁴ Dahinter stehen das Konzentrationserfordernis und der Schutz der aus Laien bestehenden Jury vor unsachlicher Beeinflussung. So kann ein kompetenter und für die Beweisführung relevanter Zeuge ausgeschlossen werden, wenn die überwiegende Gefahr unfairer Beeinflussung der Jury besteht, beispielsweise weil der Zeuge die Verletzungen des Opfers in drastischer Weise schildern wird.³⁵

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass schon das Beweisantragsrecht selbst, wenn ihm die Bedeutung zugeschrieben wird, das Beweisverfahren für Sachverhaltshypothesen des Antragstellers zu öffnen, adversatorische Züge trägt.³⁶ Der deutsche »reformierte Prozess« der Strafprozessordnung

32 BVerfGE 133, 168, 225 ff., 228.

33 Näher dazu *Eckstein* NK 2014 S. 103 ff., 112.

34 *Trüg* (Fn. 10) S. 370 f.

35 Vgl. *Thaman* (Fn. 19) S. 520 ff.; *Trüg* (Fn. 10) S. 369.

36 Näher dazu *Weßlau* in: *Weßlau / Wohlers* (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstags, Berlin 2008, S. 289 ff., 302 ff., 308 ff. m.w.N. zum Streitstand.

ist als Mischform aus inquisitorischen und adversatorischen Elementen entstanden. *Billis* schlägt auf rechtsvergleichender Grundlage vor, den adversatorisch geprägten Einfluss der Beteiligten auf die Beweiserhebung, insbesondere das Institut des Kreuzverhörs zu stärken. |³⁷

2. Formalisierung und Konzentration im adversatorischen Prozess

Im adversatorischen Prozessmodell führt der Verstoß gegen Verfahrensregeln idealtypisch zum Beweisverbot. |³⁸ Wahrheitserforschung durch Inquisition ist dagegen tendenziell beweisverbotsfeindlich. Außerdem kennt das anglo-amerikanische Strafverfahren die Präklusion von Beweismitteln, die verspätet offengelegt werden. Hintergrund der Formalisierungs- und Beschleunigungstendenz ist, dass die Hauptverhandlung vor der Jury geordnet und ununterbrochen stattfinden soll.

Interessanterweise wird die Zulassung von Rechtsmitteln, scheinbar Ausdruck adversatorischen Prozessierens par excellence, als typisch für ein inquisitorisches Prozessmodell angesehen. |³⁹

Die 2014 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens hat unter anderem vorgeschlagen, die Bestimmung einer Frist für die Stellung von Beweisanträgen zuzulassen. |⁴⁰ Mit Blick auf die grundlegende Bedeutung der Wahrheitserforschung scheint mir insofern größte Zurückhaltung geboten.

3. Unmittelbarkeit im Sinne materieller Unmittelbarkeit

In der Frage, ob sachferne Beweismittel, Surrogate herangezogen werden dürfen oder materielle Unmittelbarkeit herrscht, ist das adversatorische Verfahren strenger. Im Grundsatz gilt ein Verbot des Beweises vom Hörensagen. Es erfasst alle schriftlichen, mündlichen oder nonverbalen Äußerungen, die nicht in der Hauptverhandlung abgegeben wurden. |⁴¹ Zwar existieren zahlreiche

³⁷ *Billis* (Fn. 24) S. 369 ff., 377 ff.

³⁸ *Trüg* (Fn. 6) S. 384 Fn. 262 m.w.N. *Sanders* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 207 führt Beweisverbote nicht auf das Prozessmodell zurück, sondern auf die Due-Process-Maxime.

³⁹ *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 13; *Trüg* (Fn. 6) S. 18 f., 23; *Weigend* *StraFo* 2013 S. 45 ff., 49.

⁴⁰ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 23.

⁴¹ *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Freiburg 1995, S. 508 ff.

Ausnahmen,⁴² unter anderem für den Fall, dass die ursprüngliche Vernehmung einer späteren überlegen ist.⁴³ Summa summarum bleibt es aber dabei, dass das anglo-amerikanische Verfahren ein grundsätzlich zweifelhaftes Vorbild dafür ist, im Ermittlungsverfahren gewonnene Beweissurrogate in die Hauptverhandlung zu transferieren.

Den wichtigen Gesichtspunkt, dass frühzeitige Vernehmungen ein verlässlicheres Bild vom Wissen des Zeugen geben können, greift der Alternativentwurf des Arbeitskreises AE auf: Im relativ tatnahen Ermittlungsverfahren gewonnene Beweise sollen – unter Umständen kumulativ neben der unmittelbaren Vernehmung – leichter in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.⁴⁴ Der Grundsatz der Unmittelbarkeit, den § 250 StPO statuiert, müsste dafür nicht aufgegeben werden. Denn § 250 StPO gebietet *de lege lata* nur einerseits die unmittelbare Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung, Satz 1. Satz 2 andererseits verbietet zwar die Ersetzung dieser Zeugenvernehmung durch einen Urkundenbeweis, nicht aber ihre Ergänzung. Kumulation ist also erlaubt und kann zur Wahrheitsfindung geboten sein.

Auch wenn der Grundsatz der Unmittelbarkeit dem adversatorischen Verfahren entstammt,⁴⁵ muss er doch im inquisitorischen Verfahren mit der Aufklärungspflicht des Gerichts in Einklang gebracht werden. Das spricht für erleichterten Rückgriff auf Beweissurrogate, die im Ermittlungsverfahren unter Wahrung der Verteidigungsrechte gewonnen wurden. Die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung macht dieser Rückgriff aber nicht verzichtbar. Konfrontation der Beweisperson mit dem veränderten Erkenntnisstand der Hauptverhandlung und Achtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes streiten für unmittelbare Vernehmung.⁴⁶ Die eine Ersetzung der unmittelbaren Vernehmung zulassenden Ausnahmen in den §§ 251 ff. StPO sind insofern gravierende Einschränkungen der Aufklärungspflicht, die nicht ohne Not erweitert werden sollten.

IV. Faires, die Menschenrechte achtendes Verfahren

Man wird sagen können, dass das adversatorische Prozessmodell grundsätzlich und immer wieder vor ähnlichen Herausforderungen steht wie der deutsche »reformierte Prozess«. Das macht den vergleichenden Blick über die Prozessmodellgrenzen hinweg produktiv. Beispielsweise kann die Verwendung von

42 *Trüg* (Fn. 10) S. 344 ff.

43 *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Freiburg 1995, S. 509 f.

44 AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 11, 18 ff.

45 Siehe oben bei Fn. 14.

46 *Salditt* StV 2001 S. 311 ff., 312.

Beweissurrogaten prozessökonomisch vorteilhaft sein. Zugleich aber droht sie, Beschuldigtenrechte, insbesondere das Konfrontationsrecht des Beschuldigten zu untergraben. Richtschnur dafür, wie solche Konflikte zu lösen sind, sollte allerdings weniger ein bestimmtes Prozessmodell sein als vielmehr der grundlegende Maßstab »fair trial« (unten 2.). Das anglo-amerikanische, adversatorische Prozessmodell als Vorbild versteht der Titel meines Vortrags mit Bedacht mit einem Fragezeichen (unten 1.).

1. Der Fair-Trial-Grundsatz als prozessmodellübergreifende Verfahrensgarantie

Fairness ist Kennzeichen eines Wettkampfs, der Fair-Trial-Grundsatz scheint also zum adversatorisch-streitigen Verfahren zu gehören. Bis Mitte des vergangenen Jahrhunderts konnte *Radbruch* lapidar feststellen, das Wort »fair« lasse sich gar nicht ins Deutsche übersetzen, sondern beginne gerade, ein im Deutschen gebräuchliches Fremdwort zu werden.⁴⁷ Das Vordringen des Fairness-Prinzips in die kontinentaleuropäischen Prozessordnungen wird deshalb mit der Übernahme angelsächsisch-adversatorischer Prozesselemente in Verbindung gebracht.⁴⁸

Für die Mitgliedstaaten des Europarats greift diese Erklärung aber zu kurz. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erhebt das Fair-Trial-Prinzip zur Maxime aller mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen. Und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des UN-Pakts über bürgerliche und politische Rechte postuliert sogar universell, dass in billiger, also fairer Weise zu verfahren ist. Das Bundesverfassungsgericht hat das Fair-Trial-Prinzip im Grundgesetz verankert.⁴⁹ Es wurzelt in Art. 20 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. *Sanders* zählt Fairness neben Demokratie und Effizienz zu den Grundwerten des Strafverfahrens.⁵⁰ Ein faires Verfahren müssen auch inquisitorisch geprägte Prozessordnungen gewährleisten, und zwar ohne dass sie dafür die inquisitorische gegen eine adversatorische Prägung eintauschen müssten.⁵¹ Ganz im Gegenteil stellt der Fair-Trial-Grundsatz inquisitorisch wie adversatorisch geprägte Prozesssysteme gleichermaßen auf die Probe.

47 *Radbruch* (Fn. 11) S. 15, vgl. auch S. 16 f.

48 Der Fair-Trial-Grundsatz hat die jüngere Entwicklung des Strafprozessrechts in Europa maßgeblich beeinflusst (*Vogler* in: *Vogler / Huber* [Hrsg.], *Criminal Procedure in Europe*, Berlin 2008, S. 11). Dass (umgekehrt) Fairness zu Adversarität führt, vermutet *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 16.

49 BVerfGE 26, 66, 71.

50 *Sanders* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 206 f.

51 *Summers*, *Fair Trials*, Portland 2007, S. 126 ff. diagnostiziert allerdings ein akkusatorisches Prozessverständnis in der Fair-Trial-Rechtsprechung des EGMR.

Mit Opferschutz, Unschuldsumvermutung, Fürsorgepflicht des Gerichts und Beweisverboten, um nur einige Beispiele zu nennen, ringen Verfahrensordnungen gleich welcher Prägung.⁵² Beteiligungsrechte des Beschuldigten und der Verteidigung werden im inquisitorischen Verfahren unter den Grundsatz der Kontradiktion gefasst⁵³ und am Fair-Trial-Grundsatz gemessen. Auch der Beschuldigte muss auf alle Teile der Beweisaufnahme Einfluss nehmen können; dass er eigene Beweisanträge stellen kann (§§ 244 f. StPO), garantiert der Fair-Trial-Grundsatz.⁵⁴

2. Fair-Trial-Grundsatz, Konfrontationsrecht

Auf die Frage nach dem Inhalt des Fairnessprinzips werden ganz unterschiedliche Antworten gegeben. Keine davon klärt die Frage abschließend. Beispielhaft dafür steht die Begriffsbestimmung im Kommentar *Löwe-Rosenberg*: das Fair-Trial-Prinzip als allgemeine Garantie einer Verfahrensgestaltung, die die Interessen der Parteien wahrt,⁵⁵ also als Auffangtatbestand, der immer dann eingreift, wenn ein Sachverhalt keine spezielle Regelung erfahren hat.⁵⁶ *Hörnle* interpretiert Fairness als »dienendes Prinzip zur Ausbalancierung widerstreitender Interessen«. ⁵⁷ Auch andere Inhaltsbestimmungen bleiben abstrakt oder sie arbeiten mit Beispielen und offenbaren so ihren nicht abschließenden Charakter. *Jung* zählt auf:⁵⁸ Subjektstellung und Nemo-tenetur-Grundsatz, wirksame Verteidigung, Folterverbot. *Gaede* definiert Fairness als Teilhabe, als Recht des Angeklagten, in einem ergebnisoffenen Verfahren an der Erarbeitung des Urteils mitzuwirken.⁵⁹ Und *Rzepka* fasst unter den Oberbegriff Fairness alle Abwehrrechte, die dem Einzelnen im Strafverfahren zur Verfügung stehen, um seine Freiheit gegen den strafverfolgenden Staat zu verteidigen.⁶⁰ Außerdem soll der Beschuldigte bei der Wahrnehmung seiner Rechte durch Belehrungen und Hinweise unterstützt werden müssen.⁶¹

52 Näher dazu *Eckstein* in: *Schroeder / Kudratov* (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

53 Im Vorverfahren spricht man von Partizipation (*Jahn* ZStW 115 [2003] S. 815 ff.).

54 *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt am Main 2000, S. 434.

55 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 177.

56 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 188, 192.

57 *Hörnle* Rechtstheorie 35 (2004) S. 175 ff., 194.

58 *Jung* GA 2013 S. 90 ff., 93 f., 97.

59 *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007, S. 426.

60 *Rzepka* (Fn. 54) S. 321.

61 *Rzepka* (Fn. 54) S. 348. Ausführlich *Gaede* (Fn. 29) S. 120 f., 257 f., 318, 592 m.w.N. – vom EGMR bisher offen gelassen.

Dem Fair-Trial-Grundsatz werden zunehmend auch Opferschutzaspekte⁶² zugeordnet. Art. 6 Abs. 2 EMRK garantiert die Unschuldsvermutung – verfahrensmodellübergreifend, obwohl sie besser auf den passiven Richter eines adversatorischen Prozesses zu passen scheint; *Goldstein* ordnet sie vermittelnd dem Akkusationsprinzip zu, also der Trennung von Anklage- und Entscheidungsfunktion.⁶³ Art. 6 Abs. 3 EMRK zählt zentrale Verteidigungsrechte auf. Sie gehören zum Kernbestand eines fairen Verfahrens.⁶⁴ Anklage und Verteidigung sollen sich auf Augenhöhe gegenüberstehen (Grundsatz der Waffengleichheit).⁶⁵ Folgerichtig garantiert Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK⁶⁶ für den Zeugenbeweis das Recht der Verteidigung, Belastungszeugen zu befragen, das sogenannte Konfrontationsrecht.⁶⁷ Gemeint ist grundsätzlich die unmittelbare Befragung in Gegenwart des Zeugen und öffentlicher Verhandlung.

Deutschland hat sich mit dieser Regelung lange schwer getan:

a. Geheimhaltung der Identität

Wenn die Identität eines Informanten aus wichtigem Grund nicht offenbart werden soll, beispielsweise weil Leib und Leben bedroht sind, ließ die deutsche Strafverfahrenspraxis zunächst folgende Vorgehensweise zu: Der Informant wurde nur im Ermittlungsverfahren und zwar von der Polizei befragt. In der Hauptverhandlung wurde dann allein der Polizeibeamte vernommen, der den Informanten befragt hatte. Diesen Polizeibeamten konnte natürlich auch die Verteidigung mit ihren Fragen konfrontieren. Seine Aussagegenehmigung schloss Angaben zur Identität des Informanten aus. Der BGH erhob dagegen keine Einwände, verlangte aber, dass der Aussage des Polizeibeamten nur geringer Beweiswert beigelegt werden dürfe.⁶⁸

Der EGMR dagegen schließt aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, dass die Verteidigung grundsätzlich auch den Informanten selbst – als den eigentlichen Zeugen – in Anwesenheit des Beschuldigten befragen können muss. Beschränkungen

62 Näher dazu *Eckstein* in: *Hoyer / Müller / Pawlik / Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 777 ff., 794 ff.

63 *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1017.

64 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 198.

65 Näher dazu *Eckstein* in: *Schroeder / Kudratov* (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

66 Übereinstimmend Art. 14 Abs. 3 lit. e IPBPR.

67 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 773.

Außerdem wird das Recht der Verteidigung garantiert, eigene Zeugen laden zu lassen. Man mag sich fragen, ob die Unterscheidung zwischen Be- und Entlastungszeugen auf ein inquisitorisches Verfahren passt.

68 Grundlegend BGHSt 17, 382, 385 f.

dieses Konfrontationsrechts bedürfen sachlicher Rechtfertigung. Andernfalls ist der Fair-Trial-Grundsatz verletzt.⁶⁹ Falls sachliche Gründe vorliegen, müssen entstehende Nachteile für die Verteidigung durch kompensierende Maßnahmen ausgeglichen werden. Sonst darf das Beweismittel jedenfalls nicht allein entscheidend für eine Verurteilung sein.⁷⁰ Anders verhält es sich nur, wenn der Beschuldigte selbst dafür verantwortlich ist, dass sein Konfrontationsrecht beschränkt wird, weil er den Zeugen bedroht.⁷¹

Dieser Sichtweise hat der BGH sich schließlich, wenn auch zögerlich, angeschlossen.⁷² Zunächst sollte eine schriftliche Befragung des Informanten ermöglicht werden müssen.⁷³ Später hat der BGH die Bestellung eines Verteidigers eingefordert, der das Fragerecht ausüben kann, wenn der Beschuldigte selbst von der Vernehmung ausgeschlossen ist.⁷⁴ Aktuell favorisiert der BGH insbesondere die Videovernehmung des Informanten in der Hauptverhandlung (§ 247a StPO). Dabei lässt der BGH die optische und akustische Abschirmung des Informanten durch Verfremdung in Bild und Ton zu. So soll die wahre Identität des Informanten geschützt bleiben.⁷⁵

b. Eigenmächtigkeit des Zeugen

In zwei jüngeren Entscheidungen des BGH und des EGMR ging es um Zeugen, die ein Auskunftsverweigerungsrecht im Sinne von § 55 StPO geltend machten. Dadurch war es der Verteidigung unmöglich, Fragen zu stellen. Die Identität der Zeugen dagegen war bekannt.

Im Fall, über den der BGH am 16.4.2014 zu entscheiden hatte,⁷⁶ machte der gesondert verfolgte Täter T im Verfahren gegen den Gehilfen G von seinem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch. Daraufhin wurde eine Staatsanwältin darüber vernommen, was T in seiner eigenen Hauptverhandlung ausgesagt hatte. Fragen der Verteidigung an T waren naturgemäß nicht möglich. Die Aussage des T wurde zu Lasten des G verwertet.

69 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 120.

70 EGMR Nr. 73047/01, Entscheidung vom 17.11.2005, Haas gegen Deutschland, NStZ 2007 S. 103 ff., 104 (wenn die Strafverfolgungsbehörden sich nicht hinreichend um Kompensation bemüht haben, darf das Beweismittel für die Verurteilung nicht einmal wesentlich sein).

71 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 123.

72 Zusammenfassend BGHSt 51, 150, 154 ff.

73 BGH StV 1993 S. 171 f.

74 BGHSt 46, 93, 97 ff.

75 BGH NJW 2003 S. 74 ff.; BGH NStZ 2005 S. 43 f.; BGH NStZ 2007 S. 477 f.

76 BGH wistra 2014 S. 405 ff.

Der BGH diagnostizierte zwar eine Einschränkung des Rechts auf Konfrontation, also des Rechts, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen, sei es in der Hauptverhandlung, bei der Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung oder zu einem späteren Zeitpunkt. Die Möglichkeit, die Staatsanwältin zu befragen, genügt nicht. Einen Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz sah der BGH darin aber nicht – erstens, weil die Beschränkung des Konfrontationsrechts der Justiz nicht zuzurechnen war, und zweitens, weil das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung den Beweiswert der Aussage hinterfragt und die Verurteilung nicht allein darauf gestützt hatte.⁷⁷

Der EGMR hatte schon 2012 Gelegenheit, über einen noch seltsameren Fall zu entscheiden.⁷⁸ Im Verfahren Sievert gegen Deutschland ging es um die Aussagen zweier Polizeibeamter P1 und P2, die beobachtet hatten, wie ihre Kollegen eine Person im Polizeigewahrsam misshandelten. In der Hauptverhandlung wiederholten P1 und P2 ihre Angaben aus dem Ermittlungsverfahren, beantworteten Fragen des Gerichts und weigerten sich, Fragen der Verteidigung zu beantworten. Zur Begründung stützten sie sich auf § 55 StPO. Das Gericht akzeptierte das, weil ursprünglich auch gegen P1 und P2 als Tatverdächtige ermittelt worden war.

Der EGMR bejahte eine Beschränkung des Konfrontationsrechts, weil P1 und P2 auch im Ermittlungsverfahren nicht hatten befragt werden können. Den Inhalt dieses Konfrontationsrechts umreißt der EGMR wie folgt: unmittelbare Präsentation des Beweismittels in öffentlicher Verhandlung unter Offenlegung der Identität eines Zeugen und Ermöglichung mündlicher Befragung. Das Verfahren insgesamt hielt der EGMR aber dennoch nicht für unfair: erstens, weil die Beschränkung des Konfrontationsrechts dem Staat nicht zuzurechnen war, zweitens, weil die unmittelbare Präsentation des Beweismittels unter Offenlegung seiner Identität es der Verteidigung ermöglichte, die Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen, und drittens, weil das Gericht bei der Beweiswürdigung mit der gebotenen Vorsicht vorging. Darin sah der EGMR einen Ausgleich für die Beschränkung des Konfrontationsrechts.⁷⁹

Interessanterweise hatte der EGMR 2011 in der Entscheidung Al-Khawaja gegen Großbritannien ganz ähnlich entschieden.⁸⁰ Das zeigt, dass die Probleme prozessmodellübergreifend sind.

77 BGH wistra 2014 S. 405 ff., 407.

78 EGMR Nr. 29881/07, Entscheidung vom 19.7.2012, Sievert gegen Deutschland.

79 EGMR Nr. 29881/07, Entscheidung vom 19.7.2012, Sievert gegen Deutschland, Abs. 58 ff.

80 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 152 ff.

3. Zur Frage der Unmittelbarkeit

Der Alternativentwurf Beweisaufnahme sieht vor, den Grundsatz der Unmittelbarkeit in § 244 StPO aufgehen zu lassen.⁸¹ Die Aufklärungspflicht des Gerichts und das Beweisantragsrecht sollen entscheiden, ob ein Beweissurrogat, das unmittelbare Beweismittel oder beide herangezogen werden. Das eröffnet die Möglichkeit, in größerem Umfang als bisher auf Beweismittel zurückzugreifen, die schon im Ermittlungsverfahren produziert wurden. In einem neuen § 253 StPO regeln die Verfasser des Alternativentwurfs das Konfrontationsrecht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR.⁸² Maßstab ist also nicht ein anglo-amerikanisches Vorbild, sondern der Fair-Trial-Grundsatz.

V. Fazit

Mein Fazit ist nach alledem denkbar kurz: Reform des Strafverfahrens nach dem Vorbild prozessmodellübergreifender Fairness.

81 Kritisch dazu oben bei Fn. 46.

82 § 253 StPO-AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 12, 50, 61 ff.