

YANN ROMUND

# Strafprozess und Dekonstruktion

*Studien und Beiträge  
zum Strafrecht*

36

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Strafrecht

Band 36





Yann Romund

# Strafprozess und Dekonstruktion

Eine Studie zur Anwesenheit des Angeklagten  
in der Hauptverhandlung

Mohr Siebeck

*Yann Romund*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg; 2016 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht an der Universität Hamburg; 2022 Promotion; Rechtsreferendariat am Kammergericht.

ISBN 978-3-16-161814-7 / eISBN 978-3-16-161815-4

DOI 10.1628/978-3-16-161815-4

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Es könnte für ein dekonstruktives Projekt kaum passender sein, dass seine initiale Idee einer eher beiläufigen Bemerkung innerhalb eines Gesprächs mit meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Jochen Bung*, M.A. im Philosophenturm der Universität Hamburg entsprang. Ihm, meinem Lehrer und Mentor, gebührt mein besonderer Dank. Sein Credo am Lehrstuhl „Wir vereinigen uns in Freiheit!“ waren keine leeren Worte: Gelebt wurde nicht nur die negative *Freiheit von* in einem akademischen Umfeld, das durch große Autonomie geprägt war und in dem das Schreiben Selbstzweck sein konnte, sondern auch die positive *Freiheit zu* durch stete Anregung, Förderung und Ermutigung in Zeiten des Zweifels.

Herrn Prof. Dr. *Wilhelm Degener* danke ich für die vielen lehrreichen Gespräche im Laufe der Jahre, die besonders eingehende und interessierte Lektüre meiner Arbeit sowie die rasche Erstellung des umfassenden Zweitgutachtens.

Die Studie lag der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Februar 2022 als Dissertation vor. Sie berücksichtigt die bis zu diesem Zeitpunkt veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung.

Hamburg, im Mai 2022

*Yann Romund*



## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	IX
Einleitung . . . . .	1
Erster Teil: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Anwesenheit . . . . .	5
A. Drei Säulen unserer Hauptverhandlung . . . . .	5
B. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit . . . . .	29
C. Die Anwesenheit des Angeklagten . . . . .	40
D. Fazit . . . . .	146
Zweiter Teil: Dekonstruktion . . . . .	151
A. Die Stimme des Angeklagten – unser Verlangen nach Präsenz . . . . .	151
B. Eine Strategie der Dekonstruktion . . . . .	164
C. Der Logo-Phonozentrismus in der westlichen Tradition . . . . .	191
D. Die Dekonstruktion des Logo-Phonozentrismus . . . . .	212
E. Fazit . . . . .	264
Dritter Teil: Abwesenheit, Mittelbarkeit, Schriftlichkeit . . . . .	275
A. Von der Philosophie lernen – ein dekonstruktiver Blick auf das Recht . . . . .	275
B. Grundriss einer Hauptverhandlung des 21. Jahrhunderts . . . . .	277
C. Chancen des neuen Prozessmodells . . . . .	305
D. Fazit . . . . .	312
Schluss . . . . .	317
Literaturverzeichnis . . . . .	319
Register . . . . .	335



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Einleitung . . . . .	1
Erster Teil: Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Anwesenheit . . . . .	5
<i>A. Drei Säulen unserer Hauptverhandlung . . . . .</i>	<i>5</i>
I. Aufgaben und Ziele des Strafverfahrens . . . . .	8
II. Das Wesen der Prozessmaximen . . . . .	16
III. Eine kurze Genealogie der deutschen Hauptverhandlung . . . . .	19
1. Das Institut der Aktenversendung im Inquisitionsprozess . . . . .	19
2. Der Paradigmenwechsel des reformierten Strafprozesses . . . . .	22
3. Aber vergessen wir nicht: Freislers Mündlichkeit am Volksgerichtshof . . . . .	24
IV. Die Notwendigkeit einer Revision der Hauptverhandlung . . . . .	27
<i>B. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit . . . . .</i>	<i>29</i>
I. Der Grundsatz der Mündlichkeit . . . . .	29
II. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit . . . . .	34
<i>C. Die Anwesenheit des Angeklagten . . . . .</i>	<i>40</i>
I. Die Asymmetrie von Anwesenheitsrecht und Anwesenheitspflicht . . . . .	41
II. Das Anwesenheitsrecht . . . . .	43
III. Die Anwesenheitspflicht . . . . .	45
IV. Belastungen des Angeklagten durch die Anwesenheitspflicht . . . . .	47
1. Freiheits- und Autonomieverlust . . . . .	49
2. Gefährdung der körperlichen und seelischen Integrität . . . . .	50
3. Soziale Belastungen und Stigmatisierungen . . . . .	51
4. Berufliche und wirtschaftliche Nachteile . . . . .	55
5. Der Anwesenheitszwang als „Bestrafung“ . . . . .	56

V. Ausnahmen vom Grundsatz des Anwesenheitsverfahrens . . . . .	58
1. Verfahren gegen Abwesende im Sinne des § 276 StPO . . . . .	58
2. Verfahren in totaler Abwesenheit des Angeklagten . . . . .	59
a) Ausbleiben bei Bagatelldelikten, § 232 StPO . . . . .	60
b) Entbindung auf Antrag bei geringfügigen Straftaten, § 233 StPO . . . . .	61
c) Berufung, § 329 Abs. 2 StPO . . . . .	63
d) Revision, § 350 Abs. 2 StPO . . . . .	67
e) Privatklage, § 387 Abs. 1 StPO . . . . .	68
f) Einspruch gegen Strafbefehl, § 411 Abs. 2 S. 1 StPO . . . . .	69
g) Jugendstrafverfahren, § 50 Abs. 1 JGG . . . . .	71
3. Verfahren in partieller Abwesenheit des Angeklagten . . . . .	73
a) Eigenmächtige Abwesenheit nach Vernehmung, § 231 Abs. 2 StPO . . . . .	73
b) Herbeiführung der eigenen Verhandlungsunfähigkeit, § 231a StPO . . . . .	75
c) Ordnungswidriges Benehmen, § 231b StPO . . . . .	78
d) Beurlaubung einzelner Angeklagter, § 231c StPO . . . . .	80
e) Entfernung des Angeklagten wegen vorrangiger Interessen, § 247 StPO . . . . .	81
f) Zeitweiliger Ausschluss des Jugendlichen, § 51 Abs. 1 JGG . . . . .	86
4. Sonderfall Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff. StPO . . . . .	87
VI. Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht . . . . .	92
1. Gerichtliche Fürsorge . . . . .	93
a) Präsenz als Garant umfassender Verteidigung und rechtlichen Gehörs . . . . .	93
b) Kritik der fürsorglichen Anwesenheitspflicht . . . . .	97
aa) Prozessuale Fürsorgepflichten . . . . .	98
bb) Der schmale Grat zwischen Fürsorge und Bevormundung . . . . .	99
cc) Plädoyer für eine „vorspringend-befreiende“ Fürsorge . . . . .	103
2. Wahrheitserforschung . . . . .	106
a) Präsenz als Garant der Wahrheitsfindung . . . . .	107
b) Kritik der Wahrheitserforschung durch Anwesenheitszwang . . . . .	111
aa) Vernehmungszweck und Wahrheitsermittlung . . . . .	113
bb) Der passive Angeklagte . . . . .	120
cc) Von „unmittelbaren Eindrücken“, Vorurteilen und Justitias Augenbinde . . . . .	125
dd) Keine Wahrheit ohne Mitwirkung . . . . .	135
3. Weitere Legitimationsversuche . . . . .	137
a) Staatsbürgerliche Mitwirkungspflicht des Angeklagten . . . . .	137

b) Verwirklichung spezial- und generalpräventiver Funktionen . . .	140
c) Verhinderung von Fehlurteilen . . . . .	143
<i>D. Fazit</i> . . . . .	146
Zweiter Teil: Dekonstruktion . . . . .	151
<i>A. Die Stimme des Angeklagten – unser Verlangen nach Präsenz</i> . . . . .	151
I. Ein den Strafprozess beherrschender Grundsatz . . . . .	154
II. „Aus der Quelle schöpfen“ – die Idee eines unvermittelten Ursprungs	155
III. Von „lebendiger Rede“ und „toten Buchstaben“ . . . . .	157
IV. Sprechen und gehört werden . . . . .	160
V. Die uns so vertraute Stimme . . . . .	162
<i>B. Eine Strategie der Dekonstruktion</i> . . . . .	164
I. Spuren von Vordenkern . . . . .	167
1. Die Umwertung aller Werte (Nietzsche) . . . . .	168
2. Wir sind nicht Herr im eigenen Haus (Freud) . . . . .	171
3. Die Destruktion der Geschichte der Ontologie (Heidegger) . . . . .	178
II. Die doppelte Geste der Dekonstruktion . . . . .	180
1. Genealogie, Umkehrung und Verschiebung . . . . .	181
2. Die Frage der Paläonymie . . . . .	185
III. Die Grammatologie als Paradebeispiel einer dekonstruktiven Lektüre	187
1. Die erklärte Absicht . . . . .	188
2. Eine andere Geste . . . . .	189
<i>C. Der Logo-Phonozentrismus in der westlichen Tradition</i> . . . . .	191
I. Genealogie einer gewaltsamen Hierarchie . . . . .	192
1. Schrift als hilfloses Waisenkind (Platon) . . . . .	193
2. Schrift als Zeichen des Zeichens (Aristoteles) . . . . .	196
3. Schrift als gefährliches Supplement der Rede (Rousseau) . . . . .	197
4. Die Stimme als das Nächste zum Denken (Hegel) . . . . .	199
5. Die Tyrannei des Buchstabens (Saussure) . . . . .	201
II. Die Metaphysik der Präsenz – Derridas Erkenntnisse . . . . .	204
1. Stimme, Präsenz, Wahrheit . . . . .	206
2. Das System des Sich-im-Sprechen-Vernehmens . . . . .	209
<i>D. Die Dekonstruktion des Logo-Phonozentrismus</i> . . . . .	212
I. Sprache als Form – Saussures Semiotik . . . . .	213
1. Der Dualismus von Signifikat und Signifikant . . . . .	213
2. Die Arbitrarität des Zeichens . . . . .	215

3. Sprache als System von Differenzenbeziehungen . . . . .	216
II. Umkehrung und Verschiebung – Derridas Philosophie der Spur . . .	222
1. Die Spur und das Verhältnis zum Anderen . . . . .	224
a) Das Signifikat in der Position des Signifikanten . . . . .	226
b) Der Signifikant als Spur . . . . .	229
c) Die Spur des Anderen als Dekonstruktion der Präsenz . . . . .	233
d) Das Ur-Spur-Paradoxon . . . . .	238
2. Das Spiel der <i>différance</i> und die Bewegung der Temporalisierung . . . . .	240
a) Der endlose Aufschub . . . . .	242
b) Dissemination statt Polysemie . . . . .	246
c) Das <i>a</i> der <i>différance</i> und die Schimäre einer rein phonetischen Schrift . . . . .	248
d) Die <i>différance</i> als Neutralisierung jeder Ausdruckssubstanz . . . . .	249
3. Sprache als (Ur-)Schrift . . . . .	252
a) Kerneigenschaften der Schrift (... und der Rede) . . . . .	253
b) Sprache ist wesentlich „Schrift“ . . . . .	255
c) „Ein Text-Äußeres gibt es nicht“ – alles ist Sprache? . . . . .	260
d) Die Desillusionierung des Sich-im-Sprechen-Vernehmens . . . . .	262
<i>E. Fazit</i> . . . . .	264
Dritter Teil: Abwesenheit, Mittelbarkeit, Schriftlichkeit . . . . .	275
<i>A. Von der Philosophie lernen – ein dekonstruktiver Blick auf das Recht</i> . . . . .	275
<i>B. Grundriss einer Hauptverhandlung des 21. Jahrhunderts</i> . . . . .	277
I. Recht auf Anwesenheit und Abwesenheit . . . . .	280
II. Kautelen: Anforderungen an Belehrung und Verzicht . . . . .	284
III. Verteidigung im Abwesenheitsverfahren . . . . .	287
IV. Die Zeichen der Zeit – Verschriftlichung und Digitalisierung . . . . .	294
1. Schriftliche und audiovisuelle Einlassungen . . . . .	296
2. Transfer von Videovernehmungen in die Hauptverhandlung . . . . .	301
3. Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung . . . . .	303
<i>C. Chancen des neuen Prozessmodells</i> . . . . .	305
I. Echte Anerkennung der Subjektstellung des Beschuldigten . . . . .	305
II. Humanisierung des Verfahrens durch Entlastungen des Angeklagten . . . . .	306
III. Förderung von Antidiskriminierung: Richten ohne Ansehen der Person . . . . .	308
IV. Reduktion von Fehlurteilen aufgrund falscher Geständnisse . . . . .	309
V. Stärkung des Rechtsschutzes durch Stärkung der „Schriftlichkeit“ . . . . .	310

VI. Vereinfachung des Rechts, Prozessökonomie und Entlastung der Justiz . . . . .	311
<i>D. Fazit</i> . . . . .	312
<b>Schluss</b> . . . . .	317
Literaturverzeichnis . . . . .	319
Register . . . . .	335



# Einleitung

„Dass sich das Recht dekonstruieren lässt, ist kein Unglück.“<sup>1</sup>

Die Corona-Pandemie und die mit ihr einhergehenden Präventionsmaßnahmen haben unser gesellschaftliches Leben radikal verändert: Lockdowns, Kontaktbeschränkungen und Homeoffice prägen über weite Strecken den Alltag. Zwischenmenschliche Nähe muss zur Eindämmung des Virus soweit es geht vermieden werden. Findet Begegnung statt, so bleibt man dennoch lieber auf Distanz, trägt eine der Kommunikation hinderliche Maske, die unsere Mimik verschleiern.

Videokonferenzen sind im Homeoffice an der Tagesordnung.<sup>2</sup> Auf dem 13-Zoll-Bildschirm des Laptops tauchen dann kleine Bilder von Personen auf, je nach technischer Ausstattung mehr oder weniger gut aufgelöst und ruckelfrei. Manchmal bricht die Verbindung ab, manchmal wird die Kamera gar nicht erst eingeschaltet. Was dann bleibt, ist ein kleines Viereck, ein schwarzer Spiegel, in dem wir nur eine traurige Reflexion unserer selbst erblicken, die blecherne Stimme des Anderen, die aus dem Lautsprecher tönt und vielleicht noch der Chat, den man am Ende doch wieder übersieht. O schöne neue Welt, die solche virtuellen Wesen trägt!<sup>3</sup>

Nach dem Meeting stellt sich häufig ein Gefühl der inneren Leere ein, etwas, das über die Ärgernisse der technischen Unzulänglichkeiten hinausgeht. Wir fühlen uns erschöpft, unbefriedigt, irgendetwas hat uns gefehlt. Es ist der

---

<sup>1</sup> *Derrida*, Gesetzeskraft, S. 30.

<sup>2</sup> An der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg finden inzwischen selbst wichtige Initiationsriten wie mündliche Prüfungen im Schwerpunktbereich und sogar Disputationen per Videokonferenz statt.

<sup>3</sup> Es ist davon auszugehen, dass die durch Corona angestoßenen Veränderungen unserer Lebenswirklichkeit über die Pandemie hinaus fortbestehen werden. Man denke insofern nur an die neue Akzeptanz des Homeoffice und die Verlagerung und Ausweitung des Kulturellen in digitale Formate wie etwa Streamingdienste. Darüber hinaus hat der CEO von Meta Platforms, Inc. (ehem. Facebook, Inc.) *Mark Zuckerberg* im Sommer 2021 verlautbart, seine künftige Geschäftstätigkeit auf die Schaffung eines virtuellen Raums, eines „Metaversums“ konzentrieren zu wollen. Werden wir uns eines Tages im virtuellen Gerichtssaal begegnen? Was heute noch wie eine *cronenbergsche* Science-Fiction-Dystopie anmutet, könnte übermorgen schon „Realität“ sein.

Wunsch nach einer Begegnung, das Verlangen nach der unmittelbaren Präsenz des Anderen, die Sehnsucht nach etwas „Echtem“. Wir können von der Pandemie viel über unsere Bedürfnisse lernen. Das Virus gibt uns den Anlass, neu über An- und Abwesenheit, Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit sowie Mündlichkeit und „Schriftlichkeit“ nachzudenken.

Die strafprozessuale Hauptverhandlung in Deutschland ist seit dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung im Jahr 1879 beherrscht von den miteinander verwobenen Grundsätzen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit. Der Angeklagte hat demnach nicht nur das Recht, sondern grundsätzlich auch die Pflicht, während der gesamten unmittelbaren und mündlichen Hauptverhandlung anwesend zu sein. Die Vorstellung von der Notwendigkeit seiner Präsenz hat sich über Generationen hinweg in unsere Rechtstradition eingeschrieben und verfestigt. Sie gehört gleichsam zur DNA des Strafverfahrens.

Wie wir sehen werden, bedeutet diese Anwesenheitspflicht für den Angeklagten eine erhebliche Belastung. Sie bedarf wegen ihres Eingriffscharakters in fundamentale Freiheitsgrundrechte im Rechtsstaat einer guten Begründung. Allein von der über die Jahrhunderte andauernden Existenz und Akzeptanz der Anwesenheitspflicht auf deren Legitimität zu schließen, wäre offensichtlich ein naturalistischer Fehlschluss. Die insofern von der herrschenden Meinung vorgebrachten Rechtfertigungsversuche – Wahrheitsermittlung und Garantie rechtlichen Gehörs sowie effektiver Verteidigung – erscheinen auf den ersten Blick plausibel. Betrachtet man sie jedoch näher, beginnt die Fassade ihrer Selbstverständlichkeit erheblich zu bröckeln.

Vor diesem Hintergrund stellt sich uns die grundlegende Frage, warum wir überhaupt so viel Wert auf Anwesenheit, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit legen. Die zentrale These dieses Textes lautet, dass sich unsere Hochschätzung besagter Prinzipien – und die damit notwendig verbundene Geringschätzung ihrer Antagonisten Abwesenheit, Mittelbarkeit und Schriftlichkeit – weder ausschließlich aus der historisch notwendigen Überwindung des geheimen Inquisitionsprozesses noch aufgrund moderner strafprozessrechtsimmanenter Erwägungen erklären lässt, sondern andere, tiefere Gründe hat, die außerhalb des Rechts liegen.

An dieser Stelle kommt *Jacques Derridas* Strategie der Dekonstruktion ins Spiel. Dem französischen Philosophen gelingt es, durch umfangreiche Lektüren aufzuzeigen, dass unsere gesamte westliche (Philosophie-)Tradition durch eine erhebliche Privilegierung des gesprochenen Wortes gegenüber der Schrift geprägt ist. Mit großer Selbstverständlichkeit bevorzugen wir die uns so natürlich erscheinende Rede gegenüber dem künstlichen Buchstaben – ein Umstand, den *Derrida* als „Logo-“ bzw. „Phonozentrismus“<sup>4</sup> bezeichnet. Diese nur auf den

---

<sup>4</sup> *Derrida*, *Grammatologie*, S. 25.

ersten Blick harmlose Feststellung ist verbunden mit unserem generellen und vermeintlich natürlichen Verständnis von Anwesenheit und Abwesenheit, Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit. Mit dem Schlagwort „Metaphysik der Präsenz“<sup>5</sup> beschreibt *Derrida* unser gesamtes Denken, in dem wir die Substanz, das Subjekt, das Gegenwärtige als Zentrum unserer Welt bestimmen wollen.

Im Zuge der Entwicklung seiner Philosophie der *différance*, der Spur und der „Schrift“ legt *Derrida* nun die Gründe für diese Privilegierungen offen, kehrt das hierarchische Verhältnis der Oppositionen um und verschiebt das gesamte Feld, in dem sie sich aufspannen. Seine fundamentale Erkenntnis lautet: „Ein Text-Äußeres gibt es nicht“<sup>6</sup>, alles ist Schrift – Schrift in einem Sinn, den wir noch zu ergründen haben werden.

Das von *Derrida* diagnostizierte Ressentiment gegenüber der Schrift spiegelt sich mit frappierender Ähnlichkeit in der Gestaltung unseres auf Präsenz beruhenden Prozessmodells wider. Eine Parallele, bei der es sich nicht um eine Zufälligkeit handelt. Natürlich gibt uns die Philosophie keine Antworten auf konkrete Fragen des Strafprozessrechts wie: „Ist die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung legitim?“ Eine derartig überhöhte Erwartung würde von einem falschen Verständnis von Aufgabe und Leistungsfähigkeit der Philosophie ausgehen.<sup>7</sup> Gleichwohl können wir vor dem sich uns durch die Dekonstruktion eröffnenden Horizont eine neue Perspektive auf unsere strafprozessuale Hauptverhandlung gewinnen und anders über die traditionellen Grundsätze von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit nachdenken.

Nach unseren Betrachtungen des geltenden Strafprozessrechts (Erster Teil) und der Dekonstruktion (Zweiter Teil) wollen wir gemeinsam den Blick in die Zukunft richten und überlegen, wie eine sowohl den Rechten des Beschuldigten als auch den Bedürfnissen der Strafrechtspflege gerecht werdende Hauptverhandlung des 21. Jahrhunderts aussehen könnte (Dritter Teil). An dieser Stelle wird unser Anspruch auch sein, dem kürzlich erhobenen Vorwurf einer „Tendenz zur postmodernen Beliebigkeit in den Grundfragen des Strafrechts“<sup>8</sup> entgegenzutreten, indem wir zeigen, dass eine richtig verstandene Dekonstruktion gerade das Gegenteil von Willkür bedeutet.

---

<sup>5</sup> *Derrida*, Schrift und Differenz, S. 425.

<sup>6</sup> *Derrida*, Grammatologie, S. 274 (Hervorhebungen im Original entfernt).

<sup>7</sup> Vgl. *Bung*, ZIS 2016, 340, 344: „Die Rechtsphilosophie erzeugt keine neuen Informationen über oder für das Strafrecht, sondern hilft durch Verflüssigung und Analyse verfestigter oder unklarer Begriffe bei einer Neuorientierung und Neukonfiguration der Grundprobleme. Rechtsphilosophie kann nicht die Probleme des Strafrechts lösen, aber sie kann dazu beitragen, dass das Strafrecht seine Probleme besser versteht.“

<sup>8</sup> *Schünemann*, ZIS 2020, 479, 479.



## Erster Teil

# Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, Anwesenheit

Im Ersten Teil unserer Studie wollen wir uns einen einführenden Überblick über die allgemeine Natur der Prozessmaximen sowie die historische Entwicklung von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit in Deutschland verschaffen (A.). Danach sollen diese für unseren Strafprozess elementaren Verfahrensgrundsätze näher betrachtet werden. Beginnen werden wir mit dem Mündlichkeitsprinzip sowie dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (B.). Schließlich wollen wir unser zentrales Thema – die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung – ausführlich untersuchen (C.).

## A. Drei Säulen unserer Hauptverhandlung

„[D]as Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr soll der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt werden; dies hat in einer Weise zu geschehen, die nach allgemeiner Prozessenerfahrung die größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet [...]“<sup>1</sup>

Wenn wir an das Strafverfahren denken, ist unsere erste Assoziation wahrscheinlich die Szene der öffentlichen Hauptverhandlung<sup>2</sup>: Im Gerichtssaal begegnen sich Richter, Staatsanwalt und Angeklagter, vielleicht auch ein Verteidiger, Zeugen und Zuschauer. Trotz aller praktisch relevanten Durchbrechungen<sup>3</sup>, handelt es sich bei dieser mündlichen und unmittelbaren Hauptverhandlung in Anwesenheit der Prozessbeteiligten nach wie vor um den normativen Regel-

---

<sup>1</sup> BVerfGE 74, 358, 372.

<sup>2</sup> Einen knappen Überblick über den Ablauf der Hauptverhandlung gibt *Kühne*, in: HdS, Bd. 7, § 9 Rn. 65 ff.

<sup>3</sup> Zu nennen wären hier die gewachsene Relevanz des Ermittlungsverfahrens, Einstellungen aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO), schriftliche Strafbefehle (§§ 407 ff. StPO) und die überwiegend außerhalb der Verhandlung vorbereiteten Verständigungen (§ 257c StPO), siehe LR-*Becker*, StPO, vor § 226 Rn. 3.

fall des Strafverfahrens.<sup>4</sup> Sie ist noch immer das „Kernstück“<sup>5</sup> oder der „Höhepunkt“<sup>6</sup> des Strafprozesses.<sup>7</sup>

Innerhalb der Hauptverhandlung entscheidet das Gericht gemäß § 261 StPO nach seiner freien, „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ geschöpften Überzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme. Das unter anderem aus dieser Vorschrift abgeleitete Mündlichkeitsprinzip besagt, dass nur der *mündlich* vorgetragene und erörterte Prozessstoff Gegenstand des Urteils sein darf.<sup>8</sup> Dem schriftlichen Akteninhalt kommt insofern keine Bedeutung mehr zu.<sup>9</sup> Die Entscheidung des Gerichts gründet ausschließlich auf dem, was von den Prozessbeteiligten *zu hören* war.<sup>10</sup>

Zudem gilt in der Hauptverhandlung der mit dem Mündlichkeitsprinzip zusammenhängende und unter anderem ebenfalls aus § 261 StPO ableitbare Grundsatz der Unmittelbarkeit.<sup>11</sup> Er fordert, das Gericht müsse sich einen „möglichst *direkten* und *unvermittelten eigenen Eindruck*“ von dem für die Urteilsfindung relevanten Sachverhalt verschaffen.<sup>12</sup> Zur Erfüllung dieses Zwecks wird zwischen zwei Ausprägungen differenziert: Die formelle Unmittelbarkeit verlangt, dass das urteilende Gericht die Beweisaufnahme selbst wahrnimmt.<sup>13</sup> Eine Übertragung der Durchführung der Beweisaufnahme auf andere Personen ist grundsätzlich unzulässig.<sup>14</sup> Die materielle Unmittelbarkeit hingegen fordert, dass das erkennende Gericht die maßgeblichen Beweistatsachen „aus der Quelle selbst“ schöpfen muss und sich grundsätzlich keiner sogenannten Beweis-

<sup>4</sup> SK-Degener, StPO, § 408a Rn. 3; LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 56.

<sup>5</sup> BVerfGE 74, 358, 372; BGHSt 3, 13, 16; LR-Becker, StPO, vor § 226 Rn. 3; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 836; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 714; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, vor § 226 Rn. 1.

<sup>6</sup> KMR-Eschelbach, StPO, vor §§ 226 ff. Rn. 4 (Stand: 32. EL, Mai 2002).

<sup>7</sup> Krit. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 1.

<sup>8</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 53; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 1; Eb. Schmidt, LK I, Rn. 425, 429 m. w. N. zum älteren Schrifttum; vgl. auch BGH NStZ 1990, 228, 229.

<sup>9</sup> Eb. Schmidt, LK I, Rn. 425.

<sup>10</sup> Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 53; Heger, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 51.

<sup>11</sup> Vgl. Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 63; Eb. Schmidt, LK I, Rn. 425.

<sup>12</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 65 (im Original hervorgehoben); ebenso Heger, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 63.

<sup>13</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 65; KK-Fischer, StPO, Einl. Rn. 20; Heger, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 64; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, § 250 Rn. 2a; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 21 Rn. 109; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 914; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 3.

<sup>14</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 65; KK-Fischer, StPO, Einl. Rn. 20; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 3.

surrogate bedienen soll.<sup>15</sup> Dem Grundsatz der persönlichen Vernehmung nach § 250 StPO – wonach das Gericht verpflichtet ist, den Angeklagten, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung persönlich zu vernehmen und die Vernehmung nicht durch die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls oder einer Erklärung zu ersetzen – wird insofern der sogenannte Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis entnommen.<sup>16</sup>

Eng verwoben mit den beiden Prozessmaximen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit ist schließlich der Grundsatz<sup>17</sup> der Anwesenheit des Angeklagten.<sup>18</sup> Neben der von § 226 Abs. 1 StPO angeordneten ununterbrochenen Gegenwart der zur Urteilsfindung berufenen Personen, der Staatsanwaltschaft und eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, ist nach §§ 230 Abs. 1, 231 Abs. 1 S. 1 StPO auch die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung grundsätzlich obligatorisch.<sup>19</sup> Diese Anwesenheitsregelung hat normativ zwei Ausprägungen; sie ist zugleich Recht und Pflicht des Angeklagten.<sup>20</sup> Ein Verzicht des Angeklagten auf sein Anwesenheitsrecht wird freilich als unzulässig erachtet.<sup>21</sup> Im Fall ihrer Missachtung, kann die Anwesenheitspflicht durch Vorführungs- oder Haftbefehl nach §§ 230 Abs. 2, 236 StPO sowie sitzungspolizeiliche Maßnahmen gemäß § 231 Abs. 1 S. 2 StPO erzwungen werden. Eine Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten ist nur in Ausnahmefällen vorgesehen.<sup>22</sup> Ist die Präsenz des Angeklagten in der Hauptverhandlung gesetzlich vorge-

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250, 276 ff.; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 66; *Heger*, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 65; *KK-Fischer*, StPO, Einl. Rn. 21; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 4.

<sup>16</sup> BGHSt 15, 253, 254; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 66; *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 181; *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, StPO, § 250 Rn. 2.

<sup>17</sup> Der Anwesenheitsgrundsatz wird nicht zum üblichen Kanon der Prozessmaximen gezählt. Ob er zukünftig als Prozessmaxime im „klassischen Sinn“ verstanden werden sollte, kann freilich dahinstehen, denn die Grenzen sind fließend. Ganz zutreffend ist der Hinweis bei *LR-Kühne*, StPO, Einl. I Rn. 4: „Der Kreis der den Prozessmaximen zuzurechnenden Grundsätze ist nicht abstrakt bestimmbar, sondern nach pragmatischen Gesichtspunkten auszuwählen, denn es ist eine Frage des jeweiligen Prozessverständnisses, welche Grundsätze schon (und noch) so allgemein sind, dass es gerechtfertigt ist, sie zu den Prozessmaximen zu rechnen.“

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG StraFo 2007, 190, 192; OLG Bremen, StV 2014, 211, 212; OLG München, NSTz 2013, 358, 358; *Bung*, in: HdS, Bd. 7, § 18 Rn. 25; *SK-Rogall*, StPO, vor § 133 Rn. 86; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 5; *SK-Wohlert*, StPO, Einl. Rn. 181.

<sup>19</sup> Insofern unterscheidet sich der Strafprozess signifikant vom Zivil- und Verwaltungsverfahren, in dem weitgehend in Abwesenheit und Vertretung der Betroffenen verhandelt werden darf.

<sup>20</sup> *Bung*, HRRS 2010, 50, 50.

<sup>21</sup> BGHSt 3, 187, 191; 22, 18, 20; 25, 317, 318; *BeckOK-Gorf*, StPO, § 230 Rn. 4; *Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt*, StPO, § 230 Rn. 2.

<sup>22</sup> Wir werden die Ausnahmeregelungen der §§ 231 Abs. 2, 231a, 231b, 231c, 232, 233,

schrieben, so wird sie durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO abgesichert, der im Fall einer Verletzung der Anwesenheitsregelungen zwingend zur Aufhebung des Urteils führen muss.

Neben weiteren Prozessmaximen<sup>23</sup> bilden also Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit drei Grundpfeiler innerhalb der Architektur unserer strafprozessualen Hauptverhandlung.<sup>24</sup> Ihre Gemeinsamkeit liegt darin, dass sie alle eine unmittelbare Präsenz fordern: die Präsenz der Prozessbeteiligten, die Vernehmung ihrer lebendigen und unmittelbar erklingenden Stimmen im Hier und Jetzt der Gerichtsverhandlung.

Von diesem einführenden Überblick ausgehend wollen wir nun die Motive des Strafverfahrens und das damit zusammenhängende Wesen der Prozessgrundsätze ergründen. Handelt es sich bei ihnen um quasi-axiomatische notwendige Bedingungen eines jeden Strafverfahrens oder sind sie letztlich arbiträr und unterliegen einem Wandel? Falls letzteres der Fall sein sollte, müssen wir uns ihre historischen Entstehungsbedingungen vor Augen führen. Nur vor diesem Hintergrund wird eine Evaluation der uns interessierenden Maximen und der aus ihnen folgenden konkreten Bestimmungen in der Gegenwart gelingen können.

Bei der weiteren Lektüre der Arbeit sollten wir unser Augenmerk stets auf das durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft explizit oder implizit vorgezeichnete Verhältnis von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit gegenüber ihren Antagonisten Schriftlichkeit, Mittelbarkeit und Abwesenheit richten. Diese notwendige genealogische Operation<sup>25</sup> wird der erste Schritt unserer Dekonstruktion der Hauptverhandlung sein.

### *I. Aufgaben und Ziele des Strafverfahrens*

„Wo immer ein Staat seine Justizgewährungspflicht ernst nimmt, kann das Ziel des Strafprozesses nur die Gewinnung eines auf Wahrheit beruhenden gerechten Urteils sein.“<sup>26</sup>

Das Strafverfahren kann als „der rechtlich geordnete, von Lage zu Lage sich entwickelnde Vorgang zwecks Gewinnung einer richterlichen Entscheidung

---

247, 329 Abs. 2, 350 Abs. 2, 387 Abs. 1, 411 Abs. 2 S. 1 StPO und §§ 50, 51 JGG später ausführlich untersuchen.

<sup>23</sup> Besondere Bedeutung kommt dem bereits erwähnten Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 169 Abs. 1 S. 1 GVG zu, siehe dazu *Heger*, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 8 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Kamp*, in: FS-Rudolphi, S. 661, 662 f. Insofern könnte man auch von unserem „Prozessmodell“ sprechen, vgl. LR-*Kühne*, StPO, Einl. G Rn. 9.

<sup>25</sup> Vgl. *Derrida*, Positionen, S. 27.

<sup>26</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329.

über ein materielles Rechtsverhältnis“ beschrieben werden.<sup>27</sup> Wenn wir nun das Wesen der seine Hauptverhandlung betreffenden Maximen der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit begreifen wollen, müssen wir uns zunächst über die Gründe des Strafverfahrens an sich vergewissern. In der Wissenschaft besteht Uneinigkeit über den Zweck oder die Ziele des Strafverfahrens.<sup>28</sup> Diskutiert werden verfahrensimmanente Zwecke, die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs bzw. des materiellen Strafrechts, große Begriffe wie Wahrheit und Gerechtigkeit, Justizförmigkeit und Rechtsfrieden. Wir errahnen bei dieser Aufzählung schon, dass manche der angeführten Ziele miteinander verflochten sind oder nur einen Aspekt benennen, aber für sich genommen noch keine umfassende Begründung liefern können. Ein Zweck allein vermag der Komplexität und Heterogenität der im Strafprozess konfligierenden Interessen kaum gerecht zu werden.<sup>29</sup> Im Folgenden wollen wir uns einen allenfalls fragmentarischen Überblick über den Diskurs verschaffen und schauen, ob sich – unabhängig von den Details und Verästelungen der Debatte – ein gleichsam operabler Kern für unsere weitere Arbeit ermitteln lässt.

Unsere erste Erkenntnis ist, dass der Zweck des Strafverfahrens jedenfalls nicht (nur) *in ihm selbst*<sup>30</sup> liegen kann. Eine solche Position würde lauten, ein Urteil werde allein durch das Verfahren als solches und die in ihm erschaffene „prozedurale Realität“ legitimiert, ohne dass es entscheidend auf seinen Inhalt oder seine Richtigkeit ankäme.<sup>31</sup> Ein Strafprozess, der seine Legitimität nur aus sich selbst heraus gewönne, wäre jedoch unsinnig, denn sein Inhalt könnte beliebig sein. Ein Urteil könnte etwa lauten: „Der Angeklagte wird, was eine falsche Interpretation des geltenden Rechts ist, zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.“<sup>32</sup> Eine solche willkürliche Entscheidung ohne grundsätzlichen Richtig-

<sup>27</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 56; ebenso *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 2; Meyer-Goßner/*Schmitt-Schmitt*, StPO, Einl. Rn. 2.

<sup>28</sup> Einen Überblick über die Debatte finden wir etwa bei *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 3 ff. Zutreffend ist der Hinweis bei *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 4, man dürfe die Bedeutung dieses Diskurses für die praktische Rechtsanwendung nicht überschätzen, wengleich die Vergewisserung über die Prozesszwecke bei der Auslegung von Grundlagenfragen des Strafverfahrensrechts oder Grenzfällen einzelner Regelungen dienlich sein könne.

<sup>29</sup> Vgl. *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 9, 11; krit. *Murmann*, GA 2004, 65, 67 f.

<sup>30</sup> Grundlegend *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 27 ff., 107 ff. und passim; dazu *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 22 und *LR-Lüderssen/Jahn*, StPO, Einl. M Rn. 10. Siehe zur Einführung in *Luhmanns Systemtheorie Bung*, in: HRphil, S. 289 ff.

<sup>31</sup> *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 22 mit Nachweis auf *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, S. 40: „Nicht die vorgeprägte Form, die Geste, das richtige Wort treiben das Verfahren voran, sondern selektive Entscheidungen der Beteiligten, die Alternativen eliminieren, Komplexität reduzieren, Ungewissheit absorbieren [...]“

<sup>32</sup> *Alexy*, Begriff, S. 68.

keitsanspruch könnte keine Legitimationswirkung entfalten.<sup>33</sup> Es bedarf also (zumindest auch) *verfahrensexterner* Gründe für das Strafverfahren.<sup>34</sup>

Als eine zentrale Aufgabe des Strafverfahrens können wir die *Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs* bezeichnen.<sup>35</sup> Gleichsam als Korrelat des staatlichen Gewaltmonopols besteht eine Justizgewährungspflicht des Staates.<sup>36</sup> Er hat die Aufgabe, den Rechtsfrieden durch die Gewährleistung einer funktionierenden Strafrechtspflege zu sichern.<sup>37</sup> Dem materiellen Strafrecht kommt dabei die Aufgabe zu, durch Verbote und Gebote den Schutz bedeutsamer Rechtsgüter zu garantieren.<sup>38</sup> Der Strafprozess hingegen soll nun die *Verwirklichung dieses materiellen Strafrechts* ermöglichen.<sup>39</sup> Man könnte sogar sagen, das materielle Recht werde insofern durch das Prozessrecht überhaupt erst konstituiert.<sup>40</sup> Es gibt keinen Inhalt ohne Form.

Eine materiell richtige Entscheidung wiederum setzt neben der richtigen Rechtsanwendung<sup>41</sup> stets die Ermittlung des richtigen Sachverhalts als deren Grundlage voraus.<sup>42</sup> Hier kommt die *Wahrheitsfindung* als notwendiges (Zwischen-<sup>43</sup>)Ziel des Strafverfahrens ins Spiel.<sup>44</sup> Die zur Verwirklichung des Schuld-

<sup>33</sup> Grundlegend *Alexy*, Begriff, S. 64 ff.; LR-*Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 22 f.; krit. zur Überbetonung des Prozessualen gegenüber dem Materiellen auch LR-*Lüderssen/Jahn*, StPO, Einl. M Rn. 30.

<sup>34</sup> Vgl. SK-*Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 17.

<sup>35</sup> BVerfGE 51, 324, 343 f.; 133, 168, 199; BGHSt 50, 40, 53; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 8. Eigentlich müssten wir hier zurückhaltender formulieren: Aufgabe ist die *staatliche Aufklärung eines im Raum stehenden Tatverdachts*.

<sup>36</sup> *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 8; KK-*Fischer*, StPO, Einl. Rn. 1; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 5.

<sup>37</sup> BVerfGE 51, 324, 343.

<sup>38</sup> MK-*Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 1; umfassend *Roxin/Greco*, AT I, § 2 Rn. 2 ff.

<sup>39</sup> MK-*Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 5 f.; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 24; SK-*Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 17.

<sup>40</sup> LR-*Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 7 ff.

<sup>41</sup> Auch insofern könnte man von „wahrer Rechtserkenntnis“ sprechen, LR-*Kühne*, StPO, Einl. H Rn. 24. Vgl. zur Methode der Rechtsanwendung im Strafverfahren, LK-*Lüderssen/Jahn*, StPO, Einl. M.

<sup>42</sup> *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 5; LR-*Kühne*, StPO, Einl. H Rn. 24; vgl. auch LR-*Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 13, 20, 44; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 1.

<sup>43</sup> MK-*Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 7, 11; *Murmann*, GA 2004, 65, 66; SK-*Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 30.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 57, 250, 275; 133, 168, 199; BGHSt 9, 280, 281; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 8; KK-*Fischer*, StPO, Einl. Rn. 3; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 5; LR-*Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 13 ff., Einl. H Rn. 23 ff.; *Volk/Engländer*, StPO, § 3 Rn. 1.

prinzips<sup>45</sup> notwendige Ermittlung des wahren Sachverhalts wird vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung als „zentrales Anliegen des Strafprozesses“<sup>46</sup> qualifiziert. Der BGH bezeichnet die Wahrheitsfindung sogar dezidiert als „oberstes Ziel des Strafverfahrens“.<sup>47</sup> In der Tat fordert die Instruktionsmaxime<sup>48</sup>, die für die Beweisaufnahme der Hauptverhandlung in § 244 Abs. 2 StPO Ausdruck findet: „Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.“ Was können wir uns unter Wahrheit vorstellen?<sup>49</sup> Gibt es sie denn?

Zunächst müssen wir uns darüber klarwerden, dass es Wahrheit geben muss. Unser Strafverfahren ist schon „nach seinem Selbstverständnis ganz zweifellos eine Erkenntnisveranstaltung“ und kann nicht ohne das Konzept von Wahrheit auskommen.<sup>50</sup> Ein genereller Verzicht auf Wahrheit im Sinne eines radikalen Skeptizismus<sup>51</sup> ist nicht plausibel.<sup>52</sup> Denn nicht der Nachweis der Wahrheit ist unmöglich, sondern im Gegenteil die Aussage, es gebe keine Wahrheit.<sup>53</sup> Hierbei würde es sich um einen performativen Widerspruch handeln. Die Annahme, es gebe keine Wahrheit, ist inhaltsleer.<sup>54</sup>

Was meint nun Wahrheit im Sinne des Strafverfahrens?<sup>55</sup> Beruhigend ist zunächst der zutreffende Hinweis, Wahrheit im Strafprozess sei nicht im Sinne einer Antwort auf „letzte Fragen“ zu verstehen, sondern im Sinne einer „historischen Wahrheit“ über das Vorliegen oder Nichtvorliegen des dem Tatvorwurf

<sup>45</sup> BVerfGE 57, 250, 275; 133, 168, 199.

<sup>46</sup> Siehe nur BVerfGE 57, 250, 275; 133, 168, 199.

<sup>47</sup> BGHSt 9, 280, 281.

<sup>48</sup> Grundlegend *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 363 ff.

<sup>49</sup> Für unsere weiteren Betrachtungen ist eine Aufhellung des Wahrheitsbegriffs schon insofern relevant, als die Anwesenheitspflicht wesentlich mit dem Argument der Wahrheitsfindung legitimiert wird, siehe dazu Erster Teil C. VI. 2.

<sup>50</sup> *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12.

<sup>51</sup> Vgl. im Strafverfahrensrecht etwa *KK-Schmidt*, StPO, vor § 359 Rn. 2: „Die objektive Wahrheit ist [...] nur gedanklich vorstellbar. Ihr Nachweis durch menschliche Erforschung und Erkenntnis ist begrifflich unmöglich. Menschliche Erforschung und Erkenntnis sind an die erkennende Person gebunden und deshalb notwendig subjektiv und nur relativ.“; krit. dazu *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12, 14.

<sup>52</sup> *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12.

<sup>53</sup> *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12 mit Bezugnahme auf die h. M. in der Philosophie.

<sup>54</sup> *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12 mit Hinweis auf *Aristoteles*, *Metaphysik*, Buch IV, Kap. 4, 1006 a. Auch *Derrida*, *Positionen*, S. 158 stellt klar, „dass es [ihm, Y. R.] keineswegs darum geht, einen Diskurs gegen die Wahrheit oder gegen die Wissenschaft zu führen (das wäre unmöglich und absurd wie jede diesbezügliche heftige Anschuldigung).“

<sup>55</sup> Siehe grundlegend zum Wahrheitsbegriff im Strafverfahren *Seel*, *Wahrheit im Strafprozess und Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, S. 391 ff., insbes. 509 ff.

zugrundeliegenden Sachverhalts.<sup>56</sup> Im Hinblick auf dieses begrenzte Erkenntnisinteresse könnte man daher auch von „prozessualer oder forensischer Wahrheit“ sprechen.<sup>57</sup> Trotz der unbestreitbaren Abhängigkeit der Wahrheit von den sie erkennenden Personen, entsteht dabei durch die „institutionell gebundene Form öffentlicher Gerichtsverfahren“ und der dadurch möglichen „Verallgemeinerung und Vergleichbarkeit“ eine Form intersubjektiver, „objektiver“ Wahrheit.<sup>58</sup>

Diese Form gleichsam konstruierter objektiver Wahrheit besagt freilich nichts darüber, dass nicht im Einzelfall ein Fehlurteil vorliegen könnte.<sup>59</sup> Zum Kern aller strafprozessualen Wahrheit gehört daher auch der Zweifel an ihr.<sup>60</sup> Die scheinbar paradoxe Devise lautet: „Moderne Gewissheit gibt es nur im Bewusstsein der Ungewissheit.“<sup>61</sup> Eine Erkenntnis, die in gewisser Spannung mit der zur Verurteilung notwendigen richterlichen „Überzeugung“ nach §§ 261, 264 Abs. 1 StPO steht.

Die Ursachen für irrige Wahrheitsannahmen im Strafverfahren, für die „Entzauberung der materiellen Wahrheit“<sup>62</sup>, liegen im Wesen des Menschen: wahrnehmungspsychologische Unzulänglichkeiten<sup>63</sup>, das Verhältnis von Sprache und Wahrnehmung sowie die individuelle Sprachkompetenz der Akteure<sup>64</sup>, aber auch die „Konservierung, Immunisierung und Perpetuierung von Vorurteilen“<sup>65</sup> kann zu fehlerhaften Schlüssen führen.<sup>66</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die demütige Annahme angemessen, im Strafverfahren sei lediglich eine Annäherung<sup>67</sup> an das Ideal von Wahrheit möglich.

<sup>56</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 14. Zu diesem Sachverhalt zählen auch die Strafzumessungstatsachen, siehe BVerfGE 118, 212, 231; J. Meyer, Dialektik im Strafprozeß, S. 81 Fn. 257.

<sup>57</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. H Rn. 26.

<sup>58</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 14.

<sup>59</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 14: „Dass wir uns insgesamt und überwiegend nicht irren können, heißt nicht, dass wir uns nicht in jedem einzelnen Fall irren können.“

<sup>60</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12.

<sup>61</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12; vgl. auch ders., ZIS 2016, 340, 340: „Das typische philosophische Problem hat [...] Wittgenstein zufolge die Form ‚Ich kenne mich nicht aus‘. Welche Juristin, welcher Jurist würde das jemals zugeben: sich nicht auszukennen? Und doch gibt es, gerade im Strafrecht, riesige Gebiete, in denen sich niemand wirklich auskennt.“

<sup>62</sup> Weßlau, Konsensprinzip, S. 144 ff.

<sup>63</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 15; LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 15.

<sup>64</sup> Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 844 ff.; LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 16 ff.

<sup>65</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 15; dazu Schönemann, in: FS-Pfeiffer, S. 461, 475 ff.

<sup>66</sup> Wir werden uns mit diesen Hindernissen für die Wahrheitsfindung im Rahmen der Rechtfertigung der Anwesenheitspflicht ausführlicher auseinandersetzen, siehe Erster Teil C. VI. 2. b) cc).

<sup>67</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 14, Einl. H Rn. 24; SK-Wohlens, StPO, Einl. Rn. 5, 27; BVerfGE 115, 166, 192 spricht insofern von einem „auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren“; vgl. auch Eb. Schmidt, LK I, Rn. 20.

Unsere Betrachtungen der Wahrheitsermittlung leiten uns zu einem weiteren Verfahrenszweck über. Als Prozessziel wird vielfach die Verwirklichung von *Gerechtigkeit* angeführt.<sup>68</sup> Die Verbindung mit der Wahrheit ergibt sich daraus, dass ein gerechtes Urteil zwingend eine wahre Tatsachengrundlage erfordert.<sup>69</sup> Die Wahrheitsfindung muss insofern als notwendige Voraussetzung für Gerechtigkeit verstanden werden.<sup>70</sup> Doch Gerechtigkeit erschöpft sich nicht allein in der korrekten Verwirklichung des materiellen Rechts.<sup>71</sup> Vielmehr erfordert ein gerechtes Urteil neben der materiellen Gerechtigkeit auch immer eine *prozedurale* Gerechtigkeit.<sup>72</sup> Über all die faktischen Hindernisse hinaus muss die Wahrheitsfindung im rechtsstaatlichen Strafverfahren auch normativen Beschränkungen<sup>73</sup> unterliegen.

Diese Überlegung führt uns zur Aufgabe der *rechtsstaatlichen bzw. justizförmigen Gestaltung* des Strafverfahrens.<sup>74</sup> Hierbei geht es im Kern um das Spannungsfeld zwischen dem Interesse an der Wahrheitsfindung einerseits und dem Interesse am Schutz der Freiheitsrechte des Individuums andererseits. Dass der Staat in die Rechte seiner Bürger eingreifen muss, um seiner Justizgewährungspflicht nachkommen zu können, ist unbestreitbar.<sup>75</sup> Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang etwa das Recht des Staates, über den Aufenthaltsort des Bürgers verfügen zu können.<sup>76</sup> Die zentrale Frage lautet jedoch, *wie weit* der Staat zur Gewährleistung der Justizgewährungspflicht in die Rechte

<sup>68</sup> BVerfGE 51, 324, 343; 133, 168, 199; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 8; *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 43 ff.; *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 52; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 20, 329; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 4, 20; krit. *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 8.

<sup>69</sup> *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 20.

<sup>70</sup> *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 20, 43; *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 52; *Schmidhäuser*, in: FS-Eb. Schmidt, S. 511, 512; vgl. auch *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329.

<sup>71</sup> Insofern wäre die Verwirklichung des materiellen Strafrechts schlicht mit der Verwirklichung von Gerechtigkeit identisch, *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 52.

<sup>72</sup> *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7; *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 45: „Es gibt [...] kein gerechtes Urteil, wenn nicht das gesamte zum Urteil führende Verhalten ebenfalls den Erfordernissen von Gerechtigkeit entspricht.“; *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 59 ff.; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 20 m. w. N.; vgl. auch *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 21 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7; *LK-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 33 ff., Einl. H Rn. 19; *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 60 ff.; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 27.

<sup>74</sup> Vgl. BVerfGE 133, 168, 199; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 10; *Kindhäuser/Schumann*, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7; *LR-Kühne*, StPO, Einl. B Rn. 33 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 2; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 20 ff.; *Volk/Engländer*, StPO, § 3 Rn. 1; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 5.

<sup>75</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 1.

<sup>76</sup> *Bung*, in: HdS, Bd. 7, § 18 Rn. 19: „Hätte der Staat nicht die Befugnis, Personen in bestimmten Situationen den Aufenthalt erzwingbar vorzuschreiben, wäre staatliche Tätigkeit nicht denkbar.“

des Einzelnen eingreifen darf, denn irgendwann würden die staatlichen Ermittlungseingriffe die Bürger genauso belasten wie die Kriminalität an sich oder die dadurch entstehenden Belastungen sogar überwiegen.<sup>77</sup>

Eine durch die Wahrheitsermittlung mögliche Verwirklichung des materiellen Strafrechts bzw. des Justizgewährungsanspruchs *allein*, vermag daher kein hinreichender Zweck des Strafverfahrens zu sein. Eine solche Auffassung wäre totalitär, denn sie würde potenziell jedes Mittel bis hin zur Folter für die Sachaufklärung in Kauf nehmen. Ein Blick in die Geschichte verdeutlicht uns die Notwendigkeit justizförmigen Prozessierens.<sup>78</sup> Nicht nur im Feudal- oder Polizeistaat spielte der Schutz des Individuums keine Rolle. Selbst nach der Aufklärung bezeugen die Schrecken des Nationalsozialismus<sup>79</sup> und das Unrechtsregime der DDR die fatalen Konsequenzen einer Staatsraison, hinter der das Individuum bedeutungslos wird. Der von den USA proklamierte „Krieg gegen den Terror“ führt uns schließlich vor Augen, dass sich selbst in intakten Demokratien rechtstaatswidrige Praktiken etablieren können.

Um die Gefahr eines Machtmissbrauchs einzudämmen, müssen Ermittlungsbefugnisse im Rechtsstaat daher zwingend begrenzt werden.<sup>80</sup> Ein insofern vielzitatierter Ausspruch des BGH bringt dies auf den Punkt: „Es ist [...] kein Grundsatz der StPO, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte [...]“<sup>81</sup> Im Rechtsstaat bedarf es eines justizförmigen Strafverfahrens, in dem Kautelen dem Schutz des Beschuldigten vor einem übermächtigen Staat dienen, es bedarf der „schützenden Form“<sup>82</sup> des Strafverfahrens. Diesen Schutz verbürgen vor allem die (Justiz-)Grundrechte unserer Verfassung und die EMRK. Das Strafverfahrensrecht ist insofern als „Ausführungsgesetz zum Grundgesetz“ zu verstehen.<sup>83</sup> Da anhand der Ausgestaltung und Anwendung der Zwangsmittel des Strafverfahrensrechts im wahrsten Sinne des Wortes deutlich wird, wie der Staat seine Beziehung zum Individuum verhandelt, ist die Beschreibung des Strafprozessrechts als „Seismograph der Staatsverfassung“<sup>84</sup> zutreffend. In der Tat ist das Instrumentarium der strafprozessualen Grundrechtseingriffe „ein sensibler Indikator für das *empfindliche Gleichgewicht zwischen Bürgerfreiheit*

<sup>77</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 33 f.; vgl. Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 7.

<sup>78</sup> Folgende Aspekte stammen von LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 34.

<sup>79</sup> Vgl. dazu auch Eb. Schmidt, Geschichte, §§ 354 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 10; LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 35; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 1 f.

<sup>81</sup> BGHSt 14, 358, 365.

<sup>82</sup> Eb. Schmidt, LK I, Rn. 22 mit Verweis auf Zachariä, Gebrechen und Reform, S. 123 ff.; vgl. auch LR-Kühne, StPO, Einl. H Rn. 19.

<sup>83</sup> Eb. Schmidt, LK I, Rn. 99, 333.

<sup>84</sup> Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 2 Rn. 1.

und ordnender Staatsgewalt.“<sup>85</sup> Wichtige Beispiele für normative Begrenzungen der strafprozessualen Wahrheitsermittlung sind etwa die Selbstbelastungsfreiheit<sup>86</sup> und Beweisverbote.<sup>87</sup>

Wenn in diesem Zusammenhang vom „Widerstreit“ von „Kollektiv- und Individualinteressen“<sup>88</sup> die Rede ist, dürfen wir keinesfalls dem Irrtum erliegen, es handele sich bei den Letztgenannten um reine Partikularinteressen.<sup>89</sup> Jeder Bürger ist potenziell Beschuldigter. Dass nur prozessordnungsmäßige Urteile ergehen und Beschuldigtenrechte garantiert werden, sind Belange von allgemeinem Interesse.<sup>90</sup> Nach alledem können wir festhalten: Die Aufgabe der justizförmigen Gestaltung des Strafverfahrens steht gleichberechtigt<sup>91</sup> neben dem Ziel der Wahrheitsfindung zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und ist ebenfalls wesentlicher Bestandteil der Gerechtigkeit.

Ein weiterer Aspekt der Gerechtigkeit ist schließlich die Rechtssicherheit, die der Rechtsgemeinschaft mit Eintritt der Rechtskraft „Gültigkeit und Dauer“ der ergangenen Entscheidungen garantiert.<sup>92</sup> Indem das Strafverfahren eine abschließende Entscheidung über die dem Tatvorwurf zugrundeliegende Strafbarkeit des Beschuldigten treffe, diene es daher auch der Sicherung oder (Wieder-)Herstellung des *Rechtsfriedens*.<sup>93</sup> Dieser Rechtsfrieden sei dabei nicht empirisch, sondern normativ im Sinne der Erwartung einer Beruhigung innerhalb der Rechtsgemeinschaft zu verstehen.<sup>94</sup> Die den Rechtsfrieden sichernde Rechtskraft einer Entscheidung kann nur in Ausnahmefällen durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach §§ 359 ff. StPO durchbrochen werden.<sup>95</sup>

<sup>85</sup> Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 394 (im Original hervorgehoben).

<sup>86</sup> Siehe dazu *Bung*, in: FS-Schlothauer, S. 29 ff.

<sup>87</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. H Rn. 31.

<sup>88</sup> *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 2 Rn. 1; vgl. auch *KK-Fischer*, StPO, Einl. Rn. 88.

<sup>89</sup> Vgl. *Bung*, in: FS-Schlothauer, S. 29, 29 zur prinzipiell irreführenden Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteressen und Beschuldigteninteressen.

<sup>90</sup> Vgl. *Bung*, in: HdS, Bd. 7, § 18 Rn. 43 Fn. 159; *Kühne*, Kommunikationsproblem, S. 60.

<sup>91</sup> Vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 10; LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 36; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 2, 6.

<sup>92</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 50.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 51, 324, 343; BGHSt 43, 195, 209; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 11; LR-Kühne, StPO, Einl. B Rn. 13, 50; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 1 ff.; *Schmidhäuser*, in: FS-Eb. Schmidt, S. 511, 516 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, Einl. Rn. 4; *Volk/Engländer*, StPO, § 3 Rn. 1; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 30 ff.; krit. *MK-Kudlich*, StPO, Einl. Rn. 10.

<sup>94</sup> *Schmidhäuser*, in: FS-Eb. Schmidt, S. 511, 521 f.; *SK-Wohlers*, StPO, Einl. Rn. 32 m. w. N.; krit. *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 20 Fn. 44.

<sup>95</sup> *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 12; siehe zum Wiederaufnahmeverfahren *Bung*, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 1 ff.

Nach diesem Überblick erkennen wir die Berechtigung einer Vielzahl von teilweise konfligierenden Interessen, denen das Strafverfahren gerecht werden muss. Diese Arbeit ist nicht der Ort, um die Frage nach dem oder den Verfahrenszielen abschließend und im Detail zu beantworten. Für unsere weiteren Ausführungen genügt die Feststellung, dass das Strafverfahren als „Erkenntnisveranstaltung“<sup>96</sup> vornehmlich am Ziel der *rechtsstaatlichen Wahrheitsfindung* orientiert ist. Von dieser Zielbestimmung ausgehend werden wir nun die das Verfahren prägenden Grundsätze betrachten.

## II. Das Wesen der Prozessmaximen

„Gäbe es zur Findung der Wahrheit und Gerechtigkeit nur eine einzige Methode, nur einen einzigen Weg, so würde es auch für die Ausgestaltung des Prozesses nur die eine, dieser Methode angepaßte Möglichkeit geben. Dem aber ist nun keineswegs so. Über den brauchbarsten und sichersten Weg zur Wahrheit und Gerechtigkeit richterlichen Urteilens läßt sich streiten.“<sup>97</sup>

Nachdem wir uns der Aufgaben und Ziele des Strafverfahrens vergewissert haben, wollen wir nun ihre Umsetzung in unserem Strafprozessrecht erörtern. An dieser Stelle kommen die sogenannten Prozessmaximen oder Prozessgrundsätze ins Spiel.<sup>98</sup> Bei ihnen handelt es sich um diejenigen Leitideen, die nach Ansicht der Rechtsgemeinschaft die größte Gewähr für die Verwirklichung der Verfahrensziele bieten.<sup>99</sup> Dabei fungieren sie gleichsam als Bindeglied zwischen diesen eher abstrakten Motiven und den ganz konkreten Normen der Strafprozessordnung.<sup>100</sup> Die Prozessmaximen erfüllen im Wesentlichen drei Funktionen:<sup>101</sup> Erstens adressieren sie als programmatische Leitlinien den Gesetzgeber bei der Schaffung neuen Rechts („rechtsgestaltende Funktion“), zweitens dienen sie dem Verständnis und der Strukturierung des geltenden Strafprozessrechts („systematisierende Funktion“) und drittens beeinflussen sie die Auslegung und Rechtsfortbildung konkreter Normen im Einzelfall („interpretatorische Funktion“). Insofern die Maximen unterschiedlichen und teilweise

<sup>96</sup> Bung, in: HdS, Bd. 9, § 63 Rn. 12.

<sup>97</sup> Eb. Schmidt, LK I, Rn. 329.

<sup>98</sup> Zur Terminologie Stam, in: HdS, Bd. 7, § 10 Rn. 2 m. w. N.

<sup>99</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 1; Heger, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 1.

<sup>100</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 1 bezeichnet sie daher als „Grundsätze mittlerer Reichweite“; MK-Kudlich, StPO Einl. Rn. 120; SK-Wohlers, StPO, Einl. Rn. 104.

<sup>101</sup> Zum Folgenden LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 2 m. w. N.; siehe auch MK-Kudlich, StPO, Einl. Rn. 122 und SK-Wohlers, StPO, Einl. Rn. 104.

konfligierenden Zielen dienen, gelten sie nicht absolut, sondern unterliegen Ausnahmen.<sup>102</sup> Dennoch geben sie die grundsätzliche Richtung vor und prägen somit das Strafverfahren entscheidend.<sup>103</sup> Ihre Gesamtheit lässt sich unter den Begriff des „Prozessmodells“ subsumieren.<sup>104</sup>

Für uns besonders bedeutsam ist das eben schon angedeutete Naturell dieser Strukturprinzipien: Sie sind Ausfluss *kriminalpolitischer Ansichten*.<sup>105</sup> Es gibt dabei keine einheitliche Antwort auf die Frage, wie man die Prozessziele – namentlich rechtsstaatlich limitierte Wahrheitsermittlung – am besten erreichen kann.<sup>106</sup> Vielmehr kann es ganz unterschiedliche Ansichten darüber geben, wie sich die Wahrheit im Nachhinein am gründlichsten aufklären lässt und welche normativen Grenzen wir dabei ziehen müssen. Das Spektrum der Quellen dieser Meinungsbildung reicht von Erkenntnissen der Psychologie bis hin zu politischen Haltungen zu der Frage, wie viel Macht der Staat über seine Bürger ausüben dürfe.<sup>107</sup> Die gegenwärtig herrschenden Prozessmaximen sind das Abbild der gegenwärtig herrschenden Ansichten der Rechtsgemeinschaft zu diesen Fragen.

Insbesondere in einem strukturkonservativen Umfeld wie dem der Jurisprudenz kann dabei allzu leicht in Vergessenheit geraten, dass selbst unsere fundamentalen Prozessgrundsätze keine Axiome sind. Sie sind nicht logisch notwendig, sondern kontingent, sind nur Konventionen, gesellschaftliche Übereinkünfte darüber, wie ein Verfahren sinnvoll gestaltet sein könnte.<sup>108</sup> Als kriminalpolitische Entscheidungen unterliegen sie dabei einem *Wandel*.<sup>109</sup> Die Ansicht, wie ein Strafverfahren ausgestaltet sein sollte, variiert nicht nur von Staat zu Staat, sondern auch innerhalb derselben Nation im Laufe ihrer Geschichte.<sup>110</sup> Aufgrund des stark durch Kriminalpolitik geprägten Charakters des

<sup>102</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 6, Einl. G Rn. 9; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 330; SK-Wohlers, StPO, Einl. Rn. 105.

<sup>103</sup> Vgl. LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 6; *Heger*, in: HdS, Bd. 7, § 13 Rn. 1 f.

<sup>104</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. G Rn. 9.

<sup>105</sup> LR-Kühne, StPO, Einl. I Rn. 1; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329 f.; SK-Wohlers, StPO, Einl. Rn. 105: „Vehikel für rechts- bzw. kriminalpolitische Aussagen“.

<sup>106</sup> Vgl. *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329.

<sup>107</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329.

<sup>108</sup> Vgl. *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 330.

<sup>109</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329: „Veränderungen der sozialen Struktur und demgemäß des Verfassungszustandes, Verschiebungen im Verhältnis der staatlichen Macht zum einzelnen, Wandlungen in bezug auf das Rechts- und Lebensgefühl der Menschen, Neuorientierungen des politischen Denkens – alles das wirkt sich auf den Geist und Charakter, auf die Formen und Strukturen des Strafprozesses aus, ein deutliches Zeichen dafür, daß es sich im Strafprozeß um eine Angelegenheit von hervorragend politischer Natur handelt.“

<sup>110</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329. Einen Eindruck davon können wir im nächsten Abschnitt gewinnen.

Strafverfahrensrechts ist es besonders bedroht, durch politische Ideologien manipuliert und anstelle seines eigentlichen Ziels zur Durchsetzung machtpolitischer Absichten missbraucht zu werden.<sup>111</sup> Die nationalsozialistische Willkürjustiz im Dritten Reich bietet dafür das schrecklichste Beispiel.<sup>112</sup>

Die aktuell in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Prozessmaximen sind also nur einige ausgewählte unter vielen möglichen anderen. Ihr konventionelles Wesen gilt es umso mehr vor dem Hintergrund hervorzuheben, dass die zentralen Verfahrensgrundsätze unserer Strafprozessordnung seit dem Inkrafttreten der Reichstrafprozessordnung am 1. Oktober 1879 – abgesehen von einigen Persionen des Nationalsozialismus<sup>113</sup> – nicht mehr wesentlich verändert wurden. Die Konservierung eines Rechtszustandes über einen derartig langen Zeitraum muss geradezu zwangsläufig eine eher unkritische Akzeptanz des Status quo begünstigen, scheinen unsere rechtsstaatlichen Maximen heute doch geradezu in Stein gemeißelt.<sup>114</sup>

Die uns in dieser Untersuchung interessierenden (oben bereits kurz vorgestellten) Grundsätze von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit<sup>115</sup> bilden drei Säulen unserer Hauptverhandlung, die die Gestalt des Verfahrens erheblich prägen.<sup>116</sup> Wie schon beschrieben, ist die Hauptverhandlung der zentrale Schauplatz, an dem die Prozessziele umgesetzt werden sollen:

---

<sup>111</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 329: „Politische Ideologien und Schlagworte sind keiner Rechtsmaterie so gefährlich wie dem Strafprozeßrecht.“ Wir erinnern uns in diesem Zusammenhang an die Beschreibung des Strafverfahrensrechts als „Seismograph der Staatsverfassung“, *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 2 Rn. 1.

<sup>112</sup> Vgl. dazu *Eb. Schmidt*, Geschichte, §§ 354 ff.

<sup>113</sup> Die formelle Geltung zahlreicher Grundsätze wurde freilich zumindest dem Schein nach aufrechterhalten und umfassende Prozessreformen scheiterten, vgl. *Eb. Schmidt*, Geschichte, §§ 354 ff. Allerdings wurde durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28.6.1935 (RGBl. I, S. 844) ein „Verfahren gegen Flüchtige“ eingeführt, das eine Verhandlung auch über schwerste Delikte von Beschuldigten, die „flüchtig“ d. h. der NS-Justiz dadurch entzogen waren, dass sie sich im Ausland oder Inland verbargen, ermöglichte, siehe dazu *Eb. Schmidt*, LK II, vor § 276 Rn. 1 mit dem Hinweis darauf, dass im Gegensatz zur BRD bezeichnenderweise in der DDR keine Aufhebung dieser Vorschriften erfolgte. Ein instruktiver Abriss der verbrecherischen Instrumentalisierung des Strafrechts in der Zeit des Nationalsozialismus findet sich bei *Fitting*, Analogieverbot und Kontinuität, S. 58 ff.

<sup>114</sup> „Alle langen Dinge sind schwer zu sehn, zu übersehn“ heißt es bei *Nietzsche*, *Zur Genealogie der Moral*, in: KSA, Bd. 5, S. 268 (im Original durch Sperrschrift hervorgehoben).

<sup>115</sup> Erneut sei darauf hingewiesen, dass die Anwesenheit zwar üblicherweise nicht zu den „klassischen“ Prozessmaximen gezählt wird, jedoch unabhängig von derartigen konventionellen Klassifizierungen unbestreitbar einen bedeutsamen Grundsatz des Hauptverfahrens darstellt, siehe Erster Teil C.

<sup>116</sup> Vgl. *Kamp*, in: FS-Rudolphi, S. 661, 662 f.

„Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr soll der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt werden; dies hat in einer Weise zu geschehen, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung die größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet [...]“<sup>117</sup>

Das deutsche Strafverfahrensrecht geht davon aus, dass Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit dem Ideal der Prozessziele am ehesten gerecht werden. Doch warum ist das so? Es gilt, die hinter diesem herrschenden Prozessmodell liegenden Motive und Überzeugungen aufzudecken. Die inzwischen über 140 Jahre andauernde Prägung unserer Strafprozessordnung ist das Produkt der damals und heute vorherrschenden kriminalpolitischen Ansichten der Gesellschaft. Auch wenn wir noch so sehr von ihrer gleichsam intuitiven Notwendigkeit und ihren Vorzügen gegenüber ihren Antagonisten Schriftlichkeit, Mittelbarkeit und Abwesenheit überzeugt sind, wollen wir diese drei zentralen Grundsätze im Folgenden einer erneuten Revision unterziehen. Dazu ist zunächst ein kurzer Abriss ihrer historischen Entwicklung notwendig.

### III. Eine kurze Genealogie der deutschen Hauptverhandlung

Die heute herrschenden Verfahrensgrundsätze wurden hauptsächlich im 19. Jahrhundert als Gegenentwurf zum Absolutismus, Polizeistaat und dem sogenannten gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess entwickelt.<sup>118</sup> Nach den Verheerungen des Nationalsozialismus kehrte man in der westlichen Besatzungszone dann zu diesen im reformierten Strafprozess entwickelten Grundsätzen zurück.<sup>119</sup> Sie bestehen im Wesentlichen bis heute unverändert fort. Anhand von drei Stationen der deutschen Geschichte des Strafverfahrens wollen wir die Entwicklung von Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Anwesenheit in groben Zügen nachzeichnen. Den frühesten Zeitpunkt unserer Betrachtung markiert dabei das Jahr 1532 als dem wesentlichen Ausgangspunkt des Inquisitionsprozesses<sup>120</sup>.

#### I. Das Institut der Aktenversendung im Inquisitionsprozess

„So traten Schriftlichkeit (Aktenmäßigkeit) und Mittelbarkeit im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß bei der Urteilsgewinnung ihre verhängnisvolle Herrschaft an.“<sup>121</sup>

<sup>117</sup> BVerfGE 74, 358, 372.

<sup>118</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 331.

<sup>119</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 331 ff.

<sup>120</sup> Vgl. *Eb. Schmidt*, ZStW 85 (1973), 857, 859. Umfassend zu früheren Ausprägungen des Strafverfahrens *Eb. Schmidt*, Geschichte, §§ 27 ff. und 64 ff.

<sup>121</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 427 (im Original durch Sperrschrift hervorgehoben).

Die erste deutsche Kodifikation des Strafverfahrensrechts erfolgte durch die *Peinliche Gerichtsordnung* (lat. *Constitutio Criminalis Carolina*) *Kaiser Karls des V.* von 1532.<sup>122</sup> Dieses bis zur Urteilsverkündung nicht öffentliche Verfahren war inquisitorisch ausgestaltet: Der Beschuldigte (*Inquisit*) war als Untersuchungsobjekt einem Richter (*Inquirent*) ausgeliefert, der von Amts wegen den dem Tatvorwurf zugrundeliegenden Sachverhalt ermittelte.<sup>123</sup> Zu einer Verurteilung bedurfte es entweder des Beweises durch mindestens zwei glaubhafte Tatzeugen (Art. 67, 63 ff. CCC) oder noch vorrangig<sup>124</sup> eines Geständnisses des Inquisiten (Art. 22, 60 CCC), das unter Umständen auch durch Folter („peinliche Befragung“) erzwungen werden konnte.<sup>125</sup>

Die Prinzipien von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit waren dem inquisitorischen Verfahren nicht fremd, denn der jeweilige *Inquirent* kommunizierte innerhalb der Beweisaufnahme durchaus in deren Präsenz mit dem Inquisiten, den Zeugen und Sachverständigen und nahm auch alle Beweismittel und vor allem den Inquisiten selbst unmittelbar wahr.<sup>126</sup> Die Ergebnisse dieses Teils der Verhandlung wurden dann schriftlich zusammengefasst.<sup>127</sup> In seine Akten wurden detaillierte Protokolle des Wortlauts der Aussagen und sogar „Gebärden-Protokolle“ der Gestik, Mimik und des sonstigen Verhaltens des Aussagenden aufgenommen (Art. 71 CCC).<sup>128</sup>

Aufgrund mangelnder Rechtskunde des *Inquirenten* fällte dieser allerdings häufig nicht selbst das Urteil, sondern musste in allen zweifelhaften Fällen die in der Beweisaufnahme detailliert erstellten Akten gemäß der *Peinlichen Gerichtsordnung* (Art. 219 CCC) an eine rechtsgelehrte Institution (einen Oberhof, den Landesherren direkt oder an eine juristische Fakultät) versenden, die dann ausschließlich aufgrund der Aktenlage ein Urteil fällte, ohne den Beschuldigten jemals zu Gesicht bekommen zu haben.<sup>129</sup> Zudem las nicht der gesamte Spruch-

<sup>122</sup> *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 69 Rn. 1 und 3; vgl. auch *Kuhli*, ZJS 2021, 21, 22.

<sup>123</sup> *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 69 Rn. 6.

<sup>124</sup> Die Subsidiarität des Zeugenbeweises ergab sich aus Art. 69 CCC, *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 17.

<sup>125</sup> *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 69 Rn. 7; *Vormbaum*, Strafrechtsgeschichte, S. 27.

<sup>126</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 426; *Zachariä*, Gebrechen und Reform, S. 48, 61 f. und 156 ff.; Mündlichkeit und Unmittelbarkeit seien hier „wenigstens noch dem Scheine nach aufrechterhalten“, *Geppert*, Unmittelbarkeit, S. 19.

<sup>127</sup> *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 69 Rn. 8 f.; *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 427.

<sup>128</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 427; *Löhr*, Unmittelbarkeit, S. 29; *Vormbaum*, Strafrechtsgeschichte, S. 98 mit Hinweis auf die zwingenden Ungenauigkeiten einer derartigen Protokollführung; ausführlich zu diesen Protokollen *Zachariä*, Gebrechen und Reform, S. 161 ff.

<sup>129</sup> *Eb. Schmidt*, LK I, Rn. 427; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 69 Rn. 9. Instruk-

körper die Akten, sondern nur ein Berichterstatter, der dann die anderen Mitglieder über deren Inhalt informierte.<sup>130</sup> Insofern wurde der ohnehin schon mittelbare Eindruck noch weiter vermittelt.<sup>131</sup> „Die Richter sehen nicht, wie man gesagt hat mit eigenen Augen, sondern durch eine doppelte, überdieß vielleicht getrübe Brille – nämlich die des Inquirenten und die des Referenten.“<sup>132</sup> Weil der tatsächlich Urteilende aufgrund der Aktenversendung keinerlei persönlichen Eindruck von dem Inquisiten gewinnen konnte, prägten nicht mehr die noch in der Phase der Beweisaufnahme herrschende Mündlichkeit, Unmittelbarkeit (und Anwesenheit), sondern stattdessen Schriftlichkeit, Mittelbarkeit (und Abwesenheit) das Urteil.<sup>133</sup> Die Devise des Inquisitionsverfahrens lautete daher konsequenterweise: „Quod non est in actis, non est in mundo.“<sup>134</sup> Allein der Akteninhalt war Grundlage der Entscheidung. Erst am Ende dieses maßgeblich schriftlichen Verfahrens kam es dann zu einer öffentlichen Urteilsverkündung und -vollstreckung („endlicher Rechtstag“, Art. 78 ff. CCC),<sup>135</sup> die aber nur noch den Charakter eines „formalen Schaustücks“<sup>136</sup> hatte.

Aus diesem in der Peinlichen Gerichtsordnung beschriebenen Verfahren bildete sich im weiteren Verlauf der Geschichte das heraus, was man üblicherweise als „geheimen schriftlichen Inquisitionsprozess gemeinen Rechts“ bezeichnet und bis zur Reformbewegung des 19. Jahrhunderts andauern sollte.<sup>137</sup> Auch das in der Peinlichen Gerichtsordnung etablierte Institut der Aktenversendung sollte bis dahin Bestand haben.<sup>138</sup>

---

tiv zum Aktenversendungsverfahren ist auch die genealogische Darstellung bei *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, S. 98 ff.

<sup>130</sup> *Zachariä*, *Gebrechen und Reform*, S. 159; *Vormbaum*, *Strafrechtsgeschichte*, S. 98. Analog dazu spielt auch heute der Einfluss des Berichterstatters im Revisionsverfahren eine große Rolle für die Entscheidung, vgl. *Fischer/Eschelbach/Krehl*, *StV* 2013, 395, 400 f.

<sup>131</sup> *Löhr*, *Unmittelbarkeit*, S. 30.

<sup>132</sup> *Schwarze*, *Das Geschwornengericht*, S. 6.

<sup>133</sup> Vgl. *Eb. Schmidt*, *LK I*, Rn. 427; *Zachariä*, *Gebrechen und Reform*, S. 156 ff.; *Löhr*, *Unmittelbarkeit*, S. 30.

<sup>134</sup> *Eb. Schmidt*, *LK I*, Rn. 427 mit dem Hinweis auf die ebenso zutreffende Umkehrung „Quod est in actis, est in mundo.“; *Geppert*, *Unmittelbarkeit*, S. 17; *Löhr*, *Unmittelbarkeit*, S. 29; *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, S. 103: „Die Wahrheit erweist sich im Akt des Zu-den-Akten-Genommen-Worden-Seins.“

<sup>135</sup> *Löhr*, *Unmittelbarkeit*, S. 27; *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., § 69 Rn. 8.

<sup>136</sup> *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, § 81; *Geppert*, *Unmittelbarkeit*, S. 17: „dem Verfahren angehängtes bloßes Zeremoniell ohne jede Sachbedeutung“; ebenso *Löhr*, *Unmittelbarkeit*, S. 28; vgl. auch *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung*, S. 126 f.

<sup>137</sup> Vgl. *Geppert*, *Unmittelbarkeit*, S. 19 f.

<sup>138</sup> *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, § 118.