

Schriften zum Strafrecht

Band 268

Legitimation durch Strafverfahren

Die normative Kraft des Misstrauens

Von

René Börner



Duncker & Humblot · Berlin

RENÉ BÖRNER

Legitimation durch Strafverfahren

Schriften zum Strafrecht

Band 268

Legitimation durch Strafverfahren

Die normative Kraft des Misstrauens

Von

René Börner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit
im WS 2013/2014 als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14397-9 (Print)

ISBN 978-3-428-54397-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84397-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Frau Daniela
sowie
meinen Kindern Helena und Constantin
in Liebe gewidmet*

Vorwort

Das vorliegende Buch ist die Veröffentlichung meiner Habilitationsschrift, die im WS 2013/2014 bis Anfang des SS 2014 der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam vorgelegen hat. Rechtsprechung und Schrifttum befinden sich auf dem Stand vom 16.11.2013.

Meinem akademischen Lehrer, Herrn *Prof. Dr. Küpper*, bin ich zu besonderem Dank verpflichtet, der mich bereits zur Studentenzeit, über die Dissertation und bis zum heutigen Tag mit Rat und Zuversicht gefördert hat.

Es ist üblich, auch all jenen zu danken, die ansonsten zur Entstehung des Werkes beigetragen haben, was ich ebenfalls gern tue, doch nicht ohne einen Beteiligten besonders hervorzuheben: Die deutsche Strafrechtspflege. Das Prozessrecht lebt von konkreter Anschauung und persönlicher Teilhabe. Die von Herrn *Prof. Dr. Küpper* unterstützte intensive Feldforschung als Strafverteidiger hat Blickwinkel und Fragen eröffnet, die mir am Schreibtisch verborgen geblieben wären. Die Behandlung der Problemstellungen ist aber dennoch und selbstverständlich wissenschaftlicher Objektivität verpflichtet.

Schließlich wende ich mich an meine Familie, insbesondere meine Eltern, sowie meine Frau und meine beiden Kinder *Helena* und *Constantin*, die mir auf dem kaum jemals langweiligen Berufsweg stets fester Rückhalt und Motivation gewesen sind.

Potsdam, April 2014

René Börner

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
<i>Teil 1</i>	
Grundlagen	
§ 1 Aufgabenstellung	26
§ 2 Die faktische Legitimation durch Strafverfahren	36
§ 3 Die normative Legitimation durch Strafverfahren	97
§ 4 Die rechtstheoretische Einordnung	184
§ 5 Fazit	185
<i>Teil 2</i>	
Hintergründe justizieller Eingriffe	
§ 6 Das moderne richterliche Selbstverständnis als Paradoxon	187
§ 7 Strafprozessuale Grundwerte wider den Angeklagten	191
§ 8 Fazit	218
<i>Teil 3</i>	
Justizielle Änderungen des Strafprozessrechts	
§ 9 Die Rügeverkümmerng	220
§ 10 Die strafprozessualen Obliegenheiten vor dem Tatgericht	310
§ 11 Restriktionen des Beweisantragsrechts	469
Schluss	583
Literaturverzeichnis	584
Sachverzeichnis	626

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
-------------------------	----

Teil 1

Grundlagen	26
-------------------	----

§ 1 Aufgabenstellung	26
I. Die Idee einer funktionellen Theorie des Strafverfahrens	26
II. Legitimation durch Verfahren	29
III. Gegenstand der Legitimation durch Strafverfahren	30
1. Entscheidungsspielraum als Bezugspunkt	30
2. Entscheidungsebenen des Strafurteils	31
a) Das Tatgericht	31
b) Das Revisionsgericht	34
c) Verfahrensregeln der jeweiligen Entscheidungsebenen	35
3. Ergebnis	35
§ 2 Die faktische Legitimation durch Strafverfahren	36
I. Das Problemfeld	36
1. Das Erscheinungsbild staatlicher Autorität	37
2. Die verfahrensunabhängige Urteilsakzeptanz	38
3. Das verfahrensbedingte Vertrauen in das Urteil	39
4. Die Abstufung der Akzeptanz	40
5. Zwischenergebnis	41
II. Legitimation durch Verfahren bei Niklas Luhmann	42
1. Ausgangspunkt	42
2. Die Legitimation im Sinne Luhmanns und die Wahrheitsfindung	43
3. Die Art der Legitimation durch Verfahren	45
4. Die Legitimationsleistung des Verfahrens	47
5. Die Legitimation speziell im Gerichtsverfahren	50
6. Kritik	52
a) Kritik auf normativer Ebene	52
aa) Faktische Legitimation und materielles Recht	52
bb) Faktische Legitimation und materielle Wahrheit	54
cc) Luhmann und die realen richterlichen Entscheidungs- abläufe	55
dd) Ergebnis	56
b) Kritik auf faktischer Ebene	57

aa)	Das allgemein überwiegende Vertrauen in die Billigungswürdigkeit des Urteils	58
bb)	Das Vertrauen des Betroffenen aus normativer Perspektive	59
cc)	Das Vertrauen des Betroffenen nach den Prämissen Luhmanns	60
7.	Ergebnis	63
III.	Die sozialpsychologische Verfahrensgerechtigkeit	64
1.	Ausgangspunkt	64
2.	Der Einfluss der Verfahrensart	69
3.	Kriterien prozeduraler Gerechtigkeit	71
a)	Rahmenbedingungen des Verfahrens	71
b)	Verfahrenskontrolle der Betroffenen	73
aa)	„Mitsprache“	74
bb)	„Berufung“	75
c)	Die entscheidungsbezogenen Kriterien	76
4.	Die psychologischen Theorien der Verfahrensgerechtigkeit	78
a)	Referent-Cognition-Theorie	79
b)	Equity-Theorie und Ersetzbarkeitsansatz	81
c)	Group-value-Theorie	82
d)	Zwischenergebnis	86
5.	Die psychologischen Folgen empfundener Ungerechtigkeit	87
a)	Ungerechtigkeit und Verärgerung	88
b)	Verärgerung und Aggression	90
c)	Introvertierte Folgen erlebter Ungerechtigkeit	92
d)	Zwischenergebnis	93
6.	Wahrnehmungsperspektiven und Manipulationen	93
7.	Zusammenfassung	95
IV.	Ergebnis	96
§ 3	Die normative Legitimation durch Strafverfahren	97
I.	Grundlagen der Untersuchung	98
1.	Das materielle Schuldprinzip als Bezugspunkt	98
2.	Die forensische Wahrheit	99
3.	Entscheidungsqualität	104
4.	Untersuchungsfeld	104
5.	Die normative Legitimation aufgrund normativer Heuristiken	108
a)	Heuristik als die Methode normativer Gewissheit	108
b)	Exkurs: Eine skeptische Reflexion	111
c)	Objekte und Subjekte der Heuristik	112
d)	Definition der normativen Legitimation durch Strafverfahren	114
II.	Die forensische Wahrheitssuche	114
1.	Fehlerquellen im Strafprozess	115
a)	Das Tatgericht	116
aa)	Kritische Bestandsaufnahme	117

bb) Psychologische Untersuchungen	120
(1) Die Einflüsse kognitiver Dissonanz	120
(2) Der Schulterchlusseffekt	123
cc) Zwischenergebnis	125
b) Der Zeuge	125
aa) Wahrnehmung und Erinnerung	125
bb) Fehlerrelevanz der Vernehmung	128
cc) Die bewusste Falschaussage	131
dd) Erkenntnismöglichkeit und Fachkompetenz	133
ee) Wechselbezüge zur Fehlerquelle Gericht	136
ff) Zwischenergebnis	137
c) Die übrigen Beweismittel	138
d) Der Angeklagte	140
e) „Opferanwälte“ und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft	141
f) Verteidiger	145
g) Ergebnis	146
2. Fehlerkompensation durch Verfahren	146
a) Das Gesamtgefüge der Fehlerkompensation	147
aa) Die Beweiserhebung als solche	147
bb) Sinn und Struktur der Kommunikation in der Haupt- verhandlung	148
b) Die rechtliche Relevanz der tatsächlichen Fehlerkompensation	152
c) Die Verteidigung im System forensischer Wahrheitsfindung	153
3. Ergebnis	154
4. Förderung der Entscheidungsqualität jenseits der Wahrheitssuche	155
III. Die allgemeine Entscheidungsheuristik (Glaubwürdigkeit)	155
1. Die These	156
2. Das Erkenntnisinteresse	158
3. Vermeidung von Misstrauen	159
a) Die Integrität des Gerichts	159
aa) Bestimmtheit und Unabhängigkeit des Richters	159
bb) Richterausschluss und Besorgnis der Befangenheit	161
cc) Vertrauensschutz und normative Legitimation	162
b) Die Widerspruchsfreiheit der Strafrechtspflege insgesamt	163
aa) „Justizförmigkeit“ als normative Akzeptanz	164
bb) Die Absolutheit des Folterverbots	166
cc) Das unselbständige Beweisverwertungsverbot	173
(1) Auflösung des Zielkonflikts	173
(2) Das Denkmuster unselbständiger Beweisverwertungs- verbote	175
(3) Der Vorbehalt des Gesetzes	177
4. Die zweite Seite des fair trial Prinzips	178

5. Weitere doppelrelevante Verfahrenselemente	181
6. Rückkopplung zur faktischen Fairnessheuristik	183
IV. Zusammenfassung	184
§ 4 Die rechtstheoretische Einordnung	184
§ 5 Fazit	185

Teil 2

Hintergründe justizieller Eingriffe	187
§ 6 Das moderne richterliche Selbstverständnis als Paradoxon	187
§ 7 Strafprozessuale Grundwerte wider den Angeklagten	191
I. Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege	192
1. Entwicklung des Topos	192
2. Grundlegende Bedenken	193
3. Bezug zur Legitimation durch Strafverfahren	197
a) Wahrheitsbezug	197
b) Akzeptanz der Strafrechtspflege	197
4. Methodik einer konkreten Legitimationsbewertung	198
II. Die Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs	200
1. Der erwiesene Missbrauch	201
a) Merkmale und Rechtsfolgen des Rechtsmissbrauchs	201
b) Das allgemeine Missbrauchsverbot	202
c) Der Nachweis eines Missbrauchs	203
2. Der Missbrauchsverdacht	204
a) Das faktisch reale Spannungsfeld	204
b) Prävention durch Verdachtssanktion	206
3. Ergebnis	207
III. Das Beschleunigungsgebot	208
1. Die tatsächliche Ausgangslage	208
2. Das subjektive Recht	211
3. Das öffentliche Interesse	213
a) Grundprobleme	213
b) Legitimation durch Strafverfahren	214
aa) Schädigung der faktischen Legitimation durch Verfahren	214
bb) Schädigung der normativen Legitimation durch Verfahren	216
cc) Gesamtwürdigung	217
4. Ergebnis	217
§ 8 Fazit	218

*Teil 3***Justizielle Änderungen des Strafprozessrechts** 219

§ 9 Die Rügeverkümmerng	220
I. Zur Überschreitung des Gesetzeswortlautes	220
II. Die Problemkonstellation	221
III. Die Konstruktionen der Rügeverkümmerng	223
IV. Begründungslinien	226
1. Gesetzesbindung	226
a) Konkretisierung der Fragestellung	226
b) Wortlaut und Systematik	228
c) Normzweck	230
aa) Funktionstüchtigkeit des Revisionsgerichts	230
bb) Sorgfaltsgebot	231
cc) Beweissicherung	234
dd) Anpassung des Revisionsangriffs	234
ee) Ergebnis	236
d) Rechtsposition des Beschwerdeführers	236
aa) Herleitung	237
bb) Die Argumentationsqualität des Großen Senats	239
e) Umkehrschluss aus § 164 ZPO	241
f) Beurteilung durch das BVerfG	243
aa) Mehrheitsentscheidung des BVerfG	243
bb) Sondervotum Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio	244
g) Ergebnis	245
2. Vereinfachung und Entlastung	246
3. Wahrheit	247
a) Zweckwidrigkeit des Wahrheitsbezuges	248
b) Unschlüssigkeit des Wahrheitsarguments	248
c) Wahrheit und Prozesstatsachen	251
aa) Der Bezug zur forensischen Wahrheit	251
bb) Der heuristische Wert des unzutreffenden Protokolls	252
d) Die Erkenntnisqualität	254
aa) Die allgemeine Unzuverlässigkeit der Erinnerung	255
bb) Der Einfluss von Eigeninteressen	259
cc) Leistungsfähigkeit des Freibeweisverfahrens	261
dd) Die gesetzliche Lösung eines Erkenntnisproblems	263
e) Ergebnis	265
4. Beschleunigung und Rechtsmissbrauch	265
a) Beschleunigung	265
aa) Anwendbarkeit des § 274 StPO auf die Vollstreckungs- lösung	267

bb) Vom Großen Senat zu verantwortende Verzögerungen	267
cc) Verantwortlichkeit der Justiz für eine längere Verfahrensdauer	269
dd) Die petitio principii	270
ee) Ergebnis	271
b) Rechtsmissbrauch und Prävention	271
aa) Erwiesener Rechtsmissbrauch	272
bb) Prävention des Missbrauchs	275
cc) Ergebnis	279
c) Die historische Dimension	279
5. Opferschutz	281
6. Zwischenergebnis	282
V. Legitimation durch Strafverfahren	283
1. Die faktische Legitimation	283
a) Gesetzesbindung	284
b) Verbleibender Sorgfaltsmangel	285
c) Auswirkungen auf die Hauptverhandlung	285
d) Missbrauchsverdacht gegenüber dem Beschwerdeführer	288
aa) Die allgemeine Verletzung interaktionaler Fairness	288
bb) Der wirkungsstarke Zeitpunkt des Fairnessverstößes	289
cc) Die Häufigkeit des Fairnessverstößes bei Rückverkrümmung	289
e) Das Strafbarkeitsrisiko des Verteidigers	291
f) Ergebnis	293
2. Die normative Legitimation	294
a) Wahrheitsheuristik	294
b) Allgemeine Entscheidungsheuristik	295
aa) Gesetzesbindung	295
bb) Missbrauchsverdacht gegenüber der Justiz	295
(1) Das Tatgericht	295
(2) Das Revisionsgericht	297
cc) Das Fairnessprinzip	301
(1) Vertrauensschutz	301
(2) Chancengleichheit	303
c) Ergebnis	306
3. Gesamtbewertung	306
VI. Ergebnis	310
§ 10 Die strafprozessualen Obliegenheiten vor dem Tatgericht	310
I. Ausgangspunkt	310
II. Erkenntnisinteresse	312
III. Die Obliegenheit im Bürgerlichen Recht	312
1. Das materielle Zivilrecht	313
a) Einordnung und Abgrenzung der Obliegenheit	313

aa) Das Grundmodell	313
bb) Die Suche nach einer exakteren dogmatischen Gestalt der Obliegenheit	315
(1) Die Obliegenheit als Rechtspflicht	316
(a) Der psychologisch orientierte Pflichtbegriff	316
(b) Die Nebenpflichttheorie und das Erfüllungs- interesse	319
(2) Die Obliegenheit als „Voraussetzung“	322
b) Die Statuierung einer Obliegenheit	324
aa) Die rechtmethdische Statuierung zivilrechtlicher Obliegenheiten	324
bb) Der sachliche Grund zivilrechtlicher Obliegenheiten	325
(1) Die Grundideen	325
(2) Der Einfluss des Erfüllungsinteresses	326
(3) Verantwortungsbereiche im Strafprozess	328
(4) Die Obliegenheit als Dispositionsbefugnis	328
c) Zusammenfassung und Ausblick	329
2. Obliegenheiten im allgemeinen Zivilprozess	331
a) Das Prozessmodell der Zivilrechtsstreitigkeit	331
b) Die Prozessmaximen	334
c) Die Lasten	337
aa) Grundzüge	337
bb) Prozesspflichten	339
cc) Erscheinungsformen der zivilprozessualen Lasten	341
IV. Obliegenheiten in der Hauptverhandlung	342
1. Ordnungskriterien	343
a) Das Erfüllungsinteresse	343
b) Rechtswidrigkeit	346
c) Dispositionsbefugnis	347
d) Verantwortungs- und Risikobereiche	348
e) Das Ordnungsmodell	348
2. Mitwirkungsobliegenheiten	349
a) Aussetzungsanträge	349
aa) Einzelfälle	349
bb) Grund der Obliegenheit	350
(1) Verzicht	351
(2) Verwirkung	352
(3) Zwischenrechtsbehelf	354
(4) Abschließende Regelung	355
(5) Die ratio	356
(6) Rechtsfolge des Obliegenheitsverstoßes	358
cc) Zwischenergebnis	359

dd) Sekundäre Fragen	359
ee) Ergebnis	360
b) Beweisanztragsrecht	360
aa) Fürsorge für die Verbindlichkeit eines vorherigen Antrags	361
(1) Beweisanztrag außerhalb der Hauptverhandlung	362
(2) Beweisanztrag innerhalb der Hauptverhandlung	366
(3) Zwischenergebnis	366
bb) Überwachung der Bescheidung	367
(1) Rechtliche Fehler	367
(2) Tatsächliche Fehler	368
(a) Grundsatz	368
(b) Sonderfall	370
(3) Rechtsmissbrauch	371
(4) Zwischenergebnis	372
c) Ergebnis	373
3. Rügeobliegenheiten	373
a) Fallgruppen	374
aa) Ausdrückliche Rügeobliegenheiten	374
(1) Gesetzliche Statuierung	375
(2) Hintergründe	375
(3) Rechtsfolge	377
(4) Gesetzesmotive	380
(5) Ergebnis und Ausblick	383
bb) Im Gesetz benannte Rügemöglichkeiten	383
(1) Aussagegehalt des Gesetzes	384
(2) Vergleich zu den gesetzlichen Rügepräklusionen	387
(3) Zwischenergebnis	388
(4) Meinungsstand	389
(5) Ergebnis	390
cc) Rein richterrechtliche Rügeobliegenheiten	390
(1) Widerspruchsobliegenheit	390
(a) Erklärungsmodelle	391
(aa) Materielle Ebene	391
(bb) Der Mosbacher'sche Zwischenrechtsbehelf	393
(b) Bewertung	399
(c) Ergebnis	400
(2) Rügeverlust durch Verfahrensverständigung	401
dd) Ergebnis	404
b) Zu einer allgemeinen Rügeobliegenheit	404
aa) Zur Unvereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Prozessmodell	405
(1) Grundlagen im Zivilprozess	405

(2) Vergleich	406
(3) Ergebnis	408
bb) Der Umkehrschluss aus § 295 ZPO	408
cc) Der Verteidiger als Garant des rechtmäßigen Verfahrens ..	409
(1) Deduktive Anknüpfung	409
(2) Kritik	410
(a) Unpassende Vorzeichen	410
(b) Prinzipielle Begründungsmängel	412
(3) Ergebnis	414
dd) Verzicht	415
(1) Strukturen	415
(2) Verzichtbarkeit	417
(3) Wider den stillschweigenden Verzicht	418
(4) Ergebnis	420
ee) Rechtsmissbrauch	420
(1) Zur Beschränkung durch Verzichtbarkeit	420
(2) Schweigen als Grundlage eines Rechtsmissbrauchs ..	421
(3) Nachweis	423
(4) Ergebnis	425
ff) Verwirkung	425
gg) Beruhen	428
hh) Zwischenrechtsbehelf und Subsidiarität	429
(1) Kernaussagen	429
(2) Die Begründungsmethode	430
(3) Vereinbarkeit mit dem Gesetz	431
(4) Die Verteidigung Mosbachers	434
(5) Ergebnis	435
4. Fazit	436
V. Legitimation durch Strafverfahren	436
1. Die faktische Legitimation durch Strafverfahren	436
a) Gesetzesbindung	437
b) Konsistenz	437
c) Verbleibender Sorgfaltsmangel	440
d) Unbefangenheit	441
e) Verkürzung der „Berufungsmöglichkeit“	444
aa) Objektive Unterschiede zur Revisionsrüge	444
(1) Zeitmoment	444
(2) Aufmerksamkeit und Gruppenzwang	446
(3) Folgen für die Erfolgsaussichten der Verfahrensrüge ..	447
bb) Hemmnisse aus interaktionaler Unfairness	448
(1) Wortmeldung	449
(2) Inhaltliche Ungehörigkeit	450

(3) Ungewissheit des Erfolges	451
(4) Ergebnis	454
cc) Die institutionalisierte Prozessfalle	454
dd) Ergebnis	455
f) Weitere Verletzungen interaktionaler Fairness	455
aa) Allgemeiner Missbrauchsverdacht	455
bb) Verantwortungsverlagerung	456
g) Ergebnis	457
2. Die normative Legitimation durch Strafverfahren	458
a) Die forensische Wahrheit	458
aa) Verfahrensverletzung und Wahrheitsbegriff	458
bb) Störungen durch obliegenheitsgemäße Beanstandungen	460
b) Allgemeine Entscheidungsheuristik	465
aa) Gesetzesbindung	465
bb) Chancengleichheit	466
(1) Schlechterstellung allgemein	466
(2) Störung des Vertrauensverhältnisses zum Verteidiger	467
3. Gesamtbewertung	468
§ 11 Restriktionen des Beweisantragsrechts	469
I. Grundlagen	471
1. Zwangswirkungen des Beweisantrags	471
a) Das Verfahren des Beweisantragsrechts	471
aa) Die Kernbestandteile des Beweisantrags	471
bb) Die Art der Stellung eines Beweisantrags	472
cc) Der Zeitpunkt der Stellung eines Beweisantrags	473
dd) Die Bescheidung des Beweisantrags	475
ee) Beweisanträge unter einer Bedingung	475
ff) Die antragsgemäße Beweiserhebung	476
gg) Zusammenfassung	477
b) Die Unwägbarkeiten der Ablehnung eines Beweisantrags	477
aa) System und Inhalt der gesetzlichen Ablehnungsgründe	477
bb) Die Kontinuität	478
cc) Zusammenfassung	479
c) Ergebnis	479
2. Zweck und Funktionen des Beweisantragsrechts	479
3. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Beweisantragsrechts	480
4. Die Nötigungsfunktion	483
a) Beweisantrag und Amtsaufklärungspflicht	484
aa) Standpunkte	484
bb) Zur Indizwirkung einer weitergehenden Amtsaufklärungspflicht	485
cc) Gesetzestext und Systematik des § 244 StPO	488

dd) Die dogmatischen Grundlagen und der Umfang der Divergenz	490
(1) Die Kriterien der Bedeutungslosigkeit i. S. d. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO	490
(a) Der fehlende Sachzusammenhang	490
(b) Der mögliche, aber nicht zwingende Schluss	491
(c) Der Vergleich zu § 245 Abs. 2 S. 3 StPO	492
(2) Die Kriterien des § 244 Abs. 2 StPO	493
(a) Die Prognose zur Beweiserhebung an sich	493
(b) Die antizipierte Beweiswürdigung	494
(c) Die Tatsachengrundlagen der Beurteilung nach § 244 Abs. 2 StPO	495
(3) Die verfahrensrechtlichen Unterschiede	495
(a) Der Begründungsaufwand für Beweisablehnungen	496
(b) Unterschiede in der Revisionsbegründung	496
(c) Zusammenfassung	497
ee) Ergebnis	497
b) Die normativ bezweckte Wahrheitsfindung	498
c) Die Ermittlungskomponente als strukturelle Fairness	498
d) Die verfahrens-psychologische Komponente im Diskurs der Wahrheitsfindung	500
aa) Aufklärungspflicht und Wahrheitsfindung durch Beweis- antrag	500
bb) Die verfahrens-psychologischen Beeinflussungen des Tat- gerichts	501
e) Die Gefährdung der Nötigungsfunktion	503
f) Zwischenergebnis	504
5. Die Diskursfunktion	505
a) Der Sinn der Ablehnungsbegründung im Allgemeinen	505
b) Der Zeitpunkt der Ablehnungsbegründung	506
aa) Die Verbescheidung im Urteil	506
bb) Die Zurückstellung in der Hauptverhandlung	508
cc) Zwischenergebnis	513
c) Die allgemeinen formellen Anforderungen	513
d) Der Informationsgehalt der einzelnen Ablehnungsgründe	516
aa) Die Gruppen der gesetzlichen Ablehnungsgründe	516
bb) Die Bedeutungslosigkeit	517
cc) Die Wahrunterstellung	520
(1) Grundlagen	520
(2) Die diskursiven Probleme der Wahrunterstellung	522
(a) Die Umgehung der Bedeutungslosigkeit	523
(b) Der Austausch gegen die Bedeutungslosigkeit	525
dd) Die Erwiesenheit	527

ee) Die Offenkundigkeit	530
ff) Zusammenfassung	532
e) Der psychisch-reale Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts	532
f) Über den Zwang zur ablehnenden Bescheidung	534
g) Der Meinungsstand zur Diskursfunktion	536
aa) Die Anerkennung der Diskursfunktion	537
bb) Wahrheitsfindung im Diskurs	538
cc) Kritik an der Diskursfunktion	538
h) Zwischenergebnis	539
6. Ergebnis	540
II. Problemfeld und Untersuchungsgegenstand	541
III. Das formelle Fristenmodell	542
1. Die verweigerte Entgegennahme eines Beweisantrags	542
a) Entziehung des Antragsrechts ohne vorherige Fristsetzung	542
aa) Die vollständige Entziehung des Antragsrechts	543
bb) Die Begrenzung auf Beweisanträge des Verteidigers	544
cc) Ergebnis	545
b) Die Entziehung des Beweisantragsrechts durch Fristablauf	545
aa) LG Hamburg, Beschl. v. 28.11.2002 – 623 Ks 1/99	545
(1) Gründe	546
(2) Kritik	546
c) Die Lösung des praktischen Problems	548
aa) Die Verhandlungsführung	548
bb) Eine Fristsetzung für die Vorbereitung von Beweisanträgen	549
d) Ergebnis	550
2. Die Herabstufung zum Beweisermittlungsantrag	550
3. Der Standpunkt des 5. Strafsenats des BGH	551
a) Die Vorgehensweise des LG Hamburg aus der Sicht des Senats	552
b) Lösungsmodell und Begründung des Senats	553
c) Separate Kritik	555
aa) Die Funktionstüchtigkeit und das Missbrauchsverbot	555
bb) Der zweifelhafte Nutzen einer späten Bescheidung	556
cc) Die materielle Komponente des Modells	560
d) Ergebnis	561
IV. Das materielle Fristenmodell des 1. Strafsenats des BGH	561
1. Der Standpunkt des Senats	562
2. Die Ausgestaltung durch das BVerfG	564
V. Kritik	566
1. Die Verletzung von § 246 Abs. 1 StPO	566
2. Der dysfunktionale Charakter der Fristsetzung	569

a) Die Nötigungsfunktion	569
b) Die Diskursfunktion	572
c) Ergebnis	573
3. Die Untauglichkeit des Indizes	573
4. Der Beschleunigungsgrundsatz	576
a) Rechtliche Bewertung	576
b) Tatsächliche Bewertung	577
c) Ergebnis	578
5. Der Umkehrschluss aus § 296 ZPO	579
6. Ergebnis	579
VI. Legitimation durch Strafverfahren	579
1. Die faktische Legitimation	579
a) Missbrauchsvorwurf	580
b) Unehrlichkeit	580
c) Befangenheit	581
d) Verfahrenskontrolle	581
2. Die normative Legitimation	581
3. Gesamtbewertung	582
Schluss	583
Literaturverzeichnis	584
Sachverzeichnis	626

Einleitung

Die Legitimation des Strafurteils ist problematisch. Weil es Menschen sind, die andere Menschen richten, verstehen sich die Zuverlässigkeit des Urteils und seine Akzeptanz nicht von selbst. Die Untersuchung verfolgt die von *Luhmann* formulierte Frage nach der Legitimation durch Verfahren von ihren Grundlagen bis hinein in die jüngeren Entwicklungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Das Interesse richtet sich auf ein System der Legitimation durch Strafverfahren, in welchem faktische und normative Mechanismen ineinander greifen, um die Akzeptabilität der gerichtlich ausgeübten Entscheidungsspielräume herzustellen. Eine aus dieser Perspektive geführte Argumentation tritt zunehmend in Erscheinung, jedoch bislang zumeist sporadisch anhand von Einzelfragen. Vorliegend wird der Versuch unternommen, ein grundlegendes theoretisches Gefüge zu entwerfen und konkret methodisch zu erproben. Ein Anspruch auf abschließende Richtigkeit wird und kann – gemessen an der sich in ihren Anfängen befindenden Diskussion – nicht erhoben werden. Es geht darum, einen möglichst präzisen ersten Wurf zu wagen. Aus der Perspektive der dabei relevant erscheinenden Bedingungen faktischer und normativer Akzeptabilität ungewünschter Entscheidungen sollen die derzeit in der Diskussion stehenden Eingriffe der Strafjustiz in das Verfahrensrecht beurteilt werden. Die treibende Kraft der justiziellen Umgestaltung des Strafprozessrechts dürfte ein bohrendes Misstrauen gegenüber dem Angeklagten und seiner Verteidigung sein, das leicht dazu verleitet, dem Erledigungsdruck nachzugeben. Die Mittel dieser Umgestaltung scheinen aber geeignet, ihrerseits ein nicht minder bohrendes Misstrauen gegenüber der Justiz zu schaffen. Hierin liegt das zentrale Spannungsverhältnis. Das Misstrauen gegenüber der Ausübung der Verfahrensrechte gewinnt in der Beschränkung dieser Rechte normative Gestalt. Im Gegenzug ist zu fragen, ob nicht auch ein Misstrauen der dem Recht unterworfenen Bürger gegenüber der Justiz von Bedeutung sein kann. Eine Strafjustiz, der nicht zu trauen ist, riskiert ihre gesellschaftliche Akzeptanz und gefährdet die staatliche Ordnung. Diesen Aspekt im Detail vor Augen zu führen und zur Diskussion zu stellen, ist das Ziel der vorliegenden Arbeit.

Teil 1

Grundlagen

Ausgangspunkt jeder konkreten Bewertung von Einzelfragen ist die Herstellung tragfähiger Argumentationsgrundlagen. Diese sollen anhand einer näher zu konkretisierenden Aufgabenstellung in empirisch abgesicherten Erkenntnissen der Sozialpsychologie sowie auf normativer Ebene gesucht werden. Der entscheidende und zugleich unsicherste Punkt ist die Frage, ob und inwiefern die normativen Maßstäbe den real existenten faktischen Maßstäben entsprechen. Hier liegt noch vieles im Dunkeln, aber die Richtung des Forschungsinteresses will richtig und zielführend scheinen.

§ 1 Aufgabenstellung

I. Die Idee einer funktionellen Theorie des Strafverfahrens

Jede Lockerung des dem Strafgericht auferlegten Verfahrensreglements berührt das Strafprozessrecht in seinem Kern. Es geht um die Frage, wieviel Erleichterung der Weg zu einer bestandskräftigen Entscheidung verträgt. Das wiederum hängt von den Wurzeln des Verfahrens und seiner Förmlichkeit ab. Nur wenn klar ist, welchen Wert das Verfahren nebst seiner dem Gericht auferlegten Förmlichkeiten hat, können Änderungen des Verfahrens beurteilt werden. Die Besonderheit besteht darin, dass derzeit nicht der Gesetzgeber, sondern die Justiz selbst die Lockerungen des Verfahrensreglements statuiert. Aufgabe einer funktionellen Theorie ist es, das Strafprozessrecht aus der Perspektive seiner Leistungsfähigkeit zu betrachten und Änderungen des Strafprozessrechts anhand ihrer Auswirkungen auf diese Leistungsfähigkeit zu beurteilen.

Das lenkt den Blick auf den Begriff des Zwecks des Strafverfahrens. *Rieß* betont, das Ziel und die Aufgabe des Strafverfahrens gäben den entscheidenden Maßstab für die inhaltliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts ab.¹ Dementsprechend setzt die Debatte um den Missbrauch prozessualer Rechte eine genaue Vorstellung vom Zweck des jeweiligen Rechts voraus. Die

¹ *Rieß*, in: FS Schäfer, S. 155/168.