

EROL POHLREICH

Das rechtliche Gehör im Strafverfahren

Jus Poenale

9

Mohr Siebeck

JUS POENALE
Beiträge zum Strafrecht
Band 9



Erol Pohlreich

Das rechtliche Gehör im Strafverfahren

Mohr Siebeck

Erol Pohlreich, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin, der Université Paris II Panthéon-Assas und der Universität Hamburg; 2006 Erstes Staatsexamen; 2009 Promotion; 2010 Zweites Staatsexamen; 2011–13 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; seit 2007 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte der Humboldt-Universität zu Berlin; 2016 Habilitation.

ISBN 978-3-16-154923-6 eISBN 978-3-16-154924-3
ISSN 2198-6975 (Jus Poenale)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript habe ich im Mai 2016 für die Veröffentlichung fertiggestellt.

Besonderer Dank, nicht nur für die Betreuung des mit dieser Arbeit abgeschlossenen Untersuchungsvorhabens, gebührt meinem Lehrer Prof. Dr. Martin Heger, der meinen akademischen Werdegang seit dessen Anfängen stets wegweisend und fördernd begleitet und mein Verständnis vom Beruf des Strafrechtslehrers vorbildhaft geprägt hat. Prof. Dr. Tatjana Hörnle danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Herzlich danken möchte ich zudem Prof. Dr. Gertrude Lübbecke-Wolff, von der ich in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht viel gelernt habe und die mir in ihrer Zeit als Richterin des Bundesverfassungsgerichts ermöglichte, in ihrem Dezernat – zunächst als Rechtsreferendar, später als wissenschaftlicher Mitarbeiter – mitzuwirken. Dieser Zeit verdanke ich nicht zuletzt auch Inneneinsichten in die Arbeitsweise des Bundesverfassungsgerichts und Erkenntnisse, die ich in diese Arbeit einfließen lassen konnte.

Mein Dank gilt zuletzt auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Bewilligung einer eigenen Stelle, die mir den Freiraum für die zügige Erstellung dieser Untersuchung verschafft hat, und für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Berlin, Mai 2016

Erol Pohlreich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einführung	1

Erster Teil:

Umgang mit behördlicher Geheimhaltung verfahrensrelevanter Umstände

A. <i>Anordnungsvoraussetzungen für Sperrerklärungen nach § 96 StPO (analog)</i>	21
I. Materielle Voraussetzungen	21
1. Vorliegen eines Geheimhaltungsgrundes.	21
2. Notwendigkeit der Geheimhaltung	24
II. Formelle Entscheidungsvoraussetzungen	26
1. Zuständigkeit der obersten Dienstbehörde.	26
2. Darlegungsobliegenheit	26
B. <i>Verwaltungsgerichtliche Prüfung der Behördenentscheidung</i>	28
I. Prüfung der Behördenentscheidung durch das Gericht der Hauptsache	29
II. „In camera“-Verfahren vor dem Fachsenat	32
1. „Akteneinsichtsrechts“-Beschluss	33
2. Gesetzliches Regelungskonzept	35
a) Erfordernis eines Antrags.	38
b) Entscheidungserheblichkeit des gesperrten Beweismittels	38
c) Prüfung der Sperrerklärung	41
d) Umgang mit fortbestehender Weigerung der Behörde.	42
III. Grundsätzlich keine Aussetzung des Strafverfahrens	43

C. Folgen behördlicher Beweiszurückhaltung im Strafverfahren	46
I. Neben dem Gehörsgebot zu beachtende Verfahrensgrundsätze.	49
1. Fairnessgebot und Konfrontationsrecht	49
a) Notwendigkeit behördlicher Geheimhaltung.	53
aa) Differenzierung zwischen Polizeizeugen und „disinterested witnesses“	55
bb) Maßgeblichkeit der Verantwortung für die Unmöglichkeit einer Zeugenkonfrontation	57
cc) Keine generelle Unverwertbarkeit von Aussagen anonymer Zeugen	59
b) Grad der Entscheidungserheblichkeit	60
aa) Bestimmung der Entscheidungserheblichkeit	61
bb) Flexibilität des Beruhenskriteriums	62
cc) Verwertbarkeit konfrontierter Aussagen eines anonymen Zeugen	64
c) Kompensation der Verteidigungsbeschränkung	65
aa) Verhältnis zwischen Beruhenskriterium und Kompensationserfordernis.	67
bb) Verhältnis zwischen Notwendigkeitskriterium und Kompensationserfordernis.	72
2. Untersuchungsgrundsatz.	72
a) Pflicht zur bestmöglichen Wahrheitsermittlung.	73
b) Janusköpfigkeit der Aufklärungspflicht.	75
c) Gesetzgeberische Spielräume.	77
II. Rückgriff auf mittelbare Beweise	78
1. Beweisverwertungsverbot nur bei willkürlicher Sperrerklärung?	82
a) Jedenfalls keine Bindung des Strafgerichts an willkürliche Sperrerklärungen	82
b) Keine Bindung an rechtswidrige Sperrerklärungen	83
c) Kein allgemeines Beweisverbot.	87
2. Möglichkeit einer Beschlagnahme	90
3. Anforderungen an die Beweiswürdigung.	94
a) Gebot vorsichtiger Beweiswürdigung	95
b) Unzureichende Kompensationspotenz der Beweiswürdigungslehre.	99
III. Einführung eines „in camera“-Verfahrens im Strafverfahren	106
1. Schlechterstellung des Beschuldigten durch das Gehörsgebot	108
2. Notwendigkeit eines Antrags des Beschuldigten.	110
a) Zulässigkeit des Gehörsverzichts.	112
b) Disponibilität des Gehörsanspruchs.	115
c) Vereinbarkeit mit dem Unverzichtbarkeitsdogma des BVerfG	118

D. Zusammenfassung	119
------------------------------	-----

Zweiter Teil:

Umgang mit Beweisanträgen

A. Verfassungsrechtliche Verbürgung des Beweisantragsrechts	136
I. Verfassungsrechtlicher Gehalt des Beweisantragsrechts	137
1. Alleinige Maßgeblichkeit des Gehörsgebots für die Reichweite des Beweisantragsrechts.	137
a) Keine Maßgeblichkeit des Grundrechts auf ein faires Verfahren	137
aa) Schutz des Beweisantragsrechts auch über das Fairnessgebot	137
bb) Verdrängung des Fairnessgrundrechts durch den spezielleren Gehörsanspruch.	139
b) Keine Verbürgung des Beweisantragsrechts im Gebot prozessualer Waffengleichheit	140
2. Normgeprägtheit des verfassungsrechtlichen Gehörsgebots	141
a) Bindungen des Gesetzgebers	142
b) Bindungen der Rechtsprechung	144
3. Pflicht zur Berücksichtigung nach Maßgabe der StPO „erheblicher“ Beweisanträge	145
II. Anspruch auf Entscheidung in angemessener Frist	146
1. Verbürgung des Anspruchs im innerstaatlichen Recht	148
2. Konventionsrechtlicher Maßstab	150
a) Kriterien für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer.	150
b) Auf den Anspruch gestützte Einschränkung der Beweisanztragsrechts.	152
aa) Keine generell zulässige Rechtsverkürzung aufgrund Grundrechtskollision mit Opferinteressen.	153
bb) Zulässiger Rekurs auf kollidierende Ansprüche anderer Beschuldigter	154
B. Kontrollmaßstab bei Urteilsverfassungsbeschwerden	156
I. Wechselhafte verfassungsgerichtliche Prüfungsdichte in Gehörsfällen	160
II. Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen auf Willkür	161

1. Offenlassen eines Gehörsverstoßes bei willkürlicher Rechtsanwendung	162
a) Aktualität der Frage	162
b) Kritik am Rekurs auf den Willkürmaßstab	165
c) Stellungnahme	166
2. Art. 103 Abs. 1 GG als spezielles Willkürverbot	166
III. Vermittelnde Ansätze	169
1. Kontrolle am Maßstab der Schumann'schen Formel	169
2. Kontrolle allein der Wahrung eines verfassungsrechtlichen Mindestbestandes	172
a) Steigen des Kontrollniveaus mit zunehmender Nähe zum Kern rechtlichen Gehörs	174
b) Orientierung der Prüfungsdichte am Menschenwürdekern	176
3. Unterscheidung zwischen Subsumtions- und Interpretationsfehlern	176
4. Stellungnahme	178
IV. Strenge Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidung	180
1. Engmaschige Kontrolle	181
2. Kritik an der Prüfungsdichte	183
3. Für eine strenge Prüfung sprechende Gründe	185
C. Vereinbarkeit von Verkürzungen des Beweisantragsrechts mit Art. 103 Abs. 1 GG	187
I. Fristenmodell	189
1. Voraussetzungen einer Antragsablehnung wegen Verschleppungsabsicht	190
2. Zulässigkeit einer Beweisantizipation	191
a) Relevanz des Zeitpunkts der Antragstellung?	193
aa) Keine Abmilderung durch Recht auf Beweiserhebung bei „begründeter“ Säumnis	194
bb) Chancen auf Beweiserhebung nach Fristversäumnis gering	195
b) Exkurs: Gefahr der Funktionslosigkeit verfassungsgerichtlicher Maßstäbe	195
II. Allgemeines Missbrauchsverbot als Schranke des Beweisantragsrechts?	199
1. Befürworter eines allgemeinen Missbrauchsverbots	202
2. Kritik am allgemeinen Missbrauchsverbot zur Ablehnung von Beweisanträgen	203
a) Kritik am allgemeinen Missbrauchsverbot de lege lata	203
b) Verfassungsrechtliche Bedenklichkeit eines normierten allgemeinen Missbrauchsverbots	205

D. Zusammenfassung	208
------------------------------	-----

Dritter Teil:

Begründungserleichterungen als Fehlerquelle im strafgerichtlichen Revisionsverfahren

A. <i>Einfachgesetzliche Absicherung „richtigen“ Entscheidens im Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO</i>	221
I. Verwerfungsantrag	221
1. „Offensichtlich unbegründet“	226
a) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer klaren Begriffsbestimmung	228
b) Unbeachtlichkeit des von einer Hauptverhandlung zu erwartenden Erkenntnisgewinns.	231
c) Maßgeblichkeit der schnellen Erkennbarkeit der Erfolglosigkeit	233
2. Keine Hinweispflicht zu Offensichtlichem	236
II. Einstimmigkeit	238
1. Notwendigkeit strikter Handhabung	238
2. Modalität der Kenntnisaufnahme vom Verfahrensstoff	240
a) Verfassungsgerichtliche Billigung des Vieraugenprinzips.	240
b) Zweifel an der Wirksamkeit des Einstimmigkeits- erfordernisses	241
B. Funktionen gerichtlichen Begründens und ihre verfassungsrechtliche Herleitung	245
I. Akzeptanzfördernde Begründungsfunktionen	248
1. Richtigkeitsfunktion	249
a) Richtigkeit der Auslegung einfachen Rechts	250
aa) Herleitung aus der richterlichen Unabhängigkeit und Gesetzesunterworfenheit	250
bb) Herleitung aus dem Willkürverbot	252
b) Berücksichtigung einschlägiger Grundrechte	258
aa) Verfahrensrechtliche Aktivierung materieller Grundrechte.	259
bb) Herleitung aus dem strafrechtlichen Bestimmtheits- grundsatz	263

cc)	Herleitung aus dem rechtlichen Gehör	264
(1)	Eingeschränkte Begründungspflicht bei Revisionsverwerfungsbeschlüssen	265
(aaa)	Begründungsobliegenheit	265
(bbb)	Kammerrechtsprechung zu § 119 Abs. 3 StVollzG	268
(ccc)	Exkurs: Irrelevanz der Beruhensfrage bei Gehörsverstößen	271
(2)	Konventionsrechtlicher Maßstab	276
(3)	Zwischenergebnis.	278
c)	Befriedungsfunktion	281
2.	Konsensfunktion	285
II.	Entscheidungsbegründung zwecks Kontrolle	286
1.	Gerichtliche Selbstkontrolle	286
2.	Rechtsschutzfunktion	288
3.	Fremdkontrollfunktion	292
III.	Begründungsfunktionen jenseits des Einzelfalls	293
1.	Entlastungsfunktion	293
2.	Rechtssicherheit	294
3.	Qualitätssicherung	295
C.	<i>Grenzen gerichtlicher Begründungsobliegenheit</i>	297
D.	<i>Zusammenfassung</i>	300
	Schluss	304
	Literaturverzeichnis	306
	Sachregister	337

Abkürzungsverzeichnis

./.	gegen
a. A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
ähnl.	ähnlich
Alt.	Alternative
Anh	Anhang
Anl	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung in Strafsachen
BGHSt	Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BMJ	Bundesministerium der Justiz

BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BSG	Bundessozialgericht
BTDrucks	Bundestagsdrucksache
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
diff.	differenzierend
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
entspr.	entsprechend
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit
FH	Festheft
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GjS	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFR	Humboldt Forum Recht
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HStR	Handbuch des Staatsrechts
h.M.	herrschende Meinung
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRRS	Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber(in)
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGSt	Amtliche Sammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RTDrucks	Reichstagsdrucksache
RTProtokoll	Reichstagsprotokoll
S.	Seite, Seiten
s.	siehe
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
StraFo	Strafverteidigerforum
stRspr	ständige Rechtsprechung
StRR	StrafRechtsReport
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderem
v.	von/vom
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSHG	Gesetz zur Harmonisierung des Schutzes gefährdeter Zeugen (Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz)
ZStR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil

zust.
ZZP

zustimmend
Zeitschrift für Zivilprozeß

Einführung

Die Rüge einer Verletzung des Grundrechts¹ auf rechtliches Gehör, dem „prozessualen Urrecht“ des Menschen,² zählt zu den am häufigsten erhobenen Rügen in Verfassungsbeschwerdeverfahren.³ Hiermit korrespondiert die Vielzahl⁴ bundesverfassungsgerichtlicher Judikate zu diesem Grundrecht. Diesen Judikaten zufolge verwirklicht sich das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG in drei Stufen,⁵ namentlich im Recht auf Information, auf Äußerung sowie auf Berücksichtigung des Geäußerten. Um von seinem durch Art. 103 Abs. 1 GG geschützten Anspruch, vor einer seine Rechte betreffenden Entscheidung zu Wort zu kommen und so als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können,⁶ Gebrauch machen zu können, muss der Verfahrensbeteiligte über alle relevanten Tatsachen ins Bild gesetzt worden sein (Informationsanspruch).⁷ Der Beteiligte muss darüber hinaus Gelegenheit erhalten, sich zum Entscheidungserheblichen in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht zu äußern,⁸ Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen (Äußerungsrecht).⁹ Das Gericht muss erhebliche Beweisangebote berücksichtigen¹⁰ und ist darauf beschränkt, nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zu verwerten, zu denen die Beteiligten sich zuvor äußern konnten.¹¹ Dies gilt auch für die vom Untersuchungs-

¹ Die Terminologie des BVerfG hinsichtlich Art. 103 Abs. 1 GG ist uneinheitlich. Mal ist von einem „Grundrecht“ (BVerfGE 1, 332 [347]; 7, 275 [278]; 19, 93 [99]; 74, 1 [4]), mal von einem „Prozessgrundrecht“ (BVerfGE 53, 205 [206]; 60, 247 [249]; 89, 381 [382]) und an anderer Stelle von einem „grundrechtsähnlichem Recht“ (BVerfGE 107, 395 [396, 407]) die Rede. Da die Terminologie für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite des Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG unerheblich ist, wird hier der Einfachheit halber der Begriff „Grundrecht“ verwendet.

² BVerfGE 107, 395 (408) unter Hinweis auf BVerfGE 55, 1 (6); BVerfGK 3, 197 (205); 7, 205 (210); 7, 325 (339); 10, 7 (9); 10, 41 (45); 11, 203 (206); 12, 111 (115); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 16. März 2011 – 1 BvR 2398/10 –, juris.

³ Vgl. *Grafhof*, in: HGR V, § 133 Rn. 9; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 15 m. w. N.

⁴ Gibt man in der juris-Datenbank in der erweiterten Suchfunktion in die Maske „Gericht/Autor“ das Wort „BVerfG“ ein und unter „Norm“ „Art. 103 Abs. 1 GG“, erhält man 1.542 Treffer; dies entspricht mehr als einem Zehntel der dort veröffentlichten 15.000 Entscheidungen des BVerfG (Stand: 26. Mai 2016).

⁵ *Knemeyer*, in: HStR VIII, § 178 Rn. 28.

⁶ BVerfGE 107, 395 (409).

⁷ BVerfGE 7, 275 (280f.).

⁸ BVerfGE 60, 175 (210).

⁹ BVerfGE 6, 19 (20); 15, 303 (307); 36, 85 (87).

¹⁰ BVerfGE 60, 247 (249); 60, 250 (252); 69, 145 (148).

¹¹ Vgl. BVerfGE 70, 180 (189); 89, 381 (382); stRspr.

grundsatz beherrschten Gerichtsverfahren.¹² Dem Äußerungsrecht entspricht die grundsätzliche Pflicht des Gerichts, die Äußerungen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (Berücksichtigungsgebot).¹³ Das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verwirklicht sich insofern im Zusammenspiel von Äußern und Gehörtwerden.¹⁴

Wie sich ein Strafverfahren ohne rechtliches Gehör für den Beschuldigten anfühlt, lässt sich möglicherweise gerade wegen seiner zum Teil grotesken Züge eindrucksvoll in *Kafkas* Roman „Der Process“ nachlesen. Bekanntlich erzählt *Kafka* darin die alpträumartige Geschichte *Joseph K.s*, der zu Beginn des Romans von einer fernen, unerreichtbaren Macht verhaftet und angeklagt wird, ohne dass er die dahinter stehenden Gründe erfährt.¹⁵ Im Laufe der Geschichte erkennt *K.* zunehmend, dass sich das gegen ihn geführte Verfahren von herkömmlichen Strafverfahren unterscheidet: Seine Schuld ist vermutet, und die gegen ihn erhobenen Vorwürfe, die Verfahrensvorschriften und die Identität der hinter dem Verfahren stehenden Macht bleiben sowohl *K.* als auch dem Leser verborgen. *K.s* Advokat *Huld* betreibt die Verteidigung vom Krankenbett aus und teilt seinem Mandanten unablässig mit, wie aussichtslos dessen Lage sei und dass die Verteidigung ohne Kenntnis des Anklagevorwurfs und der Verfahrensregeln anspruchsvoll sei. Am Ende des Romans wird *K.*, noch immer ohne Kenntnis des Vorwurfs gegen ihn, mit einem Fleischermesser hingerichtet. Der Roman schließt mit den letzten Worten *K.s*: „»Wie ein Hund!« sagte er, es war, als sollte die Scham ihn überleben.“

Nicht alle Widrigkeiten, gegen die *Joseph K.* in „Der Process“ anzukämpfen hat, betreffen das rechtliche Gehör. Und sicher lässt sich der Roman auch nichtjuristisch deuten.¹⁶ Er veranschaulicht dem Leser jedoch, dass die bloße Äußerungsmöglichkeit dem Beschuldigten in einem Strafverfahren nichts nützt, wenn der Beschuldigte nicht wissen kann, worauf es bei seiner Verteidigung ankommt. Damit ein Beschuldigter sich im Strafverfahren sinnvoll äußern kann, ist er also in gewissen Grenzen auch auf wechselseitige Kommunikation mit dem Gericht angewiesen.

Die Bedeutung der hinter Art. 103 Abs. 1 GG stehenden Idee hat nicht erst *Kafka* erkannt. Sie reicht in der deutschen Rechtsgeschichte weit zurück.¹⁷ Dass sie in Deutschland erst nach dem Zweiten Weltkrieg auch verfassungsrechtlichen Schutz erfuhr, erklärt sich vor allem vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Dritten Reich.

¹² BVerfGE 7, 53 (56 f.); 275 (281); 75, 201 (215).

¹³ BVerfGE 42, 364 (367); 60, 250 (252); stRspr.

¹⁴ BVerfGE 64, 135 (143 f.); 86, 133 (144); vgl. auch BVerfGE 67, 39 (41); 69, 145 (148).

¹⁵ Der den Roman einleitende Satz „Jemand mußte Josef K. verleumdet haben, denn ohne daß er etwas Böses getan hätte, wurde er eines Morgens verhaftet.“ legt auf den ersten Blick die Unschuld des Protagonisten und damit das Fehlen eines vernünftigen Grundes für das Verfahren nahe, drückt aber bei näherem Hinsehen („mußte“) durchaus eine gewisse Unsicherheit und zumindest die Möglichkeit der Schuld *Joseph K.s* aus, wenngleich bis zuletzt offen bleibt, auf welche Tat sich diese Schuld bezogen haben könnte.

¹⁶ *Canetti* etwa deutete den Roman als autobiographische Erzählung, *Adorno* meinte, darin eine visionär vorweggenommene Sicht auf den nationalsozialistischen Unrechtsstaat zu erkennen, vgl. die Nachweise bei *Hiebel*, in: v. Jagow/Jahrhaus/Hiebel, *Kafka-Handbuch*, 2008, S. 456 (458 f.).

¹⁷ *Rüping*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Strafverfahren, 1976, S. 12 ff.

Verfassungsrechtlich verankert war die Gehörsidee erstmals in der Bayerischen Verfassung von 1946, wo sie seither, wortgleich mit Art. 103 Abs. 1 GG, in Art. 91 Abs. 1 BayVerf verankert ist. Im vorbereitenden Verfassungsausschuss hob der Berichterstatter *Ehard* in der 19. Sitzung hervor, warum es über die bereits damals bestehenden einfachrechtlichen Einzelgewährleistungen des rechtlichen Gehörs in den Verfahrensordnungen hinaus auch einer verfassungsrechtlichen bedurfte:

„Hier handelt es sich um zwei Grundsätze,¹⁸ die bisher nicht in dieser Form in der Verfassung gestanden sind, die sich aber als allgemeine Grundsätze jedes Rechtsstaates so herausgebildet haben, daß sie auf allen Gebieten des Rechts Geltung gewonnen haben und von der Rechtsprechung immer anerkannt worden sind. Es ist sehr zweckmäßig, sie insbesondere auch mit Rücksicht auf die Erfahrungen der letzten zwölf Jahre in die Verfassung zu übernehmen. Ich beantrage deshalb, sie in der Fassung der ersten Lesung unverändert aufzunehmen.“¹⁹

Auch bei den Beratungen über das Grundgesetz begründete man die Notwendigkeit, das rechtliche Gehör verfassungsrechtlich abzusichern, mit den Erfahrungen mit der Unrechtsjustiz im Dritten Reich. Der Herrenchiemseer Verfassungskonvent²⁰ rezipierte Art. 91 der Bayerischen Verfassung²¹ und begründete dies mit den „Vorkommnisse[n] in der jüngsten Vergangenheit“²², brachte jedoch klarer als der vorbereitende Verfassungsausschuss in Bayern zum Ausdruck, dass es nicht allein um die Verhütung einer entgrenzten Rechtsprechung ging, sondern darum, durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs das im Dritten Reich verspielte Vertrauen der Allgemeinheit

¹⁸ Gemeint war neben dem rechtlichen Gehör das in Absatz 2 derselben Vorschrift geregelte Recht eines wegen einer strafbaren Handlung Angeklagten, sich eines Verteidigers zu bedienen.

¹⁹ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, Bd. II, 1946, S. 425.

²⁰ Bei diesem Gremium handelt es sich bekanntlich um den von den Ministerpräsidenten der westlichen Länder einberufenen Sachverständigenausschuss für Verfassungsfragen, der vom 10. bis zum 23. August 1948 auf der Insel Herrenchiemsee verfassungsrechtliche Vorarbeiten leisten sollte, um dem Parlamentarischen Rat eine Grundlage für seine Ausarbeitung einer Bundesverfassung zu vermitteln. Zwar bezeichnete der Verfassungskonvent sich selbst auf dem Titelblatt seines Abschlussberichts als „Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen“ (vgl. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. II, 1981, S. 504). Andererseits sprach er im Bericht selbst von sich als „Konvent“ (vgl. z.B. Deutscher Bundestag/ Bundesarchiv, a. a. O., S. 508, 509, 512). Jedenfalls hat sich die Bezeichnung als „Herrenchiemseer Konvent“ wohl durchgesetzt und wird hier verwendet, zumal auch der Parlamentarische Rat diese Terminologie verwendete.

²¹ Bericht des Unterausschusses III, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. II, 1981, S. 279 (335).

²² In der Begründung des Herrenchiemseer Verfassungsentwurfs heißt es zur Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Verbürgung des rechtlichen Gehörs: „Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht und auf einen Verteidiger ist für den Rechtsstaat an sich selbstverständlich. Aber angesichts der Vorkommnisse in der jüngsten Vergangenheit erscheint es dem Ausschuß angebracht, beide Rechte unter den besonderen Schutz des Grundgesetzes zu stellen. Vorbild: Art. 91 der Bayerischen Verfassung.“, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. II, 1981, S. 504 (629).

in die Rechtspflege wiederherzustellen. Im Bericht des Herrenchiemseer Verfassungskonvents heißt es wörtlich:

„Eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ist ein besonders wichtiges Erfordernis und zugleich eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats. Auf diesem Gebiet hat das nationalsozialistische Regime ein großes Vertrauenskapital zerstört. Die schon in den Länderverfassungen in Angriff genommene Aufgabe, hier von Grund aus aufzubauen, muß im Grundgesetz fortgesetzt werden. Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze (Anspruch auf den gesetzlichen Richter, sachliche und persönliche Unabhängigkeit der Richter, *nulla poena sine lege*) wieder zu Ehren kommen zu lassen, zum Teil darum, neue Formulierungen zu finden, um früher unbekanntes, in der nationalsozialistischen Zeit eingerissenen Mißbräuchen für die Zukunft den Boden zu entziehen (Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf einen Verteidiger, *ne bis in idem*).“²³

Im Parlamentarischen Rat wurde zwar darüber diskutiert, ob es der Aufnahme des Gehörgebots in das Grundgesetz bedurfte oder ob nicht schon dessen einfachgesetzliche Verbürgung ausreichte; gleichwohl herrschte dort Einigkeit an der herausragenden Bedeutung des Gebots.²⁴ Bekanntermaßen setzte sich im Parlamentarischen Rat die Auffassung durch, dass es neben der einfachgesetzlichen Verbürgung des Gehörgebots auch einer verfassungsrechtlichen bedarf.

²³ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, abgedruckt in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. II, 1981, S. 504 (573).

²⁴ „*Dr. Strauß*: Ich würde vorschlagen, auch den Abs. 1 [gemeint ist die Vorschrift über das rechtliche Gehör, Anm. des Verfassers] zu streichen. Der gilt überall. Gilt er nicht mehr, dann haben wir keine Demokratie mehr, und dann hat es auch keinen Zweck mehr, wenn er in der Verfassung steht.

Dr. Laforet: Ich würde ihn nicht streichen. Ich halte ihn für notwendig.

Dr. Strauß: Wenn man diesen Grundsatz der Strafprozeßordnung ändert, dann besteht auch unser Grundgesetz nicht mehr. Ich möchte alles Überflüssige aus dem Grundgesetz herausheben.

Dr. Laforet: Dieser Satz ist der Niederschlag einer Rechtsüberzeugung in allen modernen Staaten.

Dr. Strauß: Meines Erachtens gehört diese Bestimmung nicht ins Grundgesetz, und der Ausschuß sollte sich entschließen, sie hier herauszulassen. Wir könnten den Abs. 1 in Art. 131 Abs. 1 hinübernehmen und dann den ganzen Art. 134 fallen lassen.

Vors. [*Zinn*]: Der Satz würde also hinter dem Grundsatz aufzunehmen sein, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf.

Dr. Mücke: Wir sind uns einig darüber, daß die Rechte der Verteidigung nach der geltenden Strafprozeßordnung eingeschränkt sind. Wir sind uns einig darüber, daß für die Voruntersuchung bzw. das Haftprüfungsverfahren das Recht der Verteidigung mindestens in Bezug auf die Akteneinsicht erweitert werden muß. Da die Strafprozeßordnung eine abschließende Regelung nicht gefunden hat, müssen wir, um eine Möglichkeit der Erweiterung dieser Rechte zu geben, diese Grundsätze in die Verfassung aufnehmen.

Dr. Strauß: Dann müßten wir auch die Ausnahmefälle aufnehmen.

Vors. [*Zinn*]: Es nützt nichts, wenn wir hier einen Teil herausgreifen.

Dr. Becker: Ich könnte mir eine Reform der Strafprozeßordnung auch in der Richtung vorstellen, daß der Verletzte in dem Strafverfahren vor dem Staatsanwalt zugezogen werden muß. Er kann manchen Wink geben. Aber dieses Recht ist nicht so elementar wie das Recht dessen, der zu Unrecht beschuldigt ist. Ich würde den Satz über das rechtliche Gehör unter allen Umständen bestehen lassen.“, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. XIII/2, 2002, S. 1471 f.

Entsprechend dieser Normgenese sieht das BVerfG den Zweck von Art. 103 Abs. 1 GG darin, „Mißbräuche in gerichtlichen Verfahren, wie sie unter dem nationalsozialistischen Regime vorgekommen waren, unmöglich [zu] machen und das Vertrauen des Volkes in eine unparteiische Rechtspflege wiederher[zu]stellen“.²⁵ Welchen Gehalt diese Zweckrichtung hat, hängt freilich davon ab, was unter dem Begriff „Vertrauen“ zu verstehen ist. Der Soziologe *Simmel* versteht unter Vertrauen einen Vorschuss auf das, was wir nicht wissen, einen Zustand zwischen Wissen und Nichtwissen.²⁶ Ähnliches gilt allerdings, wenn man jede Form von Vorschuss – also auch die Antizipation von etwas Negativem, wenngleich auf unsicherer Wissensgrundlage – genügen lässt, auch für das Gegenteil von Vertrauen, nämlich das Misstrauen. Ergänzen müsste man *Simmels* Begriffsbestimmung daher wohl um die Erwägung, dass es beim Vertrauen um den Glauben daran geht, dass es so und nicht anders laufen, dass nichts schiefgehen wird, und weiter darum, dass Vertrauen dann, wenn doch etwas schiefgegangen ist, davon lebt, dass es wiederhergestellt wird. Vertrauen ist wohl nur im Idealbild einer Liebesbeziehung blind. Insofern korrespondiert Vertrauen gerade in Menschen, die Entscheidungen allein fällen dürfen, mit Kontrolle.²⁷

Nicht immer spricht das BVerfG die vertrauensbildende und -schützende Funktion ausdrücklich an; Vertrauensschutzwägungen schwingen aber durchaus in einigen Rechtsprechungslinien mit. So liegt die vertrauensbildende und -schützende Funktion des Gehörgebots auch der Auffassung des BVerfG, Art. 103 Abs. 1 GG schütze vor Überraschungsentscheidungen, zugrunde wegen der dieser Auffassung zugrundeliegenden Prämisse, die Verfahrensbeteiligten müssten bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt erkennen können, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen könne;²⁸ im Umkehrschluss läuft dies darauf hinaus, dass ein sorgfältiger Verfahrensbeteiligter grundsätzlich auf die Wahrung eines „verfahrenstypischen Verständigungshorizonts“ durch das Gericht vertrauen darf.²⁹

Das Gehörgebot erschöpft sich nach der Karlsruher Rechtsprechung freilich nicht in der vertrauensbildenden und -schützenden Funktion; vielmehr erkennt das BVerfG auch dessen qualitätssichernde Funktion an: Die in Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistete Anhörung der Beteiligten erachtet das BVerfG als Voraussetzung einer

²⁵ BVerfGE 9, 89 (95); BVerfGK 11, 202 (205 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 5.

²⁶ *Simmel*, Soziologie, 1. Aufl. 1908, Kap. 5.

²⁷ *Baer*, Vertrauen in Recht und Wissenschaft, 2013, S. 5 f., 11.

²⁸ Vgl. BVerfGE 84, 188 (190).

²⁹ Hierzu und zum dem Vertrauensbezug von Art. 103 Abs. 1 GG zu entnehmenden Verbot von Überraschungsentscheidungen s. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 141 [Lfg. 27]; zur vertrauensbildenden und -schützenden Funktion des Gehörgebots vgl. auch *Arndt*, NJW 1963, S. 432 (433); näher zu den Mißbräuchen im Nationalsozialismus *Rüping*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 90 ff. Zur Bedeutung des Anspruchs auf rechtliches Gehör für das Vertrauen der Verfahrensbeteiligten in die Justiz aus konventionsrechtlicher Sicht siehe EGMR, Urteil vom 21. Februar 2002, *Ziegler ./. Schweiz*, Beschwerde-Nr. 33499/96, § 38; Urteil vom 19. Mai 2005, *Steck-Risch u. a. ./. Liechtenstein*, Beschwerde-Nr. 63151/00, § 57.

richtigen und gerechten Entscheidung und betont, dass die „Aufgabe der Gerichte, über einen konkreten Lebenssachverhalt ein abschließendes Urteil zu fällen, [...] in aller Regel ohne Anhörung der Beteiligten nicht zu lösen“ ist.³⁰ In dieser Funktion steht das Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG in einer ganzen Reihe verfassungsrechtlicher Verfahrensverbürgungen, die dafür Sorge tragen, dass Rechtsanwendungsfehler möglichst unterbleiben, und deren strikte Beachtung das dem Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens immanente Risiko einer falschen Rechtsanwendung im Rechtsstaat des Grundgesetzes hinnehmbar macht.³¹ Zu diesem Zweck gibt Art. 103 Abs. 1 GG dem Richter auf, „durch unvoreingenommene Bereitschaft zur Verwertung und Bewertung des gegenseitigen Vorbringens“ und „unparteiische Rechtsanwendung“ seine Pflichten gegenüber den Verfahrensbeteiligten zu erfüllen.³² Weitere Zweckrichtungen, die allerdings mit der soeben genannten insofern in Verbindung stehen, als sie die Voraussetzungen für diese erst schaffen, liegen in der Optimierung der gerichtlichen Wahrheitsfindung³³ und der bestmöglichen Wahrung der materiellen Rechte des Bürgers.³⁴ Zu guter Letzt regelt Art. 103 Abs. 1 GG die „Möglichkeit und Integrität diskursiver Entscheidungen“³⁵ nicht nur, sondern erhöht diese zu einem Selbstzweck. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich die Geltung des Art. 103 Abs. 1 GG für jedes gerichtliche Verfahren, also auch solche, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt, vergegenwärtigt. Da ja bereits diesem Grundsatz eine richtigkeitsgewährleistende Funktion innewohnt,³⁶ wäre Art. 103 Abs. 1 GG in solchen Verfahren eigentlich nahezu funktionslos; seine Bedeutung auch in diesen Verfahren erschließt sich aber aus der die Subjektqualität der Verfahrensbeteiligten sichernden Funktion, die auch das dem Untersuchungsgrundsatz verpflichtete Gericht grundsätzlich zu einer diskursiven Verfahrensweise anhält. Insofern ist Art. 103 Abs. 1 GG nicht nur als Mittel zum Zweck der Richtigkeitsgewähr gerichtlicher Entscheidungen konzipiert, sondern auch Zweck an sich in dem Sinne, dass nach der diesem Grundrecht zugrundeliegenden Überlegung eine richtige Ent-

³⁰ BVerfGE 9, 89 (95); vgl. auch BVerfGE 39, 156 (168); BVerfGE 55, 72 (93); 63, 332 (337); 70, 180 (188); 101, 106 (129); *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 116 m. v. N.; *Zierlein*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Bd. II, 2002, Art. 103 Rn. 28; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 12; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 3.

³¹ BVerfGE 107, 395 (402f.); vgl. hierzu auch *J. Singer*, Rechtsmittelklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 176.

³² BVerfGE 52, 131 (156f.); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 12; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 3.

³³ BVerfGE 21, 391 (401); vgl. auch BVerfGE 55, 1 (5); *Zierlein*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Bd. II, 2002, Art. 103 Rn. 28.

³⁴ BVerfGE 21, 391 (401); *Zierlein*, in: *Umbach/Clemens*, GG, Bd. II, 2002, Art. 103 Rn. 26; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 12.

³⁵ *Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, S. 265; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. II, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 3; vgl. auch *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 116; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 296; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 12.

³⁶ Zur Zweckbestimmung des Untersuchungsgrundsatzes als Mittel zur Gewährleistung der „Richtigkeit“ strafgerichtlicher Entscheidungen s. etwa BVerfGE 133, 168 (225 ff.).

scheidung, die ohne Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten zu aktiver Verfahrensteilnahme zustande gekommen ist, sich schlechterdings nicht vorstellen lässt.³⁷

Schließt man sich der kühn aufgestellten Meinung des BVerfG in einem Beschluss aus dem Jahr 1978 an, sind Inhalt und Reichweite des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG nahezu lückenlos geklärt.³⁸ Das Recht auf Gehör gerade im Strafprozess war auch Gegenstand einiger Monografien.³⁹ Abgesehen von der im Jahr 1976 erschienenen Monografie *Rüping* erschöpfen sich die übrigen – allesamt zeitlich noch früher erschienenen – Monografien weitgehend in einer Bestandsaufnahme der Verbürgungen des rechtlichen Gehörs in den einzelnen Abschnitten des Strafverfahrens. *Rüping* ist demgegenüber ein historischer Abriss zur Entwicklung des Grundsatzes im deutschen Recht und eine systematisierende Betrachtung der Grundrechtsdogmatik des Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG gelungen. Auch die seither zum rechtlichen Gehör erschienenen Monografien *Waldners*⁴⁰ und *Mauders*⁴¹ haben wichtige Vorarbeiten zur Entwicklung einer Gehörsdogmatik geleistet, auf denen diese Untersuchung aufbauen kann. Sie sind jedoch überwiegend aus Sicht des vom Beibringungsgrundsatz geprägten Zivilprozesses verfasst, weswegen die Erkenntnisse *Waldners* und *Mauders* sich nicht unbesehen auf den Strafprozess übertragen lassen. Zudem belegen die seit Erscheinen all dieser Monografien eingetretenen Entwicklungen im Menschenrechtsschutz und im deutschen Strafprozess, dass entgegen der Einschätzung, die das BVerfG im erwähnten Beschluss aus dem Jahr 1978 äußerte, durchaus Bedarf an weiterer rechtswissenschaftlicher Forschung zu Inhalt und Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des rechtlichen Gehörs im Strafprozess besteht.

Was die Entwicklungen im Menschenrechtsschutz angeht, ist inzwischen anerkannt, dass die Gewährleistungen der EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung der Grundrechte des GG im Rahmen des nach anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation Vertretbaren zu berücksichtigen sind.⁴² Die Frage nach einer Berücksichtigung stellt sich zwar nicht, wenn die Beurteilung eines Falls nach Verfassungs- und Konventionsrecht zum selben Ergebnis

³⁷ Ähnlich *Rüping*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 119.

³⁸ BVerfGE 49, 252 (259).

³⁹ Vgl. *Seidel*, Das Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör im Strafprozeß, 1963; *Dahs*, Rechtliches Gehör im Strafverfahren, 1963; *ders.*, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965; *Bröll*, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Einflüsse, 1964; *Ortlieb*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1964; *Rüping*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Stellung im Strafverfahren, 1976.

⁴⁰ *Waldner*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989.

⁴¹ *Mauder*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1986.

⁴² Vgl. BVerfGE 111, 307 (317, 329), 128, 326 (370 f.). Vgl. auch BVerfGE 120, 180 (200 f.). Näher *Lübbe-Wolff*, HFR 2006, S. 138 ff. *Jahn*, ZStW 127 (2015), S. 549 (561 f., 595 ff., je m. w. N.); *Kreicker*, in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg*, Europäisches Strafrecht, 2014, § 51 Rn. 8.

führt oder das Verfassungsrecht – insoweit durch Art. 53 EMRK ausdrücklich zugelassen – weitergehenden Schutz bietet als das Konventionsrecht. Sie stellt sich aber dann, wenn der konventionsrechtliche Schutz über den des Grundgesetzes hinausreicht. Von daher sind Gehörsfälle nicht nur nach dem Maßstab des Art. 103 Abs. 1 GG zu prüfen, sondern auch nach Maßgabe der konventionsrechtlichen Absicherungen des rechtlichen Gehörs – etwa in Gestalt eines Rechts auf Akteneinsicht⁴³ – in Art. 6 Abs. 1 EMRK,⁴⁴ dessen allein verbindliche⁴⁵ englische⁴⁶ und französische⁴⁷ Fassung den Gehörsbezug des Konventionsrechts stärker als die nicht verbindliche deutsche Übersetzung verdeutlicht.⁴⁸ Reicht der Konventionsschutz weiter als der grundgesetzliche, ist diesem Umstand im Wege einer konventionsfreundlichen Auslegung der Grundgesetznormen Rechnung zu tragen, soweit dies nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation vertretbar erscheint.⁴⁹ In der Tat reicht der Schutz des rechtlichen Gehörs im Konventionsrecht

⁴³ Vgl. EGMR, Urteil vom 27. April 2007, *Matyjek ./. Polen*, Beschwerde Nr. 38184/03, §§ 59 und 63; Urteil vom 15. Januar 2008, *Luboch ./. Polen*, Beschwerde Nr. 37469/05, §§ 64 und 68; Urteil vom 9. Oktober 2008, *Moiseyev ./. Russland*, Beschwerde Nr. 62936/00, § 217; Urteil vom 26. November 2009, *Dolenc ./. Litauen*, Beschwerde Nr. 25282/06, § 218.

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 54, 100 (116); 65, 171 (176 f.); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 6. Juni 2011 – 2 BvR 2076/08 –, juris; *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 45 f.; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 406 ff.; *ders.*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. XI, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 14, 197; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 301 ff.; *K. Krauß*, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, S. 159 f.; *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar, StPO, Bd. X, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EMRK Rn. 76; *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, Art. 6 Rn. 84; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 101 ff.; *Frank Meyer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 6 Rn. 100 ff.; *Kreicker*, in: Sieber/ Satzger/ v. Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2014, § 51 Rn. 37.

⁴⁵ Vgl. Satz 1 der Schlussformel der EMRK: „Done at Rome this 4th day of November 1950, in English and French, both texts being equally authentic [...]“ bzw. „Fait à Rome le 4 novembre 1950, en français et anglais, les deux textes faisant également foi [...]“.

⁴⁶ „In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing [Hervorhebung des Verfassers] within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.“

⁴⁷ „Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [Hervorhebung des Verfassers] publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.“

⁴⁸ Vereinzelt wird in Anlehnung an den verbindlichen Wortlaut gar vertreten, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK beinhalte keine Garantie eines fairen Verfahrens, sondern schütze allein das rechtliche Gehör, vgl. *Walther*, GA 2003, S. 204 (219); der EGMR und die herrschende Literatur erachten allerdings zu Recht die über das rechtliche Gehör hinausgehende Garantie des fairen Verfahrens für von der Norm geschützt, vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 27. September 1990, *Windisch ./. Österreich*, Beschwerde Nr. 12489/86, § 23: „[...] the right to a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6–1) [...]“; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 290; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 401; *ders.*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. XI, 26. Aufl. 2012, Art. 6 MRK Rn. 177 ff.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 90 ff.; *Frowein/Peukert*, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 71 ff.; *Paeffgen*, in: Systematischer Kommentar, StPO, Bd. X, 4. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 70 ff.

⁴⁹ BVerfGE 128, 326 (371) m. w. N.

zuweilen weiter als der von Art. 103 Abs. 1 GG.⁵⁰ Während beispielsweise das Verfassungsgrundrecht seinem Wortlaut nach nur das Gericht – und nicht andere staatliche Verfahrensbeteiligte wie etwa die Staatsanwaltschaft – verpflichtet,⁵¹ findet Art. 6 Abs. 1 EMRK auch im Ermittlungsverfahren ohne Einschränkung Anwendung⁵² und ist dort von allen staatlichen Organen zu beachten.⁵³ Wo wie in diesem Beispiel aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Berücksichtigung der Vorgaben aus Art. 6 EMRK über Art. 103 Abs. 1 GG an dessen Wortlautgrenze stößt, kommt eine verfassungsrechtliche Absicherung über das verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip verankerte⁵⁴ Recht auf ein faires Verfahren zum Tragen.⁵⁵

Neben diesen Veränderungen im Grundrechtsschutz geben Entwicklungen im deutschen Strafprozess Anlass, die verfassungsrechtliche Dogmatik zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren zu überdenken. Zu diesen Entwicklungen gehört, dass heimliche Ermittlungsmethoden in zunehmendem Maße Platz greifen, dass Möglichkeiten der Einflussnahme des Beschuldigten auf den Gang des Verfahrens unter Berufung auf die Effektivität der Strafrechtspflege und den Beschleunigungsgrundsatz erschwert werden und dass Entscheidungsprozesse im Revisionsverfahren immer stärker in einer Weise ökonomisiert werden, dass die Verfahrensbeteiligten schwer beurteilen können, ob das Revisionsgericht das vom Revisionsführer Vorgebrachte in der gebührenden Weise zur Kenntnis genommen hat. Dass im Strafprozess eine Tendenz aufgekommen ist, die Belange einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ zum Nachteil des rechtlichen Gehörs, das zunehmend auf eine Minimalgarantie zurückgeführt wird, zu betonen, wird in der Literatur nicht ohne Grund mit Sorge beobachtet⁵⁶ und insbesondere von der zweiten und dritten der soeben genannten Entwicklungslinien veranschaulicht. Daher sollen die Entwicklungen in dieser Arbeit anhand dreier Fragestellungen, die jeweils einen der drei Aspekte des rechtlichen Gehörs betreffen und die die soeben skizzierten Entwicklungen des deutschen Strafprozesses exemplarisch abbilden, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG überprüft werden.

⁵⁰ Näher K. Krauß, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999, S. 160f.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 27, 88 (103); 36, 321 (330); 63, 45 (60); 75, 201 (215); Eschelbach, GA 2004, S. 228 (231); a. A. Dahs, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965, S. 73; Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 264.

⁵² Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 27. November 2008, *Salduz ./. Türkei*, Beschwerde Nr. 36391/02, § 50, Urteil vom 12. Mai 2005, *Öcalan ./. Türkei*, Beschwerde Nr. 46221/99, § 131. Siehe auch EGMR, Urteil vom 24. November 1993, *Imbrioscia ./. Schweiz*, Beschwerde Nr. 13972/88, § 36; Urteil vom 13. Februar 2011, *Lietzow ./. Deutschland*, Beschwerde Nr. 24479/94, § 44; Urteil vom 19. Dezember 2013, *Yuriy Volkov ./. Ukraine*, Beschwerde Nr. 45872/06, § 60.

⁵³ Esser, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. XI, 26. Aufl. 2012, Art. 6 MRK Rn. 178; Park, StV 2009, S. 276 (277).

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111), 40, 95 (99); 65, 171 (174); 66, 313 (318); 77, 65 (76); 86, 288 (317).

⁵⁵ BVerfGE 101, 397 (405).

⁵⁶ Rüping, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 39 (August 2005).

Bei der ersten Fragestellung wird es darum gehen, wie im Verfahren nach der StPO mit behördlicher Geheimhaltung umzugehen ist, damit das Gericht dem sich aus dem rechtlichen Gehör ergebenden Informationsanspruch der Verfahrensbeteiligten Genüge tut. Die sich aus dem rechtlichen Gehör als Äußerungsrecht ergebenden Anforderungen an den Umgang mit Beweisanträgen sind Gegenstand der zweiten Fragestellung.⁵⁷ Zu guter Letzt soll erörtert werden, welche sich aus dem rechtlichen Gehör als Berücksichtigungsgebot ergebenden Maßstäbe an den Entscheidungsprozess im strafrechtlichen Revisionsverfahren anzulegen sind.

Die Herangehensweise ist dabei stets an der praktischen Perspektive orientiert, was zweierlei impliziert. Zum einen ist Ausgangspunkt der Untersuchung die Verfassungsjudikatur zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren; diese soll anhand der soeben geschilderten Entwicklungen auf Widersprüche mit sonstiger Verfassungsrechtsprechung und mit der Rechtsprechung des EGMR untersucht werden. Zum anderen kann sich eine Arbeit zum rechtlichen Gehör, die nach Lösungen für praktische Probleme sucht, nicht auf eine Darstellung dessen beschränken, was das rechtliche Gehör gebietet. Da jedes der genannten Probleme nicht allein eine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern eigentlich Gegenstand eines Grundrechtskonflikts oder einer Grundrechtskollision ist, bedarf es jeweils auch einer zumindest knappen Darstellung der mit dem Gehörsgebot konfligierenden oder kollidierenden Verfassungsgüter, um die Grenzen des rechtlichen Gehörs und die aus diesem Grundrecht zu ziehenden Folgen im Strafverfahren bestimmen zu können.

Angestrebt ist dabei eine Weiterentwicklung der verfassungsrechtlichen Dogmatik des rechtlichen Gehörs im Strafverfahren, insbesondere die Erarbeitung klarerer Maßstäbe zur Feststellung von dessen Verletzung in Strafsachen. Ausgangspunkt ist dabei stets die einfachrechtliche Situation, wie sich aus dem Gesetz und der zugehörigen fachgerichtlichen Rechtsprechung ergibt. Besonderes Augenmerk soll darauf gelegt werden, dort, wo eine umfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle auf praktische Probleme stößt, Wege aufzuzeigen, die den Fachgerichten Anreize geben, dem rechtlichen Gehör angemessen Rechnung zu tragen, ohne das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege aus den Augen zu verlieren.

Diese Arbeit versteht sich, auch wenn einige der hier gewonnenen Ergebnisse auf eine stärkere Inpflichtnahme des BVerfG hinauslaufen werden, als Versuch, das

⁵⁷ Freilich ist zuzugeben, dass diese Problematik schwer nur einer der drei Verwirklichungsstufen des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG zugeordnet werden kann. Teilweise wird die Problematik der ersten Verwirklichungsstufe, dem Äußerungsrecht, zugeordnet (Nolte, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 1 Rn. 40), teilweise der dritten Verwirklichungsstufe, nämlich der gerichtlichen Berücksichtigungspflicht, vgl. etwa BVerfGE 60, 247 (249); 60, 250 (252); 65, 305 (307); Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 29. Richtigerweise ist das Beweisantragsrecht an der Schnittstelle zwischen der zweiten und der dritten Verwirklichungsstufe des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG zu lokalisieren, vgl. auch Degenhart, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 29; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 48 und 67 f. Was die sich aus Art. 103 Abs. 1 GG ergebenden Verbürgungen angeht, ergeben sich insoweit jedoch keine Überschneidungen zum in dieser Untersuchung behandelten dritten Problem.

BVerfG mittels einer neu austarierten Gewichtung des rechtlichen Gehörs im Strafverfahren mittel- und langfristig in seiner Arbeit zu entlasten. Wie bereits erwähnt, nimmt das rechtliche Gehör in der Verfahrenspraxis des BVerfG den zentralen Platz ein, was, wie *Schulze-Fielitz* zutreffend herausgearbeitet hat, auch daran liegt, dass Einschränkungen von Einwirkungsmöglichkeiten auf gerichtliche Verfahren die Berufung von Beschwerdeführern auf Art. 103 Abs. 1 GG als letzte Möglichkeit der Rechtsschutzgewähr aktivieren.⁵⁸ Nicht zuletzt deswegen zielen Vorschläge zur Entlastung des BVerfG auch auf eine Verringerung der Zahl solcher Verfassungsbeschwerden, die eine Gehörsverletzung im fachgerichtlichen Instanzenweg geltend machen.⁵⁹ Es soll an dieser Stelle noch nicht zu viel vorweggenommen werden, doch im Gegensatz zu den bisherigen Vorschlägen, die den Fokus auf eine stärkere Inpflichtnahme der Fachgerichte zur Korrektur von Gehörsverstößen setzen und die letztlich nicht zu einer Entlastung, sondern nur zu einer selbst für Juristen allenfalls mit großer Mühe zu durchschauenden Rechtsprechung des BVerfG zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden, mit denen die Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wird, geführt haben, setzt diese Arbeit bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle selbst an.

⁵⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 103 I Rn. 15.

⁵⁹ Vgl. *E. Schumann*, NJW 1985, S. 1134 ff.; *BMJ*, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Kommission, 1998, S. 62 ff.; *A. Krämer*, KritV 81 (1998), S. 215 ff.; *C. Kirchberg*, KritV 81 (1998), S. 228 ff.