

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 41

Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?

Zugleich ein Beitrag zum Problem
der „verfassungskonformen“ Rechtsfortbildung im Strafprozeß

Von

Horst Heubel



Duncker & Humblot · Berlin

Berliner Juristische Abhandlungen

Mit der vorliegenden Reihe haben sich Herausgeber und Verlag zur Aufgabe gemacht, einen Beitrag zur Förderung des juristischen Einzelschrifttums zu leisten. Ohne die Bedeutung der Kommentar- und Zeitschriftenliteratur schmälern zu wollen, glauben sie, daß die ein bestimmtes Rechtsgebiet besonders eingehend untersuchende Monographie für den wissenschaftlichen Fortschritt unentbehrlich ist und es daher der Gefahr zu begegnen gilt, die durch die Schwierigkeiten der Veröffentlichung solcher Schriften der Wissenschaft droht.

Im Rahmen dieser Aufgabe liegt es dem Herausgeber besonders am Herzen, eine breitere juristische Öffentlichkeit auch mit den Schriften jüngerer Autoren bekanntzumachen, deren Namen der Fachwelt noch nicht vertraut sind. Es versteht sich von selbst, daß diese Schriften für die Veröffentlichung besonders überarbeitet worden sind und es nach Ansicht des Herausgebers wohl verdienen, einem größeren Leserkreis zugänglich zu werden als dem, auf den sich erfahrungsgemäß die Verbreitung von Dissertationen und Habilitationsschriften beschränkt.

Die Arbeiten werden in zwangloser Folge erscheinen und können sich auf alle Gebiete des Rechts beziehen. Dogmatisches und Historisches soll in gleicher Weise berücksichtigt werden. Über die Aufnahme der eingehenden Beiträge, die nicht in Berlin entstanden zu sein brauchen, entscheidet der Herausgeber.

Duncker & Humblot, Berlin

Ulrich von Lübtow

HORST HEUBEL

Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 41

Der „fair trial“ — ein Grundsatz des Strafverfahrens?

Zugleich ein Beitrag zum Problem der
„verfassungskonformen“ Rechtsfortbildung im Strafprozess

Von

Dr. Horst Heubel



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Wolfgang Frisch, Mannheim

Alle Rechte vorbehalten

© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

ISBN 3 428 04969 1

Meinen Eltern

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit hat im Sommersemester 1980 der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript wurde Ende März abgeschlossen. Später erschienene Veröffentlichungen konnten für den Druck noch bis Juli 1980 im Fußnotenapparat berücksichtigt werden.

Den Anstoß zu diesem Thema habe ich von Herrn Professor Dr. Frisch erhalten, der die Arbeit darüber hinaus durch mannigfache Anregungen und hilfreiche Kritik ständig gefördert hat. Ihm möchte ich auch an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen.

Zu danken habe ich auch Herrn Professor Dr. Schmidhäuser für seine Bereitschaft, die Arbeit in die Reihe der Strafrechtlichen Abhandlungen, Neue Folge, aufzunehmen.

Mannheim, im Februar 1981

Horst Heubel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
Problemstellung	20
I. Etablierung des „fair trial“ in Rspr. und Literatur als allgemeiner Prozeßgrundsatz	20
II. Erkennbare Funktion als Voraussetzung seiner Anerkennung als Pro- zeßgrundsatz	21
Gang der Untersuchung	25

Erster Teil

Geltungsgrund und Bedeutungsinhalt des „fair trial“ in Rechtsprechung und Literatur	27
Kapitel 1: Geltungsgrund	29
I. Gesetzlicher Niederschlag des „fair trial“ in Art. 6 Abs. 1 MRK?	30
1. Bedeutung der MRK für das deutsche Strafverfahrensrecht	31
2. Bedeutungsinhalt des Rechts auf „fair trial“	32
a) Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 MRK	33
b) Verhältnis des Rechts auf „fair trial“ zu den in Art. 6 Abs. 2, 3 MRK genannten Einzelgarantien	34
c) Die Praxis der europäischen Spruchkörper	36
d) Die Intention der Vertragschließenden	38
II. Herausbildung des „fair trial“ aus dem innerstaatlichen Gesamt- rechtsgefüge	40
1. Seine Gewinnung durch Konkretisierung von Verfassungsprinzi- pien	40
a) Der methodische Maßstab: Prinzipienkonkretion	41
b) Die Konkretisierungsbemühungen von Rspr. und Literatur ...	48

2. Seine Gewinnung aus dem einfachen positiven Recht	53
a) Der methodische Maßstab: Induktionsverfahren	53
b) Die Induktionsbemühungen von Rspr. und Literatur	54
aa) Abstraktion aus Einzelvorschriften	54
bb) Verhältnis zu anderen Prozeßmaximen	55
III. Zusammenfassung	59
Kapitel 2: Inhaltliche Bestimmtheit	61
I. Der methodische Maßstab: Möglichkeiten der Begriffsbestimmung ..	61
II. Die Begriffsbestimmungsversuche von Rspr. und Literatur	62
1. Übersetzungsproblem und Wortbedeutung	63
2. Intensionale Bestimmung	64
3. Extensionale Bestimmung	70
III. Zusammenfassung	73
Zweiter Teil	
Methodenkritische Betrachtung der Einzelbeispiele zum „fair trial“	
	74
Kapitel 3: Der methodische Maßstab: Legitime und illegitime Rechts- fortbildung	76
I. Gesetzesbindung und Richterfreiheit	77
1. Gesetzesbindungspostulat	77
2. Vorliegen einer Gesetzeslücke als Voraussetzung richterlicher Rechtsfortbildung praeter legem	80
II. Methode der Rechtsfindung	81
1. Gesetzesauslegung	82
2. Feststellung und Ausfüllung von Gesetzeslücken und ihre Maß- stäbe	85
a) Die Wertentscheidungen des einfachen Gesetzes	86
b) Die Gesamtrechtsordnung, insbesondere Verfassungsprinzipien	87
III. Begründungspflicht	90

Inhaltsverzeichnis	11
1. Inhalt	90
2. Umfang	91
IV. Zusammenfassung	93
Kapitel 4: Die Überprüfung der Beispiele	95
I. Überblick	95
II. Die Beispiele im einzelnen	97
1. Die Beispiele mit zutreffendem Ergebnis	97
a) Fälle der Gesetzesauslegung	97
aa) Recht des Zeugen auf Anwesenheit eines Rechtsbeistandes — BVerfGE 38, 105	97
bb) Notwendige Verteidigerbestellung in der Revisionsinstanz — BVerfGE 46, 202	100
cc) Verschiebung der Hauptverhandlung wegen Verspätung des Verteidigers — OLG Hamm, GA 1974, 346	104
dd) Wahrunterstellung bei Ablehnung eines Beweisantrags — OLG Hamm, GA 1974, 374	108
b) Fälle der Rechtsfortbildung	110
aa) Verletzung der Hinweispflicht im OWiG-Verfahren — BGHSt. 24, 15	110
bb) Fehlendes Einverständnis beim OWiG-Beschlußverfahren — OLG Karlsruhe, MDR 1978, 76	114
2. Die Beispiele mit unzutreffendem Ergebnis	116
a) Ablehnung eines persönlich betroffenen oder befangenen Staatsanwalts — Kuhlmann, DRiZ 1976, 11	116
b) Prozeßhindernis wegen überlanger Verfahrensdauer — LG Frankfurt, JZ 1971, 234; LG Krefeld, JZ 1971, 733; OLG Kob- lenz, NJW 1972, 404	117
c) Verwarnung mit Strafvorbehalt — LG Mönchengladbach in BGHSt. 27, 274	121
III. Ergebnis und Zusammenfassung	122
Dritter Teil	
Eigene Überlegungen zu Geltungsgrund und Bedeutungsinhalt des „fair trial“	125
Kapitel 5: Zur möglichen Funktion des „fair trial“ im Strafverfahren ..	127
I. Der „fair trial“ — ein Instrument zur Rechtsfortbildung?	127

1. Die Struktur des Strafprozesses	128
2. Folgerungen für das Inhaltsverständnis des „fair trial“	131
3. Rechtsfortbildung im Strafprozeß	133
4. Folgerungen für Funktion und Ranghöhe des „fair trial“	135
a) Der „fair trial“ als Grundsatz zwischen einfachem Recht und Verfassung?	136
b) Der „fair trial“ als Verfassungsgrundsatz?	136
II. Sonstige Bedeutung?	138
III. Zusammenfassung	141
Gesamtergebnis und Ausblick	143
Literaturverzeichnis	147

Abkürzungsverzeichnis

abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Bf.	Beschwerdeführer
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt, zitiert nach Teil und Seite
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestags (die erste Zahl bezeichnet die Wahlperiode)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c. c.	Code Civil
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung

EGMR	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, hrsg. v. Heribert Golsong, Herbert Petzold und Hans-Peter Furrer
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
Eur. Komm.	Europäische Kommission
f., ff.	folgende Seite, folgende Seiten
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
Gedschr.	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz
HB	Halbband
h. M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HV	Hauptverhandlung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb	Jahrbuch
jew.	jeweils
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KMR	Müller-Sax, Kommentar zur StPO
Komm.-Ber.	Bericht der Kommission für Menschenrechte (zit. mit der Nr. der Menschenrechtsbeschwerde)
LB	Lehrbuch
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Lehrkommentar, Leipziger Kommentar
LR	Löwe-Rosenberg
LS	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ML	Methodenlehre
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20. 3. 1952
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

OLG	Oberlandesgericht
OLGSt.	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Rechtsphil.	Rechtsphilosophie
RG	Reichsgericht
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
sc.	scilicet
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
sog.	sogenannt
SozGG	Sozialgerichtsgesetz
StA	Staatsanwalt (-schaft)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
u.	und
u. a.	unter anderem
unbestr.	unbestritten
ungedr.	ungedruckt
vgl.	vergleiche
Vorverst.	Vorverständnis
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z. B.	zum Beispiel
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch der Schweiz
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
ZvglRWiss.	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Die Geschichte des deutschen Strafprozeßrechts weist einen eigentümlichen Wechsel von Zeiten ausgeprägter Formenstrenge und möglichst weitgehender „Auflockerung“ aller Formen auf¹.

Dieses wechselvolle Hin und Her und die damit verbundene Umgestaltung des Verfahrens ist sinnfälliger Ausdruck des Spannungsverhältnisses, von dem der Strafprozeß der Sache nach gekennzeichnet ist: dem Widerstreit der Belange sämtlicher Rechtsgenossen und damit der staatlichen Interessen mit den Interessen des einzelnen, der einer Straftat verdächtig ist².

Die Markierung der Grenzlinie bei der Beantwortung der Frage, welche Rechte dem einzelnen im Strafverfahren zustehen, welche Einschränkungen er sich gefallen lassen muß und wie damit das Verfahren gestaltet sein muß, hängt nicht zuletzt von den politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Verhältnissen in einem Staatsgefüge ab³, so daß Form und Einrichtung des Verfahrens aus diesem Grund einem Wandel unterworfen sind.

So spiegelt auch die gegenwärtige Situation im deutschen Strafprozeß dieses Spannungsverhältnis und die ihm zugrundeliegenden Zielkonflikte wider.

Insbesondere veranlaßt durch die Erfahrungen mit der bundesdeutschen Anarchisten-Szene, hat der Gesetzgeber bei der Reform des Strafprozesses unter Gesichtspunkten kriminaltaktischer Opportunität⁴ eine Reihe von Gesetzesänderungen geschaffen, die im Ergebnis zum großen Teil eine Schlechterstellung des Beschuldigten zur Folge haben⁵, wobei exemplarisch auf die Zunahme staatsanwaltschaftlicher Befugnisse, die Schwächung der Stellung des Verteidigers durch Beschränkung seiner bisherigen Möglichkeiten und die erweiterten Ausschlußmöglichkeiten des Angeklagten von der Hauptverhandlung hinzuweisen ist.

Im Gegensatz hierzu sind in Rspr. und Literatur Tendenzen zu beobachten, die zumindest insofern auf der Linie der herkömmlichen,

¹ Vgl. dazu *E. Schmidt*, ZStW Bd. 61, 429 ff., 434 ff.

² *Henkel*, S. 86.

³ *Henkel*, S. 86.

⁴ *Müller*, NJW 1976, 1063.

⁵ Vgl. hierzu *Schmidt-Leichner*, NJW 1975, 417.

historisch zu verfolgenden Reformziele liegen, als sie vorrangig das Ziel haben, die Rechte der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Beschuldigten, zu verstärken, indem zum einen um ihn herum eine Verbotszone errichtet, zum anderen seine aktiven Verteidigungsrechte ausgebaut werden sollen⁶. Erwähnt seien dabei nur etwa die Entwicklung von Beweisverboten⁷, die Annahme eines Verfahrenshindernisses wegen überlanger Dauer des Strafverfahrens⁸ oder die Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 I Ziff. 5 StPO auch auf andere als die dort genannten Personen⁹.

Darüber hinaus werden unter Berufung auf Grundentscheidungen unserer Verfassung im Wege der Rechtsschöpfung ganze Verfahrensgrundsätze hergeleitet, die ihrerseits für die Falllösung herangezogen werden. In diesem Zusammenhang seien insbesondere genannt der Grundsatz der Waffengleichheit¹⁰, die Fürsorgepflicht der Gerichte¹¹, aber auch der Grundsatz des „fair trial“.

Ist diesen Entwicklungen — was insbesondere für das Verfahrenshindernis des überlangen Strafverfahrens gilt — teilweise jedenfalls Einhalt geboten worden¹², so gewinnen vor allem die letztgenannten „Prozeßgrundsätze“ als Instrumente zur Lückenausfüllung mehr und mehr an Eigenleben und sind auf dem besten Weg, sich in Literatur und Rspr. zu etablieren, soweit dies nicht ohnehin schon geschehen ist¹³. Vorsichtige Gegenstimmen¹⁴ haben dabei kaum Beachtung gefunden¹⁵. Pauschal hergeleitet aus den Vorschriften des GG, dienen sie der Rspr. in zunehmendem Maße zur Legitimierung von Einzelfallentscheidungen.

Das Symptomatische dieser Entwicklung ist offenbar: die Überfrachtung des Strafprozesses durch Rückgriff auf verfassungsrechtliche Generalwertungen.

Diese deutlich erkennbare Tendenz wird je nach Standort entweder als „Aufweichung prozessualer Formen“ beklagt¹⁶ oder als „Motor für

⁶ Müller, NJW 1976, 1063; siehe auch den Gesetzesentwurf des Arbeitskreises Strafprozeßreform, in: Die Verteidigung, 1979.

⁷ Vgl. dazu das grundlegende Referat von Klug, 46. DJT, Verh. Bd. II, Teil 1, S. 30 ff. Weitere Nachweise bei Roxin, S. 121 f.

⁸ LG Frankfurt, JZ 1971, 234; LG Krefeld, JZ 1971, 733.

⁹ BVerfGE 15, 233.

¹⁰ Vgl. dazu insbes. Sandermann, Diss. Köln 1975.

¹¹ Vgl. dazu insbes. Kumlehn, Diss. Göttingen 1976; Plötz, 1981.

¹² BGHSt. 24, 239; siehe auch Hanack, JZ 1971, 705.

¹³ Vgl. nur etwa die gängigen Lehrbücher und Kommentare, so z. B. LR-Schäfer, Einl. Kap. 6, Rn. 13 ff.; Kleinknecht, Einl. 85, 152 ff.; KMR (6. Aufl.) Einl. 13; Roxin, S. 55; Zipf, S. 89 f.

¹⁴ So etwa zur Fürsorgepflicht v. Löbbecke, GA 1973, 200. Hierzu ist wohl auch Maiwald, Festschr. f. Lange, S. 745, zu zählen.

¹⁵ Blei, JA 1973, 608.

die Rechtsentwicklung“ begrüßt¹⁷. Beklagt, weil in das Gefüge der eigenständigen Ordnung des Strafprozesses mit Hilfe „höchst unbestimmter, jeder gewollten Zwecksetzung gefügiger, aus den Grundrechten herausgezauberter ‚Werte‘ ... eingebrochen“ werde¹⁸, begrüßt, weil die Gesetzgebung der Rechtsprechung häufig nachhinke und im übrigen nie perfekt sein könne¹⁹.

Beide Extrempositionen lassen die grundsätzlichen Bedenken aufscheinen, mit denen sich jede dieser Auffassungen auseinanderzusetzen hat:

a) In einem dynamisch angelegten, „offenen“ Rechtssystem kann die Fortbildung des überkommenen Rechts zur Anpassung an geänderte Verhältnisse prinzipiell nicht zweifelhaft sein²⁰.

b) Formen haben jedoch ihren guten Sinn. Sie dienen dazu, dem Willen des Gesetzgebers Geltung zu verschaffen und den Richter durch Bindung an das Gesetz zu einer methodisch geleiteten Fallentscheidung zu zwingen. Wer sich daher unter einem kodifizierten System auf allgemeine Prinzipien beruft, um seine Entscheidung zu legitimieren, setzt sich dem Verdacht aus, kodifizierte Normen zu umgehen oder zu verbiegen²¹. Und in der Tat sind die Lockerung dogmatischer Disziplin ebenso wie die Ausbildung eigener richterlicher Wertungskategorien und die Versuchung einer „prinzipienlosen Billigkeitsrechtsprechung“²² häufig der Anlaß für eine „Flucht in die Generalklauseln“²³.

¹⁶ E. Schmidt, ZStW Bd. 80, 575; NJW 1968, 1137 ff., 1141, 1142.

¹⁷ Kleinknecht, Einl. 153; Oswald, JR 1979, 99.

¹⁸ E. Schmidt, a. a. O.

¹⁹ Kleinknecht, 33. Aufl., Einl. 153.

²⁰ Die Rspr. hat jedenfalls dieses Recht immer für sich in Anspruch genommen; man denke nur auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts an die Entscheidung RGSt. 61, 242 zur Herausbildung des übergesetzlichen Notstands. Vgl. i. ü. BGHZ 3, 315; 11, 35.

²¹ Kaufmann/Hassemer, S. 78.

²² Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 476.

²³ So der Titel der Arbeit von Hedemann, 1933.