

## Verteidigung ist Kampf

Mein Thema lautet »Verteidigung ist Kampf«<sup>1</sup> - versehen mit einem subkutanen Fragezeichen - unter dem Generalthema »Gibt es eine Kultur der Strafverteidigung?« Das ist ein Brocken: Man kann diese Aufgabe tiefgründig wissenschaftlich angehen oder eher feuilletonistisch. Ich habe eine Mischung versucht.

### I.

»Strafverteidigung ist Kampf« – Thomas *Fischer* hat sich in seinem, – im Materialheft zu diesem Strafverteidigertag abgedruckten – Beitrag »Ethik im Strafprozess« über diesen Satz, mit dem das wohl bekannteste »Handbuch« des/der Strafverteidiger(s) - von *Dahs* – beginnt, ein wenig mokiert. Ob der Satz – wie Fischer meint – originär von Dahs stammt, bezweifle ich. Wahrscheinlich lässt sich das aber ohnehin nicht klären. Ich erinnere an den – auch nicht wie viele meinen – *Newtonschen* Satz: »Wir sind alle nur Zwerge auf den Schultern von Riesen«, über dessen möglichen Urheber der Soziologe Robert T. *Merton* (»On the shoulders of giants«) ein ganzes Buch geschrieben hat. Der Hang zu einem gewissen Pathos ist Strafverteidigern durchaus geläufig und angesichts der zum Teil frustrierenden Auseinandersetzungen mit der Justiz durchaus einfühlbar. Aber: Was bedeutet »Kampf«? Einerseits ist nicht alles, was aussieht wie ein Kampf auch tatsächlich ein Kampf – das sog. »Catchen« ist ein Beispiel dafür. Und andererseits kann ein Kampf auch stattfinden, ohne dass es von Außen so aussieht; mit Oscar *Wilde*: Jeder kann einen anderen mit einem Schwert töten, aber, so der Dichter, der gleiche Erfolg kann auch durch ein »flattering word«, eine Schmeichelei, herbeigeführt werden. Und wer würde die – mindestens – 37 anerkannten chinesischen Arten der List, etwa »die Balken stehlen und gegen morsche Stützen austauschen«, nicht zu den Kampftechniken rechnen; ganz zu schweigen von den ebenfalls still daherkommenden Täuschungen, die, wenn sie von der Gegenseite eingesetzt werden, in Zusammenhang mit § 136a StPO eine Rolle spielen können.

<sup>1</sup> Nachweise beim Verfasser.

Zur Klärung daher zwei Vorbemerkungen. Erstens: Was anderes als »Kampf« sollte Strafverteidigung sein - und zwar Kampf als unbedingtes Bemühen um die Einlösung des Versprechens, den Mandanten weitestmöglich vor dem Schmerz – poena/pain – der drohenden, insbesondere vollzogenen Freiheitsstrafe zu bewahren? Dazu sind, in den Grenzen des Rechts, gegebenenfalls alle Kampfmethoden und -techniken einzusetzen mit dem Ziel, vielleicht möglich zu machen, was zuvor – jetzt wieder ein etwas pathetisches Zitat – undenkbar schien.

Denn, zweite Vorbemerkung, unabhängig von der Schuld des Mandanten, die vollzogene Freiheitsstrafe im festen Vollzug ist keine legitimierbare gesellschaftliche Reaktion auf den geschehenen Normbruch. Aus dieser Perspektive »kämpft« der Verteidiger nicht nur, weil man, kategorisch und daher unumstößlich, Versprechen halten muss, sondern weil die Freiheitsstrafe in derzeitiger Form ein gesellschaftspolitischer Anachronismus, um nicht zu sagen Atavismus ist, der einem Sozialstaat nicht angemessen ist.

Dies vorausgeschickt hat »Kampf« in Zusammenhang mit Strafverteidigung – mindestens – zwei kategorial unterschiedliche Bezugspunkte:

Einerseits geht es um »die« Strafverteidigung oder die Strafverteidiger als historisch gewachsene Institution, die sich gegebenenfalls anschickt, allgemein und grundsätzlich prozessuale Rechte der Beschuldigten zu erkämpfen oder die Beschuldigtenrechte zumindest gegen allfällige systematische Übergriffe des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung zu verteidigen. Dabei geht es – nicht nur am Rande – auch um die durch das kollektive Selbstverständnis geprägte Außendarstellung der »Strafverteidigung«. Sie muss sich auch selbst vor Diffamierungen schützen, nicht erst seit der Entscheidung des Großen Senats zur Rügeverkümmern und dem dort erhobenen, eigentlich unfassbaren Vorwurf der wachsenden Unwahrhaftigkeit unter Strafverteidigern oder dem ebenso haltlosen Verdacht der Staatsfeindschaft im Zusammenhang mit der sog. Konfliktverteidigung. Umgekehrt könnten allerdings Strafverteidiger, die ihre Tätigkeit maßgeblich als »Organe der Rechtspflege« verstehen und/oder solche, die – ich zitiere aus einer Werbung für ein »Handbuch zum Wirtschaftsstrafrecht«, übrigens aus dem hiesigen Materialband – sich vornehmlich mit »internen Ermittlungen, Compliance und Korruptionsbekämpfung« beschäftigen, durchaus andere kollektive Verteidigerinteressen verfolgen wollen als Verteidiger, die ihre hauptsächliche, auch institutionelle Funktion in der Etablierung einer Gegenmacht gegenüber der Machtfülle der Justizorgane sehen. Dies ist die kollektive Seite eines möglichen »Kampfes« der Verteidigung.

Andererseits meint »Kampf« natürlich den alltäglichen, individuellen Einsatz des Strafverteidigers in der konkreten Auseinandersetzung mit den Machtmit-

teln, die dem Staat bei Erfüllung seiner Aufklärungs- und Verfolgungspflicht zu Lasten des Beschuldigten zur Verfügung stehen. Aber es geht auch um die alltägliche Auseinandersetzung mit den immer neuen Verlockungen, den »Kampf« zu vermeiden; ihn z.B. durch irgendwelche kampfvermeidende Vereinbarungen oder Benutzung von Kronzeugenangeboten zu umgehen.

## II.

Zunächst zum Grundsätzlichen: Die von der StPO kläglich bedachte Strafverteidigung war aus historischer Sicht für lange Zeit kein ernstzunehmender und von staatlicher Seite ernst genommener Gegner – kaum oder keine Spur von Kampf. Soweit Strafverteidiger überhaupt auf überindividueller Ebene kämpften, waren sie wenig erfolgreich. So beklagte im Jahre 1931 Rudolf *Alexander*, Rechtsanwalt in Hamburg, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, dass die StPO zwar seit 50 Jahren über das Strafverfahren herrsche, dass aber immer noch »keine Klarheit über die Stellung des Verteidigers« bestehe. Das Gesetz hege Misstrauen gegen den Verteidiger, aber auch die Wissenschaft habe die Fragen der Verteidigung noch nicht erforscht. Die Praxis sei widerspruchsvoll, die Entscheidungen in ihren Begründungen nicht stichhaltig und der Tageskritik schutzlos ausgeliefert. Diese Klage dürfe berechtigt gewesen sein.

Die ersten 50 Jahre StPO waren für Verteidiger in der Tat gekennzeichnet durch ein ebenso zähes, wie wenig erfolgreiches Anstehen etwa gegen die Zumutung, bloßer Gehilfe des Gerichts zu sein, dem damit eng verknüpften, ebenfalls weitgehend erfolglosen Kampf um die Unschuldsvermutung, den Widerstand gegen vom Gericht mehr oder weniger willkürlich verfügbare Verteidiger Ausschlüsse und durch das vergebliche Streben nach zumindest geografischer »Gleichberechtigung« mit der – am Richtertisch sitzenden – Staatsanwaltschaft.

Zwar gab es, insbesondere während der Zeit der Weimarer Republik, einige sog. »große« Strafverteidiger, meist jüdische Rechtsanwälte, die z.B. in politischen Verfahren erheblichen Kampfesmut gezeigt haben (etwa: Alsberg, Apfel, Brandt, Frey, Litten, Reiwald, Cohn-Bendit, Hirschberg, Levy und Franke - um nur einige zu nennen). Das ändert aber nichts daran, dass von einer auch nur andeutungsweise flächendeckend kampfbereiten Institution Verteidigung bis 1933 nicht die Rede sein kann.

Dass sich das nach 1933 nicht geändert hat, dürfte nicht verwundern: Die StPO hat sich während der NS Zeit zwar kaum geändert, das Institut Verteidigung bestand also durchweg fort. Nach der endgültigen Eliminierung nicht arischer Verteidiger aus der Anwaltschaft war diese aber – eingegliedert in den obskuren NS-Rechtwahrerbund – von keinem Staatsorgan zu fürchten.

Auch nach dem 2. Weltkrieg hat sich in bzw. von Seiten der Strafverteidigung zunächst recht lange wenig getan. Ein zumindest kämpferisch gemeinter Beitrag auf dem Deutschen Anwaltstag 1959 verlangte z.B., eine räumliche Gleichordnung von Verteidigung und Staatsanwaltschaft herzustellen. Dabei hätten gerade die sog. 50er Jahre durchaus Chancen zu einer kämpferischen Emanzipation der Strafverteidigung geboten. Bis hinein in die frühen 60er Jahre waren weit mehr als 100.000 Ermittlungsverfahren gegen »Kommunisten« anhängig und zwischen 6.000 und 7.000 Personen wurden verurteilt, weil sie Kommunisten waren. Die in diesen Verfahren tätigen Verteidiger mussten, weitestgehend abgeschnitten von berufsständischem, medialem und wissenschaftlichem Zuspruch, ihre Mandanten vor einer äußerst aggressiven Handhabung des politischen Strafrechts durch Staatsanwaltschaften und Gerichte schützen. Institutionelle Unterstützung durch organisierte Verteidiger oder gar die Anwaltschaft gab es nicht.

Der unübersehbare, rechtsstaatlich-liberale Schub, den die StPO Mitte der 60er Jahre erhielt, ging daher auch nicht mit entsprechenden Bemühungen von Seiten der Verteidigung einher, geschweige denn auf sie zurück: Das in seinem liberalen Gehalt gar nicht zu überschätzende Strafprozessänderungsgesetz vom 19.12.1964 (die sog. »kleine Strafprozessreform«) wird zu Recht als Geschenk des Gesetzgebers, z.T. auch – mit eindeutig ablehnendem Zungenschlag – als Verteidigerschutzgesetz oder Anwaltsgesetz bezeichnet. In der Sache bemerkenswert ist u.a. die Reform des Haftrechts, die Institutionalisierung des freien Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, die Normierung von Anwesenheitsrechten im Ermittlungsverfahren und das Zugeständnis von Schlussgehör vor Abschluss der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft.

Diese StPO-Reform wurde aber nicht – wie geplant – die erste Säule eines neuen, dialogisch strukturierten Strafverfahrens. Stattdessen beginnt kurze Zeit später die immer noch andauernde, offenbar unendliche Geschichte einer fortgesetzten Deliberalisierung der StPO; ein Rückweg, der seit 1968 über Grundrechtseingriffe buchstäblich aller technisch eben möglichen Art führt, und gesäumt ist von immer neuen Erschwerungen der Verteidigung, nur gelegentlich, und auch dann kaum mehr als peripher, behindert durch den Bundesgerichtshof bzw. vereinzelt gebremst durch das Bundesverfassungsgericht. Die Fülle der anti-liberalen Änderungen der StPO seit 1965 lässt sich jedenfalls kaum noch nachzeichnen.

Spätestens seit 1968 allerdings verändern sich zunächst die faktischen Kräfteverhältnisse. Die überkommenen, konservativen Strukturen des Justizapparates werden erstmals dem Blick einer kritischer werdenden Öffentlichkeit

ausgesetzt. Die Zahl systemkritischer Anwälte wächst, sie können zurückgreifen auf wieder entdeckte alte und viele neu entstehende justizkritische Arbeiten und sie beginnen sich alternativ zu organisieren. Was die ausdrücklich kämpferischen Bemühungen zunächst zu unterstützen scheint: Ihre Interpretationen u.a. des Verfassungs- und des Strafrechts finden in Teilen der Judikative durchaus Sympathie.

Für manche Anwälte wandelt sich jetzt das Verständnis von Strafverteidigung. Es orientiert sich zum einen ausschließlich und unmittelbar politisch und gerät dabei nicht nur in den sog. Terroristen-Verfahren in direkten Konflikt mit einer z.T. wenig souveränen Justiz bzw. einer offenbar ebenso überforderten »Gesetzgebung«. Die eine wird nicht selten zu kopfloser Prozessführung und die andere zu einer mehr als hektischen »Terroristen« Gesetzgebung provoziert. Der Kampf der politisierten Verteidiger zielt jedoch nicht nur nach »Oben«. Vielen geht es auch darum, den als sozial abhängig begriffenen Beschuldigten vor dem unmittelbaren Zugriff der kategorisch desavouierten öffentlichen Strafgewalt bzw. dem ebenso prinzipiell als nicht legitim abgelehnten Strafrecht in Schutz zu nehmen: der Strafprozess als Sandkasten der makro sozialen Ungleichgewichtigkeit, der Verteidiger als sozialer Interessenvertreter und soziale Gegenmacht. So utopisch fern solche Ziele auch gelegen haben und wie immer klein die Zahl von dann zum Teil auch Juristen-Sektierern auch gewesen sein mag, ihr vor allem subjektiv verbissener Kampf hat ausgereicht, die Staatsmacht und nicht zuletzt auch die Standesorganisationen in Furcht zu versetzen. Die Fronten verhärten sich allerorten: Der Ton in der Hauptverhandlung wird deutlich rauer, Journalisten wollen in den Hauptverhandlungen zuweilen blanken Hass erkennen. Das alles zeigt, dass die um ihre und die Rechte ihrer Mandanten kämpfende Verteidigung ernst genommen, ja gefürchtet wird. Das wird bestätigt durch eine Flut von Gesetzen, die auf die Verteidigung niedergeht, und die darauf zielen, Strafverteidigung einzuzwängen und zu erschweren. Zwischen 1974 und 1978 werden u.a. Gesetz: Die Kontaktsperre, das Verbot der Mehrfachverteidigung, das Institut der Zwangsverteidigung; nicht einmal vor dem »Hosenladen« der Verteidiger wollte der Staat halt machen.

Auch der ideologische Apparat der Gegenseite funktionierte. Literarisch und auf Tagungen wird versucht, den Verteidiger auf eine staatsabgeleitete Stellung als »Organ der Rechtspflege« festzulegen und eine – siehe Rügeverkümmern – bis heute durchgehaltene Debatte um den »Missbrauch« prozesualer Rechte im Strafverfahren hebt an. Andererseits waren Ausdruck des gewachsenen Selbstbewusstseins und Kampfwillens der Verteidigung auch die in dieser Zeit – im Verhältnis zu anderen Disziplinen allerdings recht

späten und wenig multi-disziplinär ausgerichteten – Selbstorganisationen, z.B. die regionalen Strafverteidigervereinigungen.

Von dieser Zeit an erscheint die Strafverteidigung als gesellschaftliche Institution, die die Interessen der Beschuldigten als solche des Rechtsstaates in eigene kollektive Interessen transformiert hat und bereit ist, für diese zu kämpfen. Eigene Publikationsorgane, Spezialisierungen bis hin zu Verästlungen indizieren zudem eine gewachsene juristische und soziale Kompetenz. Und das legt Kampfkraft nahe und spätestens seit Mitte der 80er Jahre erscheint dann der inzwischen sprichwörtliche, auf eine Charakterisierung *Hanacks* zurückgehende »neue Typ« des Strafverteidigers, den die Justiz – so nicht nur *Hanack* – ernst nehmen muss und mit Misstrauen begegnet. In den Worten Hanacks:

»[Es gibt] einen *neuen* Typ des Strafverteidigers, der in zunehmenden Maße unsere Gerichtssäle beherrscht und ohne Zweifel in Zukunft beherrschen wird. Dieser neue Verteidigertyp ist [...] das vielleicht interessanteste und wichtigste Phänomen in der Entwicklung unserer Strafrechtspflege. [...] Gemeint ist nicht der sog. Starverteidiger und auch nicht der sog. Krawall-Anwalt. Gemeint ist vielmehr der Typ eines sehr engagierten und grundsätzlich seriösen, oft höchst kundigen Verteidigers; aber eines Verteidigers, der die weiten und äußersten Möglichkeiten unserer Prozessordnung, anders als die Generation vor ihm, nicht nur ausnahmsweise ausnutzt; sondern der im Interesse seines Mandanten, auch wenn er ihn für schuldig hält, in alle gesetzlichen Freiräume vorstößt und dabei Verteidigungsstrategien entwickelt, die gerade auch auf die typischen Schwachpunkte unserer Justiz zielen. Es ist der Typ eines Verteidigers, der in der Regel formal durchaus korrekt verfährt, auch das Standesrecht beachtet, sich im Grunde aber dem traditionellen Ziel des Strafverfahrens nicht mehr verpflichtet fühlt oder mindestens doch die Bedeutung dieses Ziels im Spannungsverhältnis zu den Interessen seiner Mandanten kritischer gewichtet als früher [...] und zudem (was ein weiteres Phänomen ist) unserer Strafjustiz mit oft geradezu abgrundtiefer Skepsis gegenübersteht.«

Das ist – aus der Sicht eines Beschuldigten – die Beschreibung eines idealen Strafverteidigers. Man mag sich allenfalls darüber wundern, was so schlimm daran sein soll, dass Strafverteidigung engagiert, seriös und höchst kundig vonstatten geht. Und warum die Justiz durch solche Verteidigung überfordert werden sollte, obwohl ihr der Gesetzgeber doch dauernd machtvoll zu Hilfe kommt, ist nicht recht verständlich.

Das später so genannte »Hanacksche Diktum« vom »neuen« Verteidiger enthielt also nicht nur Hochachtung, sondern ist vergiftet, d.h. durchdrungen von der Befürchtung einer unmittelbar bevorstehenden prozessualen

Machtübernahme durch die Verteidigung. Aus letzterer Perspektive enthält die Beschreibung des »neuen Typen« von Verteidiger dann aber zugleich die Geburt eines Gespenstes, das seither, weniger in realen Strafverfahren als vielmehr in zahlreichen Darstellungen von Gegnern einer selbstbewussten kämpferischen Verteidigung, sein Unwesen treibt und die Verteidigung lange Zeit und vielleicht immer noch in einen abstrusen Abwehrkampf verstrickt. Gemeint ist der »Konfliktverteidiger«, der angeblich unablässig damit beschäftigt ist, den Rechtsstaat durch Missbrauch von Rechten zu zermürben, wenn nicht zu demolieren.

Spätestens ab Ende der 80er Jahre wird »Konfliktverteidigung« als Dauervokabular gleichsam zum Kampfbegriff der Gegner der Verteidigung. Selbst Rechtsreferendare dürfen – immerhin in der NJW – ihr Mütchen an der Konfliktverteidigung kühlen. Und der BGH sieht unter Hinweis auf den *Hanack-schen Verteidigertypen* noch im Jahr 2005 die Grenzen der Strafjustiz erreicht, wenn nicht mit der Ausnutzung aller Möglichkeiten durch die Verteidigung resolut Schluss gemacht werde. Konfliktverteidigung ist damit Metapher für einen der Verteidigung von ihren Antipoden aufgezwungenen Kampf, den sie – schon weil das Kampfobjekt weitestgehend unreal war – nicht gewinnen konnte. Das mag zu Ermüdungserscheinungen geführt haben.

Es gibt aber auch noch andere Gründe dafür, dass die Verteidigung dann doch wieder zunehmend an Kampfeslust zu verlieren scheint: Seit den 80er Jahren hatte angeblich eine neue Unübersichtlichkeit, die flüchtige Post Moderne, Einzug in die Gesellschaft gehalten; und etwas später beginnt der wirtschaftspolitische Siegeszug der Deregulierung. Damit scheint auch die Verteidigung – und wenn auch nur symbolisch – an kollektiver Kampfkraft zu verlieren. Sie wird jedenfalls weiter in die Defensive gezwungen. Neben die Angriffsvariante, die das Ende des Rechtsstaates durch den Popanz der Konfliktverteidigung vor sich her trägt, tritt eine weitere, noch schwieriger abzuwehrende Offensive auf den Plan: Spätestens seit Ende der 70er Jahre, als es zunächst zu gelingen schien, auch den Beschuldigten als »Opfer« verständlich zu machen, wird die Keule des Verbrechensopfers geschwungen. Das Delikts-Opfer, das den Verteidiger des »Täters« nur allzu leicht als dessen Komplizen erscheinen lässt und ihn als Nebenklagevertreter sogar selbst zum »Angreifer« macht, wurde Thema bereits des Deutschen Juristentages von 1984 und nagt seither – nicht zuletzt von den Medien machtvoll unterstützt an der Kampfeslust und -kraft der Verteidigung.

Der Gesetzgeber hat diesen Ball gerne aufgenommen; ebenso die Wissenschaft: Die Viktimologie, die schon einmal – allerdings mit täterschonender

Tendenz im Ergebnis erfolglos – ins materielle Strafrecht vordringen wollte, hat das Opfer – nunmehr unter umgekehrten Vorzeichen – in das Strafverfahren eingebracht.

Bedrohliches kündigt sich für die Verteidigung inzwischen im Übrigen auch mit der sog. Europäisierung von Straf- und Strafprozessrecht an.

Wenn zur Kultur der Strafverteidigung notwendig und konstruktiv der Kampf um Beschuldigtenrechte, bzw. Freiheitsrechte ganz allgemein gehört, besteht derzeit also durchaus Grund zur – und zwar dauernden – Sorge. Ohne das Engagement der verschiedenen Verteidigerorganisationen für die Sache der Strafverteidigung gering zu achten – es gibt auf recht breiter Front auch Tendenzen in andere Richtungen. Ich meine: Lavieren in Fragen der Opferorientierung des materiellen und des Prozessrechts, Apologien der Vertretung von Nebenklagen, verteidigungsfernes Tätigwerden innerhalb der *Compliance Industrie*, Teilnahme an praxisfremden Dauerdiskussionen etwa um den »lügenden« Verteidiger und den Missbrauch von Prozessrechten, Unaufrichtigkeit in Fragen des Umgangs mit dem sog. Deal, schwindende Kollegialität bei zunehmender möglichst titelgestützter Eitelkeit, Jagd nach medialem Bemerkttwerden, übereifriges Appeasement mit Vertretern der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Wissenschaft unabhängig von deren grundsätzlichen Einstellung zur Verteidigung, selbstreferentielle Fortbildung ohne valide, d.h. externe Qualitätssicherung etc..

Hinter diesen Befürchtungen verbirgt sich das aufkommende Schreckensbild eines Strafverteidigers, der nur noch marktorientiertes Miethirn – oder besser: Mietmaul – wäre. Mit »Kampf« und »Kultur« hätte er nichts mehr zu tun, ebensowenig mit den Mühen der Ebenen der alltäglichen Verteidigung unattraktiver Beschuldigter.

Mit diesem Cassandra Ruf komme ich zum angekündigten zweiten Teil: den konkreten individuellen »Kampf« des Verteidigers.

## II.

Nach dem kursorischen Blick auf die allgemeine Entwicklung drängt sich hier die Frage auf, wie viel Platz zum Kämpfen der Verteidigung denn überhaupt noch zur Verfügung steht, z.B. angesichts von Hauptverhandlungen, in denen Gerichte die Räume für kunstgerechte Verteidigung – in der Fußballsprache – zunehmend enger machen. Man denke etwa an die offenbar zunehmende, meist heimliche, Orientierung der Verhandlungsleitung an »Notfallkoffern« oder anderen Brevieren zum Umgang mit möglicherweise

unbotmäßigen Verteidigern, in denen es u.a. um die »Lufthoheit« und ähnlich Martialisches geht; ebenso an die Verlockungen, die von Verständigungsangeboten ausgehen – manchmal besser: von Drohungen, die sich hinter solchen Angeboten verstecken, und zwar unabhängig davon, ob § 257c StPO ge- bzw. missbraucht oder auf die gute alte Absprache mit sofortiger Rechtskraft zurückgegriffen werden soll.

Auf den inzwischen wohl auch unter Verteidigern wohlbekannten *Breidling*-schen Notfallkoffer und seine Handhabung durch Vorsitzende werde ich hier nicht näher eingehen. Ich habe bei anderer Gelegenheit über mein Erstaunen und meine Empörung anlässlich meines Erstkontaktes mit dem Versuch einer Notfallkoffer geleiteten Verhandlungsführung berichtet. Dass die in diesem Notfallkoffer verstauten Anleitungen, die Verteidigung systematisch zu domestizieren bzw. marginalisieren, wenn nicht zu provozieren, vielen Richtern und Staatsanwälten bekannt ist und wohl – zumindest ansatzweise – auch eingesetzt werden, wenn, so der O-Ton eines Vorsitzenden »Not am Mann« ist, dürfte gesichert sein. Einen flächendeckenden Einsatz des Koffers gibt es allerdings sicher nicht. Aber *Breidling* und seine Notfallfürsorge stehen auch nur für einen allerdings recht durchsichtigen Versuch, kämpfende Verteidigung von vornherein zu unterbinden. Das Ergebnis wird im Übrigen nicht selten sein, was Breidling nur scheinbar verhindern will: der über Formalien ausbrechende offene Konflikt.

»Kampf« wird der Verteidigung aber viel ernsthafter und nachhaltiger aus anderer Richtung erschwert: System und Struktur der StPO sind grundsätzlich verteidigungsunfreundlich und verteilen die Chancen beim Kampf um das Recht – besser: um Strafe – ungleich. Man muss sich immer wieder klar machen, welch geringen Einfluss die Verteidigung auf die sog. Wahrheitsfindung, die – und zwar ausschließlich – in der Hauptverhandlung stattfinden soll, hat.

Nach der Sachverhaltsermittlung, also der Inquisition durch die Staatsanwaltschaft, die seit den 60er Jahren zunehmend und inzwischen in fast beliebigem Ausmaß auch heimlich, d.h. frei von jeder Störung durch Verteidiger, erfolgen kann und der von Seiten der Verteidigung nur unter größtem Aufwand, allerdings mangels Ermächtigungsgrundlagen und Personal auf unvergleichbar niedrigerem Niveau, entgegengetreten werden kann, steigt die Prozedur mit der Hauptverhandlung in den nächsten Zug der Inquisition – nunmehr durch das Gericht. Dem durch Anklage und Eröffnung präformierten Inquisitor, dem Gericht, ist dann auch noch das Urteil überlassen, und zwar entsprechend einer philosophischen Haltung aus der Mitte des 19. Jahrhunderts: nach frei geschöpfter Überzeugung. Philosophisch mag dahinter so etwas wie

die »eidetische Reduktion« aus der Phänomenologie stecken, faktisch steht aber auch bei Kammer- oder Senatsentscheidungen nicht einmal fest, ob es wirklich um mehr bzw. anderes als die Überzeugung des Vorsitzenden geht.

Beiträge der Verteidigung zur Findung einer für den Angeklagten günstigen prozessualen Wahrheit sieht die StPO nur in geringem Maße vor, gesicherte Daten zur Effizienz von Beiträgen der Verteidigung zur Wahrheitsfindung fehlen ebenso wie umgekehrt valides Material zum Ausmaß von Fehlurteilen aufgrund offensichtlich falscher richterlicher Überzeugungsbildung. Die armseligen Erfolgsaussichten von Revisionen der Verteidigung sind ebenfalls kein Indiz für eine ernstzunehmende Bedeutung der Verteidigung. Wie ohnehin die gesamte Revisionsprozedur ein Archetyp feudaler, anti-demokratischer Annaßung darstellt. § 349 Abs. 2 StPO, der angeblich die begründungslose Verwerfung einer noch so sorgfältig und ernsthaft erhobenen Revision zulässt, hat nachgerade autistischen Charakter. Dass wahrscheinlich nicht einmal alle unterschreibenden Senatsmitglieder die Sache aus eigener Prüfung kennen oder beurteilen – Stichwort 4- statt 10-Augen-Prinzip – macht die Enttäuschung eines frustrierten Revisionsführers sicher nicht leichter erträglich.

Zurück zum Alltag: Auch dort ist *Kommunikationsverweigerung* und – für Angehörige meines Berufes noch ungewohnter – *Belehrungsresistenz* die Regel, wenn es z.B. um das materielle Recht geht. Was »Rechtsgespräch« heißt, ist nur ausnahmsweise ein Gespräch über das materielle Recht. Und Tatgerichte, die sich auf längere und aus Verteidigungssicht dann auch noch fruchtbare Diskussionen über Rechtsfragen einlassen, sind die Ausnahme, mag eine Anklageschrift auch noch so wenige, überhaupt keine oder – auch nicht ganz selten – nur sehr fernliegende Ausführungen zum materiellen Recht enthalten. Ich zitiere den Vorsitzenden einer Wirtschaftsstrafkammer aus einem sog. Rechtsgespräch, in dem die Verteidigung auf die fehlenden Rechtsausführungen in einer Anklageschrift hingewiesen hatte: »Wir stellen nur die Tatsachen fest. Dass sich daraus das Vorliegen des deliktischen Tatbestandes ergibt, versteht sich von selbst. Die Begründung interessiert uns allenfalls am Rande, die findet zur Not der BGH. In der Regel gibt er uns mit einem ‚o. u.‘ Recht«.

Das schmerzt – nicht nur dann, wenn man hauptberuflich mit der Vermittlung vor allem des materiellen Strafrechts befasst ist und daher weiß, dass sich Rechtsfindung häufig erst diskursiv einstellt. Verteidigung muss hier natürlich unablässig auf die Kraft des guten bzw. besseren Arguments pochen, so schwer dies auch in Bezug auf materiellrechtliche Probleme fallen mag. Im Strafprozess gibt es – wie auch sonst nicht – kein Siegen durch Nachge-

ben, mag Nachgeben im sonstigen Leben auch dem Klügeren vorbehalten sein. Der von kampfuntätigen Verteidigern stattdessen nicht selten erstrebte und meist allerdings nur vermeintlich erlangte *favor iudicis* bewirkt doch bestenfalls nur eine angenehmere Verhandlungsatmosphäre, bleibt aber in der Regel ohne Fernwirkung auf das Urteil.

Nicht nur deswegen kann der Vorrang generell nur einer tätigen, sich mit der Sache intensiv auseinandersetzenden, die anderen Verfahrensbeteiligten gezielt beschäftigenden, dauernd kampfbereiten Verteidigung gebühren. Im Einzelfall regiert natürlich der durch den Verteidiger nach Kräften informierte Mandant: Scheut er die Hauptverhandlung, gilt die Aktion deren Verhinderung; will er – um jeden Preis – die kurze Hauptverhandlung, muss ein solches Ziel des Verteidigerhandelns sein. »Glaubensfragen« der Verteidigung – etwa: Kampf um jeden Preis – dürften sich insoweit kaum stellen. Selbst eine »Verständigung« hat nichts mit einer Glaubensfrage zu tun; insbesondere dann nicht, wenn die Verteidigung durch aktive Verfahrensführung eine Position relativer Stärke erlangt hat und das »Angebot« in einem für den Beschuldigten positiven Sinne nicht abgeschlagen werden kann.

Schon eher um Glaubensfragen geht es beim Umgang mit zahlreichen anderen, aus unterschiedlichen Quellen gespeisten Versuchungen, Bedrohungen, Bedrängnissen, die die Verteidigung geneigt machen könnte, auf »Kampf« zu verzichten.

Der größte Brocken ist sicher die gerade schon angesprochene Absprache, ob nun in Gestalt des § 257c StPO oder die daneben immer noch munter praktizierte gute (besser: schlechte) alte »Absprache«, d.h. die abgesprochene Entscheidung ohne öffentliche Bekanntgabe des Deals, der im Übrigen dann regelmäßig auch den zumindest informell festgezurrten sofortigen Rechtsmittelverzicht mit umfasst.

Ob nun Verständigung im strengen Sinn des § 257c StPO oder Absprachemauschelei, Deal etc. etwa im äußeren Gewand des § 257b StPO, immer geht es auch um den Verzicht der Verteidigung auf weitere nachhaltige Verfahrensaktivitäten. Was häufig allein noch bleibt ist die Bewirkung bzw. die gegebenenfalls erforderliche Mitwirkung an der Abfassung eines verständigungskompatiblen, den Mandanten so weit als möglich schonenden »Geständnisses«.

Ich will zur Verständigung hier schon deswegen nicht viel sagen, weil das BVerfG das in Kürze tun wird. Daher nur noch kurz zu der Verhöhnung eines wirklich ernst gemeinten Geständnisses durch die Geständnisattrappen, die

bei Verständigungen nach § 257c StPO an der Tagesordnung sind: Historisch war das Geständnis im gemeinen Inquisitionsprozess *regina probationum*, Königin der Beweismittel, und zwar deswegen, weil das Fehlen eines Geständnisses nur durch zwei unmittelbare Tatzeugen ersetzt werden konnte. Fehlten diese Zeugen, konnte ohne Geständnis nicht verurteilt werden. Gemeinhin half dann die peinliche Folter. Dass die Folter heute durch die Verständigung, die ja ebenfalls ein Geständnis erzeugt und erzeugen soll, ersetzt wird, bestätigt sozial-philosophische Theorien, die die frühere feudale Herrschaft über die Körper heute als durch die Herrschaft über die Psyche ersetzt betrachten. Der Alltag der Verteidigung mag über sozialphilosophische Reflexionen hinwegsehen. Allerdings sollten Urteile, die allein auf geständnisfundierten Verständigungen beruhen, nicht unbedingt als Erfolge der Verteidigung ausgegeben werden. Zumindest virtuell mag in manchen Fällen die Folter grüßen lassen.

Von vornherein verständigungs-ungeeignet ist im Übrigen ein Beschuldigter, für den es gar nichts zu gestehen gibt, weil er den Sachverhalt einräumt und nur über dessen rechtliche Bewertung zu streiten ist. In Wirtschaftsstrafsachen ist das nicht ganz selten und man fragt sich dann manchmal, wozu Gericht und Staatsanwaltschaft auf eine Beweisaufnahme bestehen. Natürlich kann niemand z.B. gestehen, eine »Untreue nach § 266 StGB« begangen zu haben oder »Amtsträger« nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB zu sein. Mir sind allerdings, zur Absicherung von Verständigungen, derartige »Geständnisse« durchaus schon zugemutet worden.

Einen einschlägigen, besonders kuriosen Fall will ich Ihnen noch schildern. Es geschah vor wenigen Wochen: Es ging um eine Anklage zum Schöffengericht. Ein Mitverteidiger hatte den Staatsanwalt, der eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Jahren für geboten hielt, davon abgehalten, dementsprechend Anklage zur Kammer zu erheben. Man sprach von 3 Jahren und 8 Monaten. Rechtlich ging es um Betrug mit komplizierten Fragen (Stoffgleichheit etc.). In der Hauptverhandlung habe ich eine Gegenerklärung zur Anklage vorgebracht; deren Fazit: aus Rechtsgründen kein Betrug. Das Gericht sah sich überfordert, der Staatsanwalt erklärte sich bereit, eine Strafe von unter 3 Jahren zu akzeptieren. Nunmehr sah der zuvor eher verschüchterte Angeklagte seine Chance. Er erklärte, er wolle jetzt überhaupt nicht mehr ins Gefängnis. 2 Jahre mit Bewährung müsse herauskommen. Das Gericht setzte das Verfahren aus. Die Vorsitzende hatte ihren letzten Verhandlungstag, sie war hochschwanger. Beim nächsten Termin war ich nicht anwesend. Das neue Gericht erwartet für eine Verständigung über eine Strafe von etwa 3 Jahren ein Geständnis, zu dem auch die Rücknahme dessen gehören sollte, was ich ausge-

führt und dem Gericht überreicht hatte. Die Einräumung des Sachverhaltes bereitete keine Probleme. Meine Erklärung wurde nicht revidiert. Das reichte dem Gericht nicht. Da kein Geständnis vorliege, erfolgte nun Verweisung an die große Strafkammer mit der Begründung: Straferwartung von mehr als 4 Jahren. Das war sicher objektiv willkürlich. Gespräche mit der nunmehr zuständigen Kammer ergaben aber, dass dort mit einer Bewährungsstrafe zu rechnen sei. So geschah es dann auch. Kein Deal. Ich habe auf Geheiß des Mandanten dann auch nicht auf meiner Rechtsauffassung beharrt. So viel zum Alltag der Verständigung oder was auch immer stattgefunden hat.

Die Verlockungen der Verständigung, im – soweit ersichtlich nach wie vor seltenen – Einzelfall tendenziell auch die der Kronzeugenregelung des § 46b StGB lasten auf jeder Strafverteidigung und deren Kampfbereitschaft.

### III.

Unabhängig davon, ob es um die nach Maßgabe der StPO Regeln zu erforschende Wahrheit und/oder allein um das Wohl des Mandanten geht: Mitbedroht ist dabei immer die Institution Strafverteidigung, die ihre Handlungsmaximen in Zukunft immer weniger aus dem materiellen und/oder dem Prozessrecht als aus Verhandlungsgeschick wird gewinnen müssen. Im Vordergrund wird also vielleicht nicht mehr der nur noch sentimental erinnerte »Kampf« um das Recht stehen, sondern die illusionslos, wenn nicht zynisch praktizierten »soft skills« zum »Einkauf« möglichst billiger Justizprodukte.

Ob die von der Verteidigung, wenn nicht kämpferisch, so doch jedenfalls streitig geführte Hauptverhandlung weiter zurückgedrängt werden wird, ist kaum zu prognostizieren. »Mehr Mut zur Hauptverhandlung« ist sicher ein begrüßenswerter, weil rechtsstaatlich unverzichtbarer Appell an überkommene Verteidigertugenden. Aber er erfolgt antizyklisch – und anders als eine wirtschaftswissenschaftliche These besagt, ist er nicht schon deswegen erfolversprechend. Um die Strafverteidigung herum, gedacht als Kampf um das Recht bzw. die Rechte des Beschuldigten, sind ja nicht nur Verständigungen jeder noch so grotesken Art, bzw. umgekehrt unverfrostene Strafmaße für verweigerte Verständigungen ins Kraut geschossen. Strafverteidigung nach traditionellem Verständnis liegt derzeit auch sonst eher quer zu Entwicklungen und Stimmungen im Einzugsbereich des Strafrechts: etwa die angebliche neue »Lust am Strafen«, die begleitet oder ausgelöst ist durch die nicht zu leugnende Renaissance des Opfers, bei gleichzeitig ebenso evidenter Preisgabe der Erreichung irgendeines legitimierbaren Strafzweckes. Hinzu kommt eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die – per saldo – alles andere als

beschuldigtenfreundlich judiziert und z.T. sogar nachgerade feindselige Attitüden bezüglich der Verteidigung zu erkennen gibt. Das gilt für das Prozessrecht (Stichworte: Rügeverkümmern, Fristsetzung für Beweisanträge usw.) ebenso wie für das materielle Recht, das u.a. zunehmend zum Tummelplatz nicht gebotener, beschuldigtenunfreundlicher *obiter dicta* wird, wo von *judicial self-restraint* kaum noch die Rede sein kann und regelmäßig offene Fragen zu Lasten der Strafrechtsadressaten »gelöst«, genauer: mehr oder weniger begründungslos »entschieden« werden. Wer sich intensiver z.B. mit den Vorschriften der §§ 299, 331 ff. StGB beschäftigt, wird dies bestätigen.

Gefahr droht kampfeswilliger Strafverteidigung aber auch aus der eigenen anwaltlichen Sphäre. Wer einerseits versucht, *Criminal- und sonstige Compliance* in Unternehmen zu installieren, durchzusetzen und gegebenenfalls auch noch intern zu vollstrecken, wer in diesem Zusammenhang dann sog. »whistle-blower« hofiert, muss sich schwertun, kämpferisch z.B. gegen eine Staatsanwaltschaft zu agieren, der er soeben noch zugearbeitet hat oder offensiv gegen Beweisführung durch V-Personen vorzugehen.

Ich komme zum Schluss: Kämpferische Strafverteidigung tut not, verlangt ihren Protagonisten aber auch zahlreiche Fähigkeiten und Tugenden ab; nicht zuletzt auch die, trotz erlittener und vieler weiterer vorstellbarer Niederlagen nicht zu verzweifeln. Dazu wünsche ich Ihnen viel Kraft!