

Dr. Lorenz Leitmeier

DIE BEIORDNUNGSPRAXIS AUS DER SICHT EINES RICHTERS*

Gem. § 142 StPO bestellt der Richter für den Beschuldigten einen Pflichtverteidiger – falls der Beschuldigte keinen bestimmten Anwalt nennt,

»schlägt der Vorsitzende einen Verteidiger namentlich vor, wobei er aus ethischen Gründen ja-sagende ‚Gerichtsnutzen‘ ebenso meiden wird wie aus prozessökonomischen Erwägungen die üblichen professioneller Strafrechtler Verdächtigen.«¹

Diese überpointierte Formulierung, die selbstredend nur verdienten ehemaligen Schwurgerichtsvorsitzenden zusteht, skizziert das Spannungsfeld, in dem ein Richter die Auswahl trifft, welchen Verteidiger er dem Beschuldigten beiordnet: Man wählt keinen aus der einen Ecke der devoten Verteidiger, aber auch keinen aus der anderen der sogenannten Konfliktverteidiger – also keinen, der vor allem dem Richter gefallen will, und keinen, der sich selbst gefallen will.

Der Haken an dieser (zugespitzten) Leitlinie: Nach *Föhrig* sollte die Auswahl des Verteidigers »aus ethischen Gründen« wie geschildert erfolgen – ethische Gründe aber sind nicht justiziabel. Warum also sollte ein Richter nicht (häufig? immer?) einen »Verurteilungsbegleiter« auswählen, der gleich nach der Urteilsverkündung auf Rechtsmittel verzichtet? Gibt es wirklich nur ethische, aber keine rechtlichen Gründe, welche die Auswahl leiten?

* Der Autor Dr. Lorenz Leitmeier ist Richter am Amtsgericht, derzeit hauptamtlicher Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst.

¹ *Föhrig*, Kleines Strafrichter-Brevier, 2008, S.12.

I. MACHT OHNE MASSSTAB

Aus Richtersicht ist die Beiordnung eines Rechtsanwalts als Pflichtverteidiger Ausübung von Macht – wie die Leitung des (immer asymmetrischen) Strafprozesses durchgehend Ausübung von Macht ist. Das ist selbstverständlich kein Problem, weder systematisch noch persönlich für den einzelnen Richter.

1. Macht

Nach der berühmten Definition Max *Webers* bedeutet Macht »jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht«. Ist dieses Phänomen, in dem immer eine Komponente der Gewalt mitschwingt, institutionalisiert und dauerhaft etabliert, wird es zu Herrschaft, nämlich der »Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden«. ¹²

Ein Strafrichter übt selbstverständlich gegenüber dem Angeklagten Macht aus und er muss das auch: Ein Strafprozess, bei dem sich Richter und Angeklagter auf Augenhöhe begegnen, wäre eine freiwillige Veranstaltung, und damit per definitionem kein Strafprozess mehr – der sich durch Asymmetrie auszeichnet, auch dann, wenn der Angeklagte an einer Verständigung mitwirkt. Wir sind im öffentlichen Recht, im Über-/Unterordnungsverhältnis, und ein Strafprozess wird nie unter Gleichberechtigten geführt.

Diese Seite der Machtausübung ist selbstverständlich und die Regeln der StPO dienen dazu, die staatliche Macht zu begrenzen: Sie drehen sich alle darum, den berühmten staatlichen Strafanspruch und die Grundrechte des Angeklagten in ein ausgewogenes, vielleicht auch nur erträgliches Verhältnis zu bringen. Selbstverständlich ist dieses Verhältnis durchgehend Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen.

Weniger selbstverständlich, und wahrscheinlich noch weniger bewusst ist eine Seite der Machtausübung, die einem Strafrichter zukommt, bei der die (Gegen-)Rechte der Betroffenen aber sehr viel

schwächer (oder besser: gar nicht?) ausgeprägt sind – nämlich die der Pflichtverteidigerbestellung: Gem. §§ 140, 141 StPO wird dem Beschuldigten (vor allem) in Fällen, in denen eine hohe Strafe droht, ein Pflichtverteidiger bestellt. Dieses Recht des Beschuldigten, verteidigt zu werden, ist zentral, konsequenterweise ein Verstoß dagegen gem. § 338 Nr. 5 StPO ein absoluter Revisionsgrund: Dieses Institut der »notwendigen Verteidigung« entspricht seiner Stellung als Verfahrenssubjekt, seinem Anspruch auf ein faires Strafverfahren, in dessen Verlauf und auf dessen Fortgang er (mit Hilfe eines Verteidigers) entscheidenden Einfluss haben muss. ¹³

Da (jedenfalls nach meiner subjektiven Erfahrung) die meisten Beschuldigten auf die Anfrage, ob sie einen bestimmten Verteidiger wüssten, keine Antwort geben, hat gem. § 142 StPO dann der Richter ein Auswahlrecht, welchen Verteidiger er bestellt.

Hier ist die Anzahl der interessierten Verteidiger regelmäßig deutlich höher als die Zahl derer, denen ein Richter ein Pflichtmandat zuweisen kann. Der Richter übt also immer Macht aus: Selbst (und gerade dann), wenn er der Idealrichter ist und ein faires Auswahlverfahren betreibt, kann er die überwiegende Anzahl der »Antragsteller« nicht bedenken, gegen deren (bestenfalls angedeutetes) Widerstreben setzt er seinen »(Wunsch-?)Kandidaten« durch. Die (zahlreichen) abgelehnten Verteidiger spüren den kalten Wind der Macht.

Welches Machtpotential aus Sicht der Verteidiger in diesem Auswahlvorgang liegt, wird klar, wenn man sich die wirtschaftliche Bedeutung regelmäßiger Beiordnungen ansieht, ¹⁴ und die hohe Anzahl, die einige Anwälte jährlich erreichen – mehr als 50. ¹⁵ Abgefedert wurde die Bedeutung aus Sicht eines Strafrichters (Instanzrichters), der ich seinerzeit war, durch § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO, wonach alle Beschuldigten, die in Untersuchungshaft waren, bereits zwingend einen Verteidiger hatten.

Aber nicht nur im Akt des Auswählens übt der Strafrichter Macht aus, sondern weitergehend während des gesamten Verfahrens, und auch darüber hinaus – permanent, solange er das Strafrichterreferat

¹² *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Studienausgabe. Tübingen 1972, 5. Aufl., S. 28; vgl. auch S. 541 ff.

¹³ BVerfGE 26, 66 (71); vgl. *Ahmed StV* 2015, 65 (67) mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁴ *Thielmann StraFo* 2006, 358 (359); *Wohlers StV* 2010, 151 (156).

¹⁵ *Jahn*, *Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung*, 2014, S. 24.

besetzt. Systembedingt gibt es Dutzende von Interessenten an einer Ware, die begrenzt ist – und das treibt den Preis, hier in Form von Wohlverhalten, Werbung, Interessebekundung. Wie könnte man es bei der hohen Konkurrenz einem Verteidiger verdanken, einen »guten Draht« zum Richter zu finden?

Und hier kommt dann nicht nur der Aspekt der Macht im Zwei-Personen-Verhältnis zustande, sondern im Dreier-Verhältnis. Macht hat nämlich auch etwas Konstruktives: »Macht entspringt der menschlichen Fähigkeit, nicht nur zu handeln oder etwas zu tun, sondern sich mit anderen zusammenzuschließen und im Einvernehmen mit ihnen zu handeln.«⁶

Bei aller Vorsicht, mit der man Hannah Arendts Begriff der Macht (entwickelt für den Bereich des Politischen, der »polis«) auf ein Strafverfahren übertragen kann, ist aber das an sich konstruktive Moment erkennbar: Mit den meisten Verteidigern kann man als Richter tatsächlich in der Sache gut »arbeiten«, d.h. das Strafverfahren sachorientiert, zügig und professionell betreiben. Da aber ein Verteidiger, der Pflichtmandate begehrt, im Verhältnis zum Strafrichter Abhängiger ist und auf dessen positive Entscheidung angewiesen ist, kann sich das konstruktive Moment leicht gegen einen Dritten wenden, nämlich gegen den Angeklagten: Wird (unbewusst? schleichend?) aus dem »guten Arbeiten« von Richter und Verteidiger ein »böses Zusammenarbeiten« zu Lasten des Angeklagten?

Ich habe es bei Pflichtverteidigerbestellungen und der Zuweisung von Geldauflagen jedes Mal deutlich wahrgenommen, dass ich in diesem Bereich Macht ausübe, dass ich nach Inhalt und Qualität einen begünstigenden Verwaltungsakt erlasse⁷ und damit in einem grundrechtssensiblen Bereich tätig bin – gegenüber dem Beschuldigten und dem Anwalt.

Nur in zwei Bereichen habe ich persönlich Macht empfunden: bei den Zuweisungen der Auflagen an die gemeinnützigen Organisationen

und bei der Bestellung von Pflichtverteidigern. Dieses Empfinden von Macht war nicht dramatisch, nicht spektakulär, nicht unangenehm – es war aber Macht.

Bei den Strafverfahren selbst hatte ich immer das Gefühl, nur das abstrakte Gesetz anzuwenden; es kam mir bis auf ganz wenige Ausnahmen immer so vor, als sei ich austauschbar, da ich nur eine Rolle einnahm, die jeder andere meiner Kolleginnen und Kollegen auch hätte einnehmen können – auch wenn es natürlich nicht so ist, weil der Richter eine dominante Rolle einnimmt und sich nicht wie im *jury system* zurücklehnt und die Einhaltung der Regeln durch *prosecutor* und *defence counsel* überwacht, und weil er abhängig von Persönlichkeit, Herkunft und Befinden höchst subjektiv eine Wirklichkeit konstruiert, die er vorher durch Prozessführung und insbesondere Zeugenbefragung selbst herbeigeführt hat und über deren vermeintlich objektiven Gehalt er am Ende durch Urteil befindet. Und dennoch: Ich hatte immer das Gefühl, ich bewege mich in gesetzlich vorkonstruierten Bahnen und wende nur klare Vorschriften an, indem ich den Sachverhalt unter die Norm subsumiere.

Schwierig an der Pflichtverteidigerauswahl und diesen Momenten der Machtausübung – gegen den Verteidiger und gegen den Angeklagten – ist der grundlegende Unterschied zu den übrigen Aspekten der Machtausübung im Strafprozess: Ihr stehen keine adäquaten Gegenrechte der Betroffenen (Verteidiger und Angeklagter) gegenüber. Es reicht aus, einfach eine Visitenkarte zu nehmen und den Namen des Auserwählten in den Beschluss zu übernehmen. Aber kann das dem Rechtsakt Bestellung eines Pflichtverteidigers gerecht werden?

2. Maßstab

Das Ermessen des Ermittlungs- oder Strafrichters, wen er zum Pflichtverteidiger bestellt, ist so weit, dass man die Grenzen suchen muss: Allgemeine Auswahlgrundsätze enthält § 142 StPO nicht, der Anwalt muss lediglich die Gewähr für eine sachgerechte und ordnungsgemäße Verteidigung des Angeklagten bieten,⁸ worunter »alles bis zur untersten Grenze der Minimalstandards zu verstehen«⁹ ist.

⁶ Arendt: Macht und Gewalt (1970). München, Zürich 1993, 8. Aufl., S. 45. Vgl. dazu Habermas: Hannah Arendts Begriff der Macht (1976). In ders.: Politik, Kunst, Religion. Stuttgart 1978, S. 103-126.

⁷ Schlothauer StV 1981, 443 (444); BVerfGE 39, 238 (244) = NJW 1975, 1016. Vgl. auch BVerfG, NJW 1985, 727 (728); NStZ 1998, 46 (Indienstnahme Privater zu öffentlichen Zwecken).

⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., 2016, § 142 Rn. 3.

⁹ Thielmann HRRS 2009, 452.

Über wen der zugelassenen Anwälte könnte man rechtssicher behaupten, dass er dies nicht schaffe? Ich hatte in meinen Verfahren auch Rechtsanwälte (einige waren Fachanwälte für andere Rechtsgebiete als das Strafrecht), die im Plädoyer ein Urteil beantragten, mit dem das Verfahren gegen Geldauflage eingestellt wird. Zwar hätte ich solche Rechtsanwälte (wenn sie jemals nachgefragt hätten) nicht als Pflichtverteidiger bestellt – aber wäre es rechtssicher möglich gewesen, solch einem Anwalt die Gewähr für ein ordentliches Verfahren abzusprechen? Kann man wirklich gerichtsfest behaupten, dieser Anwalt erreiche nicht einmal die Grenze des »untersten Minimalstandards«? – Sehr wahrscheinlich nicht. Dies gilt auch deshalb, weil einige dieser Anwälte im Verfahren selbst mindestens »Durchschnitt« erreichten, manchmal sogar Zeugen so bestechend fragten, dass selbst langgediente Strafverteidiger dies nicht besser hätten machen können.

Zum Vergleich: Ich hatte in meinen Verfahren auch Staatsanwälte, die (vereinzelt, nicht immer) die Grundsätze der Gesamtstrafenbildung eher mit Distanz behandelten, ich selbst habe auch Urteile gesprochen, bei denen die gebotene Einbeziehung früherer Urteile (vereinzelt, nicht immer), nun ja: suboptimal war. All diese Defizite reichen mit einiger Sicherheit nicht, jemandem (generell) die Befähigung zu einem ordentlichen Auftreten im Strafprozess abzusprechen.

Und damit wird in der Rechtsanwendung klar, wie defizitär § 142 StPO ist – die Vorschrift enthält keine justiziablen Kriterien. Wenn im Prinzip jeder Anwalt für eine Beiordnung in Frage kommt, wird aus dem pflichtgemäßen Ermessen ein freies Ermessen – und damit ein freies Belieben: Ist nicht vorgegeben, was sachlich und fachlich maßgeblich ist, dann kann der Richter frei zugrunde legen, was er für entscheidend erachtet. Eine Begründungspflicht gibt es nicht, es bleibt also unklar, welche (sachlichen oder sachfremden) Kriterien den Ausschlag gegeben haben. Letztlich ist es Sache des Richters, wen er bestellt.¹⁰

Persönlich dürfte das für keinen Richter ein Problem sein, aber natürlich müssen in einem Rechtsstaat Amt und Person getrennt betrachtet werden – es geht nämlich um das Rechtsstaatsprinzip selbst:

¹⁰ BVerfGE 39, 238.

Die notwendige Verteidigung (§ 140 StPO) ist eine Konkretisierung des Art. 20 Abs. 3 GG,¹¹ die Bestellung eines Verteidigers soll die autonome Stellung des Beschuldigten im Strafprozess schützen.¹²

II. EIGENE BESTELLUNGSKRITERIEN

Auch bei einem weiten Einschätzungsspielraum muss es im Rechtsstaat (als Gegenbild zu Willkür) Kriterien geben, nach denen die Auswahl erfolgt. Anders als das Eingangszitat von *Föhrig* das suggeriert, geht es bei der Auswahl des Verteidigers nicht nur um ethische Gründe, sondern das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass die Auswahl nach juristischer Maßgabe erfolgt.

Aus meiner Sicht sind hier zentral Art. 3, 12 und 20 Abs. 3 GG, an die ein Richter selbstverständlich gebunden ist.

Zunächst einmal spielt Art. 3 GG eine Rolle, der eine fundamentale Seite der Gerechtigkeit verbürgt, die »iustitia distributiva«: »Daher kommen die Streitigkeiten und Prozesse, dass entweder Ungleiche Gleiches oder Gleiche Ungleiches haben und zugeteilt erhalten.«¹³

Dieser Gedanke ist seit langem unstreitig eine Maßgabe, die auch das Grundgesetz vorgibt: »Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.«¹⁴

Weiter ist natürlich Art. 12 GG maßgeblich, da jeder Anwalt, der beigeordnet wird, seinen Beruf ausübt und hier nicht schutzlos der richterlichen Willkür ausgeliefert werden darf.

Und schließlich geht es um das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, das ein Richter verteidigt, wenn er die Auswahl des Pflichtverteidigers sauber trifft. Bei jeder Diskussion zu diesem Thema bemängeln Verteidiger die fehlende Transparenz des Verfahrens und bringen zum Ausdruck, dass »immer die gleichen fünf Robenständler« bestellt würden, »pflegeleichte«¹⁵ Verteidigerinnen und Verteidiger auf Basis

¹¹ BVerfGE 46, 202 (210); 63, 380 (390); 65, 171.

¹² Müller StV 1981, 570 (572).

¹³ Aristoteles, Nikomachische Ethik, Kapitel 6.

¹⁴ BVerfGE 116, 164 (180); 122, 210 (230); st.Rspr.

¹⁵ Wohlers StV 2010, 151 (153). Auch Hilbers/Lam StraFo 2005, 70 (71); MünchKollf StraFo 1997, 230 (232); Schlothauer StV 1981, 443; Thielmann StraFo 2006, 358.

von »Beiordnungsprostitution«¹⁶ und »persönlicher Bekanntschaft«.¹⁷ Diese permanent vorgetragenen Vorwürfe höhlen das Vertrauen in den Rechtsstaat kontinuierlich aus, dem sollte ein Richter entgegenwirken, indem er eine faire Auswahl trifft.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund habe ich mein Ermessen im Ergebnis so ausgeübt, dass ich aus dem festen Bestand an Visitenkarten, die ich hatte, eine Art »Turnus« gebildet habe und für eine (zumindest mehr oder weniger) ausgewogene Bestellung gesorgt habe – und zwar aus folgenden Erwägungen.

1. »Turnus«

Da inhaltlich wie gezeigt »im Prinzip« deutlich mehr Verteidiger gewählt werden könnten, als Pflichtverteidigungen »anfallen«, muss das Kriterium woanders gesucht werden, und das kann dann nur ein formales sein: Es geht um »Gerechtigkeit durch Verfahren«, um das Problem: »Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?«¹⁸

Folgt man *Habermas*, wofür es selbstverständlich viele Gründe gibt (ohne vielleicht jeden einzelnen in seiner gesamten Tiefe durchdrungen zu haben), liegt in der Rationalität rechtlicher Verfahren eine legitimierende Kraft:

»Legitimität verdankt eine in den Formen begründungspflichtigen positiven Rechts ausgeübte Herrschaft stets einem impliziten moralischen Gehalt der formalen Qualitäten des Rechts. [...] Legitimierende Kraft haben [...] Verfahren, die Begründungsforderungen und den Weg zu ihrer argumentativen Einlösung institutionalisieren. [...] Ein im moralisch-praktischen Sinne rationaler Kern rechtlicher Verfahren schält sich erst heraus, wenn man analysiert, wie sich über die Idee der Unparteilichkeit sowohl der Normbegründung wie der Anwendung von verbindlichen Regelungen ein konstruktiver Zusammenhang zwischen geltendem Recht, Gesetzgebungsverfahren und Verfahren der Rechtsanwendung herstellt. Diese Idee der Unparteilichkeit bildet den Kern der praktischen Vernunft.«¹⁹

¹⁶ *Hilbers/Lam* StraFo 2005, 70 (71).

¹⁷ *Ahmed* StV 2015, 65 (68).

¹⁸ *Habermas*, Kritische Justiz 1987, 1.

¹⁹ *Habermas*, Kritische Justiz 1987, S. 12.

Entsprechend einer solchen prozeduralistischen Theorie der Gerechtigkeit habe ich (ohne dies in meiner Zeit als Strafrichter bewusst ausbuchstabiert zu haben) ein sinnvolles Bestellungskriterium allein in einer Art »Turnus« gesehen, einer mehr oder weniger ausgewogenen »Verteilung der Pflichtmandate«, damit bei diesem Vergabeverfahren alle Interessierten Chancengleichheit hatten. Ich habe versucht, eine »Fairness des Verfahrens« zu gewährleisten, da es (vergleichbar zahlreichen Vorgängen in der »Leistungsverwaltung«) nur eine begrenzte Zahl an Mandaten für eine große Zahl von Bewerbern gab.

Das einzige Vorgehen, das aus meiner Sicht (etwas) Gerechtigkeit verbürgte, bestand darin, aus dem »Pool« der interessierten Verteidiger (mehr oder weniger konsequent) gleichförmig und ausgewogen die Pflichtverteidigungen zu verteilen und der Reihe nach jeden zu bedenken.

2. »Spezialfälle«

Das Prinzip einer gleichmäßigen Verteilung anhand eines »Turnus-Systems« habe ich ergänzt um inhaltliche Kriterien – wenn diese möglich waren. Dies freilich war nur selten der Fall, dementsprechend war ich dann immer froh, wenn ich nachvollziehbare inhaltliche Gründe hatte, warum ich dem (der) einen Verteidiger(in) den Vorzug gebe. Das »Turnus-System« blieb auf diese Art flexibel und auf den Einzelfall anwendbar, ohne zu einem starren, schematischen System zu werden.

Solche Kriterien, die einen durchschnittlichen Fall zu einem (von mir so genannten) »Spezialfall« machten, waren Sprachkenntnisse: Kam der Angeklagte etwa aus Rumänien, bot es sich an, einen Verteidiger zu bestellen, dessen Muttersprache Rumänisch war. Wer Zeugen vernommen hat, die zwar die gleiche Sprache sprechen, zu denen man aber kommunikativ trotz verzweifelter Versuche keinen Zugang findet, der weiß, wie wichtig Sprache ist. Und was für Fehlerquellen sich einschleichen, wenn ein Dolmetscher nötig ist, selbst wenn der exzellent arbeitet. In einem meiner Fälle sagte zum Beispiel der Angeklagte laut Dolmetscher auf meine Frage, was er zu den Verletzungen des Zeugen sage: »Na ja.« Als ich das hörte, nahm ich mir vor, diese flapsige Aussage in der späteren Urteilsbegründung zu erwähnen als Beleg dafür, wie gleichgültig der Angeklagte dem Geschädigten gegenüber auftrat.

Während der Urteilsberatung wurde mir aber bewusst, dass ich das ehrlicherweise nur sehr angedeutet (oder gar nicht?) beurteilen kann, was der Angeklagte gemeint hat: Was hat er in seiner Muttersprache gesagt? Was hat der Dolmetscher als »Na ja« übersetzt? Welche Konnotation hat diese Wendung in der Muttersprache des Angeklagten? Heißt »Na ja« vielleicht sogar »Oje?!«, oder »Oh Gott!« – oder hat der Dolmetscher ganz frei interpretiert, was der Angeklagte vielleicht in einer längeren (relativierenden) Umschreibung gesagt hat?

Aus diesen Gründen ist es sicher von Vorteil, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat, dessen Sprache er spricht, und zu dem nicht immer eine kommunikative Nebelwand besteht, allenfalls abgemildert durch einen Dolmetscher, niemals aber ganz durchbrochen. Andererseits: Ist es gerecht, bei einem rumänischen Angeklagten immer die zwei Verteidiger beizuordnen, die rumänische Muttersprachler sind?

Ein weiterer »Spezialfall« waren bestimmte Rechtskenntnisse, die ein Verteidiger hatte – möglicherweise ausgewiesen durch einen Fachanwaltstitel. Aber auch dies waren seltene Ausnahmen. Eine Anklage warf dem Beschuldigten vor, er habe Untreue begangen. Die vermeintliche Tathandlung war dabei einigermaßen komplex, der Vermögensschaden sehr hoch. In diesem Fall habe ich einen Verteidiger bestellt, der häufig in Wirtschaftsstrafsachen tätig war.

Zuletzt gab es noch das Kriterium der zeitlichen Verfügbarkeit: War beispielsweise ein Mitangeklagter in Untersuchungshaft, dann habe ich für den in Freiheit befindlichen Angeklagten gezielt einen Verteidiger gesucht, der schnell verfügbar war und zum nächstmöglichen Verhandlungstermin Zeit hatte.

Im Ergebnis habe ich also eine Art »Turnus-System« angewendet, das ich um inhaltliche Kriterien ergänzt habe, wenn dies möglich war.

III. FESTLEGUNG DES »POOLS«

Die Verteidiger, die in meinem »Pool« waren, habe ich auf die dargestellte Art bedacht. Fraglich aber ist natürlich des weiteren, wie ein Verteidiger in diesen »Pool« gelangte: Wer kam hinein, wer musste draußen bleiben?

1. »Antragsprinzip«

Ich bin während meiner Zeit als Strafrichter nach dem »Antragsprinzip« verfahren (ohne dies seinerzeit bewusst so zu nennen): Ich habe grundsätzlich alle in den Pool aufgenommen, die mir eine Visitenkarte gaben oder auf andere Art (etwas am Telefon bei einer Terminabsprache) darum baten, dass ich sie als Pflichtverteidiger benennen möge. Dieses Prinzip, dass ich Verteidiger bedenke, die einen »Antrag« stellten, schien mir als rechtliches Prinzip gut begründbar, ist es doch auch in der Leistungsverwaltung anerkannt.

Dieses Vorgehen begegnet aber sicherlich auch (durchgreifenden?) Bedenken: Was ist mit den Verteidigern, die einem noch gar nicht begegnet sind, von denen man aber weiß, dass sie Pflichtmandate annehmen? Soll ich die als Richter »draußen lassen«, nur weil sie noch nicht die Möglichkeit hatten, mit mir zu reden? Oder ist das »Antragsprinzip« nicht umgekehrt deshalb unfair, weil es die Verteidiger belohnt, die (wenig subtil) die Nähe des Richters suchen? Die die Akte persönlich im Richterzimmer vorbeibringen, anstatt sie auf die Geschäftsstelle zu bringen oder ins Gericht zurückzuschicken?

Und wie geht man damit um, wenn man einen Anwalt persönlich kennt oder »gar« mit ihm befreundet ist? Darf man den aus Gründen der »Hygiene« nicht zum Pflichtverteidiger bestellen? Soll persönliche Bekanntschaft, wenn schon nicht von Vorteil, aus rechtsstaatlichen Gründen plötzlich zum Nachteil werden?

Unabhängig von solchen Einzelfragen habe ich das »Antragsprinzip« in zweierlei Hinsicht nicht streng, sondern nur modifiziert angewendet, da der »Pool« für zwei Kategorien von Verteidigern generell nicht offenstand: für devote Verteidiger (»Gerichtsnutzen«) und »Konfliktverteidiger« – beides jedoch (in idealtypischer Reinheit ohnehin nicht vorhanden) habe ich nicht kennengelernt.

2. Devote Verteidiger

Mir sind in meiner Zeit als Richter solche »Verurteilungsbegleiter« nicht begegnet, allenfalls sehr (vermeintlich) zugewandte Verteidiger, die einen Beweisantrag zwar gestellt haben, sich dabei aber fast entschuldigten. Und ein(e) Verteidiger(in) hat einmal versucht, seinen (ihren) Mandanten zu einem Geständnis zu bewegen, damit die Beweisaufnahme

abgekürzt würde. Dies war aus meiner Sicht dem Prozessverlauf bis dahin nicht angemessen, ich habe dann meinerseits die Beweisaufnahme fortgesetzt. Diese beiden Verteidiger(innen) hätte ich nicht mit Pflichtverteidigungen bedacht (wenn sie jemals darum gebeten hätten).

Dazwischen aber tut sich ein unendlicher Graubereich auf: Bestellen Sie jemanden, der Sie früher nie begrüßt hat (als Student, als Staatsanwalt), jetzt aber so tut, als sei er Ihr bester Freund? Der sich dienstlich an Sie heranwirft, als könne er es gar nicht erwarten, endlich ein Verfahren bei Ihnen zu haben, um endlich einmal zu erleben, wie meisterhaftes Jura aussieht? Auch für einen Richter ist es misslich, wenn ein Verteidiger im Dienstzimmer steht und sich dafür entschuldigt, einen Beweisantrag stellen zu müssen, weil ein Alibizeuge noch nicht gehört wurde – ein Zeuge also, den ein Richter, sofern er von dessen Existenz erfährt, nach dem Amtsermittlungsgrundsatz ohnehin von Amts wegen laden und hören müsste. Auch für einen Richter ist es unangenehm, wenn ein gestandener Verteidiger im Büro verschämt seine Visitenkarte überreicht, mit den zaghaft formulierten Worten: »Wenn Sie einmal ein Verfahren für mich haben.« Und wenn ein Verteidiger eine Akte nach der Einsicht nicht auf die Geschäftsstelle zurückbringt, sondern persönlich vorbeibringt, verbunden mit einem Gespräch, das angedeutet Privates zum Inhalt hat – ohnehin verstörend, da sich Richter und Rechtsanwalt gar nicht kennen: Selbstverständlich ist hier stets die Möglichkeit im Raum, dass dies nur angebracht wird, um eine Pflichtverteidigung »an Land zu ziehen«.

Unabhängig von persönlichen Verrenkungen einzelner Verteidiger, um dem Richter zu gefallen, ist das rechtliche Problem, dass ein Dritter darunter leiden könnte. Ist der Anwalt freundlich und wirbt permanent (unausgesprochen) für sich, steht er zu nahe beim Richter – und damit zwingend zu weit weg vom Beschuldigten. Worin unterscheidet sich diese Zuweisung von Arbeit und damit Geld von der Zuweisung von Geldauflagen an eine gemeinnützige Organisation?

All dies ist kein Vorwurf an einzelne Verteidiger – es ist ein Vorwurf an das System, das solch devotes Verhalten provoziert, für einige aus wirtschaftlichen Gründen vielleicht sogar erzwingt:

»[...] ist zu konstatieren, dass selbst die beste Regelung in einem Rechtsstaat in dem Moment zu wanken beginnt, wenn sich die Beteilig-

ten nicht mehr an den Sinn des Gesetzes halten, sprich wenn ein Richter aus ermessensfehlerhaften Gründen beiordnet oder ein Verteidiger nicht mit seiner ganzen Kraft verteidigt, vielleicht nur um in Zukunft weiter bestellt zu werden. Jede Regelung muss aber zwangsläufig dann fallen, wenn sich zwei Beteiligte zusammenschließen, um gegen den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers aus Motiven zu handeln, die die fiskalischen vor die rechtsstaatlichen Interessen setzen.«¹²⁰

3. »Konfliktverteidiger«

Andererseits gibt es Verteidiger, die – aus meiner subjektiven Sicht – einen Konflikt mit dem Gericht gesucht haben nicht um der Sache willen, sondern um den Mandanten zu beeindrucken und ein (vermeintlich) bestehendes Image als engagierter Anwalt zu bekräftigen – auch dies habe ich vermieden.

Fraglich ist natürlich, was ein »Konfliktverteidiger« ist. Selbstverständlich ist nicht jeder, der einen Beweisantrag stellt, ein Konfliktverteidiger. Für mich fiel in diese Kategorie allenfalls ein Anwalt, der aus dem Gerichtsverfahren eine »Show« machte, entweder (einmal erfolgt) für die anwesende Presse, oder aber (häufiger) für den Mandanten – auch letzteres war noch in Ordnung, wenn es der Sache diene. Hatte ich hingegen das Gefühl, dass hier nur der Anwalt selbst im Mittelpunkt steht, er zeigen möchte, dass er es um eines schneidigen Eindrucks beim Mandanten willen »mit dem Gericht aufnehmen« kann (beginnend mit einem »Antrag auf Nichtverlesung der Anklage«, gefolgt von einem »Strafantrag wegen Rechtsbeugung«), und das Ergebnis zweitrangig (oder gar nebensächlich) ist, dann fiel ein solcher Anwalt aus der Liste der möglichen Pflichtverteidiger heraus – ironischerweise haben aber natürlich diese Verteidiger keinen »Antrag« gestellt, Pflichtverteidigungen zu erhalten.

Von Einzelfällen abgesehen (die systemtheoretisch ohnehin nicht sonderlich interessant sind), geht das Problem aber tiefer, was »Konfliktverteidigungen« betrifft: Der Richter darf das Hauptverfahren gem. § 203 StPO nur eröffnen, wenn er einen hinreichenden Tatverdacht hat, das heißt wenn es eine »Verurteilungswahrscheinlichkeit« gibt. Die Hauptverhandlung ist also von Gesetzes wegen auf eine

²⁰ Thielmann, HRRS 2017, 71.

Verurteilung ausgerichtet, Freisprüche sind damit (tatsächlich und vor allem) systemtheoretisch die Ausnahme. Der Strafrichter rechnet mit einer Verurteilung und geht von ihr aus. Da (wie immer) alles mit allem zusammenhängt, muss man hier die Verbindung zur Art des Strafverfahrens insgesamt (adversatorisch oder inquisitorisch?) herstellen: Nach der StPO ist der Richter des Zwischenverfahrens auch der des Hauptverfahrens, und damit ist er auf »Verurteilung eingestellt«. Damit mag es psychologisch kollidieren, wenn ein Verteidiger diese Verurteilung insgesamt in Frage stellt und auf Freispruch geht, dies dann konsequent mit Beweisanträgen untermauert. Wird es damit nicht auch von der StPO ein Stück weit so vorgegeben, wenn dies ein Richter so auffasst, als wolle da ein Verteidiger »Sand ins Getriebe werfen«?

FAZIT

Ich mache keinem Verteidiger einen Vorwurf, dass er gegenüber dem Richter ein Wohlverhalten zeigt – was auch immer er darunter versteht, wie geschickt auch immer er sich dabei anstellt. Und mich wundert es auch nicht, wenn ein Richter tendenziell zu solchen Verteidigern neigt, die ihm »das Leben leicht machen«. Das Problem ist eine Vorschrift, die systematisch diese Nähe zwischen Richter und Verteidiger erzeugt, die ein pflichtgemäßes Ermessen einfordert, aber keine Kriterien zur Verfügung stellt.

De lege lata dürfte es am gerechtesten sein, eine Liste anzulegen, diese der Reihe nach abzuarbeiten, dabei aber auch sachliche und fachliche Gesichtspunkte einfließen zu lassen. Aber auch hier gibt es viele schwierige Fragen: Was ist, wenn ein Anwalt seinen Schwerpunkt aus dem Zivilrecht in das Strafrecht verlegen will? Muss ein Richter dessen Gesuch um Bestellung als Pflichtverteidiger ablehnen, weil er nicht so erfahren ist wie ein Fachanwalt; wie einer, der das »immer schon« gemacht hat? Oder ist das nicht zirkulär, wenn man einen Verteidiger nicht bestellt, weil er keine Erfahrung hat – und ihm damit weitere Erfahrungen verwehrt?

Letztlich provoziert § 142 StPO eine sich selbst erzeugende und verstärkende Bewegung: Die kooperativen Anwälte werden bestellt und bleiben deshalb kooperativ, woraufhin sie wieder bestellt werden.

Insofern ist trotz redlichen Bemühens auch der Richter immer noch aktuell, was die Strafverteidigervereinigung NRW schreibt:

»Mangels Transparenz entsteht der Verdacht, dass für die Auswahl des Pflichtverteidigers oder der Pflichtverteidigerin in erster Linie Routine, persönliche Bekanntschaft oder die Erwartung reibungsloser Zusammenarbeit mit dem Gericht maßgeblich sind. Nicht selten erfolgt die Beiordnung unter Zuhilfenahme von Formularen, auf denen nur ein kleiner geschlossener Pool von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen aufgelistet ist. Dem Berufsbild des Verteidigers tritt so das des verurteilungsbegleitenden Rechtsanwalts gegenüber. Diese Praxis ist höchst problematisch. Gerade in Fällen notwendiger Verteidigung besteht ein erhebliches Interesse der Beschuldigten und der Allgemeinheit an einer qualifizierten Verteidigung. Schon der bloße Anschein, die Auswahl des Pflichtverteidigers durch das Gericht könne vom gegenseitigen Wohlwollen der Beteiligten abhängen, unterminiert die Akzeptanz der Verteidigung und die Legitimität des Verfahrens.«²¹

Nach meiner Überzeugung ist die Auswahl des Pflichtverteidigers durch das Gericht ein Eingriff in die Autonomie der Verteidigung, der nicht nötig ist und de lege ferenda am besten abgeschafft würde. Insofern stimme ich mit *Thielmann* überein, wenn er schreibt:

»Der Weg aus dem Dilemma ist es, den Richtern die Aufgabe der Auswahl von Pflichtverteidigern aus den Händen zu nehmen und einem anderen unabhängigen Gremium bei den Rechtsanwaltskammern anzuvertrauen, die anhand einer Liste mit seriösen Strafverteidigern unabhängig entscheiden.«²²

²¹ www.strafverteidigervereinigung-nrw.de/files/beiordnung_von_notwendigen_verteidigern.pdf

²² *Thielmann*, HRRS 2017, 71.