

Die Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger sind in der Anwaltschaft eher eine kleine Minderheit, aber seien Sie sicher, wir werden – auch von den Gerichten - gebraucht. Was wäre der Strafprozess ohne uns, was wäre ein Strafprozess ohne Verteidigung. Es wäre ein Inquisitionsprozess ohne Widerrede und Kontrolle, es wären Prozesse des schnellen Aburteilens und des geringen, weil nicht geforderten Nachdenkens.

Alle Autokraten, alle Diktatoren haben immer versucht, sich der Verteidigerinnen und Verteidiger zu entledigen, die Kämpferinnen und Kämpfer für Gerechtigkeit und Menschenrechte sind. Denken Sie aktuell an die Türkei, wo viele unserer Kolleginnen und Kollegen in Haft sind, weil sie eine gute, kritische und parteiliche Strafverteidigung in politischen Verfahren präsentiert haben und sich gesellschaftlich engagieren. Und denken Sie an Ihre Schulzeit: William *Shakespeare*, der dem Schlachter Dick in Henry VI, Teil 2, die Worte in den Mund legte:

»The first thing we do, let's kill all the lawyers.«

Nein, wir dürfen uns nicht schlachten lassen, auch nicht moralisch. »Schrei nach Freiheit« ist, das Thema zu besetzen, das immer neue repressive Strafgesetze nicht geeignet sind, das Leben sicherer zu machen. Der »Schrei nach Freiheit« ist die gemeinsame Überwindung von Angst, für ein solidarisches Zusammenleben mit allen Menschen, die in diesem Land leben, egal, welchen Pass oder welche Hautfarbe sie haben. Der »Schrei nach Freiheit« ist das Erlebnis des gemeinsamen Kampfes für eine gerechte oder gegen eine ungerechte Sache. Es ist gleichzeitig eine Sache von Gefühlen, die sinnlich wahrnehmbar macht, dass Freiheit und Solidarität mehr hilft als eine trügerische, eine repressive Sicherheit.

Thomas Scherzberg

## FREISPRUCH? FREISPRUCH!

### I. VORBEMERKUNG

In der Strafprozessordnung beginnen die Vorschriften zur Hauptverhandlung mit § 226 StPO, in § 260 StPO ist dann das Urteil geregelt:

»Die Hauptverhandlung schließt mit der auf die Beratung folgenden Verkündung des Urteils.«

In § 260 StPO ist der Freispruch nicht vorgesehen. Dementsprechend findet sich erst in der Kommentierung (z.B. *Meyer-Gößner*) wie die Urteilsformel bei einem Freispruch zu lauten hat.<sup>1</sup> Erst in § 267 StPO ist festgehalten, wie die Urteilsgründe bei einem Freispruch auszusehen haben. Der Freispruch führt ein normatives Schattendasein und wird lediglich bei technischen Vorgaben angeführt, z.B. bei der Urteilsformulierung und im Kostenrecht.

*Kinzig* hat darauf hingewiesen, dass die StPO sich eigenartigerweise bei Aussagen über den Freispruch zurückhalte, es existiere keine Vorschrift, die festlege, wann eine Person freizusprechen sei.<sup>2</sup> *Kinzig* spekuliert auch darüber, warum sich die Strafrechtspflege gegen das Thema Freispruch immunisiert und schließt, dass zu Freisprüchen führende Verfahren kein Ruhmesblatt für die Justiz darstellen würden.<sup>3</sup> Der Kollege *Thielmann* nennt den Freispruch einen »Fehler im System« und ein unerwünschtes Urteil.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vgl. *Meyer-Gößner*, Rz. 17 zu § 260.

<sup>2</sup> *Kinzig*, FS Kerner, S. 737.

<sup>3</sup> Ebd., S. 741.

<sup>4</sup> *Thielmann*, ZRP 2010, S. 89.

## II. KEIN FREISPRUCH OHNE VERTEIDIGER?

Aufgrund der Zahlen, die ich bereits im Eröffnungsvortrag des 40. Strafverteidigertages 2016 zitiert habe – fallende Freispruchquoten gegenüber hoher Einstellungsquoten in der Hauptverhandlung – lautet eine These, dass Freisprüche ohne Anwesenheit von Verteidigern den Ausnahmefall darstellen.

Da sich die Untersuchungen von *Kinzig/Stelby* auf Freisprüche nach vorangegangener U-Haft, also alles Fälle *mit* Verteidigern bezogen, entsprechende Untersuchungen bezüglich Freisprüche ohne Verteidiger bisher nicht vorliegen, habe ich versucht, für diesen Beitrag eine eigene kleine Untersuchung anzustellen. Da mir das Präsidium des AG Frankfurt/Main mitteilte, dass solche Statistiken durch das Präsidium des AG nicht geführt werden, habe ich alle zur Zeit am AG Frankfurt (ohne Jugendrichter, ohne Abt. Frankfurt-Höchst) tätigen Strafrichter, nämlich 26, befragt. Da die Strafrichter i.d.R. um die 100-120 Strafsachen im Jahre 2016 bearbeiteten, komme ich auf eine Anzahl von knapp 3.000 Verfahren.

Zahlenmaterial für das Jahr 2016:

In 13 Abteilungen gab es keinen einzigen Freispruch ohne die Mitwirkung eines Verteidigers, in sechs Abteilungen jeweils nur einen einzigen. Die Zahlen wurden durch die entsprechenden Richter herausgesucht, nachdem zuvor meist davon gesprochen wurde, dass »selbstverständlich« kein Unterschied gemacht werde, ob ein Angeklagter verteidigt sei oder nicht.

Vier Abteilungen hatten jeweils zwei, zwei Abteilungen drei und eine Abteilung fünf Freisprüche ohne Verteidiger zu verzeichnen. Bei den zuständigen Richtern handelte es sich dabei um zwei ihrer Eigenständigkeit und Unabhängigkeit schon immer gerühmten Richterinnen und fünf sehr jungen auf ihre Rechtstaatlichkeit zu Recht pochenden Richtern – was hoffentlich so bleibt.

FAZIT: Die These, dass ohne Verteidiger selten oder keine Freisprüche erfolgen, hat sich bestätigt. Ein Ergebnis, dass für die Forderung, dass jedem Angeklagten ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden muss, da ein unverteidigter Angeklagter die prozessualen Rechte aus der StPO nicht selbst wahrnehmen kann, spricht.

## III. BESONDERHEIT: STRAFBEFEHLSVERFAHREN

Anlässlich meiner kleinen Untersuchung am AG Frankfurt bin ich auf eine weitere Besonderheit gestoßen: Hessen liegt mit 1,7 Prozent Freispruchquote an letzter Stelle unter den 16 Bundesländern, in Frankfurt enden aber 7,3 Prozent aller Strafverfahren vor dem AG mit Freispruch. Woran liegt das? An einem Stadt-/Landgefälle? An der hohen Anzahl versierter Verteidiger in der Stadt Frankfurt (über 70 Prozent der in der Vereinigung Hessischer Strafverteidiger organisierten Strafverteidiger haben ihren Kanzleisitz in Frankfurt)?

Der Vergleich mit einem Amtsgericht »auf dem Land« – AG Friedberg (Hessen) – widerlegt diese Annahme: Auch hier enden über sechs Prozent aller Strafverfahren mit einem Freispruch. Aber: In Frankfurt ergingen in 2016 über 9.000 Strafbefehle, nur gegen 2.404 wurde Einspruch eingelegt, deren Ergebnis dann in die Statistik der Verurteilungen bzw. Freisprüche eingingen. D.h., auch in Frankfurt (2,43 Prozent) lag die Freispruchquote nahe beim Landesdurchschnitt und damit deutlich unter dem Bundesdurchschnitt. Eine Erklärung dafür gibt es zur Zeit nicht, der von *Stelby/Thomas* vorgenommene Vergleich der Geschäftsstatistiken der Staatsanwaltschaften kann auch keine Erklärung liefern.<sup>15</sup>

FAZIT: Angesichts der hohen Anzahl von Strafbefehlen, gegen die kein Einspruch eingelegt wird, muss zwingend die Forderung erhoben werden, dass ein Strafbefehl ohne die vorherige Beratung durch einen Verteidiger nicht erlassen werden darf, im Bedarfsfall mittels der Beratung durch einen nur für diese Beratung beizuordnenden Verteidiger. Die Formulierungen in einem Strafbefehl, in der das Wort »Urteil« nicht vorkommt, von einer »Beschuldigung« und nicht von einer »Anklage« die Rede ist, die Rechtsmittelbelehrung, die für einen juristisch ungeübten Menschen oder für einen mit mangelnden Sprachkenntnissen ausgestatteten Beschuldigten nicht nachvollziehbar ist, macht eine solche anwaltliche Beratung vor Erlass unerlässlich.

<sup>15</sup> Vgl. den Beitrag im Materialheft zum 41. Strafverteidigertag, S.31.

#### IV.

*Schünemann* hat in seiner Untersuchung<sup>16</sup> vier wichtige Effekte festgestellt, die für unser Thema hier von Relevanz sind:

Der PERSEVERANZEFFEKT: Danach verurteilen Strafrichter häufiger bei Kenntnis der Ermittlungsakten vor der Hauptverhandlung. In einer vergleichenden Untersuchung hatten 17 Richter, die die Ermittlungsakte kannten, auch verurteilt, während von 18 Richter, die von den Akten keine Kenntnis hatten, im gleichen Fall acht verurteilt und zehn freigesprochen haben.

Der REDUNDANZEFFEKT: Hier hatte es sich in der Untersuchung bestätigt, dass Richter mit Aktenkenntnis den Entlastungsgehalt der Hauptverhandlung gar nicht richtig wahrgenommen und gespeichert hatten, weil sie sich nur an die belastenden Informationen aus der Ermittlungsakte erinnerten.

Der SCHULTERSCHLUSSEFFEKT: Nach der Theorie der sozialen Vergleichsprozesse wurde hier unterstellt, dass das Verhalten der Richter auch dadurch erklärt werden könne, dass sie sich in einer unklaren Situation an eine vorangegangene Beurteilung durch eine von ihm als kompetent akzeptierte Vergleichsperson – hier der Staatsanwalt – orientieren. In einer Vergleichsuntersuchung wurden einer Gruppe von Staatsanwälten und Strafrichtern eine Akte mit der Frage nach einer Anklageerhebung präsentiert. Der anderen Hälfte der Gruppe wurde die gleiche Akte mit einer bereits beigefügten Anklageschrift zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorgelegt. Während die erste Gruppe eine Anklageerhebung mit Zweidrittel-Mehrheit ablehnte, hatte die zweite Gruppe ganz überwiegend die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen. Dieser Schulterschlusseffekt ist nach der Untersuchung von *Schünemann* dann auch bei der Strafzumessung dergestalt nachzuweisen, dass der Strafantrag des Staatsanwalts einen dominierenden Einfluss auf die Entscheidung ausübt.

FAZIT: Diese Untersuchung zeigt einmal mehr, wie bedeutsam unsere nunmehr jahrzehnte alte Forderung ist, dass der erkennende Richter nicht auch über die Eröffnung des Verfahrens entscheiden sollte, auch wenn ein Schulterschlusseffekt – dann auch mit dem zuvor

<sup>6</sup> *Schünemann*, StV 2000, S. 159 f.

<sup>7</sup> *Thielmann* (Fn. 4).

zuständigen Richter – nicht vermieden werden kann, könnte doch zumindest der Perseveranz- und der Redunanzeffekt abgemildert werden, was im Ergebnis offensichtlich zu mehr Freisprüchen führen würde.

#### V. FREISPRUCHVERTEIDIGUNG NACH INTERNEM GESTÄNDNIS

Mich interessieren darüber hinaus Aspekte, die uns Strafverteidiger betreffen, d.h. zugespitzt die Frage, ist für uns der Freispruch immer das erstrebenswerte »höchste Ziel einer jeden Strafverteidigung«<sup>17</sup> – selbst wenn das Blut des Opfers quasi noch von der Kleidung unseres Mandanten tropft? Ein immer wieder diskutierter Aspekt ist dabei, wie wir uns als Strafverteidiger verhalten, wenn uns intern durch den Mandanten die Tat eingestanden wurde, der Mandant aber vor Gericht nicht gestehen will und eine Freispruchverteidigung wünscht. Und weiter: Umgehen wir solche Situationen sogar, in dem wir ein internes Geständnis befürchtend, den Mandanten nach dem Sachverhalt überhaupt nicht befragen?

*Dahs* meint, in »Gewissensfällen« sei eine Freispruchverteidigung zu verantworten, z.B. wenn ein Gesetz ungerecht oder der Mandant ein Überzeugungstäter sei, oder im Fall eines Kavaliereids.<sup>18</sup> Der Kollege *Hammerstein* empfiehlt in Fällen, »die das Rechtsempfinden schockierend (stören)« eher zur Niederlegung des Mandates.<sup>19</sup>

Eine solche Differenzierung zwischen »schockierenden« Fällen mit Anklagen z.B. aufgrund eines »ungerechten Gesetzes«, kann nach meiner Auffassung unter keinen Umständen Richtschnur unseres Handelns sein. Dabei vernachlässige ich eine Diskussion darüber, wer welche Fälle aus welchen persönlichen Gründen für »schockierend«, wer welche Gesetze aus welchen persönlichen Gründen für »ungerecht« hält. Diese Fragen stellen sich mir nicht, wenn ich meine Aufgabe darin sehe, ausschließlich die Interessen meines Mandanten zu vertreten. Das heißt nicht, dass ich unterschiedslos alle mir *angetragenen* Mandate mit allem Können, das mir gegeben ist, mit allen Mitteln, die mir erlaubt sind, bearbeite – aber dies hat für alle von mir *angenommenen* Mandate zu gelten.

»Das Geheimnis des Könnens liegt im Wollen« (Giuseppe Mazzini)

<sup>8</sup> *Dahs*, Handbuch, 5.A., S.61ff.

<sup>9</sup> *Hammerstein*, NSZ 97, S.15

Wenn sich für mich Fälle tatsächlich als »schockierend« für mein Rechtsempfinden darstellen würden, könnte ich diese nicht übernehmen. Hier hat sicher jeder andere Kriterien, die ich nicht bewerten will und kann, egal, ob es sich z.B. um rechtsradikale Taten, Taten aus dem Bereich des Sexualstrafrechts etc. handelt.

In den von mir übernommenen Fällen mit meiner Berufsauffassung, ausschließlich die Interessen meines Mandanten zu vertreten, kann es daher nicht zu einer Situation kommen, die *Hammerstein* damit beschreibt, dass »einige Pfeile aus dem Köcher des Verteidigers, die normalerweise verschossen werden können, ...nun verbotene Waffen geworden (sind)«. <sup>10</sup> Bei einer Strafverteidigung, die ihre Sache ernst nimmt, kann es dieses Dilemma nicht geben. Völlig absurd sind darüber hinaus Empfehlungen, notfalls den Mandanten vor internen Geständnissen zurückzuhalten und gar nicht den Sachverhalt aus der Sicht des Mandanten zu erfragen, weil man nicht in eine problematische Situation kommen möchte. Mit einer solchen Vorgehensweise gäben wir den größten Trumpf der Verteidigung aus der Hand.

Im Mittelpunkt des Gesprächs mit dem Mandanten steht dabei nicht nur die Frage des »wahren« Sachverhalts, sondern Fragen der Beweisbarkeit, also um das, was gewesen sein soll, auch beweisbar, jedenfalls unwiderlegbar zu machen. <sup>11</sup>

»Man muss die Tatsachen kennen, bevor man sie verdrehen kann.« (Mark Twain)

## VI. CICERO ODER SHAKESPEARE?

»Keine Antwort ist auch eine Antwort«

(Cicero, 1. Catilinarische Rede 63 v. Chr.)

»Wenn Du geschwiegen hättest, dann hättest Du Dir keine Blöße gegeben«  
(Desdemona (Othellos Frau))

Auch dieses Spannungsverhältnis hat wieder zwei Seiten: Die juristische Gestaltung und unsere eigene Herangehensweise. In § 243 Abs. 5 steht

»sodann wird der Angeklagte darauf hingewiesen, dass es ihm *freistehe*, sich zu der Sache zu äußern oder nicht zu der Sache auszusagen.«

<sup>10</sup> Ebd., S.14

Dies ist die einzige Stelle in der StPO, in der festgelegt wird, dass dem Angeklagten etwas freisteht. Darüber hinaus wird ihm noch das Recht zu einer Erklärung nach jeder Beweiserhebung gegeben (§ 257 StPO) und das Recht, ein Schlusswort zu sprechen (§ 258 III StPO).

Der verfassungsrechtlich abgesicherte Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren gegen sich selbst auszusagen braucht, insoweit also ein umfassendes Schweigerecht besteht, <sup>12</sup> ist notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens. <sup>13</sup> Die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten oder Beschuldigten hat abwehrrechtlichen Charakter. Der Beschuldigte muss nicht an seiner Überführung mitwirken, folgend aus dem Rechtsstaatsprinzip, der Menschenwürde, wonach ein Angeklagter nicht Objekt seiner eigenen Überführung sondern Subjekt des Strafverfahrens sein soll. Jeder Beschuldigte muss frei darüber entscheiden können, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner Selbst benutzt werden darf. Nach dem Schweigegrund oder den Motiven darf nicht gefragt werden.

Allerdings hat sich durch die Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik ergeben, um dieses Schweigerecht und das entsprechende Verwertungsverbot aufzuweichen. Danach darf nonverbales Verhalten (abfälliges Lachen, Aufstöhnen, Handbewegungen) verwertet werden, wenn es »in seiner Äußerungsform in der darzustellenden Verfahrenssituation eindeutig und erheblich ist«. <sup>14</sup> Auch wenn der Angeklagte auch nur eine Rechtsauffassung äußert, mit Hinweisen, dass die ihm vorgeworfene Tat schon 1987 und nicht erst 1997 zugezogen habe und deshalb verjährt sei, dürfen solche Bemerkungen als Indizien verwertet werden, für den Fall, dass das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Tat nicht verjährt ist. <sup>15</sup>

Auch bei der Stellung von Beweisanträgen, in denen nach Ansicht des Gerichts Einzelheiten des Tatgeschehens preisgegeben werden, deren Preisgabe zum Verständnis des Antrages nicht erforderlich seien, oder wenn der Angeklagte sich im Zusammenhang mit

<sup>11</sup> Vgl. *Tsambikakis* MAH, Strafverteidigung §2, Rd. 78.

<sup>12</sup> BVerfG v. 13.01.81 – 1 BvR 116/77, BVerfG-Entscheidung BVerfGE 56,37,43 ff.; BGH 3 StR 104/07, BGH St 52,11.

<sup>13</sup> BGH 3 StR 435/12 u. BGH 3 StR 400/10.

<sup>14</sup> *Miebach* NSTZ 2000, S. 234

<sup>15</sup> Ebd., S. 236.

Anträgen widersprüchlich verhält, er die Vernehmung eines Zeugen beantragt, den er aber nicht von der Verschwiegenheitsverpflichtung entbindet, kann ein solches Verhalten des ansonsten schweigenden Angeklagten zu seinem Nachteil verwertet werden.

Auch der Umstand einer späten Benennung eines Zeugen darf im Rahmen der Beweiswürdigung ein Beweiswert beigemessen werden, weil es den Tatrichtern möglich ist, aus dem Prozessverhalten des bisher schweigenden Angeklagten Schlussfolgerungen zu seinem Nachteil zu ziehen. Ebenso beweiswürdigend gegen den Angeklagten kann der Umstand einer späten Berufung auf Notwehr des bis dahin schweigenden Angeklagten gewertet werden. Das Gleiche gilt, wenn der bisher schweigende Angeklagte sich einlässt, er habe bereits gegenüber seinem Rechtsanwalt früher eine Erklärung abgegeben, sich dann aber weigert, diesen Anwalt von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden.

Der Subjektstatus des Angeklagten wird nicht nur dadurch verwirklicht, dass dieser vor Eingriffen geschützt wird (negative Freiheit), sondern auch dadurch, dass ihm die Freiheit zur Gestaltung seiner Angeklagten-Eigenschaft gegeben wird (positive Freiheit). Der Beschuldigte soll im Verfahren einen Subjektstatus erlangen und nicht einen Objektstatus zugewiesen bekommen. Das Schweigerecht dient der Sicherung des Subjekt-Status – keine Antwort ist daher nicht auch eine Antwort, sondern eben keine Antwort!

Die Bedeutung des Schweigerechts müssen wir für uns selbst als Verteidiger und nach außen in der rechtspolitischen Diskussion und tagtäglich im Strafprozess immer wieder deutlich machen, nur so kann der Unschuldsvermutung bis zum Beweis des Gegenteils entsprochen werden.

Professor Dr. Jörg Kinzig & Dr. Wolfgang Stelly

## DER FREISPRUCH: VERMEIDBARER IRRTUM ODER »REIBUNGSVERLUST DER GERECHTIGKEIT«?

EINSICHTEN AUS EINEM AKTUELLEN FORSCHUNGSPROJEKT

### I. EINLEITUNG: VORSTELLUNG DES FORSCHUNGSVORHABENS

Im Unterschied zu seiner medialen Beachtung – breit diskutiert wurden in der jüngeren Vergangenheit vor allem die Freisprüche des früheren Wettermoderators Jörg Kachelmann sowie des nach einem vorangegangenen Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Justizopfers Harry Wörz – führt der Freispruch bisher in der kriminologischen Forschung und strafprozessrechtlichen Literatur ein Schattendasein. Spezielle Untersuchungen zu dieser Thematik sind in Deutschland bisher nicht vorhanden. Dies erstaunt, verkörpert doch der Freispruch in einem besonderen Maß ein wichtiges Grundprinzip des modernen Rechtsstaats: die Ergebnisoffenheit eines Strafverfahrens. Anders formuliert, könnte man die Möglichkeit, in einem Verfahren einen Freispruch zu erzielen, als Lackmus-Test, als Prüfstein eines funktionierenden Rechtsstaats ansehen. Ziel eines derzeit am Institut für Kriminologie der Eberhard Karls Universität Tübingen laufenden Forschungsprojekts ist es, diese Forschungslücke zu schließen und mehr Wissen über diesen besonderen Verfahrensausgang zu generieren.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Zu diesem Projekt sind bisher in chronologischer Reihenfolge folgende zentralen Veröffentlichungen erschienen: Kinzig, J.: Der Freispruch - eine Unbekannte des Kriminaljustizsystems. In: Boers, K./Feltes, T./Kinzig, J./Sherman, L./Streng, F./Trüg, G. (Hrsg.): Kriminologie - Kriminalpolitik - Strafrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag. Tübingen 2013, S. 727; Kinzig, J./Vester, Th.: Der Freispruch - Ein statistischer Überblick zu einem zwar seltenen, aber (nicht nur für den Beschuldigten) bedeutsamen Verfahrensausgang, StV 2015, S. 261; Haffner, M./Schaffer, B.: Der Freispruch als Unbekannte des Kriminaljustizsystems - erste empirische Ergebnisse. In: Neubacher, F./Bögelein, N. (Hrsg.): Krise - Kriminalität - Kriminologie. Mönchengladbach 2016, S. 501; Stelly, W./Thomas, J.: Im Zweifel für den Angeklagten. Der Freispruch im Strafverfahren. NKP 2016, S. 426; zu weiteren Informationen über das Projekt siehe unter <https://www.jura.uni-tuebingen.de/einrichtungen/ifk/forschung/sanktionsforschung/freispruch>.