

Stefan Conen

VOM SCHULDSTRAFRECHT ZUM FUNKTIONALEN STRAF- RECHT

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Freundinnen und
Freunde, liebe Gäste,

der Titel dieses Vortrags ist dem Motto entlehnt, unter dem der Strafverteidigertag 2020 stattfinden sollte. Eine Pandemie später finden wir heute erstmals seit Regensburg wieder zusammen. Das Motto 2023 hat sich gewandelt, ist dramatischer formuliert, der Titel dieses Vortrags ist geblieben. Die These ist, dass ein Wandel stattgefunden hat. Ein Wandel von der Idee eines Schuld- zu einem immer weiter zunehmenden funktionalen Strafrecht. Es ist mir eine Ehre hier vor Ihnen sprechen zu dürfen, ohne dass ich mir anmaßen will, den gewaltigen Bogen, den dieser Titel spannt, annähernd erschöpfend auszufüllen.

Die Klage über einen Wandel des Strafrechts ist nicht neu und es ist beileibe nicht der erste Strafverteidigertag, der sich anschickt, sich dem zu widmen. Noch bevor er unser Kollege wurde, hat Thomas Fischer die Erwartungshaltung an den Eröffnungsvortrag mal wie folgt formuliert:

»Wer regelmäßig an den Strafverteidigertagen teilnimmt weiß, dass am jeweils ersten Tag der dreitägigen Veranstaltung ein Vortrag erfolgt, der das Ende des Rechtsstaats und den Ausbruch diktatorischer Staatswillkür als unmittelbar bevorstehend geißelt.«

Schöne Arbeitsplatzbeschreibung – und wer bin ich daran zu rütteln und Sie dieses Jahr zu enttäuschen? Aber: Ich will auch versuchen, zumindest die Frage zu stellen, ob es nicht auch wir selbst sind, die mit an dem Ast sägen, auf dem wir sitzen. Vielleicht muss man bereits formulieren: »auf dem wir saßen«.

Der Titel vom ›Schuld- zum Funktionsstrafrecht‹ kann nur ein Einstieg sein. Das Schöne an ihm und damit für mich ist, dass er einen so breiten Rahmen bietet, dass man relativ frei ist, woran man sich abarbeitet. Ich will versuchen, Ihnen Entwicklungen aufzuzeigen, die uns beunruhigen müssen, weil sie dem Strafrecht und seiner Praxis jenseits der Ahndung individueller Tatschuld die Aufgabe zuweisen, Antworten der Gesellschaft auf unliebsame Phänomene zu liefern. Diese Entwicklungen werden durch eine Gesetzgebung befördert, die das materielle Strafrecht zunehmend vom unmittelbaren Rechtsgüterschutz löst und bereit ist, der Justiz die Mittel an die Hand zu geben, die staatlich erhoffte Reaktion prozessual unkomplizierter erreichen zu können.

Aber bevor es soweit ist: Auch als Praktiker kommt man nicht umhin, sich zunächst einiger Grundlagen zu versichern und sich einer Definition eines ›funktionalen Strafrechts‹ zumindest anzunähern, bevor man in die Diagnose einsteigt und sich den Boten und Symptomen des diagnostizierten Paradigmenwechsels widmet.

I.

Den Begriff eines funktionalen Strafrechts hat *Murmann* in seiner Antrittsvorlesung mit dem Titel ›Kritik des Funktionalen Strafrechts‹ vor mehr als zehn Jahren mitgeprägt. Alexander Ignor hat 2015 in der Festschrift für Landau die Krise des Strafrechts beklagt, die darin zum Ausdruck käme, dass dieses immer mehr etatistisch-funktional verstanden werde.

Was ist damit gemeint?

Es geht nicht unwesentlich um den alten Streit zwischen den Straftheorien um den Zweck des Strafens, also den Streit zwischen den absoluten und den relativeren Straftheorien. Aber nicht nur. Es geht auch um die dem Strafrecht gesellschaftlich zugeschriebenen Aufgaben.

Bei den Straftheorien gelten die relativieren oder die Vereinigungstheorien, die auf von Liszt zurückgehen als die »moderneren«. Sie sind letztlich aber auch die Geburtshelfer eines funktional verstandenen Strafrechts. Ein funktional verstandenes Strafrecht ist nicht mehr Selbstzweck der Gerechtigkeit im Sinne eines Schuldausgleichs wie es die absoluteren Straftheorien verstanden. Diese fordern bekanntlich im Sinne von *Kant* und *Hegel* die Strafe als Vergeltung und Sühne für den Normbruch um seiner selbst willen.

Das klingt heutzutage martialisch und gestrig und vor allem auch unbarmherzig und trotz *Kant* eher unaufgeklärt.

Eines kann man einer solchen Sicht allerdings schwerlich abprechen: Indem die absoluten Theorien allein das Individuum in den Blick nehmen und Strafe nicht um des Willens überindividuel-ler Ziele, sondern als Selbstzweck der Gerechtigkeitsübung fordern, begrenzen sie das Strafrecht auch. Sie erheben keinen Anspruch auf Prävention. Man kann sagen, sie verweigern sich der politischen Inanspruchnahme als Lenkungsinstrument der Gesellschaft.

Bei Immanuel Kant klingt das dann so: Bei Auflösung der Gesellschaft müsse auch der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind. Da staunt der Laie und der Fachmann wundert sich: Vergeltung um ihrer selbst willen soll Aufklärung sein? Rationaler mutet da dann schon die Schule von Liszts an, der strafbare Handlungen als ein Phänomen betrachtet, das kausal zu erklären und zu erforschen sei. Hier liegt dann auch eine Quelle moderner Strafrechtsentwicklung in Deutschland.

Dem Versprechen, das Verbrechen kausal erklären zu können, wohnt aber auch die Verheißung seiner möglichen Beherrschbarkeit inne. Und wenn dem so ist, warum soll man dann das Strafrecht nicht auch funktional einsetzen?

Die Versuchung für die Politik ist ohnehin groß. Denn man muss nicht lange herumreden, Desinteresse hat das Strafrecht zu keiner Zeit von der Politik erfahren. Mit Strafrecht und Strafe lässt sich hervorragend an die Emotionen der Bevölkerung appellieren. Das sichert nicht nur die Auflage von Boulevardpresse, sondern auch die ein oder andere politische Karriere. Wir müssen uns da wenig

vormachen: Das Bedürfnis, andere Menschen durch Übelzufügungen zu disziplinieren, mag sicher nicht zu unseren vornehmsten Instinkten zählen. Der Attraktivität aber, davon politisch Gebrauch zu machen tut das keinen Abbruch. Dass sich hieran gerade in Zeiten des an Instinkte appellierenden Populismus absehbar nichts ändern wird, hat der Kollege Frank Nobis bereits in seinem Eröffnungsvortrag in Münster pointiert beschrieben.

Dieser Trend ist zwar alles andere als neu. Aber er wirkt mittlerweile selbstverstärkend und rechtspolitisch dominant. *Professor Vogel* hat in einem wirklich lesenswerten Aufsatz aus dem Jahre 2003 einmal versucht, die Linien nachzuzeichnen, die das moderne Strafrecht genommen hat und inwieweit seine ultimative Funktionalisierung im Nationalsozialismus schon zuvor angelegt war und bis in die jüngere Zeit nachhallt. In seiner Analyse kommt er zu dem Ergebnis, dass formale Rationalität, Rechtssicherheit und Willkürausschluss zunehmend abgelöst wurden durch Gerechtigkeits- und Ergebnisrichtigkeitserwägungen. Das kam alles nicht aus heiterem Himmel: Schon *Binding*, dem man im Studium zu meiner Zeit kaum entgehen konnte, hatte 1885 postuliert:

»(W)er empfindet, was es heißt, schwere Missetaten bloß in Ermangelung des Gesetzesbuchstabens straflos zu lassen, der muss dem Richter die Verurteilung auf Grund der Analogie nicht nur freigeben, sondern sie von ihm fordern.«

Bei den Nazis, die das Strafrecht ultimativ funktionalisierten, führte dies ab 1935 zu § 2 StGB, der wie folgt lautete:

»Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfindung Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.«

Liebe Kolleginnen und Kollegen, Lockerungen von der Gesetzesbindung wollen seit jeher die Theorien der Freirechtslehre, der Interessen- und Wertungsjurisprudenz legitimieren. Die mir schon im Studium höchst suspekten und nicht tot zu bekommende Auslegungsregel, es drohe eine »Strafbarkeitslücke« findet hier eine Wurzel.

Diese Ansätze appellieren an ein diffuses Gerechtigkeitsgefühl, an Moral und setzen begrifflich-formale Gesetzesbindung und -anwendung unter Druck und dies nicht ohne Erfolg: Unbestimmte Strafrechtsbegriffe, teleologisches Strafrechtsdenken und materiale Strafgerechtigkeit traten mit deren Rückenwind ihren Siegeszug an. Ergebnisfindung unter dem Vorbehalt ihrer moralischen oder sonst »außerrechtlichen Richtigkeit«, zwingt dann letztlich dazu, Maßstäbe für Gerechtigkeit oder Ergebnisrichtigkeit jenseits von Gesetz und Recht anzugeben, um die gefundenen Ergebnisse zu legitimieren und abzusichern. Die in der Rechtstheorie der Aufklärung eigentlich zugespitzte Trennung von Recht und Moral wird hierdurch mindestens ebenso relativiert wie die Gesetzesbindung. Will man das vornehm verkaufen, mag man von einer Ethisierung des Rechts reden. Meines Erachtens treffender gesagt droht die Gesetzesanwendung unter den Vorbehalt des Bauchgefühls gestellt zu werden.

Ist das übertrieben? Ich meine: nein. Beispiel gefällig?

Ein Höhepunkt dieser Entwicklung wird in knapp zwei Wochen vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe verhandelt, wenn das neue Gesetz zur Wiederaufnahme zuungunsten eines Mordvorwurfs Freigesprochener auf dem Prüfstand steht, § 362 Nr. 5 StPO. Ich will hier jetzt nicht tief in die dogmatischen Fragen einsteigen, die mit diesem Gesetz verbunden sind, dem selbst das Justizministerium der GroKo noch eine verfassungsrechtliche Absage erteilt hatte. Aber die Begründung, mit der der Gesetzgeber den Grundsatz »ne bis in idem« aufweicht und vom Vorwurf des Mordes Freigesprochene gegebenenfalls ein zweites Mal vor Gericht stellen will lässt aufhorchen. Sie illuminiert die eben beschriebene Tendenz als eine maßgebliche aktuelle Kompassnadel der Rechtspolitik: Ziel der Wiederaufnahme zuungunsten soll es sein, einen unerträglichen Zustand zu beseitigen, der darin liege, dass ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils mit der materiellen Gerechtigkeit kollidiere. Damit bemüht der Gesetzgeber im Jahr 2021 implizit die Radbruch'sche Formel, die Radbruch 1946 unter dem Eindruck der Rechtspervertierung der Nationalsozialisten entwickelte. Nach dieser muss das positive Recht der materiellen Gerechtigkeit dann weichen, wenn es selbst unerträgliches Unrecht darstelle. Radbruch hatte dabei wie gesagt das nationalsozialistische Unrecht vor Augen.

Wenn sich der Gesetzgeber des Jahres 2021 in seiner Begründung zur Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener nun an Radbruch anlehnt, um den Verfassungsgrundsatz des Art. 103 Abs 3 GG mit einem neuen Wiederaufnahmegrund zu schleifen, der in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen dem stark ähnelt, was die Nationalsozialisten 1943 in die StPO einfügten und der sich von diesem in erster Linie dadurch unterscheidet, dass er auf Delikte begrenzt ist, die zwingend mit lebenslang geahndet werden, dann ist dies nicht nur ahistorisch, sondern ein performativer Widerspruch. In den Anhörungen des Rechtsausschusses wurde auch professoral diese Begründung aber nicht nur vertreten, sondern als verfassungsimmanente Metaebene unter dem Stichwort ›materielle Gerechtigkeit‹ bemüht.

Wenn »Unerträglichkeit« eine Kategorie ist, die geeignet ist, geschriebene Verfassungssätze zu beschneiden und wenn sie eine Begründungsebene ist, welche die Wiederaufnahme gegen einen Freispruch legitimiert, was soll eigentlich noch aus Beweisverwertungsverboten in Mordverfahren werden? Kann es die noch geben? Wer die Rechtsfindung unter den Vorbehalt der Erträglichkeit stellt und Diskrepanzen zwischen prozessualer und materieller Wahrheit für unerträglich erachtet, für den kann es konsequenterweise letztlich keine Beweisverwertungsverbote mehr geben. Aburteilung um jeden prozessualen Preis scheint kein rechtsstaatliches Tabu mehr.

Es erscheint heute offener, wie das Verfassungsgericht entscheiden wird als man dies wohl noch vor wenigen Jahren prognostiziert hätte, als ein ähnlicher Vorstoß bereits vom wissenschaftlichen Dienst des Bundestages als klar verfassungswidrig bezeichnet wurde.

Zeiten ändern sich, liebe Freundinnen und Freunde, aber nicht von heute auf morgen. In dem Maße wie sich die Politik dem Strafrecht zunehmend als Lösungsansatz zugewandt hat, in dem Maße hat sie auch die Rahmenbedingungen gesetzt, es zunehmend zu funktionalisieren.

Beredtes Zeugnis dieser Tendenz legen bereits die Kampftitel der Gesetzesnovellen des immer hektischer rotierenden Gesetzgebers ab, die teils auch schon die Themensetzungen vergangener Strafverteidigertage bestimmten. Es traten an: diverse Gesetzespakete zur »Bekämpfung« von »Organisierter Kriminalität«; »von Sexualdelikten«;

» von Korruption«, »von Rechtsextremismus und Hasskriminalität«; »von Schwarzarbeit«; der »Umweltkriminalität«. Anspruch auf Vollständigkeit habe ich nicht. Obwohl wir heute, was die Kriminalität angeht, in den vermutlich sichersten Zeiten dieser Republik leben, bleibt der Staat im Dauerkampf gegen wechselnde, vermeintlich ausufernde Kriminalitätsphänomene. Auch hier mögen die Wurzeln durchaus bei v. Liszt und seinen funktionalen Strafzwecktheorien gesehen werden, denn auch er sprach von der Bekämpfung des Verbrechens. Freilich sah er im Gegensatz zum heutigen Gesetzgeber hierzu nicht das Strafrecht, sondern vor allem die Sozialpolitik als das probatete Mittel.

Je selbstverständlicher es aber wird, im Strafrecht die Antwort zur Lösung gesellschaftlicher Probleme zu erblicken, um so mehr wird sich auch die Frage an uns als Strafverteidiger*innen richten – was denn daran falsch sei, was hiergegen einzuwenden sei. Und je mehr auch wir uns an diesen Zustand erst gewöhnt und möglicherweise auch eingerichtet haben, um so schwerer wird uns die Antwort fallen.

Funktionales Strafrecht, Strafrecht also, das für sich in Anspruch nimmt, Ergebnisse der fortwährenden Bekämpfung der ins Visier genommenen Kriminalitätsphänomene zu erreichen, ist seiner Natur nach zwingend darauf angelegt, nur der Form halber noch repressiv daherzukommen. In Wahrheit ist es ganz wesentlich präventiv ausgelegt und in seiner präventiven Ausrichtung entgrenzt und tendenziell uferlos. Das Verführerische an der Prävention ist, dass sie scheinbar vernünftiger ist als die Repression. Präventive Argumente sind uns als Strafverteidiger ja auch alles andere als fremd. Vielleicht auch noch nicht mal unsympathisch.

Spezialprävention beim Strafmaß verspricht größere Rationalität als Vergeltung, Resozialisierung in der Strafvollstreckung ist sinnvoller als das Erdenken purer Übelszufügungen zum vermeintlichen Schuldausgleich. Und in der Tat: Das Konzept einer Strafe als Zweck um ihrer selbst willen wie bei *Kant* und den absoluten Straftheorien – das immunisiert sich auch gegen Kritik. Prävention hingegen bietet nicht nur die Verheißung Kriminalität zu bekämpfen – Prävention scheint auch der Rationalität besser zugänglich, weil man ihre Effekte empirisch messen und die Stellschrauben rational korrigieren kann.

Allein, liebe Kolleginnen und Kollegen, die Empirie als echte Grenze strafrechtlicher Sinnhaftigkeit und Verhältnismäßigkeit blieb stets mehr Verheißung denn eingelöstes Versprechen. Sie hat sich nie durchgesetzt und sie ist dem strafenden Staat so wenig Grenze gewesen wie das Ultima-Ratio-Prinzip dem Gesetzgeber normative Mauer bei der Ausweitung von Strafnormen.

Allein eine wohlmeinende Politik kann in guten Zeiten einem präventiv ausgerichteten, funktionalen Strafrecht ein liberales und rationales Gesicht geben. Aber das wäre nicht mehr als eine Momentaufnahme und ein unverlässlicher temporärer Glücksfall für den Rechtsunterworfenen.

Tatsächlich haben Politik, Strafverfolgung und der Gesetzgeber die fortschrittlichen Gedanken eines auf seine präventive Wirkung bedachten, aber rational und empirisch begrenzten Strafrechts der Kriminologie, der Wissenschaft und letztlich auch der Strafverteidigung entwunden und für die Entgrenzung des Strafrechts fruchtbar gemacht. Der Trick, mit dem das geschah, ist so simpel wie effektiv. Die präventive effektive Wirkung von Strafrecht und Strafvollstreckung wird herrschend einfach normativ als unwiderleglich vermutet und muss sich empirisch nicht mehr rechtfertigen. Auch der Beweis des Gegenteils wäre rechtspolitisch mittlerweile bedeutungslos. Die angebliche Effektivität ist normativ und systemimmanent gesetzt und kommt im Ergebnis letztlich nicht weniger absolut daher als die selbstreferentielle Rechtfertigung der absoluten Straftheorien. Die Stimmen derjenigen, die dieses Dogmen in Frage stellen, verhallen nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch im Parlament schon lange ungehört. Das heißt aber nicht, dass sie nicht unser Ohr verdienen.

Die Beobachtungen, die ich im Folgenden mit Ihnen teilen will, können nur Schlaglichter auf die angesprochenen Phänomene sein.

1. Funktionalität durch Prävention

Aber zunächst zu den materiellen Wirkungen der Prävention und wie sie das herkömmliche Verständnis des liberalen Strafrechts wandeln. Ich hatte es ja schon gesagt: Funktionales Strafrecht ist präventives Strafrecht. Wie drückt sich das aus?

Es lässt sich unschwer der Bogen spannen vom präventiven Strafzweck zu Vorfeldstrafbarkeiten. Im Glauben, im Strafrecht ein taugliches politisches Mittel gesellschaftlicher Steuerung in den Händen zu halten, das einen vermeintlichen Zuwachs an Sicherheit verspricht, ist der Weg der Ausuferung bereits vorgezeichnet. Der Rechtsgüterschutz ist keine Grenze mehr. Denn der bedeutet ja, dass das Strafrecht erst zum Zuge kommt, wenn das jeweilige Rechtsgut tatsächlich greifbar bedroht ist. Funktionales Strafrecht will aber früher ansetzen. Je nach politischer Opportunität etabliert es daher Vorfeldstrafbarkeiten.

Dies geschieht etwa durch abstrakte Gefährdungs- oder Unternehmensdelikte, die den Rechtsgüterschutz soweit vorverlagern, dass man von einem solchen häufig kaum noch sprechen kann. Tatsächlich werden zunehmend Vorbereitungshandlungen pönalisiert. In ihren extremsten Formen knüpfen Tatbestände an neutrale Verhaltensweisen an, die erst durch die Gesinnung oder Intention des Handelnden als kriminell qualifiziert werden. Eines der jüngsten Beispiele ist hier etwa § 89a StGB, der es unter Strafe stellt, Deutschland zu verlassen, um sich in ein terroristisches Ausbildungscamp zu begeben. Strafbar ist bereits die Annäherung zum heimischen Flughafen mit der entsprechenden Absicht. Diesen Ansatz kann und muss man stärker kritisieren.

Mit derartig präventiv ausgerichteten Tatbeständen lässt sich in der Praxis eine viel repressivere Wirkung erzielen als mit klassischen Tatbeständen, in denen das Unrecht ohne weiteres allein durch die Handlung verkörpert wird, die unmittelbar das Rechtsgut angreift. Warum?

Die Strafbarkeit folgt aus der justiziellen Zuschreibung, dass eine Handlung mit einer bestimmten, letztlich schwer beweisbaren Intention vorgenommen wird. Das erfordert es vermeintlich, den großen Besteckkoffer des strafprozessualen heimlichen Überwachungspotentials zu öffnen – im Fall des § 89a StGB bis hin zum großen Lauschangriff, um herauszufinden, warum sich der Verdächtige gegebenenfalls Richtung Flughafen begeben will. Wie gesagt, das ist kein Polizei-, das ist Strafrecht.

Knüpft ein Tatbestand an ein neutrales oder gar zukünftiges Verhalten an, droht aber die Auflösung des Tatbegriffs. Nicht das

Handeln ist Gegenstand des Vorwurfs, sondern das Motiv. *Jakobs* hat recht, wenn er schreibt:

»Wer wegen zukünftiger Taten straft, der hat keinen Grund mehr Gedanken straffrei zu lassen.«

Wem jetzt der § 89a StGB als Menetekel zu abstrakt erscheint, sollte bei Gelegenheit einen der zahllosen sogenannten Encrochat-Prozesse wegen Betäubungsmittelhandel besuchen und sich die justizielle Freude an der Entdeckung des Verbalhandels als Strafvehikel für als strafwürdig erachtete Personen gönnen. Für diejenigen, die nicht oder selten im Betäubungsmittelbereich verteidigen, kurz erklärt: Wenn Sie und ich uns heute Abend darauf einigen, dass ich Ihnen Marihuana zu einem bestimmten Preis verkaufe, das ich gar nicht habe, und Sie mir die Zahlung zusagen, obwohl Sie das Geld für mein Marihuana auch gar nicht parat haben, sind wir beide wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafbar, unabhängig davon, ob wir je wieder auf unsere Vereinbarung zurückkommen. Wir werden dem Grunde nach so bestraft, als ob es zu einem tatsächlichen Austausch realer Betäubungsmittel gekommen wäre, alleine, weil wir die Gesinnung hatten, einen BtM-Handel abzuwickeln, ohne dass wir zum Austausch je angesetzt hätten. Und dass uns ein Gericht hierfür einen minderschweren Fall zubilligt ist alles andere als ausgemacht. Man muss sich mal vor Augen führen wie weit wir uns dabei von einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts des Betäubungsmittelstrafrechts, der sogenannten Volksgesundheit, entfernt haben.

Das Unterfangen, Strafbarkeiten immer weiter auszudehnen, mag zwar im Einzelnen jeweils verfassungskonform sein. Ihm wohnt aber im Ansatz ein anderes Menschenbild inne als dem in unserer Verfassung verkörperten. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist ein liberales, das die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger als zu gewährleistende und gegen staatliche Beschränkungen zu verteidigende Chance sieht. Die Verfassung nimmt den Mensch um seiner selbst willen in den Blick und grenzt auch den Straftäter nicht aus. Sie sichert seinen Freiheitsanspruch und seine Menschenwürde u.a. im verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf Resozialisierung. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Mensch grundsätzlich Hoffnung und nicht Gefahr.

Präventiv ausgerichtete strafrechtliche Tatbestände teilen dieses Bild nicht. Sie sehen den Menschen mit Argwohn und verorten auch neutrale Handlungen als potentielle Gefahrenquelle für die zu schützende Ordnung, und zwar lange bevor Rechtsgüter konkret gefährdet oder gar verletzt werden.

Moderne Präventionsjakobiner suchen folglich den Mensch als Risiko und Gefahrenquelle auszumachen, ihn einzuhegen und knüpfen daher an seinen vermuteten Intentionen an.

Das ist allerdings keine spezifisch deutsche Erscheinung, sondern Teil eines internationalen Trends:

Die nordamerikanische Kriminologie hat dieses Phänomen schon Anfang der 90er Jahre als Ausdruck einer *New Penology* der Kriminalpolitik beschrieben, die sich einer neuen Sprache bedient und ihren Fokus auf Risikoabschätzungen verlagert hat. Vor fast 30 Jahren analysierten die Kriminologen, dieser Wandel zeige sich in einem nicht mehr hinterfragten, fast gläubigen Setzen der Strafverfolgung auf Einsperren, auf Überwachen und auf das richtige Containment für gefährlich erachtete Gruppen.

Damit komme ich zu einem weiteren Punkt, den ein funktionales Strafrecht als Mittel der Politik und nicht nur der Kriminalpolitik zu zeitigen droht. Dem Anspruch auf Bekämpfung von »Tätergruppierungen«. Ein reines Tatstrafrecht setzt diesem Anspruch Grenzen. Funktionales Strafrecht als Mittel der Politik redet daher einer stärkeren täterstrafrechtlichen Ausrichtung das Wort. Entsprechende Tendenzen lassen sich unschwer ausmachen. Gesinnungen und Motive, die in der Rechtstheorie der Aufklärung aus der Rechtsanwendung ausgeschieden und in den Bereich der Moralität verwiesen wurden, feiern ihre Wiedergeburt als Kategorien der Legalität. Sie sind außerdem die modernen Einfallstore für populistische Strafrechtspolitik.

II. Stärkere täter- statt tatstrafrechtliche Tendenzen:

Ein die Täter- statt Täterorientierung forcierendes Strafrecht rückt notwendig die subjektive Seite des Tatbestands stärker in den Blickpunkt. Das betrifft den Vorsatz ebenso wie Motive und Intentionen des Täters.

Es ist sicherlich kein Zufall, dass sich der Trend der Vorfeld- und Motivationskriminalisierung am stärksten in den Deliktsbereichen Bahn bricht, in denen politisch und gesellschaftlich am wenigsten Widerstand zu erwarten ist, weil sich Maßnahmen und Tatbestände eben vermeintlich gegen bestimmte, besonders unpopuläre Tätertypen richten.

Neben den bereits erwähnten, terroristischer Umtriebe verdächtigten Personen und der sog. ›Organisierten Kriminalität‹ sind das etwa Verdächtige von Sexualstraftaten. Exemplarisch lassen sich hier die Aktivitäten des Gesetzgebers in seiner Dauerbaustelle des § 184 StGB anführen. Der scheint so etwas wie der Berliner Flughafen des Gesetzgebers zu sein. In der reihenhausartigen Nummerierung strafwürdigen sexualisierten Verhaltens ist man vorerst bei 184j angelangt, der als Reaktion auf die eigentlich kaum aufgeklärten Geschehnisse übergreifiger Belästigungen auf der Kölner Domplatte an Silvester 2015 Gesetz wurde.

Wir erinnern uns: Als Adressat für die allgemeine Empörung wurde der Bevölkerung so pauschal wie ethnisch zentriert und im Nachhinein wohl nicht mal zutreffend der »Nafri« – polizeideutsch für nordafrikanischer Intensivtäter – als verantwortlich kredenzt. Und der Staat hat reagiert: Die amtliche Überschrift des neuen § 184j lautet »Straftaten aus Gruppen« und die Norm stellt die Zurechnung einer Person zu einer Gruppe, aus der heraus Straftaten u.a. der sexuellen Belästigung begangen werden, unter Strafe. In der Kommentarliteratur wird ausgeführt, dass durch die weite Fassung des Tatbestandes jetzt auch diejenigen für begangene Sexualdelikte strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, die die Verwirklichung solcher Delikte nicht vorausgesehen haben oder sogar ablehnen. *Monika Frommel* sieht zurecht das Schuldprinzip verletzt. Das muss nicht verwundern. Denn ein nicht unwesentlicher Aspekt eines funktional täterstrafrechtlich gedachten Strafrechts ist die niedrigschwellige Möglichkeit der Zuschreibung von Verantwortlichkeit, von Schuld.

Ein etatistisch-funktionaler Ansatz, um den Begriff von *Alexander Ignor* aufzugreifen, kann schlecht damit umgehen, wenn ein Vorgang wie das Silvestergeschehen in Köln, im präventiven, gerade auch im generalpräventiven Sinne einer Reaktion würdig ist, aber nicht der

Erwartungshaltung entsprechend geahndet werden kann, weil sich individuell Vorsatz und/oder Schuld nicht oder schwerlich nachweisen lassen. Aus einer funktionalen Betrachtung normativer Erwartungshaltung erweist sich ein entsprechendes Ergebnis systemisch als dysfunktional.

Es zeigt sich erneut: Funktionales Strafrecht nimmt weniger das Individuum in den Blick, sondern überindividuelle Ziele und Erwartungshaltungen. Die Auseinandersetzung lässt sich aus meiner Sicht gut – das kann ich aus eigener Erfahrung sagen, auch wenn ich immer nur revisionsrechtlich damit befasst war – am Beispiel des sog. ›Berliner Raserfalls‹ aufzeigen. Einem funktionalen Ansatz kommt es zugute, den Vorsatzbegriff zu normativieren, um die Zuschreibung zu erleichtern. Und die Wissenschaft zieht mit. *Ingeborg Puppe* schreibt, dass das im traditionellen Vorsatzverständnis enthaltene selbständige Willenselement zu einer unangemessenen Privilegierung des auf tiefster Gleichgültigkeit beruhenden Unverstands führe und eine angemessene Zuschreibung der Vorsatzschuld hindere und nicht wenige Wissenschaftler stoßen ins gleiche Horn.

Eine mehr täterstrafrechtlich orientierte Ausrichtung ist aber nicht bloß zufällige Nebenfolge eines funktional ausgerichteten Strafrechts. Die Möglichkeit täterstrafrechtliche Elemente mehr in den Vordergrund zu rücken dürfte vielmehr eine ihrer Triebfedern sein.

Fragt man sich, ob die Politik in diesen Fragen von der Öffentlichkeit getrieben wird oder selbst treibende Kraft ist, mag die Antwort schwer zu finden sein. Darauf kommt es letztlich nicht an, denn Politik und Öffentlichkeit scheinen sich in dieser Hinsicht gegenseitig hochzuschaukeln.

So wird die Herkunft von Verdächtigen mittlerweile zum tauglichen Erklärmuster der Tat herangezogen, und zwar offiziell. Nach der Kölner Silvesternacht etwa wurde der Pressekodex geändert. Galt zuvor noch, dass ein klarer Sachbezug zur Tat vorhanden sein müsse, um die Nennung der Herkunft zu legitimieren, reicht seitdem ein begründetes öffentliches Interesse – die Einladung zum Zirkelabschluss, denn das Vorurteil begründet das öffentliche Interesse und lässt sich durch die Herkunftsnennung bei Bedarf pflegen. Der NRW-Innenminister Reul nannte es ein Gebot der Transparenz, die Natio-

nalität Tatverdächtiger zu nennen; angeblich um der AfD das Wasser abzugraben. Tatsächlich schüttet er das Kind mit dem Bade aus. Wer es für nötig hält, die Herkunft von Verdächtigen als mitteilenswert hervorzuheben, schafft keine Transparenz, er suggeriert den Zusammenhang – wozu sonst das Mitteilungsbedürfnis?

Eine Steigerung erfährt die täterstrafrechtliche Orientierung aktuell noch unter dem Begriff der sog. ›Clankriminalität‹, der Stigmatisierung anhand familiärer Herkunft zum staatlichen Verfolgungsprogramm erhebt. Das Strafrecht wird erneut operabel bzw. gezielt funktional gegen bestimmte Gruppen in Stellung gebracht. Dem wohnt eine erstaunliche Vergessenheit für ein Land inne, das sich, nachdem es das größte staatlich organisierte Menschheitsverbrechen auf den Weg gebracht und verübt hatte, gegen den Vorwurf der Kollektivschuld verwahrte. Vollkommen zurecht übrigens. Schuld ist und bleibt individuell festzustellen. Dass dies in der Folge hierzulande nur wenige der individuell schuldigen NS-Täter traf, gehört ebenso zur Wahrheit wie festzuhalten ist, dass dies auf einem anderen Blatt steht.

Dass aber ein Land, dessen Bevölkerung zurecht nicht pauschal für die von ihr in breiten Teilen begangenen Verbrechen in Sippenhaft genommen werden wollte und will mit dem diffusen Begriff der Clankriminalität ein Bekämpfungsprogramm gegen kriminalitätsbelastete Familien nichtdeutscher Herkunft fährt – der Porscheclan im Abgasskandal ist ja offenbar nicht gemeint – ist ein geschichtsvergessener trauriger Tiefpunkt täterstrafrechtlicher und – ja, man muss es leider wohl so sagen – populistischer Funktionalisierung des Strafrechts.

III.

Ein Strafrecht, das seiner Rechtsgemeinschaft das trügerische Versprechen von »Sicherheit« verheißt, das bereits Vorfeldverhalten kriminalisiert, vor abstrakten Gefahren schützen und jederzeit bereit sein will, sich auch täterstrafrechtlich an bestimmten Personengruppen zu orientieren, ein solches Strafrecht droht nicht nur materiell uferlos zu werden. Ein solches Strafrecht ist denklogisch darauf angewiesen, die Ermittlungsbefugnisse massiv auszuweiten. Dass dies kontinuierlich geschehen ist, muss ich Ihnen nicht darlegen. Was im

Sexualstrafrecht der § 184 mit seiner Buchstabenkette, ist dem Strafprozessrecht die Reihenhaussiedlung des § 100 StPO: Eine expansive Dauerbaustelle, auf der man mittlerweile bei § 100k angekommen ist. Weiteres Bauland bleibt vorhanden. Die Auswirkungen der 2017 Gesetz gewordenen Quellen-TKÜ haben dabei die Gerichtssäle noch gar nicht erreicht. Der strafprozessuale Bruder der Vorfeldkriminalisierung und von täterorientierten Bekämpfungsprogrammen sind die heimlichen Ermittlungsmethoden. Ihr scheinbar unbegrenzter Ausbau ist sicher auch die Frucht technischer Machbarkeit. Ihre Siegespromenade ist die Via Dolorosa der Bürger- und Beschuldigtenrechte. Und deren Geschichte hat neben dem technischen auch einen normativen Strang der dem technischen den Weg ebnet.

Eine weitgehende Implementierung des technisch Möglichen wird so lange kaum in Zaum zu halten sein wie etwa das Verfassungsgericht mit der Figur der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« der Strafverfolgung einen normativ so mächtigen wie fast abwägungsfesten verfassungsrechtlichen Fürsprecher zur Seite gestellt hat. Gegen ihn scheint kein bürgerrechtlich orientiertes Kraut gewachsen zu sein. Dass das BVerfG dem Gesetzgeber dennoch in Einzelfragen gelegentlich in den Arm fällt, bessert die Bilanz kaum auf.

Mit der Figur der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege lohnt die Auseinandersetzung, die wir vielleicht bislang nicht hinreichend geführt haben. Denn eines wird hier doch klar: Wenn es dem einfachen Gesetzgeber gestattet ist, die Strafbarkeit immer weiter vorzuverlagern und auszuweiten, dann ist es ihm erlaubt, ist er scheinbar vielleicht sogar gehalten, unter dem vermeintlich verfassungsrechtlichen Gebot funktionstüchtiger Strafrechtspflege die Verfolgung sicherzustellen.

Die sogenannte Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege ist der Leviathan der Strafverfolgung. Unser Kollege *Ulrich Sommer* hat sich in einem Aufsatz damit befasst und festgestellt, dass der Begriff in jeder Abwägungsschlacht obsiegte, in die ihn die Rechtsprechung warf. *Hassemer* hatte schon 1982 eine Art Bodycount der Opfer der Funktionstüchtigkeit aufgelistet, den *Sommer* dann ergänzte:

Die Sorge um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege hebt nicht nur regelmäßig im Raum stehende Beweisverwertungsverbote aus und gestattet die Verwendung von beschlagnahmten

Unterlagen einer Drogenberatung, private Tonaufnahmen oder gesetzeswidrig angeordnete Telefonüberwachungen. Vor den jüngsten Reformen gesetzlich nicht vorgesehene richterliche Fristsetzungen für die Stellung von Beweisanträgen fanden ihre revisionsrichterliche Legitimation ebenso in dieser Figur wie die eine Revisionsbegründung vernichtende nachträgliche Protokollberichtigung oder nachträgliche Änderungen des Geschäftsverteilungsplans. Auch hier: Kein Anspruch auf Vollständigkeit!

Aber ich ergänze: Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gestattete und verlangte nach dem BVerfG geradezu die Verurteilung auch von Bürgern, die Opfer einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation wurden, gleichviel es hierzu ebenso wenig eine strafprozessuale Rechtsgrundlage gibt wie für den Einsatz von V-Leuten überhaupt. Hier musste erst der EGMR mit seinen Entscheidungen zu *Furcht* und *Akay* Deutschland daran erinnern, dass auch beim Bau der Kathedrale effektiver Strafverfolgung rechtsstaatliche Grenzen gelten, die nicht einfach mit dem Bagger der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege platt gewalzt werden können.

Die Beschäftigung mit dem Begriff der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege lohnt sich auch deshalb, weil er zeigt, wie sich das Verständnis von Begriffen, die das Strafrecht und seine Auslegung prägen, gewandelt hat, um das Strafrecht funktionaler und operabler im Sinne der Strafverfolgung zu machen. Erstmals tauchte er in einer Entscheidung des BVerfG zur Abwehr von einer Verfassungsbeschwerde auf, die begehrte, aus der Verfassung direkt ein Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter abzuleiten. Gegen das dort bemühte Argument, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege könne es sich nicht leisten, durch Analogien jenseits der StPO die Wahrheitsuche einzuschränken, ist auch aus heutiger Sicht wenig zu erinnern.

Seitdem hat der Begriff sich aber gewandelt und ist zu einem Passepartout für eine Einschränkung der Justizförmigkeit des Strafverfahrens geworden. Statt richtig verstanden allenfalls als Justizgewährungspflicht im Rahmen der geltenden Gesetze, also der Notwendigkeit die Strafjustiz auch so auszustatten, dass diese ihre Aufgaben bewältigen können, ist er im Laufe der letzten 20 Jahre zu einem kriminalpolitischen Kampfbegriff mutiert, der auf vermeintlich unab-

weisbare Bedürfnisse einer *effektiven* Strafrechtspflege verweist und mit effektiv nichts anderes als *effizient strafend* meint.

Der Begriff der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ist in seinem Wandel nicht allein geblieben. Das immer stärkere Vertrauen in das Strafrecht als eine, ja als möglicherweise sogar die tauglichste, jedenfalls aber als kurzfristig zur Verfügung stehende Antwort auf gesellschaftliche Fragen, Probleme und Fehlentwicklungen, bestärkt ein Bedürfnis, das Strafrecht als *funktional* im Sinne von *geschmeidig funktionierend* zu interpretieren.

Und dieses Bedürfnis zeigt sich auch in einer Neuinterpretation von Begriffen, die einer solchen Funktionalisierung hinderlich scheinen. *George Orwell* hat einmal geschrieben, dass man die Erosion eines Wertes am effektivsten dadurch betreiben kann, dass man seine Begrifflichkeit so umdefiniert, dass man ihm einen anderen, am Ende einen völlig gegenteiligen Inhalt gibt.

Eine solche Entwertung und Umwidmung haben auch andere Begriffe erfahren, die einer funktionalen, operablen Strafverfolgung im Weg stehen. Dies geschieht in der Rechtsprechung ebenso wie im politischen Raum. Greifbares Beispiel ist das Beschleunigungsgebot. Von einem Abwehrrecht des Beschuldigten gegen Saumseligkeiten der Strafverfolgung, die sogar bei Inhaftierung gemächlich ermittelte, ist das Beschleunigungsgebot seitens der Rechtsprechung zunächst usurpiert und sodann gegen den Beschuldigten gewendet worden. Die Rechtsprechung hat sich dieses Beschuldigtenrecht einverleibt und für sich als Voraussetzung und Unterpunkt der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege eingruppiert. Nunmehr begegnet dem Beschuldigten sein ehemaliges Abwehrrecht als ein Anspruch des Staates auf seine beschleunigte Aburteilung. Das hat *orwellsche* Qualität. Aber nicht nur das Beschleunigungsgebot ist gegen den Beschuldigten funktionalisiert worden.

Der Begriff vom Rechtsstaat selbst und damit auch das Verständnis von dem, was rechtsstaatlich ist, ist in Bewegung geraten. Wenn von ihm in der politischen Diskussion, in den Feuilletons, in der politischen Tagespresse die Rede ist, dann meist von der »vollen Härte des Rechtsstaats« und »klarer Kante des Rechtsstaats«, die diesem oder jenen mal wieder gezeigt werden müsse. Auch wenn man

nicht in Frage stellt, dass Straftaten angemessen zu bestrafen sind, bedeutet doch die Gleichsetzung des Rechtsstaats mit dem strafenden und vergeltenden Staat die Verkehrung des Rechtsstaatsbegriffs in sein Gegenteil.

Der vor einigen Jahren verstorbene ehemalige Verfassungsrichter *Bockenförde* hatte noch treffend formuliert:

»Der Rechtsstaat ist stets auf die Begrenzung und Eingrenzung staatlicher Macht im Interesse der Freiheit der Einzelnen angelegt.«

Wenn also vom »wehrhaften Rechtsstaat« die Rede ist, müsste eigentlich gemeint sein, dass Bürger*innen in der Lage sind, sich gegen staatlich unverhältnismäßige Übergriffe zu wehren und, dass Beschuldigte effektiv in der Lage sein müssen, die ihnen gemachten Vorwürfe auf den prozessualen Prüfstand zu stellen. Von einem solch klaren Rechtsstaatsverständnis ist wenig geblieben.

Sprache prägt das Recht, weil sie unser normatives Verständnis determiniert – oder um es nochmals mit *Orwell* zu sagen:

»Wenn das Denken die Sprache korrumpiert, korrumpiert die Sprache auch das Denken.«

Deswegen ist es so wichtig, dass wir uns der Werte der juristischen Begriffe immer wieder versichern, und sie nicht im Treibsand einer das Strafrecht funktionalisierenden Tagespolitik verlieren und durch Gewöhnung selbst verlustig gehen.

Sprache und Begrifflichkeiten bilden die Maßstäbe der Rechtsfindung. Beim Kampf um das Verständnis solcher Begrifflichkeiten ist auch für uns Strafverteidiger sicher noch Luft nach oben. Geraten sie ins Rutschen und verkehren sich die Maßstäbe, ist alle Subsumtionskunst darunter vergebens.

Ich denke es ist daher auch kein Zufall, dass über die schon angesprochene Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener heute ganz anders diskutiert wird als dies in früheren Zeiten der Fall war. Ob der alte Satz »lieber zehn Schuldige freigesprochen als ein Unschuldiger zu Unrecht in Haft« heute noch so selbstverständlich als rechtsstaatliche Kompassnadel geteilt wird, wie dies nach meinem Eindruck noch vor 20 oder 30 Jahren der Fall war, halte ich für zweifelhaft.

IV.

Konstatiert man, dass sich das rechtspolitische Umfeld und die Erwartung an das, was Strafrecht leisten soll, möglicherweise gewandelt hat oder noch im Wandel befindet, bleibt die Frage, wie reagiert die Justiz, speziell die Rechtsprechung darauf? Und danach, bei unserer Zusammenkunft fast noch interessanter – wie reagieren wir, die Strafverteidiger*innen?

Aber zunächst zur Richterschaft:

Ich hatte als Student einen Richter in einem universitären Strafrechtsrepetitorium, der mich viel mehr als alle anderen Dozenten für das Strafrecht begeistert hat. Der formulierte damals, wenn Fallgestaltungen zu Ergebnissen führten, die hinter den Erwartungen staatsanwaltschaftlichen Denkens zurückblieben: »Ich bin Richter, ich bin kein Teil der Strafverfolgung, sondern dafür da, diese zu kontrollieren und mir ein unabhängiges Urteil zu bilden.«

Mein damaliger Dozent ist mittlerweile am BGH angekommen, immer noch sehr sympathisch in der Begegnung, die Entscheidungen seines Senats lesen sich allerdings in Gänze anders als sein früheres Credo. Und nicht nur seine.

Ein Richter, den ich eigentlich wirklich sehr schätze, hat, wohl ohne es selbst zu merken, die Erosion seiner richterlichen Aufklärungspflicht neulich ohne Arg in einem Beschluss wie folgt zusammengefasst:

»Dass es dem Gericht regelmäßig nicht obliegt, sich vor der Einnahme eines Ermittlungsbeamten zu Beweismitteln selbst Kenntnis von diesen zu verschaffen, folgt schon daraus, dass dies vielfach – etwa bei großen Datenmengen [...] – gar nicht möglich wäre. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die polizeilichen Auswertungen in relevanter Weise fehlerhaft oder unvollständig sind. Auch ohne Kenntnis der Originalbeweismittel wird das Gericht grundsätzlich in der Lage sein, die polizeilichen Ermittlungsergebnisse anhand der Aussagen des Auswertungsbeamten zu überprüfen.«

Aus der richterlichen Amtsaufklärung wird so die Plausibilitätskontrolle polizeilicher Schlussberichte. Statt der im strengbeweislichen Verfahren mit den sach nächsten Beweismitteln zu widerlegen-

den Unschuldsvermutung gilt die Richtigkeitsvermutung polizeilicher Beweisbewertung.

Dass das Ermittlungsverfahren die Hauptverhandlung entgegen der ursprünglichen Intention der StPO determiniert, ist eine Binsenweisheit. Sie durchzieht die Strafverteidigertage fast von Anbeginn. Durch den steten Ausbau der heimlichen Ermittlungsmethoden und die hierdurch generierten Datenmengen ist aber mittlerweile ein Maß erreicht, das man nicht mehr nur am politischen Willen, sondern tatsächlich auch an den realen Möglichkeiten einer Umkehr zweifeln muss. Einer Umkehr, die der Hauptverhandlung den ihr gebührenden Wert als zentralen und entscheidenden Ort unmittelbarer Wahrheitsfindung zurückgibt und sie vom Stigma befreit, die Aufführung eines weitgehend von der Polizei determinierten Drehbuchs zu sein, von dem abzuweichen neben allen anderen Unwägbarkeiten, sich schon deshalb zu verbieten scheint, weil dann die Terminplanung außer Kontrolle gerät. Das ist sicherlich überspitzt formuliert. Aber die Justiz hat es in dem Bestreben zu funktionieren weitgehend aufgegeben, um die Kontrolle über die eigene Aufklärungspflicht zu kämpfen und sich die Möglichkeit, diese tatsächlich auch wahrzunehmen zu erhalten. Das potentiell schon immer latent vorhandene Bestreben, das Boot der Erkenntnisse des Ermittlungsverfahrens halbwegs unfallfrei durch den Kanal der Hauptverhandlung gesteuert zu bekommen, hat im Zeitalter der Flut digitaler Beweismittel nochmal eine Steigerung erfahren. Nicht selten gibt das Gericht das Steuer schon mal gleich zu Beginn der Hauptverhandlung ab und promoviert den polizeilichen Ermittlungsführer zum informellen Hauptverhandlungsführer, indem es ihm gestattet die Beweisaufnahme »mit einem Überblick über den Gang des Ermittlungsverfahrens« zu eröffnen. Diese Eröffnung ist regelmäßig nichts anderes als die Gelegenheit zu einer Vorwärtsverteidigung der Polizeiarbeit und ihrer Ergebnisse – und jeder weiß es. Das Verbot, das wesentliche Ermittlungsergebnis einer Anklage zu verlesen, wird dabei nur noch der Form halber respektiert. Tatsächlich wird es viel wirkmächtiger substituiert. Denn mit der Beförderung des Ermittlungsführers zum Conferencier der Hauptverhandlung wird es durch einen Zeugen referiert und damit zum Inbegriff der Hauptverhandlung.

Als prozessökonomisch zu verführerisch haben sich zudem die kombinierbaren Möglichkeiten aus Einführung der schriftlichen Polizeivermerke nach § 256 Nr. 5 StPO und dem Selbstleseverfahren erwiesen. Mit 256 Nr. 5 StPO setzte der Gesetzgeber vor knapp 20 Jahren polizeiliche Berichte und Vermerke auf eine Stufe mit neutralen Behördenzeugnissen, vereidigten Sachverständigen und ärztlichen Bescheinigungen.

Man muss nicht Anhänger des dialektischen Materialismus sein um zu konstatieren, dass die These, das Sein bestimme das Bewusstsein, nicht ganz falsch ist. Wenn polizeiliche Berichte vom Gesetzgeber als gleichsam neutrale Zeugnisse geadelt werden, kann es nicht verwundern, dass im richterlichen Denken – wie in dem vorhin zitierten Beschluss – die Richtigkeitsvermutung für polizeiliche Thesen schleichend die Unschuldsvermutung ablöst. Das verträgt sich im Übrigen gedanklich dann auch wunderbar mit der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« und der Vorstellung vom »wehrhaften Rechtsstaat«.

Wenn Strafverteidigung sich dem heute noch mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln entgegenstellt, wird sie von der Richterschaft als obstruktiver wahrgenommen als dies noch vor 20-30 Jahren der Fall war. Das Wort von der sog. Konfliktverteidigung fällt mittlerweile nicht selten schon bei der Stellung einzelner Beweisanträge. Im Denken eines funktionalen Strafrechts, dass sich nicht auf individuelle Schuld feststellung beschränkt, sondern auch die Bekämpfung von Kriminalitätsphänomenen intendiert, ist die Rolle der Verteidigung aber auch per se mindestens insoweit dysfunktional, als sie sich in ihrem Bestreben, die Feststellung individueller Schuld auf den Prüfstand zu stellen, der funktionalen Metaebene verweigert, im Strafurteil auch die vermeintlich angemessene Antwort auf unliebsame gesellschaftliche Phänomene zu finden. Eine derartige Perspektive verleitet dann auch rechtspolitisch leicht, zu leicht dazu, Verteidigung in ihren Verfahrenskompetenzen einschränken zu wollen.

Bei zwei sogenannten Strafkammertagen, bei denen sich rund 80 Vorsitzende von Strafkammern trafen, wurden Resolutionen verabschiedet, die den Gesetzgeber u.a. aufforderten, das Beweisantragsrecht ebenso wie die Besetzungsrüge und das Befangenheitsrecht

zur vermeintlich notwendigen Beschleunigung von Verfahren zu beschneiden, ohne dass es hierfür eine empirisch belegte Notwendigkeit gegeben hätte. Die genannten Forderungen des 2. Strafkammertags sind Gesetz geworden – nur Beschuldigtenrechte unter den Opfern.

Damit kontrastiert eindrucksvoll die richterliche Position zum ›Verteidiger der ersten Stunde‹, bei Umsetzung der EU-Richtlinie. Der Forderung, in Fällen notwendiger Verteidigung Beschuldigten schon vor der ersten polizeilichen Einvernahme einen Verteidiger von Amts wegen beizuordnen, ist die Richterschaft entgegengetreten. Es war von unnötigen Ausweitungen, Bürokratisierungen und auch von Einschränkungen der Amtsaufklärung die Rede. Im Rechtsausschuss des Bundestags hieß es in der Anhörung zum Regierungsentwurf von Strafverfolgerseite, frühe Beteiligung von Verteidigung, die Beschuldigten ja regelmäßig zum Schweigen rate, könne diesen hindern, sich zu entlasten und er laufe daher Gefahr, unnötig in Untersuchungshaft zu geraten. Treuherziger wurden Krokodilstränen selten vergossen. Ehrlicher ist da schon die F.A.Z., die schreibt, worum es eigentlich geht: Es drohten frühe Geständnisse verloren zu gehen, weil gute Verteidiger regelmäßig zum Schweigen raten.

Sorge vor Bürokratisierung, Prozessökonomie und Verfahrenverzögerung und Kosten sind mir als durchschlagende Abwehrargumente übrigens nie aufgefallen, wenn die Ausweitung von Opferrechten auf der Tagesordnung stand, sei es psychosoziale Prozessbegleitung, sei es die Ausweitung der nebenklagefähigen Delikte mit entsprechenden Beiordnungen.

Die Frage, woher die Richterschaft eigentlich ihre Selbstsicherheit nimmt, mit einer stetig geschwächten Verteidigung noch zu materiell richtigen und gerechten Ergebnissen zu kommen, kann man allgemein zwar schon deshalb nicht tauglich beantworten, weil es *die* Richterschaft so wenig gibt wie *die* Anwaltschaft. Zu denken geben muss es aber, wenn der damalige Vorsitzende des DRiB, *Jens Gnisa*, sicher nicht völlig unrepräsentativ formulierte:

»Mir fällt kein Fall ein, in dem ich mein Urteil im Nachhinein nicht mehr für gerecht gehalten hätte.«

Und er meint, damit nicht allein zu sein:

»Fast allen Richtern geht es ähnlich [...] Die Gerechtigkeit ist für sie kein großes Thema – weil sie damit im Reinen sind. Sie haben andere Sorgen.«

Schöner und zirkulärer ist Gerechtigkeit mit Selbstgerechtigkeit wohl kaum zu verwechseln. Es scheint mir diese zur Schau gestellte Selbstgewissheit zu sein, aus der sich die Chuzpe speist, die es für die Forderungen der Strafkammertage brauchte. Eine solche Selbstgewissheit wird in einem funktionalen Strafrecht genährt, wenn Richter*innen aufgegeben wird – oder sie meinen –, mit der Feststellung individueller Schuld auch übergeordneten Zielen zu dienen und Antworten auf gesellschaftliche Probleme zu liefern.

Mit dem verfassungsrechtlich verbrieften Arbeitsauftrag, die Wahrheit zu suchen und Gerechtigkeit zu finden, betritt die Richterschaft den öffentlichen und politischen Diskursraum ohnehin schon mal in der Rüstung der Kreuzritter des Guten. Gestärkt wird ihr Auftritt aber auch, wenn die Rechtspolitik ihr überindividuelle Problemlösungen zuweist. Wenn der Gesetzgeber die Justiz derart einspannt, wird er sich auch schwertun, die von ihr als notwendig erachteten Werkzeuge zu verweigern. Und in einem derartigen rechtspolitischen Klima ist die Stimme der Strafverteidigung von vornherein keine starke.

Wie authentisch ist aber die zur Schau gestellte Selbstsicherheit eines nicht gerade leisen Teils der Richterschaft? Ein Teil, der offenbar meint, dass sich Wahrheit und Gerechtigkeit in ihren Gerichtssälen automatisch wie ein Gebirgsbach den Weg bahnen, sobald sie ihre Robe überstreifen und niemand dazwischenfunkelt. Man kann da durchaus zweifeln, wenn man näher hinschaut. Darauf weisen gerade auch die Forderungen Strafkammertage hin. Zwei Thesen, die auch mit Aplomb gefordert und nicht Gesetz wurden, sind überaus aufschlussreich für das Selbstverständnis dieser Versammlung:

- Revisionen sollen nur noch dann zulässig sein, wenn sie durch einen Verteidiger begründet werden, der die Sachrüge in gleicher Weise wie die Verfahrensrüge auszuführen hat.

und weiter:

- Die Tatsachenfeststellungen und der Schuldspruch im Strafverfahren sollen eine Bindungswirkung in nachfolgenden Zivilverfahren entfalten.

Man darf sich schon fragen: Geht es denjenigen, die solche Forderungen aufstellen um Wahrheit und Gerechtigkeit? Oder geht es nicht vielmehr darum, die selbstgefundene Wahrheit gegen jeden Angriff zu stählen? Die Antwort ist offensichtlich.

Die eigene Fehlbarkeit soll gegen Aufdeckung so gut es geht immunisiert werden. Wir kehren zurück zum ehemaligen Vorsitzenden des DRiB, Herrn *Gnisa*, und erinnern uns, dass ihn andere Sorgen als die Gerechtigkeit umtreiben. Welche das u.a. sind, führt er in seinem Buch aus. Z.B., dass ihn jede Aufhebung durch ein höheres Gericht immer noch schmerze und dass das strafrechtliche Revisionsrecht zu einer strukturellen Unterlegenheit der Tatgerichte führe.

Dass Richter*innen, die mit der Überzeugung stets gerecht gewesen zu sein, die Anfechtungsmöglichkeit ihrer Urteile als stetes Misstrauensvotum und die Korrektur ihrer Urteile als persönlich schmerzhaft empfinden, keine Exoten ihres Berufsstandes sind, zeigt sich nicht nur bei Herrn *Gnisa*. Auch der Strafkammertag schlug in die gleiche Kerbe und hatte, obwohl aus Vorsitzenden der landgerichtlichen Strafkammern bestehend, auch ein Herz für die Sorgen des am Amtsgericht tätigen Vorsitzenden *Gnisa*: Eine weitere Forderung des Strafkammertags lautete nämlich, die Sprungrevision abzuschaffen.

Die Sorge von Strafrichtern vor Kontrolle ihrer Ergebnisse begegnet einem mit am deutlichsten in der Forderung des Strafkammertags, die in Strafprozessen gefundenen Feststellungen müssten Zivilgerichte binden. Klingt erstmal nicht besonders dramatisch, anders allerdings, wenn man sich kurz das Schicksal von *Harry Wörz* und seines Verfahrens vor Augen führt, das wohl Mitanlass dieser Forderung war:

Harry Wörz wurde 1998 vom LG Karlsruhe zu 11 Jahren wegen versuchten Totschlags an seiner Ex-Frau, die aufgrund der physischen Folgen des Anschlags auf ihr Leben nicht mehr aussagen konnte, verurteilt. Die Verurteilung war umstritten, zumal als möglicher Alternativtäter ein Polizist in Frage kam, der eine Beziehung zum Opfer hatte und der Polizeibehörde angehörte, die die Ermittlungen führte. Die Revision von Harry Wörz verwarf der Bundesgerichtshof. Die Eltern der Geschädigten verklagten Wörz nach Rechtskraft des strafrechtlichen Urteils zivilrechtlich auf Schadensersatz wegen der immensen Pflegekosten. Dann geschah das unwahrscheinliche. Das Zivilgericht

führte eine Beweisaufnahme durch, an deren Ende es die Klage abwies, weil es sich von der Schuld von Wörz keineswegs überzeugen konnte. In diesem Urteil wurde auch nicht mit Kritik an der Polizei gespart. Unser Kollege Hubert Gorka nahm den Ball auf und strebte eine Wiederaufnahme an. Dabei musste er zweimal das OLG Karlsruhe bemühen, nachdem das Landgericht jeweils die Wiederaufnahme nicht zulassen wollte, bis es 2005 – Wörz war durch das OLG Karlsruhe 2001 bereits vorläufig aus der Haft entlassen worden – zu einer neuen Hauptverhandlung kam. Das LG Mannheim sprach Wörz nunmehr frei. Aber die Staatsanwaltschaft wollte sich hiermit nicht abfinden und legte Revision ein. Der BGH-Senat, der zuvor Wörz Revision gegen seine Verurteilung verworfen hatte, kassierte nun den Freispruch mit einer Segelanweisung wie eine haltbare Verurteilung von Wörz im anstehenden dritten Verfahren aussehen könnte. 2009 begann dieser Prozess, der wiederum mit Freispruch endete. Elf Jahre nach der ersten Verurteilung urteilte eine Strafkammer nun, dass Wörz nicht nur nicht der Täter war, sondern es keine durchgreifenden Argumente gegen die Täterschaft des Alternativtäters, des Angehörigen der Polizei, die die Ermittlungen führte, gebe. Ende der Geschichte? Nein. Die Staatsanwaltschaft zog erneut vor den Bundesgerichtshof, um den Freispruch zu kippen, was diesmal allerdings nicht gelang.

Hat sie nach dem deutlichen Hinweis des Gerichts auf den Alternativtäter ein Verfahren eingeleitet? Nein. Ein Anfangsverdacht sei nicht ersichtlich.

Das Zivilgericht, das sich die Sache nochmals angeschaut hat, hat das Fehlorteil korrigiert und der Wiederaufnahme den Weg geebnet. Man möchte meinen, ein Segen, der die Folgen eines Justizirrtums immerhin abmilderte. Ein Segen für die Wahrheitsfindung, ein Sieg der Gerechtigkeit.

Wie kann es dann aber sein, dass ein Strafkammertag in Kenntnis dieses viel diskutierten Verfahrens, dem einen Riegel verschieben und Zivilgerichte an die strafrechtlichen Feststellungen gebunden sehen will? Bei Realisierung dieser Forderung wäre Herr Wörz statt im Jahre 2009 freigesprochen zu werden als hartnäckig leugnender Verurteilter erst nach Vollverbüßung in die anschließende Führungsaufsicht entlassen worden.

Bei der Suche nach der Antwort erinnern wir uns einmal mehr an die Worte von Herrn *Gnisa* – jede Aufhebung des eigenen Urteils durch ein späteres Gericht schmerzt. Und scheinbar sind diese Schmerzen größer als die Bereitschaft Fehler korrigieren zu lassen, mögen sie auch das Leben eines Bürgers zerstören. Die Forderung des 2. Strafkammertags legt hierfür Zeugnis ab. *Wörz* ist nicht alleine. Hatte das Landgericht Mannheim Herrn *Kachelmann* offenbar nur mit Bauchschmerzen vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen und betont, dieser Freispruch bedeute nicht, dass er nicht doch der Täter sein könne, verurteilte das OLG Frankfurt als Zivilgericht die vermeintlich Geschädigte auf Schadensersatz und judizierte, dass sie Herrn *Kachelmann* »vorsätzlich, wahrheitswidrig der Vergewaltigung bezichtigte«. Mit der Forderung des Strafkammertags nach der Bindungswirkung strafrechtlicher Urteile wäre Herrn *Kachelmann* diese Klage zu seiner Rehabilitierung nicht mehr möglich.

Führt man sich dies alles vor Augen, bekommt das Bild einer organisierten Richterschaft, der man die Wahrheits- und Gerechtigkeitssuche vorbehaltlos anvertrauen könnte und sollte und die fordert, hierfür alle Hemmnisse – in erster Linie Beschuldigten- und Verteidigerrechte sowie Überprüfungsmöglichkeiten – abzubauen mehr als ernste Risse.

Wer wie der Strafkammertag postuliert, dass die allgemeine Sachrüge, also die von Amts wegen erfolgende Überprüfung des schriftlichen Urteils auf in diesem enthaltene Rechtsfehler durch den BGH abgeschafft werden und eine Prüfung nur noch soweit stattfinden solle, als die Verteidigung Fehler aufgespürt und explizit formgerecht gerügt hat, der orientiert sich nicht an Gerechtigkeit, sondern will schlicht auch dann Recht behalten können, wenn er falsch liegt. Was ist das für eine Zumutung gegenüber dem Wahrheits- und Gerechtigkeitsebgriff, wenn man dem Bundesgerichtshof abverlangen will, offenkundig falsche schriftliche Urteile abzusegnen, die einem Verurteilten gegebenenfalls Jahre seiner Freiheit kosten, weil die Verteidigung den materiellen Fehler nicht kunstgerecht benannt hat?

Lässt man das alles Revue passieren, merkt man schnell, dass die Rüstung der rechtspolitischen Stimme der organisierten Richterschaft im Sonnenlicht keineswegs nur vor Gerechtigkeit und un-

bedingter Wahrheitsuche schimmert. Dies müssen wir uns bewusst machen und auch nach außen tragen. Denn vor uns liegt eine der wichtigsten rechtspolitischen Auseinandersetzungen der letzten Jahrzehnte, nämlich die um die Dokumentation der Hauptverhandlung. Hierzu wird morgen auch eine AG stattfinden. Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen, wenn diese Chance in dieser Legislaturperiode verpasst wird, wird sie so schnell nicht wiederkommen. Die organisierte Richterschaft läuft in einer Weise Sturm gegen dieses Vorhaben, die auch mich überrascht hat. Kein Argument ist dabei zu absurd, um nicht ins Feld geführt zu werden:

Die Wahrheitsfindung werde durch die Dokumentation gefährdet. Darauf muss man erstmal kommen; die unbestechliche Dokumentation des Inbegriffs der Hauptverhandlung gefährde die Wahrheitsfindung. Angeführt wird, dass Zeugen nicht mehr so unbefangenen drauflos reden könnten, wenn dokumentiert wird. Den Wunsch nach unbefangenen Drauflosplappern als Quell der eigenen Wahrheitsfindung kann aber ohnehin nur derjenige hegen, der seine Belehrung nie ernst gemeint hat, dass auch fahrlässig falsche Angaben im Falle der Vereidigung strafbar sind.

In einem Essay in der F.A.Z. hat die Bundesrichterin Dr. *Allgayer* vom 1. Strafsenat des BGH in Erwiderung eines Beitrag unseres Kollegen *Martin Stucke*, in dem er anprangerte, der Bundesgerichtshof habe die Kontrolle der Tatgerichte praktisch aufgegeben, geschrieben, Strafgerichte würden nicht unter zu wenig Kontrolle leiden, sondern unter Überlastung. Wer die Qualität des gerichtlichen Strafverfahrens verbessern wolle, müsse den Tatrichtern vertrauen, sie wertschätzen und vor allem in die Lage versetzen, ihr Kerngeschäft besser erledigen zu können.

Für die Dokumentation der Hauptverhandlung bleibt da keine Sympathie: Sie sei zur Erreichung der Ziele des Strafverfahrens nicht erforderlich. Sie würde lediglich zu mehr Verfahrensaufwand, nicht aber zu richtigeren Urteilen führen. Wer jetzt schon darüber staunt, woher diese Gewissheit kommt, den frappiert die Antwort um so mehr: Frau *Dr. Allgayer* schreibt, dass bekannt gewordene Fehlurteile ganz überwiegend auf Fehler im Ermittlungsverfahren zurückgingen, weil es dort zu falschen Zeugenangaben oder unrichtigen Geständnissen

gekommen sei, gegen die auch eine Dokumentation der späteren Hauptverhandlung nichts ausgerichtet hätte.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, das muss man sich kurz auf der Zunge zergehen lassen. Es waren die im Ermittlungsverfahren aufgenommenen falschen Zeugenangaben und Geständnisse, die zu Fehlurteilen führten. Zwar weiß ich noch nicht einmal, welche Fälle hier gemeint sind und ob das überhaupt stimmt. Aber was soll uns das sagen? In der Hauptverhandlung war eigentlich alles paletti und die Fehlurteile wegen der Fehler im Ermittlungsverfahren richterlich unverschuldet und quasi unvermeidlich? Was wäre das für eine Auffassung von der Rolle von Strafgerichten? So kann vielleicht ein Zivilrichter reden, der ein Versäumnisurteil erlassen muss, aber doch kein Strafrichter. Und das kommt ja nicht von irgendjemand, sondern von einer Bundesrichterin, der die Kontrolle über die Tatrichter überantwortet ist. Und es ist auch kein undurchdachter Versprecher in irgendeinem Hinterzimmergespräch, sondern der Tenor eines Aufsatzes, der sich in der F.A.Z., dem Zentralorgan bürgerlichen Rechtsstaatsverständnisses an die Öffentlichkeit wendet – und dessen Fazit übrigens ist, dass Fehlentwicklungen in der Tatsacheninstanz dort zu korrigieren sind und nicht über den Umweg des Revisionsgerichts und im Übrigen – vertraute Melodie – eine funktionsfähige Strafrechtspflege Verfassungsauftrag sei. Erneut wird deutlich, dass funktionsfähig hier als geschmeidig, gleichsam möglichst ungestört ablaufend aufgefasst wird.

Nicht erst, wenn man nach alledem mal führende Stimmen der Richterschaft resümiert, ist klar, worum es ihr in der Diskussion um die Dokumentation der Hauptverhandlung eigentlich geht: Es ist die Sorge um die uneingeschränkte Deutungsmacht dessen, was im Gerichtssaal passiert. Wer aber die Wahrheitsfindung bereits gefährdet sieht, wenn er seine alleinige Deutungshoheit bedroht wähnt, signalisiert ungewollt auch, dass die Wahrheitssuche bei ihm offenkundig nicht optimal verortet ist. In einem Rechtsstaat ist dies, der wenn auch unbewusste Ruf nach mehr und nicht weniger Kontrolle.

Kontrolle ist ein Stichwort, wenn wir an ein regelmäßig von uns und nun auch von Frau *Dr. Allgayer* angesprochenes Problem denken. Das Ermittlungsverfahren determiniert die Hauptverhandlung. Wenn eine Bundesrichterin die Tatrichter für Fehlurteile exkulpiert,

weil die Fehler im Ermittlungsverfahren geschehen seien, möchte man meinen, es sei ein Anliegen des Bundesgerichtshofs, die Tatgerichte verstärkt zur Kontrolle des Ermittlungsverfahrens und fehlerfreier Beweiserhebung anzuhalten. Weit gefehlt! Mit Fehlern oder Verfahrensvorgängen aus dem Ermittlungsverfahren möchten die Revisionsgerichte möglichst nicht behelligt werden. Der 1. und ihm in jüngerer Zeit folgend auch der 5. und der 6. Senat halten die Tatgerichte dazu an Verfahrensvorgänge, mögen sie auch Ermittlungsfehler betreffen, die zu Beweisverwertungsverboten führen können, »tunlichst« aus den Urteilsgründen herauszuhalten.

Der Hintergrund dürfte klar sein. Mit Verfahrensrügen aus diesem Bereich, die nur schwerlich über die Hürde der Zulässigkeit zu hieven sind, wird man beim BGH schon fertig. Wird aber alles im Urteil ausgebreitet, könnte man auf die Sachrüge hin gezwungen sein, sich zu befassen. Lautet die Botschaft des BGH an die Tatrichter aber, behelligt uns bitte nicht mit Verfahrensfehlern – wieviel Anlass hat dann der Tatrichter von sich aus diesen nachzugehen? Es kommt hinzu, dass wir Verteidiger*innen Beweisverwertungen widersprechen müssen, um sie noch geltend machen zu können.

Psychologisch ist für den Tatrichter nach alledem klar: Meine Sache ist dies nicht. Und wenn Verteidiger das unbedingt thematisieren wollen, kann ich das mit dem Segen des Bundesgerichtshofs aus dem Strengbeweisverfahren der Hauptverhandlung heraushalten und muss mich damit allenfalls im Freibeweisverfahren befassen.

Wenn Frau *Dr. Allgayer*, egal ob das überhaupt zutrifft, in der F.A.Z. konstatiert, dass Fehler im Ermittlungsverfahren die wesentliche Quelle der bekannten Fehlurteile sei, ist die Festlegung der Rechtsprechung, sich gegenüber diesen Themen so gut es geht zu immunisieren, in Ansehung vom Wahrheits- und Gerechtigkeitsbegriff nicht frei von Zynismus.

Einer Funktionalisierung des Strafrechts ist diese Lässlichkeit indes dienlich. Beredtes Zeugnis hierfür legen auch die »legendierten Kontrollen« ab, in denen die Täuschung des Beschuldigten nicht unter § 136a StPO gefasst, sondern höchstrichterlich dem Polizeirecht zwecks Bekämpfung vor allem des BtM Handels zugeschrieben und legalisiert wird.

Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen – leben wir in einem funktionalen Strafrecht wie der Titel dieses Vortrags suggeriert? Nein, ganz sicher nicht. Schon gar nicht, wenn man auf Länder schaut, in denen das Strafrecht ungehemmt zur politischen Machtdurchsetzung missbraucht wird. Davon sind wir zum Glück weit entfernt.

Gibt es verstärkte Tendenzen, die das Strafrecht in seiner Entwicklung für eine Funktionalisierung anfällig machen und öffnen? Die Antwort lautet ja.

Ich fasse einige Faktoren nochmals kurz zusammen:

1. Die Betonung außerechtlicher, insbesondere moralisierender Kategorien wie »Unerträglichkeit« oder »überragende Gemeinwohlinteressen«, mit denen die Rückwirkung bei den Einziehungsregeln verfassungsrechtlich legitimiert wurde.
2. Die präventive Ausgestaltung des materiellen Strafrechts mit weiten Vorfeldstrafbarkeiten, die sich von einer echten Bedrohung des Rechtsguts entfernen und an die Gesinnung als Gefährdung anknüpfen und die gleichzeitig die Befugnisse der Strafverfolgung ausweiten, um auch abstrakte Gefahren zu ergründen.
3. Politisch oder sonst gewollte Fokussierung der Strafverfolgung auf bestimmte Gruppierungen; die Verlagerung des Gewichts von einem Tatstrafrecht auf eine mehr täterstrafrechtliche Sicht, die insbesondere im Ermittlungsverfahren einsetzt.
4. Das Zurückschrauben von Kontrollen der Instanzen des Verfahrens untereinander. Dagegen könnte man zunächst einwenden, dass eine straffe Kontrolle der Rechtsprechung von oben nach unten eher ein Kennzeichen des Maßnahmestaats und funktionaler Strafrechtspflege ist. Das ist sicher nicht falsch. Aber wenn das Ermittlungsverfahren die Hauptverhandlung so determiniert wie derzeit und die Tatgerichte mit dem Segen der Revisionsgerichte keine wirksame Kontrolle mehr bieten und sich gegen eine solche auch sträuben, drohen sie einer potentiellen Funktionalisierung anheim zu fallen.

V.

Wie steht aber Strafverteidigung zu diesen funktionalen Tendenzen?

Wir sind in der rechtspolitischen Diskussion gegenüber etwa dem DRiB strukturell unterlegen. Es stärkt aber unsere Stimme politisch nicht, wenn wir uns in unseren grundsätzlichen Positionen nicht sicher sind. Strafverteidigung hat sich an der Seite des Beschuldigten immer progressiv als Beistand desjenigen verstanden, der sich dem wirkmächtigsten Eingriff und Instrumentarium des Staates als Individuum ausgesetzt sah. Gleichzeitig erzwingt unser Alltag entgegen der puristischen Lehre, wie wir sie auf Strafverteidigertagen gerne pflegen, zum Wohle des Mandanten eine gehörige Portion Opportunismus von uns, und zwar um des Verfahrensergebnisses willen.

Wer hat noch nicht rechtspolitisch gegen den Kronzeugenparagraphen gewettert, um dann im Plädoyer dessen zweifelhafte Segnungen einzufordern?

Wer hat noch nicht in einer Haftprüfung mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass der eigene Mandant mit seiner Familie seit x Generationen als sogenannter Biodeutscher in Deutschland lebt, hier zur Schule gegangen ist, in einem ausgebildeten Beruf arbeitet usw. und damit die empirisch nachgewiesenermaßen maßgeblichen aber falschen justiziellen Kriterien für die Frage der Fluchtgefahr gespiegelt und hierdurch zu deren Festigung zum Nachteil derjenigen beigetragen, auf die das nicht zutrifft?

Die Liste ließe sich fortsetzen. *Thomas Scherzberg* hat gegen Ende seines Eröffnungsvortrags in Frankfurt 2016 zurecht appelliert, Grundprinzipien unserer auf Strafverteidigertagen beschworenen Grundsätze auch im Alltag zu leben. Dem sind durch die Interessen unserer Mandanten am bestmöglichen Verfahrensergebnis allerdings Grenzen gesetzt.

Solche Grenzen haben wir aber nicht in der rechtspolitischen Diskussion. Das Selbstverständnis der Strafverteidigervereinigungen, aber auch des RAV war es traditionell, sich unbedingt gegen Schärfungen sowohl des Strafrechts als auch des Strafprozessrechts zu stellen. Dies waren nie unpolitische Organisationen gewesen und sie sind es bis heute nicht, ganz im Gegenteil. Aber so wenig wie man es dem

Staat durchgehen lassen wollte, Politik auch mit dem Strafrecht zu betreiben, so wenig sollte das Strafrecht nach ihrem Selbstverständnis Mittel zur Durchsetzung eigener politischer Positionen sein. Mit anderen Worten, eine Funktionalisierung des Strafrechts war diesem Verständnis von Strafverteidigung nicht nur fremd, es sah sich als Antagonist solcher Bestrebungen. Auch das hat sich gewandelt.

Die Frage wie stehen wir zum strafenden Staat, wird von uns nicht mehr eindeutig beantwortet. Sehen wir selbst in ihm auch ein taugliches Mittel der Durchsetzung rechtspolitischer Interessen? Mit anderen Worten, erliegen wir selbst der Versuchung, die Macht der Strafe einzusetzen, sie funktionalisieren zu wollen, wo sie uns politisch opportun scheint?

Auch von uns kommen mittlerweile Stimmen, die etwa fordern, es solle eine »Opfervermutung« im Umgang mit mutmaßlich Geschädigten von Sexualstrafverfahren geben. Apodiktisch wird sogar schlicht behauptet, diese müsse sich nicht mit der Unschuldsvermutung beißen. Auch von uns kommen Stimmen, die dafür werben, bestimmte Phänomene zu labeln und ihre Kriminalisierung zu fordern. Und es sind Stimmen von sehr zu schätzenden Kolleginnen und Kollegen, die sich das auch alles nicht einfach machen und mit intellektueller Redlichkeit um Rechtspolitik ringen.

Aber sollten auch wirklich wir anfangen, Kriminalitätsphänomene, die wir politisch verachten, mit Chiffren anzuprangern und Beschuldigte als strafwürdig unter diese Phänomene statt unter Tatbestände zu subsumieren? Ist das, was dem Innenminister sein Clanmitglied, sein Raser, sein migrantischer Sozialhilfebetrüger ist, uns der Femizidäter, der rechtsradikale Schläger oder der übergriffige metoo-Verdächtige, den wir, ehemals strafrechtskritisch, nun selbst gern im Bannstrahl des strafenden Staates sehen würden?

Wer Beschuldigte Phänomenen zuordnet und sie stellvertretend für das Phänomen bestraft sehen will, entkleidet sie ihrer Individualität und verweigert ihnen das, wofür Strafverteidigung seit jeher kämpft: den differenzierten Blick auf ihre jeweilige individuelle Schuld oder Unschuld. Viele unserer Homepages plakatieren das bekannte Alsberg-Zitat, nach dem der Kritzismus des Verteidigers den »hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit« hemmen will. Wenn wir

uns in dieser Tradition sonnen wollen, ist eines doch klar: Wer glaubhaft dem vorschnellen, hochgemuten Griff zur Wahrheit in den Arm fallen will, darf sich selbst nicht im sicheren Besitz derselben wähnen.

Und was macht das mit uns Verteidigern, wenn wir selber auf den Zug einer Funktionalisierung aufspringen und beginnen teilweise täterorientiert zu denken? Wir haben beim letzten Strafverteidigertag in Regensburg in einer AG den Versuch unternommen, unser Selbstverständnis zur Frage zu diskutieren, wer soll rechte und rechtsradikale Beschuldigte verteidigen und wie soll dies geschehen. Egal wie man die inhaltlichen Positionen dazu bewerten mag – wer dabei war, kommt nicht um die Bewertung herum, dass dieser Diskursversuch in Sprachlosigkeit scheiterte. Einen Ansatz sollten wir uns jedenfalls verbitten und schon gar nicht untereinander pflegen: Verteidiger*innen danach zu beurteilen, wen sie verteidigen. Die wenigsten unserer Mandanten taugen als Posterboys oder -girls an der Speerspitze gesellschaftlichen Fortschritts.

In Harvard ist mit *Ronald Sullivan jr.* der erste schwarze Dean gefeuert worden, allein weil er sich dem Verteidigerteam von *Harvey Weinstein* anschloss und Studenten daraufhin protestierten. Seine Frau, die ebenfalls Dean war, wurde gleich mit gefeuert. Wenn wir es ernst meinen mit der Unteilbarkeit von Rechten und Menschenrechten, müssen wir sie nicht nur auch jenen zugestehen, die wir verachten und aus persönlichen Gründen nie verteidigen würden. Kolleginnen und Kollegen, die dies tun, verdienen erstmal nichts anderes als unseren Respekt und unsere Solidarität, wenn sie dafür unter Druck geraten – und davon sollten wir uns erst dann lösen, wenn sie sich in der Verteidigung die Positionen ihrer Mandanten zu eigen machen. Wenn wir das wegen unserer eigenen politischen Bauchgefühle nicht durchhalten, begeben wir uns selbst auf den Weg eines funktionalen Strafrechts, vielleicht sogar eines feindstrafrechtlichen Denkens, gegen das als *Jakobs* diese Idee in die rechtspolitische Arena warf, wir uns zurecht vor 20 Jahren noch vehement verwahrt haben.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, unser Bild in der rechtspolitischen Diskussion wird nicht nur durch unsere Stellungnahmen zu Gesetzesvorhaben und Policy Papers geprägt, sondern auch durch unser Auftreten nach außen, in Strafprozessen aber auch abseits von ihnen.

Die Verteidigungsrechte sind in den letzten Legislaturperioden regelrecht überrollt worden und es stellt sich die Frage, ob wir die Generation von Strafverteidiger*innen sein werden, der die Strafprozessordnung als Magna Charta der Beschuldigtenrechte durch die Finger gleitet.

Stefan König hat bei seinem Eröffnungsvortrag vor 23 Jahren hier in Berlin, da war ich noch nicht mal Anwalt, einen Satz gesagt, der mir in seiner bildhaften Schönheit bis heute im Gedächtnis geblieben ist: »Wenn die Grenze zwischen Staat und Bürger verschwimmt, wechselt die Freiheit das Ufer.« Wenn das für die Frage der Distanz zwischen Bürgerinnen und Staat gilt, dann erst recht zwischen Strafverteidigung und Strafverfolgung. Statt der die Ufer wechselnden Freiheit kann man die Beschuldigtenrechte in diesen Satz einfügen. Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich habe Eure Zeit bereits strapaziert, aber eines will ich noch kurz anreißen.

Es ist unsere Einbindung in die Strafverfolgung, zu der wir bislang auch kein Selbstverständnis haben, das wir, meine ich, aber finden müssen. Die Praxis – und ihr folgend die Entwürfe eines Verbandssanktionenrechts – übertragen der Anwaltschaft immer häufiger Ermittlungsaufgaben im Rahmen von »internal Investigations«. Es sind Kolleginnen und Kollegen, die mit intransparenter Methodik im Rahmen solcher internen Untersuchungen Beschuldigtenrechte unterlaufen in einer Art, wie wir es den Strafverfolgungsbehörden nie durchgehen lassen würden. Natürlich sind das finanziell wahnsinnig lukrative Mandate, weswegen von den großen Anwaltsverbänden mutmaßlich auch kein Aufschrei kommt, dass die Anwaltschaft sich nicht zum Büttel der Strafverfolgung machen lassen darf. Aber Strafverteidigung muss hierzu eine eigene Position finden.

Das betrifft auch die mehr oder weniger gelegentlichen Tätigkeiten von Strafverteidigern und Strafverteidigerinnen in der Nebenklage. Beim Strafverteidigertag 2012 haben wir die Abschaffung der Nebenklage in der Schlussklärung in den Raum gestellt. Die Nebenklage ist nicht nur der Antagonist der Strafverteidigung. *Barton* kam in einer Untersuchung zu dem Schluss, dass es gerade der Typus des Strafverteidigers sei, der sich dazu hinreißen lasse, in der Rolle des Nebenklägers unbarmherziger und geflissentlicher denn die Staatsanwaltschaft zu agieren.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir kommen glaube ich nicht umhin wahrzunehmen, dass diese im Prozessalltag eingenommene Flexibilität von Standpunkten auch das Bild von uns prägt. Unsere Stimme in der rechtspolitischen Debatte stärkt das nicht. Viele von uns übernehmen Nebenklagen und die Abschaffung des Instituts erscheint illusorisch. Illusorisch darf es aber nicht sein, dass wir die Debatte hierzu führen und versuchen zu einer Position zu kommen und die kann als konsequente Stimme der Strafverteidigung wie schon beim Strafverteidigertag in Hannover nur lauten, dass die Nebenklage abzuschaffen ist.

Wenn jedenfalls die Kakophonie des Prozessalltags in der rechtspolitischen Debatte ihre Fortsetzung findet, werden wir in dieser Beschuldigtenrechte nur so gut bzw. schlecht verteidigen können wie das etwa beim Agieren in Mandaten mit massiven Interessenkonflikten gelten würde.

Im Moment haben wir nach Jahren des Mehltaus eine Koalitionsvereinbarung, die vielleicht keine Zeitenwende im Strafprozess mit sich bringt, aber immerhin dringend notwendige Reformen des zu unseren Lasten in Schieflage geratenen Strafprozesses angehen will. Lasst uns dies, nachdem wir in den vergangenen Jahren wegen der Pandemie in unseren Zusammenkünften weitgehend lahmgelegt waren, konstruktiv unterstützen, lasst uns in die Debatten eingreifen und lasst uns diesen Strafverteidigertag gemeinsam in den AGs und Pausen genießen und Kraft schöpfen, für eine fruchtbare Teilnahme am rechtspolitischen Diskurs auch nach diesen Tagen in unseren lokalen Vereinigungen und darüber hinaus.

Ich danke Euch für Euer Ohr, Eure Aufmerksamkeit und überhaupt für die Gelegenheit hier vor Euch sprechen zu dürfen. Auf einen gelungenen Strafverteidigertag an den kommenden Tagen nach drei Jahren unfreiwilliger Auszeit.