

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 40

Bild und Selbstbild der Strafverteidigung

40. Strafverteidigertag
Frankfurt am Main, 4. - 6. März 2016

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme
Bild und Selbstbild der Strafverteidigung
Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertages
Frankfurt/Main, 4. - 6.3.2016
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
- 1. Auflage - Berlin 2016
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd. 40

ISBN 978 - 3 - 946889 - 00 - 7

1. Auflage 2016

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Fanny-Zobel-Str. 11

12435 Berlin

Inhalt

- S. 9 Thomas Scherzberg
Vom (unmöglichen) Zustand der Strafoverteidigung
- S. 47 Ministerialdirektorin Marie-Luise Graf-Schlicker
Stand und Richtung der StPO-Reform
- S. 59 Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
Reform des Ermittlungsverfahrens
- S. 83 Prof. Dr. Carsten Momsen
Pragmatische Reform oder Verflüssigung von Verfahrensstandards?
- S. 109 Prof. Dr. Jörg Arnold
*Zur Kritikgeschichte opferperspektivischer Wandlungen
im Strafrecht und im Strafverfahren*
- S. 169 VRiLG Dr. Susanne Müller
*Opferrechte versus Beschuldigtenrechte –
die Thematik aus (meiner) richterlichen Sicht*
- S. 107 Dr. habil. Helmut Pollähne
*Zu viel geopfert!?
Eine Kritik der Viktimisierung von Kriminalpolitik
und Straffjustiz*
- S. 203 VRiLG Helmut Schweckendieck
Polizeizeugen
- S. 211 Ulrich von Klinggräff
Berufszeugen
- S. 235 KD Ass. iur. Karoline H. Starkgraff
*Polizeizeugen aus polizeilicher Sicht
oder: Spieglein, Spieglein, an der Wand...*
- S. 253 Prof. Dr. Jan Bockemühl
*Das Weltbild des Strafrichters
Rückblick, Status quo und Ausblick*

- S. 267 Prof. Dr. Endrik Wilhelm
Wahrheit im Strafprozess
- S. 293 VRiOLG a.D. Ottmar Breidling
*»Das Weltbild des Strafrichters«
Ist die Unabhängigkeit der Richter unabdingbar?*
- S. 307 StA Dr. Daniel Wegerich
Mindeststandards von Strafoverteidigung
- S. 317 Prof. Dr. Stephan Barton
Mindeststandards der Strafoverteidigung
- S. 337 Bundesanwalt beim BGH Thomas Beck
40 Jahre Terrorismusstrafrecht
- S. 349 Ministerialdirektor a.D. Thomas Dittmann
Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Terrorismusstrafrechts
- S. 357 Sönke Hilbrans
*40 Jahre Terrorismusstrafrecht
Ein Beitrag aus anwaltlicher Sicht*
- S. 363 Tim Burkert
*Rassismus im Strafverfahren
Was tun?*
- S. 373 RiBGH Renate Wimmer
*Das neue Korruptionsstrafrecht
Herausforderungen für die Praxis, dargestellt
an ausgewählten Fragestellungen*

Anhang:

Ergebnisse der Arbeitsgruppen und Resolutionen
Autor*innenverzeichnis

Thomas Scherzberg

Vom (unmöglichen) Zustand der Strafverteidigung

Einleitung

Lassen Sie mich gleich mit dem schwierigsten Teil des Vortrags beginnen: Dem Jubiläum. Wie soll man über den Strafverteidigertag und seine 40-jährige Geschichte sprechen, ohne dabei in den Jargon der Firmenjubiläen und Grabreden zu verfallen? Am besten ist vielleicht, wenn ich es einfach sein lasse und weder augenzwinkernd noch böse von Unzulänglichkeiten und Fehlern berichte, noch von Heldentaten und Sternstunden. Der Strafverteidigertag ist kein »guter Kerl«, auf den wir heute anstoßen können. Er ist ein Kind seiner Zeit - und das heißt: Er ist seit vier Jahrzehnten ein Spiegel gesellschaftlicher Verhältnisse, vor deren Hintergrund Strafverteidigung stattfindet. Das ist heute nicht weniger wahr, als vor 40 Jahren, auch wenn es seinerzeit möglicherweise augenfälliger war als heute. Sprechen wir also davon.

Als sich damals 245 Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen zum ersten Mal in Hannover trafen, stand – nicht nur vor den Strafkammern – vieles dessen zur Disposition, was den Kernbestand einer freien Gesellschaft ausmacht. »Der überwunden geglaubte Obrigkeitsstaat, der den Beschuldigten nicht als Subjekt des Prozesses, sondern als Objekt des Verfahrens ansieht, drängt wieder nach vorn«, schrieb Hans *Dahs* 1976.¹ Durch die Gerichtssäle zog sich für jedermann sichtbar die Konfliktlinie zwischen einem Staat, der bei der ersten Krise sofort in autoritär-staatliche Routine zurückverfiel, und seinen Kritikern und Gegnern, hier vertreten durch Beschuldigte und ihre Verteidigung. Denn dass mit Kontaktsperregesetz, Trennscheiben, erleichterten Verteidigerausschlüssen, Verteidigerpostkontrolle und anderen Zumutungen eine viel allgemeinere Freiheit zur Disposition gestellt wurde, spürten nicht nur die betroffenen Verteidiger*innen. Es war die Zeit der Berufsverbote, der Straßensperren und Rasterfahndungen des »Kommissar Computer«, der Fernsehfangung nach Staatsfeinden in Eduard Zimmermanns Denunziantenstadel und der Überwachung linker Opposition durch

¹ *Dahs*, NJW 1976, Heft 47, S. 2145 f.

den Verfassungsschutz – jener Behörde, die das Freizeitverhalten auch einiger Kolleg*innen hier im Saal jahrelang analysierte, aber bis zuletzt nichts wissen wollte von der Existenz einer faschistischen Terrororganisation, die allem Anschein nach immerhin zehn Menschen ermordet hat. Und weil ein gebrochenes Verhältnis zur Staatsmacht damals in noch größeren Teilen der Bevölkerung zum kulturellen Kapital gehörte, wie heute ein »guter Internet-auftritt«, fanden sich vor 40 Jahren eben auch solche Teilnehmer ein, denen heute die Rechte von Beschuldigten keinen Cent mehr wert sind. Unter der Teilnehmernummer 233 meldete sich damals zum Beispiel ein *Gerd* zur Tagung an, heute bekannt als Gerhard – »Wegsperrten-und-zwar-für-immer« – Schröder.

Auch das ist *Zeitgeschichte*, ein Indikator gesellschaftlicher Veränderungen. Wenn aus dem *Gerd* von damals ein *Gerhard* mit multipler Ehrendoktorwürde und ebensolchen Aufsichtsratsgehältern geworden ist, dann zeugt dies vor allem von veränderten gesellschaftlichen Bedingungen, denen der Gerd so ausgeliefert war, wie es der Gerhard ist.

Am Kern der Auseinandersetzung ändert dies nichts. Denn im Kern geht es bei Strafverteidigung um die Auseinandersetzung zwischen einem mit umfangreichen Gewaltmitteln ausgestatteten Staat und dem tendenziell machtlosen Einzelnen, dessen Freiheit auf dem Spiel steht. Darum geht es beim Strafverteidigertag seit 40 Jahren. *Dahs* berühmte Aussage »Strafverteidigung ist Kampf«, ist aber eben nicht nur »Kampf ums Recht«, wie das Zitat weitergeht, sondern *Kampf um die Freiheit*. Konkret: Strafverteidigung ist der Kampf um die Freiheit unserer Mandanten. Das wirkt angesichts des großen *Kampfs ums Recht* eher klein und unbedeutend. Es geht um die scheinbar so kleine Freiheit eines Sicherungsverwahrten, dem die Anstalt und die Gutachter aus der Angst vor einem spektakulären Rückfall die positive Prognose verweigern, oder um die kleine Freiheit des Mandanten in der Untersuchungshaft, die keine *Strafe* sein soll, aber sein soziales Leben zerstört, um die Chance auf eine Bewährungsstrafe usw. Darum geht es – unter veränderten Bedingungen – damals wie heute.

Wie schwer es zugleich ist, einer zunehmend auf die »Opfer« von Straftaten fixierten Öffentlichkeit und einer auf »schnellere«, »effizientere« und »härtere Strafen« reduzierten Rechtspolitik verständlich zu machen, dass es bei Strafverteidigung immer auch um die Freiheitsrechte *aller* Bürger gegenüber dem Staat geht, hat sicher jeder in diesem Saal schon erfahren müssen. Es ist – mehr als ein PR-Problem – eine oft schwierige Erkenntnis, dass sich das Maß an Rechtsstaatlichkeit daran bemisst, wie viel Rechte das Justiz-

system eben jenen einräumt, denen vorgeworfen wird, Recht gebrochen zu haben. Anders formuliert: Ausgerechnet am kleinen Gauner, der Touristen »antantzt«, um ihnen das Smartphone zu klauen, haben sich so große Ideale wie Freiheit und Rechtsstaatlichkeit zu beweisen – und nicht durch heroische Taten.

Daher hat Strafverteidigung an der Seite des beschuldigten Mandanten zu stehen – und nicht nur, weil theoretisch jeder einmal in die Situation geraten kann, einer Straftat beschuldigt zu werden.

»Der Verteidiger hat allein die Interessen seines Mandanten zu vertreten«, haben wir vor zehn Jahren formuliert, und zwar

»mit allen Mitteln, die das Gesetz ihm zulässt und die ihm sein Können gibt. Jede Konstruktion einer Verpflichtung eines Rechtsanwalts, gegen die Interessen des Mandanten an einem staatlichen Strafverfolgungsziel mitzuwirken ist rechtsstaatwidrig«. |²

Die äußeren Bedingungen, unter denen diese Aufgabe erfüllt werden muss, sind allzu oft »unmöglich«. Darüber möchte ich heute zu Ihnen sprechen; und daher auch der Titel: »Vom (unmöglichen) Zustand der Strafverteidigung«. Ich nehme wohl nicht zu viel vorweg, wenn ich bereits jetzt nahelege, dass Sie die einschränkenden Klammern um das Adjektiv »unmöglich« an einigen Stellen getrost wegstreichen können.

Unmögliche Zustände

Fangen wir mit einem Geständnis an: Der Titel des diesjährigen Eröffnungsvortrages ist geklaut. Bereits vor mehr als zwanzig Jahren erschien beim Institut für Kriminalwissenschaften in Frankfurt am Main ein Band unter dem Titel *„Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts!“* |³ »Unmöglich« sei der Zustand u.a. wegen der »hektische[n] Betriebsamkeit, die Gesetzgeber, Strafrechtsspraxis und Teile der Strafrechtswissenschaft beherrscht«, wegen der »Übergriffe und Versäumnisse, [der] Verschärfungen, Verformungen und Zerstörungen, welche die offizielle Kriminalpolitik dem Strafrecht und dem Strafverfahrensrecht seit langem zumutet«. |⁴

2 Kein Grund zu feiern. 30. Jahre Strafverteidigertag, Berlin 2007, S. 23

3 Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Bd. 50, Frankfurt 1995

4 ebd. S. 5

Das klingt recht allgemein - und ist beim *Kampf ums Recht* wohl anders gar nicht möglich. Ich habe mich dennoch bedient – auch weil die meisten der 27 Autoren in vielfältiger Form für und in den Strafverteidigertagen der letzten 40 Jahren aktiv waren. Und nicht ganz zufällig decken sich die Gründungsjahre *genuin Frankfurter Strafrechtsdenkens*⁵ mit den Entstehungsjahren der Strafverteidigervereinigungen. Weil es hier aber nicht vorrangig um *Strafrecht*, sondern um *Strafverteidigung* geht, weil wir nicht vom Kampf ums Recht, sondern dem Kampf um die Freiheit unserer Mandanten reden, will ich konkreter werden und Ihnen anhand von fünf Aspekten unserer Arbeit erläutern, in welchen Bereichen der Zustand der Strafverteidigung *unmöglich* ist oder droht unmöglich zu werden. Die Auswahl der Aspekte ist subjektiv und keinesfalls abschließend.

1. Vom unmöglichen Zustand der Strafverteidigung aufgrund der Rechtsetzung

Ich spreche von der sog. »Verständigung im Strafverfahren«, von der uferlosen Ausweitung von Tatbeständen, von der Kronzeugenregelung, vom Täter-Opfer-Ausgleich, von der Nebenklage. Von Bedingungen, die zu einer zunehmenden Konsensorientierung im Strafverfahren führen und einer konsequenten Freispruchverteidigung entgegenstehen. Zu allen diesen Punkten haben wir in den letzten Jahren und Jahrzehnten inhaltlich Stellung genommen.

Morgen werden wir erneut in einer Arbeitsgemeinschaft über die Nebenklage diskutieren. Dass die Ausweitung der Nebenklage weitreichende nicht nur atmosphärische Auswirkungen auf die Beschuldigten- bzw. Angeklagtenrechte haben, muss nicht noch einmal Erwähnung finden. *Schünemann* hat schon 2002 von der Zerstörung der Strafverfahrensbalance gewarnt, insbesondere durch die Abschirmung der »zugleich zentralen und problematischen Zeugen gegenüber der ihre Glaubwürdigkeit auf die Probe stellenden Verteidigung«. |⁶ Die Folgen für die Wahrheitsfindung hat *Steller* ausführlich nachgewiesen: »*Das Lügen (wird) vereinfacht*«. |⁷ Stefan Barton, der morgen referieren wird, spricht gar von einer »*viktimären Gesellschaft*«, in der das »Opfer« zum zentralen Bezugspunkt der Rechtsetzung geworden ist. Um zu verstehen, wie schwierig das Verhältnis zwischen Nebenklage und Verteidigung ist, muss man nicht erst zum NSU-Verfahren nach München reisen, wo einige

5 *Jahn*, JZ 19/2014, S. 944

6 *Schünemann*, ZStW 114, S. 23f.

7 *Steller*, *Nichts als die Wahrheit?* München 2015, S. 274

der heute anwesenden Strafverteidiger Nebenkläger vertreten. Wir werden andererseits am Beispiel des Rechtsanwalts und Nebenklagevertreters Henry Ormond, über den Werner Renz morgen sprechen wird, erfahren, welche historische Bedeutung eben dieser Nebenklage in NS-Verfahren zukam, in denen die deutsche Justiz alles daran setzte, die juristische Bearbeitung des Nationalsozialismus möglichst zu verhindern.

Die Folgen der in den vergangenen Jahren ausgedehnten Nebenklagerechte für die Strafverteidigung – und ihren Kampf um die Freiheit – sind in jedem Falle erheblich. Zunehmend kann beobachtet werden, dass Kollegen, die ohne Zweifel die Kunst der Strafverteidigung beherrschen, als Nebenklägervorteiler diese Kunst *gegen* Beschuldigte und Angeklagte wenden und damit eine andere Akzentuierung in den Strafprozess mit einbringen, als die, die wir oft von anderen Kollegen gewohnt sind, die sich entweder der Staatsanwaltschaft in einem Satz anschließen oder aber in überschießender Emotionalität nicht unbedingt ihrem Mandanten dienen.

Auch der *Deal* und die Auswirkungen auf die Strafverteidigung war immer wieder Thema des Strafverteidigertages, so z.B. 2013 in Freiburg, als wir auch darüber diskutierten, ob der Deal Auswirkungen auf die Qualität der Verteidigung hat. Da immer wieder gerade von den Amtsgerichten von Deals berichtet wird, die jenseits der gesetzlichen Regelung ohne Protokollierung wie selbstverständlich durchgeführt werden, und der BGH durch seine Rechtsprechung in der letzten Zeit die Anforderungen an eine Protokollierung immer mehr aufweicht, wird uns auch dieses Thema weiter begleiten – Auswirkungen im Hinblick auf zunehmende Konsensorientierung im Strafverfahren liegen auf der Hand.

Die *Ausweitung von Tatbeständen* war genau so immer wieder Thema unserer Beratungen, auch morgen wird in der AG »*Korruptionsstrafrecht*« über die Erweiterung der Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, über die Unbestimmtheit der Tatbestände Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung debattiert. In der AG »*Terrorismusstrafrecht*« über die weiten Tatbestände insbesondere der §§ 129a und 129b StGB, über die Verpo-
lizeilichung des Strafrechts. Stichwort: Vorsicht beim Kauf von Reinigungsmitteln in Baumärkten!

Aber wir finden diese Problematik quer durch das Strafgesetzbuch und die Nebengesetze, erwähnt sei insbesondere das BtmG, der Untreuetatbestand, aber selbst der § 201a I Nr.2 StGB, der es gebietet, dass wir morgen Abend/Nacht nach der Abendveranstaltung besser unsere Fotohandys zu Hause

lassen, damit wir nicht Bilder von Betrunkenen auf dem Heimweg schießen und uns damit strafbar machen. *Prantl* hat in der Süddeutschen treffend dazu bemerkt: »Es ist gut, wenn das Recht sensibel ist. Nicht gut ist es, wenn es hysterisch wird.«⁸

Ich will die anstehenden Diskussionen zu diesen Punkten nicht vorwegnehmen, mich interessieren vielmehr die Auswirkungen auf den alltäglichen Strafprozess oder vielmehr: auf uns und unsere Tätigkeit, auf unseren Umgang mit Mandanten, mit Staatsanwälten und mit den Gerichten. Ich will dies am Beispiel der *Kronzeugenregelung* und des *TOA* zeigen:

Auf dem 35. Strafverteidigertag 2011 in Berlin haben wir uns letztmalig mit der *Kronzeugenregelung* beschäftigt. Die Arbeitsgemeinschaft endete mit der einstimmigen Forderung, § 46 b StGB wieder abzuschaffen. Der Begriff des Kronzeugen existiert zwar im deutschsprachigen Raum bereits seit 1876,⁹ die ersten konkreten Vorschläge zur Kodifikation findet man im Nationalsozialismus.¹⁰ Der jetzige § 46 b StGB ist am 1. September 2009 in Kraft getreten, obwohl in nie wieder woanders zu beobachtender Einigkeit der *Deutsche Richterbund*, der *Deutsche Anwaltverein*, die *Bundesrechtsanwaltskammer* und die *Strafverteidigervereinigungen* in einer gemeinsamen Erklärung dieses Gesetz ablehnten – ähnlich wie 1989 bei dem Vorgängergesetz, als sich auch schon die Lobbyisten von Generalbundesanwalt, Bundeskriminalamt und den Landeskriminalämtern gegen die Haltung der überwiegenden Mehrheit der Experten durchsetzten und »politische Macht über die Vernunft siegte«, wie Bernd *Häusler* in seinem Referat auf dem 14. Strafverteidigertag 1990 – auch in Frankfurt – urteilte.¹¹

In der Folgezeit wurde die Auffassung vertreten, § 46 b StGB habe keine große Bedeutung erlangt.¹² Da die Bundesregierung bei der Neufassung des § 46 b StGB den Vorschlag des Bundesrates, eine Evaluationsklausel in das Gesetz aufzunehmen, ablehnte, weil der neue § 46 b StGB keine Erprobungsvorschrift darstelle und keine statistischen Erfahrungswerte zur Anwendung des § 46 b StGB vorliegen – die Anwendung des § 46 b StGB wird z.B. in der Mehrländer-Staatsanwaltschafts-Automation (MESTA) von Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, NRW

8 Süddeutsche Zeitung v. 14.4.15

9 vgl. *Frahm*, Die allgemeine Kronzeugenregelung, Berlin 2014, S. 19

10 ebd., S. 23

11 vgl. 30. Jahre Strafverteidigertag a.a.O. S. 259f.

12 vgl. *König*, StV 2012, S. 113

und Schleswig-Holstein nicht statistisch erfasst¹³ – sind Aussagen zur tatsächlichen Bedeutung im Strafverfahren schwierig.

Nicht schwierig zu beurteilen ist allerdings die Bedeutung des § 46 b StGB für unsere Aufgabe als Strafverteidiger:¹⁴ Bei der Verteidigung von Straftaten mittlerer und schwerer Kriminalität, ja beim Erstgespräch mit dem Mandanten, spätestens aber nach Vorliegen einer Anklageschrift ist mit dem Mandanten die Kronzeugenregelung zu besprechen, ob man sie selbst ablehnt oder nicht. Jeder von uns ist verpflichtet, unseren Mandanten über die bestehende Rechtslage umfassend zu informieren. Dazu gehört auch der § 46 b StGB, auch wenn grundsätzlich diese Regelung eine Zumutung für die Verteidigung bedeutet. Eine unterlassene Beratung des Mandanten zu diesem Punkt kann eine Schadenersatzpflicht des Verteidigers nach sich ziehen. *Malek* hat dazu geraten, sich insoweit zu schützen, als dass man sich die entsprechende Beratung vom Mandanten schriftlich bestätigen lässt.¹⁵

Hinzu kommen Strafbarkeitsrisiken für den Verteidiger, den Zeugenbeistand oder Nebenklägervertreter gem. § 356 StGB.¹⁶

Frahm hat für seine Dissertation 2012 eine Praktikerbefragung zur allgemeinen Kronzeugenregelung durchgeführt – unter Staatsanwälten, Strafrichtern und Strafverteidigern. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein praktisches Bedürfnis für eine allgemeine Kronzeugenregelung bestehe, antworteten 68,9 Prozent der Staatsanwälte, 73,5 Prozent der Richter und 95,2 Prozent der Strafverteidiger mit Nein;¹⁷ und bei der Frage, ob sich die Kronzeugenregelung in § 46 b StGB bewährt habe, antworten nur 17,1 Prozent der Richter, 22 Prozent der Staatsanwälte, aber null Prozent der Strafverteidiger mit »trifft zu« bzw. »trifft eher zu«;¹⁸ und abschließend bei der Frage, ob § 46 b StGB die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden bzw. der Justiz spürbar erleichtert oder verbessert habe, antworten 71,4 Prozent der Richter, 69,5 Prozent der Staatsanwälte und 70 Prozent der Strafverteidiger mit der Antwort, § 46 b StGB habe keinen Einfluss auf diese Arbeit.

13 vgl. *Frahm*, a.a.O., S. 285

14 ...auf die insbesondere schon *Malek* [vgl. *Malek*, StV 2010, S. 200 f.] hingewiesen hat.

15 ebd. S. 203

16 ...auf die *Wegerich* aufmerksam gemacht hat (vgl. *Wegerich*, *Moderne Kriminalgesetzgebung: Produzent von Parteiverrat?*, Frankfurt 2015) und über die er morgen in der Arbeitsgruppe *Mindeststandards der Strafverteidigung* berichten wird.

17 vgl. *Frahm*, a.a.O., S. 307

18 ebd. S. 309

Es bleibt daher festzustellen, dass – wie von allen Berufsgruppen (außer Staatsanwaltschaften und Polizei) erwartet – kein stichhaltiges Argument für die weitere Beibehaltung von § 46 b StGB besteht.

Interessant für uns sind allerdings insbesondere die Antworten auf zwei Fragen, die in der genannten Untersuchung gestellt wurden: Danach wird ein Vorgehen nach § 46 b StGB gemäß den Angaben von 64,6 Prozent aller Teilnehmer der Untersuchung üblicherweise von der Verteidigung angeregt |¹⁹ – dies zeigt also offensichtlich, dass § 46 b StGB sich in die *Praxis der Strafverteidigung* eingebürgert hat und durch die Strafverteidigung genutzt wird. Gleichzeitig sind die Strafverteidiger die Berufsgruppe, die mit über 85 Prozent das Risiko eines Missbrauchs durch Falschbelastung als »hoch« bzw. »eher hoch« beurteilten. |²⁰

Nun, wer kennt das Verhalten, die Intention der Beschuldigten, besser als der Strafverteidiger?

Die Anwendung von § 46a StGB (*Täter-Opfer-Ausgleich*), der (ausgerechnet) durch das Verbrechenbekämpfungsgesetz 1994 eingeführt wurde, beeinflusst in ähnlicher Art und Weise unsere Arbeit, allein schon deshalb, da die Rechtsprechung des BGH es genügen lässt, dass sich nicht ein Angeklagter persönlich um einen Täter-Opfer-Ausgleich bemühen muss, sondern dass es genügt, wenn dies der Verteidiger für ihn macht. |²¹

Nach § 155 a StPO sollen Staatsanwaltschaft und Gerichte in jedem Stadium des Verfahrens darauf hinwirken, dass ein Ausgleich zwischen Täter und Opfer zu Stande kommt. Diese Vorschrift läuft nach unseren Beobachtungen im Erwachsenenstrafrecht fast vollständig ins Leere, ein solches »Hinwirken« findet nicht statt, obwohl solange ein TOA nicht offensichtlich unzulässig ist, Staatsanwaltschaft und Gerichte in die Prüfung einzutreten haben, ob ein solcher Ausgleich erreicht werden kann. |²² Ich habe einen solchen Prüfungsvermerk bisher noch nicht gelesen.

Die *Auflage* eines TOA wird seit 2001 in der StA-Statistik sowie der Strafgerichtsstatistik bei Einstellungen nach § 153a StPO nachgewiesen, nicht bei solchen nach §§ 45, 47 JGG.

19 *Frahm*, a.a.O., S 293

20 *Frahm*, a.a.O., S. 318

21 vgl. BGH, NSTZ 2001, S. 2557

22 vgl. BT-Drucksache 14/1928,S.8

Maelicke berichtet von bundesweit jährlich etwa 25.000 bis 30.000 Fällen eines Täter-Opfer-Ausgleichs, aber »selbst konservative Berechnungen halten jedoch bis zu einem Drittel der strafrechtlichen Verfahren für geeignet, einen TOA erfolgreich durchzuführen«. |²³

Gerade von Verteidigerseite ist das Instrument des § 46a StPO in den letzten Jahren immer häufiger eingesetzt worden, ohne dass dritte Vermittlungsstellen eingeschaltet werden und ohne dass diese Bemühungen in offiziellen Statistiken Eingang finden, weil diese *im Vorfeld einer Hauptverhandlung* angestellt werden. Nicht nur wegen der Rechtsprechung des BGH zu 46a StPO ein gewagtes Vorgehen.

Lässt sich ein Geschädigter nicht auf Ausgleichsbemühungen ein, ist das Verfahren nach der Rechtsprechung des BGH nicht für die Durchführung eines TOA geeignet. |²⁴ Fehlgeschlagen ist ein TOA, wenn eine Einigung wegen unterschiedlicher Vorstellungen zwischen Täter und Opfer nicht zu Stande gekommen ist. |²⁵ § 46a StPO kann nicht angewendet werden, wenn das Opfer die bereits getroffene Vereinbarung »innerlich nicht akzeptiert«, sondern aus faktischen finanziellen Zwängen handelt. |²⁶ Dem Opfer wird so durch die Rechtsprechung eine Machtstellung zugeordnet, »die dazu führt dass letztlich sein Verhalten entscheidend für die Strafbestimmung ist«. |²⁷ Ein ungewisser Ausgang – aber mit weitreichenden Konsequenzen für die weitere Verteidigung, denn eine Freispruchverteidigung scheidet aus.

Walter hat als Ergebnis eines Forschungsvorhabens zum TOA festgehalten, dass eine etwaige dahingehende Empfehlung des Verteidigers offenbar »von dem Selbstbild ab(hänge), das ein Anwalt von sich und seiner Tätigkeit hat«. |²⁸ Nur: Wie auch bei der Kronzeugenregelung gehört der TOA zu unserer Beratungspflicht.

Die Folge ist, dass die zunehmende Konsensorientierung u.a. durch Kronzeugenregelung, TOA, Deal dazu führen *muss*, dass es u.a. zu immer weniger Freisprüchen kommt, wie es für die Fälle mit Nebenklagevertretung schon

23 vgl. Bernd *Maelicke*, Das Knast-Dilemma, I.A., 2015, S. 238

24 vgl. BGH 48, 134f.

25 vgl. BGH48, a.a.O., BGH StV 2004,72

26 vgl. BGH, NStZ 2002, 646

27 vgl. *Noltenius*, GA 2007, S.530

28 vgl. *Walter*, StraFo 1998, S.84

erwiesen ist: *Barton* hat 2012 auf dem Strafverteidigertag in Hannover berichtet, dass weniger Freisprüche und höhere Strafen das Ergebnis der Beteiligung von Nebenklägern und ihren Vertretern ist.²⁹

Und dann müssen wir feststellen, dass die Freispruchquoten in Hessen 2013 und 2014 bei 1,78 Prozent liegen! Nur, um diese Zahl mal einzuordnen – selbst unter Stalin in der Sowjetunion lag sie höher; beim Volksgerichtshof 1944 lag sie bei 40 Prozent. In westeuropäischen Ländern liegt sie im Normalfall bei zehn bis 15 Prozent und in unseren Anfangsjahren in den 70ern lag sie noch zwischen vier und fünf Prozent. Die Generalstaatsanwaltschaft in Hessen hat die Zahl von knapp 1,78 Prozent 2014 – wie nicht anders zu erwarten war – mit der *Qualität der Ermittlungsarbeit der Staatsanwaltschaften* begründet. Denn: Nur wenn eine Verurteilung wahrscheinlich sei, werde überhaupt Anklage erhoben. Das wiederum sollte eine Selbstverständlichkeit sein.

Vergleicht man allerdings die Zahl der Freisprüche mit denen der Einstellung des Verfahrens kann man zu einem anderen Ergebnis gelangen. *Heinz* dokumentiert seit vielen Jahren das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland. Dabei ist eine Zahl in Deutschland seit 40 Jahren auffällig konstant geblieben: Zwischen 81 und 84 Prozent aller vor Gericht stehenden Angeklagten werden verurteilt. Im gleichen Zeitraum ist aber die Freispruchquote von 4,5 Prozent auf drei Prozent gefallen und der Anteil der Einstellungen des Verfahrens bei den Nicht-Verurteilten in angeklagten Verfahren von 69,5 Prozent auf über 80 Prozent gestiegen.³⁰

Es wird sich lohnen, diese Entwicklung weiter zu verfolgen, u.a. *Kinzig* forscht ja hinsichtlich nach U-Haft ergangener Freisprüche und hat schon erste Ergebnisse präsentiert, wonach es u.a. gravierende Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern gibt.³¹

Deal, Kronzeugenregelung, TOA, aber selbstverständlich auch die ständige Ausweitung von Tatbeständen sind Themen, die uns weiter beschäftigen. Sie beeinflussen das Prozessverhalten, führen u.U. zu überhaupt keinen maßgeblichen Strafreduktionen, verhindern eventuell erfolgreiche Freispruchverteidigungen. Dies mögen keine »unmöglichen« Zustände sein. Wir haben ja gesehen, dass auch die Strafverteidigung mitunter Teil dieses Zustandes ist. Der Zustand aber ist alles andere als gut.

29 vgl. *Barton*, Opferschutz und Verteidigung, Beitrag zum 36.Strafverteidigertag 2012

30 vgl. Wolfgang *Heinz*, Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionspraxis in Deutschland 1882-2012

31 vgl. *Kinzig*, StV 2015,S.261f.

2. Vom unmöglichen Zustand der Strafverteidigung aufgrund des Zustands der Justiz: Ausbildung von Juristen, Auswahl zum Richteramt, soziale Kompetenz

»Nur die Lebenserfahrung und die Menschenkenntnis des Richters (können) schließlich allein die Wahrheit finden«. (BGHSt,38, S.28).

Ich möchte mich mit diesen Punkten beschäftigen, da nicht nur ich seit Jahren beobachte, dass die Rolle der Strafverteidigung in vielen Situationen zu der eines Übersetzers für den Mandanten wird. Zunehmend entsteht der Eindruck, dass unseren Mandanten und uns juristisch gut ausgebildete Richter und Staatsanwälte gegenüber stehen, wir uns aber nicht mehr trauen, unsere Mandanten reden zu lassen – aus Angst, Missverständnisse auszulösen, Ressentiments zu bedienen und Vorurteile zu bestätigen. Das führt immer öfter dazu, selbst Erklärungen für die Mandanten abzugeben, um kein Einfallstor für eine hohe Verurteilung oder überhaupt eine Verurteilung zu geben. Wir wissen, dass nicht erst seit gestern Richter und Beschuldigte in Strafverfahren oft nicht derselben sozialen Schicht entstammen. Das Problem der Kommunikation zwischen beiden scheint sich mir aber verschärft zu haben – und wir erleben immer öfter, dass ein Richter, der seine Examen mit Prädikat abgelegt hat, im wahrsten Sinne nicht dieselbe Sprache spricht, wie der Beschuldigte, selbst wenn beide in derselben Stadt groß geworden sind.

Klaus *Malek* hat in seinem Eröffnungsvortrag zum 35. Strafverteidigertag 2011 in Berlin festgestellt:

»Eine professionelle Ausbildung des Strafrichters, wie sie anderen Berufen eigen ist, zur Bewältigung seiner ‚ureigensten‘ Aufgabe, der Feststellung der materiellen Wahrheit...ist nicht vorgesehen«. |³²

Bei der Suche nach den Ursachen hierfür fällt zunächst der Blick zwangsläufig auf die Universitäten. Wir werden morgen und übermorgen an der Goethe-Universität tagen, in Kooperation mit dem Fachbereich Jura. Dieser Fachbereich wirbt mit den Forschungsschwerpunkten Grundlagen des Rechts, Europäisierung und Globalisierung des Rechts, sowie Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht – versehen mit dem Hinweis, dass »insbesondere die räumliche Nähe zu internationalen und nationalen Finanzinstitutionen [...] die Forschungstätigkeit des Schwerpunktes des Wirtschafts- und Arbeitsrechts (prägen). Im

³² *Malek* in: Abschied von der Wahrheitssuche, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.35, Berlin 2012, S.22

Mittelpunkt [...] stehen Fragen des Kapitalgesellschafts- und Währungsrechts des europäischen, internationalen und deutschen Bank-, Kapitalmarkt- und Versicherungsrechts sowie des Arbeitsrechts«. Und die Einrichtung der *Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung* legitimierte *Jahn* in einem Interview mit der NJW im Jahr 2010 damit, dass die großen Wirtschaftsstrafverfahren der vergangenen Jahrzehnte gezeigt hätten, dass es an der Zeit sei, die Strafverteidigung an der Universität zu erforschen. Das aber ist nicht Blindheit gegenüber der ganzen anderen Wirklichkeit des Strafrechts, sondern es ist gewissermaßen die Eintrittskarte, die man heutzutage lösen muss, will man Unterstützung für eine solche Einrichtung erhalten. Bereits in der universitären Ausbildung werden also Schwerpunkte gesetzt, die nicht vorrangig darauf ausgerichtet sind, Richter mit besonderer sozialer Kompetenz auszubilden.

Natürlich erschreckt es, dass in den jahrzehntelangen Untersuchungen von *Streng* zur Einstellung unter jungen Jurastudenten es mittlerweile zu einer Zustimmungquote von 32 Prozent zur Todesstrafe kommt. Jetzt werden diese 32 Prozent selbstverständlich nicht alle Richter und Staatsanwälte. Die Strafvorstellungen dieser neuen Richtergeneration geben dennoch zu denken. *Strengs* Untersuchung, wendete man sie repräsentativ auf eine nachwachsende Generation von Strafrechtlern an, offenbart jedenfalls ein sehr unverkrampftes Verhältnis zu hohen und Höchststrafen. |³³

Gerne lese ich die richterlichen Ethikrichtlinien, wonach die Richterschaft sich Folgendes vorgenommen hat:

»Wir führen unsere Verfahren fair und transparent. Wir begegnen Menschen unvoreingenommen und mit Respekt, wir hören ihnen zu und nehmen sie ernst... *Zuwendung und Verständnis* sind von besonderer Bedeutung. Respekt vor den Beteiligten bedeutet, dass auch Uneinsichtige Anspruch auf einen fairen und auf ihre Persönlichkeit achtenden Prozess haben.«

So die Mainzer Ethik-Richtlinien, nachzulesen in der *Deutschen Richterzeitung* von 2009. |³⁴

33 ... trotz einer ganz anderen Situation im Gegensatz zu den Anfangsjahren unserer 40-jährigen Geschichte, als wir noch in den Jahren von 1950 bis 1990 als höchste Ankläger der Bundesrepublik Deutschland als Generalbundesanwälte nur Männer hatten, die ausschließlich NSDAP-Mitglieder waren, wobei der letzte dieser Generation, Rebmann, nicht davor zurückschreckte, die Wiedereinführung der Todesstrafe durch nachträgliches Urteil in die Diskussion zu werfen. Der Kollege Martin *Lemke* hat vor drei Jahren im Eröffnungsvortrag in Freiburg diese unrühmliche Geschichte dargestellt (vgl. *Lemke*, Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz, in: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen Bd.37, S. 9f.).

34 DRiZ, Dez 2009, S. 349f.

Wunderbare Worte und Vorgaben. Mit *Strecker* berichtet indes ein Richter über seine Kollegen, die ganz andere Probleme bei der alltäglichen Arbeit beklagen:

»Das erste ist die Suche nach der gerechten Lösung; das zweite besteht darin, den Fall überhaupt vom Tisch zu bekommen. Nicht selten ist die Reihen- und Rangfolge der beiden Probleme auch umgekehrt.«³⁵

Strecker beschreibt darüber hinaus, wie die Justiz durch ihre hierarchische Struktur und dem Beförderungssystem die Chance zum beruflichen Fortkommen nur durch Anpassung eröffnet:³⁶

»Als Strafrichter wird er verunsichert sein [...], wenn bei ihm das Verhältnis von Freisprüchen zu Verurteilungen wesentlich von dem der Kollegen abweicht.«³⁷

Erinnert sei auch an die Verfahren vor den Richterdienstgerichten des Landes Baden-Württembergs, in denen im Ergebnis Richter durchschnittliche Erledigungszahlen abgefordert wurden. Damit wurde das Verhalten eines Richters, der zwar mehr als seine Kollegen und besonders gründlich arbeitete, aber geringere Erledigungszahlen vorweisen konnte, sanktioniert.³⁸

Ein wichtiger Aspekt, der gerne übersehen wird, muss in diesem Zusammenhang besonders angesprochen werden: die Auswahl der Richter. Nach § 9 des Deutschen Richtergesetzes kann Richter werden, wer (1.) Deutscher ist, (2.) die Befähigung zum Richteramt besitzt, (3.) die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des GG eintritt und über die erforderliche *soziale Kompetenz* verfügt.

Da ich gerade mit eben dieser erforderlichen sozialen Kompetenz der Richter regelmäßig hadere, habe ich versucht herauszufinden, wie diese überhaupt überprüft und bewertet wird. Das Ergebnis, gerade für Hessen, darf getrost schon einmal als ein weiterer »unmöglicher Zustand« eingeordnet werden: Behördenintern entscheidet seit Jahren ein und dieselbe Person im Hessischen Justizministerium über die Eignung der Bewerber. Es gibt mehr Bewerber als Stellen, viele liegen über der magischen Grenze von 17 Punkten aus zwei Staatsexamina, die meisten Nachfragen über die Bewerbungssituation werden aber wegen Vertraulichkeit nicht beantwortet. Auch nicht die

35 vgl. *Strecker*, Justiz von unten, Karlsruhe 2015, S. 61

36 ebd., S.76f.

37 ebd., S. 83

38 vgl. RDG Baden-Württemberg, 6/12

Frage, wieviele Bewerber nicht angenommen werden; oder die Frage ob nach der Auswahl durch die eine Person im Ministerium, der Richterwahlausschuss noch eine weitere Prüfung vornimmt. Abgelehnte Bewerber verzichten nach entsprechenden Hinweisen fast ausnahmslos auf eine Bescheidung ihres Antrages, nehmen ihre Bewerbung zurück, sodass auch keine Aktenvermerke über diese Bewerbung existieren – für eine evtl. neue Bewerbung oder eine Bewerbung in anderen Bundesländern.

Aber zurück zur Frage nach der sozialen Kompetenz: Eine selbstverständlich nicht repräsentative Umfrage bei jungen Richtern und Staatsanwälten hier in Hessen hat Antworten ergeben, die nicht nur belustigen können. So teilten die angenommenen Bewerber mit, dass ihnen in Anwesenheit der *Frauenbeauftragten* ein oder zwei Fragen zu ihrer sozialen Kompetenz gestellt wurden. Ausreichend waren offensichtlich Antworten wie:

- »*ich bin seit Jahren bei der Feuerwehr*«,
- »*wir haben schon im Elternhaus jeden Abend unsere Probleme zusammen besprochen*«,
- »*ich habe zwei einverständliche Scheidungen hinter mir*«,

oder die Antwort auf die - sicher die soziale Kompetenz herausfordernden - Frage nach der Organisation eines Richterfestes durch die Frauenbeauftragte an einen Bewerber:

- »*ich denke z.B. an ein Männerballett*«.

Man mag schmunzeln über diese Art der Bewerbung und die Art der Überprüfung »sozialer Kompetenz«. Man mag gerne auch insgesamt in Frage stellen, ob ein derart unscharfer Begriff wie »soziale Kompetenz« in unserem Zusammenhang überhaupt zu etwas taugt. Die hier praktizierte Prüfung dieser Kompetenz aber, zwischen Feuerwehr und Herrenballet, ist offenkundig – genauso wie das »vertrauliche Verfahren« – völlig unangemessen im Hinblick auf die Bedeutung einer hohen eben auch sozialen Qualifikation von Richtern und Staatsanwälten.

Es gibt in anderen Bundesländern ausgefeiltere Methoden. So wird aus Hamburg berichtet, dass den Bewerbern jeweils drei bis vier verschiedene Gesprächspartner im Bewerbungsgespräch gegenüber sitzen, dass in Hamburg unter einem großen Teil der Prüfer im 2. Staatsexamen Einigkeit darüber besteht, dass man schon nach der zweiten Staatsprüfung geeignete Bewerber auf eine Bewerbung anspricht; und insbesondere laufen die Bewerbungen und die Bewerbungsgespräche für Richter und Staatsanwälte getrennt.

In Berlin werden durch Prüfungsgruppen Bewerber Fallkonstellationen bezüglich des Verhaltens von Angeklagten oder Zeugen vorgelegt, zu denen sie sich verhalten müssen, also ihre »soziale Kompetenz« darlegen können. Alle diese Unterlagen – auch etwa erfolglose Bewerbungen – werden dem Richterwahlausschuss vorgelegt.

Ich möchte an dieser Stelle noch einen Aspekt einfügen: Die von uns allen immer wieder bemängelnde Nähe, ja auch Kumpanei, zwischen Richtern und Staatsanwälten hat seinen Hintergrund auch in der gemeinsamen Ausbildung, in gemeinsamen Bewerbungssituationen, gemeinsamen Fortbildungen etc.. Es gibt keine Differenzierung in der Referendar-Zeit, es gibt wie in Hessen auch in anderen Bundesländern die identische Bewerbung für Richter und Staatsanwälte, in manchen Bundesländern ist ein Wechsel vom Richteramt zur Staatsanwaltschaft und umgekehrt nicht nur gern gesehen, sondern vorgeschrieben. In der Probezeit sind die gleichen Pflichtveranstaltungen zu belegen, nach der Ernennung sind entsprechende Tagungen bei Richterakademien jeweils offen für Staatsanwälte und Richter.

Schünemann hat darauf hingewiesen, dass es sich in Deutschland um eine international fast einmalige Verschmelzung der Richter- und Staatsanwaltskarriere handelt und ebenso eine zumindest partielle Entflechtung gefordert, um den oft beobachteten Schulterschlusseffekt zumindest abzumildern,³⁹ *Sommer* hat eine vollständige Unterbindung entsprechender Laufbahnwechsel gefordert.⁴⁰ Das ist sicherlich ein Punkt, an dem die Strafverteidigervereinigungen dringend aktiv werden sollten, gemeinsam mit all jenen, die für eine demokratische und transparente Selbstverwaltung der Justiz eintreten.

3. Ein unmöglicher Zustand der Strafverteidigung durch Zurechtweisung durch den BGH

Ich spreche von häufig wiederholten Argumentationsmustern der Damen und Herren beheimatet im Witwensitz der Großherzogin Sophie in der Karlsruher Herrenstraße und in der Villa des Landmaschinenherstellers Sack in Leipzig – und beginne mit folgendem Szenario:

Am Ende einer Revisionsschrift führen Sie Folgendes aus: *Die Möglichkeit der Straffjustiz muss auf Dauer an ihre Grenzen stoßen, wenn Gerichte, wie die Verteidigung zunehmend beobachtet, zwar formal korrekt, die äußersten Möglichkeiten*

³⁹ *Schünemann*, StraFo 5/2015, S.185

⁴⁰ *Sommer*, StV 2014, S.60

der Strafprozessordnung in einer Weise nutzt, die mit ihren Aufgaben nicht mehr in Übereinstimmung zu bringen sind, in dem Beweisangebote nur noch im Hinblick auf eine Revisionsentscheidung beschieden werden und es den Gerichten vorrangig um einen Verfahrensabschluss in angemessener Zeit geht. Der Verteidigung drängt sich der Eindruck auf, dass damit sich das Gericht dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet fühlt.

Wir können uns leicht ausrechnen, welch ein Aufschrei der Empörung erfolgen würde, Strafanträge und Ehrengerichtsverfahren inklusive.

Die Formulierung in meinem Szenario dürfte Ihnen bekannt vorkommen, sie ist satzbausteinartig aus verschiedenen Entscheidungen der fünf Strafsenate des BGH seit 2005 zusammengesetzt.

Dies war bereits Thema auf dem 34. Strafverteidigertag in Hamburg 2010 – und löste seinerzeit eine Kontroverse aus. Der Vorsitzende des 2. Strafsenats antwortete seinerzeit im *Strafverteidiger* auf die Ausführungen des Kollegen Tim Burkert, es handele sich um eine falsche Interpretation und einer Verdrehung der Aussagen des BGH, um ein »*gemütlich(es) Vorurteil (zu) pflegen*«. |⁴¹ Bis dahin waren wir es übrigens gewohnt, dass Kritik an der Rechtsprechung des BGH an den Senaten einfach so abperlt, wie an einer gut gewachsenen Pflanze. *Fischer* antwortete – und er fügte hinzu, auch die Senate des BGH seien »*gelegentlich dem Reiz der Dramatisierung erlegen*«. |⁴² Ist die Angelegenheit damit nicht eigentlich erledigt?

Aus drei Gründen komme ich erneut darauf zurück.

Zunächst zur Erinnerung: In unterschiedlicher Häufigkeit – I. Senat: 15 Entscheidungen, III. Senat: zehn Entscheidungen, V. Senat: fünf Entscheidungen, II. Senat: fünf Entscheidungen, IV. Senat: zwei Entscheidungen – haben sich die Senate des BGH seit 2005 in über 30 Entscheidungen mehr oder weniger deutlich mit Verteidigungshandlungen beschäftigt und deutliche Worte gefunden,

»das Prozessverhalten des Verteidigers ist in seiner Gesamtheit (...) als rechtsmissbräuchlich zu bewerten« (5 StR, 129/05). Es liege eine »Änderung des anwaltlichen Ethos« vor (GSSt 1/06); »widersprüchliches Verhalten verdien[e] keinen Rechtsschutz« (5 StR 357/07); »[d]ie Nutzung des durch die StPO gewährleisteten Verfahrensrechts in einer solchen

41 *Fischer*, StV 08,S.424

42 a.a.O.

Weise ist mit der Wahrnehmung der Aufgabe der Verteidigung ... nicht mehr zu erklären« (1 StR 104/08); »Die zahlreichen Ablehnungsanträge der Verteidigung belegen die Absicht der Prozessverschleppung«. (2 StR 333/08)

Es blieb aber nicht bei diesen Beschwerden durch die Strafsenate des BGH, sondern es folgten die folgenden Weiterungen:

»Mit einer engagierten, ggf. auch mutigen Strafverteidigung im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten hat ein solches Verhalten kaum mehr etwas zu tun. Es führt, wenn es gehäuft oder systematisch auftritt oder gar als Reaktion auf die Ablehnung von Vereinbarungen angedroht oder zu deren Erzwingung durchgeführt wird, zu einer schwerwiegenden Belastung des Strafprozesses insgesamt, zu Forderungen rechtspolitischer Gegenmaßnahmen und zu einer Veränderung einer Prozesskultur, welche den Interessen der Beschuldigten nicht nützt, sondern entgegenwirkt.« (2 StR 545/08)

Die Aufgabe der Verteidigung wird in einer anderen Entscheidung so beschrieben:

»Der Auftrag der Verteidigung liegt – bei allem aner kennenswerten Engagement für den Mandanten – nicht ausschließlich im Interesse eines Angeklagten, sondern auch in einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege« (1 StR 544/09).

Der Gesetzgeber wird – wiederum in einer anderen Entscheidung – ins Spiel gebracht, mit der Aufforderung, Abhilfe zu schaffen:

»Ein solches Verhalten muss auf Dauer zur Erschöpfung der Ressourcen der Strafjustiz führen, wenn diese selbst in einfach gelagerten Sachen mehrere Hauptverhandlungstage aufwenden muss, um Anträge der Verteidigung zu verbescheiden, [...] bei einer weiteren Zunahme dieses nach Beobachtung des Senats immer mehr um sich greifenden Phänomens wird sich letztlich auch der Gesetzgeber zum Einschreiten veranlasst sehen müssen« (3 StR 238/07).

Ein Fallbeispiel habe ich mit Unterstützung des Kollegen Brüntrup aus Minden angeschaut, um den Hintergrund der BGH-Ausführungen zu ergründen: Der 3. Senat bezieht sich im Rahmen eines Beschlusses nach § 349 II StPO u.a. auf Ausführungen des Landgerichts Oldenburg, das festgestellt hatte, dass der Verteidiger die Befragung der Opferzeugin »über mehrere Hauptverhandlungstage hinweg« vorgenommen habe, obwohl es sich um einen »nicht komplexen Sachverhalt mit einfacher Beweiswürdigung« gehandelt habe.

Weiter heißt es sodann in den Ausführungen des Senates, dass die Strafjustiz angesichts dieses Verteidigungsverhaltens »auf Dauer an ihre Grenzen« stoße, »wenn Verteidigung zwar formal korrekt im Rahmen des Standesrechts geführt werde, sich aber dem traditionellen Ziel des Strafprozesses [...] nicht mehr verpflichtet« fühle.

Die Auswertung der tatsächlichen Gegebenheiten zusammen mit dem Kollegen Brüntrup ergab, dass die Vorwürfe des BGH völlig haltlos sind, dass es sich gerade nicht um einen »einfach gelagerten Sachverhalt mit einfacher Beweiswürdigung« gehandelt hat:

- Dem Verfahren lag eine per se komplexe »Aussage gegen Aussage« Situation zugrunde, in dem die Aussage der vermeintlichen Opferzeugin – der einzigen unmittelbaren Tatzeugin – der widersprechenden Aussage des Angeklagten gegenüberstand.
- Für den Angeklagten wurde schon zu Beginn des Verfahrens wegen einer ungünstigen Prognose die Anordnung der Sicherungsverwahrung in Betracht gezogen. Er war innerhalb einer Bewährung nach Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe erneut angeklagt worden, so dass eine neue Freiheitsstrafe und der Widerruf der Bewährung drohte.
- Die vermeintliche Opferzeugin hatte schon im Laufe des Ermittlungsverfahrens widersprüchliche Angaben zum Tatgeschehen gemacht. Die Urteilsbegründung befasst sich über Seiten hinweg mit Glaubwürdigkeitserwägungen im Hinblick auf diese Zeugin.
- Schon bei Beginn der Hauptverhandlung war die Einvernahme von 19 Zeugen und einem Sachverständigen geplant.
- Die Urteilsbegründung umfasst insgesamt 99 Seiten.

Auch der Vorwurf, die Verteidigung habe die Zeugin »über mehrere Verhandlungstage hinweg« befragt, ist irreführend. Der Verteidiger hat die Zeugin zwar an drei (von 18) Hauptverhandlungstagen befragt. Insgesamt hat die Befragung durch die Verteidigung jedoch nur wenige Stunden gedauert.

Der Kollege Brüntrup hat daher nur das Selbstverständliche getan: mit allem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln für die Freiheit seines Mandanten gekämpft. Dass er dabei wegen einer Ausführung in der Revisionsgegenklärung, der Generalbundesanwalt habe in der Revisionsgegenklärung Textbausteine verwandt, auch noch mit einem Ehrengerichtsverfahren überzogen wurde – das eingestellt wurde – ist ein weiteres unrühmliches Kapitel in der Bevormundung von Verteidigern.

Ich darf darauf hinweisen: Gem. § 135 GVG sind die Strafsenate des BGH zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision. Ich finde in keinem Gesetz einen Hinweis darauf, dass die Strafsenate des BGH in ihren Urteilen und Beschlüssen Arbeit und Auftreten der Verteidigung zu beurteilen haben und schon gar nicht daraus folgend Gesetzesinitiativen anzuregen.

Aber: Ich muss auch feststellen, dass der BGH mit der gerügten Praxis aufgehört hat, wahrlich ein Grund sich damit noch einmal zu befassen, vielleicht den Schluss zu ziehen, unsere Kritik war nicht nur berechtigt, sondern auch erfolgreich.

Der dritte und letzte Grund ist die Tatsache, dass die Mahnungen und Anregungen der Strafsenate des BGH anderswo dennoch Gehör finden. Dies führt mich zu einem weiteren Aspekt der langen Reihe unmöglicher Zustände.

4. Der unmögliche Zustand der Strafverteidigung aufgrund äußerer Beeinflussung

Der Einfluss von Medien und Öffentlichkeit auf das Strafverfahren hat uns bereits öfter auf Strafverteidigertagen beschäftigt: z.B. 2001 in Berlin, 2006 hier in Frankfurt, 2011 wieder in Berlin, zuletzt in Dresden 2014. Die aktuelle Berichterstattung rund um die Vorkommnisse vor dem Kölner Hauptbahnhof in der Silvesternacht gibt genügend Anlass sich wieder damit zu beschäftigen. Hier will ich mich jedoch auf zwei Beispiele beschränken, die nichts mit der jüngsten Hysterie um die sog. »kriminellen Ausländer« zu tun haben, sondern die in ihrer klar gegen die Strafverteidigung zielenden Stoßrichtung eher in einem inhaltlichen Kontext zu den Zurechtweisungen durch den BGH stehen.

Leider spielt das erste Beispiel ausgerechnet hier in Frankfurt und gemeint ist nicht die gerne gescholtene Springer-Presse, sondern die einst deutlich links-liberale *Frankfurter Rundschau*, die in der Vergangenheit über eine ausgewiesene sachkundige Gerichtsberichtserstattung verfügte. Dies ist seit Jahren bereits nicht mehr der Fall, wobei ich nicht die stets unkorrekte Bezeichnung von Gerichtsinstanzen oder Rechtsmitteln meine, sondern den Jargon, in dem Beschuldigtenrechte und Verteidigerverhalten abgekanzelt wird.

Im Juni 2015 wurden in einer Kolumne Prozessanträge stellende Anwälte wie folgt beschrieben:

»Es gibt Anwaltskundler, die halten es für eine Art Balzverhalten: Mit einer möglichst großen Anzahl bescheuerter Anträge signalisiere der Anwalt dem Weibchen, dass er paarungsbereit und in Besitz des 2. juristischen Staatsexamens ist.«

»Der liebe Gott ist sicher nicht an der Erfindung des Anwalts beteiligt gewesen, eher die Gegenseite. Die Antragswut hat für den Mandanten keine segenspendende Nebenwirkung, eher im Gegenteil.«⁴³

In einem Leserbrief darauf reagiert hat dann im Übrigen eine Bremer Richterin, die das Recht der Verteidigung betonte, »für die Durchsetzung abweichender Ansichten zu kämpfen«. Nur so könne sich das Recht »weiter entwickeln«.

Nicht weiterentwickelt hat sich indessen der Redakteur, der nicht müde wird Erkenntnisse wie folgende über uns Strafverteidiger zu verbreiten: Der größte Freund der Gerechtigkeit sei der schlechte Anwalt, denn der gute Anwalt schaffe es immer mal wieder einen Schurken vor dem Zuchthaus zu bewahren. Der schlechte Anwalt ver helfe der Gerechtigkeit zum Sieg. Denunziert wird dann ein Kollege, dem er vorwirft, durch sein Verhalten dem Gericht erst zu ermöglichen, Mordmerkmale nachzuweisen und zu einem »lebenslänglich« zu kommen.⁴⁴

Ich nehme an, dass viele von Ihnen ähnliche Beispiele aus anderen Blättern kennen. Die *Vereinigung Hessischer Strafverteidiger* hat sich an die *Frankfurter Rundschau* gewandt. Ende Januar erhielten wir auch eine Antwort des Chefredakteurs: Man nehme unsere Kritik zur Kenntnis und werde mit den Kollegen darüber sprechen. Und weiter: »Natürlich schießen auch Zeitungsautoren im Eifer des Gefechts das eine oder andere Mal vielleicht übers selbstgesteckte Ziel hinaus.«

Wesentlich scheint mir aber, dass dieses Beispiel für eine durchaus widersprüchliche Wahrnehmung der Verteidigung steht, die einerseits als »Organ der Rechtspflege« dem Verfahren zu dienen habe, die man aber andererseits als juristisch verbrämten, prozessualen Arm des Verbrechens darstellt.

Dazu passt das noch gravierendere Beispiel eines ganzen Buches von Joachim *Wagner* unter dem alles wesentliche vorwegnehmenden Titel »Vorsicht Rechtsanwalt – ein Berufsstand zwischen Mammon und Moral«. Ich muss und will ein paar Worte aus drei Gründen dazu finden.

43 FR v.10.06.15

44 FR v. 18.09.2014

Erstens handelt es sich bei dem Autoren um einem promovierten Juristen, dem als langjähriger Leiter des Fernsehmagazins ‚Panorama‘ eine gewisse Öffentlichkeitswirksamkeit zukommt.

Zweitens ist dieses Buch im Beck-Verlag veröffentlicht, der für uns Juristen von besonderer Bedeutung ist und

Drittens, weil einige Kollegen, die auch Mitglied in unseren Vereinigungen sind, dem Autoren Rede und Antwort gestanden haben und in diesem Buch zitiert werden.

Die Ergebnisse sind insbesondere in dem Kapitel »Risiko Strafverteidiger« mehr als bemerkenswert, so bemerkenswert, dass ich sie Ihnen nicht vorenthalten möchte. Zunächst führt *Wagner* aus, dass

»das Jurastudium ... ein Sammelbecken der Mittelmäßigen (ist).«⁴⁵

Für die Anwaltschaft konstatiert er, bis zu *zwei Dritteln* aller Anwälte verfügten nur über ein ausreichendes zweites Examen, die Anwaltschaft sei ein

»Sammelbecken für schlechte Juristen.«⁴⁶

Aber jetzt zu uns:

»Der Pool von Pflichtverteidigern ist zugleich ein Sammelbecken von schlechten und mittelmäßigen Juristen, von Berufsanfängern, wenig engagierten und bequemen Verteidigern und vermehrt Anwälte(n) ohne Erfahrung als Strafverteidiger.«⁴⁷

»Die Werbekoffer der Anwälte enthalten vor allem sechs Instrumente: Kostenloser Rechtsrat, falsche Versprechungen, Schlechtreden von Kollegen, hohe Vorschüsse, Fangprämien und Kassiber!«⁴⁸

Und weiter:

»Ein von Gefangenen besonders geschätztes Werbeinstrument ist das Schmuggeln von Kassibern! Von Briefen in der Verteidigerpost, Drogen und Handy-SIM Karten!«⁴⁹

Und ganz im Stil des BGH:

»Es gibt eine starke Minderheit (der Strafverteidiger) mit einem erheblichen Werteverfall.«⁵⁰

45 *Wagner*, Vorsicht Rechtsanwalt, München 2014, S. 11

46 ebd. S. 13

47 ebd. S. 234

48 ebd. S. 205

49 ebd. S. 206

50 ebd. S. 232

Selbstverständlich treffen alle diese Beschreibungen auf keinen der hier Anwesenden zu: *Fischer* hat ja festgestellt:

»Bei den Strafverteidiger-Tagungen [...] sind die Guten, Fleißigen und Pflichtbewussten immer anwesend, die Schlechten, Faulen und Schwachen nie.«⁵¹

Sie, die Guten und Fleißigen, werden es längst bemerkt haben: Die Enthüllungen über den Berufsstand zwischen Mammon und Moral sind eine Aneinanderreihung von Plattheiten und Halbwahrheiten, die weitverbreitete Ressentiments gegen die Robenträger bedienen. Das ist verkaufsfördernd, apropos *Mammon und Moral*.

Da wird ernsthaft ausgeführt:

»Ein Robenträger rühmt sich, ungekrönter König eines Stockwerks der JVA Weiterstadt zu sein: ‚Mir gehört der siebte Stock!‘«⁵²

Das ist – wie jeder weiß, der die JVA kennt – freilich ein eher bescheidenes Königreich, ähnlich wie der sechste, der fünfte und der vierte Stock. Weiterstadt hat nämlich nur drei Stockwerke!

Für den wortreich beklagten Werteverfall bei Strafverteidigern wird auch die sinkende Zahl von Untersuchungsgefangenen und Gefangenen bemüht, die einen gesteigerten Konkurrenzdruck hervorrufe.

»Zwischen 2000 und 2011 ist die Zahl der Untersuchungsgefangenen bundesweit um 82 Prozent gesunken.«⁵³

Als Beleg für diese erstaunliche Zahl wird die *Süddeutsche Zeitung* vom 2. Juni 2012 angegeben. Ich gebe zu: Beim ersten Lesen dachte ich – »Hurra!« Wir sind fast am Ziel! Es fehlen nur noch 18 Prozent und es gibt keine U-Häftlinge mehr. Aber leider verhält es sich hier ähnlich, wie mit dem Luftkönig vom siebten Stock: Die Zahl ist völlig falsch. Und in der besagten Ausgabe der *Süddeutschen* stand nur der Satz, dass es im Jahre 2011 etwa 10.000 U-Häftlinge gab, dies seien nur noch etwa halb so viel wie in den 90iger Jahren.

Solche Berichterstattung hat – zugegebenermaßen – oft unfreiwillig komische Züge. Aber täuschen wir uns nicht: Solche Klischees reden einer weitverbreiteten Rechtsstaatskepsis nach dem Mund, der zufolge die Gerechtigkeit unter dem Recht und den »Rechtsverdrehern« leide, die Gangster eh nicht bestraft würden und der »kleine Mann« am Ende immer der Dumme sei. Auch hier

⁵¹ *Fischer*, StV 14, S.47

⁵² ebd. S. 205

⁵³ ebd. S. 199

muss man nicht an die Reaktionen auf die Kölner Silvesternacht erinnern, um zu erahnen, wie gefährlich solches Spiel ist. Der Autor aber vertritt seine Thesen weiter von Ort zu Ort auf vielen Veranstaltungen. 1987 wurde er übrigens mit dem Journalistenpreis des *Deutschen Anwaltvereins* ausgezeichnet.

Auch hier haben wir uns von der Hessischen Vereinigung an Verlag und Autor gewandt, eine Antwort steht noch aus.

5. Der unmögliche Zustand der Strafverteidigung aufgrund finanzieller und organisatorischer Probleme

Um zu erklären, was damit gemeint ist, will ich Sie kurz auf eine kleine Reise durch die Bundesrepublik mitnehmen.

Hat man das Vergnügen, einen Beschuldigten vor dem Haftrichter des Amtsgerichts Stuttgart zu vertreten, fällt einem als erstes auf, dass in jedem Haftrichterzimmer am Schreibtisch eine Handfessel angebracht ist – und zwar nicht auf der Seite des Richters. Tatsächlich wird der Mandant dann von zwei Beamten vorgeführt und darf noch entscheiden, ob er lieber mit seiner linken oder rechten Hand angeschlossen werden will, eine Praxis, wie ich erfuhr, die seit Jahren, ja Jahrzehnten besteht. Etwas weiter südlich, in Ulm, muss man sich an den Gedanken gewöhnen, dass jeder Angeklagte in Fußfesseln vorgeführt wird, die auch während laufender Verhandlung nicht abgenommen werden. Und schließlich noch etwas weiter südlich, in Traunstein, werden die Beschuldigten sogar mit einem sog. Vorführgürtel, wahlweise mit Kette durch die Armbeuge oder Beine zusätzlich vorgeführt. Da ist man froh, dass danach die Grenze kommt und es nicht noch weiter südlich geht.

Klar ist: Hier steht der einzelne Verteidiger und der einzelne Beschuldigte oder Angeklagte oft auf verlorenem Posten. Oft will der Beschuldigte oder Angeklagte nicht, dass der Verteidiger sich weigert, unter diesen Bedingungen aufzutreten. Hier sind wir als Vereinigungen gefordert und selbstverständlich sind nicht nur Eingaben bei den Präsidien der Amts- und Landgerichte erforderlich, sondern auch Schritte im politischen Bereich notwendig.

In Dessau führt ein Justizwachtmeister Angeklagte in den Schwurgerichtssaal und trägt eine Tätowierung auf dem Unterarm zur Schau mit einem Galgen, an dem eine Leiche hängt. Auf Intervention ließ die Vorsitzende Richterin diesen Justizwachtmeister für die Dauer der Hauptverhandlung geräuschlos abziehen, mittlerweile macht er aber wieder Dienst, wie berichtet wurde.

Ich habe auch nichts gegen Solidarität mit aus politischen oder religiösen Gründen Verfolgten, aber dass man im Schwurgerichtssaal in Paderborn seit 1953 unverändert den Vorsitzenden nur erkennen kann, wenn man den Kopf verrenkt, um an einem mannshohen gusseisernen Christus, der fest im Saal verankert ist, vorbeizuschauen, ist nicht nur für Nichtchristen ein ärgerlicher Zustand.

Ich berichte dies, weil ich mich wundere, dass auf meine entsprechende Beschwerden mir immer entgegnet wird, man verstehe gar nicht, was ich wolle. Man praktiziere dies ohne Einwände seit Jahren oder Jahrzehnten.

Fritz Bauer wird in Alexander Kluges Film »Abschied von Gestern« von 1965 mit der Frage zitiert:

»Sagen Sie mal, können Sie sich denken, dass wir eines Tages mal einen round table machen, wo der Staatsanwalt und der Verteidiger und der Angeklagte und das Gericht um den Tisch herumsitzen und gemeinschaftlich um die Wahrheit kämpfen, und um das, was wir Recht nennen?«.

Wir sind heute – über 50 Jahre später – noch unendlich weit davon entfernt. Tatsächlich muss man manchmal mit Nachdruck durchsetzen, dass man überhaupt neben seinem Mandanten sitzen darf. Etwas was wir schon 1977 in Vorbereitung des 2. Strafverteidigertages fordern mussten. |⁵⁴

Dankbare Aufgaben für die nächsten Jahre der Strafverteidigervereinigungen.

Waren dies Äußerlichkeiten, so komme ich jetzt auf Beispiele anderer, nicht nur organisatorischer Art zu sprechen:

Nach § 74 GVG sind die Strafkammern beim Landgericht zuständig für alle Straftaten, bei denen eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten ist oder wenn gem. § 74 Abs. 1 Nr. 3 GVG der besondere Umfang oder die besondere Bedeutung des Falles dies erfordert.

Seit Jahrzehnten werden in Frankfurt, bedingt durch den Flughafen, jährlich dutzende und mehr Verfahren gegen Personen geführt, die Drogen (bis zu einem Kilo) geschluckt haben und am Flughafen aufgegriffen werden. Die Fälle sind juristisch völlig unkompliziert, die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage mit Textbausteinen auf anderthalb Seiten. Wenn überhaupt wird in

⁵⁴ vgl. Kein Grund zu feiern. 30.Jahre Strafverteidigertag, Berlin 2007, S.37

der Hauptverhandlung ein einziger Zollbeamter gehört, das Rauschgiftgutachten verlesen und die Beweggründe für den Rauschgifttransport des Angeklagten erörtert. Üblicherweise setzen versierte Vorsitzende ungefähr zwei Stunden Hauptverhandlungsdauer an. In den letzten Jahren, ja Jahrzehnten, endete kein einziges Verfahren mit einer Freiheitsstrafe über vier Jahren, der übliche Strafraum liegt zwischen 2,6 und 3,6 Jahre.

Die Antwort auf die Frage, warum trotz dieser klaren Fakten gem. § 24 GVG nicht vor dem Amtsgericht, sondern vor dem Landgericht angeklagt wird, wird von der Staatsanwaltschaft Frankfurt so verblüffend wie ehrlich damit beantwortet, es gebe seit Jahren eine Absprache zwischen den Landgerichtsvorsitzenden und der Staatsanwaltschaft, vor dem Landgericht anzuklagen. Die dortigen Vorsitzenden seien dankbar für kurze, einfache Ein-Tages-Verhandlungen. Der damit verbundene Verlust einer Instanz für die Angeklagten stellt für die Staatsanwaltschaft genau so wenig ein Problem dar, wie die offensichtliche rechtswidrige Kumpanei zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft. Durchaus ein unmöglicher Zustand!

Ein weiterer unmöglicher Zustand stellt die Vereitelung einer unverzüglichen Vorführung gem. § 128 Abs. 1 StPO dar. Meine Nachfragen bei den Haftrichterabteilungen in Städten (Frankfurt, Wiesbaden) genauso wie auch auf dem Land (Groß-Gerau) ergab ungefähr das gleiche Bild: Über 50 Prozent der richterlichen Vorführungen finden nicht wie gesetzlich gefordert unverzüglich, sondern erst am Tag nach der Festnahme statt. Bei den tatsächlichen unverzüglichen Vorführungen handelt es sich zumeist um die einfach gelagerten Fälle wie Diebstahl oder Diebstahlversuche, auf frischer Tat ertappte vorzugsweise ausländische Beschuldigte, wobei die Festnahme und Inhaftierung dieser Beschuldigten einen ganz anderen unmöglichen Aspekt darstellt.

Wir wissen alle, in welchen Situationen Beschuldigten evtl. falschen Versprechungen folgend, Angaben machen. Ich kenne zwar keine entsprechende Untersuchung, eine solche wäre sicher lohnend, bin aber überzeugt, dass ein Großteil von Einlassungen angesichts der Konfrontation mit der Tatsache, man werde erst am nächsten Tag einem Haftrichter vorgeführt, erfolgen. Es ist überhaupt nicht nachvollziehbar und einsehbar, dass die Justizverwaltungen ihren gesetzlichen Auftrag nicht erfüllen und es akzeptieren, dass Vorführungen seitens der Polizei mit dem Hinweis, nach 16:00 Uhr sei ein Haftrichter nicht mehr erreichbar, vereitelt werden.

Das OLG Zweibrücken hat 2010 (1 Ss Bs 6/10) entschieden, dass ein richterlicher Bereitschaftsdienst nur dann auch zur Nachtzeit vorhanden sein

müsse, wenn hierfür praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgehe. Bei den dargestellten Zahlen besteht massiver praktischer Bedarf – täglich.

Und dann kam *PebbSy* in mein Berufsleben!

In einer Diskussion mit einem bzw. einer Schwurgerichtsvorsitzenden (um eine Identifizierung zu vermeiden, lasse ich das offen) im Hinblick auf nicht nachvollziehbare Eröffnungen vor der Schwurgerichtskammer trotz eindeutigen Rücktritt (der später auch im Urteil angenommen wurde) bzw. einem klaren Fehlen eines Tötungsvorsatzes (was später sich auch so im Urteil fand) wurde mir folgende Rechnung aufgemacht: Nach *PebbSy* soll eine Landgerichtskammer i.d.R. ca. 100.000 *PebbSy*-Punkte jährlich abarbeiten. Für eine »normale« Strafsache werden 7.000 *PebbSy*-Punkte gutgeschrieben, für eine Schwurgerichtssache 14.000 *PebbSy*-Punkte. Käme noch eine Nebenklage mit einem Adhäsionsverfahren hinzu, könnten weitere 7.000 *PebbSy*-Punkte addiert werden, sodass man mit fünf Schwurgerichtsanklagen mit Nebenklagen und Adhäsion die 100.000 *PebbSy*-Punkte jährlich locker erfüllen und so der Gefahr entgehen könnte, durch Präsidiumsbeschluss eine weitere unliebsame Zuständigkeit zu erhalten. Außerdem käme es der Verteidigung ja aufgrund der erhöhten Gebühren auch zugute.

Ganz abgesehen von der Bedeutung dieser Vorgehensweise für die Beschuldigten durch den Haftgrund des § 112 Abs. 3 StPO und der immer wieder geäußerten Vermutung – für die viel spricht – dass Schwurgerichte für Körperverletzungsdelikte höhere Urteile als normale Strafkammern ausurteilen, können Sie sicher verstehen, dass ich hierin nicht nur einen unmöglichen Zustand sondern mehr noch einen Anfangsverdacht im Hinblick auf § 339 StGB erkenne.

Und schließlich der Punkt der Beiordnungspraxis: »Der Fluch der guten Tat«! Jahrzehnte lang von uns gefordert, seit über sechs Jahren Gesetz – die verpflichtende Beiordnung eines Verteidigers nach Beginn der Vollstreckung von Untersuchungshaft ist inhaltlich richtig, die Ausgestaltung falsch.

Ich will mich nur auf einen Punkt beschränken: Die Fälle, in denen ein Beschuldigter keinen eigenen Vorschlag für die Bestellung eines Pflichtverteidigers machen kann oder will und den Richter ermächtigt, für ihn einen Pflichtverteidiger auszusuchen. Dies kommt öfter vor, als man denkt. Nach Rücksprache mit den Ermittlungsrichtern in Frankfurt kommt diese Konstellation im Schnitt zweimal am Tag vor. In Städten mit weniger Anwaltsdichte noch öfter (Wiesbaden: 50 Prozent der Vorgeführten), in ländlichen Gebieten z.T. noch mehr (Friedberg über 50 Prozent, Groß-Gerau: über 50

– 70 Prozent der Vorgeführten). In sechs Jahren des Bestehens also ca. 2.200 Fälle nur in Frankfurt, nur durch die Ermittlungsrichter. Auch in Frankfurt behaupten selbstverständlich die angesprochenen Richter, sie würden sich einmal an einer gemeinsamen Liste von *Anwaltverein* und *Strafverteidigervereinigung* orientieren, die ca. 125 Namen führt, andererseits je nach Fall aber auch auf besondere Qualifikationen achten.

Ich muss mich wohl an den Gedanken gewöhnen, dass ich über keine besondere Qualifikation verfüge – oder nicht oft genug im Männerballett mitgetanzt habe –, weil ich, obwohl ich auf der Liste stehe, in sechs Jahren insgesamt zwei Mal beigeordnet wurde, jeweils von dem gleichen Haftrichter, interessanterweise immer nach einem Gespräch, welches ich in meiner Funktion als Vorsitzender der Hessischen Strafverteidiger mit diesem Ermittlungsrichter über die Bestellungspraxis führte.

Mehrfache Versuche hier in Hessen, die Kriterien der Bestellung zu hinterfragen, wurden jeweils mit dem Hinweis auf die richterliche Unabhängigkeit zurückgewiesen. Aber natürlich ist es hier in Frankfurt genau wie in anderen Städten: Es gibt »Kungelrunden« und natürlich gibt es viele Kolleginnen und Kollegen, die ständig beigeordnet werden. Damit einher geht sicher die »Konterkarierung des mit dem U-Haft-Änderungsgesetz verfolgten Regelungsziels der Stärkung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren«. |⁵⁵

In Berlin wurde der Versuch gemacht, über eine parlamentarische Anfrage die Beordnungspraxis zu evaluieren. In einem Antrag vom 21.08.2013 wurde der Senat aufgefordert, u.a. eine Liste der im Vorhalbjahr berufenen Pflichtverteidiger aufgeschlüsselt nach den einzelnen Kammern und Verfahren der Berliner Gerichte »ins Auge zu fassen«. |⁵⁶ Die Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz hat in ihrer Mitteilung vom 11.4.2014 dem Abgeordnetenhaus mitgeteilt, dass der Kernbereich richterlicher Tätigkeit keiner Dienstaufsicht unterliege, wozu auch die Bestellung von Pflichtverteidigern gehöre. Aber »der (Bundes-)Gesetzgeber kann [...] Regelungen zur Aufnahme in Vorauswahllisten treffen, bei der Auswahl bestimmte Kriterien oder auch eine Auswahl nach dem Reihenfolge – oder Zufallsprinzip vorsehen und so die Auswahl letztlich sogar der Bestimmungsgewalt des Richters entziehen«. |⁵⁷ Nachdem der Datenschutzbeauftragte vehement Einspruch

55 vgl. *Jahn*, Festschrift für Rissing-Van Saan, S. 295

56 Drucksachen 17/1131 und 17/1253, Abgeordnetenhaus Berlin, 17.Wahlperiode

57 vgl. Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz, I B 1 – 1441, v.11.4.2014

gegen die Erstellung von Listen in der Vergangenheit bestellter Pflichtverteidiger – auch in anonymisierter Form – eingelegt hatte, ist im April 2015 die weitere Bearbeitung dieser Sachverhalte einvernehmlich vertagt worden.⁵⁸

Hier helfen offensichtlich keine parlamentarischen Anfragen, keine Nachfragen bei den Justizverwaltungen, hier kann nur anders Abhilfe geschaffen werden: Man muss den Ermittlungsrichtern bei ihrer schweren Aufgabe der Auswahl des Pflichtverteidigers helfen, man muss ihnen diese Aufgabe abnehmen und einem Gremium – angesiedelt etwa bei den Rechtsanwaltskammern – zuordnen. Auch ein solches Verfahren schließt selbstverständlich in Einzelfällen die Bevorzugung des einen oder anderen Kollegen nicht aus, aber die Kriterien der Auswahl sind nicht nur vorher durch alle beordnungswilligen Kollegen selbst festlegbar, sondern hier auch überprüfbar, wobei ich nicht einer Auswahl streng nach Listen, sondern Qualifikationsmerkmalen das Wort rede, wobei aber ausdrücklich auch junge Kollegen Berücksichtigung finden müssen. Dies kann in den ersten Fällen der Beiordnung durchaus in einem Art Tandem-Prinzip erfolgen, genau wie wir dies in Frankfurt bei der Auswahl der Kolleginnen und Kollegen praktizieren, die sich erstmals für den anwaltlichen Notdienst in Strafsachen zur Verfügung stellen.

Wir können daher feststellen, dass es auf den verschiedensten Ebenen Zustände gibt, die nicht nur unser Interesse sondern die aktive Beschäftigung damit erfordern, nicht nur auf den alljährlichen Strafverteidigertagen.

Perspektiven unserer Arbeit als Strafverteidiger und in den Vereinigungen

Für unsere Arbeit in und für die Strafverteidigervereinigungen kommt es für mich entscheidend darauf an, klare und unverwechselbare Positionen einzunehmen und offensiv zu vertreten. Ich möchte dies an drei Beispielen exemplarisch aufzeigen, drei Beispiele, in denen wir in den letzten Jahren und aktuell Positionen bezogen haben, Positionen, die aber z.T. intern, im Hinblick auf die Wege zu ihrer Verwirklichung umstritten waren.

1. Geldwäsche

Auf dem 24. Strafverteidigertag im Jahre 2000 in Würzburg hatten wir als Ergebnis einer Arbeitsgruppe festgestellt, dass § 261 StGB eklatant tragende

⁵⁸ vgl. Abgeordnetenhaus von Berlin, 17.Wahlperiode, Beschlussprotokoll Recht 17/56 v.15.4.2015

Grundsätze unseres Rechts gefährdet. Das Recht jeder beschuldigten Person auf den Beistand eines Verteidigers werde gefährdet, wenn der Verteidiger mit einem Ermittlungsverfahren bedroht ist, u.U. überwacht oder abgehört wird, sodass er seine verfassungsrechtlich verbürgten Aufgaben nicht mehr ausreichend wahrnehmen kann.

Gleichwohl wurden Stimmen auch innerhalb unserer Organisation laut, die zu bedenken gaben, dass die Forderung Strafverteidiger aus dem Anwendungsbereich des § 261 gänzlich herauszunehmen nicht durchsetzbar seien, dem zu folge wurden Rechtfertigungslösungen⁵⁹ oder Vorsatzlösungen⁶⁰ angeboten. Spätestens nach den Anhörung vor dem BVerfG und den dort gestellten Fragen insbesondere des damaligen Vorsitzenden *Hassemer* wurde klar, dass man ohne Not von der klaren Position, Strafverteidiger aus dem Anwendungsbereich des § 261 herauszunehmen, abgewichen war.

Das Urteil des BVerfG vom 30.03.2004 wurde z.T. als »juristischer Paukenschlag«⁶¹ bezeichnet, der die Strafverteidigung als rechtsstaatliche Institution stärke. Der Kollege König wird bei *Wagners* »Vorsicht Rechtsanwalt« mit dem Satz zitiert, dass es für Strafverteidiger erst gefährlich werde, wenn der Mandant das Geld »mit rauchendem Colt übergibt und aus einer Tasche voll mit Euro-Scheinen nimmt«⁶² – Ich sehe dies anders.

Im gleichen Aufsatz wird der Kollege König damit zitiert, er akzeptiere keine Barzahlungen von Familien von Drogendealern. Er mag sich das leisten können. Das Problem ist doch vielmehr, dass auch nach den Einschränkungen des BVerfG-Urteils eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche durch die Annahme eines Honorars in sicherer Kenntnis von dessen Herkunft aus einer Katalogtat besteht. Dies führt des Öfteren dazu, dass Kollegen sich von Familienmitgliedern ihrer Mandanten unterschreiben lassen, das übergebene Geld stamme aus einer Erbschaft, aus einer Schenkung der Oma, etc. – dies ist nicht nur unwürdig, sondern birgt auch massives Erpressungspotential zu Lasten der Strafverteidiger.

Das Abweichen von der klaren Grundposition, das Mitwirken an einschränkenden Lösungsmöglichkeiten war daher nur sehr bedingt erfolgreich.

59 vgl. *Bernsmann*, StV 00, S. 40

60 *Kempf*, Geldwäsche und Honorarannahme, Referat für die Beratungen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 1999

61 *Dahs*, NStZ 2004, S. 261

62 *Wagner*, a.a.O.

2. Sicherungsverwahrung

Eingeführt im Nationalsozialismus um im Gegensatz zu dem angeblich liberalistischen Rechtsdenken der Weimarer Zeit auf Menschen einzuwirken, ohne Rücksicht auf eine Schuld lediglich im Interesse der Gemeinschaft, wurden in der Zeit des Nationalsozialismus mehr als 15.000 Menschen in der Sicherungsverwahrung untergebracht. Nach dem Krieg spielte sie nur eine untergeordnete Rolle, trotzdem war immer die klare Position der liberalen/linken Strafrechtler, diese Vorschrift abzuschaffen. Ausgestaltet als Maßregel haben wir immer darauf hingewiesen, dass die Sicherungsverwahrung tatsächlich nur als Strafe klassifiziert werden kann. |⁶³

Angesichts der massiven Ausweitung der Sicherungsverwahrung, angesichts der Zumutungen von nachträglicher und vorbehaltener Sicherungsverwahrung, dem Herunterschrauben der Voraussetzungen für die Verhängung der Sicherungsverwahrung erinnere ich mich an viele Diskussionen, in denen gewarnt wurde vor der Forderung nach der gänzlichen Abschaffung der Sicherungsverwahrung, um überhaupt Gehör zu finden für Argumente gegen vorgesehene Ausweitungen. Der EGMR hat dann unsere Position insoweit bestätigt, als er die Sicherungsverwahrung aufgrund ihrer tatsächlichen Ausgestaltung in Deutschland als Strafe bezeichnete und damit auch den bis dahin geltenden Vorgaben des BVerfG, (auch unter Hassemer) widersprochen.

In einer Presseerklärung zum 36. Strafverteidigertag in Hannover 2012 haben wir dennoch die Abschaffung der Sicherungsverwahrung gefordert, aber auch damit begründet, dass alle Versuche, die Sicherungsverwahrung zu reformieren, gescheitert seien.

Wir dürfen aber dieses ursprüngliche Ziel, die Abschaffung der Sicherheitsverwahrung, nicht aus den Augen verlieren, gerade weil wir feststellen müssen, dass wie selbstverständlich an der Sicherungsverwahrung festgehalten und i.d.R. durch Etikettenschwindel versucht wird, den Vorgaben des EGMR gerecht zu werden. Das Steigen der Zahlen von Sicherungsverwahrten muss Anlass für die Strafverteidigervereinigungen sein, immer wieder mit einer klaren Position die Abschaffung der Sicherungsverwahrung zu fordern – insbesondere auch angesichts der aktuellen Rechtslage in Gestalt der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung.

⁶³ vgl. Stephan *Kuhn* / Thomas *Uwer* / Jasper *von Schlieffen*: Sicher ist sicher, Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen zur Sicherungsverwahrung, Berlin 2010

3. Aktuelle Diskussion um die Veränderung der Vorschriften des § 211 und §212 und die Forderung nach Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe

Seit ihrem Bestehen streiten die Strafverteidigervereinigungen für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Auch hier gab es Verbündete: SPD und Bündnis 90/Die Grünen hatten vor vielen Jahren bereits Gesetzentwürfe zur Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe vorgelegt. Seit 1998 mit seiner Partei in der Regierung kündigte unser Kollege Jerzy Montag im Eröffnungsvortrag des 24. Strafverteidigertages 2000 in Würzburg eine Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems an – »Erfolg und Misserfolg des rot/grünen Regierungsprojekts« hingen auch von der Einlösung der rechts- und justizpolitischen Versprechen ab, denn Ursachen von Kriminalität ließen sich nun nicht durch harte Strafen bekämpfen. Die ursprünglichen Gesetzentwürfe blieben dann doch in der Schublade. Die Prognose, die von Arno Plack auf dem 3. Strafverteidigertag 1979 in Berlin geäußert wurde, man könne ein stufenweises Ausscheiden der jeweils schwersten Form der Strafe beobachten hat sich genauso wenig erfüllt, wie die Vorstellung Rudolf von Iherings, wonach die Geschichte des Strafrechts nichts anderes sei als die Geschichte seiner Abschaffung.

Begonnen hatte die aktuelle Diskussion über die Reformierung der Vorschriften der Tötungsdelikte insbesondere anhand des Mordmerkmals der »niedrigen Beweggründe«. Es handele sich um »das erbärmlichste, unglaublichste, dehnbarste aller Mordmerkmale, frisch geblieben über 70 Jahre«, schrieb Thomas Fischer.⁶⁴ Angesichts dieser deutlichen Worte verwundert es, wenn man sich die Revisionsrechtsprechung des BGH zum Mordmerkmal niedrige Beweggründe anschaut. In 25 Urteilen aus den Jahren 2012 bis 2015, die ich mir angeschaut habe, beschäftigte sich der BGH mit dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe. Nur in fünf Urteilen wurde dieses Mordmerkmal abgelehnt, ansonsten entweder bestätigt oder aber es erfolgte bei erfolgreichen Revisionen der Staatsanwaltschaft der Hinweis, dass dieses »erbärmlichste, unglaublichste« Mordmerkmal angenommen werden müsse. Hier macht auch der 2. Strafsenat keine Ausnahme,⁶⁵ sodass man sich schon fragen darf, ob bei der gesamten Diskussion eine Chance vertan wurde, wie *Pollähne* ausführt,⁶⁶ oder aber ob nie eine reale Chance

64 ZEIT ONLINE v. 12.12.2013

65 vgl. 2 StR 556/13 und 2 StR 38/14

66 vgl. *Pollähne*, Freispruch Nr.7, Sept.2015, S. 1f.

auf tatsächliche Veränderungen bestand, weil dieselben Strafvorstellungen nur unter anderem Gewand weiter gelten werden und die Reform auf eine kosmetische Aufhübschung hinausläuft – dasselbe Elend, nur ohne NS-Terminologie.

Und wieder erleben wir auch eine Diskussion innerhalb der Anwaltschaft, ob und inwieweit man unsere grundsätzliche Forderung nach der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe verfolgen soll – oder ob nicht z.B. zunächst im Vordergrund die Änderung des Mordparagrafen bzw. seiner Mordmerkmale stehen sollte.

Der aktuelle Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz hat schon mit der Einsetzung der Kommission zur Neukonzipierung der Tötungsdelikte verlauten lassen, dass die lebenslange Freiheitsstrafe nicht zur Disposition stehe. Jetzt gibt es mit Professor *Fischer* einen mächtigen Fürsprecher der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, die z.Z. etwa 2.000 Gefangene in Deutschland betrifft, deren durchschnittliche Vollstreckungsdauer bei ungefähr 19,5 Jahren liegt. Er weist auf die Rechtsprechung des BVerfG hin, wonach es ein Gebot der Menschenwürde ist, jedem Verurteilten die Chance zu geben, irgendwann in seinem Leben wieder in die Freiheit zu gelangen, beschreibt auch, dass der große Teil der Lebenslänglichen über der Grenze der Freiheitsstrafe ausschließlich aus präventiven Gesichtspunkten sitzen, nicht wegen ihrer Schuld. Mit Worten, die selbst einem hartgesottenen Strafverteidiger nicht ohne weiteres über die Lippen kommen, wird für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe gestritten. Dies müsse geschehen, selbst wenn die Hilfsheriffs der Nation, die »Bautzenanhänger und Fantasie-Henker« noch so laut mit dem Pferdefuß im angeblichen Namen der Opfer klopfen würden.⁶⁷

Hier sind wir uns einig. Aber was folgt dann? Man könne alternativ die zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe von derzeit 15 auf max. 20, 25 oder 30 Jahre erhöhen, schreibt er.⁶⁷ Bei 30 Jahren Höchstfreiheitsstrafe aber wäre eine Strafe von 20 Jahren durchaus noch moderat, im mittleren Rahmen liegend, wären mit 20 Jahren gerade mal Zweidrittel der höchsten zeitigen Freiheitsstrafe verbüßt. Es ist genau diese Diskussion vor der ich warne: für ein Ziel zu streiten, die lebenslange Freiheitsstrafe abzuschaffen, im Gegenzug aber die Erhöhung der zeitigen Freiheitsstrafe bis zu 30 Jahren anzubieten.

⁶⁷ vgl. ZEITonline v. 6.4.15

⁶⁸ ebd.

Liest man dann die Protokolle der Beratungen der Expertenkommission zur Reform der Tötungsdelikte und insbesondere zur lebenslangen Freiheitsstrafe, trifft man immer wieder auf erstaunliche Argumente:

Kröber meint, aus psychiatrischer Sicht sei es sinnvoller die lebenslange Freiheitsstrafe zu belassen, weil die Unklarheit über das Strafende die Mitarbeitsbereitschaft in der Vollstreckung fördere.⁶⁹

Die Stuttgarter Schwurgerichtsvorsitzende *Rieker-Müller* befürchtet ein Absinken der Haftverbüßungsdauer.⁷⁰

Und Ministerialrat *Bösert* vom BMJV warnt schließlich vor besseren Behandlungsangeboten an Lebenslängliche, weil dann der Unterschied zu den Sicherungsverwahrten nicht mehr existiere und die Gefahr bestehe, dass erneut der europäische Gerichtshof die Sicherungsverwahrung als Strafe ansehe!⁷¹

Kinzig hat in seinem Beitrag »Die Zukunft der lebenslangen Freiheitsstrafe« innerhalb der Expertenkommission die wichtigsten Argumente zusammengetragen. Hervorzuheben ist darin unter anderem der Verweis darauf, dass das BVerfG zwar 1977 feststellte, nach dem damaligen Forschungsstand könne nicht mit Sicherheit festgestellt werden, dass der Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe zwangsläufig zu irreparablen psychischen oder physischen Schäden führen müsse – gleichwohl aber gingen schon vor 39 Jahren die quantitativ bei weitem größte Gruppe der Sachverständigen und Autoren, die vom BVerfG genannt werden, von schwerwiegenden Haftschäden aus. Darunter Roxin, Müller-Dietz, Maurach, Einsele etc.⁷² Das Gericht hat die Unklarheit über die Haftfolgen lebenslanger Freiheitsstrafe damals zu Lasten des Grundrechtsträgers und zugunsten der Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe gewertet. Alleine daraus ergibt sich eine besondere Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, was mögliche Haftschäden anbetrifft. Der Gesetzgeber ist aber weder der ihm vom BVerfG auferlegten Beobachtungspflicht zur Frage der Haftschäden nachgekommen, noch hat er sich um einen eingeforderten Behandlungsvollzug zur Vermeidung von Haftschäden gekümmert. In den seitdem verstrichenen gut vier Jahrzehnten hat es nicht eine vom Gesetzgeber beauftragte Untersuchung hierzu gegeben! Wahrlich genug Gründe, sich für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe einzusetzen.

69 vgl. Bericht der Expertenkommission zur Reform der Tötungsdelikte S. 178

70 ebd. S. 178

71 ebd. S. 168

72 ebd. S. 540 f.

Kinzig weist auch auf die dramatisch gestiegenen Verurteilungen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe hin: Anfang der 1990er Jahre 50 Prozent der wegen vollendeten Mordes Verurteilten, mittlerweile zwischen 70 und 80 Prozent.⁷³ Und die Verdoppelung der in lebenslanger Freiheitsstrafe einsitzenden Gefangenen zwischen 1984 (1.020) und 2011 (2.048 Gefangene).⁷⁴ Schließlich: Fast zehn Prozent der Beendigungen der lebenslangen Freiheitsstrafe in 2013 resultieren aus dem Tod der Gefangenen – einschließlich Suizid.⁷⁵

Die Expertenkommission kam dennoch zu einer Entscheidung (elf Ja-Stimmen – null Nein-Stimmen – vier Enthaltungen) für die grundsätzliche Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe.⁷⁶ Die lebenslange Freiheitsstrafe für Mord sei »sozialethisch gleichsam die ‚Leitwahrung‘ des Strafrechts«, erfülle mit ihrer »Kommunikations- Symbol- und Signalfunktion« – insoweit an die Stelle der früheren Todesstrafe tretend – wichtige integrative Aufgaben – »... sie berücksichtige die Vergeltungserwartungen der Allgemeinheit«⁷⁷ – eben auch und vor allem die der Hilfsheriffs und Bautzenanhänger. Diese Formulierungen »machen nachdenklich«, meint *Momsen* im Strafverteidiger.⁷⁸

Denkt man jetzt einmal für einen Augenblick an die oben zitierten Strafvorstellungen nur junger Juristen (nicht der Allgemeinheit), ihrer Einstellung zur Todesstrafe, müssten den Verfechtern dieser Argumente die Schamröte ins Gesicht schießen. Im Protokoll ist davon nichts berichtet. Noch beschämender aber ist die Tatsache, dass niemand, auch kein anwaltlicher Vertreter, dagegen gestimmt hat: »Einige (Experten) stimmten [...] aus pragmatischen Gründen für die Beibehaltung der lebenslangen Freiheitsstrafe« heißt es im Bericht.⁷⁹

Wir haben uns vor 40 Jahren in Opposition zur Politik und Justiz gegründet, wir sind in diesen 40 Jahren oft in Opposition gewesen, um die Einschränkung von Beschuldigten- und Angeklagtenrechten zu verhindern. Wir werden auch in Zukunft in Opposition bleiben müssen, auch wenn dies nicht bedeutet, dass wir nicht mitarbeiten an notwendigen Reformen. So haben wir

73 ebd. S. 563

74 ebd. S. 566

75 ebd. S. 569

76 ebd. S. 21 und 54

77 ebd. S. 54

78 StV 12, 2015, S. I

79 Bericht der Expertenkommission S. 54

z.B. einen eigenen Vorschlag zur Änderung der Tötungsdeliktsgesetze im StGB rechtzeitig unterbreitet. Wir waren aber eines nie und dürfen es auch nie werden: Ein Koalitionspartner, der vorausseilend Prinzipien aufgibt, um vermeintlich Schlimmeres zu verhindern. Die Forderung nach Abschaffung der lebenslangen und überlangen Freiheitsstrafen und der Sicherungsverwahrung sollte – nicht nur für uns – nicht zur Disposition stehen.

Klare und unverwechselbare Positionen, eine klare Grundeinstellung, eine klare Haltung ist aber nicht nur in der rechtspolitischen Arbeit unverzichtbar, sondern auch im Umgang miteinander, mit den Mandanten, gegenüber Richtern und Staatsanwaltschaft. Ich will hier keine neue Ethik-Diskussion beginnen, aber einige, wie ich meine, unverzichtbare Standpunkte erläutern.

Ich habe schon zitiert, was in vielen Satzungen unserer Vereinigungen steht: Jeder Verteidiger hat mit allen Mitteln, die das Gesetz ihm zulässt und die ihm sein Können gibt, die Interessen des Beschuldigten/Angeklagten zu vertreten – im Kampf für das Recht aller, im Zweifel für die Freiheit. Kolleginnen und Kollegen auf der Nebenklagebank können diese in Satzungen festgelegten Grundsätze unserer Arbeit gerade nicht verwirklichen, sie arbeiten am Gegenteil. Auch bin ich überzeugt, dass der beliebige Einsatz für Beschuldigte/Angeklagte bzw. Verletzte, oft damit verbundene sich widersprechende rechtliche Ausführungen dem Ansehen, dem Respekt der handelnden Personen bei den zu einer Entscheidung Berufenen schadet.

Ein anderer Punkt: Bereits in einem Arbeitspapier zur Vorbereitung des zweiten Strafverteidigertages 1978 in Hamburg ist postuliert worden, dass kein Verteidiger berechtigt oder verpflichtet ist, einen Beschuldigten/Angeklagten gegen dessen Willen zu verteidigen. Diese Position ist selbstverständlich, bedeutet aber auch, dass unserem Selbstverständnis entsprechend, eine Stellungnahme zu einem Pflichtverteidigerwechsel auf Wunsch des Beschuldigten/Angeklagten nur lauten kann: Ich trete einem Pflichtverteidigerwechsel nicht entgegen. Natürlich ist uns allen bekannt, mit welchen Methoden Kollegen insbesondere in den Justizvollzugsanstalten Beschuldigte überreden, einen Pflichtverteidigerwechsel zu beantragen und entsprechende Schreiben vorfertigen. Sicher haben wir oft gute Gründe anzunehmen, dass sich mit dem beantragten Pflichtverteidigerwechsel die Position des Beschuldigten verschlechtern wird – trotzdem, verbietet es sich meiner Ansicht nach, sich einem solchen Wunsch zu widersetzen oder gar inhaltliche Ausführungen dazu zu machen.

Natürlich ist diese klare Haltung auch gefordert, wenn man angefragt wird, ob man als *Sicherungsverteidiger* beigeordnet werden will. Gegen den ausdrücklichen

Wunsch eines Angeklagten verbietet sich dies genauso wie in Fällen, die die Kollegin *Lang* aus München im Heft 6 des Freispruchs geschildert hat: Das OLG Stuttgart verlangte vor der Beordnung eines gewählten Verteidigers, dass dieser die Erklärung abgibt, sich während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung in das Verfahren einzuarbeiten und daher keinen weiteren Aussetzungs- bzw. Unterbrechungsantrag stellen werde.⁸⁰ Es ist nicht möglich, sich nach über zweijähriger laufender Hauptverhandlung in einer dreiwöchigen Pause in den Prozessstoff von über 230.000 Blättern einzuarbeiten und auch als vierter Pflichtverteidiger keinen Aussetzungsantrag zu stellen.

Um es klar zu sagen: Ich denke selbstverständlich nicht an Anzeigen bei den Kammern oder Ausschlussverfahren innerhalb unserer Vereinigungen – ich setze auf offene Diskussionen!

Ein klares Profil, eine klare Grundeinstellung einzunehmen kann und darf aber auch nicht bedeuten, künstliche Ausgrenzungen vorzunehmen. Ich spreche von der Tatsache, dass auch wir uns jahrelang an einer künstlichen Abgrenzung zwischen der *Blut-Gift-Sperma*-Abteilung und der Abteilung *Compliance*, sprich Wirtschaftsstrafsachen, beteiligt haben. Dies ist aus inhaltlichen wie auch aus personellen Gründen überhaupt nicht nachvollziehbar – und dies trifft in gleichem Maße übrigens auch für die bereits erwähnte Nebenklagevertretung zu. Das Problem sind nicht die Kollegen, die eine Nebenklage vertreten; das Problem ist das Institut der Nebenklage und die gravierenden Auswirkungen für das strafprozessuale Verfahren der Wahrheitsfindung.

Bedeutsame Entwicklungen, wie das Selbstleseverfahren oder die Einschaltung privater Institutionen in die Ermittlungen haben u.a. ihren Anfang in Wirtschaftsstrafsachen genommen und damit maßgebliche Bedeutung für die Strafverteidigung gewonnen. Aus dem Wirtschaftsstrafrecht kommt bspw. ein Beschluss des Landgerichts Gießen, eine Formulierung, die von grundsätzlicher Bedeutung für die Strafverteidigung ist:

»Verteidigung kann auch schon stattfinden, wenn gegen den Betroffenen noch nicht förmlich ermittelt wird, wenn nur der Rechtsanwalt aus gutem Grund seine Tätigkeit materiell als Verteidigung ansehen darf.«⁸¹

Eine Entscheidung, die u.a. natürlich von großer Bedeutung ist für ein Beschlagnahmeverbot von Verteidigungsunterlagen. Mit der Durchführung der

80 *Lang*, Freispruch, Heft 6, Febr. 2015, S. 16

81 Vgl. LG Gießen, *wistra* 2012, S. 409

Arbeitsgemeinschaft zum neuen Korruptionsstrafrecht morgen machen wir sicherlich einen kleinen Schritt zur Auflösung dieser künstlichen Trennung.

Ein ganz wichtiger Gesichtspunkt für mich ist der Umgang mit jungen Kolleginnen und Kollegen. Sie als »Kuschel-Verteidiger« zu diffamieren und sie links liegen zu lassen, schadet uns allen und den Interessen unserer Mandanten. Einem jungen Kollegen, der in der Mittagspause nicht mit mir gesehen sein will, aus Angst, er werde zukünftig nicht mehr beigeordnet, nur den Aufsatz von Richter II zur Sockelverteidigung⁸² in die Hand zu drücken und sich für einen tollen Hecht zu halten, war und ist genauso falsch wie arrogant. Insbesondere junge Kollegen anzusprechen, sie versuchen mitzunehmen und zu begeistern und auch verhindern, dass Verteidiger von den Gerichten gegeneinander ausgespielt werden können, dient den Beschuldigten, steigert – und das darf ruhig auch einmal gesagt werden – den Lustfaktor und steht meiner festen Überzeugung nach langfristig einem wirtschaftlichen Erfolg nicht entgegen.

Aus einer klaren Haltung und Position und einer qualifizierten Verteidigung heraus folgt Respekt – Respekt, den Mandanten aber insbesondere auch Staatsanwaltschaften und Gerichte uns entgegenbringen. Aus diesem Respekt folgt die Bereitschaft der Gegenseite, unseren Argumenten zuzuhören, eine andere Lesart eines Geschehens, welches durch Anklageerhebung und Eröffnungsbeschluss für wahrscheinlich gehalten wurde, zur Kenntnis zu nehmen und damit eine wichtige Voraussetzung letztendlich für Erfolg zugunsten der Beschuldigten zu schaffen.

Und: Ist es nicht unvergleichbar viel befriedigender, eine Anforderung aus der JVA zu erhalten, von Mandanten, die berichten, man sei ihnen als engagiert empfohlen worden, als zum x-ten Mal nach Klüngerunden vom gleichen Richter beigeordnet zu werden, in der Erwartung, keine großen Schwierigkeiten zu machen?

Der Begriff Konfliktverteidiger ist daher *selbstverständlich* eine Auszeichnung. Unsere Mandanten haben einen massiven Konflikt. Sie sehen sich einem Staatsanwalt gegenüber, der aufgrund seiner Ermittlungen der festen Überzeugung ist, unser Mandant habe sich strafbar gemacht, der ihn angeklagt hat. Er sieht sich einem Gericht gegenüber, das mit einem Eröffnungsbeschluss dokumentiert, dass es die Ansicht der Staatsanwaltschaft teilt. In diesem Konflikt, ob der Mandant behauptet, er sei unschuldig oder nicht, zu verteidigen, bedeutet Konfliktverteidigung.

⁸² Richter II, Sockelverteidigung, NJW 1993, S. 2152 f.

Um unseren Positionen Gehör zu verschaffen und hohe Qualitätsmaßstäbe zu garantieren, halte ich es auch für absolut notwendig, sich in die studentische Ausbildung, in die Ausbildung zum Fachanwalt einzumischen. Es reicht nicht aus, dass neben dem *Republikanischen Anwaltsverein* nur die *Vereinigung Hessischer Strafverteidiger* Fachanwaltskurse anbietet, ansonsten der Markt aber beherrscht wird von Privatanbietern. Es ist wichtig, schon frühzeitig Studenten für die Ideale der Strafverteidigung zu begeistern. Umso erfreulicher ist es, dass hier in Frankfurt erstmals in Zusammenarbeit mit der Universität Frankfurt über 100 Studenten an diesem Strafverteidigertag teilnehmen. Ich hoffe, dass wir auch Ihnen – neben unseren Prinzipien und Positionen – etwas von der Lust und Leidenschaft des Berufes Strafverteidigung vermitteln können, ohne die dieser nicht funktioniert und gibt es einen besseren Beleg dafür, als der Zuspruch zu unserer diesjährigen Veranstaltung mit über 800 Teilnehmern.

Nauke kommt im Schlussbeitrag des Bandes vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, dem ich den Titel geklaut habe, zu dem Ergebnis, dass es im Strafrecht eine humane Stetigkeit geben müsse, für Täter und für Opfer. Er diagnostiziert 1995 als Quintessenz, dass ein unmöglicher Zustand des Strafrechts entstanden sei. Es sei etwas anderes als Strafrecht entstanden, aber nichts Besseres. |⁸³

Ich komme für die Strafverteidigungen zu einem anderen Ergebnis:

Trotz unmöglicher Zustände, trotz unmöglicher Zumutungen gibt es die unerschrockene, aufrechte, nur dem Beschuldigten oder Angeklagten verpflichtete Strafverteidigung. Es ist und bleibt unsere Aufgabe, diese gegen alle Angriffe zu beschützen und sie auszubauen, indem wir sie jeden Tag leben. Diesen Kampf zu unterstützen ist seit 40 Jahren der Zweck der Strafverteidigervereinigungen und diesem Ziel dient auch der diesjährige Strafverteidigertag.

83 *Nauke*, Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 498

MD Marie Luise Graf-Schlicker

Stand und Richtung der StPO-Reform

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich sehr, dass ich heute die Gelegenheit habe, hier mit Ihnen auf dem 40. Strafverteidigertag zu sein und Ihnen die aktuellen Reformüberlegungen des Bundesjustizministeriums im Strafverfahrensrecht vorstellen zu dürfen.

Sie haben Ihre Veranstaltung unter das Motto »Bild und Selbstbild der Verteidigung« gestellt und das mit einem durchaus provokanten Titelbild unterlegt. Ich hoffe sehr, dass die – immerhin gender-gerechte – Abbildung eines Cow-Girls mit Colt und Peitsche weder das Bild noch gar das Selbstbild der Verteidigung widerspiegeln, sondern eine Überspitzung darstellen soll. Denn auch in der besonderen Situation eines Strafverfahrens, in dem es für den Angeklagten um einen regelmäßig existentiellen, manchmal verzweifelten Kampf um seine Freiheit geht, muss klar sein, dass der viel zitierte »Kampf ums Recht« nur mit den Mitteln des Rechts und mit den prozessualen Waffen erfolgen kann, die das Verfahrensrecht bereithält. Für »Outlaws« und deren sprichwörtliche Wild-West-Methoden bietet das Strafverfahren keinen Raum.

Der Verteidigung muss es vielmehr darum gehen, die für alle Verfahrensbeteiligten geltenden Spielregeln im Strafverfahren so auszutarieren, dass der Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfahrensinteressen – Ermittlung des wahren Sachverhalts als Voraussetzung für ein »gerechtes« Urteil einerseits, Wahrung der Verfahrensgrundrechte des Angeklagten andererseits – erreicht und dabei auch noch ein möglichst »effizienter«, ressourcenschonender und schneller Verfahrensabschluss gefördert wird.

Wie schwierig es ist, diese verschiedenen Interessen in der Praxis unter einen Hut zu bekommen, das wissen Sie alle besser als ich. Der Gesetzgeber hat zuletzt bei der gesetzlichen Regelung der Verständigung tief in dieses verfahrensrechtliche Spannungsverhältnis eingegriffen und eine Regelung geschaffen, die – bei aller Kritik im Einzelnen – den strengen Anforderungen genügt, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung hierzu aufgestellt hat. Der Gesetzgeber wird sich im Wege der Evaluation

schon bald auch wieder mit den Vorschriften zur Verständigung befassen, wie es ihm das Bundesverfassungsgericht völlig zu Recht aufgegeben hat. Die Evaluation soll bereits in diesem Jahr durchgeführt werden, und auch hier werden die Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger eine wichtige Quelle für die Wissenschaftler sein, die wir mit der Überprüfung der Rechts-tatsachen beauftragen wollen.

Jetzt aber zu den aktuellen Reformüberlegungen meines Hauses: Sie alle wissen, dass Bundesjustizminister Heiko Maas aufgrund einer Vereinbarung im Koalitionsvertrag eine Expertenkommission einberufen hat, deren Aufgabe es war, Vorschläge zu unterbreiten für eine effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens. Viele von Ihnen werden sich – jedenfalls im Vorgriff auf die heutige Veranstaltung – anhand des Abschlussberichts einen Überblick über die Empfehlungen der Kommission verschafft haben. Lassen Sie mich, bevor ich auf einzelne dieser Empfehlungen und die Umsetzungspläne meines Hauses näher eingehe, zum besseren Verständnis kurz auf die Zusammensetzung und die Arbeitsweise der Kommission sowie auf deren Verständnis von der Aufgabenstellung eingehen:

Bei der Auswahl der Kommissionsmitglieder haben wir großen Wert auf eine pluralistische Besetzung gelegt. Neben Professorinnen und Professoren wurden Vertreterinnen und Vertreter aus den Landesjustizverwaltungen sowie Justizpraktikerinnen und -praktiker aus der Richterschaft, der Staatsanwaltschaft und natürlich aus der Anwaltschaft in die Kommission berufen. Immerhin drei der 21 stimmberechtigten Kommissionsmitglieder waren Strafverteidiger. Weitere – allerdings nicht stimmberechtigte - Kommissionsmitglieder kamen aus dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesjustizministerium.

Die Kommission tagte von Juli 2014 bis September 2015 in acht zweitägigen Arbeitssitzungen im Bundesministerium der Justiz. Konkrete inhaltliche Vorgaben wurden ihr dabei von Seiten des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz nicht gemacht. In der ersten Sitzung haben sich die Expertinnen und Experten ihr Arbeitsprogramm selbst zusammengestellt. Dabei bestand von vornherein Einigkeit darüber, dass dem Auftrag der Kommission ein Verständnis von Effektivität zugrunde zu legen ist, das sich an den eingangs beschriebenen Zielen des Strafverfahrens orientiert. Nach dem Verständnis der Expertenkommission müssen sich damit Empfehlungen für Änderungen des Strafverfahrens daran messen lassen, ob sie zu einer besseren – effektiveren – Wahrheitsfindung beitragen, und ob sie geeignet sind, die Verfahrensrechte der Beteiligten besser – effektiver – zu wahren. Gleichrangig hat die Kommission

dabei das Ziel einer Verfahrensbeschleunigung und Steigerung der Praxistauglichkeit verfolgt. Anhand dieser Vorgaben hat die Kommission in der Folge alle Verfahrensabschnitte des Strafverfahrens vom Ermittlungsverfahren bis zur Strafvollstreckung beleuchtet. Die sich ergebenden Fragestellungen hat sie anschließend anhand von schriftlichen Gutachten ihrer Mitglieder beraten. Im Oktober 2015 haben die Expertinnen und Experten ihren Bericht vorgelegt. Dieser enthält etwa 50 Empfehlungen, in denen bestehende Defizite des geltenden Rechts identifiziert und Möglichkeiten vorgeschlagen werden, wie man sie am besten beheben kann.

Mit diesem Bericht liegt erstmals seit vielen Jahren eine umfassende Bestandsaufnahme zum Stand des deutschen Strafprozessrechts vor, in die sich sowohl Praktikerinnen und Praktiker aus der Staatsanwaltschaft und der Richterschaft als auch Strafverteidiger und Vertreterinnen und Vertreter aus der Rechtswissenschaft intensiv eingebracht haben. Für das Bundesjustizministerium ist er jetzt die wesentlichste Grundlage für das anstehende Gesetzgebungsverfahren zur Reform des Strafverfahrens.

Dabei ist schon angesichts der Vielzahl der Gesetzgebungsvorschläge und der Zeit, die uns für eine Umsetzung in dieser Legislaturperiode noch verbleibt, klar, dass wir nicht alle Vorschläge aufgreifen und umsetzen können. Ich will mich daher im Folgenden auf einige wesentliche Vorschläge konzentrieren und dabei vor allem auch diejenigen Empfehlungen beleuchten, die für die Strafverteidigung von besonderer Bedeutung sind.

Beginnen möchte ich mit einem Thema, zu dem sich die Kommission nach intensiven und sehr kontroversen Debatten nicht auf eine konkrete Regelungsempfehlung, sondern lediglich auf einen Prüfauftrag verständigen konnte: Die audio-visuelle *Dokumentation der landgerichtlichen Hauptverhandlung*.

Der Vorschlag, Ablauf und Inhalt von Hauptverhandlungen umfassender als derzeit zu dokumentieren, spricht vielen von Ihnen aus der Seele. Die Anwaltschaft hat sich schon lange bevor wir uns in der Expertenkommission damit befasst haben, für eine audio-visuelle Dokumentation von Hauptverhandlungen stark gemacht. Aber dieses Thema ist, das haben wir innerhalb der Kommission und vor allem in den Diskussionen der vergangenen Wochen immer wieder festgestellt, für weite Teile der Richterschaft geradezu ein »rotes Tuch«. Änderungen des aus Sicht der Richterschaft bewährten Prinzips des Formalprotokolls sind nach Ansicht vieler in der Justiz nicht nur nicht geboten, sondern würden – so die Befürchtung – das bestehende Strafprozesssystem völlig aus den Angeln heben. Die Auswirkungen auf die erstinstanzliche

Hauptverhandlung, erst recht aber auf das Revisionsrecht seien so gravierend, dass hiermit ein grundlegender Bedeutungswandel des Strafverfahrens einhergehe. Vorteile biete ein Wortprotokoll der Hauptverhandlung dagegen – so die Meinungen in der Richterschaft – so gut wie gar nicht.

Diese Sorgen aus der Richterschaft müssen wir ernst nehmen. Eine so weit reichende Änderung wie die Einführung der vollständigen Dokumentation der Hauptverhandlung in Bild und Ton lässt sich nicht im Hau-Ruck-Verfahren und gegen den Widerstand der Richterinnen und Richter durchsetzen. Deshalb wird es hier sicher nicht zu einem »Schnellschuss« kommen.

Aber angesichts des technischen Wandels, der alle Bereiche der Gesellschaft erfasst und dauerhaft keine Ausnahmen zulassen wird, meine ich, dass wir alle uns in den nächsten Jahren intensiv mit der Frage befassen müssen, welche Rechtfertigung es noch dafür gibt, den Ablauf einer – öffentlichen – Hauptverhandlung trotz technischer Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts so rudimentär zu erfassen, wie es die Strafprozessordnung seit 1877 vorsieht. Wir müssen uns dabei von den Zielen des Strafverfahrens leiten lassen, der bestmöglichen Wahrheitsermittlung, dem Schutz der Verfahrensrechte der Beteiligten und dem Interesse an einem funktionierenden, reibungslosen Ablauf des Strafverfahrens.

Was spricht nun angesichts dieser Ziele eigentlich gegen eine audio-visuelle Dokumentation von Hauptverhandlungen? Ganz sicher lassen sich die Aussagen von Zeugen, die Einlassungen des Angeklagten und der gesamte Ablauf der Verhandlung anhand eines Bild-Ton-Mitschnitts wesentlich besser erfassen als mit dem heute üblichen Verfahren, wonach lediglich die Formalien der Hauptverhandlung protokolliert und alle übrigen Geschehensabläufe von den verschiedenen Prozessbeteiligten sowie den Richterinnen und Richtern mehr oder weniger vollständig und mehr oder weniger übereinstimmend mitgeschrieben werden. Wenn es also Ziel der Hauptverhandlung ist, aus ihrem Inbegriff die Feststellungen zu treffen, die eine Verurteilung oder einen Freispruch tragen, dann kann es jedenfalls nicht schaden, in Zweifelsfragen auf eine objektive, eindeutige Aufzeichnung des Prozessgeschehens zurückgreifen zu können. Im Gegenteil scheint mir der Nutzen einer solchen Aufzeichnung gerade auch für das Gericht evident. Wäre es nicht hilfreich, im Rahmen der Beratungen eine besonders kritische Stelle einer Aussage noch einmal in Bild und Ton ansehen zu können? Gibt es tatsächlich nie Zweifel darüber, wie ein Zeuge etwas dargestellt hat? Ist es nicht von Vorteil, Klarheit über äußere Verfahrensabläufe zu erhalten, insbesondere auch für die Verteidigung? Auf die hiermit einhergehenden revisionsrechtlichen Fragestellungen will ich später noch einmal eingehen.

Zunächst will ich aber den Schutz der Verfahrensbeteiligten ansprechen, hier vor allem den Schutz von Zeugen, deren Persönlichkeitsrechte durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung beeinträchtigt sein könnten. Das hängt aber nach meiner Überzeugung wesentlich von den Parametern ab, die für die Aufzeichnung und Verwendung solcher Aufzeichnungen gelten.

Natürlich muss sichergestellt sein, dass eine Aufzeichnung nicht medial öffentlich wird. Wie sich das durch entsprechende Verwendungsbeschränkungen und Regelungen zur Einsichtnahme durch die Verfahrensbeteiligten gewährleisten lässt, wird ein Schwerpunkt der anzustellenden Überlegungen sein. Hier gibt es durchaus Parallelen zu den nach geltendem Recht bereits zulässigen Bild-Ton-Aufzeichnungen und auch zu den Überlegungen, die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren bei schweren Straftaten zum Regelfall zu machen. Darüber hinaus zeigen Regelungen in anderen Rechtsordnungen und bei den Internationalen Strafgerichtshöfen, dass Persönlichkeitsschutzaspekten auch durch technische Mittel – etwa die Verpixelung – erreicht werden kann. Deshalb glaube ich, dass die audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung letztlich nicht zulasten der Verfahrensbeteiligten geht. Dass sie aus Sicht des Angeklagten im Gegenteil eine wesentliche Verbesserung seiner Stellung bedeuten kann, wird bereits daraus deutlich, dass von Seiten der Verteidigung seit langem eine bessere Dokumentation von Hauptverhandlungen eingefordert wird.

Wie steht es nun aber um die Vereinbarkeit der Bild-Ton-Aufzeichnung mit dem reibungslosen Ablauf des Strafverfahrens? Dass sie in der Tatsacheninstanz meines Erachtens vor allem handfeste Vorteile bieten kann, habe ich bereits dargelegt. Große Sorgen werden aber mit Blick auf die Revisionsinstanz geäußert. Würde es hier durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung tatsächlich zu einem grundlegenden Funktions- und Bedeutungswandel der Revision kommen? Würde der BGH zum »Filmclub der Nation«, der sich tagelang Hauptverhandlungen am Fernseher ansehen und auf Revisionsgründe hin überprüfen müsste? Das sind Fragen, auf die wir überzeugende Antworten finden müssen, bevor wir gegebenenfalls einen Vorschlag zur Einführung audiovisueller Dokumentationen vorlegen können.

Ich meine aber, die revisionsrechtlichen Fragen und Probleme dürfen nicht von vornherein als Totschlagsargument gegen eine solche Form der Dokumentation angeführt werden. Richtig ist sicher, dass die Verwendung von Bild-Ton-Aufzeichnungen im Revisionsverfahren gesetzlich geregelt und dabei stark begrenzt werden müsste. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme,

eine eigene Beweiswürdigung durch die Revisionsrichterinnen und -richter soll es auch weiterhin nicht geben. Aber, meine Damen und Herren, Sie wissen alle viel besser als ich, dass das so genannte »Rekonstruktionsverbot«, das in diesem Zusammenhang angeführt wird, bereits heute nicht lückenlos gilt und von der Rechtsprechung etwa immer dann durchbrochen wird, wenn eine Urkunde, die in der Hauptverhandlung verlesen worden ist und sich bei den Akten befindet, in einem entscheidungserheblichen Punkt einen anderen Inhalt hat als im Urteil wiedergegeben.

Die dogmatische Rechtfertigung des Rekonstruktionsverbots ist daher nicht zwingend. Aber wir müssen uns intensiv damit befassen, in welchen Fallkonstellationen und unter welchen Voraussetzungen im Revisionsverfahren auf Bild-Ton-Aufzeichnungen zurückgegriffen werden kann, etwa um evident fehlerhafte Beweisfeststellungen in einem für die Verurteilung oder den Freispruch wesentlichen Punkt zu rügen.

Die Expertenkommission hat die Komplexität und die potentielle Sprengkraft der audiovisuellen Dokumentation von Hauptverfahren gesehen. Sie konnte nicht auf alle Fragen, die ich gerade skizziert habe, Antworten finden. Sie hat sich aber mit einer doch beachtlichen Mehrheit von 12 : 9 Stimmen dafür ausgesprochen, das Thema nicht in der Versenkung verschwinden zu lassen, sondern die hiermit verbundenen Fragen eingehend zu prüfen.

Dieser Aufgabe wird sich das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und werde auch ich mich ganz persönlich gern widmen. Ich bin überzeugt, dass es sich lohnt, die Vor- und Nachteile einer Dokumentation der Hauptverhandlung im Dialog mit der Richterschaft, Staatsanwaltschaft sowie den Verteidigerinnen und Verteidigern ehrlich und ohne Vorurteile auszuloten. Am Ende eines solchen Diskussionsprozesses wird sicher ein erheblicher Erkenntnisgewinn, vielleicht aber auch ein konsensfähiger Vorschlag stehen, wie wir die strafgerichtliche Hauptverhandlung im 21. Jahrhundert dokumentieren wollen.

Lassen Sie mich nun zu einem anderen Vorschlag der Expertenkommission kommen, der sich ebenfalls mit Videoaufzeichnungen befasst, jetzt allerdings unter dem Aspekt der *Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren*.

Was schlägt die Expertenkommission hierzu vor? Ausgehend von der Regelung des geltenden Rechts, wonach bereits seit vielen Jahren die Videoaufzeichnung von Vernehmungen im Ermessen der Vernehmungsbeamtinnen und -beamten oder der Vernehmungsrichterinnen und -richter steht, soll

die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen sowohl beim Beschuldigten als auch bei Zeuginnen und Zeugen künftig jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder einer schwierigen Sachlage zum Regelfall werden. Das insoweit derzeit bestehende freie Ermessen soll also in der Weise gebunden werden, dass zusätzlich zur herkömmlichen Protokollierung künftig regelmäßig eine Bild-Ton-Aufzeichnung erfolgt, wenn und soweit dies bei schweren Tatvorwürfen geboten ist.

Die Vorteile einer Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen liegen auf der Hand: Sie ist der herkömmlichen Art der schriftlichen, notwendig unvollständigen und damit fehleranfälligen Protokollierung so überlegen, dass es angesichts der technischen Möglichkeiten des 21. Jahrhunderts nicht verantwortllich wäre, auf diese Art der Dokumentation von Ermittlungsergebnissen auch künftig weitgehend zu verzichten. Die bereits seit vielen Jahren im Gesetz vorgesehene und erst jüngst aus Opferschutzgründen erweiterte Möglichkeit der audio-visuellen Aufzeichnung von Vernehmungen sollte deshalb angesichts ihrer Bedeutung für die Wahrheitsfindung als Hauptziel des Strafverfahrens bei schwerwiegenden Tatvorwürfen regelmäßig zum Einsatz kommen.

Dass die Bild-Ton-Dokumentation bei Beschuldigtenvernehmungen zugleich auch eine Schutzfunktion sowohl zugunsten des Beschuldigten als auch zugunsten der vernehmenden Beamtinnen und Beamten erfüllen kann, spricht zusätzlich dafür, diese Art der Vernehmungsdokumentation künftig zu etablieren.

Lassen Sie mich nun noch auf einige Kommissionsempfehlungen eingehen, die uns geeignet für eine zeitnahe Umsetzung erscheinen, und die für Sie als Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger von besonderer Bedeutung sind.

Beginnen will ich auch hier mit einem Thema, das in der Expertenkommission kontrovers diskutiert worden ist: Die *Eröffnungserklärung*, das so genannte »opening statement« des Verteidigers. Der Vorschlag hierzu beruht auf der Überlegung, dass eine kommunikative Verhandlungsführung geeignet sein kann, Konflikte zu vermeiden oder Konfliktpotentiale frühzeitig zu erkennen. Das müsste eigentlich aus Sicht aller Verfahrensbeteiligter ein erstrebenswertes Ziel sein. Trotzdem gibt es gegen die gesetzliche Verankerung eines solchen »opening statements« teils deutliche Vorbehalte. Befürchtet wird von Seiten der Richterschaft offenbar ein Missbrauch des Rederechts, dem man als Gericht hilflos ausgesetzt sei.

Mich überzeugen diese Argumente nicht. Denn zum einen hat die Kommission vorgeschlagen, Missbräuchen des Rederechts durch einen Verweis auf die Vorschriften des § 257 Absatz 3 StPO und des § 257a StPO von vornherein entgegenzuwirken. Zum anderen wird von vielen Strafkammern berichtet, die dem Verteidiger auf dessen Wunsch hin bereits heute das Wort für eine Eröffnungserklärung erteilen, offenbar ohne dass es hierbei zu Verzögerungen oder Störungen des Verhandlungsablaufs kommt.

Schließlich und vor allem aber gilt es zu berücksichtigen, dass der Angeklagte selbst bereits heute das Recht hat, sich im Anschluss an die Verlesung der Anklageschrift »zu der Anklage zu äußern«. Dieses Äußerungsrecht des Angeklagten wird allgemein als umfassendes Recht verstanden, sich zum gesamten Verfahrensstoff zu äußern. Es zielt im Sinne einer frühzeitigen, umfassenden Gehörgewährung darauf ab, es dem Angeklagten vorweg zu ermöglichen, seine Verteidigung zusammenhängend zu führen und das Gericht zu veranlassen, bei der folgenden Beweisaufnahme den von ihm geltend gemachten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Wenn dieses Verständnis der allgemeinen Ansicht im Schrifttum und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit dem Jahr 1957 entspricht, dann ist es für mich schlicht unverständlich, dem Verteidiger als dem Beistand des Angeklagten in der Hauptverhandlung das Recht abzusprechen, die Verteidigung für den Angeklagten zu führen. Ich bin überzeugt, dass eine ausdrückliche Regelung dieses Rechts geeignet ist, Konflikte im Verteidigungsverhalten gar nicht erst entstehen zu lassen und so insgesamt zu einer effektiveren Verfahrensführung beizutragen.

Einem ähnlichen Zweck dient auch der Vorschlag, in umfangreichen landgerichtlichen Strafverfahren vor der Terminierung *den äußeren Ablauf der Verhandlung mit den Verfahrensbeteiligten abzustimmen*. Eine solche Pflicht hat der Bundesgerichtshof bereits dem Grunde nach anerkannt; sie soll – ebenfalls im Interesse an einer kommunikativen Verhandlungsführung – gesetzlich verankert werden, auch um Diskussionen über den Ablauf der Hauptverhandlung während laufender Verhandlung zu vermeiden.

Kommunikation und Transparenz sind für eine effektive Verteidigung des Beschuldigten aber nicht nur im Hauptverfahren von Vorteil, sondern spielen auch im Ermittlungsverfahren eine große – manchmal sogar die entscheidende – Rolle. Ich denke hier vor allem an die erste – meist polizeiliche – Vernehmung des Beschuldigten, deren Bedeutung für den weiteren Verlauf des Verfahrens nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.

Aber auch bei anderen Ermittlungsmaßnahmen kann die möglichst *frühzeitige Einbindung der Verteidigung* helfen, Konfliktpotentiale zu erkennen und Konflikte zu vermeiden. Damit wird deutlich, dass beides zusammengehört: Effizienz und starke Rechte für die, gegen die sich ein Verdacht richtet.

Die Expertenkommission hat in diesem Sinne eine Reihe von Empfehlungen zur Stärkung der partizipatorischen Rechte des Beschuldigten ausgesprochen. Viele davon erscheinen uns geeignet für eine zeitnahe Umsetzung:

So stärkt es etwa das Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör, wenn er vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen vom Gericht bzw. von der Staatsanwaltschaft angehört wird.

Zumindest in Fällen, denen nicht ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt zugrunde liegt, kann es viel Streit sparen, manchmal sogar die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens erübrigen, wenn die Person des Gutachters, den das Gericht oder die Staatsanwaltschaft zu bestellen beabsichtigt, dem Beschuldigten zuvor bekannt gegeben wird.

Ebenfalls gestärkt werden die Rechte des Beschuldigten, wenn er bereits im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit erhält, eine gerichtliche Entscheidung zu der Frage herbeizuführen, ob die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers vorliegen. Nach geltendem Recht setzt die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren stets einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft voraus. Die Staatsanwaltschaft stellt diesen nur, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein wird. Mit einem eigenen Antragsrecht kann der Beschuldigte sein Recht auf effektive Verteidigung im Ermittlungsverfahren dagegen notfalls auch gegen die Ansicht der Staatsanwaltschaft durchsetzen. Daneben soll es auch für das Gericht möglich sein, dem Beschuldigten von Amts wegen frühzeitig einen Verteidiger beizuordnen, wenn dies mit Blick auf die Wahrung des Konfrontationsrechts bei richterlichen Vernehmungen geboten ist.

Essentiell für eine effektive Verteidigung im frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens ist weiterhin – wie Sie selbstverständlich wissen – die unge störte vertrauliche Kommunikation zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten. Dies gilt natürlich erst recht, wenn der Tatvorwurf gravierend ist und sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet. Einen solchen Schutz der ungehinderten Kommunikation gewährleistet bereits das geltende Recht in § 148 StPO. Ich meine aber, dass dieser Schutz – anders als

bislang – nicht erst dann greifen darf, wenn das Mandat bereits zustande gekommen ist, sondern auch im Anbahnungsstadium gelten muss. Gerade im Erstgespräch mit seinem potentiellen Verteidiger muss der Beschuldigte in der Lage sein, über die ihm vorgeworfene Tat ungehindert und offen zu sprechen. Nur auf diese Weise kann er verlässlich prüfen und einschätzen, ob sein Rechtsbeistand für die Verteidigung geeignet ist oder nicht. Umgekehrt sollte auch die Verteidigerin oder der Verteidiger nicht zu einer – womöglich voreiligen – Aufnahme eines Mandatsverhältnisses gedrängt werden, nur um eine unüberwachte Kommunikation sicherzustellen. Indem Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden, wird daher das Recht auf eine effektive Verteidigung gestärkt. Der Gefahr eines Verteidigerwechsels wird vorgebeugt. Die Position des Beschuldigten bei der Wahl eines geeigneten Rechtsbeistandes wird verbessert.

Über die eben genannten Punkte hinaus haben die Expertinnen und Experten der StPO-Kommission noch weitere Mitwirkungsrechte der Verteidigung empfohlen. Dazu gehören etwa ein *Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen* und bei weiteren Beweiserhebungen wie Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen.

Diese Empfehlungen basieren nicht zuletzt auf europäischen Vorgaben. Daher wollen wir sie auch im Rahmen der Umsetzung dieser Vorgaben, insbesondere der Umsetzung der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 1) aufgreifen.

Neben der Stärkung der Mitwirkungsrechte des Beschuldigten hat die Expertenkommission für das Ermittlungsverfahren auch eine Reihe von Änderungen empfohlen, um bestimmte Prozessabläufe zu beschleunigen und das Strafverfahren unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten zu vereinfachen.

Ich nenne hier etwa die *Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei*, die allerdings nur dann bestehen soll, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt.

In diesen Kontext gehört auch die *Abschaffung des Richtervorbehalts für die Blutprobenentnahme* in § 81a Absatz 2 StPO, ebenfalls eine bereits seit längerem

erhobene rechtspolitische Forderung der Justiz. Die Kommission hat es sich hier nicht leicht gemacht und sämtliche Argumente, die für und gegen die Abschaffung von Richtervorbehalten im allgemeinen und für die Blutprobenentnahme im Besonderen sprechen, gegeneinander abgewogen. Argumentiert wird damit, dass die Entnahme einer Blutprobe nicht die Schwelle des besonders tiefgreifenden Grundrechtseingriffs erreicht, der zwingend eine vorherige richterliche Anordnung erfordern würde. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht inzwischen mehrfach festgestellt. Zudem besteht immer die Möglichkeit einer nachträglichen richterlichen Kontrolle für die Betroffenen.

Um gleichwohl auch eine vorbeugende Kontrolle durch eine von der Polizei unabhängige Instanz zu erhalten, hat die Kommission sich für eine vermittelnde Lösung ausgesprochen: Die Anordnungscompetenz soll vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft übergehen und auf den Bereich der Straßenverkehrsdelikte begrenzt sein. Auch die Umsetzung dieser Empfehlung wird derzeit in unserem Haus intensiv geprüft. Die Umsetzung wird voraussichtlich in einem gesonderten Vorhaben erfolgen.

Zum Abschluss möchte ich noch einige Regelungsvorschläge darstellen, die von Ihnen vielleicht kritischer gesehen werden als die bisherigen. Es geht darin um die – wie ich zeigen werde, sachgerechte – prozessuale Begrenzung der Geltendmachung von Verteidigungsrechten im Zusammenhang mit Befangenheitsrügen und Beweisanträgen. Es ist mir wichtig, hierbei von vornherein zu betonen, dass eine inhaltliche Beschränkung der Beschuldigtenrechte im Sinne einer Präklusion nicht Gegenstand der Kommissionsempfehlungen war. Was schlägt die Expertenkommission stattdessen vor?

Im Bereich des Rechts der *Befangenheitsanträge* besteht ein erhebliches Störpotential durch kurz vor Beginn der Hauptverhandlung, oft noch unmittelbar vor dem Aufruf der Sache angebrachte Ablehnungsgesuche. Dieses Störpotential kann ohne eine inhaltliche Beschränkung der Rechte des Angeklagten beseitigt werden. Um den zeitgerechten, gerade in größeren Verfahren regelmäßig von erheblichem Medieninteresse begleiteten Prozessauftritt nicht durch solche Befangenheitsanträge zu gefährden, soll es künftig möglich sein, die Entscheidung über solche erst kurz vor Beginn der Hauptverhandlung angebrachte Ablehnungsgesuche zurückzustellen und erst vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten zu entscheiden.

Außerdem soll bei Befangenheitsanträgen, die während der laufenden Hauptverhandlung gestellt werden, die Möglichkeit geschaffen werden, dem Antragsteller

eine Frist zur schriftlichen Begründung des Ablehnungsgesuchs zu setzen. Das Gericht soll dann die Möglichkeit haben, die Hauptverhandlung zunächst noch fortzusetzen, bis die schriftliche Begründung vorliegt – dies allerdings auf die Gefahr hin, die fraglichen Teile der Verhandlung bei einem erfolgreichen Befangenheitsgesuch wiederholen zu müssen.

Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit einer Effektivierung des Strafverfahrens sind stets auch die *Vorschriften zum Beweisantragsrecht*. Das Beweisantragsrecht ist einerseits das wohl wichtigste Instrument der Verteidigung, um das Gericht zur Erhebung von Beweisen zu zwingen, die möglicherweise entlastend für den Angeklagten sind. Diese Funktion des Beweisantragsrechts darf nicht geschwächt werden. Zum anderen aber bietet das Beweisantragsrecht auch ein nicht unerhebliches Verzögerungs- und damit Missbrauchspotential. Zu einem großen Teil ist das darin begründet, dass das Gericht gemäß § 244 Absatz 6 StPO über die Ablehnung eines Beweisantrags grundsätzlich in der Hauptverhandlung durch Beschluss entscheiden muss. Wie Sie alle wissen, führt dies nicht selten dazu, dass Verteidiger in einer Art »Salamitaktik« einen Beweisantrag nach dem nächsten stellen und so verhindern, dass die Hauptverhandlung geschlossen werden kann.

Um dies zu verhindern, ohne zugleich die Rechte des Angeklagten in der Sache einzuschränken, soll künftig eine Fristsetzung zur Stellung weiterer Beweisanträge vorgesehen werden. Mit Beweisanträgen, die erst nach Fristablauf gestellt werden, soll der Angeklagte zwar nicht präkludiert sein, weil dies eine erhebliche Einschränkung seiner Rechtsstellung bedeuten würde. Es soll dem Gericht aber möglich sein, solche Anträge erst im Urteil zu bescheiden, wodurch es möglich wird, die Hauptverhandlung trotz gestellter Beweisanträge abzuschließen.

Die dargestellten und zahlreiche weitere Punkte, die ich heute aus Zeitgründen nicht im Einzelnen erläutern konnte, sollen zeitnah in einem Referentenentwurf den Ländern und Verbänden zur Stellungnahme übermittelt werden. Wichtige Impulse können und werden dabei auch wieder von den Strafverteidigervereinigungen ausgehen, die natürlich auf unserem Verteiler nicht fehlen. Aber auch die heutige Veranstaltung wird mir, da bin ich sicher, viele Denkanstöße mit auf den Weg nach Berlin geben. Ich freue mich deshalb ganz besonders, heute Gast in Ihrer Arbeitsgruppe sein zu dürfen!

Reform des Ermittlungsverfahrens

Einleitung

In der Februarausgabe des *Strafverteidiger-Forum* hat Bernd *Schünemann* die Empfehlungen der vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission zur Entwicklung von Vorschlägen für eine »effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens«¹ einer beißenden Kritik unterzogen.² Mit seiner Kritik trifft *Schünemann* insofern ins Schwarze, als er den Empfehlungen Eklektizismus vorhält. In der Tat steht hinter den verschiedenen Vorschlägen kein prozessuales Konzept, was man angesichts der Zusammensetzung der Expertenkommission und dem zur Verfügung stehenden Zeitrahmen auch nicht erwarten konnte und was von vornherein nicht angestrebt wurde.

Gerade deshalb bietet die darüber in Gang gesetzte Diskussion³ Anlass, sich erneut Gedanken über die Struktur des Prozessmodells des reformierten Inquisitionsverfahrens zu machen, das seit nunmehr 139 Jahren Grundlage unserer Strafverfahren ist und sich die Frage vorzulegen, welche Reformen aus der Sicht des Beschuldigten und seiner Verteidigung im Rahmen dieses Modells nötig und möglich sind. Das Prozessmodell des reformierten Inquisitionsverfahrens leidet an verschiedenen Mängeln, die sich ausnahmslos zu Lasten des Beschuldigten auswirken. Lassen Sie mich deshalb mit groben Strichen zunächst die Rahmenbedingungen skizzieren, die eine strukturelle Benachteiligung des Angeklagten in diesem Prozessmodell zur Folge haben:

* Um Fußnoten ergänzte und um den BMJV-RefE (vgl. Fn. 1) aktualisierte Fassung des am 05.03.2016 anlässlich des 40. Strafverteidigertages in Frankfurt/M. in der Arbeitsgruppe 1 »StPO-Reform« vorgetragenen Referats. Der Redestil wurde weitgehend beibehalten.

1 Die Empfehlungen und die Dokumentation der Kommissionstätigkeit können auf der Internetseite des BMJV abgerufen werden. Der diese Empfehlungen aufgreifende Referentenentwurf des BMJV eines »Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens« (www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Stand 27.05.2016) konnte, soweit er das Ermittlungsverfahren betrifft, nur noch informativ in den Fußnoten berücksichtigt werden.

2 *Schünemann* StraFo 2016, 45.

3 Siehe hierzu u.a. *Strafrechtsausschuss der BRAK* Stellungnahme vom November 2015 (BRAK-Nr. 569/2015); *Ventzke* StV 2016, Heft 1, S. I (Editorial) sowie *von Galen* ZRP 2016, 42 und *Basar*, StraFo 2016, 226..

B. Strukturmerkmale des reformierten Inquisitionsverfahrens

I. Inquisitionsprinzip und Unschuldsvermutung

Nach dem Modell des reformierten inquisitorischen Strafverfahrens ist es Aufgabe des Richters, auf der Grundlage des von ihm aufzuklärenden Sachverhalts zu einem Urteil zu kommen. Die Suche nach der materiellen Wahrheit führt zu einem strukturbedingten Antagonismus zwischen Gericht und Angeklagtem. Dessen Ursache ist paradoxerweise die Unschuldsvermutung. Denn im Gegensatz zum Gericht muss der Angeklagte kein Interesse an der materiellen Wahrheit haben. Er ist nämlich schon dann freizusprechen, wenn ihm die vorgeworfene Tat nicht nachgewiesen werden kann. Steht dem Tatnachweis ein Beweisverwertungsverbot entgegen oder stehen für den Tatnachweis erforderliche Beweismittel nicht mehr zur Verfügung oder leidet der maßgebliche Belastungszeuge an Erinnerungslosigkeit oder an Glaubwürdigkeitsdefiziten und scheitert daran die Verurteilung, spielt es keine Rolle, ob der Angeklagte tatsächlich unschuldig ist oder nicht. Indem das Gericht aber verpflichtet ist, den Sachverhalt umfassend aufzuklären, muss es, um zu einer Verurteilung zu kommen, die Unschuldsvermutung widerlegen.⁴ Damit gerät der Richter in Konfrontation zum Angeklagten. Gelingt es nicht, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen, erfolgt der Freispruch nicht wegen erwiesener Unschuld, sondern auf der Grundlage eines nicht vollständig aufzuklärenden Sachverhalts. Deshalb hört man mitunter bei der Urteilsverkündung die gequält klingende Formulierung: »Der Angeklagte *musste* freigesprochen werden.«

Dieser strukturelle Antagonismus zwischen Richter und Angeklagtem ließe sich ohne weiteres auflösen – allerdings nur um den Preis des Verzichts auf die Unschuldsvermutung. Es wäre in die StPO nur eine Vorschrift des Inhalts aufzunehmen: »Der Angeklagte wird verurteilt, wenn seine Unschuld nicht nachzuweisen ist.« Dann wäre das Gericht gezwungen, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Unschuld des Angeklagten sprächen. Die dann verwendete Formulierung bei der Urteilsverkündung würde lauten: »Der Angeklagte *musste* verurteilt werden, weil er nicht freigesprochen werden konnte.« Aber dies kann keine ernsthafte Forderung der Strafverteidigung sein. Da es im Strafverfahren um

⁴ Entsprechendes gilt für die Frage des Schuldumfangs und des Rechtsfolgenausspruchs im Hinblick auf den Grundsatz *in dubio pro reo*. Auch hier ist das Gericht verpflichtet, die relevanten Umstände aufzuklären und entsprechende Feststellungen zu treffen. Demgegenüber genügt dem Angeklagten bei fehlender Nachweisbarkeit schon der Zweifelsgrundsatz.

den staatlichen Strafanspruch geht, ist es die Verpflichtung des Staates, dessen Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen. Bleibt er beweisfällig, kann dies nicht zu Lasten des Angeklagten gehen. Zu einem Schulterschluss zwischen Justiz und Angeklagtem, der durch Abschaffung der Unschuldsvermutung zu erkaufen wäre, darf und wird es deshalb nicht kommen.

II. Inquisitionsprinzip und »Waffengleichheit« von Staatsanwaltschaft und Verteidigung?

Dafür ist der Angeklagte von einem anderen Schulterschluss betroffen, nämlich demjenigen zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft. Auch dessen Ursache ist strukturell bedingt. Denn ebenso wie der Richter umfassend und ohne Ansehen der Person den Sachverhalt aufklären soll (§ 244 Abs. 2 StPO), ist die Staatsanwaltschaft nach § 160 Abs. 2 StPO verpflichtet, nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln. Dieser »Gleichklang der Seelen« zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft besteht demgegenüber nicht im Verhältnis zur Verteidigung als Beistand des Beschuldigten. Aufgabe der Verteidigung ist es, einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen. Auch wenn der Verteidiger einerseits nicht die Unwahrheit sagen darf, so ist er andererseits nicht zur Offenbarung der vollständigen Wahrheit verpflichtet.⁵ Anders als bei dem Staatsanwalt kann der Richter dem Verteidiger deshalb unterstellen, dass dieser ihm bekannte, den Beschuldigten belastende Umstände verschweigt.

Ein Schulterschluss zwischen dem Gericht und der Verteidigung wäre nur um den Preis herzustellen, dass auf die einseitige Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten verzichtet wird. Aber auf eine solche Verteidigung könnte dieser dann verzichten. Es wäre aber auch keine Alternative, den Schulterschluss zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft zu Gunsten eines äquidistanten Verhältnisses zwischen Gericht und Verteidigung einerseits und Gericht und Staatsanwaltschaft andererseits aufzulösen. Denn dies hätte zur Folge, dass sich die Staatsanwaltschaft ebenfalls einseitig auf die Wahrnehmung der Interessen der Strafverfolgung, also auf die Ermittlung ausschließlich der den Beschuldigten belastenden Umstände beschränken dürfte. So sehr auch immer wieder ironisiert wird, wie es möglich sei, einen Beschuldigten gleichzeitig überführen, ihn aber auch exkulpieren zu wollen, so liegt es gleichwohl im wohlverstandenen Interesse von Beschuldigten und der Wahrheitsfindung, an dem Anspruch der Staatsanwaltschaft als »objektivster Behörde der Welt« festzuhalten. Nur dann gilt u.a. das Postulat, dass

⁵ Siehe nur *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 53.

alle Ermittlungsergebnisse, auch wenn sie den Beschuldigten entlasten oder ihn belastende Erkenntnisse in Zweifel ziehen, aktenkundig gemacht (§ 168b StPO) und der Verteidigung durch Akteneinsicht (§ 147 Abs. 1 StPO) zur Kenntnis gebracht werden müssen.

Und selbst in einem adversatorischen Vorverfahren sind eigenen Erhebungen der Verteidigung faktische und rechtliche Grenzen gesetzt. Weder verfügt sie über ausreichende finanzielle, technische und zeitliche Kapazitäten für eine eigene Ermittlungstätigkeit noch stehen ihr die notwendigen rechtlichen Handhaben zur Verfügung, um eigene Beweiserhebungen gegenüber Dritten durchzusetzen. So beschränkt sich selbst im US-amerikanischen Strafverfahren der Anspruch der Verteidigung auf staatliche Unterstützung bei der Beweisverschaffung darauf, dass das Gericht Zeugen unter Strafandrohung vorzuladen oder aufzufordern hat, Beweismittel vorzulegen (»Subpoena«). Reformen im Rahmen des reformierten Inquisitionsverfahrens werden deshalb weder etwas an der dominanten Rolle der Staatsanwaltschaft noch daran ändern können, dass in der späteren Hauptverhandlung Gericht und Staatsanwaltschaft zumindest »Brüder im Geiste« sind.

III. Inquisitionsprinzip, Aktenkenntnis und Inertia-Effekt

Ist es Aufgabe der Hauptverhandlung, den verfahrensrelevanten Sachverhalt vorrangig durch das Gericht selbst und nicht wie im adversatorischen Prozessmodell durch Staatsanwaltschaft und Verteidigung aufzuklären, setzt dies auf Seiten des Gerichts Kenntnis von den in der Akte dokumentierten Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens voraus.⁶ Trotz der staatsanwaltschaftlichen Verpflichtung zur Objektivität, trotz ihrer Verpflichtung, nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln, spiegelt sich dies in der Verfahrenswirklichkeit im Akteninhalt nicht wider. Insbesondere wenn die Behörden und Beamten des Polizeidienstes – befugtermaßen (§ 163 Abs. 1 u. 2 StPO) – Ermittlungen auch ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführen, konzentrieren sich deren Aufklärungsbemühungen auf die Überführung des Verdächtigen.⁷ Handelt es sich bei ihm nach ihrer Überzeugung um den »richtigen« Täter, werden die Ermittlungsergebnisse im Sinne dieser Verdachtshypothese interpretiert, es werden die als belastend bewerteten Umstände überbetont und damit nicht übereinstimmende

6 *Schünemann*, in: Schroeder/Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 91 (99).

7 Zur suggestiven Struktur polizeilicher Beschuldigtenvernehmungen siehe aus psychowissenschaftlicher Sicht den instruktiven Beitrag von *Völbart/May* R&P 2016, 4.

Erkenntnisse ausgeblendet oder abgewertet.⁸ Aufgrund seiner Aktenkenntnis führt dies auf Seiten des Gerichts zu einem für den Beschuldigten negativen Vorurteil, das durch den Eröffnungsbeschluss und durch die damit attestierte Verurteilungswahrscheinlichkeit noch verfestigt wird (sog. Inertia Effekt). Aus diesem Grund besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, dass das Ermittlungsverfahren »Kern und Höhepunkt« des Strafverfahrens ist.⁹ Das Ermittlungsverfahren bestimmt Inhalt und Ausgang der Hauptverhandlung weitgehend vor.¹⁰

IV. Konsequenzen für die Hauptverhandlung

Die von mir skizzierten strukturbedingten Verteidigungsdefizite lassen sich in der Hauptverhandlung kaum noch kompensieren. Die auf dem letzten Strafverteidigertag 2015 geforderte Renaissance der Hauptverhandlung ist deshalb aus meiner Sicht ein Weg in die Sackgasse. Der Funktionsverlust der Hauptverhandlung ist unumkehrbar. Selbst bei einem robusten Beweis-antragsrecht und besseren Handlungsmöglichkeiten der Verteidigung wird es kaum noch möglich sein, die schon zu Beginn der Hauptverhandlung weit vorangeschrittene richterliche Überzeugungsbildung durch neue Tatsachen oder durch Infragestellung des in der Hauptverhandlung reproduzierten Akteninhalts nachhaltig zu beeinflussen.¹¹

Erforderlich und im Rahmen des reformierten Inquisitionsverfahrens ohne Strukturbruch realisierbar sind Änderungen im Ermittlungsverfahren, die dem Beschuldigten eine größere Einflussnahme auf die richterliche Überzeugungsbildung ermöglichen, zu der es ab Erhebung der Anklage und Vorlage der Verfahrensakten kommt. Vor diesem Hintergrund konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen auf eine Neustrukturierung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens und gehen der Frage nach, ob die Empfehlungen der Expertenkommission hierzu etwas beitragen.

8 Besonders eindrucksvoll wird dies am Kriminalfall des Bauern *Rudolf R. von Raske*, in: Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2013, demonstriert, der die Ergebnisse seiner Untersuchung durch die Theorie der kognitiven Dissonanz bestätigt sieht.

9 Wolter, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, 1991, S. 35.

10 Vgl. nur *Schünemann* StraFo 2015, 179 ff.; *ders.* (Fn. 6), S. 91 ff.; *Barton/Kölbl/Lindemann* (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015; jeweils m.w.N.

11 Dies gilt nur mit Abstrichen auch für amtsgerichtliche Verfahren, weil bei Strafrichteranklagen der Sachverhalt nicht mit derselben Intensität ermittelt wird, wie dies bei Schöffengerichts- und Strafkammeranklagen der Fall ist.

C. Plädoyer für ein kontradiktorisches/ partizipatorisches Ermittlungsverfahren

I. Unmittelbare Teilhabe der Verteidigung an der Sachverhaltsermittlung durch Anwesenheitsrechte

1. Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

Eine der Uraltforderungen der Strafverteidigung betrifft das Recht auf unmittelbare Teilnahme des Verteidigers an wesentlichen Ermittlungshandlungen. Die RStPO sah ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers nur bei der richterlichen Beschuldigtenvernehmung vor.¹² 1974 wurde dieses Recht auf staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmungen erweitert. Die Expertenkommission will dem Verteidiger die Anwesenheit auch bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen gestatten. Dadurch werden sich die Verteidigungsmöglichkeiten eines Beschuldigten messbar kaum verbessern.¹³ Denn immer wenn aus der Sicht der Verteidigung eine polizeiliche Beschuldigtenvernehmung als sinnvoll erscheint, lässt sich die Anwesenheit der Verteidigung ohnehin unschwer durch die Ankündigung realisieren, dass anderenfalls der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch machen werde.¹⁴

2. Teilnahme an Gegenüberstellungen und Tatrekonstruktionen

Eine weitere Empfehlung der Expertenkommission geht dahin, dem Verteidiger die Anwesenheit bei Gegenüberstellungen und Tatortrekonstruktionen zu gestatten.¹⁵ Seit der Untersuchung von Karl *Peters* zu den Fehlerquellen

¹² Das Recht des Beschuldigten auf Anwesenheit eines Verteidigers bei seiner richterlichen Vernehmung (§ 168c Abs. 1 StPO) wird durch den BMJV-RefE (Fn. 1) gestärkt: Nach § 141 Abs. 3 S. 5 des Entwurfs bestellt das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, einen Verteidiger, »wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint«. Diese Regelung bezieht sich vorrangig auch auf richterliche Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen gemäß § 168c Abs. 2 StPO und trägt damit der Rechtsprechung Rechnung, wonach die vernehmungersetzende Einführung der Aussage eines zentralen Belastungszeugen in die Hauptverhandlung nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass für den von der Vernehmung ausgeschlossenen Beschuldigten ein Verteidiger bestellt worden war. Zu der Frage der Verteidigerbestellung aus Anlass der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten verhält sich der BMJV-RefE (Fn. 1) nicht. Zur Verteidigerbestellung in Fällen hafterrichterlicher Beschuldigtenvernehmungen gem. §§ 115 Abs. 2, 115a Abs. 2 und 128 Abs. 1 StPO siehe Fn. 62.

¹³ Nicht im BMJV-RefE (Fn. 1), aber im Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren v. 15.06.2016 wird die Empfehlung in § 163a Abs. 4 S. 2 StPO (neu) durch Verweis auf § 168c Abs. 1 u. 5 StPO aufgegriffen.

¹⁴ Siehe bspw. *Richter II* AnwBl. 1985, 436; *Thomas* AnwBl. 1986, 57.

¹⁵ Zwar macht sich der BMJV-RefE (Fn. 1) diese Empfehlung nicht zu eigen. Sie ist in Bezug auf Gegenüberstellungen aber Gegenstand des Regierungsentwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren v. 15.06.2016 in Gestalt eines § 58 Abs. 2 S. 3 StPO (neu).

im Strafprozess ist bekannt, dass ein Großteil von Fehlurteilen auf falsches Wiedererkennen zurückzuführen ist.¹⁶ Da Gegenüberstellungen auch gegen den Willen des Beschuldigten vorgenommen werden dürfen und es sich dabei um einen Akt der die Hauptverhandlung vorwegnehmenden und diese präjudizierende Beweisaufnahme handelt, ist eine gesetzliche Verankerung des Anwesenheitsrechts der Verteidigung geboten.¹⁷ Da Gegenüberstellungen vielfach keinen Zeitverzug dulden, wird sich die Anwesenheit eines bereits mandatierten Wahl- oder beigeordneten Verteidigers nicht immer realisieren lassen. Die mit der Kontrolle der Durchführung einer Gegenüberstellung *lege artis* verbundenen Aufgaben können aber ohne weiteres auch von einem anwaltlichen Vertreter wahrgenommen werden.

Dies gilt auch für Tatortrekonstruktionen. Es liegt im unmittelbaren Interesse von Beschuldigten, dass sie nicht durch eine fehlerhafte Tatortrekonstruktion in Verdacht geraten oder ein solcher verstärkt wird. Allerdings wird der Verteidiger durch seine Anwesenheit ein Stück weit in die Mitverantwortung genommen. Er wird zu einem späteren Zeitpunkt die Ergebnisse einer Tatortrekonstruktion oder einer Gegenüberstellung ernsthaft nicht unter Hinweis auf Umstände in Zweifel ziehen können, auf die er infolge seiner Anwesenheit hätte Einfluss nehmen können.

3. Teilnahme des Verteidigers an der Exploration des Beschuldigten durch Sachverständige

Auch bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Psycho-Sachverständigen muss ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bestehen. Dies wurde von der Expertenkommission allerdings mehrheitlich abgelehnt.¹⁸ Dabei bleibt der Umstand unberücksichtigt, dass Gegenstand der Exploration auch das dem Beschuldigten vorgeworfene Tatgeschehen sein kann. Äußert er sich hierzu, stellt dies eine Aussage zur Sache dar, bei der er das Recht auf Beistand durch einen Verteidiger hat (§§ 137, 136 Abs. 1, 163a StPO). Lehnt

16 *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess II, 1972, S. 91 ff. Zur Fehleranfälligkeit von Gegenüberstellungen mit der Folge einer Falschidentifizierung siehe zuletzt aus rechtspsychologischer Sicht den Beitrag von *Sauerland/Krix/Merkelbach* R&P 2016, 11.

17 Siehe schon *Grünwald* JZ 1981, 423; *Odenthal* NSStZ 1985, 435; *Krause* StV 1984, 171; *Dedy*, Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahrens, 2002, S. 132 ff.

18 Auch der BMJV-RefE (Fn. 1) geht hierauf nicht ein. Nach § 73 Abs. 3 RefE soll dem Beschuldigten allerdings Gelegenheit gegeben werden, zur Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen, wenn der Gegenstand der Untersuchung nicht ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt ist oder wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen sei. Damit wird der jetzt schon in Nr. 79 Abs. 1 RiStBV verortete Anspruch auf rechtliches Gehör auf eine normativ höhere Ebene gehoben.

der Sachverständige eine Exploration in Anwesenheit des Verteidigers ab, muss diese zumindest audio-visuell aufgezeichnet werden.¹⁹ Nur so lässt sich im Falle späterer Auseinandersetzungen über die Qualität der Exploration deren Verlauf und Inhalt verlässlich rekonstruieren. Das Thema muss deshalb auf der Agenda der Reformdiskussion bleiben.

4. Teilnahme der Verteidigung an Zeugenvernehmungen

Auch ein Recht auf Anwesenheit der Verteidigung bei staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Zeugenvernehmungen hat bei der Mehrheit der Expertenkommission keine Zustimmung gefunden.²⁰ Bei Beantwortung der Frage, ob diese Forderung weiterverfolgt werden sollte, ist allerdings Dreierlei zu bedenken:

- Es würde schon die zeitlichen Möglichkeiten der Verteidigung übersteigen, wenn sie ein derartiges Teilhaberecht in allen einschlägigen Fällen in Anspruch nehmen wollte.
- Eine nur auf dem Papier stehende Teilhabebefugnis wäre für den Beschuldigten aber mit erheblichen Rechtsnachteilen verbunden. Die Nichtgewährleistung des von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK eingeräumten Konfrontationsrechts kann nach der Rechtsprechung des *EGMR* nur dann mit Erfolg gerügt werden, wenn der Verteidiger bzw. der Beschuldigte in keinem Stadium des Verfahrens die Möglichkeit einer konfrontativen Zeugenbefragung hatte und die Gründe hierfür der Justiz anzulasten sind. Die Rügemöglichkeit entfällt, wenn die Konfrontation nur aus Gründen der zeitlichen Verhinderung des Verteidigers unterbleibt.²¹
- Zu bedenken ist schließlich, dass die Einräumung eines umfassenden Anwesenheitsrechts Vorstellungen Vorschub leisten könnte, die persönliche Vernehmung von Zeugen in der späteren Hauptverhandlung durch Verlesung oder Vorspielen der im Ermittlungsverfahren dokumentierten Aussage zu ersetzen, auch wenn daran kein Verteidiger mitgewirkt hat oder ihm eine effektive Teilhabe mangels ausreichender Sachverhaltskenntnis nicht möglich war.

Ich halte es deshalb für problematisch, an der Forderung nach einem generellen Recht auf Anwesenheit der Verteidigung an sämtlichen Zeugenvernehmungen festzuhalten.

19 Stellungnahme des *Strafrechtsausschusses der BRAK* zu den Empfehlungen der BMJV-Expertenkommission, November 2015 (Fn. 3).

20 Auch der BMJV-Refe (Fn. 1) greift dieses Thema nicht auf.

21 Siehe zur Kasuistik der Rechtsprechung des *EGMR* die Ausführungen und Nachw. bei *Meyer-Gößner/Schmitt-StPO*, 59. Aufl. 2016, Art. 6 EMRK Rn. 22 ff.

Dies muss allerdings durch zweierlei kompensiert werden: Zum einen muss dem Verteidiger noch im Ermittlungsverfahren ein Recht auf ergänzende Zeugenbefragung als Bestandteil eines eigenständigen Beweiserhebungsanspruchs eingeräumt werden (hierzu nachstehend unter II.1. und 2.). Zum anderen bedarf es einer zwingenden Verpflichtung zur audio-visuellen Aufzeichnung sämtlicher Vernehmungen (hierzu nachstehend unter III.2.). Letzteres umso mehr, wenn die Empfehlung der Expertenkommission umgesetzt werden sollte, Zeugen zum Erscheinen und zur Aussage vor der Polizei zu verpflichten, wenn der Ladung ein auf den Einzelfall bezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zu Grunde liegt.²²

5. Zwischenergebnis

Eine Erweiterung der Teilhaberechte der Verteidigung an Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden kann nur in begrenztem Umfang die Verteidigungsdefizite im Ermittlungsverfahren ausgleichen und die den Angeklagten benachteiligende strukturbedingte Asymmetrie der späteren Hauptverhandlung beseitigen. Stattdessen muss die Verteidigung die Möglichkeit einer in das Ermittlungsverfahren integrierten kontradiktorischen Sachverhaltsermittlung erhalten.

II. Kontradiktorische Sachverhaltsermittlung durch die Verteidigung

1. Beweiserhebungsanspruch der Verteidigung gegenüber der Staatsanwaltschaft

a) Zwar gibt § 136 Abs. 1 StPO dem Beschuldigten das Recht, »zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen« zu beantragen. Macht er jedoch von diesem Recht im Ermittlungsverfahren Gebrauch, muss die Staatsanwaltschaft die Beweise nur dann erheben, wenn sie nach ihrer Auffassung von Bedeutung sind (§ 163a Abs. 2 StPO). Es entspricht deshalb einer ebenfalls alten Reformforderung, dem Beschuldigten einen durchsetzbaren Anspruch auf Vornahme von Ermittlungen zu verschaffen.²³ Schon im Jahre 1919

²² Der BMJV-RefE (Fn. 1) hat sich diese Empfehlung zu eigen gemacht und sieht eine entsprechende Regelung in § 163 Abs. 3 bis 5 StPO (neu) vor.

²³ *AK Strafprozessreform*, Die Verteidigung, 1979, S. 92 f.; *Krekeler*, Der Beweiserhebungsanspruch des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, 1991, S. 186 ff.; *Wölter*, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, 1991, S. 89 f.; *AK deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*, Alternativentwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, 2001, S. 124 ff.; *Dedy* (Fn. 17), S. 194 ff.; *Strafrechtsausschuss der BRAK*, Reform der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2004, S. 86 ff.; *Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C zum 65. DJT, 2004, S. 67 ff.

sah der nach James *Goldschmidt* benannte Entwurf einer Totalrevision der RStPO die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft vor, von dem Beschuldigten beantragte Beweise zu erheben, sofern diese von Bedeutung seien. Diese Verpflichtung erhielt dadurch eine besondere Durchschlagskraft, als der Amtsrichter auf Antrag des Beschuldigten über abgelehnte Beweisanträge zu entscheiden hatte.²⁴ Trotz der bis heute andauernden Diskussion dieses wichtigen Themas findet es in den Empfehlungen der Expertenkommission keinen Niederschlag.²⁵

Für die Weiterentwicklung des Ermittlungsverfahrens in Richtung auf ein kontradiktorisches Vorverfahren sind in diesem Zusammenhang folgende Punkte hervorzuheben:

- Zum Gegenstand eines Beweisantrags muss die Verteidigung die Vernehmung von Zeugen, die Einholung von Sachverständigengutachten, die Einnahme eines Augenscheins und die Beschlagnahme von Beweismitteln machen können. An die Formulierung des Beweisantrags sollten die Maßstäbe angelegt werden, die auch für in der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge gelten.
- Zum Gegenstand einer auf Antrag der Verteidigung vorzunehmenden Beweiserhebung muss insbesondere auch die *ergänzende Vernehmung eines polizeilich oder staatsanwaltschaftlich vernommenen Zeugen* gemacht werden können. Auf diese Weise kann die Nichtteilnahme der Verteidigung an der Vernehmung zumindest teilweise kompensiert werden. Entsprechend der zu § 255a Abs. 2 S. 4 StPO ergangenen Rechtsprechung müsste dem Antrag entsprochen werden, wenn für das weitere Verfahren erhebliche Beweistatsachen behauptet würden, zu denen der Zeuge anlässlich seiner polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung noch nicht befragt wurde.²⁶
- Ansonsten dürfte es sich nicht empfehlen, die Staatsanwaltschaft bei der Bescheidung der Beweisanträge an Ablehnungsgründe entsprechend denen des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO zu binden.²⁷ Es wird deshalb von den Umständen des Einzelfalles abhängen, ob die Verteidigung

24 § 191 Abs. 1 u. Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang im Strafverfahren. Hierzu ausführlich *Rentzel-Rothe*, Der »Goldschmidt-Entwurf«, 1994.

25 Auch der BMJV-RefE (Fn. 1) greift Forderungen nach Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren im Sinne einer kontradiktorischen Sachverhaltsklärung nicht auf.

26 Vgl. BGHSt 48, 268 = StV 2003, 650 m. Anm. *Schlothauer* und *Vogel/Norouzi* JR 2004, 257; s.a. BGH StV 1995, 566.

27 *Dedy* (Fn. 17), S. 201.

die Staatsanwaltschaft von der Notwendigkeit der beantragten Beweiserhebung überzeugen kann. Um die Staatsanwaltschaft zu einer gründlichen Prüfung zu veranlassen, bedarf es im Falle der Ablehnung allerdings einer mit Gründen versehenen Entscheidung.²⁸ Diese muss vor Anklageerhebung ergehen. Geht die Staatsanwaltschaft dem Antrag nach, muss dem Beschuldigten und seinem Verteidiger bei Vernehmungen die Anwesenheit gestattet sein. Dies muss auch für den Fall der Vernehmung durch Polizeibeamte gelten.

- Angesichts des der Staatsanwaltschaft eröffneten Entscheidungsspielraums muss die Ablehnung eines Beweisantrages einer gerichtlichen Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterzogen werden können.²⁹ Nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 StPO sollte der Beschuldigte binnen einer Woche eine Entscheidung durch das/den nach § 162 StPO zuständige/n Amtsgericht/Ermittlungsrichter beantragen können.
- Ordnet das Gericht die Beweiserhebung an, muss diese der Staatsanwaltschaft obliegen.³⁰ Findet die angeordnete Beweiserhebung in Form einer Vernehmung statt, muss auch hier dem Verteidiger und dem Beschuldigten die Anwesenheit gestattet werden. Auch darf eine Anklageerhebung erst erfolgen, nachdem über die Beweiserhebung entschieden und ggf. die Beweisaufnahme durchgeführt worden ist. Lehnt das/der Amtsgericht/Ermittlungsrichter die Beweiserhebung ab, sollte diese Entscheidung allerdings unanfechtbar sein.³¹

28 *AK Strafprozessreform*, Die Verteidigung, 1979, S. 93; *Wolter* (Fn. 23), S. 90; *Strafrechtsausschuss der BRAK* (Fn. 23), S. 8.

29 Befürwortend *Wolter* (Fn. 23), S. 90; *Krekeler* (Fn. 23), S. 206 ff.; *Dedy* (Fn. 17), S. 198 ff.; a. A. *Strafrechtsausschuss der BRAK* (Fn. 23), S. 86, der eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung ausdrücklich ausschließt; einschränkend *Satzger* (Fn. 23), S. 69, der einen Rechtsbehelf auf dringliche Fälle beschränken will, in denen auf Grund konkreter Tatsachen nicht auszuschließen sei, dass ein erhebliches Beweismittel bei der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung stehen werde oder sich dessen Beweiswert durch Zeitablauf wesentlich verschlechtern werde.

30 *Krekeler* (Fn. 23), S. 219; *Wolter* (Fn. 23), S. 90 Fn. 327; *Satzger* (Fn. 23), S. 90. Der »Goldschmidt-Entwurf« sah in § 191 Abs. 3 vor, dass der Amtsrichter selbst die Beweise zu erheben habe. Dies würde allerdings eine intensivere Einarbeitung in den Sachverhalt erfordern, als sie mit der Überprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft verbunden ist. Auch stehen dem Ermittlungsrichter keine den Ermittlungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft vergleichbare logistischen und zeitlichen Ressourcen zur Verfügung. Auch im gerichtlichen Voruntersuchungsverfahren gemäß § 187 RStPO waren auf entsprechendes Ersuchen des Untersuchungsrichters die Behörden und Beamten des Polizeidienstes zur Vornahme von Ermittlungen verpflichtet.

31 So auch schon der »Goldschmidt-Entwurf« § 191 Abs. 2. Generell zur Unanfechtbarkeit gerichtlicher Entscheidungen nach § 161a Abs. 3 StPO siehe dort § 161a Abs. 3 S. 4 StPO.

- Erwägt die Staatsanwaltschaft, Anklage zum Amtsgericht-Schöffengericht oder zum Land- oder Oberlandesgericht zu erheben, sollte sie verpflichtet sein, dem Verteidiger³² nach (nochmaliger) Akteneinsichtsgewährung eine Notfrist von zwei Wochen zu setzen, innerhalb derer letztmalig im Ermittlungsverfahren Beweisanträge gestellt werden können.
- Sollte die Staatsanwaltschaft einer vom Ermittlungsrichter angeordneten Beweiserhebung nicht nachkommen, und kann der Beweis in einer späteren Hauptverhandlung nicht mehr erhoben werden, weil er im weiteren Verfahrensverlauf in Verlust geraten ist, so muss die Beweisbehauptung so behandelt werden, als sei sie durch das Beweismittel bestätigt worden.³³

2. Beweiserhebungsanspruch der Verteidigung gegenüber dem Amtsgericht/Ermittlungsrichter (»in camera«-Verfahren)

Neben dem Beweiserhebungsanspruch gegenüber der Staatsanwaltschaft muss auch ein solcher gegenüber dem Amtsgericht/Ermittlungsrichter treten. Dessen Ausgestaltung hat der Funktion der Verteidigung als einseitigem Beistand des Beschuldigten Rechnung zu tragen. Dieser ist weder verpflichtet noch – ohne Einwilligung des Mandanten – berechtigt, gegenüber den Strafverfolgungsbehörden Tatsachen zu offenbaren, insbesondere, wenn diese den Mandanten belasten. Das gilt auch für die Ergebnisse eigener Erhebungen. Dementsprechend wird ein vorsichtiger Verteidiger von solchen Beweisanträgen gegenüber der Staatsanwaltschaft Abstand nehmen, die möglicherweise zu beweisrechtlichen Nachteilen für den Mandanten führen.

Vor diesem Hintergrund ist die Forderung nachvollziehbar, dem Verteidiger ein erzwingbares Recht auf persönliche Vernehmung von Zeugen einzuräumen. Dieses soll einen Zeugen dazu verpflichten, zur Vernehmung vor dem Verteidiger zu erscheinen.³⁴ Angesichts des Misstrauens, mit dem derartigen Ermittlungsbefugnissen der Verteidigung seitens der Strafverfolgungsbehörden begegnet werden dürfte, ist eine dahingehende Reformforderung wohl eher unrealistisch.³⁵ Dieses Misstrauen könnte auch nicht durch die

32 Zur notwendigen Verteidigung im Ermittlungsverfahren siehe nachstehend unter V.

33 *Krekeler* (Fn. 23), S. 234; *Dedy* (Fn. 17), S. 202: »Wahrunterstellung«; ebenso schon *Nelles* StV 1986, 74 (78); ferner *Neuhaus* StV 2015, 185 (187).

34 *Schünemann* (Fn. 6), S. 91, 105; *ders.* StraFo 2015, 177 (184).

35 *Satzger* (Fn. 23), S. 70.

Verpflichtung gemindert werden, die Vernehmung durch eine Videodokumentation einer Kontrollmöglichkeit zu unterziehen.³⁶

Zielführender dürfte es deshalb sein, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK schon für das Ermittlungsverfahren fruchtbar zu machen. Als Ausdruck eines kontradiktorischen Strafprozesses hat danach ein Beschuldigter das Recht, die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten. Hat aber die Staatsanwaltschaft das Recht, Zeugen und Sachverständige zu verpflichten, auf Ladung zu erscheinen und zur Sache auszusagen bzw. ihr Gutachten zu erstatten (§ 161a Abs. 1 S. 1 StPO), muss auch dem Beschuldigten das Recht zustehen, schon im Ermittlungsverfahren die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen zu erwirken. Dies hätte durch das/den und vor dem Amtsgericht/Ermittlungsrichter zu geschehen. Der Beschuldigte muss dementsprechend einen Anspruch darauf erhalten, dass das Gericht von ihm benannte Zeugen und Sachverständige unter Androhung von Ordnungsmaßnahmen (§§ 51, 70 StPO) vorzuladen und zur Aussage zu verpflichten hat.³⁷ Korrespondierend zu § 161a StPO dürfte der Staatsanwaltschaft – anders als dem Beschuldigten und der Verteidigung – in dem gerichtlichen Vernehmungstermin kein Anwesenheitsrecht zustehen. Auch wäre dem aus der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht resultierenden Geheimhaltungsinteresse dadurch Rechnung zu tragen, dass die Kenntnisnahme des Vernehmungsinhaltes auf das Gericht beschränkt bliebe (»in camera«-Verfahren). Nur mit Zustimmung des Beschuldigten dürften die Vernehmungsniederschrift bzw. die audio-visuelle Aufzeichnung Bestandteil der allgemeinen Verfahrensakten werden. Auch nur mit Zustimmung des Beschuldigten dürfte der Inhalt der Beweiserhebung später durch Vernehmung des Ermittlungsrichters oder Vorführung der audio-visuellen Aufzeichnung im weiteren Verfahren verwertet werden.

3. Zwischenergebnis

Nur wenn ein Beschuldigter einen Anspruch darauf erhält, schon im Ermittlungsverfahren an der Aufklärung des Sachverhalts aus seiner Sicht mitzuwirken und deren Ergebnisse aktenkundig zu machen, kann er einen Kontrapunkt zur Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft setzen. Auf diese

³⁶ So *Schünemann* ebenda.

³⁷ Bzgl. der mit der Ladung von Zeugen und Sachverständigen verbundenen Kosten könnte eine an § 220 Abs. 2 S. 3 StPO angelehnte Regelung Platz greifen, wonach die Ladung von der Hinterlegung der nach dem JVEG anfallenden Entschädigung abhängig gemacht wird und diese nur dann von der Staatskasse zu übernehmen ist, wenn sich im weiteren Verfahren ergibt, dass die Vernehmung zur Aufklärung der Sache dienlich war.

Weise kann das durch Aktenkenntnis bedingte Entstehen eines gerichtlichen Vorurteils zum Nachteil des Angeklagten verhindert oder zumindest abgemildert werden.

III. Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Sachverhaltsermittlung durch die Verteidigung

Darüber hinaus muss die Verteidigung effektivere Möglichkeiten erhalten, bei Bedarf auf die staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit schon vor Abschluss der Ermittlungen korrigierend Einfluss zu nehmen. Dies setzt zunächst die zeitnahe Erlangung der erforderlichen Informationen voraus.

1. Kontrolle durch Akteneinsicht – verstärkter Rechtsschutz gegen Versagung oder Beschränkung der Akteneinsicht

a) Nimmt die Verteidigung nicht unmittelbar an Ermittlungshandlungen teil, ist ihr eine Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungstätigkeit erst möglich, wenn sie durch Gewährung von Akteneinsicht Kenntnis von dem bisherigen Ergebnis der Untersuchungshandlungen nehmen konnte. Zwar gewährleistet § 147 Abs. 1 StPO der Verteidigung das Recht, zu diesem Zweck jederzeit Einsicht in die Akten³⁸ zu nehmen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen. Macht jedoch die Staatsanwaltschaft von ihrem Recht Gebrauch, die Akteneinsicht sowie die Besichtigung der amtlich verwahrten Beweisgegenstände wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks zu versagen (§ 147 Abs. 2 S. 2 StPO), sind die Möglichkeiten einer gerichtlichen Überprüfung dieser Entscheidung nach geltendem Recht ungenügend. Denn § 147 Abs. 5 S. 2 StPO lässt eine gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung nur in den Fällen zu, in denen sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet oder es um Aktenteile i.S.d. § 147 Abs. 3 StPO geht. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschuldigten sind damit deutlich reduziert gegenüber denjenigen eines Verletzten, dem von der Staatsanwaltschaft die Einsicht in die Akten versagt wird. Dieser kann nach § 406e Abs. 4 S. 2 StPO die Entscheidung der Staatsanwaltschaft einer gerichtlichen Überprüfung ohne jegliche Beschränkung unterziehen. Schon aus Gleichheitsgründen muss dem Beschuldigten die umfassende Befugnis eingeräumt werden, die Versagung der Akteneinsicht und der Beweismittelbesichtigung einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.³⁹

³⁸ Nach § 168b Abs. 1 StPO müssen in den Akten alle wesentlichen Vorgänge von den mit der Sache befassten Ermittlungsorganen zeitnah festgehalten werden: *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, 59. Aufl. 2016, § 168b Rn. 1.

b) Im Zusammenhang mit Computerdateien, Ton- und Bildaufzeichnungen ist in jüngster Zeit strittig geworden, ob es sich hierbei um Aktenbestandteile oder um amtlich verwahrte Beweisstücke handelt, bzgl. derer nach § 147 Abs. 4 StPO das Verbot der Mitgabe in die Geschäftsräume der Verteidigung gilt.⁴⁰ Angesichts der zunehmenden praktischen Bedeutung dieser Dateien und Aufzeichnungen und des Umfangs des auf diese Weise gespeicherten Materials ist es zwingend geboten, dieses im Büro des Verteidigers sichten und bearbeiten zu können. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass es häufig erforderlich ist, die Informationen dem Mandanten zugänglich zu machen und gemeinsam mit ihm zu erörtern. Unabhängig davon, ob es sich bei den betreffenden Computer-, Audio- und Videodateien überhaupt um »amtlich verwahrte Beweisstücke« handelt oder nicht, muss ein gesetzlicher Anspruch auf Herstellung amtlich gefertigter Kopien geschaffen werden.⁴¹

c) Gesetzlicher Änderungsbedarf besteht schließlich im Hinblick auf das unanfechtbare Recht der Staatsanwaltschaft, die Mitgabe der Akten in die Geschäftsräume der Verteidigung zu untersagen (§ 147 Abs. 4 StPO). Kann das Akteneinsichtsrecht nur auf der Geschäftsstelle der Staatsanwaltschaft wahrgenommen werden, kann dies bei einem umfangreichen Aktenbestand die Verteidigung ineffektiv machen. Deshalb muss § 147 Abs. 4 S. 2 StPO dahingehend geändert werden, dass die Entscheidung der Staatsanwaltschaft auch insoweit einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann.

d) Zu allen diesen für eine effektive Verteidigung existenziellen Fragen verhält sich die Expertenkommission nicht.⁴²

2. Kontrolle durch audio-visuelle Aufzeichnung sämtlicher , Vernehmungen

Ein besonderer Kontrollbedarf besteht im Zusammenhang mit polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen. Nach § 168b Abs. 2 StPO soll über die Vernehmung von Beschuldigten

39 *Walter* (Fn. 23), S. 88; *Dedy* (Fn. 17), S. 168; *Satzger* (Fn. 23), S. 61; MAH Strafverteidigung/*Schlottbauer*, 2. Aufl., § 3 Rn. 42. Auch wenn man mit SK-StPO/*Wohlers*, 4. Aufl. 2011, § 147 Rn. 112 aus Art. 19 Abs. 4 GG eine umfassende Rechtsschutzbefugnis schon nach geltendem Recht folgert, zeigt die gerichtliche Praxis, dass zumindest ein gesetzlicher Klarstellungsbedarf besteht.

40 Vgl. OLG Celle StV 2016, 146; OLG Frankfurt StV 2016, 148 m. Anm. *Killing* und die dort angeführten Nachw.

41 Zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts von den Aufzeichnungen betroffener Dritter kann die Überlassung der Kopien an die Verteidigung an eine Verpflichtungserklärung mit einem der Anordnung des LG Bremen StV 2015, 682 vergleichbaren Inhalt gekoppelt werden; siehe auch KG, Beschl. v. 15.03.2016 – (1) 2 StE 14/15-8 (3/15).

42 Auch der BMJV-ReFE (Fn. 1) greift dieses Thema nicht auf.

und Zeugen ein Protokoll aufgenommen werden. Hierbei handelt es sich bekanntlich in aller Regel nicht um eine wörtliche Aufzeichnung des Inhalts der Vernehmung. Selbst in den Fällen, in denen das Protokoll nicht schriftlich, sondern mit einem Tonaufnahmegerät gefertigt wird, wird sein Inhalt von den Vernehmungsbeamten und nicht von dem Vernommenen bestimmt. Vielfach besteht es aus einer Zusammenfassung des Vernehmungsinhalts ohne dass deutlich wird, was der Vernommene von sich aus oder auf Fragen oder Vorhalt im Rahmen seiner Vernehmung geäußert hat.

»Protokolle polizeilicher Zeugenvernehmungen sind ein Interaktionsprodukt zwischen dem Zeugen und dem Vernehmungsbeamten, das durch die die Befragung leitenden Hypothesen des Polizisten über das von ihm vermutete Geschehen massiv beeinflusst wird.«⁴³

Als empirischer Beleg für diese Feststellung kann immer noch die Untersuchung des Bundeskriminalamtes aus dem Jahr 1977 herangezogen werden, wo es unter der Überschrift »Das Protokoll als Zerrbild der Vernehmung« heißt:

»Missverständnisse aller Art, falsche Paraphrasierungen und Auslassungen wesentlicher Angaben des zu Vernehmenden ließen sich empirisch durch Vergleich der Bandaufzeichnungen mit den Protokollen der 27 Testvernehmungen als Fehler identifizieren.«⁴⁴

Nur durch eine audio-visuelle Aufzeichnung wird der Gefahr der systematischen Verzerrung der von einem Vernehmungsbeamten dokumentierten Aussage in Richtung der von ihm gehegten Tat- und Täterhypothese entgegengewirkt. Nur so lässt sich verhindern, dass dem Gericht eine Wertung vermittelt wird, von der es sich kaum lösen kann, weil ihm die vernehmungleitenden Hypothesen verborgen bleiben.⁴⁵ Nur eine audio-visuelle Aufzeichnung der Vernehmung versetzt das Gericht in die Lage zu erkennen, ob der Vernehmungsbeamte offene oder suggestive Fragen gestellt hat, ob diese erschöpfend oder einseitig waren, ob Vorhalte zutrafen, vollständig oder verkürzt waren und ob und in welcher Richtung ein möglicher Druck auf den

43 *Schünemann* (Fn. 6), S. 99. Dies wird auch aus Richtersicht bestätigt: vgl. *Wendler/Hoffmann*, Technik und Taktik der Befragung, 2. Aufl. 2015, S. 74.

44 *Banscherus*, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, BKA Forschungsreihe 1977, S. 86; eindrucksvoll die Dokumentation und Analyse polizeilicher Zeugenvernehmungen im Kriminalfall des Bauern *Rudolf R.* durch *Raske* (Fn. 8), S. 117 ff.; für Beschuldigtenvernehmungen sei auf die Untersuchung von *Wulf*, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen, 1984 sowie auf den Beitrag von *Volbert/May* (Fn. 7), S. 4 verwiesen.

45 *Schünemann* (Fn. 6), S. 100.

Vernommenen ausgeübt wurde. Gegenüber dem herkömmlichen Vernehmungsprotokoll vermittelt die audio-visuelle Aufzeichnung einen wesentlich intensiveren Eindruck von der Qualität der Aussage und der Persönlichkeit des Vernommenen, als dies durch die bloße Lektüre von Vernehmungsniederschriften ermöglicht wird. Auf diese Weise wird nicht nur die Qualität der gerichtlichen Beweiswürdigung zum Zwecke der Urteilsfindung optimiert; bereits im Ermittlungsverfahren kann die bessere Einschätzung der Glaubwürdigkeit des Vernommenen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu einer effektiveren Verfahrensgestaltung sowohl durch die Staatsanwaltschaft als auch durch die Verteidigung beitragen.⁴⁶

Die Expertenkommission greift dieses Thema nur mit Zurückhaltung auf. Mit knapper Mehrheit wird die Empfehlung ausgesprochen, dass Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen »jedenfalls im Regelfall audio-visuell aufgezeichnet werden« sollten. Derartige Relativierungen⁴⁷ lassen aber nur neue Probleme erwarten. Spätestens in der Hauptverhandlung wird eine Vernehmungsdokumentation herkömmlicher Art zu Auseinandersetzungen darüber führen, ob nicht bereits zum Zeitpunkt der Vernehmung von einem schweren Tatvorwurf oder einer schwierigen Sach- und Rechtslage auszugehen und die Vernehmung audio-visuell aufzuzeichnen war. Zu fordern ist deshalb die zwingende Verpflichtung zur audio-visuellen Aufzeichnung sämtlicher Vernehmungen. Nur aus Gründen der technischen Realisierbarkeit wird sich die Pflicht zur Aufzeichnung auf Bild-Ton-Träger allerdings zunächst auf Vernehmungen beschränken müssen, die in Behördenräumlichkeiten durchgeführt werden.⁴⁸ Zur Arbeits- und Verfahrenserleichterung bedarf es einer schriftlichen Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts der Vernehmung. Zwar birgt auch dies die Gefahr einer einseitigen Bewertung. Hierauf kann die Verteidigung aber nach einem Abgleich mit der Aufzeichnung durch die wörtliche Übertragung des Inhalts des Tonträgers reagieren und diese aktenkundig machen.

46 Zur Notwendigkeit einer audio-visuellen Aufzeichnung aller Vernehmungen siehe *Schünemann StraFo* 2015, 177 (184); *ders.* (Fn. 6), S. 91, 104; *Neuhaus StV* 2015, 185 (189); *Nack/Park/Braunstein NStZ* 2011, 310; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, insbes. S. 125 ff.; *Wendler/Hoffmann* (Fn. 43), S. 75.

47 § 58a Abs. 1 des BMJV-RefE (Fn. 1) bestimmt zwar eine Pflicht zur audio-visuellen Aufzeichnung aller Zeugenvernehmungen (die Aufzeichnungspflicht soll sich gemäß §§ 136 Abs. 4, 163a Abs. 4 S. 2 StPO [neu] auch auf polizeiliche, staatsanwaltschaftliche und richterliche Beschuldigtenvernehmungen erstrecken), stellt diese aber unter den Vorbehalt, dass die Aufzeichnung »aufgrund des schweren Tatvorwurfs oder der besonders schwierigen Sachlage geboten erscheint«.

48 Die technischen Möglichkeiten für eine audio-visuelle Aufzeichnung von Vernehmungen auch außerhalb von Diensträumen bestehen allerdings schon heute: vgl. zum Einsatz von Gesprächs- und Videoaufzeichnungs-Apps *Seidel/Hofmann Die Polizei*, 2014, 215. Zu den Konsequenzen der Verletzung der Verpflichtung zur audio-visuellen Vernehmungsaufzeichnung siehe nachstehend unter IV.1.c).

3. Kontrolle heimlicher Ermittlungsmethoden

Heimliche Ermittlungsmethoden bestimmen immer stärker das polizeiliche Vorgehen bei der Straftataufklärung und der Vorfeldermittlung. Von der Tatsache und etwaigen Ergebnissen einer Telekommunikationsüberwachung, eines heimlichen Lauschangriffs und sonstiger Observationsmaßnahmen, einer Rasterfahndung, der Erhebung von Verkehrs- und Bestandsdaten, des Einsatzes Verdeckter Ermittler, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter und Vertrauenspersonen erfährt der Verteidiger erst im Rahmen der Akteneinsicht, sobald die betreffenden Maßnahmen aktenkundig gemacht worden sind (§ 101 Abs. 2 u. 5 StPO). Eine Überprüfung der Zulässigkeit dieser Ermittlungshandlungen und der Zuverlässigkeit der dadurch gewonnenen Erkenntnisse ist auch dann nur eingeschränkt möglich. Vielfach beruhen die den Maßnahmen zugrundeliegenden Verdachtsannahmen auf vertraulichen Hinweisen, deren Herkunft und Qualität häufig unbekannt bleibt. Auch die Identität eingesetzter Verdeckter Ermittler, nicht offen ermittelnder Polizeibeamter und V-Leute bleibt vielfach im Dunkeln. Durch die Verschränkung repressiver Straftataufklärung und präventiv-polizeilicher Maßnahmen (§ 161 Abs. 2 StPO) fließen in das Ermittlungsverfahren auch Erkenntnisse ein, die aus anderweitigen heimlichen Überwachungsmaßnahmen resultieren,⁴⁹ deren Verlässlichkeit noch größeren Zweifeln ausgesetzt ist. Vor diesem Hintergrund wird zur Stärkung des Richtervorbehalts die Einschaltung eines Rechtsvertreters des Beschuldigten diskutiert, der in einer obligatorischen Verhandlung vor Erlass der gerichtlichen Ermittlungsanordnung dessen Rechte wahrzunehmen habe, wobei er diesem gegenüber allerdings zur Verschwiegenheit verpflichtet sein soll.⁵⁰ Zwar soll es Aufgabe dieses Rechtsvertreters sein, im Interesse des Beschuldigten die Voraussetzungen für eine gerichtliche Ermittlungsanordnung zu überprüfen. Angesichts des Umstands, dass dieser Rechtsvertreter aber auch nur über denselben Informationsstand wie der anordnende Richter verfügt und dieser – wie auch schon die Staatsanwaltschaft – von Gesetzes wegen gehalten ist, die für und gegen die Anordnung sprechenden Gründe zu berücksichtigen, erscheint der Mehrwert des Einsatzes einer weiteren Kontrollperson gering.

Effektiver erscheint die Begründung eines Rechts, das es dem Verteidiger gestattet, die Weitergabe von Akteninhalten an das erkennende Gericht zu sperren, wenn im Ermittlungsverfahren keine Möglichkeit bestand, die

49 Vgl. zuletzt § 19 Abs. 1 BVerfSchG i.d.F. vom 17.11.2015 – BGBl. 2015, 1938; hierzu *Scharmer StV* 2016, 323.

50 *Satzger* (Fn. 23), S. 125 f.; *Schünemann* (Fn. 6), S. 91, 104; *ders. StraFo* 2016, 45 (50).

Verlässlichkeit der Informationsquellen zu überprüfen. Dadurch kann eine einseitige Beeinflussung der richterlichen Meinungsbildung verhindert werden.⁵¹

IV. Recht der Verteidigung auf Selektion der dem Gericht bei Anklageerhebung vorzulegenden Akten

Von *Schünemann*⁵² stammt der Vorschlag, der Verteidigung das Recht auf eine »Sperrerkklärung« einzuräumen, durch die sie dem erkennenden Gericht die Kenntnis bestimmter Akteninhalte vorenthalten kann. Dieses Recht soll sich vornehmlich auf die zentralen polizeilichen Vernehmungsprotokolle beziehen. Diesen Vorschlag gilt es zu konkretisieren. Ein generelles Vetorecht der Verteidigung würde sicherlich weit über das erforderliche Ziel hinauschießen und zu einem Strukturbruch mit der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 244 Abs. 2 StPO führen. Deshalb ist der Gegenstand, auf den sich eine Sperrerkklärung erstrecken soll, einzugrenzen (1.). Ferner müssen das Verfahren zur Durchsetzung einer solchen Sperrerkklärung und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Urteilsfindung geklärt werden (2.)

1. Sperrung bestimmter Akteninhalte

Welche Akteninhalte sollen einem Sperrvorbehalt der Verteidigung unterliegen?

a) Ermittlungsergebnisse, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, dürfen nicht zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden. Resultiert daraus beispielsweise in Bezug auf Vernehmungsniederschriften nicht nur ein Verlesungsverbot, sondern auch ein Vorhalt- und Vernehmungsverbot bzgl. einer Verhörsperson, muss der Beschuldigte das Recht haben, das diesbezügliche Dokument sowie darauf gestützte weitere Aktenteile aus der Akte entfernen zu lassen.⁵³

b) Unabhängig vom Vorliegen eines Beweisverwertungsverbot muss dem Beschuldigten die Möglichkeit einer Sperrerkklärung bzgl. solcher Ermittlungsergebnisse eröffnet werden, bei denen es zu einer Verletzung seiner Verteidigungsrechte gekommen ist. Hat die Staatsanwaltschaft beispielsweise die richterliche Gestattung einer ergänzenden Zeugenvernehmung trotz

⁵¹ Dazu nachstehend unter IV.

⁵² *Schünemann* StraFo 2015, 177 (185 f.).

⁵³ Zu den Konsequenzen für das weitere Verfahren siehe nachstehend unter 2.

substanziierter Bedenken gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit der vorliegenden Aussage ignoriert, muss die Verteidigung die Kenntnisnahme der Ausgangsvernehmung durch das erkennende Gericht sperren lassen können.

c) Ist es unterblieben, die Vernehmung eines Beschuldigten, Zeugen oder Mitbeschuldigten audio-visuell aufzuzeichnen, sind die Niederschrift und sonstige über die Vernehmung gefertigte Vermerke auf Antrag aus den Akten zu entfernen, wenn die audio-visuelle Aufzeichnung der Vernehmung technisch möglich gewesen wäre, das Aufzeichnungsgebot aber bewusst missachtet wurde.

d) Befinden sich in der Akte geheimdienstliche oder sonst vertrauliche Erkenntnisse oder Informationen von Verdeckten Ermittlern, nicht offen ermittelnden Polizeibeamten oder Vertrauenspersonen, deren Quellen nicht so offen gelegt werden, dass die Verteidigung ihre Verlässlichkeit im Ermittlungsverfahren überprüfen konnte, muss sie auch insoweit die Möglichkeit haben, diese Aktenteile der Kenntnis des erkennenden Gerichts vorzuenthalten. So wird beispielsweise auch das englische Strafverfahrensrecht von dem Grundsatz beherrscht, dass das Gericht keine Kenntnis von Beweisen erhalten darf, die von der Verteidigung nicht angemessen überprüft oder in Frage gestellt werden konnten.⁵⁴

2. Durchsetzung des Aktensperrvorbehalts der Verteidigung und Konsequenzen für das Verfahren

Spätestens bei Abschluss der Ermittlungen hat die Verteidigung einen Antrag zu stellen, wenn bestimmte Akteninhalte gesperrt werden sollen. Darüber hätte entsprechend § 101 Abs. 7 S. 1 StPO das Ermittlungsgericht am Sitz der Staatsanwaltschaft zu entscheiden. Die Umsetzung dieser Entscheidung hätte durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen.⁵⁵ Dass es dazu kommt, muss die Verteidigung gerichtlich überprüfen lassen können. In der Hauptverhandlung oder zu deren Vorbereitung würde es der Staatsanwaltschaft allerdings unbenommen bleiben, Anträge auf Beweiserhebung bzgl. solcher Tatsachen zu stellen, die Gegenstand von Ermittlungen waren und deren Dokumentation auf Antrag der Verteidigung der Akte entnommen worden ist. Über ein eventuell in Betracht kommendes Beweisverwertungsverbot hat

⁵⁴ *Billis*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren, 2015, S. 186.

⁵⁵ Die Selektion von Aktenteilen wird die Staatsanwaltschaft nach Einführung der »elektronischen Strafakte« vor keine technischen Probleme stellen.

das erkennende Gericht zu entscheiden; die Sperr-Entscheidung des Ermittlungsgerichts erzeugt insoweit keine Bindung. Die gesperrten Aktenteile selbst dürften allerdings nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden.

Die Frage, ob »gesperrte« Aktenteile bei Zwischenentscheidungen, beispielsweise in Form von Beschwerdeentscheidungen, berücksichtigt werden dürfen, ist zu bejahen, sofern keine Beweisverwertungsverbote vorliegen.⁵⁶ Allerdings bedarf es einer § 23 StPO entsprechenden Regelung, wonach Richter, die bei einer solchen Zwischenentscheidung beteiligt waren, von der Mitwirkung an der Hauptverhandlung ausgeschlossen sind. Dagegen könnte eingewendet werden, dass dadurch »auf kaltem Wege« erreicht würde, dass zwischen eröffnendem und erkennendem Gericht keine Personenidentität mehr bestehen könne, was zu einer Doppelbelastung bei Gericht führe. Dieses Argument wird in dem Augenblick gegenstandslos, wenn die Eröffnungsentscheidung nach § 203 StPO abgeschafft würde.⁵⁷ In der Verfahrenswirklichkeit kommt dem Eröffnungsbeschluss ohnehin nicht die Kontrollfunktion zu, die ihr ursprünglich zugedacht war.⁵⁸ Zudem würde dann auch der mit dieser Entscheidung verbundene Inertia-Effekt ausbleiben.

D. Vorverlagerung der notwendigen Verteidigung im Ermittlungsverfahren

Ein kontradiktorisches Ermittlungsverfahren setzt einen verteidigten Beschuldigten voraus. Erweiterte Gehörs- und Teilhaberechte, Beweiserhebungsmöglichkeiten und Befugnisse zur Sperrung von Aktenteilen bei Anklageerhebung können effektiv nur von einem Verteidiger wahrgenommen werden. Dies wird nicht schon durch das Recht gewährleistet, sich des Beistands eines Wahlverteidigers schon im Ermittlungsverfahren bedienen zu können (§ 137 StPO). Vielmehr ist es erforderlich, das Institut der notwendigen Verteidigung im Ermittlungsverfahren stärker auszubauen.

Zwar ist der Beschuldigte nach geltendem Recht schon bei Beginn der ersten polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen oder richterlichen Vernehmung darüber zu belehren, dass er unter den Voraussetzungen des § 140 StPO die Bestellung eines Verteidigers beanspruchen kann (§§ 163a Abs. 4 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, 136 Abs. 1 S. 3 StPO). Dies aber nur nach Maßgabe des § 141 Abs. 3 StPO, was im

⁵⁶ *Schlothauer* FS Lüderssen, 2002, S. 761 ff.

⁵⁷ S. zum Diskussionsstand SK-StPO/*Paeffgen*, 5. Aufl. 2016, Vor § 198 Rn. 6 ff., 15 ff.

⁵⁸ LR-StPO/*Stuckenberg*, 26. Aufl, Vor § 198 Rn. 13.

Ermittlungsverfahren einen Antrag der Staatsanwaltschaft voraussetzt.⁵⁹ Es ist deshalb zu begrüßen, dass die BMJV-Expertenkommission mit großer Mehrheit für ein eigenes Recht des Beschuldigten plädiert, schon im Ermittlungsverfahren die Beordnung eines Pflichtverteidigers beantragen zu können, worüber der Ermittlungsrichter zu entscheiden habe.⁶⁰ Zusätzlich bedarf es allerdings einer Ergänzung des § 136 Abs. 1 StPO zur Regelung derjenigen Fälle, in denen zum Zeitpunkt der ersten Vernehmung eine Belehrung über den Anspruch auf Verteidigerbeordnung deshalb unterbleibt, weil nach Auffassung der Vernehmungsperson die Voraussetzungen des § 140 StPO nicht gegeben sind. Hier muss der Beschuldigte unabhängig von einer Vernehmungssituation, ggf. schriftlich, über seinen Anspruch belehrt werden, sobald die Voraussetzungen des § 140 StPO aus der Sicht der Ermittlungsbehörden vorliegen. Darüber hinaus ist zu fordern, dass die Staatsanwaltschaft in den Fällen, in denen sie die Anklageerhebung zum Schöffengericht, zum Landgericht oder zum Oberlandesgericht erwägt, bei dem zuständigen Ermittlungsrichter für diejenigen Beschuldigten die Beordnung eines Verteidigers beantragen muss, die noch nicht über einen Verteidiger verfügen.⁶¹ Nur auf diese Weise lässt sich der Anspruch des Beschuldigten auf Beweiserhebung, ergänzende Zeugenvernehmung und Sperrung bestimmter Aktenteile bei Anklageerhebung verwirklichen. Finden Beweiserhebungen statt, ohne dass dem unverteidigten Beschuldigten ein Verteidiger beigeordnet worden ist, dürfen deren Ergebnisse nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung im weiteren Verfahren Verwendung finden.

Die Mehrheit der BMJV-Expertenkommission hat es abgelehnt, die notwendige Verteidigung auf die Fälle vorläufiger Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO zu erstrecken.⁶² Liegen aber nach Auffassung der Polizei oder der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls vor,

59 So jedenfalls die in der Rspr. überwiegende Auffassung; vgl. BGH StV 2016, 133 m.w.N.; zur Kritik hieran die Anm. von *Neuhaus* zu dieser Entscheidung (StV 2016, 136) mit ebenfalls zahlr. Nachw..

60 Diese Empfehlung wird von dem BMJV-RefE (Fn. 1) in Gestalt des § 141 Abs. 3 und 4 StPO (neu) aufgegriffen. Dass in diesem Zusammenhang § 136 Abs. 1 S. 3 StPO in der Weise um einen Halbsatz ergänzt werden soll, wonach der Beschuldigte »auf die Kostenfolge des § 465« StPO hinzuweisen sei, trägt zwar der Gesetzeslage für den Fall einer späteren Verurteilung Rechnung. Da aber eine Verteidigerbeordnung von Amts wegen gemäß § 141 Abs. 1 StPO unbeschadet der Kostenfolgen für den Angeschuldigten im Falle seiner Verurteilung und unabhängig von seiner diesbezüglichen Kenntnis erfolgt, dürfte der nunmehr vorgesehene obligatorische Hinweis für viele Beschuldigte nur eine abschreckende Funktion haben. *Honi soit qui mal y pense*.

61 Für die Auswahl des Verteidigers kommt § 142 StPO zur Anwendung.

62 Auch der BMJV-RefE (Fn. 1) greift dieses Thema nicht auf. Allerdings wird durch § 141 Abs. 3 S. 5 des RefE der Zeitpunkt der Verteidigerbeordnung im Verhältnis zu §§ 140 Abs. 1 Nr. 4, 141 Abs. 3 S. 4 StPO vorverlegt, weil die haftrichterliche Vernehmung des Beschuldigten vor der Entscheidung über den Erlass oder die Aufrechterhaltung eines Haftbefehls (§§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 2, 128 Abs. 1 StPO) die Mitwirkung eines Verteidigers zur Wahrung seiner Rechte gebietet.

bedarf der Beschuldigte, bevor er dem Richter bei dem Amtsgericht zwecks Entscheidung über den Erlass eines Haft- oder Unterbringungsbefehls vorgeführt wird, des Beistands eines Verteidigers. Dies gilt schon deshalb, um ihn darüber in Kenntnis zu setzen, von welchen Voraussetzungen seine Inhaftierung oder Freilassung abhängt und wie sich das weitere Verfahren für den Fall der Inhaftierung gestaltet. Angesichts der hohen Emotionalität der Situation muss der Beschuldigte in die Lage versetzt werden, seine Rechte unter Abwägung aller Umstände sachlich wahrnehmen zu können. Im Hinblick auf die gebotene Unverzüglichkeit der Vorführung (§ 128 Abs. 1 StPO) lässt sich allerdings ein Anspruch auf Beiordnung eines Verteidigers des Vertrauens des Beschuldigten schon aus praktischen Gründen in aller Regel nicht realisieren. Notwendig und ausreichend ist der Beistand eines »Notverteidigers«. Auf diese Weise würde auch die Problematik der übereilten Auswahl eines Pflichtverteidigers vermieden, die mit einer möglichen Bindungswirkung für das weitere Verfahren verbunden wäre. Als »Notverteidiger« oder »Pflichtverteidiger der ersten Stunde« könnten die im Gerichtsbezirk des Richters am Amtsgericht zugelassenen Fachanwälte für Strafrecht herangezogen werden, die entsprechend § 49 Abs. 1 BRAO zur Übernahme der Beistandsleistung zu verpflichten wären.

E. Ausblick

Ob die zur Stärkung der Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren vorgeschlagenen Maßnahmen zu einer »effektiveren Ausgestaltung des Strafverfahrens« beitragen, lässt sich nicht vorhersagen. Kurzfristige Rationalisierungserfolge im Sinne einer maximierten Verfahrenserledigung unter Einsatz minimierter Ressourcen sind wohl nicht zu erwarten. Allerdings könnte die Gewährleistung eines höheren Maßes an Verfahrensrationalität zumindest auf längere Sicht dazu führen, »Nebenkriegsschauplätze« zu vermeiden und das Verfahren auf die tatsächlich entscheidungserheblichen Fragen zu konzentrieren. Aber ohnehin darf die Funktion des Strafverfahrensrechts nicht auf den Bezugswert eines ökonomischen *Benchmarking* reduziert werden. Vielmehr muss das Gebot des fairen Verfahrens wieder in den Mittelpunkt der Diskussion gestellt werden und zwar nicht allein mit Worten, sondern mit gesetzgeberischen Taten. Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber fast wie vom Fließband neue Strafvorschriften produziert und bestehende Straftatbestände erweitert und so schon die statistische Wahrscheinlichkeit erhöht, dass immer mehr Menschen zu Betroffenen eines Ermittlungsverfahrens werden.

Pragmatische Reform oder Verflüssigung von Verfahrensstandards?

I. Einleitung

Ausgehend von der vergleichenden Betrachtung der deutschen und der US-amerikanischen Strafverfolgungs- und Sanktionierungspraxis, vor allem aber nicht nur in Wirtschaftsstrafsachen, stellen die nachfolgenden Überlegungen nicht die Analyse eines »Ist-Zustands« dar. Sie beschreiben auch nicht den Zustand, der eintreten würde, wenn die Empfehlungen der Expertenkommission eins zu eins umgesetzt werden sollten.

Gleichwohl könnte man, wenn man die vorgeschlagenen Veränderungen der Strafprozessordnung konsequent weiterdenkt, drei Fragen stellen:

1. Tragen die Empfehlungen der Kommission zu einer Verschiebung der Machtbalance unter den Verfahrensbeteiligten bei?
2. Lässt sich ein Kompetenzverlust der Gerichte in verschiedenen Verfahrensstadien feststellen?
3. Drohen eine Zweiklassenstrafverfolgung bzw. eine Zweiklassenverteidigung?

Gelegentlich wird schlagwortartig von einer »Privatisierung« oder »Amerikanisierung« des Strafverfahrens die Rede sein. Beide Phänomene sind Gegenstand einer sich entwickelnden Diskussion in der Prozessrechtswissenschaft.¹ Die vorstehenden drei Fragen beleuchten jeweils Teilaspekte. Die im Titel so bezeichnete »Verflüssigung«² des Verfahrensrechts wäre eine normative Folgeerscheinung, wenn die Antwort auf die Fragen positiv ausfiele. Gemeint ist damit eine fortschreitende Zurückdrängung formaler und

1 Hierzu ausführlich *Momsen*, Verlagerung der Strafverfolgung auf Private im Wirtschaftsrecht - Chance oder Irrweg? in: Über allem: Menschlichkeit, Festschrift für Dieter Rössner, Baden-Baden 2015, S. 871 ff.; *ders.* Interne Ermittlungen aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Baden-Baden 2015, S. 1234 ff.; *ders.*, Criminal Compliance in den USA (gemeinsam mit Douglas M. Tween), in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Baden-Baden 2015, S. 1027 ff.

2 Für die Anregung zu diesem Topos danke ich meinem ehemaligen Saarbrücker Kollegen Heike Jung.

bindender Verfahrensregelungen zugunsten pragmatischer oder flexibler Wertungsentscheidungen, die scheinbar zur effektiveren und unter Umständen sogar gerechteren Behandlung des Einzelfalls beitragen können. Allerdings gilt zu bedenken, dass nach der Idee des reformierten Strafprozesses gerade im Ermittlungsverfahren formale Regelungen die Staatsgewalt in Ihrem Zugriff auf die Rechte der Bürger beschränken soll. Flexibilisierung bedeutet daher nur allzu leicht einen Zugewinn an Handlungsoptionen für potente Verfahrensbeteiligte, aber einen Verlust an Schutz für weniger potente Beteiligte. Denn wer eine Option nicht wahrnimmt, trägt hierfür in der Regel selbst die Verantwortung und hat mit den Konsequenzen zu leben. Im Hauptverfahren können Änderungen ähnliche Folgen zeitigen. Vor allem ist jedoch zu untersuchen, ob die Gerichte, die nach unserem, vom Grundsatz der »Fürsorgepflicht«³ herkommenden Verfahrensverständnis für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens Sorge zu tragen haben, in ihren Handlungsmöglichkeiten reduziert werden. Der Mechanismus von Option, Mitverantwortung und drohendem Rechtsverlust ist vergleichbar. Allein im Rechtsmittel-, vor allem im Revisionsverfahren, kann eine Entformalisierung die Chancen aller, auch der nicht potenten Verfahrensbeteiligten steigern, ihre Rechte durchsetzen zu können. Hier allerdings sind in der Reformdiskussion bislang kaum entsprechende Tendenzen zu erkennen. »Verflüssigung« beschreibt damit einen unter Gerechtigkeitsaspekten wenig wünschenswerten Zustand.

Die von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen einzelner Regelungen des Ermittlungsverfahrens sind von sehr unterschiedlicher Tragweite. Wenngleich in der Zusammenschau eher fragmentarisch-pragmatisch als revolutionär, so weisen sie doch möglicherweise in eine bestimmte Richtung: Die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens wird weiter anwachsen, vermutlich auch die Relevanz eines Zwischenverfahrens. Abnehmen könnte demgegenüber die bislang prägende Bedeutung der Hauptverhandlung.

Durch diese Entwicklung ergeben sich, wie durch nahezu jede Änderung der Strafprozessordnung, verschiedene Auswirkungen auf die Verfahrensbeteiligten. Sofern diese sich aber, wie soeben als These formuliert, auf die Struktur des Verfahrens auswirken, weil und soweit sie lediglich Bauteile einer umfassenderen Konstruktion sind, verschiebt sich auch die Machtbalance zwischen den Akteuren.

³ Zur Entwicklung der »Fürsorgepflicht« ausf. *Momsen*, Verfahrensfehler und Rügeberechtigung, 1997, S. 119 ff.

Abschnitt 3 der Empfehlungen steht unter der an sich einschlägigen Überschrift »Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht«. Inhaltlich geht es hier jedoch nicht um strukturelle Veränderungen, sondern – wenngleich nicht ohne Tragweite – doch eher um punktuelle Renovierungsarbeiten, die erst im Kontext anderer Abschnitte ein strukturelles Potential enthüllen.

Ob durch diese nachträglichen Änderungen am Bauwerk eventuell ein Teil, beispielsweise das bislang unauffällig verputzte Vorderhaus verstärkt und repräsentativer gestaltet wird, dafür aber eventuell aufgrund beschränkter Modernisierungsmittel das Hinterhaus, das zwar schöne große Fenster aufweist, aber hohe Heizkosten verursacht, künftig dem Verfall preisgegeben wird, oder ob die Veränderungen am ursprünglichen Entwurf die Stabilität der gesamten Konstruktion gefährden, das ist die Frage, die es zu untersuchen gilt.

Traditionell lassen sich drei Konstruktionen differenzieren, die jeweils auf einem anders gelagerten, tragenden Konzept aufbauen:

- »Das instruktorische Verfahren, in dem das Gericht die Beweisaufnahme (mit)bestimmt, weil eine umfassende Amtsaufklärungspflicht besteht und eine Vorbereitung aufgrund der Ermittlungsakten möglich ist (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich und Portugal).
- Das adversatorische Verfahren, in dem die Parteien die Beweise selbst beschaffen und in der – praktisch selten stattfindenden – Hauptverhandlung über die Schuldfrage präsentieren (USA, England und andere common law Systeme).
- Das gemischte Verfahren, das Elemente der instruktorischen und adversatorischen Verfahrensmodelle verbindet (Italien, Japan und Schweden)«. |⁴

Ein maßgebliches Kennzeichen des reformierten Strafprozesses ist die Trennung von Anklagebehörde und Sanktionsbehörde. Das in dieser institutionellen Trennung ausgeprägte Anklageprinzip wird als eigentlicher Garant für ein neutrales, nicht von eigenen Interessen geprägtes Verfahren und Urteil angesehen. |⁵ Ohne dass es im Hinblick auf die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Exekutive oder aber zur Judikative je zu einer einhelligen

4 Ambos, Jura 2008, 593 f.

5 Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883, Bd. 1, S. 38 ff. mit Verweisen auf Köstlin und Zachariae.

Sichtweise gekommen wäre,⁶ wird man doch die funktionale Eigenständigkeit der Anklagebehörde als elementar für das kontinentale und insbesondere das deutsche Rechtsstaatsverständnis bezeichnen können. Genauso wie die aus dieser Unabhängigkeit resultierende Verpflichtung zur Objektivität.

Damit ist natürlich nicht gesagt, dass Rechtsstaatlichkeit nicht auch in einem Verfahrensmodell gewährleistet werden könnte, welches zumindest die Trennung von Anklage und Sanktion weniger deutlich ausprägt.

Aus dieser Perspektive fällt der Blick üblicherweise auf das US-amerikanische Strafverfahren, gelegentlich und mit Einschränkungen auf das kanadische oder das britische Verfahrensrecht. Tatsächlich zeigt sich in der Konzeption des amerikanischen Strafverfahrens kein so klarer Antagonismus zum deutschen Konzept (mehr), dass man von einem rein akkusatorischen und einem durchgängig adversatorischen, von einem reinen kontradiktorischen Modell oder von einem grundsätzlich konsensualen Verfahren sprechen könnte. Vielmehr nähern sich beide Varianten an verschiedenen Punkten einander an. Gleichwohl ist nicht nur die Tradition, sondern auch die Grundkonzeption jeweils eine andere. Die Annäherung erfolgt auch nicht systematisch, sodass wir ebenfalls nicht von der gewissermaßen evolutionären Herausbildung eines weiteren gemischten Modells ausgehen können.

Blicken wir nun auf die Empfehlungen der Kommission, so sehen wir einzelne Mosaiksteine, welche auch zusammengesetzt noch kein vollständiges Bild ergeben. Dennoch, schemenhaft beginnt sich eine Entwicklung abzuzeichnen und es beginnen Figuren hervorzutreten, die eine gewisse, sogar eine zunehmende Ähnlichkeit aufweisen mit den Protagonisten des amerikanischen Bildes. Nun fragt sich, ob diese Figuren, wenn sie denn einmal vollständig ausgemalt sein sollten, sich noch in den Rahmen einpassen lassen, den die Konzeption des deutschen Strafverfahrensrechts vorgibt.

6 Für eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt, da jene »die ganze Gewalt«, nicht nur Spruchrichter umfasse, und gegen eine Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte appellierten noch *Wagner*, NJW 1963, 8; *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561 ff. und *Arndt*, NJW 1961, 1615, 1617. Das BVerfG ordnet die Staatsanwaltschaft »trotz ihrer organischen Eingliederung in die Justiz« der Exekutive zu, BVerfG, NJW 2001, 1121, 1123; BVerfG, NJW 2002, 815. Der BGH stuft den Staatsanwalt als ein dem Gericht gleichgeordnetes »Organ der Strafrechtspflege« ein, BGHSt 24, 171; ähnlich die Bundesregierung im Entwurf eines ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, BT-Drucks. 7/551, 38. Für eine »Zwitterstellung« der Staatsanwaltschaft als ein zwischen den beiden Gewalten stehendes »selbstständiges Organ der Rechtspflege« sprechen sich u.a. *Roxin*, DRiZ 1997, 111, 114 und *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 133, aus. Eine gesetzliche Ausgestaltung des Berufsbilds der Staatsanwaltschaft wird seit langem gefordert, siehe z.B. *Kelker*, ZStW 118 (2006), 389, 396 m.w.N.

Vorab sei klargestellt, dass meines Erachtens nach weder von der Kommission ein Paradigmenwechsel angestrebt wurde noch, dass wir es mit den Ansätzen einer im Übrigen strukturiert geplanten oder zielgerichteten Entwicklung zu tun hätten. Gerade weil die feststellbaren Koinzidenzen zufällig zu sein scheinen, verdienen sie jedoch besondere Sensibilität.

Zudem hat die Kommission im Ergebnis nur einzelne Bausteine einer Reform vorgelegt, auf ein kohärentes Reformkonzept aber verzichtet, bzw. musste darauf infolge der Abstimmungsmodi verzichten. Daher sollte das Augenmerk darauf gerichtet werden, ob sich aus gezielten Modifikationen eine gleichsam schleichende Veränderung der Verfahrenspraxis ergibt.

II. Zu den Empfehlungen der Reformkommission

A.1.1. Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

Dem Verteidiger sollte die Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten gestattet werden. Ihm sollte dabei ein Fragerecht zustehen (17:4:0).

Die vorgeschlagene Regelung beschreibt die gängige Praxis. Meines Erachtens ergibt sich der rechtliche Regelungsgehalt bereits aus § 136 StPO. An dieser Stelle, wie auch bei dem ein oder anderen weiteren Vorschlag fragt man sich zunächst, warum überhaupt über eine »Regelung« debattiert werden kann. In gewisser Weise wäre es auch interessant zu wissen, wer wohl dagegen gestimmt haben mag.

Aber warum die explizite Festschreibung des an sich Selbstverständlichen? Die Ratio kann einerseits in der Verknüpfung mit Beweisverwertungsfragen liegen und andererseits darin, die Bedeutung bestimmter Verfahrenshandlungen zu betonen oder aufzuwerten.

Dem Ermittlungsverfahren kommt seit jeher eine urteilsprägende Bedeutung zu: »Was im Vorverfahren versäumt wird, kann in keiner Phase des Prozessfortganges wieder gutgemacht werden.«⁷ Die Verteidigung kann im Ermittlungsverfahren durch »rechtzeitiges, professionelles Krisenmanagement«⁸ den Verlauf des weiteren Verfahrens entscheidend beeinflussen.

⁷ *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Auflage 2015, Rn. 234.

⁸ *Dahs*, a.a.O., Rn. 236.

Voraussetzung für eine Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ist aber dessen rechtzeitige Beauftragung. Zwar kann dem Beschuldigten auch schon im Vorverfahren ein Verteidiger beigeordnet werden,⁹ aber nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft¹⁰ und nicht etwa von Amts wegen, wenn im späteren gerichtlichen Verfahren die Verteidigung notwendig sein wird. Dies führt für den mittellosten Beschuldigten, der sich die Beauftragung eines Wahlverteidigers nicht leisten kann, zu der nachteiligen Situation, dass er in der wichtigen ersten polizeilichen Vernehmung¹¹ kaum eine Möglichkeit hat, sich eines Verteidigers zu bedienen. Freilich gibt es nach allgemein anerkannter Auffassung für Beschuldigte derzeit keine Pflicht zum Erscheinen zu polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen.¹² Einerseits ist diese Tatsache den Betroffenen jedoch häufig nicht bekannt¹³ und andererseits kann die Mitwirkung an der polizeilichen Vernehmung bei Anwesenheit eines Verteidigers im Vergleich zum Nichterscheinen in bestimmten Fällen vorteilhaft für den Beschuldigten sein. Daher ist der Vorschlag der Expertenkommission, dem Verteidiger ein Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen und damit eine weitere Möglichkeit des frühzeitigen Eingriffs in den Verfahrensfortgang einzuräumen, zu begrüßen. Auch weil er, wie oben gesagt, in der Sache alternativlos ist.

Auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR¹⁴ sowie der einschlägigen Richtlinien¹⁵ sind die Erwägungen der überwiegenden Mehrheit der Kommissionsmitglieder bzgl. eines expliziten Anwesenheits- und Fragerechts der Verteidigung bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen schlüssig und auf mittelfristige Sicht wohl auch zwingend.

Gerade weil und wenn hier für die Verteidigung Möglichkeiten zur frühzeitigen entlastenden Einflussnahme oder auch nur zur taktischen Kanalisierung der Kommunikation zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgern besteht, werden diese frühen Beweiserhebungen nach einer solchen Reform in späteren Verfahrensstadien vermutlich (noch) weniger kritisch hinterfragt werden, als schon gegenwärtig. Zum anderen hingegen verschiebt sich zugleich

9 Gem. § 141 Abs. 3 StPO.

10 Nicht auf Antrag des Beschuldigten, siehe hierzu aber Punkt A.1.6.

11 So betont es auch die Expertenkommission (Abschlussbericht, S. 29); zur ständigen Rspr. des EGMR vgl. nur NJW 2009, 3707.

12 Vgl. nur BGH NJW 62, 1020 f.

13 Polizeiliche Vorladungen suggerieren regelmäßig eine nicht bestehende Erscheinungspflicht, eine Hinweispflicht auf die Freiwilligkeit des Erscheinens besteht nicht. Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Auflage 2015, Rn. 1083.

14 EGMR, NJW 2009, 3707.

15 Abschlussbericht, S. 27 ff.

die Machtbalance zum Nachteil der (noch) nicht verteidigten Beschuldigten. Es besteht also eine untrennbare Verknüpfung dieses Vorschlags mit dem Zeitpunkt der Pflichtverteidigung.

Gehen wir einstweilen davon aus, dass nicht jeder Beschuldigte bei jeder polizeilichen Vernehmung anwaltlich vertreten ist. Offensichtlich vertieft sich dann auch durch diesen Vorschlag der Graben zwischen gut ausgestatteten bzw. angesehenen Beschuldigten und denjenigen, die über kein entsprechendes Potential¹⁶ verfügen. Man könnte hier von »schwächeren« oder etwas allgemeiner von »weniger potenten« Beschuldigten sprechen. Da sich die Bedeutung der polizeilichen Vernehmungen bzw. deren Wahrnehmung für das spätere Verfahren insgesamt verändern wird, geraten unverteidigte Beschuldigte gleichsam automatisch weiter ins Hintertreffen. Zwar mag auf einer abstrakten Ebene registriert werden, ob Verteidigung anwesend ist oder nicht, aber es sind dieselben Akteure in beiden Konstellationen aktiv. Man kann diesbezüglich schon psychologisch keine dauerhafte und lückenlose Differenzierung eigener Verfahrenshandlungen und (unbewusster) Vorgehensweisen erwarten. Will sagen: Mittelfristig werden die polizeilichen Vernehmungen auch dann an Bedeutung gewinnen, wenn Beschuldigte nicht verteidigt sind. Deren Handlungsmöglichkeiten können nicht Schritt halten, sie werden als Objekt der Strafverfolgung weiter ins Hintertreffen geraten – qualitativ.

Quantitativ werden die nicht verteidigten Beschuldigten dagegen im Hinblick auf nachhaltige Verfolgung und Sanktionierung weiter »Boden gut machen«. Damit wird diese Gruppe zu einem umso attraktiveren Objekt der Verfolgung. Wer schnelle Erfolge will, vernimmt unter Umständen lieber ohne Verteidigung.¹⁷

In einem frühen Stadium eines Ermittlungsverfahrens geht effektive Verteidigung aus vielen Gründen über die bloße kompetente Wahrnehmung prozessualer Rechte noch weiter hinaus, als in späteren Verfahrensstadien. Denn es wird in vielen Fällen eine kreative und initiative parallele Ermittlungstätigkeit notwendig werden. Das Gewicht verschiebt sich also vom Reagieren aufs Agieren. Das allerdings kostet Zeit – und damit Geld. Vielfach werden Verteidiger und Verteidigerinnen gerade im frühen Verfahrensstadium verschiedenartige Unterstützung benötigen. Ich komme auf eine spezielle Facette später zurück. Wer sich dies nicht leisten kann, droht abgehängt zu

¹⁶ Finanziell (und sozial).

¹⁷ Hinzu kommt, dass die Qualität der Verteidigung bereits von Anfang an hoch – professionell – sein muss. Ich bin weit entfernt davon, zu behaupten, dass nur teure Verteidiger auch gute Verteidiger sind – diese These dürfte schon zu häufig durch die Praxis widerlegt worden sein.

werden. Dann droht eine Zweiklassen*verteidigung* und – noch prekärer – eine Zweiklassen*strafverfolgung*. Es muss nicht soweit kommen, aber Gespräche, die ich im Sommer im Departement of Justice geführt habe, bestätigen *exakt* diesen Eindruck. Wer sich in einem frühen Verfahrensstadium *kompetitiv* mit den Ermittlungsbehörden messen will, benötigt Ressourcen. Wer diese nicht hat, gerät unter einen massiven Verfolgungs- und Verurteilungsdruck. Mittelbare Folgen sind die Fokussierung der Verfolgung auf unterprivilegierte Personenkreise sowie messbar höhere Sanktionen für diese Beschuldigten. Im amerikanischen Strafrechtssystem herrscht, selbst aus Sicht des DoJ, eine in Teilen skandalöse Ungleichheit.¹⁸

Auf der anderen Seite halte ich die Verteidigung in polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen bereits heute für unverzichtbar. Die Machtbalance muss also mit Hilfe anderer Stellschrauben wiederhergestellt werden. Das heißt: Frühe Pflichtverteidigung und – natürlich – differenziertere Gebührensätze im Ermittlungsverfahren.

1.5 Zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme n. § 127 Abs. 2 StPO (»Pflichtverteidiger der ersten Stunde«)

Eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten (»Pflichtverteidiger der ersten Stunde«) sollte *nicht* erfolgen. (11:10:0)

Im Hinblick auf Ersteres wäre unter anderem natürlich auch der in der Abstimmung der Kommission denkbar knapp unterlegene Vorschlag¹⁹ zum »Pflichtverteidiger der ersten Stunde« ein Gewinn gewesen. Denn gerade eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten, könnte dazu beitragen, die Minima effektiver Verteidigung für *alle* Beschuldigten zu sichern. Mein Kollege Robert *Esser* hat dies in seinem Gutachten unter Rückgriff auf die unionsrechtliche Rechtsprechung ausführlich begründet.²⁰

18 *Stafford Smith*, The Injustice System: A Murder in Miami and a Trial Gone Wrong; *Taibbi*, The Divide: American Injustice in the Age of the Wealth Gap; *Goffman*, On the Run: Die Kriminalisierung der Armen in Amerika.

19 Betr. die zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme nach § 127 Absatz 2 StPO.

20 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 15 ff.

Dass das Recht auf »frühe« Verteidigung auch an anderen Stellen flankiert werden sollte, scheint ebenfalls nur konsequent. Beispielhaft kann insoweit auf die unionsrechtlich untermauerte Empfehlung im Gutachten *Esser* zum Schutze des Anbahnungsverhältnisses verwiesen werden (§ 148 Abs. 2 – neu).²¹ Letztgenannte Empfehlung wurde von der Kommission übernommen (A.1.7.). Die menschenrechtlich noch zentralere Empfehlung für die Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf die vorläufige Festnahme nach § 126 Abs. 2 StPO hat sich, wenn auch knapp, nicht durchsetzen können (A.1.5.). Dies ist eine strukturelle Schwäche der Reformvorschläge.

Als Fazit kann man insoweit feststellen, so eigentümlich es zunächst erscheinen mag: Die Aufwertung der Verteidigung im frühen Verfahrensstadium führt – und meines Erachtens ist dies faktisch unvermeidbar – zu einem kompetitiven Element. Ermittlungsbehörden und Verteidigung werden sich automatisch stärker als Parteien des Verfahrens begreifen.

Ob »Organ der Rechtspflege« oder »Interessenvertreter«, die Verteidigung war auch bislang nicht daran gehindert, sich als Partei zu begreifen. Die Veränderung betrifft daher primär die Strafverfolgungsseite. Unabhängig davon, ob sich auch bislang beispielsweise Polizeibeamte nun in jedem Fall als neutrale Ermittler zugunsten und zulasten des Beschuldigten sehen, oder ob die Staatsanwaltschaft in jedem Fall ihre Verfahrensherrschaft vollständig neutral ausübt – diese »mentale« Veränderung hin zu einer Parteiperspektive wird durch eine verstärkte Stellung der Verteidigung rechtlich legitimiert. Insoweit erscheint mir der Gedanke einer »Amerikanisierung« – von »Zivilisierung« möchte ich aus verschiedenen Gründen hier nicht sprechen – des Ermittlungsverfahrens nicht fernliegend.²²

A. 1.3 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen; Belehrung durch Sachverständige

1.3.1 Dem Verteidiger sollte kein Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen eingeräumt werden. (14:6:1)

²¹ Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 30.

²² Nochmals: Die Entwicklung ist nicht zwingend. Anglo-amerikanische und kontinentaleuropäische Verfahrensstruktur, Rechtstradition und Selbstverständnis der Beteiligten weisen Differenzen auf. Wenn aber die Ausgangsthese einer schleichenden Amerikanisierung unseres Verfahrens auch nur in Teilen bestätigt wird, ist sie »on the long run« wahrscheinlich.

1.3.2 Die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte im Sinne des § 136 StPO und von Zeugen über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte durch den Sachverständigen bei Explorationen sollte gesetzlich geregelt werden. (21:0:0)

Die mehrheitliche Empfehlung der Kommission, dem Verteidiger *kein* Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen einzuräumen, ist, wie *Esser* ausgeführt hat,²³ im Hinblick auf den nicht selten »vernehmungähnlichen« Charakter einer solchen Untersuchung bedenklich.

Wiederum kann diesen Explorationen eine vorentscheidende Bedeutung zukommen, u.U. über diejenige der meisten Vernehmungen hinausgehend. »Mangels eigener (profunder) Sachkunde legen Richter ihrer Entscheidung nahezu immer ein eingeholtes psychiatrisches Gutachten zugrunde, um über die Schuldfähigkeit und ggf. über die Verhängung und Weiterführung von Maßregeln zu entscheiden.«²⁴ Unter dem Gesichtspunkt des »Fair Trial« kann die Anwesenheit eines Verteidigers bei der Exploration daher effizient dazu beitragen, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gewahrt bleibt.²⁵ Daher spricht, wie *Esser* und *Neuhaus* in den Diskussionen bereits dargelegt haben, für die Anwesenheitsberechtigung der Verteidigung nicht zuletzt der Wortlaut des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO, wonach der Beistand eines Verteidigers »in jeder Lage des Verfahrens« gewährleistet sein muss. Überdies ist unbestritten, dass auf Sachverständige die Grundsätze der Befangenheit in gleicher Weise anzuwenden sind, wie für Richterinnen und Richter. Die Befangenheit wird sich aber, wenn, dann primär während der Explorationsphase zeigen. Auch die vorgeschlagene audiovisuelle Aufzeichnung der Exploration²⁶ ist daher sachgerecht.

Wiederum kann zwischenzeitlich ein Fazit gezogen werden, das nur bedingt positiv ausfällt: Das Bestreben, die Position der Verteidigung im Ermittlungsverfahren nur punktuell, nicht aber umfassend zu stärken, ist meines Erachtens Ausdruck des eingangs beschriebenen strukturellen Dilemmas. Solange man keine grundsätzliche Entscheidung darüber trifft, ob die Idee der Waffengleichheit erst in der Hauptverhandlung oder aber bereits früh im Ermittlungsverfahren Leitlinie der Verfahrensrechte sein soll, kommt es

23 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 29 ff.

24 *Esser*, a.a.O. (vgl. §§ 80a, 246a, 463 StPO, §§ 9, 12 ThUG).

25 Es sei mit *Esser* auf *Suggestivfragen* verwiesen, denen die zu diesem Zeitpunkt nicht bewiesene Täterschaft oder (angeblich weiterhin bestehende) Gefährlichkeit zugrunde liegt.

26 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 29 ff.

unweigerlich zu Friktionen. Wer – und natürlich ist dies nichts anderes, als die Grundidee der amerikanischen Verfahrenskultur – davon ausgeht, dass der Wahrheitsuche am besten durch zwei unabhängig voneinander agierende aber einander beobachtend kontrollierende Verfahrensparteien gedient wird, der muss im Sinne echter »Checks and Balances« das Ermittlungsverfahren umstrukturieren; – mit den entsprechenden Konsequenzen für die weiteren Verfahrensschritte. Die Alternative ist die herkömmliche Struktur des deutschen Strafverfahrens. Die Übernahme nur einzelner Versatzstücke des einen in das andere Modell ist hingegen ein nicht »lege artis« durchgeführtes »legal transplant«. Das führt bekanntlich häufig zu Abstoßungsreaktionen oder Folgeschäden des Organismus.

A.1.2 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei einzelnen Beweiserhebungen

Bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten sollte dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet werden. Die Regelung *weiterer Anwesenheitsrechte* des Verteidigers empfiehlt die Kommission *nicht*. (19:2:0)

Die Kommission hat mit breiter Mehrheit empfohlen, der Verteidigung ausschließlich bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten die Anwesenheit zu gestatten. Es gibt gute Gründe für eine Beschränkung derartiger Verteidigungsrechte.

Gleichwohl: Die Überzeugungskraft der jeweiligen Argumente und damit auch dieser Empfehlung hängt davon ab, ob – wie in verschiedenen Gutachten und wiederum besonders deutlich von *Esser*²⁷ angemahnt – ein »grundsätzliches Bekenntnis zu einem partizipatorischen Ermittlungsverfahren« erfolgt.

Man wird, so denke ich, aber noch einen Schritt weitergehen müssen und sich nicht mit der bloßen Gestattung der Partizipation begnügen können, sondern die Gewährleistung der aktiven Teilhabe verlangen müssen. Dazu später mehr.

27 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 32 f., vgl. auch *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 ff.; *Wohlens*, GA 2005, 11.

A. 1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren

1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen (19:2:0).

Grundsätzlich ist daher der Vorschlag, dem Beschuldigten ein Antragsrecht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren zu gewähren, zu begrüßen. Das Monopol der Staatsanwaltschaft, eine gerichtliche Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigung herbeizuführen, wäre richtigerweise durchbrochen.

Es ist aber zu beachten, dass eine derartige Neuregelung dem mittellosen Beschuldigten nur begrenzt zugutekommen würde: Sachkundiger und substantiierter Vortrag dazu, warum eine Verteidigerbestellung schon im Vorverfahren notwendig ist, kann wiederum nur von einem Verteidiger erwartet werden, welcher aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestellt ist. Letztlich wird in der Praxis aber dennoch bereits die Möglichkeit des Herbeiführens einer gerichtlichen Entscheidung durch den Beschuldigten auch ohne entsprechenden Vortrag zu einer häufigeren Bestellung von Pflichtverteidigern im Vorverfahren führen.

A. 4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei *schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage* im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden. (12:9:0)

Die mit recht dünner Mehrheit empfohlene Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen führt zu einer Stärkung der Verfahrensrechte von Zeugen und Beschuldigten und kann durchaus der Wahrheitsfindung dienen.

Der Empfehlung kann daher in der Sache nur zugestimmt werden.

Zum einen allerdings bewirkt auch die audiovisuelle Dokumentation von Zeugen- und vor allem Beschuldigtenvernehmungen eine weitere und noch stärkere Aufwertung des Ermittlungsverfahrens. Die Beschränkung auf schwere Tatvorwürfe bzw. eine schwierige Sach- oder Rechtslage ändert daran nur wenig, nicht nur, weil die Rechtsbegriffe unbestimmt sind.

Aber auch durch diese Empfehlung könnte das mehrfach beschriebene Ungleichgewicht zwischen verschiedenen Gruppen von Beschuldigten weiter verschärft werden. Die Empfehlung würde nicht dazu führen, dass die positiven Aspekte der Dokumentation²⁸ gerade den weniger privilegierten Beschuldigten zu Gute kommen. Denn – abgesehen von schwerer Gewaltkriminalität – dürften die nicht dokumentationspflichtigen Taten wohl in der Hauptsache von dieser Beschuldigtengruppe bestritten werden.

Im Hinblick auf die disziplinierende Funktion einer Dokumentation bspw. im Hinblick auf Belehrungspflichten oder verbotene Vernehmungsmethoden, könnten sich die beschriebenen Effekte daher verstärken.

Bereits auf dem vergangenen Strafverteidigertag zeigte sich, dass die Aufzeichnung auch strukturelle Effekte im Sinne der Aufwertung des von der Staatsanwaltschaft dominierten Ermittlungsverfahrens verstärken könnte: Primär sind erhoffte Effizienzgewinne bei einem späteren Beweistransfer in das Hauptverfahren zu erwarten.

III. Die Struktur des Strafverfahrens – auf dem Weg zum amerikanischen Modell?

Blickt man auf die hier nur ausschnitthaft dargestellten Empfehlungen der Kommission für Veränderungen im Ermittlungsverfahren, so zeigt sich als mittelbare Folge, dass Zeitpunkt und Qualität der Verteidigung immer stärkeren Einfluss auf eine effektive Teilhabe am Verfahren gewinnen dürften.

²⁸ Die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen ist dem klassischen Vernehmungsprotokoll in mehrerlei Hinsicht überlegen. In letzteres kann die Vernehmung nie originalgetreu einfließen, sondern nur jene Aspekte, die die Vernehmungsperson als wichtig erachtet. Dies sind regelmäßig die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Die Tendenz von Polizeibeamten, einen möglichst abgerundeten Sachverhalt herauszuarbeiten, beobachteten *Rasch* und *Hinz* schon 1980 am Beispiel des § 211 StGB (Kriminalistik 1980, 377). Regelmäßig zielte die Vernehmung dabei auf den Nachweis des Vorliegens eines Mordmerkmals ab.

Polizeibeamte werden sich außerdem durch vorherige Ermittlungsmaßnahmen in der Regel schon ein Bild von der Tat bereitet haben, welches sie durch die Vernehmung bestätigt sehen wollen (v. *Schlieffen*, *Freispruch* Heft 5, S. 1). Dies wird von der »Theorie der kognitiven Dissonanz« sehr treffend abgebildet, nach der solche Fakten, die eine bereits getroffene Auffassung widerlegen, einen unangenehmen Gefühlszustand hervorrufen und deshalb leichter ausgeblendet werden (*Schünemann*, *StV* 1998, 391, 394). Es gehen deshalb zahlreich eigentlich relevante Details verlustig (v. *Schlieffen*, a.a.O., *Deckers*, *StraFo* 2013, 133, 136). Es ist zwar fraglich, inwieweit die Dokumentation des Ermittlungsverfahrens den vorstehenden Effekten auf Seiten der Vernehmungspersonen entgegenwirken kann. Sie vermag aber zumindest ein objektives Bild der Vernehmung zu liefern, welches frei von evtl. bei den Vernehmungspersonen gegebenen Wahrnehmungsmängeln oder Missverständnissen ist. Jedenfalls ermöglicht die Aufzeichnung eine deutlich verbesserte Rekonstruktion der Begleitumstände, aber auch der zentralen Inhalte der Aussagen.

Bestätigt sich damit die oben ausgesprochene Vermutung, dass in der Praxis der finanziell gut ausgestattete Beschuldigte verglichen mit dem wenig potenten Beschuldigten künftig in einer Weise bevorzugt wird, die rechtsstaatlich bedenklich erscheinen muss?

Erleben wir nun eine Renaissance des altgedienten Schlachtrufs der »Zwei-Klassen-Justiz«?

Importieren wir uns jetzt etwa das auch aus dortiger Sicht entscheidende Gerechtigkeitsproblem des US-amerikanischen Strafverfahrens, weil uns der Mut zu einer strukturellen Reform fehlt – oder im Gegenteil gerade deshalb, weil uns bei aller Fokussierung und Ressourcenorientierung der Blick verstellt ist und wir nicht mehr erkennen, dass das gewachsene deutsche Verfahrensmodell diese spezifischen Probleme weitgehend verhindern würde, wenn es konsequent ausgestaltet – und ausgestattet – wird?

Brauchen wir also nicht die große Reform, sondern wären besser beraten, weiter das fast traditionelle Mantra der fehlenden Ressourcen anzustimmen?

Natürlich ist die Lösung nicht so simpel. Die Entscheidung zwischen traditionellem und »amerikanisierten« Verfahren ist nur noch eine scheinbar offene. Tatsächlich bewegt sich das deutsche Modell seit langem schon dahin, den nichtrichterlichen Verfahrensbeteiligten mehr Einfluss zuzubilligen – aber auch mehr Verantwortung zuzuweisen – Stichworte: »Obliegenheiten«, »Widerspruchsmodell«, »Rügeverlust«, und natürlich »Verständigung«. Man mag den damit ein Stück weit einhergehenden Verlust der zentralen Bedeutung der Tatgerichte für die Steuerung und Beendigung der Verfahren beklagen, auch ohne sich dem Verdacht einer patriarchalischen Weltsicht auszusetzen, – man muss es aber nicht. Mitwirkung und Verantwortung lassen sich durchaus mit einem grundgesetzkonformen und effektiven Verfahrensmodell verbinden.

Im Prinzip liegt die Kommission meines Erachtens in vielen Punkten richtig, denn eine stärkere Teilhabe kann in vielen Bereichen der Wahrheitsermittlung dienen.

Allerdings muss man, wenn man eben nicht sehenden Auges in die amerikanischen Probleme hineinlaufen will, die mindestens latenten Auswirkungen auf die Verfahrensstruktur als solche wahrzunehmen und rechtlich wie tatsächlich einzuhegen bereit sein. Man muss sicherstellen, dass die Verfahrensbeteiligten ihre neue Position auch tatsächlich ausfüllen können.

Drei Punkte sind zentral:

1.

Man muss sich entscheiden, ob die Staatsanwaltschaft weiterhin als »Herrin des Ermittlungsverfahrens« agieren soll oder ob sie eine stärker parteiorientierte Rolle wahrnehmen soll. Für ein Selbstverständnis im letzteren Sinne gibt es einzelne Indizien, wie etwa eine immer stärkere und frühzeitige Positionierung der Staatsanwaltschaft in den Medien, teilweise verbunden mit einer Individualisierung der Akteure auch auf Seiten der Ermittlungsbehörden. Man denke an die fragwürdigen medialen Auftritte einiger Staatsanwaltschaften in den Verfahren »Zumwinkel«, »Kachelmann« oder »Wulff«. Dies widerspricht eklatant dem Typus einer neutralen Instanz.

Eben diese Neutralität allein rechtfertigt die beherrschende Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.

Wenn die Staatsanwaltschaft sich aber selbst als Partei wahrzunehmen beginnt, die ein Verfahren »gewinnt« oder »verliert«, hat sie sich in ihrem Selbstverständnis den amerikanischen Kollegen weit angenähert. Wenn das der Weg der Zukunft ist, muss die »Herrschaft über das Ermittlungsverfahren« entweder zu signifikanten Anteilen auch in die Hände der Verteidigung gelegt werden, oder es braucht ein Modell des »Untersuchungsrichters«, wie beispielsweise in Italien. Das scheint mir eher nicht im Trend zu liegen.

2.

Entsprechend ist die Verteidigung mit wirksameren Rechten schon in sehr frühen Verfahrensstadien auszustatten. Zudem muss eine effektive Verteidigung für alle Beschuldigten gewährleistet werden. Aber auch die Beweisanzugsrechte wären »nach vorn« zu erweitern. Weiterhin müssten die Beweisverbote angepasst werden. Last not least wäre über eine Reform des Revisionsrechts nachzudenken, um frühe Ermittlungsmaßnahmen effektiver überprüfen zu können, ggf. wäre über eine Entformalisierung der Verfahrensrüge nachzudenken.

3.

Die Rolle der Gerichte im Ermittlungsverfahren muss möglicherweise überdacht werden. Man muss die Bedeutung der Hauptverhandlung kritisch betrachten, Stichwort »Beweistransfer«. Schließlich – und das ist bereits gegenwärtig faktisches Problem – muss die Rolle der Gerichte bei der Sanktionsfindung diskutiert werden – nicht nur in Abgrenzung zur Staatsanwaltschaft.

IV. Partizipationsrechte, Dokumentationspflichten und ihre Auswirkungen auf die Verfahrensstruktur

Nun ist es nicht so, dass die Expertenkommission nicht in diese Richtung gedacht hätte.

Der Vorschlag der Expertenkommission, dem Verteidiger ein Anwesenheits- und Fragerecht bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen einzuräumen, führt zwar zur Stärkung der Position des verteidigten Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, in Zusammenschau mit den mangelhaften Möglichkeiten minder potenter Beschuldigter, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Vorverfahren zu erreichen, kann er die Kluft zwischen verteidigten und unverteidigten Beschuldigten erweitern.

Deutlich wird dies umso mehr, wenn man einige Änderungen im Recht der Hauptverhandlung in den Blick nimmt, welche ihrerseits teils massive Auswirkungen auf die Praxis des Ermittlungsverfahrens haben werden. Dementsprechend muss man die Empfehlungen zum möglichen »Beweismitteltransfer« ergänzend in den Blick nehmen:

D. 14. Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung

14.2 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung

Die audiovisuelle Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sollte in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass bei der früheren Vernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war. (19:2:0)

Die Expertenkommission empfiehlt die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung richterlicher Zeugenvernehmungen für den Fall, dass der Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Sie spricht sich somit für eine Gleichstellung derartiger Aufzeichnungen mit der in ständiger Rechtsprechung konturierten Übung aus, Ermittlungsbeamte zu vernehmen, welche die Zeugenvernehmung durchgeführt haben.

Völlig zu Recht berücksichtigt die Kommission meines Erachtens das Konfrontationsrecht. Dies ist nach unionsrechtlichen Vorgaben zwingend. Gewahrt sein kann ein effektives Konfrontationsrecht in den allermeisten Fällen aber nur bei verteidigten Beschuldigten. Zwar ist die Bedeutung der Verteidigung hier weder neu noch stärker ausgeprägt, aber durch die Möglichkeit des Beweistransfers – und zwar des unmittelbaren Beweismittels – gewinnt das frühe Verfahrensstadium insoweit wiederum an Bedeutung.²⁹

D. 14.3 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung

Zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis sollte neben der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls auch die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ermöglicht werden. (21:0:0)

Weiterhin empfiehlt die Kommission, eine Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung richterlicher Vernehmungen des Beschuldigten. Anwendungsfall soll zunächst einmal die Beweisaufnahme über ein Geständnis sein.

Insoweit bleibt es bei einer Gleichstellung mit der Möglichkeit, nach § 254 Abs. 1 StPO solche Erklärungen des Angeklagten zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis zu verlesen, die in einem richterlichen Vernehmungsprotokoll enthalten sind. In der Regel würde daher in der Hauptverhandlung nach wie vor eine erneute Vernehmung des Beschuldigten bzw. eine Einvernahme der Zeugen stattfinden.

Wenn aber die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren bei schweren Tatvorwürfen bzw. bei schwieriger Sach- oder Rechtslage der Regelfall wird, könnte sich eine generelle Sympathie gegenüber einer Dokumentation als Beweismittel einstellen, wenn und weil sie die oben benannten positiven Effekte mit sich bringt.

Als Konsequenz hieraus wird auch jetzt schon die Frage aufgeworfen, ob die unmittelbare Vernehmung von Beweispersonen in der Hauptverhandlung der Einführung eines Vernehmungssurrogates überhaupt (noch) generell überlegen ist. Der »Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme«³⁰ (AE-Beweisaufnahme)

²⁹ Dem Gericht der Hauptverhandlung werden entsprechend Kompetenzen, die sich unmittelbar aus der Amtsaufklärungspflicht ergeben, aus der Hand genommen.

³⁰ Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, abgedruckt in GA 2014, 1-72.

geht hiervon nicht aus. Die Entscheidung, ob die persönliche Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung erfolgt oder ob ein Beweissurrogat eingeführt wird, soll sich vielmehr nach der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und dem Beweisantragsrecht im Einzelfall richten.

Bei der Einführung eines Vernehmungssurrogats schlägt etwa der AE-Beweisaufnahme eine gesetzliche Rangfolge vor, bei der die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung den höchsten Rang einnehmen soll.

Eine langfristige Entwicklung des Beweisrechts der StPO hin zu einer stärkeren Vorverlagerung der Vernehmungskompetenz durch Implementierung eines erleichterten Beweistransfers scheint also nicht unwahrscheinlich, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation im Ermittlungsverfahren kann der erste Schritt sein.³¹

A. 3.2 Erscheinspflicht von Zeugen bei der Polizei

Zeugen sollten zur Vernehmung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft erscheinen müssen, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Zeugeneigenschaft oder hinsichtlich des Vorliegens von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten, soll die Polizei verpflichtet werden, unverzüglich Kontakt mit der Staatsanwaltschaft aufzunehmen. (12:6:3)

Die Expertenkommission empfiehlt weiter die Normierung einer Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen für den Fall, dass der Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Der Vorschlag der Expertenkommission erscheint im Hinblick auf die Fokussierung der staatsanwaltschaftlichen Ressourcen auf wichtige Zeugenvernehmungen zunächst als sinnvoll.³²

³¹ Schon jetzt würde die Einführung einer solchen Dokumentationspflicht zusätzlich zu dem vorgeschlagenen Anwesenheits- und Fragerechts des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen (Punkt A.1.1, s.o.) zu einer erheblichen Aufwertung des Ermittlungsverfahrens führen, auch weil die üblicherweise an polizeilichen Vernehmungen geäußerte Kritik teilweise ausgeräumt werden könnte. Die Bedeutung der ursprünglichen polizeilichen Zeugen- bzw. Beschuldigtenvernehmungen für den weiteren Verfahrensverlauf würde sich auch aus dieser Perspektive erhöhen.

³² Insbesondere wenn und soweit in der Praxis aufgrund der nicht bestehenden Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft auch solche Zeugen staatsanwaltschaftlich vernommen werden müssen, deren Vernehmung in Ermangelung besonderer Gründe ansonsten von der Polizei vorgenommen worden wäre.

Denkbar ist allerdings, dass die als »einzelfallbezogene« betitelte Erscheinens- und Aussagepflicht vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft im Ergebnis sehr bald eine generelle sein wird, wenn polizeilichen Vorladungen ein »einzelfallbezogener« Auftrag im Regelfall zugrunde liegen würde. Dann würde sich die Bedeutung dokumentierter Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren weiter steigern, die oben beschriebenen Effekte verstärken sich.

Die konsequente Umsetzung von Partizipationsrechten würde dann allerdings danach verlangen, der Verteidigung auch insoweit ein grundsätzliches Anwesenheitsrecht einzuräumen, sofern nicht konkrete Erfordernisse des Zeugenschutzes im Einzelfall entgegenstehen. Wiederum müsste eine Verteidigung im Sinne des Bekenntnisses zu einer partizipatorischen Ausrichtung des Ermittlungsverfahrens gewährleistet werden. Dies wird jedoch, wie oben dargelegt, von der Kommission nicht befürwortet.³³

Sie begründet dies mit der »bewährten gesetzlichen Konzeption«, nach der zwischen staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher einerseits und richterlicher Vernehmung andererseits zu differenzieren sei, da letzterer traditionell schon das Gesetz ein »höheres Vertrauen«³⁴ entgegenbrächte, polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungsprotokolle eine geringere Beweiskraft als richterliche hätten³⁵ und ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers daher nur bei richterlichen Vernehmungen notwendig sei. Gegen diese Präsumtive Annahme wurde schon vieles vorgebracht.³⁶ Nicht zuletzt die fehlende empirische Bestätigung einer »besonderen Qualität« der richterlichen Vernehmung.

Argumentiert man, dass die postulierte Überlegenheit der Protokollierungstechnik des Richters gegenüber derjenigen von Polizeibeamten durch die Einführung der Pflicht zur audiovisuellen Dokumentation bei schweren Tatvorwürfen sowie bei schwieriger Sach- oder Rechtslage ausgeräumt werden könne, so zeigt sich deutlich, dass der Weg zum partizipatorischen Verfahren nicht mit der – je nach Standpunkt – wünschenswerten Konsequenz gegangen wird.

33 Abschlussbericht, S. 30 ff.

34 Vgl. nur BGHSt 21, 218 f.

35 *Stoffers*, NJW 2013, 1495, 1496 m.w.N.

36 Gegen eine generell »höhere Qualität« richterlicher Vernehmungen, Vernehmungsprotokolle oder richterlicher Zeugenaussagen wird zunächst vorgebracht, dass – im Hinblick auf die Beherrschung von einschlägigen Vernehmungstechniken – die Ausbildung von Richtern derjenigen von Polizeibeamten nicht gleichkomme; weiterhin könne die herausgehobene Stellung des Richters als Autoritätsperson der Qualität der Vernehmung abträglich sein, wenn sie ein »Kommunikationsgefälle« entstehen lasse (*Eisenberg* NSZ 1988, 488).

Daher wäre prozesstheoretisch namentlich die Versagung eines Anwesenheitsrechtes des Verteidigers bei Zeugenvernehmungen sehr kritisch zu sehen³⁷. Im Sinne der Ausgangsthese ist allerdings auch zu bedenken, wie sich die Wahrnehmung solcher Anwesenheitsrechte in der Verfahrenspraxis gestalten soll. Denn es erscheint kaum möglich, dass normal ausgelastete Verteidigerinnen und Verteidiger gleichsam auf Abruf bereit oder in der Lage sein könnten, kurzfristigen Benachrichtigungen von Zeugenvernehmungen nachzukommen. Ob ein Modell eines wie auch immer ausgeformten Verteidigungspools der Sache dienlich sein kann, ist zu bezweifeln. Die oben im Rahmen der »frühen Pflichtverteidigung« aufgezeigten Probleme würden sich hier noch verstärken.

A. 3. Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht

A. 3.1 Ausdrückliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis

Die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. (15:2:4)

Nach Ansicht der Kommission sollte die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Wer hier nun eine strukturelle Reform erwartet, wird enttäuscht sein.

Der Kommission steht keineswegs ein Bedürfnis für eine Neuordnung der Aufgaben zwischen den Verfahrensbeteiligten im Sinne des partizipatorischen Modells vor Augen. Diese würde nämlich in einer Ausbalancierung der Kompetenzen im Verhältnis zur Verteidigung *und* – je nach Lage der Dinge – zum Gericht liegen müssen. In diesem Abschnitt spielt die Verteidigung jedoch keine Rolle.

Vielmehr geht es darum, den Einfluss der Staatsanwaltschaft auf das Ermittlungsverfahren im Verhältnis zur Polizei sicher- oder sogar wiederherzustellen. Das Ziel der Empfehlung liegt in der Sicherung eines gesetzesförmigen Verfahrens und ist als solches begrüßenswert. Es heißt, »dass die Staatsanwaltschaft nur dann ihrer Aufgabe, »Wächter des Gesetzes zu sein« Genüge tun« könne, »wenn jedwede Ermittlungstätigkeit der nachgeordneten Strafverfolgungsbehörden ihrer Leitung und Verantwortung unterstellt« sei.«³⁸

37 »Wünschenswert wäre zumindest eine Regelung, die es der Staatsanwaltschaft ausdrücklich gestattet, den Verteidiger an der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen teilnehmen zu lassen.« – *Strafrechtsausschuss BRAK*, Stellungnahme zu den Empfehlungen der Expertenkommission, S. 4.

38 Abschlussbericht, S. 55.

Wieder zeigt sich, dass der Perspektivwechsel ein nur partieller ist. Angestrebt werden Partizipationsrechte *in* einem instruktorischen Verfahren. Das führt zu Friktionen, schafft aber auch Chancen.

Bevor diese abschließend bewertet werden, sei noch auf zwei von der Kommission nicht angesprochene Punkte hingewiesen.

V. Defizite

1. Digitale Daten als Beweismittel

Obwohl es nahegelegen hätte, wenn man sich mit einem audiovisuellen Dokument, also einer in aller Regel digitalen Aufzeichnung, zu Beweis Zwecken beschäftigt, hat man das Thema der »digitalen Beweise« nicht berührt. Ebenso wenig wurden diese Fragen im Zusammenhang des § 100a StPO mit der prozessualen Behandlung von Computerkriminalität (iwS), also etwa § 202a, b, c StGB oder § 303a durch sog. DDoS-Attacken, diskutiert.³⁹ Dies überrascht auch, wenn man sich weniger als ich selbst mit dem Problem der digitalisierten Beweise befasst. Das Thema ist von erheblicher praktischer Relevanz und bedarf dringend einer gesetzlichen Ausgestaltung. Nicht zufällig war die Erhebung und Verwertung digitaler Daten im Strafverfahren bereits ein Thema auf dem 37. Strafverteidigertag in Freiburg.⁴⁰

De facto geht es um Daten, welche zu Beweis Zwecken gesichert werden, etwa im Rahmen der Beschlagnahme von Hardware, Festplatten, PCs, Mobiltelefonen und andere Endgeräten bzw. Speichermedien, oder aber im Rahmen von Online-Durchsuchungen, »Social-Media«-Auswertungen, Zugriffen auf Cloudspeicherorte oder die Datenspeicher von Internetdiensteanbietern, insbesondere also Service-Providern, um nur die gängigen Beispiele zu nennen.

39 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 14 f. Denn grundsätzlich zu Recht weist das Gutachten des BMI darauf hin, dass »gerade aufgrund der Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten ein Bedürfnis zur Aufnahme (derartiger) Delikte« in den Katalog des § 100a StPO bestehe (Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 4). Warum aber den Rahmen der Beweiserhebung diskutieren ohne auf ihren Kern zuzugreifen?

40 Näher *Momsen*, Zum Umgang mit digitalen Beweismitteln im Strafprozess, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 871 ff.; Digitale Beweismittel aus der Sicht der Strafverteidigung, in: *Beck/Meier/Momsen* (Hrsg.), Cybercrime und Cyberinvestigations - Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Baden-Baden 2015, S. 67 ff.; *Momsen/Hercher*, Digitale Beweismittel im Strafprozess - Eignung, Gewinnung, Verwertung, Revisibilität (mit Hercher), in: Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz, 37. Strafverteidigertag, 2014, S. 173-198.

Was zu regeln wäre, ist die Frage der Beweisstandards, wie wir sie von Glaubhaftigkeitsgutachten, DNA-Identifizierungsmustern oder Blutproben kennen.

Das im amerikanischen Raum seit Jahren ausgebildete Gebiet der »Digitalen Forensik« existiert bei uns in dieser Form nicht. Die wenigen Sachverständigen, soweit man hier den Begriff verwenden möchte, arbeiten mehrheitlich für Bundes- und Landeskriminalämter.

In Ermangelung von Standards über Gewinnung, Asservierung, Auswertung und vor allem bzgl. der Dokumentationspflichten über die vorgenannten Schritte, ist eine Teilhabe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren praktisch nicht vorhanden. *Wann* etwa der von der überlasteten Staatsanwaltschaft beauftragte private Anbieter die Festplatte auswertet, müsste der Verteidigung mitgeteilt werden, um mit einem eigenen Sachverständigen die Auswertung begleiten zu können, jedenfalls aber, um die Einhaltung von IT-Forensik-Standards überprüfen zu können. Ich nehme nicht an, dass die Mehrheit von Ihnen hier im Raum bislang schon einmal von einem entsprechenden Termin in Kenntnis gesetzt wurde.

Aus dem nahezu völligen Fehlen von Standards resultiert eine faktische Unüberprüfbarkeit der Beweisgewinnung. Es ist in der Regel nicht einmal nachzuvollziehen, welche Daten aus der insgesamt gesicherten Datenmenge als beweisrelevant eingeordnet wurden und anhand welcher Kriterien. Ob entlastende Daten unberücksichtigt blieben, ist genauso wenig überprüfbar wie die Frage, ob während der Asservierung Integrität und Authentizität der Daten gewährleistet waren.

Mangels Standards und Erhebungsregelungen laufen entsprechende Beweisanträge genauso ins Leere wie eine spätere Revision. Im ersteren Fall liegt regelmäßig bestenfalls eine Beweisanregung, üblicherweise aber eine Beweisbehauptung »ins Blaue hinein« vor, im letzteren verhindert das rigoros gehandhabte Rekonstruktionsverbot eine Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz.

Momentan bleiben die Betroffenen weitgehend darauf angewiesen, den Strafverfolgungsorganen dahin zu vertrauen, dass diese nicht einseitig ermitteln.

Gesetzliche Regelungen sind hier dringend notwendig. Allein schon eine Anbindung an den Leitfaden »IT-Forensik« des BSI wäre ein kleiner, aber hilfreicher erster Schritt.

Im Übrigen zeigt sich in der Praxis auch in diesem Kontext ein massiver Bedeutungsgewinn des Ermittlungsverfahrens. Einerseits lassen sich die Auswertungsprozesse derzeit in der Hauptverhandlung nur sehr eingeschränkt, wenn überhaupt, nachvollziehen. Andererseits ist ein aktiver Rechtsschutz durch Teilhabe der Verteidigung, wenn überhaupt, dann nur für sehr potente Mandanten denkbar, welche sich die notwendigen Ressourcen, nicht zuletzt Datenverarbeitungskapazität, im Rahmen der Verteidigung organisieren lassen können.

Auch insoweit ist ein weiter fortschreitender Prozess einer Trennung in solche Beschuldigte, welche die Möglichkeiten einer frühen Teilhabe am Verfahren nutzen können, und die deutliche Mehrheit derer zu konstatieren, *an denen vorbei Beweise erhoben und in ein Hauptverfahren transportiert* werden können, in dem immer geringere Möglichkeiten bestehen, noch korrigierend einzugreifen.

Eine weitere Facette der Vorverlagerung und teilweisen Entformalisierung der zentralen Gestaltungsakte im Strafverfahren.

2. Interne Ermittlungen

Ebenfalls unbeachtet blieb ein weiterer neuralgischer Punkt: Die Verwertung von Daten und Informationen aus sogenannten »internen Ermittlungen«. Mittlerweile erprobte Praxis ist es, dass die Staatsanwaltschaften umfassende Dokumente aus internen Ermittlungen erhalten, sofern die Unternehmen aus eigenem Interesse bei der Verfolgung eines zunächst intern entstandenen Verdachts auf strafbare Handlungen von Mitarbeitern mit den staatlichen Strafverfolgungsbehörden kooperieren wollen – der Regelfall.

Der springende Punkt liegt in der sehr leicht möglichen Aushebelung des Schweigerechts, wenn und soweit die Mitarbeiter arbeitsrechtlich auch selbstbelastende Auskünfte gegenüber ihrem Arbeitgeber erteilen müssen, soweit dies im betrieblichen Interesse liegt.⁴¹

41 Ausf. *Momsen*, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011, S. 508 ff.; *Grützner/Momsen*, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen - Kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, DB 2011, S. 1792 ff.; *Spehl/Grützner/Momsen*, Unternehmensinterne Ermittlungen - Ein internationaler Überblick, Teil 1, CCZ 2013, S. 260 ff., Teil 2 CCZ 2014, S. 2 ff., Teil 3 CCZ 2014, S. 171 ff. und Teil 4 CCZ 2015, S. 77 ff.; s. auch Fn. 1.

Viel ist zu diesem Punkt in den letzten Jahren geschrieben worden, auch von mir, weshalb ich mich hier kurzfasse: Zum einen haben wir es wiederum mit einer Vorverlagerung von Strafverfolgungshandlungen zu tun. Häufig sogar in den Bereich vor einem formellen Ermittlungsverfahren. Wiederum sind Private maßgeblich an der Beweiserhebung beteiligt, hier sogar mit einem spezifischen Interesse, welches sich häufig nicht mit der strafprozessualen Wahrheitssuche deckt und in gewisser Weise eher zufällige Konvergenzen zu den Interessen der Beschuldigten aufweist. Wiederum lassen sich entscheidende Schritte der Beweiserhebung in einer späteren Hauptverhandlung nicht mehr oder nur schemenhaft nachvollziehen. Zum anderen, und das macht die Situation komplex, ist die StPO zumindest nicht unmittelbar auf die wichtigen frühen Ermittlungsschritte anwendbar. Hier bedürfte es zur Sicherung der Verfahrensposition der Beschuldigten, die *häufig gegenüber den aus taktischen Gründen zur Konvergenz gebrachten Interessen* des Unternehmens und der Strafverfolgungsbehörden ins Hintertreffen geraten, Regelungen in zwei Bereichen.

Erstens müsste die Verwertbarkeit geregelt werden, auf an § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO angelehnte Modelle sei nur ein weiteres Mal hingewiesen. Zweitens fragt sich, ob es auch insoweit eine Teilhabe im Sinne einer »vorgreifenden Verteidigung« bereits vor der formalen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens geben kann.

Offensichtlich ist auch hier, dass Mitarbeitern, d.h. potentiellen Beschuldigten, die in der internen Ermittlung nicht anwaltlich begleitet sind und/oder nicht unmittelbar bei dem Übergang in das staatliche Strafverfahren verteidigt werden, eine massive Rechtsverkürzung droht.

VI. Schluss

Die Zielrichtung meiner Ausführungen ist offensichtlich. Der Focus der Analyse liegt auf Veränderungen der Verfahrensstruktur und der Rollen, welche diese den Verfahrensbeteiligten nach unserem traditionellen Verständnis zuweist.

Natürlich kann ganz allgemein gefragt werden, wie der Auftrag an die Expertenkommission aus dem Koalitionsvertrag, Vorschläge bezüglich einer »effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung« des Strafverfahrens zu erarbeiten, zu verstehen ist.

Nobis stellte zurecht fest, dass das Ziel der Effektivität und Praxistauglichkeit nicht sein kann, bei gleichem oder zu verringertem Personalstand noch

höhere Erledigungszahlen aufzuweisen, sondern der Strafprozess erst dann »praxistauglich und effektiv« ist, wenn er das Vertrauen der Bürger in die Justiz wiederherstellt, die Anzahl an Fehlurteilen verringert, eine möglichst wahre Sachverhaltsfeststellung als Entscheidungsgrundlage ermöglicht und somit der Verwirklichung des Schuldprinzips als zentralem Anliegen der Strafrechtspflege dient.⁴² Es muss daher bei der Erarbeitung von Vorschlägen für die Steigerung der Effektivität und Praxistauglichkeit des Strafverfahrens ganz entscheidend Wert auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten gelegt werden.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Vorschläge der Expertenkommission zu einer fortschreitenden Aufwertung des Ermittlungsverfahrens führen dürften. Daraus kann sich ein (schleichender) Kompetenzverlust der Gerichte ergeben. Die Vorschläge scheinen den Weg zu einem grundlegenden Umbruch in der Struktur des deutschen Strafverfahrens zu ebnet.⁴³

Genauso ist es gemeint: Der Weg könnte geebnet werden. Das bedeutet, die Empfehlungen der Kommission bewirken nicht den Wechsel vom

- »instruktorischen«⁴⁴ hin zum

- »adversatorischen Verfahren«.⁴⁵

Mangels strukturellem Ansatz liegt aber auch kein Prototyp eines gemischten Verfahrens vor, das Elemente der instruktorischen und adversatorischen Verfahrensmodelle organisch verbindet.

Die unionsrechtlichen Vorgaben, aber auch die Vereinbarkeit mit anderen Rechtskreisen werden eine immer größere Rolle spielen, immer mehr Verfahren berühren nicht nur deutsches Strafprozessrecht.⁴⁶

Vor allem im Bereich supranationaler Strafprozesse vor den völkerstrafrechtlichen Tribunalen hat sich die Praxis von einem adversatorischen Verfahren immer mehr zu einem inquisitorischen (»instruktorischen«) Verfahren

42 *Nobis*, StV 2015, 56 ff.

43 In Richtung der Einführung eines erleichterten Beweistransfers. Sie bieten Gelegenheit, über die effektive Praktizierung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens nachzudenken (Stellung mittelloser, unverteidigter Beschuldigter im Ermittlungsverfahren).

44 Hier bestimmt das Gericht die Beweisaufnahme (mit), weil eine umfassende Amtsaufklärungspflicht besteht und eine Vorbereitung aufgrund der Ermittlungsakten möglich ist.

45 Verfahren, in dem die Parteien die Beweise selbst beschaffen und in der – praktisch selten stattfindenden – adversatorischen Hauptverhandlung über die Schuldfrage präsentieren (Common Law).

46 Hier – *Ambos* und *Esser* haben an verschiedenen Punkten zu Recht darauf hingewiesen – liegt eine wichtige Aufgabe strafprozessualer Reformgesetzgebung. Vgl. *Ambos*, Jura 2008, 593 f.; *Esser*, Abschlussbericht, Anlagenband I.

mit einer aktiveren Rolle des Gerichts bei der Beweiserhebung entwickelt. Nach *Ambos*⁴⁷ kann man heute von einem gemischt adversatorisch-instruktorischen Verfahren sprechen. Dabei war interessanterweise eines der Argumente gegen das rein adversatorische freie Wechselspiel der Parteien und für eine aktivere Rolle der Richter die Annahme, dass die längere Dauer von Prozessen darauf zurückzuführen sei, dass die Gerichte keine ausreichende Kontrolle über das Verfahren ausübten.⁴⁸

Möglicherweise lohnt es sich doch, die Stichworte »Partizipation« und »Konsens« noch einmal einer kritischen Revision zu unterziehen.

Die Implementierung systemfremder Verfahrenselemente muss nicht von Übel sein. Sie darf jedoch nicht unkritisch und nur zum Zweck der Ressourcenschonung erfolgen.

Behält man das Gesamtsystem nicht im Blick, so droht eine fortschreitende Verflüssigung des Verfahrensrechts. Dies bedeutet im Zweifel den Verlust von einklagbaren Verfahrensgarantien, insbesondere zum Nachteil schwächerer Beschuldigter.

47 – jedenfalls vom normativen Ansatz her –

48 »the belief that the prolonged nature of tribunal proceedings was attributable [...] to not enough control [...] over the proceedings by the judges.« *Ambos*, Jura 2008, 594 m.w.N.

Prof. Dr. Jörg Arnold

Zur Kritikgeschichte opferperspektivischer Wandlungen im Strafrecht und im Strafverfahren¹

I. Einleitung

1. Ausgangspunkt

Seit Mitte der 80er Jahre beschreitet die Kriminalpolitik den Weg der Legalisierung und Legitimierung eines permanenten Ausbaus der Opferperspektive, das heißt der ständigen Erweiterung der normativen wie faktischen Stellung des Verletzten insbesondere im Strafverfahren. Ebenso lange ist dieser Weg der Kritik ausgesetzt, die durch die Strafverteidigertage wie auch durch streitbare Stimmen aus Strafrechtswissenschaft und Kriminologie artikuliert wird. Obwohl damit die diesbezügliche kriminalpolitische Entwicklung weder verhindert noch gebremst werden konnte, ist Kritik daran nicht obsolet geworden. Auch wenn die Gesetzgebung (hier Rechtsausschuss des Bundestages) auf diesem Gebiet seit den Beratungen über die Entwürfe zum 3. Opferrechtsreformgesetz (OpferRRG) nicht einmal mehr daran interessiert zu sein scheint, wirklich kritische Stimmen zu hören und sich damit im Gegensatz zu den Expertenanhörungen zu den ersten beiden OpferRRG befindet, sollten die kritischen Stimmen nun ihrerseits nicht verstummen, sondern sich auf ihre Weise nach wie vor Gehör verschaffen.

1 Ich widme diese Publikation meinem geliebten Vater Prof. Dr. paed. habil. Wolfgang Arnold, der am 6. März 2016 verstorben ist.

Überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrages in Arbeitsgruppe 2 des 40. Strafverteidigertages. Verändert habe ich auch die Überschrift. Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten. Frau Dr. Jasmin Marjam Rezai Dubiel danke ich für hilfreiche Unterstützung.

Dabei ist auch vor den EU-rechtlichen Opferschutzrichtlinien nicht Halt zu machen. Diese gehen zurück auf den EU-Rahmenbeschluss vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, der grundlegende Opferrechte garantiert.² Es folgte die Verabschiedung mehrerer EU-Richtlinien, mit der die europäische Entwicklung des Ausbaus des Opferschutzes im Strafverfahren im Großen und Ganzen in Einklang steht.³ Immer mehr hat sich eine kritikwürdige europäische Opferrechtsbewegung herausgebildet.⁴

- 2 Rahmenbeschluss 2001/220/JI des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren v. 15.3.2001, ABl. EG 2001 L 8/1.
- 3 2011 wird in der Mitteilung der Europäischen Kommission über die Stärkung der Opferrechte in der EU betont, dass es sich um »ein sowohl grenzüberschreitendes als auch nationales Problem [handelt], das ein Tätigwerden der EU erforderlich macht.« [Europäische Kommission, Stärkung der Opferrechte in der EU, 18.5.2011, KOM (2011) 274 endgültig, S. 1 (http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/victims/docs/com_2011_274_de.pdf – Stand 9.5.2016)]. Ebenfalls aus dem Jahre 2011 stammt der Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe. Dort wird ein ähnliches Ziel formuliert: »Die Europäische Union hat sich zum Ziel gesetzt, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu erhalten und weiterzuentwickeln. Eckpfeiler dieses Raums ist der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Strafsachen.« [Europäische Kommission, Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindeststandards für die Rechte und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie für die Opferhilfe, 18.5.2011, KOM (2011) 275 endgültig, S. 2 (http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/victims/docs/com_2011_275_de.pdf – Stand 9.5.2016)]. Den dritten Teil des Legislativpakets von 2011 stellt der Vorschlag für die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen dar [Europäische Kommission, Vorschlag für die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen, 18.5.2011, KOM (2011) 276 endgültig (http://ec.europa.eu/justice/policies/criminal/victims/docs/com_2011_276_de.pdf – Stand 9.5.2016)]. Die Richtlinie 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten ersetzt den Rahmenbeschluss über die Stellung des Opfers im Strafverfahren von 2001 und tritt nicht nur für die Rechte der Opfer selbst, sondern auch für deren Angehörige ein. Es sollen »wesentliche Schritte hin zu einem höheren Niveau des Opferschutzes in der gesamten Union, insbesondere im Rahmen von Strafverfahren, ergriffen werden.« [Richtlinie 2012/29/EU vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und der Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI. Stand: 9.5.2016]. Eine besondere Bedeutung kommt den Informationsrechten in Europa seit der letzten Opferschutzrichtlinie von 2012 zu. Nach Art. 4 und Art. 12 dieser EU-Richtlinie sollen die Staaten sicherstellen, dass die Opfer u.a. über verfügbare Wiedergutmachungen und Ausgleichsverfahren informiert werden.
- 4 Vgl. zum Ganzen *Bock*, in: Barton/Köbel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, Baden-Baden 2012, S. 67 ff.; *dies.*, in: *Europäische Vorgaben zum Opferschutz, Tagungsdokumentation des 15. Forums für Täter-Opfer-Ausgleich 2014 in Trier, Köln 2014*, S. 27 ff.; *Kilchling*, ebd., S. 57 ff.; vgl. zum internationalen Rechtsvergleich *Wiegand*, in: Barton/Köbel (Hrsg.), a.a.O. S. 29 ff.; vgl. dazu früher schon *Eser*, in: *Gedächtnisschrift Kaufmann, Köln u.a. 1989*, S. 723 ff., insbesd. S. 733 ff., dort auch mit in der Wissenschaft nicht selbstverständlichem rechtsvergleichenden sachlichen Ausblick auf die entsprechenden Vorschriften in der DDR (S. 743 ff.); bemerkenswert auch *Rieß*, der sich bei seinem Vorschlag im Gutachten für den 55. Deutschen Juristentag, eine stärkere Vereinheitlichung der Verletztenposition im Strafverfahrensrecht vorzusehen, u.a. auch auf das Strafverfahrensrecht der DDR und der Sowjetunion bezog. (*Rieß*, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, München 1984*, C 116); vgl. auch die spätere Veröffentlichung von *v. Elling*, *Die Stellung des Geschädigten im Strafverfahren der DDR*, Berlin 2006.

2. Methodisches

Indem ich den Fokus meiner Ausführungen auf die Kritik an der immer weiteren kriminalpolitischen Ausrichtung auf den Verletzten lege, bekenne ich mich zugleich dazu, selbst ein Kritiker dieser Entwicklungen zu sein. Aber so richtig geworden bin ich dies erst bei der Befassung mit dem Thema in Vorbereitung meines Vortrages zum diesjährigen Strafverteidigertag. Ich gebe auch zu, dass ich mich dabei – bedingt durch bestimmte gesellschaftspolitische und juristische Ereignisse der letzten Zeit – gefragt habe, ob eine grundlegende Kritik an der kriminalpolitischen Entwicklung der Ausweitung des Opferschutzes mit den eigenen persönlichen Überzeugungen und Anteilnahmen an Opferschicksalen überhaupt vereinbar ist – beispielsweise durch den NSU-Prozess, in dem die Nebenklage mit ihren engagierten Anwältinnen und Anwälten, überwiegend wohl Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, viel dazu beizutragen versucht, die Einengung der Wahrheitsaufklärung durch die Bundesanwaltschaft aufzubrechen, oder auch durch die Tatsache, dass die Verfolgung einer ganzen Reihe von Straftaten des Rechtsradikalismus bzw. Neonazismus erst durch Handeln von Nebenklägern und ihren professionellen Vertretern angestoßen und vorangetrieben worden ist. Aber im Ergebnis bin ich zu der Gewissheit gelangt, dass eine deutliche Kritik an der strafrechtlichen wie auch strafverfahrensrechtlichen ständigen Ausweitung der Verletztenstellung richtig ist. Mir kommt es dabei hier aber vor allem auf eine weitere Entfaltung des Meinungsstreits an.

Deshalb erscheint es mir für meinen Vortrag am sinnvollsten, wenn ich versuche, in einem Überblick zu skizzieren, welche allgemeinen kritischen Entwicklungslinien am Ausbau der Verletztenstellung zu erkennen sind. Ich werde also weniger die Gesetzgebung im Einzelnen nachzeichnen und dabei auch nicht explizit und differenziert auf die einzelnen Strukturelemente und deren Kritik – bezogen etwa auf Wiedergutmachung⁵ und Täter-Opfer-Ausgleich,⁶ auf Privatklage⁷ und Nebenklage,⁸ sowie auf das Adhäsionsverfahren⁹ – eingehen, sondern darauf, welche grundlegenden Erklärungsmuster vor allem

5 Vgl. Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, München 1992.

6 Vgl. u.a. *Richter*, Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung im Rahmen von § 46a StGB, Berlin 2014; ferner *Hamm*, in: 19. Strafverteidigertag, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Köln 1995, S. 187 ff.; *Hartmann* u.a., Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland. Auswertung der bundesweiten Täter-Opfer-Ausgleichs-Statistik für die Jahrgänge 2011 und 2012, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Berlin 2014.

7 Vgl. *Vellen*, Erster Abschnitt Privatklage, in: SK-StPO, 4. Aufl., Köln 2013, S. 28 ff.

8 Vgl. *Vellen*, Zweiter Abschnitt Nebenklage, ebd., S. 131 ff.

9 Vgl. *Vellen*, Dritter Abschnitt Entschädigung des Verletzten, ebd., S. 197 ff.

in der Wissenschaft existieren und welche kritischen Anschauungen vertreten werden.

Dabei werde ich mich nur auf die hauptsächlichsten Meinungen stützen. Das hat aber auch zur Folge, dass ich die umfangreichen normativen wie empirischen Forschungen, die etwa durch das Freiburger Max-Planck-Institut, namentlich durch Albin *Eser*, Susanne *Walther* und Michael *Kilchling* erfolgten,¹⁰ in meine Betrachtungen nicht eigens mit einbeziehe. Am Ende werde ich auf einen Vorschlag zu sprechen kommen, den eine Strafverteidigerin, nämlich Margarete *von Galen*, vor einiger Zeit unterbreitet hat und der mir als vorzugswürdig dann erscheint, wenn der kriminalpolitischen Entwicklung auch weiter widersprochen werden soll.

Methodisch sei auch darauf hingewiesen, dass die Erarbeitung des nachfolgenden Überblicks in einer Auswahl aus der recherchierten großen Materialfülle und der festgestellten Vielfalt der wissenschaftlichen Meinungen bestand. In dem Versuch einer sinnvollen »Reduktion von Komplexität« lag wohl die größte Herausforderung für die Erarbeitung des Vortrages. Da die Reduktion der Komplexität durch die Augen des Referenten zu erfolgen hatte, war dieser Vorgang auch ein dezidiert subjektiver: Was und wie wird ausgewählt, unter welchen Gesichtspunkten und mit welcher Zielstellung erfolgt die Reduktion der Komplexität; wurde diese zuvor überhaupt in hinreichendem Ausmaß ermittelt? Dieser hier nun fast als Binsenweisheit daher kommende – und so verbunden mit einem Augenzwinkern gerade nicht der *Luhmann*'schen Systemtheorie verhaftete – methodische Hinweis erscheint mir dennoch deswegen wichtig, um Sie damit bitten zu können, Ihre Erwartungen nicht auf einen vollständigen Überblick zu richten.

Es liegt bereits eine Reihe von instruktiven Übersichten zu diesem Thema vor. Eine solche habe ich beispielsweise in Bezug auf die Nebenklage gefunden bei Petra *Velten* mit ihren Kommentierungen im Systematischen Kommentar zur StPO¹¹ und bei Anja *Schmidt*'s moral- und rechtsphilosophischer Analyse »Strafe und Versöhnung«.¹² Dazu zählt ganz besonders auch der Beitrag von

10 *Eser/Walther* (Hrsg.), Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven. Bd. 1, Freiburg 1996; *dies.* (Hrsg.), Bd. 2, Freiburg 1997; *dies.* (Hrsg.), Bd. 3, Freiburg 2001; *Kilchling*, Opferinteressen und Strafverfolgung, Freiburg 1995, *ders.*, NStZ 2002, 57 ff.

11 *Velten*, Zweiter Abschnitt Nebenklage, a.a.O. (o. Fn. 7/8), S. 1 ff.; 131 ff.

12 *A. Schmidt*, Strafe und Versöhnung. Eine moral- und rechtsphilosophische Analyse von Strafe und Täter-Opfer-Ausgleich als Formen unserer Praxis, Berlin 2012; *dies.*, in: Ashold u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, Baden-Baden 2015, S. 175 ff., vgl. ferner *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rechte des Beschuldigten, Hamburg 2014.

Stephan *Barton* in dem von ihm mit Ralf *Kölbel* herausgegebenen Tagungsband »Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts«, |¹³ ein Beitrag, der sowohl im Materialheft zu unserer Arbeitsgruppe erneut abgedruckt worden ist, als auch im veröffentlichten Vortrag von *Barton* auf dem 36. Strafverteidigertag seine Fortentwicklung erfahren hat, |¹⁴ dessen Kenntnis ich deshalb voraussetzen darf. In dem erwähnten Tagungsband von *Barton/Kölbel* befindet sich auch ein wichtiger Beitrag von Thomas *Weigend* über internationale Entwicklungen bei der Stellung des Verletzten im Strafverfahren. |¹⁵ Ähnlich fragt Christoph *Safferling* in einem Aufsatz für die ZStW 2010 nach dem Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht, wobei ein Schwerpunkt auf der Rolle des Opfers im Völkerstrafrecht und einem diesem gemäßen Verfahren liegt. |¹⁶ Und nicht zu vergessen die Veröffentlichung von Ralf *Kölbel* und Lena *Bork* aus dem Jahre 2012 mit dem Titel »Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel«, |¹⁷ die neben einer umfangreichen Darstellung des Gesetzgebungsprocedere und des wissenschaftlichen Meinungsstandes zugleich eine umfangreiche kritische strafrechtssoziologische Aufbereitung jener kriminologischen Forschungen liefern, die zur Absicherung sog. »sekundärer Viktimisierung« beitragen.

II. Kritik durch bisherige Strafverteidigertage

Nicht nur als Reminiszenz an die bisherigen Strafverteidigertage – und ein 40. Strafverteidigertag, wie der diesjährige, böte dazu allein schon Veranlassung – seien im Folgenden beispielhaft drei Strafverteidigertage mit kritischen Stimmen zur Situation der Opferverschiebungen im Strafverfahren in der Bundesrepublik besonders hervorgehoben.

1. 26. Strafverteidigertag 2002

Der 26. Strafverteidigertag 2002 in Mainz behandelte unter der Hauptfragestellung »Sicherheit durch Strafe?« den öffentlichen Strafanspruch zwischen Legalitätsprinzip und Opferinteresse. Bereits im Eröffnungsreferat kritisierte Franz *Salditt* nachhaltig frühe Genugtuung und Schlichtung als Programmpunkte der

13 *Barton*, in: *Barton/Kölbel* (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 4), S. 111 ff.

14 *Barton*, in: *SchrStVV*, Bd. 36, Berlin 2013, S. 49 ff.

15 *Weigend*, in: *Barton/Kölbel*, a.a.O. (o. Fn. 4), S. 29 ff.

16 *Safferling*, *ZStW* (122) 2010, 87 ff., interessant besonders die Gegenüberstellung des Opferschutzes in der StPO und im Statut für den Internationalen Strafgerichtshof (101 ff.); vgl. auch *Eser*, a.a.O. (o. Fn. 4).

17 *Kölbel/Bork*, *Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel*, Berlin 2012; vgl. demgegenüber *Sautner*, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, Innsbruck 2010.

straftprozessualen Reformvorhaben.¹⁸ *Salditt* zitiert Bernd *Schünemann*, wonach mit der fürsorglichen Gesetzgebung der letzten Jahre sich die Aussage des hochgerüsteten Opferzeugen von der Wissensbekundung zur Parteierklärung eines Zusatzanklägers wandelt, der seine Interessen hinter der Maske des Beweismittels wahrnehmen kann.¹⁹ Die Arbeitsgruppe (AG) 1, die mit »Opferinteressen im Strafprozess« überschrieben war, konstatierte, dass es keine Ergebnisse gibt, die als vom Strafverteidigertag aufzustellende Forderungen festgehalten werden könnten. Dazu heißt es:

»Im wesentlichen standen sich die Standpunkte der Beibehaltung der Nebenklage als Rechtsinstitut der Möglichkeit, den Gedanken der Blutrache und Selbstjustiz zu zivilisieren, über die Forderung, die Rechte der Nebenklage auszudehnen, bis hin zur Abschaffung der Nebenklage gegenüber.«²⁰

2. 28. Strafverteidigertag 2004

Der 28. Strafverteidigertag 2004 in Karlsruhe stand unter dem Gesamthema »Opferschutz, Richterrecht, Strafprozessreform«. Die AG 6 behandelte den »Opferschutz im strafrechtlichen Erkenntnisverfahren« und sprach sich u.a. gegen die mit dem damaligen Opferreformgesetz eingeführte Neuregelung des Adhäsionsverfahrens aus.²¹ Die AG 1 befasste sich unter der provokanten Überschrift »So einen verteidigt man nicht« gerade dennoch mit der Stärkung der Verteidigung in Sexualstrafsachen und fragte zugleich nach dem Mythos und der Realität der Bedrohung durch Sexualstraftaten.²² Die Aktualität auch dieser Frage ist eher noch gewachsen, statt seitdem verloren gegangen zu sein.

3. 36. Strafverteidigertag 2012

Die unverminderte, ja noch erhöhte Aktualität unseres Themas trifft auch auf die Ergebnisse der AG 2 des 36. Strafverteidigertages im Jahre 2012 in Hannover zu. Angesichts des zuvor verabschiedeten 2. OpferRRG, welches den Anwendungsbereich der Nebenklage erheblich erweiterte, gelangte die

18 *Salditt*, in: SchrStVV, Bd. 26, Berlin 2003, S. 10 ff.

19 *Salditt*, ebd., S. 12.

20 Arbeitsgruppe (AG) 1 des 26. Strafverteidigertages, a.a.O. (o. Fn. 18), S. 21; vgl. dazu u.a. *Latz*, ebd., S. 23 ff.; *Burgmüller*, ebd., S. 41 ff.; *Ehrig*, ebd., S. 55 ff.

21 AG 6 des 28. Strafverteidigertages, in: SchrStVV, Bd. 28, Berlin 2005, S. 320 f.; vgl. dazu u.a. v. *Galen*, ebd., S. 265 ff.

22 AG 1 des 28. Strafverteidigertages, ebd., S. 311 f.

Arbeitsgruppe zu der Erkenntnis, dass gewichtige Gründe für die Abschaffung der Nebenklage sprächen, eine solche Forderung aber rechtspolitisch nicht durchsetzbar sei. Deshalb verlangte der 36. Strafverteidigertag wenigstens die Rücknahme der Erweiterung der Nebenklagebefugnisse.[|]²³

Angesichts der Fortsetzung des mit dem 2. OpferRRG beschrifteten rechtspolitischen Weges durch das 3. OpferRRG werden wir uns in unserer Arbeitsgruppe also vor allem im Hinblick darauf zu positionieren haben, welche Konsequenzen das für weitere Forderungen aus der Sicht einer diese Entwicklung kritisierenden Strafverteidigung überhaupt noch haben kann. Vorweggenommen sei der Hinweis auf die klare Positionierung dazu durch Anette *Scharfenberg*, der Moderatorin unserer Arbeitsgruppe, in »freispruch« Nr. 7/2015.[|]²⁴

4. Dreiländerforum

Neben den Strafverteidigertagen hat sich in den letzten Jahren das *Dreiländerforum* der Vereinigung Österreichischer Strafverteidiger*innen, des Forums Strafverteidigung der Schweiz, der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im DAV sowie des Organisationsbüros der Strafverteidigervereinigungen fest etabliert. Das 4. Dreiländerforum, das am 31.1. und 1.2.2014 in Salzburg stattfand, widmete sich dem Verhältnis von Opferrechten und Medienjustiz zur Strafverteidigung und kritisierte eingehend die Instrumentalisierung des Strafverfahrens für Opferinteressen und mediale Inszenierungen.[|]²⁵ Von der Strafrechtswissenschaft war es dort vor allem *Schünemann*, der mit dem Plenumsvortrag über Strafverteidigung und Opferinteressen seine grundlegende Kritik an dem kriminalpolitisch immer weiter ausgebauten Opferschutz durch Strafrecht und Strafverfahrensrecht erneuerte und erweiterte,[|]²⁶ eine Kritik, die bereits Mitte der 80er Jahre einsetzte, zu einem Zeitpunkt also, der als die kriminalpolitische Wende, als der Paradigmenwechsel von einer bis dahin weitgehenden Nichtbeachtung des Verletzten hin zur strafrechtlichen und strafverfahrensrechtlichen Erweiterung des Opferschutzes und der

23 AG 2 des 36. Strafverteidigertages, in: SchrStVV, Bd. 36, Berlin 2013, S. 274 f.; vgl. dazu *Barton*, ebd., S. 49 ff.; *von Galen*, ebd., S. 69 ff.; *Frommel*, ebd., S. 91 ff.

24 *Scharfenberg*, freispruch 7/2015, 6 ff.

25 Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (Ö)/Forum Strafverteidigung (CH)/Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im DAV (D)/Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen (D) (Hg.), Strafverteidigung – Opferrechte und Medienjustiz, 4. Dreiländerforum Strafverteidigung und 12. Österreichischer StrafverteidigerInnentag, Salzburg, 31.1./1.2.2014, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, Bd. 25, Wien, Graz 2014.

26 *Schünemann*, in: ebd., S. 129 ff.

damit einhergehenden Zubilligung der Rolle des Opfers als eines Subjektes im Strafverfahren gilt. Seit 1986 ist mit nicht weniger als acht Gesetzen ein ununterbrochener Ausbau der Opferstellung im Strafverfahren erfolgt. Ein Ende scheint damit noch nicht erreicht zu sein.

III. Zu Kontinuität und Diskontinuität der Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht

Worin bestanden bis zu dieser als Paradigmenwechsel beschriebenen Wende Mitte der 80er Jahre die Stellung des Verletzten und deren Herausbildung im Strafrecht und im Strafverfahren?

1. Grundlegende historische Aspekte

So wird insbesondere anhand von Eberhard *Schmidt's* »Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege«,²⁷ sodann anhand von Dissertationen zur Nebenklage²⁸, ferner unter Berücksichtigung der Arbeit von Michael *Hettinger* zum Fragerecht der Verteidigung im reformierten Inquisitionsprozess, dargestellt am badischen Strafverfahrensrecht von 1845/51,²⁹ sowie aufgrund der Untersuchung von Alexander *Ignor* zur »Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846«³⁰ folgendes sichtbar:

a) Inquisitionsprozess und Zurückdrängung der Rolle des Verletzten

Im germanischen Recht geht alle Initiative vom Verletzten aus – und dies im Privatklageverfahren, das staatliche Verfahren spielte ohnehin noch keine besondere Rolle, sondern bildete sich erst heraus. Der Verletzte erhob Privatklage aus Rache, Sühne und Fehde. Im mittelalterlichen Recht werden Rache, Fehde und Sühne allmählich zurückgedrängt. Es entsteht der Inquisitionsprozess. In ihm soll dem Verletzten keine Gelegenheit mehr gegeben werden, den Verdächtigen vor Gericht zu überwinden, sondern der Verdächtige sollte nunmehr der staatlichen peinlichen Strafe unterworfen

²⁷ *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.

²⁸ *Hölzel*, Das Institut der Nebenklage, Nürnberg 1980. *Niedling*, Strafprozessualer Opferschutz am Beispiel der Nebenklage, Münster 2005; *Schulz*, Beiträge zur Nebenklage, Berlin 1982; *Wu*, Rechtstellung des Verbrechensofners am Beispiel der Nebenklage, Frankfurt a.M. u.a. 2007.

²⁹ *Hettinger*, Das Fragerecht der Verteidigung im reformierten Inquisitionsprozess, Berlin 1981.

³⁰ *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846. Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn, München u.a. 2002.

sein. In diesem Prozess sollte die Strafe generalpräventiv abschrecken und in erheblichem Maße zugleich spezialpräventiv unschädlichmachend wirken. Indes sollte der Unschuldige vor Strafe unbedingt bewahrt werden. Durch die Wormser Reformation 1498 standen sich das Privatklageverfahren einerseits und das amtliche Vorgehen andererseits wieder gegenüber. Man sprach dabei vom Akkusationsprozess auf der einen Seite und vom Inquisitionsprozess auf der anderen. Letzterer trat aber den Siegeslauf an. Der Einfluss des Verletzten auf das gerichtliche Verfahren sollte immer mehr zurückgedrängt werden. Aber diese Entwicklung war im Mittelalter durch ein gewisses Hin und Her gekennzeichnet. Klare und eindeutige Entwicklungslinien im Hinblick auf die Stellung des Verletzten und seine prozessuale Stellung lassen sich nicht erkennen.

b) Reformierter Strafprozess

aa) »Magna Charta des Verbrechers«

Die soeben getroffene Einschätzung hinsichtlich des Fehlens klarer und eindeutiger Entwicklungslinien in Bezug auf den Verletzten trifft auch auf die Entwicklung der modernen Kriminalpolitik ab dem 17. Jahrhundert zu. Es bleibt recht unklar oder schlecht nachzuvollziehen, welchen Einfluss die Ideen der Vertreter eines klassischen liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts der Aufklärung wie Kant, Hegel, Feuerbach, Beccaria auf Stellung und Rolle des Verletzten im Strafprozess wirklich hatten. Das gilt auch für deren Straftheorien. Fest steht aber, dass die Gesamtheit der Ideen eines klassischen liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts den reformierten Strafprozess, wie er in die RStPO von 1877 mündete, nachhaltig beeinflusst hat. Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit waren jetzt grundlegende Prinzipien des Strafprozesses mit Hauptverhandlung und abgeschafftem schriftlichen Verfahren. Diesem Strafprozess lag ein Verständnis der Verknüpfung des Strafzwecks der Abschreckung mit dem Gebot effizienter Strafverfolgung zugrunde, das auf Beccaria zurückging. Denn die höchste Zweckmäßigkeit des Strafverfahrens besteht in jenem historischen Kontext darin, die öffentliche Sicherheit mit der – in der damaligen Formulierung – »Privatsicherheit« zu vereinigen,³¹ was bedeutete, dass jeden Verbrecher die gesetzmäßige Strafe treffe, denn Strafen müssten, um vorbeugend zu sein, ohne Nachsicht an den Verbrechern vollzogen werden. Die »Privatsicherheit« verlange, dass kein Schuldloser bestraft wird oder vielmehr, dass kein Schuldloser in seinen

31 Ignor, ebd., S. 218.

Rechten – wie es hieß – gekränkt werde.^{|32} Die Idee, dass das Strafgesetzbuch die »Magna Charta des Verbrechers« sei,^{|33} fand damit letztlich ihren Ausdruck auch in dem Verständnis für den reformierten Strafprozess. Es könnte nahe liegen, dass es einem solchen Verständnis eigentlich entspricht, dass für den Verletzten in diesem Strafprozess kein Platz ist. Die Gesetze, in denen der reformierte Strafprozess seinen Niederschlag fand, sprechen dann jedoch eine etwas andere Sprache.

bb) *Entwurf StPO für Baden 1845 sowie RStPO 1877*

So ist zunächst der Entwurf einer Strafprozessordnung für Baden 1845 zu nennen,^{|34} der kein Gesetz geworden ist,^{|35} jedoch als von erheblichem Einfluss auf die RStPO von 1877 angesehen werden kann.^{|36} Titel XXII des Entwurfs der StPO Baden 1845 lautet: »Von der Anklage und Anschließung des Beschädigten.«^{|37} Dieser Titel galt u.a. der Durchsetzung der Schadenersatzforderungen des Verletzten, die neben dem Privatklageverfahren bestand, das unter bestimmten Voraussetzungen im Strafgesetzbuch (wie Ehrenkränkungen und Verleumdungen) die eigene Anklage des Verletzten gegen den Täter regeln sollte.^{|38} Die Anschließung des Geschädigten im Strafverfahren galt als Wohltat.^{|39} Da der »Strafpunkt« der Hauptzweck des Verfahrens war, der durch die Entschädigungsfrage aber nicht aufgehoben werden sollte, war

32 Ebd.

33 *E. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 27), S. 363. Diese Feststellung geht wohl auf *Franz von Listz* zurück. Aber *v. Listz* dürfte dabei weniger die freiheitssichernde Schutzfunktion von Strafrecht und Strafverfahrensrecht als die wirkliche »Magna Charta des Täters« gemeint haben – vgl. dazu *Naucke*, in: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a.M. 1995, S. 483 ff. (489 – dortig, Fn. 22).

34 Abgedruckt u.a. in: *Haebelin*, Sammlung der neuen deutschen Strafprozessordnungen, Greifswald 1852, S. 370 ff.

35 *Ignor*, a.a.O. (o. Fn.30), S. 259.

36 Ausführlicher dazu *Hettinger*, a.a.O. (o. Fn. 29), S. 85 ff.

37 *Haebelin*, a.a.O. (o. Fn. 34), S. 416 ff.

38 In der Gesetzesmotivation heißt es bei *Nöllner* dazu: »Es ist billig und gerecht, daß man dem durch ein Verbrechen Geschädigten auf dem einfachsten und kürzesten Wege zu seiner Schadloshaltung ver helfe. Ohnehin muß ja der Schaden wenigstens zum größten Teil auch im Interesse der Bestrafung ermittelt werden, da die Schadensgröße einen der beiden Hauptgesichtspunkte für die Strafausmessung abgibt. Der Geschädigte, der sich anschließt, soll daher sowohl in der Untersuchung als bei der Schlussverhandlung mit seinen Anträgen und Bemerkungen gehört werden. Wenn der Geschädigte seinen Antrag auf Zuerkennung einer Entschädigung nicht vor der Urteilsverkündung zurücknimmt, so ist darüber, wenn er gleich bei der Schlussverhandlung nicht erschienen war, jedenfalls ein Erkenntnis zu geben, sofern nur die der Anschuldigung zu Grund liegenden Tatsachen als rechtlich gewiss erscheinen« [*Nöllner*, Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Neue Folge, Erster Band, 1844, 86 ff. (140 f.)].

39 Ebd., 141.

dem Geschädigten bei Freispruch des Täters aus Mangel an Beweisen der Zivilrechtsweg eröffnet. Das traf auch auf den Fall zu, dass die Untersuchung zur Urteilsfällung in der Strafsache zwar reif, zur Entscheidung über die Entschädigung aber noch nicht beendet war.

Es ist unschwer zu erkennen, dass die Anschließung des Geschädigten im Strafverfahren in der Badischen StPO doch sehr an das Adhäsionsverfahren erinnert, wie es erst viele Jahre später, nämlich 1943 in die deutsche StPO eingeführt worden ist. Die Anschließung des Geschädigten im Strafverfahren respektive das Adhäsionsverfahren waren jedenfalls in der RStPO von 1877 nicht geregelt. Aus der Badischen StPO waren aber Idee und bestimmte Regelungen des Privatklageverfahrens übernommen worden, das in der Folgezeit eine weitere Ausgestaltung erfuhr.

Erstmals aber tauchte in der RStPO das Nebenklageverfahren auf. Die Regelung der Nebenklage in der RStPO erfolgte jedenfalls einer bestimmten Begründung nach zur Erhöhung der Intensität der Strafverfolgung wegen möglicher schwacher Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft.⁴⁰ Jedoch kam der Nebenklage noch eine weitere Funktion zu: Sie konnte dazu dienen, dem Nebenkläger zu einer ihm gebührenden Buße zu verhelfen. Die Nebenklage konnte ausschließlich als Strafklage, sie konnte auch ausschließlich als Bußklage geltend gemacht werden.⁴¹

cc) *Historische Schlüsse?*

Die Aufmerksamkeit, die heute dem Opfer im Strafverfahren gilt, hat damit durchaus ihren historischen Ausgangspunkt, denn schon die Entstehungsgeschichte der StPO von 1877 weist darauf hin. Allerdings wird dem Verletzten von Gesetzes wegen zu dieser Zeit eine eher restriktive Rolle eingeräumt. Es kann zu Recht vermutet werden, dass dies mit den Ideen eines klassischen liberal-rechtsstaatlichen Strafrechts zusammenhängt, aber dies lässt sich nicht genau verifizieren. Eigentlich lässt sich eine verfahrensrechtliche Rolle des Opfers, die über das Privatklageverfahren hinausgeht, mit dem aufgeklärten

40 Nebenkläger ist, so heißt es in einem frühen Lehrbuch, »wer, sei als Privatperson, sei es in behördlicher Eigenschaft in einem auf öffentliche Klage anhängigen Verfahren neben der Staatsanwaltschaft klägerische Handlungen vornimmt. Grundsätzlich ist zwar im Staatsklageverfahren auf klägerischer Seite neben der Staatsanwaltschaft für niemanden Raum. In einigen Ausnahmefällen lässt jedoch das Gesetz behufs Erhöhung der Intensität der Strafverfolgung zu, dass neben die persönlich an der Strafverfolgung ja nicht interessierte und deshalb möglicherweise nicht nachdrücklich genug auftretende Staatsanwaltschaft ein Privater aus eigenem persönlichen Interesse heraus oder eine dem Straffall näher als die Staatsanwaltschaft stehende Staatsbehörde als sogenannter Nebenkläger tritt.« (Behling/Bennecke, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, Breslau 1900, S. 644)

41 Ebd., S. 644 ff.

Strafprozess überhaupt nicht vereinbaren, jedenfalls insoweit nicht, als dieser als Ausdruck eines Tatstrafrechts ganz auf den Beschuldigten ausgerichtet ist und im Falle der Feststellung seiner Schuld die der Tat angemessene Bestrafung erfordert.⁴² Dieses Tatstrafrecht ist kein Zweckstrafrecht, denn in Wirklichkeit bietet nur jenes Platz für den Verletzten.

Doch wie wir gesehen haben, soll der Nebenkläger die Anklage verstärken, weil es schwache Staatsanwälte geben könnte. Hier steht das Moment von Hilfe der Nebenklage bei der Strafverfolgung im Mittelpunkt. Ist das etwa schon hier das Recht des Opfers an der Bestrafung des Täters durch aktive Teilnahme am Strafprozess – genau wie es Jan Philipp *Reemtsma* als Opfer und unmittelbar Betroffener dann über ein Jahrhundert später in einem wegweisenden Vortrag 1998 vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg formuliert hatte⁴³ und wovon auch Kriminologen beeindruckt worden sind?⁴⁴ Und wenn der Gesetzentwurf der StPO für Baden schon 1845 davon spricht, dass die gesetzliche Möglichkeit für den Verletzten, bereits im Strafverfahren seine Schadenersatzansprüche geltend zu machen, eine Wohltat sei, ist das dann nicht bereits jener Fürsorgegedanke, auf den sich Kriminalpolitik bei der immer weiter ausgebauten Opferstellung auch beruft und der zu Recht kritisiert wird?⁴⁵

Oder ist damals doch alles so, wie es Winfried *Hassemer* auf einer von Stephan *Barton* 2001 in Bielefeld organisierten Tagung »Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis« unter besonderer Berücksichtigung von Opfer und Beschuldigter⁴⁶ formuliert hatte, indem er von der strikten Trennung von Tätern und Opfer sprach?⁴⁷

42 Vgl. zum Tatstrafrecht nur *Schultz*, Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft. Eine systemtheoretische Kritik der Sicherungsverwahrung, Frankfurt a.M. 2014, S. 232 ff.

43 *Reemtsma*, Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem, München 1999.

44 Vgl. *Schöch*, in: Dölling/Jehle (Hrsg.), Täter. Taten. Opfer. Grundlagenfragen und aktuelle Probleme der Kriminalität und ihrer Kontrolle, Mönchengladbach 2013, S. 217 ff. (232 f.). Kritisch aber *Salditt*, a.a.O. (o. Fn. 18), S. 11.

45 Vgl. nur *P.A. Albrecht*, Kriminologie, 4. Aufl., München 2010, S. 400 ff.

46 *Barton* (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit und Zeugenbeweis, Baden-Baden 2002.

47 Ausführlich lautet das Zitat von *Hassemer* wie folgt: »Es war eine rechtsstaatliche Errungenschaft, als mit der Entwicklung des modernen Strafrechts der Konflikt zwischen Täter und Opfer in die Hand eines neutralen Dritten gelegt worden ist, nämlich des strafenden Staates. Es gab historische Situationen, in denen Täter und Opfer mit ihrem Konflikt alleine waren. Es gab eine Gerechtigkeit, die manchmal spontan war, manchmal einseitig, aber meist davon abhing, ob zufällig der Täter dem Opfer überlegen war oder das Opfer dem Täter. Ich wiederhole mich (so *Hassemer* – J.A.): Es war ein Fortschritt, als der Staat einschritt und sagte: Ich trenne Täter und Opfer. Ich setze das Opfer in eine Distanz zum Täter. Ich nehme die Sache in meine eigenen Hände. Ich definiere, was in Zukunft ungerecht und was in Zukunft kriminell sein soll. Ich verfolge zunächst einen Verdacht. Und erst wenn der Verdacht sich bestätigt, bestrafe ich den Täter. Deshalb erlege ich dem Opfer ein Gewaltverbot auf. Ich entferne das Opfer aus der Situation des aktiven Ver-

Zur Klarstellung will ich bereits jetzt anmerken, worauf auch viele der kritischen Stimmen aus der Strafrechtswissenschaft hinweisen und worauf ich noch mehrmals zurückkommen werde, dass statt vom Täter vom Beschuldigten gesprochen werden muss, jedenfalls solange, bis die Täterschaft rechtskräftig festgestellt worden ist. Das Opfer ist in den meisten Fällen Opfer, aber ob es auch das Opfer des Beschuldigten, mithin des dann später rechtskräftig Verurteilten ist, das steht jedenfalls zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht fest. Täterterminologie ist symptomatisch für die kriminalpolitische Entwicklung zum Ausbau der Opferstellung.

2. Der 55. Deutsche Juristentag und das Gutachten von Peter Rieß

a) Zur Argumentation von Peter Rieß

aa) *Verdeckte Maxime »Opferschutz versus Täterschutz«*

Sieben Jahre bevor *Hassemer* sein erwähntes Statement abgab, wurde auf dem 55. Deutschen Juristentag (DJT) mit dem Gutachten von *Rieß* über »Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren«⁴⁸ diesbezüglich eine grundlegende Wende in der rechtsstaatlichen Auffassung vom Strafrecht als ein auf den Täter zentriertes Strafrecht als Reaktion auf die Tat, also die schützende, freiheitssichernde »Magna Charta des Täters«, eingeläutet. Der Verletzte, das Opfer, sollte gleichwertig neben dem Täter in Erscheinung treten. Opferschutz versus Täterschutz, das wohl war die – dahinter stehende oftmals jedoch nicht wirklich offen gelegte – *Maxime*, freilich in ganz unterschiedlichen Facetten, die auf einen ersten Blick durchaus Zustimmung verdienen.

Rieß meinte zu dem kriminalpolitischen Klima, das die Wende vom Beschuldigten zum Opfer herbeigeführt habe, dass dieses nicht sicher zu erklären sei. Der Ausgleichs- und Wiedergutmachungsgedanke als Element einer wirksamen strafrechtlichen Sanktion und der Resozialisierung seien beachtlich, hingegen sei eine »übertriebene ‚law-and-order-Konzeption‘, die auch dazu führen könne, dass den Belangen des Opfers besondere Aufmerksamkeit zugewendet wird, eine Fehlinterpretation.«⁴⁹ Gleichwohl kommt bei *Rieß* zum

letzten und ich ziehe das Opfer heran als einen Opfer-Zeugen, reduziert auf die Funktion, bei der Aufklärung des Sachverhalts zu helfen. Das Strafrecht ist ein mächtiges Instrument, das schlimme Verletzungen zufügen kann – dem Opfer natürlich, aber auch dem Täter und dem Täter zuvörderst. Es braucht deshalb die genannten Garantien und es braucht die Distanz zwischen Täter und Opfer, erzwungen durch den Staat. Ich meine, wir müssen weiterhin ein Strafrecht haben, das sich auf den Täter zentriert.« [*Hassemer*, in: Barton (Hrsg.), ebd., S. 256].

48 *Rieß*, a.a.O. (o. Fn. 4), C 1 bis C 136.

49 Ebd., C 10.

Ausdruck, dass er den notwendigen Ausbau des Opferschutzes im Zusammenhang mit dem sich schon vollzogenen notwendigen Wandel des materiellen Strafrechts vom Tatstrafrecht zum stärker täterorientierten Strafrecht sieht.⁵⁰

Wegen des täterorientierten Sanktionsanspruchs, dessen Träger die Rechtsgemeinschaft ist, führe kein Weg zu einer Privatisierung des Strafrechts und einer Pönalisierung des privaten Ersatzanspruchs zurück.⁵¹ Schließlich bemüht *Rieß* auch die Rechtsfriedenssicherung und die Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts, die dazu drängen könnten, den »Vorrang des Versöhnungsgedankens zwischen Täter und Verletztem vor der Kriminalstrafe anzuerkennen.«⁵² Nicht zuletzt beruft sich *Rieß* auch auf das Sozialstaatsprinzip.⁵³

bb) »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«

Rieß erkennt die Grenzen des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsbegriffs für den Ausbau des Opferschutzes zwar an, dabei insbesondere das mit dem fair-trial-Gebot verbundene Schutzelement des Beschuldigten, das einer Verstärkung der Verletztenposition entgegenstehen könne.⁵⁴ Auch die Bedeutung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. IV GG lässt nach *Rieß* die Stellung des Verletzten zurücktreten. Doch dann kommt jener Begriff ins Spiel, mit dem in der Folge so mancher Abbau von Beschuldigtenrechten im Strafverfahren, so manche Gesetzgebung etwa beim Umgang mit Organisierter Kriminalität gerechtfertigt worden ist und bis heute gerechtfertigt wird: der Begriff der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«.⁵⁵ Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege kann es nach *Rieß* erfordern, auch das Genugtuungsinteresse des Verletzten mit zu berücksichtigen.⁵⁶ Das alles

50 Ebd., C 45.

51 Ebd., C 46.

52 Ebd., C 49.

53 Aus dem Sozialstaatsprinzip folgert *Rieß*: »Soweit Angriffe des Beschuldigten gegen den Verletzten wegen der rechtsstaatlich unverzichtbaren Verteidigungspositionen hingenommen werden müssen [...], kann es erforderlich werden, Maßnahmen zum Ausgleich von Handlungsschwäche des Verletzten vorzusehen, durch Informations- und Teilhaberechte Kompensationen gegen verfahrensbedingte Benachteiligungen zu schaffen, den Wiedergutmachungsaspekt aus dem Strafverfahren nicht gänzlich auszublenden und dem Verletzten nicht eine unzumutbare und unerfüllte Strafverfolgungslast im Interesse der Entlastung staatlicher Strafverfolgung aufzuerlegen.« (Ebd.)

54 Ebd., C 48.

55 Kritisch dazu u.a. *Hassemer*, StV 1982, 275 ff.; *Limbach*, in: SchrStVV, 20. Strafverteidigertag 1996, S. 35 ff.; *Jahn*, »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998, S. 189 ff.; *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 ff.

56 Dazu heißt es bei *Rieß*: »Ferner ist die normstabilisierende und friedenssichernde Wirkung der Strafrechtspflege möglicherweise [...] von einer Anerkennung des Verletzten als selbstständigen Verfahrensbeteiligten mit einem Minimum an Rechten mit abhängig. Daraus könnte sich ergeben, daß eine eigenständige Position des Verletzten und die Anerkennung seines Genugtuungsinteresses ein Element der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege wäre.« [*Rieß*, a.a.O. (o. Fn. 4) C 48/49].

wird vorsichtig formuliert, um nachfolgend in der Gesetzgebung zur Ausweitung des Opferschutzes umso größere Wirkung zu entfalten, dabei in den Gesetzesbegründungen oft unter Bezugnahme auf das Gutachten von *Rieß*.

cc) *Ableitungen aus den Strafzwecken für das Verfahrensrecht*

In straftheoretischer Hinsicht spielt *Rieß* auf der Klaviatur aller drei Strafzwecke der Vereinigungstheorie, letztlich so, wie diese vom BGH als »Spielraumtheorie« apostrophiert worden ist. Gerechter Schuldausgleich durch Genugtuung, was nichts anderes als die vergeltende Strafe ist, Spezialprävention durch Pflicht zum Schadensausgleich gegenüber dem Verletzten, Generalprävention im Sinne der Verteidigung der Rechtsordnung in ihrer normstabilisierenden Funktion vor allem durch staatliche Bestätigung, dass dem Opfer Unrecht geschehen ist.⁵⁷

Für das Verfahrensrecht bedeutet dies nach *Rieß*, dass dem Verletzten Subjektstellung eingeräumt werden muss, und zwar genau so, wie das die Konsequenz für den Beschuldigten im Ergebnis der Überwindung des Inquisitionsprozesses war.⁵⁸ Auch die prozessimmanenten Verfahrensziele, namentlich die Wiederherstellung des Rechtsfriedens in einem justizförmigen auf Wahrheit und Gerechtigkeit zielenden Verfahren verlangten eine Einbeziehung des Verletzten in den Prozess.⁵⁹ Die Vorschläge von *Rieß* lauteten im Einzelnen: Erstens, eine allgemeine Verletztenstellung, also ein Beteiligungsrecht für jeden Verletzten zu schaffen, zweitens ein allgemeines Sühneverfahren bei Vergehen einzuführen, drittens schließlich, das Privatklageverfahren zu beseitigen und alle Privatklagedelikte dem Anklagezwang zu unterwerfen.⁶⁰

b) Beschuldigten- und Verteidigungsrechte

aa) *Schönwetterargumentationen*

Für Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger wie für Beschuldigte nun besonders interessant dürfte die Tatsache sein, dass *Rieß* in seinem Gutachten betont, dass die prozessual legitimen Beschuldigteninteressen grundsätzlich Vorrang vor den Interessen des Verletzten haben. Eine Stärkung der Verletztenposition – so *Rieß* – dürfe ebenso wie der Schutz des Verletzten im Strafprozess nicht durch rechtliche und faktische Schwächung der Verteidigungsbefugnisse des Beschuldigten bewirkt werden; vielmehr sei eine

57 Ebd., C 50/51.

58 Ebd., C 51/52.

59 Ebd., C 52.

60 Vgl. dazu auch *Hammerstein*, Referat 55. DJT, in: Verhandlungen des 55. DJT, Bd. II.1, München 1984, L 11 f.

solche Verbesserung nur im Rahmen einer ungestörten Verteidigungsposition akzeptabel. Der Beschuldigte müsse sich mit den ihm vom Prozessrecht eingeräumten und vielfach verfassungsrechtlich fundierten Befugnissen verteidigen dürfen, auch wenn dies für den Verletzten nachteilig oder belastend wirken könne.⁶¹

Ist damit alles wieder gut und *Rieß* für die von ihm vorgenommene Grundlegung für eine Wende vom Tat- bzw. Täterstrafrecht hin zu einem Täter-Opfer-Strafrecht weniger zu kritisieren? Ist es vielleicht tatsächlich so, wie Heinz *Schöch* meint, dass die gravierenden Ausweitungen des Opferschutzes im Strafverfahren zu keinen Beeinträchtigungen legitimer Verteidigungsinteressen geführt haben?⁶² Sind all jene gerade auch von Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, aber auch von der Wissenschaft geäußerten Kritiken an dieser Ausweitung substanz- und gegenstandslos?

Nein, es ist ein verführerisch beruhigendes Bild, das *Rieß* gezeichnet hatte, und das für manche Vertreter der Ausweitung der Opferstellung im Strafverfahren wohl von geradezu unumstößlicher Strahlkraft ist:

Die Wende vom Tat-Täterstrafrecht hin zu einem Täter-Opfer-Strafrecht kann noch so ausgreifend und vielfältig sein, Verteidigungs- und Beschuldigtenrechte werden damit nicht eingeschränkt. Dem Beschuldigten wird mitgeteilt, dass die Verstärkung der staatlichen Anklage durch den Nebenkläger keine Nachteile für ihn hat, im Gegenteil, dass dies eigentlich nur zu seinem Vorteil ist. Es ist dies das Bild einer »Schönwetter-Justiz« und eines guten Nebenklägers. Dort, wo der Beschuldigte keinen eigenen Verteidiger hat, verteidigt er sich selbst, und der Staatsanwalt ist auch dafür da, die entlastenden Umstände zu berücksichtigen, sogar der Nebenkläger passt diesbezüglich auf. Für den Fall, dass der Beschuldigte von einem Verteidiger vertreten wird, ist in diesem Bild ohnehin alles in Ordnung. Es ist dies ein Bild der Harmonie und Eintracht, des Friedens von vornherein. Einem solchen Bild kann man in der Tat schnell erlegen sein, entgegen der Realität.

Denn wenn selbst Strafverteidiger dem Diktum von *Rieß* vertrauten, wie etwa Gerhard *Hammerstein* in seinem Referat auf dem 55. DJT zu dem Gutachten

61 *Rieß*, a.a.O. (o. Fn. 4), C 54. Nebenbei bemerkt: Kein Wort von *Rieß* in seinem Beitrag zur Stellung des Verteidigers über die Beschneidung von Verteidigerrechten im Zusammenhang mit den RAF-Verfahren! (Vgl. aber nur *Mehlich*, Der Verteidiger in den Strafprozessen gegen die Rote Armee Fraktion, Berlin 2012).

62 *Schöch*, a.a.O. (o. Fn. 44), S. 223; *ders.*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn.60), L 54/55.

von *Rieß* |⁶³ – anders aber die ebenfalls auf dem 55. DJT sich zu Wort gemeldeten Strafverteidiger Rainer *Hamm*, |⁶⁴ Wilhelm *Krekeler*, |⁶⁵ Sven *Thomas* |⁶⁶ – und auch weiterhin darauf vertraut wird, dass schon nichts schief geht, wenn solch eine grundlegende Wende im Strafprozessrecht erfolgt, Verteidigerrechte jedenfalls nicht angetastet werden sollen und würden, dann ist das – um die etwas in Vergessenheit geratene katatyme Psychologie zu bemühen – in etwa so, als ob Kinder einem Onkel selbst dann nichts schlechtes zutrauen, wenn er ihnen Spielzeug und Schokolade schon längst weggenommen hat. Denn alle in der Familie betonen doch immer wieder, wie gut der Onkel eigentlich ist. Oder es ist das schwächere Bild von dem lieben Onkel, der den gutgläubigen Kindern ein Märchen vom Schlaraffenland vorliest, ihnen aber in Wirklichkeit die Schokolade wegnehmen will.

bb) *Bildnis des »guten Staates«*

Es ist dies aber zugleich Ausdruck eines Bildes vom guten Staat, der den Verteidigungsrechten nichts anhaben, der aber zunehmend das Opfer schützen, diesem Sicherheit garantieren will. Noch bis wenige Jahre zuvor galt der Staat in seiner Fixierung auf die Verfolgung der Täter als zu restriktiv, als Leviathan, der sich auch der Verteidigungsrechte durch ihre Einschränkung bemächtigen will, wovon gerade die RAF-Prozesse Zeugnis ablegten. Nun aber, Mitte der 80er Jahre sollte sich das Blatt wenden. Ein neues Staatsverständnis stand mit dem auf den Schutz der Opfer fokussierten Blick im Vordergrund. Die Botschaft lautet: Die Bürgerinnen und Bürger dieses Staates sind alle potentielle und reale Opfer. Mit dem Schutz der Opfer garantiert dieser Staat zugleich die Sicherheit seiner Bürgerinnen und Bürger. So entsteht eine neue Ausprägung des Sicherheitsstaates, den die Bürger*innen als guten Staat wahrnehmen sollen und ganz überwiegend auch wollen. Das Recht auf Verteidigung wird in dieses Verständnis und in diese Wahrnehmung eingeebnet. |⁶⁷

Auf dem 55. DJT hat das *Hamm* in Bezug auf die Nebenklage wie folgt kritisiert:

»Allein schon die Vorstellung, dass der Angeklagte sich einer vermehrten, multiplizierten, ja potenzierten Zahl von Prozessgegnern ausgesetzt

63 Hammerstein, a.a.O. (o. Fn. 60), L 7 ff.

64 *Hamm*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn. 60), L 158-161.

65 *Krekeler*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn.60), L 96.

66 *Thomas*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn. 60), L 83/84; L 96-98; L 107/108.

67 Dazu hinten unter IV. 3. mehr.

sehen wird, läßt den Satz, eine Stärkung der Rechte ‚des Verletzten‘ dürfe nicht zu einer Schwächung der Stellung des Beschuldigten führen, zum blanken Zynismus werden.«⁶⁸

cc) *Erfolgsgeschichte Strafverteidigung?*

In seinem im Jahre 2007 veröffentlichten Aufsatz in der Festschrift für Jung, der 2012 neu abgedruckt wurde,⁶⁹ zieht *Rieß* eine Bilanz der bis dahin herausgebildeten Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren.⁷⁰ Im Hinblick auf die Verteidigungsinteressen lesen wir:

»Der rechtlichen Anerkennung von Verletztenpositionen ist ein Spannungsverhältnis zu den Verteidigungsinteressen des Beschuldigten und den Bedürfnissen der Wahrheitsfindung immanent. Ihrem Ausbau sind daher Grenzen gesetzt. Sie sind in der jüngeren Reformentwicklung im Großen und Ganzen bisher noch gewahrt.«⁷¹

Diese Auffassung steht in Kontinuität zu der Aussage von *Rieß* in seinem Gutachten auf dem 55. DJT. Das verwundert freilich nicht, denn in einem weiteren Beitrag von *Rieß* zur Entwicklung der Verteidigung im deutschen Strafprozessrecht, der erstmals in der 2009 erschienen Festschrift des DAV »Strafverteidigung im Rechtsstaat« zu »25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV« veröffentlicht worden ist, erscheint die Entwicklung der Verteidigung als eine quasi unveränderte, kontinuierliche Erfolgsgeschichte seit der Ursprungsfassung des 11. Abschnittes des ersten Buches der StPO.⁷²

c) Wissenschaftliche Kritik an dem Gutachten von Peter Rieß

aa) *Kritik von Thomas Weigend*

Kritik an dem Gutachten von *Rieß* wurde auf dem 55. DJT auch von zwei Strafrechtswissenschaftlern geübt. So hat Thomas *Weigend* bezweifelt, dass aus Rechtsfrieden und Generalprävention Schlüsse auf die konkrete Ausgestaltung des Strafprozesses gezogen werden können. Überdies gehe die Vorstellung, dass ein aktives Mitbestimmungsrecht des Verletzten die Herstellung von Rechtsfrieden und die Verwirklichung positiver Generalprävention fördert,

68 *Hamm*, Diskussionsbeitrag 55. DJT a.a.O. (o. Fn.60), L 159.

69 *Rieß*, in: Beiträge zur Entwicklung der deutschen Strafprozessordnung, Münster 2012, S. 165 ff.

70 Die Positionen und Funktionen des Verletzten beschreibt *Rieß* dort mit 1. Vergeltungs- oder Genugtuungsbedürfnis des Verletzten, 2. Instrumentalisierung der Verletzteninteressen, 3. Abwehrbedürfnis des Verletzten, 4. Schutzbedürfnis des Verletzten als Beweismittel, 5. Ersatz des Schadens, 6. Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung. (Ebd.).

71 Ebd., S. 175.

72 Ebd., S. 141 ff.

»von einem Idealbild des Opfers aus, das am Verfahren und dessen Ausgang in gerade angemessenem Umfang – nicht zu wenig und nicht zu vehement – Anteil nimmt: ein Idealbild, das gerade in den regelungsbedürftigen kritischen Fällen mit der Wirklichkeit nicht notwendig übereinstimmt. Als Ergebnis möchte ich festhalten, dass sich für Schutzrechte des Verletzten im Verfahren einige sehr gute, für Initiativrechte dagegen nur wenig überzeugende rechtliche Argumente finden lassen.«⁷³

bb) *Kritik von Bernhard Haffke*

Der andere Kritiker war Bernhard *Haffke*,⁷⁴ der darauf hingewiesen hat, dass die Diskussion über die Ausweitung des Opferschutzes im Strafverfahren an den Grundfragen des Strafverfahrens als Vorfragen für den Opferschutz vorbeigeht. Eine solche Vorfrage lautet: Wieviel Beteiligung des Opfers verträgt der formalisierte Strafprozess? *Haffkes* zweiter Punkt betraf die Abgrenzung zwischen Formalisierung und Nichtformalisierung. Wiedergutmachung und Versöhnung seien informelle Aspekte, die nun verrechtlicht werden sollen. Durch die Aufhebung der historisch gewachsenen strikten Trennung zwischen informell und formell drohe ein Stück der Freiheitsgarantien des Strafprozesses verloren zu gehen.⁷⁵ Drittens macht *Haffke* darauf aufmerksam, dass durch das Adhäsionsverfahren die unterschiedliche Logik von Zivilprozess einerseits und Strafprozess andererseits verwischt werde.

3. Wissenschaftliche Grundlegung für die Ausweitung des Opferschutzes durch Heike *Jung*

Es wäre nicht richtig, davon auszugehen, dass das Gutachten von *Rieß* auf dem 55. DJT gewissermaßen im luftleeren Raum entstand. Wohl läutete es einen grundlegenden Wandel in der Kriminalpolitik ein, aber dieser konnte sich auf eine schon weit vorher entstandene Bewegung in der Viktimologie berufen, die ihrerseits auf eine Strafrechtswissenschaft traf, die bereit war, »die Rolle des Strafrechts im Verhältnis von Täter, Verletztem und Rechtsgemeinschaft von Grund auf zu überdenken.«⁷⁶ Dies diskutierte die Strafrechtslehrertagung 1981 insbesondere in dem Kontext von »Wiedergutmachung« und nahm den Ausgangspunkt bei den Straftheorien.

⁷³ *Weigend*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn.60), L 69-71 (70).

⁷⁴ *Haffke*, Diskussionsbeitrag 55. DJT, a.a.O. (o. Fn.60), L 156-158.

⁷⁵ Ebd., L158.

⁷⁶ *Jung*, ZStW 93 (1981), 1147 ff.

Im Hinblick auf die absoluten Straftheorien galt die Sühnetheorie als die ins Positive gewendete Vergeltungstheorie,^{|77} die strafrechtliche Reaktion als Versuch, den Täter mit dem Opfer und der Gesellschaft wieder zu versöhnen.^{|78} Der Wiedergutmachungsgedanke durchdrang aber auch die präventiven Strafzwecklehren. Ob General- oder Spezialprävention, mit Wiedergutmachung als Ausdruck zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens ließ sich immer gut argumentieren,^{|79} wobei das zunächst in der Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Strafe und Schadenersatz erfolgte. Strafe und Schadenersatz sollten nicht mehr länger als wesensverschieden angesehen werden. In dieser Diskussion lag letztendlich der Schlüssel für die gesetzliche Einführung des Täter-Opfer-Ausgleichs und die Neuregelungen des Adhäsionsverfahrens. Doch diente diese Diskussion zugleich auch dazu, Beschuldigten und Verletzten als quasi gleichberechtigte Verfahrensbeteiligte ansehen zu wollen. Der sogenannten »Entmachtung« des Verletzten sollte damit entgegen getreten werden.^{|80}

Trotz dieser den gesetzlichen Ausbau der Opferstellung befördernden Haltung von *Jung*, die sogar so weit ging, ein dem Grundsatz der Unschuldsvermutung ähnliches Verfassungsrecht auch dem Opfer zuzubilligen,^{|81} übte dieser grundlegende Kritik an der Nebenklage, jedenfalls im Hinblick auf die forensischen Erfahrungen mit ihr.^{|82}

77 Ebd., 1153.

78 Ebd., 1153.

79 Ebd., 1153.

80 Bei *Jung* liest sich das im Jahre 1981 wie folgt: »Hinsichtlich des Beschuldigten bietet die Unschuldsvermutung vergleichsweise verlässliche Handhabung für eine faire Gestaltung des Verfahrens. Eine solche Richtschnur fehlt für den Verletzten. Immerhin gilt für Beschuldigten und Verletzten gleichermaßen, daß sie in ein staatliches Verfahren verstrickt sind. Daraus folgt, daß alle Eingriffe, sei es dem Beschuldigten oder sei es dem Verletzten gegenüber, an der Elle des Verfassungsrechts, namentlich dem Schutz der Menschenwürde, gemessen werden müssen. Der Staat ist also nicht nur dem Beschuldigten, sondern auch dem Verletzten gegenüber zur Fürsorge und zu einem fairen Verfahren verpflichtet. Die Gestaltung des Verfahrens hat sich nicht nur daran zu orientieren, dass der Verdächtige sich als unschuldig erweisen kann, sondern auch daran, daß der Schaden des potentiell Verletzten nicht noch vertieft wird.« (Ebd., 1155 f.); ähnlich wohl *Eser*, indem dieser 1992 forderte, dass der Verletzte »von seiner derzeitigen marginalen Nebenrolle zu einer echten Hauptrolle neben dem öffentlichen Ankläger aufrücken« müsse. [*Eser*, ZStW 104 (1992), 361 ff. (374/382)].

81 *Jung*, ebd., 1155.

82 Ebd., 1163. *Jung* erwähnt auch die Vorschläge zur Abschaffung der Nebenklage aus dieser Zeit, beispielsweise durch die BRAK und die Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen in deren kriminalpolitischen Programm 1976. (*Jung*, ebd., dortige Fn. 57/61).

IV. Grundzüge der Kritik durch Strafrechtswissenschaft und Kriminologie

An dem – auch wie gezeigt durch die Strafrechtswissenschaft maßgeblich mit begründeten und aufrechterhaltenen und durch diese auch mit weiterentwickelten – Weg der Legitimierung und Legalisierung des gesetzlichen und faktischen Ausbaus der Stellung des Verletzten⁸³ gab und gibt es freilich gewichtige Kritik, auf die ich im Folgenden näher eingehen möchte. Diese Kritik lässt sich unterteilen in eine Kritik, deren Ansatz eher straftheoretisch ist, ferner eine Kritik, die von der materiellen Strafnorm her argumentiert und schließlich eine Kritik, die stärker vom Strafprozessrecht und vom Rechtsstaatsgedanken ausgeht. Eine weitere größere kritische Strömung sucht die Verbindung zwischen Staatskritik und Strafrecht – und schließlich sehe ich eine kritische Linie, die in Nähe zur staatskritischen Argumentation auf dem Boden einer Art neuer kritischer Kriminologie⁸⁴ steht. Dabei ist nicht zu übersehen, dass es sich bei diesen kritischen Strömungen nicht um voneinander isolierte Anschauungen handelt, sondern eine Reihe von Schnittmengen existiert.

1. Straftheorie – Genugtuungsbedürfnis des Opfers

Zunächst zu der eher straftheoretischen Kritik, die sich am Genugtuungsbedürfnis des Opfers entzündet.

a) Der Ansatz von Thomas Weigend

aa) *Renaissance des Genugtuungsgedankens*

Der wohl grundlegendste Beitrag dazu stammt von *Weigend* aus dem Jahre 2010.⁸⁵ *Weigend* entwickelt darin seinen Gedanken vom 55. DJT weiter, wonach dem Opfer zwar Schutz zu gewähren sei, ihm aber keine Initiativrolle

83 Wohl symptomatisch aus der neueren Literatur dazu u.a. *Giering*, in: Festschrift (FS) für Ostendorf, Baden-Baden 2015, S. 353 ff.; *Zöller*, in: FS Paeffgen, Berlin 2015, S. 720 ff.; symptomatisch insofern wohl auch *Safferling*, als er hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Opfers im Strafverfahren (noch) kein Paradigmawechsel zu erkennen vermag, »solange die Nebenklage das Opferschutzinstrument bleibt, das sie nach h.M. ist und Verschiebungen im Gewichte Verhältnis, etwa durch die Beiordnung eines Opferanwaltes, durch eine Verstärkung der Verteidigung aufgefangen werden [...]. Dann verbleibt die Trägerschaft des Strafanspruchs bei der Staatsanwaltschaft.« [*Safferling*, a.a.O. (o. Fn. 16), 101].

84 Die Bezeichnung »eine Art neuer kritischer Kriminologie« habe ich vor dem Hintergrund »des Versandens der Kritischen Kriminologie« und zugleich in der Hoffnung auf eine Erneuerung dieser gewählt. (Vgl. dazu insbesd. *Cremer-Schäfer/Steinert*, Straflust und Repression. Zur Kritik der populistischen Kriminologie, 2. Aufl., Münster 2014, S. 9).

85 *Weigend*, Rechtswissenschaft 1/2010, 39 ff.

zukommen dürfe. Der Autor stellt darin die Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht fest. Unter Berufung auf Klaus Lüderssen lautet das neue Paradigma »Die Strafe für das Opfer«. |⁸⁶ Weigend ordnet diese Renaissance in eine ganze Reihe von historischen, rechtlichen, justiziellen und sozialen Wandlungstendenzen seit den 80er Jahren ein. |⁸⁷ Solche bestünden in der Desillusionierung hinsichtlich der Möglichkeiten, straffällige Menschen mit den bescheidenen und oft ganz untauglichen Mitteln des Strafrechts in die Gesellschaft zurückzuführen. Dies sei eine Enttäuschung von Justiz und Gesellschaft, die sich nicht selten gegen den – jedenfalls daran – unschuldigen Täter wendet. Gleichzeitig habe die empirische Viktimologie das Bewusstsein dafür geschärft, welchen Einbruch das Opferwerden im Leben vieler Menschen bedeute und worauf sich die Wünsche der Opfer an den Staat bei dessen Beschäftigung mit der Straftat richten. Die verstärkte Wahrnehmung passe auch zu der allgemeinen Orientierung an dem Bedürfnis nach Sicherheit in der viel zitierten Risikogesellschaft. Wer sich selbst als potentielles Opfer von Straftaten sieht, empfindet Empathie mit demjenigen, der tatsächlich durch ein Verbrechen verletzt worden ist. Dies führe – auch jenseits einer kruden Law-and-Order-Orientierung, die mit vermeintlichen Opferinteressen argumentiere – zu einer Perspektive, die die Position des Verletzten wahrnimmt und seinen Wünschen gerecht zu werden versucht. |⁸⁸

Anders als in den Straftheorien des 19. und 20. Jahrhunderts – so Weigend weiter – nehme man die Straftat nicht mehr in erster Linie als Auflehnung gegen das Recht oder als Verletzung eines abstrakten Rechtsguts wahr, sondern als reale Verletzung eines Menschen. Dies sei eine Neu-Interpretation der Straftat, die dem »individualistischen« Menschenbild des Grundgesetzes entspreche, während sich in dem normbezogenen Verständnis die Idee des Bürgers als gehorsamer (oder ungehorsamer, und deshalb zu bestrafender) Untertan des Staates widerspiegele. |⁸⁹

bb) *Viktimodogmatik*

Ergänzen möchte ich hinzufügen, dass sich mit Knut Amelung auch sagen lässt, dass hier ein Wandel vom Rechtsgut zum Opfer stattgefunden hat; die

86 Ebd., 39; vgl. Lüderssen, in: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.) Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Baden-Baden 2000, S. 63 ff.

87 Weigend, ebd., 39 ff.

88 Ebd., 40.

89 Ebd., 41 unter Berufung auf Hörnle, JZ 2006, 950 ff. (952), sowie auf Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, Berlin 2000.

hierauf bezogenen Betrachtungen werden Viktimodogmatik genannt. |⁹⁰ Ausdruck derartiger Viktimodogmatik sind beispielsweise solche unterschiedlichen Überlegungen wie einerseits von *Schünemann*, wonach jene Handlungsweisen aus dem Bereich des Strafbaren herauszunehmen sind, gegenüber denen das Opfer keines Schutzes bedarf oder keines Schutzes würdig ist; wer handeln kann, müsse auch Verantwortung für sein Verhalten tragen, |⁹¹ oder von Klaus *Günther*, der die Auffassung vertritt, dass das Strafrecht die Intensität seines Schutzes erhöhen müsse, je schwächer und handlungsunfähiger das Opfer sei (Kinder, Alte, Gefangene und andere Hilflose). |⁹² Schließlich gipfeln viktimodogmatische Gedanken in der Feststellung von Thomas *Hiltenkamp*, der das Strafgesetz als faktische »magna Charta des potentiellen Opfers« bezeichnet. |⁹³

cc) *Rücksichtnahme auf Opferbedürfnisse*

Wenn – so beobachtet und schlussfolgert nun *Weigend* weiter – der Verletzte für das Verständnis der Straftat als Person und nicht nur als »Rechtsgutsobjekt« eine Rolle spielt, so liege es nahe, auch bei der Bewältigung der Straftat auf die Bedürfnisse des Opfers Rücksicht zu nehmen. Dabei könne es zum einen um den Anspruch auf materielle Entschädigung gehen, zum anderen gewännen auch emotionale Bedürfnisse an Bedeutung; Bedürfnisse, die sich auf eine angemessene punitive Reaktion gegenüber dem Verletzer richten und die man als Wunsch nach »Genugtuung« bezeichnen könne. Aus der Personalisierung der Straftat folge, dass das früher oft in den atavistischen Untergrund abgeschobene Genugtuungsbedürfnis des Opfers nun einen Platz in der Theorie der strafrechtlichen Rechtsfolgen beanspruche. |⁹⁴

dd) *Genugtuung und Strafzwecke*

Weigend legt dar, dass sich die Genugtuung in die Strafziele einpasst. Das war zu Zeiten der absoluten Straftheorien so, als es der Staat übernahm, die Bestrafung des Täters nach dem Maß seines Vergeltungsbedürfnisses zu gestalten. Das aber sei eine »reine« Strafe, die vom Verletzten und seinen privaten Wünschen losgelöst sei und als Reaktion auf die Normverletzung davon abstrahiere. Der Staat wollte damit auch die privaten Rachewünsche des Verletzten kanalisieren. Heutzutage müsse man mit Wilfried *Holz* den Begriff

90 *Amelung*, in: FS Eser, München 2005, S. 3 ff. (5).

91 Ebd., dortig. Quellennachweise *Schünemann* bei Fn. 14.

92 Ebd., dortig. Quellennachweis *Günther* bei Fn. 6, 15, 17.

93 Ebd., dortig. Fn. 26.

94 *Weigend*, a.a.O. (o. Fn. 85), 41.

Genugtuung reduzieren auf das Interesse des Opfers daran, dass festgestellt wird, dass ihm »Unrecht geschehen ist, dass man dieses Unrecht anerkennt, darauf angemessen reagiert und dem Opfer damit symbolisch versichert, so etwas werde in Zukunft nicht wieder passieren.«⁹⁵ Damit werde dem Opfer die interpersonale Dimension zurückgegeben, die ihm bei der Verstaatlichung verloren gegangen sei. Das sei eine Straftheorie, die den Sinn der staatlichen Strafe hauptsächlich in der vergangenheitsbezogenen symbolischen Missbilligung des Täterverhaltens sehe. Die expressiv-symbolische Reprobation des unrechten Tuns enthalte bei dieser Interpretation nicht allein den abstrakten Vorwurf der Verletzung des Rechts, sondern verstehe auch die Missachtung der Interessen des konkreten Opfers als Grund und Inhalt des Schuldspruchs. Bei einer solchen Perspektive könnten mit Tatjana Hörnle zugleich wichtige neue Gesichtspunkte für eine »opferbezogene« Strafbemessung gewonnen werden.⁹⁶

Weigend hebt weiter hervor, dass verschiedene Autoren die Genugtuung für den Verletzten auch als eine »präventive Funktion« ansehen, wobei der Gedanke der Prävention nicht wie sonst in der Strafzweckdiskussion üblich, auf die Verhinderung künftiger Straftaten des Täters oder Dritter bezogen werde, sondern auf eine weitere oder fortdauernde Schädigung des Verletzten selbst. Als Beispiel dafür wird *Reemtsma* erwähnt, der nicht zuletzt als Opfer einer mit schlimmsten Qualen verbundenen Entführung beschrieben hat, wie wichtig es für die Bewältigung des Geschehens durch den Verletzten sei, dass ihm das Gerichtsurteil bestätige, ihm sei Unrecht widerfahren und er keine Vorwürfe gegen sich selbst zu richten brauche. Zugleich solle das Gericht durch den Urteilsspruch symbolisch die Zusage erneuern, dass man sich »über bestimmte Dinge«⁹⁷ (nämlich die persönliche Sicherheit in alltäglichen Situationen) »keine Gedanken zu machen braucht« – so die Erwartung von *Reemtsma*, die *Weigend* hier als Genugtuungswunsch des Verletzten wiedergibt.⁹⁸

Vor diesem Hintergrund stellt *Weigend* die Frage, ob der Verletzte einen Anspruch gegen den Staat besitzt, ihm durch Bestrafung des Täters Genugtuung

95 Ebd., 43, zit. nach *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, Berlin 2007, S. 134; vgl. zur Auseinandersetzung mit *Holz* auch *A. Schmidt*, in: Ashold u.a. (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 12), S. 190 f., 199 f.

96 *Weigend*, ebd., 43 f. unter Berufung auf *Hörnle*, in: Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, Köln u.a. 2000, S. 189 ff.

97 *Weigend*, ebd., 44 - vgl. dortige Fn. 26 unter Verweis auf Quelle *Reemtsma*: in: *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, München 2002, S. 131.

98 *Weigend*, ebd., 44.

zu verschaffen. Im Ergebnis lehnt *Weigend* es ab, dass das Opfer hier ein ursprüngliches Recht hat, denn das laufe darauf hinaus, dem Verletzten einen Ausgleichsanspruch wegen des Verlustes archaischer Selbst»justiz« zuzugestehen. |⁹⁹

ee) *Rolle des Staates und Menschenwürde des Opfers*

Eine weitere Auseinandersetzung von *Weigend* besteht dann in der Frage nach einem positiven Grundrechtsschutz, also darin, ob dem Verletzten ein subjektives Recht auf Gewährleistung des Strafverfahrens einzuräumen sei. |¹⁰⁰ In seiner Dissertation habe *Holz* das bejaht und damit begründet, dass der Staat zum aktiven Schutz der Grundrechte verpflichtet sei, und hierzu auch der Schutz des Vertrauens der Bürger auf Sicherheit gehöre, mithin die Gewährleistung eines Sicherheitsgefühls. |¹⁰¹ Wenn der Bürger Opfer eines Verbrechens geworden sei, löse dies eine Vertrauenseinbuße hinsichtlich der sozialen Wirksamkeit der Verhaltensnorm aus und das Sicherheitsgefühl des Opfers müsse durch die symbolische Re-Stabilisierung der Verhaltenserwartung wiederhergestellt werden. Hierauf habe der Bürger als Grundrechtsträger ein subjektives Recht, das er nötigenfalls über Art. 19 Abs. IV GG gerichtlich durchsetzen könne. |¹⁰²

Auch im Ergebnis seiner Auseinandersetzung damit gelangt *Weigend* zu der Schlussfolgerung, dass die Einleitung eines Strafverfahrens jedenfalls in der großen Mehrzahl der Fälle nicht das Mittel der Wahl ist, um ein beeinträchtigtes Sicherheitsgefühl des Verletzten zu restituieren. |¹⁰³ *Weigend* stellt unter Bezugnahme auf Jochen *Bung* und Cornelius *Prittwitz* fest, dass sogar der Verdacht besteht, dass der Staat dadurch, dass er den Verletzten die Möglichkeit zu einer (von diesen gar nicht immer gewünschten) aktiven Mitwirkung im Strafverfahren eröffnet, von seiner mangelnden Tätigkeit auf aufwendigeren Feldern der Opferhilfe abzulenken versucht. |¹⁰⁴

Weigend hält jedoch den Gedanken für plausibel, dass Opfer schwerer Straftaten verlangen könnten, dass der Staat sie bei der Viktimisierung – die der Staat nicht verhindert hat – nicht allein lässt. Wenn es für den Verletzten

99 Ebd., 45.

100 Ebd..

101 Ebd., vgl. dortig. Fn. 35, 36 Quellennachweise *Holz*, Justizgewährungsanspruch.

102 Ebd., 46.

103 Ebd., 49 f.

104 Ebd., 50, vgl. dortig. Fn. 51 Quellennachweise *Bung*, StV 2009, 430 ff. (432), sowie *Prittwitz*, in: Schünemann/Dubber (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 96), S. 62 f.

nach dessen persönlicher Einschätzung hilfreich sei, dass die Verantwortlichkeit für seine Schädigung in einem formellen Verfahren mit symbolischer und rechtlicher Verbindlichkeit festgestellt wird, so sollten die staatlichen Organe die notwendigen Anstrengungen unternehmen, um ein solches Verfahren durchzuführen. |¹⁰⁵ Theoretisch könne man sich vorstellen, dass dies in einem isolierten »Schuldfeststellungsverfahren« – ähnlich auch *Lüderssen* – unabhängig von der Frage der Bestrafung des Täters geschieht. Praktisch dränge sich jedoch die Verbindung mit dem Strafverfahren gegen den Tatverdächtigen auf, da dort ja die gleiche Materie zu verhandeln ist und da der Urteilspruch gegen den Täter dem Opfer die gewünschte verbindliche Feststellung der Verantwortlichkeit bringt. |¹⁰⁶

Weigend leitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Grundgesetzes ab, dass unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich bei schweren Straftaten, der Verletzte verlangen könne, dass die zuständigen staatlichen Organe seinem Wunsch nach sorgfältiger Prüfung der Verantwortlichkeit für sein Opferwerden nachkommen und ggf. diese Verantwortlichkeit auch formell festzustellen haben. |¹⁰⁷ Dabei bezieht sich *Weigend* auf die Entscheidung des BGH zur »Auschwitzlüge«, mit der mit gewissem Anspruch auf Allgemeingültigkeit zum Ausdruck gebracht worden sei, dass das schwere Schicksal eines Menschen seine individuelle Würde und – bei einem Verstorbenen – sein Andenken unter den Lebenden präge. Werde dieses Schicksal als bloße Erfindung abgetan, so sei der Anspruch des Betroffenen auf Achtung verletzt. |¹⁰⁸

Der Schutz des mit der Menschenwürde verknüpften allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Situation schwerer Viktimisierung bedeutet nach *Weigend*, dass der Betroffene verlangen kann, dass er mit gebührender Achtung behandelt wird, wenn er sich an die Strafverfolgungsorgane wendet. Dazu gehöre, dass sein Anliegen und seine Informationen entgegengenommen werden und dass ihnen nachgegangen werde. |¹⁰⁹ Mehr werde der Verletzte in prozessualer Hinsicht nicht aus seinem Status ableiten können. Ob etwa Anklage gegen eine bestimmte Person erhoben wird und welches Ergebnis das Verfahren dann hat – dies betreffe nicht mehr die persönliche Rechtsstellung des Opfers, sondern sei Sache der staatlichen Strafverfolgungspolitik. |¹¹⁰

105 *Weigend*, ebd., 50.

106 Ebd., 51.

107 Ebd.

108 Ebd., 52.

109 Ebd.

110 Ebd.

ff) Opfer und Zurechnung

Ähnlich wie *Weigend* sieht das auch *Hassemer*, der das als Versuch bezeichnet, dem Opfer über die Zurechnung stärker gerecht werden zu können:

»Vor allem aber hat das Opfer ein lebendiges Bedürfnis danach, dass das Strafrecht im Prozess der Zurechnung die Rollen von Verletzter und Verletztem richtig markiert und verteilt, dass öffentlich und mit der Feierlichkeit des Strafrechts festgestellt wird, dass der Schaden, den das Opfer erlitten hat, nicht auf Zufall beruht, sondern auf kriminellem und auch verschuldetem Unrecht. Dass die Schädigung dem Täter als kriminelles Delikt zugerechnet wird, entlastet das Opfer, macht es frei und verbürgt ihm, daß es nicht Opfer der Natur oder eines Zufalls, sondern des zurechenbaren Verhaltens eines Menschen ist.«¹¹¹

b) Die Position von Klaus Lüderssen

Was Opfer wollen, aber nicht wollen sollen, postuliert indes *Lüderssen* anders als *Weigend* und *Hassemer*.¹¹²

Einig ist *Lüderssen* sich mit *Weigend* und *Hassemer* wohl in dem Postulat, dass das Opfer einen Anspruch auf Strafe nicht erheben darf.¹¹³ Die Wünsche des Opfers gingen über die Interessen hinaus, die man ihm unter dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung ohne weiteres zubilligt. *Lüderssen* weist darauf, dass *Reemtsma* bald nach seiner Befreiung der Meinung war, dass Strafe für das Opfer symbolisiere, dass sich die Gesellschaft auf seine Seite stelle, es in der Gesellschaft willkommen heiße und im Gegenzug den Verbrecher zurückweise und ausschließe. Die Vergeltungstheorie wurde hier so interpretiert, als sie der Achtung des Genugtuungsbedürfnisses, aber auch der Heilung von seelischen Schäden bei den Opfern von Kriminalität diene.¹¹⁴ Später – so *Lüderssen* – habe *Reemtsma* ein Recht des Opfers auf Bestrafung nicht mehr gefordert, und zwar aus Sorge, nicht stellvertretend für Rache- und Bestrafungsphantasien in Anspruch genommen zu werden.¹¹⁵

111 *Hassemer/Reemtsma*, a.a.O. (o. Fn. 97), S. 161.

112 *Lüderssen*, in: FS Hirsch, Köln 1999, S. 879 ff.

113 *Lüderssen* schreibt dazu: »Die Opfer möchten sich rächen, wollen, dass der Täter die Tat sühnt, erstreben Genugtuung, Schadenersatz und Wiedergutmachung, wolle andere mögliche Opfer, ja vielleicht sogar »die Gesellschaft«, vor weiteren Taten bewahrt sehen und deshalb – prävenierend – auf die Täter einen entsprechenden Einfluß gewinnen. Vielleicht aber wollen sie sogar, obwohl der Weg dahin dornig sein kann, die Wohltat der Versöhnung erfahren.« (Ebd., S. 879).

114 Ebd., S. 886.

115 Ebd., S. 887

Lüderssen macht auf die Gemengelage von Strafzwecken aufmerksam, die stets präsent bleibe. In Erinnerung zu rufen sei der Fortschritt, den der öffentliche Strafanspruch mit der Zurückdrängung der Opferrolle

»insofern gebracht hat, als eine Justiz der Befangenheit (von Selbstjustiz ganz zu schweigen) vermieden werden sollte. Dieses Ergebnis darf nicht wieder rückgängig gemacht werden. Keineswegs darf deshalb die Stärkung der Opferrolle, die das Strafprozessrecht und nun auch das materielle Strafrecht (§ 46 a StGB) in letzter Zeit gebracht haben, so verstanden werden, als ob dem Opfer nun doch der Strafanspruch oder eine Teilhabe daran wieder eingeräumt werde, und man kann diesem Tatbestand auch nicht durch die Konstruktion entgehen, dass der Staat das Opfer in der Ausübung seiner Rechte vertrete oder sie sich zu eigen mache; die Befangenheit würde dann gleichsam übertragen.«¹¹⁶

2. Strafprozessrechtswissenschaftliche Kritik

a) Parteistellung des Opfers im Strafprozess

aa) *Kritik von Bernd Schünemann, Matthias Jahn und Jochen Bung sowie Helmut Pollähne*

Aus strafprozessrechtlicher Sicht kritisieren besonders *Schünemann*,¹¹⁷ *Bung* und *Jahn*¹¹⁸ sowie *Pollähne*¹¹⁹ den immer weiter erfolgenden Ausbau der Opferstellung im Strafverfahren. Die beiden Letztgenannten formulierten ihre Kritik insbesondere als Sachverständige für die Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages zu dem 2. OpferRRG.¹²⁰ Wir dürfen gespannt sein, was Helmut *Pollähne* heute in unserer Arbeitsgruppe über die Fortentwicklung seiner kritischen Überlegungen berichten wird.

Die im Wesentlichen übereinstimmenden Hauptargumente der genannten Kritiker sind folgende: In der Anerkennung der Rolle des Verletzten als

¹¹⁶ Ebd., S. 888.

¹¹⁷ Vgl. u.a. *Schünemann*, a.a.O. (o. Fn. 25/26); *ders.*, in: FS Hamm, Berlin 2008. S. 687 ff.

¹¹⁸ *Jahn/Bung*, StV 2012, 754 ff.; *Bung*, a.a.O. (o. Fn. 104).

¹¹⁹ *Pollähne*, in: Widmaier u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Münchener Anwaltshandbuch, 2. Aufl. 2014, S. 2219 ff.

¹²⁰ Stellungnahme *Jahn*: https://www.jura.uni-frankfurt.de/55029494/Stellungnahme_Opferrechtsreformgesetz.pdf - Stand: 9.5.2016; Stellungnahme *Pollähne*: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1210&id=1127> - Stand: 9.5.2016.

Prozesssubjekt komme es zu seiner Rechtsstellung als Partei im Strafverfahren – gleichberechtigt neben dem Beschuldigten, d.h. mit Akteneinsichts-, Anwesenheits-, Mitwirkungs- und Anfechtungsrechten. Ins Visier der Kritik geraten dabei vor allem die Nebenklage und die damit verbundene Frage, ob die gleichberechtigte Parteistellung des Opfers in der Struktur des Strafverfahrens einen legitimen Platz hat.

Vielleicht am prononciertesten wird das von *Schünemann* vorgetragen: Das Opfer erscheine neben der Staatsanwaltschaft als weiterer Ankläger, aber ohne Festlegung auf Objektivität. Das sei nicht nur unsinnig und unfair, sondern kompromittiere auch die im legitimatorischen Zentrum des Strafverfahrens stehende Idee materieller Wahrheitsfindung. |¹²¹

Im Inquisitionsprozess, in dem wir uns nach wie vor befänden, existierten nur ein Ankläger und ein Beschuldigter und keine weiteren Ankläger. Durch die Ausweitung der Befugnisse der Nebenklage aber erfolge eine Verstärkung und es komme damit zu einer Übermacht, die durch den ohnehin schon bestehenden Schulterchluss zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft noch potenziert werde. Die Balance im Strafverfahren gerate so völlig aus den Fugen. |¹²²

Im Einzelnen wird das sinngemäß wie folgt ausgeführt:

- Der Nebenkläger erhält ein umfassendes Teilnahmerecht am Verfahren zur Durchsetzung seines Parteistandpunktes. Er kann bei der Zeugenvernehmung Fragen stellen, Beweisanträge stellen oder leicht beschränkt Rechtsmittel einlegen und besitzt als Partei ein umfassendes Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung, welches der Abwesenheitspflicht des Zeugen vorgeht. Wird der Nebenkläger auch als Zeuge vernommen, kann er sich zunächst die gesamte Hauptverhandlung einschließlich der Einlassung des Angeklagten anhören. Darüber hinaus steht ihm das Recht auf Akteneinsicht und auf staatliche unentgeltliche Bestellung eines Rechtsanwalts als Beistand zu, also eines speziellen Opferanwalts. Diese Rechte stehen dem Verletzten auch dann zu, wenn er sich dem Verfahren nicht als Nebenkläger anschließt. |¹²³

121 *Schünemann*, a.a.O. (o. Fn. 25/26), S. 137.

122 *Schünemann*, in: FS Hamm, a.a.O. (o. Fn. 117), S. 692 f.; *ders.*, a.a.O. (o. Fn. 25/26), S. 132 f.

123 *Schünemann*, in: FS Hamm, a.a.O. (o. Fn. 117), S. 691 f.

- Durch die Verbesserung der Opferstellung wird dessen Zeugenfunktion schwerwiegend beeinträchtigt, die Ermittlung der materiellen Wahrheit gefährdet und der Prozess insgesamt in eine Schieflage zu Lasten des Angeklagten gebracht. |¹²⁴
- Der Verletzte geriert zum Zusatzankläger, und dies in einer inquisitorischen Hauptverhandlung. Der Angeklagte sieht sich einer Phalanx von Strafverfolgern gegenüber, deren quantitative und verbale Übermacht allein schon zu seiner Einschüchterung und damit zu einer Einschränkung seiner Verteidigungsmöglichkeiten führt. |¹²⁵ Nach *Schünemann* sieht das wohl auch der Gesetzgeber so, wie die Regelung des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO vermuten lasse, die die notwendige Verteidigung wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage »namentlich« dann vorsieht, »weil dem Verletzten ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist«. |¹²⁶
- Noch gravierender als diese Verschiebung der Kräftebalance in einer ohnehin vom Gericht völlig dominierten Hauptverhandlung sei aber die Transformation der Zeugenaussage selbst,
 - »die bei einer Vorbereitung und Begleitung durch einen mit weittragenden Rechten und vor allem mit umfassender Aktenkenntnis ausgestatteten Rechtsanwalt ihren Charakter als schlichte Wiedergabe von Erinnerung verliert und den Status einer Parteierklärung annimmt, kurz: von Wissensbekundung in Interessenwahrnehmung transformiert wird.« |¹²⁷

bb) Kritik von Thomas Weigend

Wenn – wie soeben gezeigt – darauf hingewiesen wird, dass der Verletzte als Nebenkläger »aus eigenem Recht gleichwertig neben den Staat als Ankläger« trete, dann habe das – so *Weigend* – |¹²⁸ geringen Neuigkeitswert, denn diese

124 Dazu heißt es: »Diejenigen Rechte, die durch die Opferschutzgesetzgebung in §§ 406-g StPO dem Verletzten in fundamentaler Verkenning der Psychologie der Zeugenaussage, der richterlichen Informationsverarbeitung in der Hauptverhandlung und der forensischen Tatsachenermittlung verliehen worden sind, haben nämlich eine Korrumpierung der Hauptverhandlung bewirkt, deren kleineres Übel in der Vervielfältigung der Verfolgerrollen, deren größeres Übel in der Verwandlung einer Zeugenaussage als Wissensbekundung in eine juristisch ausgeklügelte Parteierklärung zu sehen ist.« (*Schünemann*, ebd., S. 691 f.).

125 Ebd., S. 692.

126 Ebd.. Weiter heißt es bei *Schünemann*: »Durch die kausale (anstatt einer konditionalen) Verknüpfung wird deutlich, dass das Gesetz erst gerade dann, wenn der Beschuldigte sich einem Verletzten gegenüber sieht, der sich des fachkundigen Rates eines Rechtsanwaltes bedient, von einer erheblichen Beeinträchtigung von dessen Fähigkeit zur Selbstverteidigung ausgeht.« (Ebd., S. 69 f.).

127 Ebd., S. 693.

128 *Weigend*, in: FS Schöch, Berlin/New York 2010, S. 947 ff. (954, 960 f.).

Stellung habe der Nebenkläger seit eh und je gehabt und das 2. OpferRRG – an dem die Kritik besonders heftig geübt worden war – habe dies durch die Neufassung von § 397 StPO allenfalls optisch deutlicher hervortreten lassen. Auch für die Einführung eines »Parteiverfahrens« vermag *Weigend* keine Anzeichen zu erkennen.¹²⁹ Diese Schlussfolgerung steht nicht zuletzt in Zusammenhang mit einem Vergleich zwischen dem adversatorischen und inquisitorischen Strafprozess, den *Weigend* an anderer Stelle vorgenommen hat.¹³⁰

b) Unschuldsvermutung

Auf einen in der ganzen Debatte über opferperspektivische Wandlungen überraschender Weise eher selten ins Feld geführten Umstand macht Detlef *Krauß* aufmerksam.¹³¹ *Krauß* verweist auf die Unschuldsvermutung und darauf, dass es bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung im Strafverfahren keinen Täter gibt. Der Staat richte sein Verfahren nicht gegen einen Täter, sondern gegen einen bloß Verdächtigen. Der könne sich am Ende als schuldig, aber ebenso gut als unschuldig erweisen. Im Verfahren der Verdachtsklärung bedeute das aber auch, dass das Opfer, das während des gesamten Strafverfahrens »immer wieder seine Ansprüche gegen den Täter geltend machen will,«¹³² sich eins ums andere Mal entgegen halten lassen muss, zu warten, bis feststeht, ob der Beschuldigte überhaupt der Täter des Opfers ist.¹³³ »Als Täter und Opfer einer Tat« – so *Krauß* – »treffen sich beide endgültig erst in der rechtskräftigen Verurteilung.«¹³⁴

Dies zu betonen ist nicht zuletzt auch wichtig, um damit Positionen entgegenzutreten, die – wie beispielsweise schon erwähnt bei *Jung*¹³⁵ – darauf erstreckt werden, dass das Opfer in eine ebensolche schützende Stellung

129 Dazu schreibt *Weigend* u.a.: »Man mag den Nebenkläger, obwohl er ja erst nach der Anklageerhebung und damit relativ spät in das Strafverfahren eintreten kann, aufgrund seiner weitreichenden Mitwirkungsbefugnisse in materiellem Sinne als Prozesspartei verstehen; das Verfahren bleibt aber (auch und gerade im Zeitalter der Absprachen) durch das Gericht gesteuert, und der Nebenkläger kann allenfalls – wie bisher – Fragen, Anträge und unter bestimmten Voraussetzungen durch Rechtsmittel auf das Verfahren Einfluss nehmen. Ein Parteiprozess zwischen Angeklagtem und Verletztem müsste ganz anders ausgestaltet sein.« [*Weigend*, a.a.O. (o. Fn. 128), S. 961].

130 *Weigend*, in: Barton/Kölbl (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 4), S. 29 ff. (32 ff.); vgl. zu einem solchen Vergleich zwischen diesen beiden Prozessrechtssystemen bzw. zu ihrer Gegenüberstellung u.a. auch *Eser*, in: FS Tiedemann, Köln 2008, S. 1453 ff.; *ders.*, in: FS Jung, Baden-Baden 2007, S. 167 ff.; ferner *Perron*, in: Freundschaftsgabe Eser, Berlin 2015, S. 413 ff.; *Weßlau*, ZIS 2014, 558 ff.; *Schünemann*, in: FS Fezer, Berlin, New York 2008, S. 555 ff.

131 *Krauß*, in: FS Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 269 ff.

132 Ebd., S. 271.

133 Ebd.

134 Ebd.

135 *Jung*, a.a.O. (o. Fn. 76), 1147.

gebracht werden soll, wie sie durch die Unschuldsvermutung dem Beschuldigten zukommt.

Im Übrigen erweist sich der Grundsatz der Unschuldsvermutung auch und gerade für die explizite Verwendung des Begriffs »Täter« in der Debatte als klarstellend. Denn vom »Täter« darf – worauf schon hingewiesen wurde – eben erst dann gesprochen werden, wenn rechtskräftig festgestellt werden konnte, dass er eine Straftat begangen hat.

c) »Gegenkritik« von Reinhard Böttcher

Grundlegende Kritik an den straftheoretischen und strafprozessrechtswissenschaftlichen Stimmen, die sich sowohl für eine deutliche Begrenzung des Opferschutzes wie auch der aktiven Rolle des Opfers dabei aussprechen, kommt nicht zufällig vom früheren Bundesvorsitzenden des Weißen Rings *Böttcher*, die unter dem Titel »Wieviel Opferschutz verträgt der rechtsstaatliche Strafprozess?« in der Festschrift für Heinz *Schöch*, seines Zeichens Vorsitzender des Fachbeirates des Weißen Rings, dargelegt wird und sich insbesondere auf das 2. OpferRRG bezieht.¹³⁶ Es lohnt sich, die Ausführungen von *Böttcher* näher anzuschauen, denn sie verdeutlichen, welches die wohl nach wie vor überwiegende Auffassung in Wissenschaft und Praxis für einen ständigen Ausbau der Verletztenstellung ist, die sich zugleich gegen die Kritiker wendet und in den von *Böttcher* in seinem Beitrag vorgetragenen Satz mündet, dass das »Ende der Fahnenstange« für die Reformbewegung Opferschutz noch nicht erreicht ist.¹³⁷

136 *Böttcher*, in: FS Schöch, a.a.O. (o. Fn. 128), S. 929 ff.

137 *Böttcher*, a.a.O. (o. Fn. 136), S. 942 f. Auf dem Weg zum »Ende der Fahnenstange« hat die Kriminalpolitik im Jahre 2006 auch die gesetzliche Einfügung der Nebenklage im Jugendstrafverfahren unter bestimmten Voraussetzungen erreicht. Die Nachzeichnung der parlamentarischen Auseinandersetzungen, die dabei stattfanden, ist ein besonders anschauliches Beispiel dafür, wie wenig die Befürworter der Nebenklage für das Jugendstrafverfahren dabei straftheoretisch wie strafprozesstheoretisch reflektieren, sondern bestimmten Opferbewegungen offenbar allein nur aus einer Partei- wie Symbolpolitik nach dem Munde reden. Besonders deutlich wird das an der Rede im Parlament dazu von *Stegfried Kauder* (CDU/CSU), in der es u.a. heißt: »Jedes Jahr am 22. März findet in ganz Deutschland der Tag des Kriminalitätsofopfers statt. Opferschutzorganisationen wie der Weiße Ring erwähnen lobend Tausende von ehrenamtlichen Mitarbeitern, die zahllose Stunden in die Opferbegleitung und Opferbetreuung investieren, die mit den Opfern schwere Stunden teilen. Ich glaube, das ist doch ein Lob dieses Hauses wert. Am 22. März eines jeden Jahres werden aber nicht nur Opferhelfer gelobt, da werden auch berechnigte Forderungen an die Politik artikuliert. Ich kann mich an viele dieser Veranstaltungen am 22. März erinnern, an der Politiker teilgenommen und Beifall geklatscht haben. Das reicht aber nicht aus – man muss berechnigte Interessen auch umsetzen. Im Zusammenhang mit dem Opferrechtsreformgesetz, das in der letzten Legislaturperiode zu deutlichen Verbesserungen des Opferschutzes geführt hat, habe ich am 13. November 2003 in diesem Haus eine Rede gehalten. An diesem 13. November 2003 habe ich auf eine Lücke im Opferschutz hingewiesen, nämlich die, dass es nahezu keinen effektiven Opferschutz im Jugendstrafverfahren gibt. Ich habe die damalige rot-grüne Bundesregierung ultimativ aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit dem die Neben-

aa) »Gegenkritik« an den Kritikern

Böttcher bezieht sich in seinem Beitrag zunächst auf die Kritik an dem 2. OpferRRG und teilt die Position von *Schöch*, der – in der Wiedergabe durch *Böttcher* – den Kritikern wie *Jahn* und *Pollähne* insbesondere im Hinblick auf die Beschneidung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten mit folgenden Argumenten entgegengetreten war:

»Keiner der Vorschläge in den Entwürfen ändere etwas daran, dass der Beschuldigte sich mit den ihm vom Prozessrecht eingeräumten Befugnissen verteidigen darf, selbst wenn dies für den Verletzten belastend ist. Zu Recht habe Rieß geschrieben: ‚Rein faktische Veränderungen der früheren Situation, die teilweise durch eine unzureichende Berücksichtigung der Verletzteninteressen gekennzeichnet waren, sind in gewissem Umfang hinzunehmen.‘ Es gebe kein Recht des Beschuldigten, einem hilflosen, uninformierten oder verängstigten Verletzten gegenüber zu treten, der seine Interessen nicht in angemessener Form artikulieren kann. Die Nebenklage sei als Abwehr- und Schutzinstrument für Opfer schwerer Gewalttaten sowie für missbrauchte Kinder unverzichtbar. Die bisherigen Erfahrungen mit dem verbesserten Opfer- und Zeugenschutz im Strafverfahren hätten gezeigt, dass es der strafprozessualen Praxis gelingt, die schon von Rieß angemahnte ‚praktische Konkordanz‘ im Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Beschuldigten und des Verletzten herzustellen.«¹³⁸

Immer wieder betont *Böttcher* unter Berufung auf *Rieß* und *Schöch*, dass der Ausbau des Opferschutzes Verteidigungsrechte nicht verletzen würde. Die von *Schünemann* vorgetragene Kritik an den Beschränkungen von Verteidigungsrechten, wie ich sie vorhin erwähnt habe,¹³⁹ versucht *Böttcher* wie folgt zu entkräften:

klage im Jugendstrafverfahren vorgesehen wird.« (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 60, Stenografischer Bericht, 70. Sitzung, S. 7005 f.). Erleichtert liest man ob dieser Ausführungen von *S. Kauder* die Entgegnung von *Jerzy Montag* (Bündnis 90/Die Grünen): »Herr Kollege Kauder, Sie sagen, dass Sie keine stumpfen Schwerter wollen. Wir waren ja für den Ausbau der Opferrechte im Jugendstrafverfahren. Wir wollten zusammen mit Ihnen und der Bundesregierung das Informationsrecht, das Akteneinsichtsrecht, das Anwesenheitsrecht und das Beistandsrecht in das Jugendstrafgerichtsverfahren implementieren. Sie denunzieren nun diese Mittel als stumpfe Waffen und sagen, was Sie im Jugendstrafrecht tatsächlich wollen: scharfe Waffen. (Siegfried Kauder [Villingen-Schwenningen] [CDU/CSU]: Wir wollen Waffengleichheit!) Ich sage Ihnen: Wir wollen gar keine Waffen im Jugendstrafverfahren; denn dieses Verfahren eignet sich nicht für ein solches Vorgehen. Deswegen sind wir auch gegen die Nebenklage im Jugendstrafverfahren. Wir müssen den gesamten Gesetzentwurf ablehnen, so Leid es uns um die positiven Punkte tut.« (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 60, Stenografischer Bericht, 70. Sitzung, S. 7007); vgl auch *Siegismund*, in: FS Rieß, Berlin/New York 2002, S. 857 ff.

¹³⁸ *Böttcher*, ebd., S. 932 f.

¹³⁹ *Schünemann*, a.a.O. (o. Fn. 121 bis 127).

»Unterstellt, es kommt zu solchen Fällen, so würden sie gewiss eine Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Positionen des Beschuldigten, aber auch der Rechtsgemeinschaft beinhalten, denen im konkreten Fall keine rechtfertigenden Opferbelange gegenüber stünden. Trotzdem eignet sich der Hinweis auf solche Fälle nicht als Argument gegen eine Ausweitung von Opferrechten. Vom Missbrauch her kann nicht argumentiert werden, wie es ja auch unzulässig wäre, unter Berufung auf gelegentlich vorkommenden Missbrauch von Verteidigungsrechten deren Abschaffung zu fordern.«¹⁴⁰

Und *Böttcher* weiter – ich zitiere ihn wegen des doch recht apodiktischen Charakters dieser Äußerung sozusagen für sich sprechen lassend:

»Rechtliche Beschränkungen stehen auch nicht heran, wenn der Verfasser an die lange Liste strafrechtspolitischer Forderungen des WEISSEN RINGS denkt, von der die Rede ist.«¹⁴¹

bb) »Praktische Konkordanz«

Indem *Böttcher* auf das oben stehende Zitat von *Schöch* rekurriert, wo unter Bezugnahme auf *Rieß* von »praktischer Konkordanz« gesprochen wird, kommt damit nun eine weitere »Zauberformel« der Argumentation ins Spiel. Denn in der Tat hatte *Rieß* in seinem Gutachten für den 55. DJT nicht nur die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« quasi als »Vehikel« jedweder Begründung für die Ausweitung des Opferschutzes im Straf- und Strafverfahrensrecht benutzt, sondern dabei auch von »praktischer Konkordanz« gesprochen, die es im Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Beschuldigten und des Verletzten herzustellen gelte.¹⁴² Wenn *Rieß* zunächst betont hatte, dass die prozessual legitimen Beschuldigteninteressen grundsätzlich Vorrang vor den Interessen des Verletzten haben und dies als allgemeines Leitprinzip bezeichnet, wenig später dann aber schreibt, dass dieses Leitprinzip sehr rigoros erscheint, weshalb es zum Widerspruch reize und ihm seine Härte dadurch genommen werden soll, indem für viele Fallkonstellationen von »praktischer Konkordanz« auszugehen sei,¹⁴³ heißt das in Wirklichkeit nichts anderes, als die Rechtsstellung und Verteidigungsrechte des Beschuldigten und die Rechtsstellung des Verletzten als gleichwertig anzusehen und im Einzelfall eine Güterabwägung vorzunehmen, die im Ergebnis

140 *Böttcher*, a.a.O. (o. Fn. 136), S. 942.

141 Ebd., S. 939.

142 *Rieß*, a.a.O. (o. Fn. 4), C 54.

143 Ebd.

eben gerade zu einer Einbuße an Beschuldigten- und Verteidigungsrechten führen kann. Das allgemeine Leitprinzip des Vorrangs der Beschuldigtenrechte erweist sich somit bei näherem Hinschauen als Leerformel.

cc) *Folgerungen: Überzeugendere Darstellungen der Erosion von Verteidigungsrechten*

Ich denke, dass die Gefahren, die aus der Verstärkung der Opferstellung und des Opferagierens im Straf- und Strafprozessrecht für die Strafverteidigung hervorgehen und auf die jene bisher wiedergegebenen kritischen Stimmen aus der Strafverfahrensrechtswissenschaft zu Recht hingewiesen haben, bei *Böttcher* deutlich hervortreten. Gleichwohl scheint es für die weitere kriminalpolitische Auseinandersetzung nützlich zu sein, wenn diese Gefahren gerade auch aus praktischer Sicht noch deutlicher gemacht werden würden, und zwar zu dem Zweck, die immer wieder kehrenden Leerformeln von der praktischen Unbedeutsamkeit der Einschränkung des Rechts auf Verteidigung durch die Opferreformbewegung, noch überzeugender widerlegen zu können.

Dazu schreiben Ralf *Köbel* und Lena *Bork* in ihrer – nicht zuletzt auch den Weißen Ring in dessen »lobbyistischen« und kriminalpolitischen Ausrichtung kritisierenden – theoretischen und empirischen Studie über »Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel«¹⁴⁴ bezogen auf den prozessualen Opferschutz und die Folgen:

»Bei einigen Prozessrechtsumstellungen ergibt sich die Einbuße für den Angeklagten schon aus dem Recht selbst (d.h. sie ist gewissermaßen eine automatische Folge der prozesswirklichen Implementierung der betreffenden Norm). In der Regel lässt sich ein solcher Effekt hingegen nur vermuten, solange er nicht mit den Mitteln der empirischen Forschung in der forensischen Praxis belegt werden kann. Ein Beispiel hierfür bietet die These, dass die ‚Aufrüstung‘ des Opfers verheerende Beweisfolgen hat [...].«¹⁴⁵

Doch im Hinblick auf all die möglichen Rechte des Opfers in der Beweisaufnahme und die daraus resultierende Befürchtung, dass der Opferzeuge unbewusst oder gezielt auch das Verteidigungsvorbringen zu torpedieren vermöge, sei das zwar plausibel, deren tatsächliche Realisierung lasse sich momentan aber schwerlich abschätzen, so *Köbel* und *Bork* weiter, die dabei aber unter Bezugnahme auf die Untersuchung von Stephan *Barton* und Christian *Flotho*¹⁴⁶ im Jahre 2010 hinsichtlich der »Praxis von Opferanwälten,

144 *Köbel/Bork*, a.a.O. (o. Fn. 17), vgl. dort zum Weißen Ring insbes. S. 9 ff.

145 Ebd., S. 110 f.

146 *Barton/Flotho*, Opferanwälte im Strafverfahren, Baden-Baden 2010.

die ihren Mandanten keine Aktenkenntnis geben – gerade um so den Beweiswert von deren Aussagen aufrecht zu halten«, |¹⁴⁷ darauf hinweisen, dass die Rechtspraxis diese Gefahr als eine reale einschätzt. Ferner wird eine Untersuchung von Johann *Schwenn* erwähnt, der von Fällen berichtet, in denen Opferzeugen durch Opferberatungsstellen »gecoacht« und in der strategischen Aussagegestaltung instruiert worden sind. |¹⁴⁸

Auch ich konnte meine Aufgabe nicht darin sehen, im Einzelnen aufzuzeigen, worin in der Praxis die Beeinträchtigungen des Rechts auf Verteidigung und weiterer Beschuldigtenrechte durch die Ausweitung des Opferschutzes im Strafverfahren konkret sichtbar werden. Dazu bin ich zu wenig als forensischer Strafverteidiger tätig. Es ist eine wichtige Aufgabe, gerade auch der empirischen Forschung, unter aktiver Mitwirkung von Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern, dass diese Beeinträchtigungen des Rechts auf Verteidigung durch den gesetzlichen Ausbau des Opferschutzes noch stärker und deutlicher als bisher herausgearbeitet werden. Dabei wird die Gesamtentwicklung der Strafverteidigung in den Blick zu nehmen sein – begonnen bei der Ausgestaltung und Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung in der RStPO von 1877 bis zur Ausgestaltung und Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung in der heutigen Zeit. Demgegenüber zu stellen wären dann jeweils die Reformvorhaben zur Ausweitung des Opferschutzes im Strafverfahren, bezogen auf ihre einzelnen Teile wie Nebenklage, Täter-Opfer-Ausgleich und Adhäsionsverfahren. Mit einer solchen Gesamtschau – dies sei hier als Hypothese genannt – würden sich am ehesten und deutlichsten solche Behauptungen widerlegen lassen, dass keiner der neuen Paragraphen der Opferreform etwas daran ändere,

»dass der Beschuldigte sich weiterhin mit den ihm vom Prozessrecht eingeräumten Befugnissen verteidigen darf, selbst wenn dies für den Verletzten belastend ist.« |¹⁴⁹

Nebenbei gesagt dürfte es kaum darum gehen, dass sich der Beschuldigte nicht mehr mit den ihm vom Prozessrecht eingeräumten Befugnissen verteidigen darf – das dürfte sich hoffentlich immer von selbst verstehen –, sondern darum, ob und inwieweit diese Befugnisse durch den Schutz und die Rechte des Opfers faktisch eingeschränkt werden. Einen wichtigen Hinweis darauf gibt uns auch *Barton*, der im Hinblick auf eine von ihm u.a. durchgeführte Untersuchung davon berichtet, dass in Nebenklageverfahren weniger

147 *Kölbel/Bork*, a.a.O. (o. Fn. 17), S. 111, dortig Fn. 169.

148 Ebd., dortig Fn. 168.

149 *Schöch*, a.a.O. (o. Fn. 44), S. 223.

Freisprüche erfolgen (5,0 % statt 10,3 %) und die Strafen vergleichsweise höher ausfallen. |¹⁵⁰

»Dazu zwei Beispiele: Das durchschnittliche Strafmaß bei versuchtem Totschlag beträgt in Verfahren ohne Nebenklage 41,5 Monate, mit Nebenklage dagegen 60,4 Monate; bei gefährlicher Körperverletzung erhöht sich das Strafmaß von 38,4 auf 48,5 Monate.« |¹⁵¹

Vielleicht aber wird uns Helmut *Pollähne* schon mit seinem nachfolgenden Vortrag insbesondere auch praktischen Aufschluss über die Deutung derartiger Feststellungen geben. |¹⁵²

3. Staatskritische Anschauungen und Erklärungen aus kritisch-kriminologischer Sicht

a) Kritik von Peter-Alexis Albrecht

Mit staatskritischen Anschauungen, angewandt auf die »Opferproblematik« im Straf- und Strafverfahrensrecht, ist insbesondere P.-A. *Albrecht* hervorgetreten; zunächst mit seinem Aufsatz »Strafrechtsverfremdende Schattenjustiz – Zehn Thesen zum Täter-Opfer-Ausgleich«, der zuerst in der Festschrift für Schüler-Springorum 1993 erschien |¹⁵³ und dann nachgedruckt wurde in dem radikal strafrechtskritischen Buch von *Albrecht* »Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft – Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln«, |¹⁵⁴ im weiteren dann durch *Albrechts* Studienbuch »Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht«, das in der 4. neubearbeiteten Auflage aus dem Jahre 2010 vorliegt. |¹⁵⁵ Ich beziehe mich im Folgenden vor allem auf Letzteres.

Die moderne Opferorientierung wird dort in all ihren Facetten beschrieben als »Vehikel für den Rückzug des Staates«. |¹⁵⁶ Ausgangspunkt für diese Einschätzung bildet der »Verletzte in der Formalisierung staatlicher Gewalt«, |¹⁵⁷ also das Verständnis einer absoluten Straftheorie, die das dem Verletzten

150 *Barton*, a.a.O. (o. Fn. 14), S. 59.

151 Ebd.

152 Vgl. *Pollähne*, a.a.O. (o. Fn. 119).

153 *Albrecht*, in: FS Schüler-Springorum, Köln, Berlin u.a. 1993, S. 81 ff.

154 *Albrecht*, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft – Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln*, Berlin 2010.

155 *Albrecht*, a.a.O. (o. Fn. 45).

156 Ebd., S. 397.

157 Ebd.

zugefügte Leid durch die staatliche Übelzufügung gegenüber dem Täter kompensiert. Der Verletzte wird als Bezugspunkt der Freiheit im Blick behalten, indem der Konflikt zwischen ihm und dem Beschuldigten durch das Strafverfahren zu einer öffentlichen Angelegenheit wird. Aber staatliche Gewalt wird in diesem formalisierten Rahmen auf die Repression wirklichen Unrechts beschränkt. Nur zu diesem Zweck darf der Staat die ihm durch den Gesellschaftsvertrag verliehenen Gewaltmittel einsetzen. Daraus folgt aber, wie es *Hassemer* formuliert und *Albrecht* sich darauf berufend konstatiert, |¹⁵⁸ eine »Neutralisierung des Opfers«, die die Konsequenz formalisierter und dadurch begrenzter Ausübung von Gewalt im Strafrecht ist. |¹⁵⁹

Als einen nächsten Schritt unternimmt *Albrecht* die Einordnung des Verletzten in das Strafrechtskonzept der Verfassung. Er sieht die »Neutralisierung des Opfers« als auf dem Boden der Verfassung stehend an, insbesondere der Strafprozess fungiere als Garant der Grundrechte derjenigen Prozessbeteiligten, welche dem Zugriff staatlicher Machtausübung ausgeliefert sind. |¹⁶⁰ Das Grundgesetz schaffe einen fairen Ausgleich zwischen Täter und Opfer wie folgt: |¹⁶¹

- Die Freiheitsverletzung des Opfers erzwingt den Respekt durch den Staat, der um die öffentliche Feststellung des begangenen Unrechts bemüht sein muss.
- Die drohende Freiheitsverletzung des strafenden Staates am möglichen Täter erzwingt den Respekt vor dessen Freiheit, der sich im Prinzip der Gesetzlichkeit und den Grundrechten, die den Strafprozess bestimmen müssen, ausdrückt.

Der Verletzte sei indes nicht rechtlos gestellt, man verliere ihn nicht aus den Augen, sondern verweist ihn – was seine individuellen Interessen angeht – auf Möglichkeiten der Entschädigung im Zivil- oder Verwaltungsrecht, was höchst verbesserungsbedürftig sei. *Albrecht* beruft sich hier wieder auf den frühen *Hassemer*, |¹⁶² und – so sei hinzugesetzt – man sollte auch noch *Lüderssen* einbeziehen. |¹⁶³

158 Ebd., S. 398.

159 Ebd.

160 Ebd.

161 Ebd., S. 398 f.

162 Ebd., S. 398.

163 *Lüderssen*, a.a.O. (o. Fn. 86/112).

Die strafrechtliche Neutralisierung des Opfers – so *Albrecht* – gehöre zum Inhalt einer liberalen Staats- und Grundrechtstheorie, der an der Verminderung des staatlichen und gesellschaftlichen Einsatzes der Gewalt gelegen ist. |¹⁶⁴

Als Hintergründe der Opferorientierung im Strafrecht der Moderne und damit auch für die Abweichungen der Betrachtungen und Behandlungen des Verletzten von der von *Albrecht* beschriebenen absoluten Straftheorie und der Neutralisierung des Opfers werden die nachfolgenden Aspekte genannt und erläutert.

aa) »*Opferrücksichten im Prozess der Informalisierung*« |¹⁶⁵

Hier wird insbesondere die sozial- und wohlfahrtsstaatlich motivierte Wiederentdeckung des Opfers angesprochen, die in den Gesamtprozess der Informalisierung des Strafrechts eingebunden ist. *Albrechts* eigene Forschungen zur Diversionspraxis – deren Bestandteil auch der Täter-Opfer-Ausgleich ist – würden eine durch das Strafrecht notwendig bedingte Resistenz gegenüber kriminologisch fundierten spezialpräventiven Anforderungen ergeben. Bei dem Versuch, einen Ausgleich zwischen Täter und Opfer herbeizuführen, regierten nicht humane, sozialpädagogische Muster den Umgang mit den Prozessbeteiligten, sondern die administrativen Gesetzmäßigkeiten des Erledigungsdrucks, der auf dem Kriminaljustizsystem laste. Am Ende bleibe jedoch immer die Auflösung rechtlicher Form, die den Staatsanwaltschaften, aber auch den Gerichten mehr Gestaltungsmacht verleihe und gerade das Strafverfahren beliebig und in der praktischen Rechtsanwendung ungleicher werden lasse. Darin liege die Gefahr der Freiheitsverletzung zum Nachteil des Täters, darin liege aber auch die Gefahr, dass der Respekt vor der Freiheitsverletzung, die das Opfer erlitten hat, verloren geht, weil dieses nur das Mittel ist, mit dessen Hilfe die Justizförmigkeit des Verfahrens abgeschlossen werde. |¹⁶⁶

bb) »*Opferrücksichten im Prozess der Privatisierung sozialer Kontrolle*« |¹⁶⁷

Albrecht sieht die stärkere Einbeziehung des Opfers in Straf- und Strafverfahrenrecht als Ausdruck der Privatisierung sozialer Kontrolle. Dies sei Privilegierung privater Macht und grundrechtsgefährdend, da damit die Bindungen öffentlicher Gewalt unkenntlich werden würden. In zunehmendem

164 *Albrecht*, a.a.O. (o. Fn. 45), S. 398.

165 Ebd., S. 399.

166 Ebd.

167 Ebd.

Maße füllten sich die Ermittlungsakten bei den Staatsanwaltschaften mit Erkenntnissen, welche durch den Verletzten selbst gewonnen würden und bei denen die Art und Weise der Erlangung im Unklaren blieben. |¹⁶⁸ Unklar bliebe damit auch, ob die Beweisführung auf unzulässigen Methoden beruhte und die gewonnenen Tatsachen somit als unverwertbar gelten müssten. Auch hier bestehe die Gefahr, dass prozessuale Sicherungen, wie sie mit den Beweisverboten das Strafverfahren konstitutiv bestimmen, unterlaufen werden – zulasten des Beschuldigten. Die Balance-Störung bezieht *Albrecht* hier auf die Macht zwischen Täter, Verletztem und Staat, die ins Wanken gerate. Denn wo

»der Verletzte gestärkt wird, verliert der potentielle Täter an Boden. Wenn sich der Beschuldigte zusätzlich zu Staatsanwaltschaften und Gericht auch noch einem Anwalt des Opfers gegenüber sieht und so die Interessen des Verletzten den Prozess maßgeblich mit beeinflussen, so schwinden die Chancen des Beschuldigten, die eigenen Grundrechtspositionen wirksam im Strafverfahren durchsetzen zu können. Mit dem schleichenden Abbau prozessualer Grundrechte aber ist die staatliche Machtausübung gegenüber dem potentiellen Täter mit Unterstützung des Verletzten ausgebaut.« |¹⁶⁹

cc) »Wiederentdeckung des Verletzten« |¹⁷⁰

Die – wie es *Albrecht* formuliert – »Wiederentdeckung des Verletzten« »im Kontext der Verfassungs-, Staats- und Gesellschaftstheorie« |¹⁷¹ wird einerseits in einer Präventionstheorie verortet, in der der Verletzte als strafrechtlicher Bezugspunkt zunächst verloren geht. Das Versprechen des Präventionsstrafrechts, Lösungen für globale gesellschaftliche Gefahren bereit zu halten, kommt ohne die Idee von einem konkret-individuellen Opfer aus. Daran knüpfte die Kritik der früheren kritischen Kriminologie an, die den Verletzten als Subjekt, als Messlatte eines humaneren Strafrechts wiederentdecken wollte. Das Opfer bekam so, auch aufgrund politischer Partikularinteressen, wie der Emanzipationsbewegung, Rückenwind – zu Lasten der Beschuldigten: Zeugen als Prozessbeteiligte, Akteneinsicht für Zeugen (eine »Todsünde des fairen Verfahrens«), |¹⁷² machtvolle anwaltliche Vertretung des Geschädigten neben dem Apparat der öffentlichen Strafverfolgung. |¹⁷³

168 Ebd., unter Bezugn. auf *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, Frankfurt/M., 1996, S. 46.

169 *Albrecht*, ebd., S. 400.

170 Ebd.

171 Ebd.

172 Ebd., S. 400.

173 Ebd.

Zum anderen hängt nach *Albrecht* die »Wiederentdeckung des Verletzten« mit der »Diversionbewegung« zusammen.^{|174} Aus der Perspektive dieser Kritik sei wohl zunächst zu Recht kritisiert worden, dass das Strafrecht eine allzu formale Distanz gegenüber der Wirklichkeit der von ihm betroffenen Personen – Täter und Opfer – einnehme. Einerseits würde damit dem Täter und seinen Lebensentwürfen nicht gerecht, andererseits bliebe das Opfer allein mit den Folgen seiner Tat, wurde Objekt eines Verfahrens, das sein individuelles Leiden ignorierte, vielfach auch vervielfachte. Als Antwort habe man das Konzept einer reflexiven Folgenorientierung entwickelt, für das das Jugendstrafrecht als Experimentierfeld diene. »Diversion« war dafür das Zauberwort. Stigmatisierende Sanktionen für den Täter sollten vermieden werden, das Opfer sollte Gelegenheit erhalten, seine Verletzung dem Täter gegenüber zu verdeutlichen und zum Ausgleich zu bringen. Prozessuale Förmlichkeiten galt es zu umgehen, stattdessen sollten rasch abschließende, für Täter und Opfer weniger belastende Verfahrenswege etabliert werden. Es entwickelte sich der Täter-Opfer-Ausgleich.^{|175}

Dahinter habe sich auch das Konzept des Wohlfahrtsstaates verborgen, das durch die Professionalisierungs- und Institutionenkritik der 70er Jahre ergänzt wurde, wonach die Lösungen von Konflikten dem autoritären staatlichen Zugriff entzogen werden sollte; sie sollten in ein Modell überführt werden, in dem der Staat die vermittelnde Rolle bei der Suche nach Ausgleich zwischen den Konfliktbeteiligten zu spielen hat. Der Konflikt wurde an die Gesellschaft zurückgegeben – unter Kontrolle des strafenden Staates. Im Idealfall sollte dieses Modell zu einem humaneren Recht führen, das auf Strafe verzichtet und die Herstellung von Harmonie zwischen den Beteiligten und auch gesamtgesellschaftlich verspricht.^{|176}

Hier – so *Albrecht* – abschließend, werde nicht zufällig das scheinbar moderne Konzept der Privatisierung sozialer Kontrolle sichtbar, welches das Strafrecht in vielfältigen Formen informalisiert:^{|177}

»Das öffentliche Strafrecht als Programm der Freiheitssicherung wird schleichend verabschiedet.«^{|178}

174 Ebd., S. 400 f.

175 Ebd., S. 401.

176 Ebd.

177 Ebd.

178 Ebd.

b) Kritik von Ralf Kölbel und Lena Bork

In den Erklärungen und der Kritik gibt es zwischen P.-A. *Albrecht* auf der einen Seite und Vertretern einer Art neuen kritischen Kriminologie – so will ich diese Richtung einmal bezeichnen¹⁷⁹ – wie insbesondere *Kunz* mit seinem Lehrbuch *Kriminologie*, 6. Aufl.,¹⁸⁰ sowie *Steinert* mit seinen Positionen,¹⁸¹ auf der anderen Seite weitgehende Übereinstimmung. Zu nennen sind hier auch die schon erwähnten Vertreter einer solchen Richtung *Barton* sowie *Kölbel* und *Bork*.¹⁸² Hinsichtlich *Barton* darf ich nochmals insbesondere auf den Neuabdruck seines Beitrages auf einer Bielefelder Tagung aus dem Jahre 2011 im Materialheft des diesjährigen Strafverteidigertages hinweisen.¹⁸³ Die soeben vorgestellten Anschauungen von P.-A. *Albrecht* möchte ich um einige Aspekte ergänzen, die bisher noch keine größere Rolle gespielt haben, aber in den Arbeiten von *Kölbel/Bork* sowie *Kunz* erörtert worden sind. Im Vordergrund steht die Kennzeichnung der »spätmodernen Gesellschaft« als eine viktimäre Gesellschaft. Die Kriminalpolitik in der Spätmoderne hat ganz wesentlich zur Herausbildung der viktimären Gesellschaft beigetragen. Die Opferfigur wird in Anlehnung an David *Garland* als Element dieser Entwicklung beschrieben.¹⁸⁴

aa) *Das Opfer als Instrument* |¹⁸⁵

»Nach Garland zählt es zu den Merkmalen des neuen Strafrechtssystems, die Aufmerksamkeit von den Ursachen der Delinquenz auf deren Folgen zu verlagern. [...] Hierbei rücken etwa die Bemühungen nach vorn, Unsicherheitsgefühle der Bevölkerung zu reduzieren und die Kosten der Kriminalität zu verringern. Zugleich geht damit aber auch eine neue Wahrnehmung der Tatopfer einher. Hatte man deren Belange unter den Vorzeichen des wohlfahrtsstaatlichen Strafrechts gewissermaßen im öffentlichen Interesse aufgehoben, so dass ihnen letzten Endes durch die staatliche Besserungspolitik ausreichend gedient schien, [...] nimmt man sich der Opferinteressen nunmehr ausdrücklich an. Prima vista schlage sich dies in erweiterten Entschädigungsrechten und den Umstellungen im justiziellen System, d.h. in den prozessualen Rücksichtnahmen und der Abschirmung sowie in den Aktivrechten der Opfer nieder [...]«. |¹⁸⁶

179 Vgl. dazu vorstehend Anmerkung in Fn. 84.

180 *Kunz*, *Kriminologie*, 6. Aufl., Bern u.a. 2011.

181 *Steinert*, in: Cremer-Schäfer/Steinert, a.a.O. (o. Fn. 84), S. 208 ff.

182 *Kölbel/Bork*, a.a.O. (o. Fn. 17).

183 Vgl. *Barton*, a.a.O. (o. Fn. 13/14).

184 *Kölbel/Bork*, a.a.O. (o. Fn. 17), S. 76 ff.; vgl. auch *Steinert*, a.a.O. (o. Fn. 84), S. 208 ff.

185 *Kölbel/Bork*, ebd., S. 83.

Die eigentlichen Transformationen des Opfer-Status drücke sich jedoch besonders in den Begründungsdiskursen aus: Die politische Rhetorik beschwöre das Leiden der Opfer, um die Einführung und Verschärfung von Strafgesetzen zu fördern und zu begründen. Die zurückliegende Silvesternacht von Köln – so sei ergänzt – ist geradezu ein Paradebeispiel dafür. |¹⁸⁷ Den kriminalpolitischen Statements zufolge belegt die Verletzung die Verletzbarkeit, welche im Verein mit vorgeblich epidemischen Deliktsdrohungen wiederum die Notwendigkeit dokumentiert, die offenkundige fragile Sicherheit künftig zuverlässiger zu garantieren. |¹⁸⁸

Köbel und *Bork* schreiben zu diesem Zusammenhang, dass die Gesellschaft nicht mehr als eine Vergemeinschaftung von Subjekten verstanden werde, sondern als eine Sozietät einzelner, vulnerabler und gefährdeter Mitglieder. Für deren Schutz setzt man sich ein und steht damit auf der richtigen Seite. Wer Maßnahmen zur Verteidigung der Opfer durchführt, verfolgt augenscheinlich einen »guten Zweck« und immunisiert sich gegen Kritik, weil es um die Abwendung zahlloser schrecklicher Schicksale von Unschuldigen geht. Die Adressaten nehmen dies auch zustimmend auf, sie fühlen sich kraft Identifizierung zunehmend bedroht, und auf diese Weise entfaltet der Opfer-Topos seine emotionalisierende Dimension. Das Opfer fungiere als symbolische Gestalt, in der sich nicht das Unglück einer konkreten Person, sondern die Heimsuchung einer Opfer-Figur ausdrückt, die das repräsentiert, was uns allen zu widerfahren droht. |¹⁸⁹

186 Ebd.

187 Dazu und im Zusammenhang mit dem im Bundestag debattierten Vorhaben der Verschärfung des Sexualstrafrechts schreibt Thomas *Fischer* völlig zu Recht: »Ich würde dagegen sehr gern an Folgendem festhalten: Das Strafverfahren des Rechtsstaats ist kein Tribunal zur Vernichtung von „Tätern“, „Feinden“ oder Ungläubigen! Es ist ein in Jahrhunderten erkämpftes und gegen Moralunternehmertum jeder Art erstrittenes (und erlittenes) Verfahren, das dem Schutz der Beschuldigten dient. Die Erkenntnis, wer der Täter ist und wer das Opfer, ist das (mögliche) *Ergebnis* dieses Verfahrens, nicht seine *Voraussetzung*. Ein Freispruch, weil die Beweise die Schuld nicht belegen, ist keine Niederlage des Rechtsstaats und keine „Schutzlücke“, sondern ein Sieg des Rechts über die Willkür. Wer es anders haben möchte, kann dann demnächst wieder in die Keller der „peinlichen Befragung“ zurückkehren.« (<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-05/sexualstrafrecht-noetigung-vergewaltigung-fischer-im-recht/seite-6> - Stand: 12.5.2016). Vgl. zu dem Versuch von Alice Schwarzer, die undifferenzierte Deutungshoheit über die Ereignisse der Silvesternacht von Köln zu erlangen: <https://www.jungewelt.de/2016/05-14/016.php> - Stand: 24.5.2016.

188 Ebd., S. 84

189 Ebd.

bb) *Das Opfer als Konstruktion* |¹⁹⁰

Das Opfer sei instrumentalisiertes Objekt gewollter Empathie und Identifikation. Die damit einhergehende politische Projektion operiere mit dem verletzbaren und für das Tatereignis nicht verantwortlichen Opfer. Dieses führe aber zugleich insofern ein diskursives Eigenleben, als seine kommunizierten Bedürfnisse und Belange von der empirischen Realität gleichermaßen abgelöst sind; sie gingen auf Behauptungen, Spekulationen oder gar Unterstellungen zurück, die sich keineswegs oder nur zufällig mit den tatsächlichen Opferinteressen und -gefährdungen decken. Jene Problemlagen, auf die die präventiven und reaktiven Umstellungen der Kriminalpolitik antworten sollen, würden also von der Kontrollkultur als Problem erst definiert und in ihren jeweiligen Konturen selbst erzeugt. |¹⁹¹ In diesem Zusammenhang wird von *Steinert* auf die negative Rolle von Opferbefragungen hingewiesen, da die Fragen nur quantitativ gestellt und »hochgetrieben« werden würden. |¹⁹²

cc) *Das Opfer als Alltagskonzept* |¹⁹³

Köbel und *Bork* treffen die Einschätzung, dass politische Opferschutzstrategien im kulturellen Umfeld des Strafrechtssystems nicht nur anschlussfähig und akzeptierbar sind, sondern dort auf Deutungsmuster treffen, die eine positive Resonanz garantieren. Die Identifizierung mit dem idealtypischen Opfer ist demnach eingebettet in ein breites Spektrum alltäglicher opferähnlicher Unsicherheitsgefühle. Die Opferfigur stoße nicht nur auf affirmierendes Verständnis, sondern begünstigt darüber hinaus die Herausbildung einer viktimären Gesellschaft. So gelange der Umstand, dass die potenzielle Opferwerdung jedermann vor Augen geführt wird, langfristig dazu, dass sich auch jedermann damit auseinandersetzt und deshalb Anteil an denen nimmt, die es dann trifft. Das Opfererlebnis wird zur Quelle von tatfolgendem Ansehen, ist verbunden mit Statusgewinnen. |¹⁹⁴

c) Neue Opferformen

Schließlich will ich ergänzend konstatieren, dass mit der immer weiter vorschreitenden Globalisierung auch neue Formen von Opfern in den Mittelpunkt der Betrachtungen rücken werden. Das beginnt bereits mit der Diskussion über Unternehmen als Opfer und könnte zu einem neuen Kapitel der Geschichte von Opferinszenierungen werden. Wenn beispielsweise

190 Ebd., S. 85.

191 Ebd.

192 *Steinert*, a.a.O. (o. Fn. 84), S. 211 ff.

193 *Köbel/Bork*, ebd., S. 87 f.

194 Ebd.

der VW-Skandal auf das möglicherweise auch strafrechtliche Handeln von Mitarbeitern des Unternehmens zurückzuführen ist und das dem Unternehmen schadenersatzrechtlich zugeordnet wird, wird das Unternehmen bzw. werden die das Unternehmen Repräsentierenden nach einer Möglichkeit suchen, das Unternehmen selbst als Opfer darzustellen, das ungerechtfertigt für etwas in Anspruch genommen wird, was doch der Einzelne zu verantworten habe. In Wirklichkeit hätten wir es dann mit einer neuen Form der Kriminalität der Wirtschaftsmächtigen zu tun, deren Opferinszenierung nur einer systemlogischen Verschleierungstaktik entspräche. |¹⁹⁵ Bisher erlebt ein Thema »Unternehmenskriminalität und Opfer« eher ein stiefmütterliches Dasein, |¹⁹⁶ anders sieht das in einem internationalen Diskurs aus. |¹⁹⁷

d) Exkurs: Opferperspektivische Wandlungen der Strafverteidigung

Beginnen möchte ich diesen Exkurs mit eher unsystematischen Beobachtungen, so damit – um ein besonders anschauliches Beispiel an den Anfang zu stellen –, dass der Nebenklägervertreter mit allem Engagement und hoher fachlicher Sachkunde für seinen Mandanten, das Opfer Jan Philipp *Reemtsma* gestritten hat, |¹⁹⁸ genauso wie er als Verteidiger von Beschuldigten und Angeklagten für die Einhaltung der Unschuldsvermutung kämpft; |¹⁹⁹ sein jüngster prominenter Fall: Jörg *Kachelmann*. |²⁰⁰ Denn Strafverteidigung ist Kampf, wie wir alle wissen. Aber mittlerweile ist diesem von *Hans Dachs* für die Verteidigung von Beschuldigten und Angeklagten kreiertem Spruch eben auch hinzuzufügen, dass es kein Widerspruch mehr zu sein scheint, wenn Strafverteidiger – natürlich in zeitlich, örtlich und sachlich getrennten Strafverfahren – sowohl für den Angeklagten wie auch für den Verletzten kämpfen. Die Berufsbezeichnung »Strafverteidiger« wird von vielen

195 Vgl. auch *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat – Eine Annäherung, Berlin 2012, insbes. S. 80 ff.

196 Vgl. aber *Naucke*, ebd.; früher schon Fritz Bauer – vgl. dazu Diederich, BIG BUSINESS CRIME 2/16 (<http://www.businesscrime.de/fritz-bauer-ueber-weisse-kragen-kriminalitaet/>; Stand: 7.9.2016). Demgegenüber haben andere Arbeiten die reale Opferwerdung durch Unternehmenskriminalität wohl noch nicht im Blick, wie u.a. *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden 1995; *Schimemann* (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. III: Unternehmenskriminalität, Köln u.a. 1996 (als Autor in diesem Band betrifft mich die vorstehende Feststellung ebenso); *Engelhardt*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, Berlin 2010.

197 Vgl. *Kaleck/Saage-Maaß*, Unternehmen vor Gericht. Globale Kämpfe für Menschenrechte, Berlin 2016.

198 Vgl. dazu *Schwenn*, in: Barton (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 46), S. 107 ff.

199 *Schwenn*, »Gröblich verletzt«, Interview (<http://www.zeit.de/2013/46/wiederaufnahmeverfahren-interview-schwenn> - Stand 27.4.2016); *ders.*, Eine Frage des Vertrauens (<http://www.zeit.de/2014/32/justiz-strafverteidiger-mollath-zschaeppe> - Stand: 27.4.2016); *ders.*, Das soll Recht sein? (<http://www.zeit.de/2015/47/justiz-rechtssystem-fehrlurteil-unrecht> - Stand 27.4.2016).

200 Kachelmanns Verteidigung fordert Freispruch (<http://www.zeit.de/gesellschaft/2011-05/kachelmann-plaedoyer> - Stand: 27.4.2016).

Strafverteidiger*innen ergänzt durch die Bezeichnung »Opferanwalt«. Manche Strafverteidiger*innen verstehen sich als Verteidiger *auch* des Verletzten, freilich in unterschiedlichen Strafverfahren, wieder andere verstehen Strafverteidigung *allein* als Verteidigung des Beschuldigten und vertreten aus diesem Selbstverständnis heraus keine Verletzten, hingegen ist auch ein Selbstverständnis anzutreffen, dass darauf gerichtet ist, ausschließlich nur die Interessen von Verletzten zu vertreten und keinesfalls jene von Beschuldigten.²⁰¹ Unter Strafverteidigern und Strafverteidigerinnen wird mitunter quasi ergebnislos gestritten darüber, welche Position dazu denn nun die richtige ist. So heißt es im veröffentlichten Statement der Arbeitsgruppe 2 des 36. Strafverteidigertages:

»Das gute alte politische Selbstverständnis der Verteidigung, selbst niemals die Rolle der Nebenklage einnehmen zu wollen, ist in der Praxis weitgehend überkommen oder scheinheilig. Tatsächlich agieren mittlerweile viele Kolleginnen und Kollegen auch auf dem Feld der Nebenklage. Die Tabuisierung dieses Phänomens führt dazu, dass sich eine zumindest rechtsstaatliche orientierte Ethik der Nebenklage nicht gut, d.h. immer auch selbstreflexiv, entwickeln kann. Neuere Untersuchungen [Barton] kommen zu dem Ergebnis, dass ausgerechnet der ‚Typus Strafverteidiger‘, nimmt er sich der Rolle des Nebenklagevertreters an, weitgehend frei von gesinnungsethischen Zweifeln und letztlich als der geflissentlichere Staatsanwalt agiert. Wir sind gehalten, uns mit diesen schlechten Zeichen (selbst)kritisch zu befassen.«²⁰²

Mit den darin erwähnten neueren Untersuchungen von *Barton* werden dort unter der Überschrift »Blindgänger und Paradoxien« so manche überaus aufschlussreiche Ergebnisse präsentiert.²⁰³ Davon seien als Stichpunkte folgende in der Praxis anzutreffende Konstellationen wiedergegeben:

- Von den Prozessrechten der Nebenklage wird selten Gebrauch gemacht. So wird das Anwesenheitsrecht des Nebenklägers in der Hauptverhandlung nur selten genutzt. Neben Gründen des Opferschutzes und der Wahrung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen geht es Nebenklageanwälten mitunter auch darum, aus strategischen Beweiskalkülen ihre

201 Diese Beobachtungen zum Selbst- und Rollenverständnis von Strafverteidigung gehen zurück auf Gespräche mit Verteidigerinnen und Verteidigern, die ich in Vorbereitung auf das Projekt »Wandel der Strafverteidigung im Rechtsstaat« geführt habe, ein Projekt, das ich derzeit am Max-Planck-Institut bearbeite, wozu als ein Bestandteil auch meine Befassung mit dem Thema »Opferperspektivische Wandlungen im Strafrecht und Strafverfahren« zählt.

202 AG 2, 36. Strafverteidigertag, a.a.O. (o. Fn. 23), S. 275.

203 *Barton*, 36. Strafverteidigertag, a.a.O. (o. Fn. 23), S. 61 ff.

Mandanten von sich aus zu veranlassen, während der Angeklagtenvernehmung nicht im Gerichtssaal anwesend zu sein. |²⁰⁴

- Es gibt nicht nur hochprofessionelle anwaltliche Nebenklagevertreter, sondern auch eine nicht unerhebliche Zahl von Anwälten, »die die Rolle als Nebenklagevertreter unprofessionell ausfüllt. Damit soll nicht auf Berufsanfänger abgestellt werden, die es überall gibt, sondern auf den Typus eines Anwalts, der eine hohe Opferschutzaffinität aufweist und sich auf dem Rechtsberatungsmarkt durchgesetzt hat, dabei aber dem Mandanten keine fundierten Rechtsdienstleistungen anbietet, sondern diese nicht selten durch ‚Küchenpsychologie‘ ersetzt.« |²⁰⁵
- Nebenkläger können in der Hauptverhandlung zwangsläufig vielfältigen Enttäuschungen unterliegen, etwa durch die Glaubwürdigkeitsbeurteilung von Zeugen, durch die Zulässigkeit von konfrontativen Befragungen, durch insgesamt kritisches Verhalten der Verteidigung gegenüber von Zeugenaussagen und die daraus erwachsenden Belastungen des Verletzten, der zugleich Zeuge ist. |²⁰⁶

Das oben erwähnte unterschiedliche Selbst- und Rollenverständnis von Strafverteidigung findet sich sinnbildlich wohl längst in dem Titel »Fachanwalt für Strafrecht« wieder. Das Thema »Opferanwälte« wird – wie gezeigt – wissenschaftlich normativ und empirisch bearbeitet, |²⁰⁷ Tagungen werden veranstaltet, |²⁰⁸ Handbücher des Anwalts für Opferrechte und weitere Kommentierungen und Beiträge zur Thematik der Vertretung des Verletzten werden geschrieben, |²⁰⁹ dies auch unter Berücksichtigung des anwaltlichen Zeugenbestandes, |²¹⁰ gar Vereine werden gegründet. |²¹¹

All diese Beobachtungen sind letztlich nur Ausdruck der schon beschriebenen opferperspektivischen Wandlungen im Strafrecht und im Strafprozess.

204 Ebd., S. 63.

205 Ebd., S. 62. *Barton* untermauert diese Feststellung mit einer Reihe von in der Praxis gefundenen Beispielen.

206 Ebd., S. 63; vgl. dazu auch *Gless*, in: FS Paeffgen, a.a.O. (o. Fn. 83), S. 703 ff.

207 *Barton/Flotho*, a.a.O. (o. Fn. 146).

208 Vgl. *Barton* (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 46).

209 *Doering-Striening* (Hrsg.), Opferrechte. Handbuch des Anwalts für Opferrechte, Baden-Baden 2013; *Pollähne*, a.a.O. (o. Fn. 119); demgegenüber *S. Kauder*, in: AG Strafrecht (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre AG Strafrecht des DAV, Baden-Baden 2009, S. 579 ff.

210 *Bosbach*, in: *Widmaier* u.a. (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 119), S. 2189 ff.; *Deckers*, in: *Barton* (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 46), S. 97 ff.; *König*, in: FS Rieß, a.a.O. (Fn. 136 Ende), S. 243 ff.

211 Vgl. »Nebenklage e.V. Vereinigung von RechtsanwältInnen zur Wahrung von Opferinteressen im Strafverfahren« (<http://www.nebenklage.org/> - Stand 27.4.2016).

Solange der kriminalpolitische Kurs weiter in Richtung des Ausbaus der Opferrechte und Opferstellung gehalten wird, solange wird auch das Selbst- und Rollenverständnis der Strafverteidigung davon unmittelbar betroffen sein. Denn dieses unterliegt den opferperspektivischen Wandlungen ebenso. Begleitet und auch befördert werden diese Wandlungen durch eine Art »Medienjustiz« in allen ihren Schattierungen und Ausprägungen, die insbesondere durch das schon erwähnte 4. Dreiländerforum Strafverteidigung zu Recht heftig kritisiert wurde.^{|212} Allerdings sind es dann oftmals auch die Medien, die als erste jene Opfer in den Mittelpunkt der Betrachtungen rücken, die es in der viktimären Gesellschaft eben auch gibt, die ihrerseits aber kaum im Fokus von Opferverbänden stehen: die Justizopfer.^{|213}

e) Exkurs: Justizopfer

Es wäre wünschenswert, wenn mit der gleichen (freilich zu kritisierenden) Selbstverständlichkeit, mit der die Stellung des Verletzten immer mehr ausgeweitet wird, der Gesetzgeber auch daran gehen würde, die gesetzlichen Voraussetzungen zu einer raschen und ungehinderten Korrektur von Justizirrtümern zu schaffen, anstatt beispielsweise die restriktiven Bestimmungen über das Wiederaufnahmeverfahren zu Gunsten des Verurteilten wie in Zement gegossen zu behandeln und sich jeder Reform auf diesem Gebiet quasi zu verweigern.^{|214} Weniger Probleme scheint der Gesetzgeber damit zu haben, immer mal wieder die Wiederaufnahme zuungunsten des rechtskräftig Verurteilten zumindest zu thematisieren.^{|215} Die Strafverteidigervereinigungen haben sich zu Recht dagegen gewandt.^{|216} Vielleicht ist es auch längst einmal an der Zeit,

212 Vgl. u.a. *Prisching*, in: Strafverteidigung – Opferrechte und Medienjustiz, a.a.O. (o. Fn. 25), S. 13 ff.; dazu auch die in derselben Publikation veröffentlichten Beiträge von *Schmoller*, S. 79 ff.; *Imhof*, S. 97 ff.; *Moring*, S. 109 ff.; *Leitner*, S. 117 ff.; *von Wartburg*, S. 121 ff.; *Windhager*, S. 191 ff.; *Heydenreich*, S. 203 ff.; vgl. ferner früher schon *Hamm*, in: 25. Strafverteidigertag, SchrStVV Berlin 2002, S. 214 ff.; vgl. auch jüngst *Frommel*, die von einer »hyperaktiven Mediengesellschaft« spricht [*Frommel*, vorgänge 212, 2015, 107 ff. (109)].

213 Vgl. zum Thema »Justizopfer« und »Justizirrtümer« u.a. *Burrow*, Das Lexikon der Justizirrtümer, Köln, 2013; *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer, München 2013; *Friedrichsen*, Im Zweifel gegen die Angeklagten. Der Fall Pascal – Geschichte eines Skandals, München 2008; *J. Kachelmann/M. Kachelmann*, Recht und Gerechtigkeit. Ein Märchen aus der Provinz, München 2012; *Otto*, Im Namen des Irrtums, München 2006; *Ritzer/Przybilla*, Die Affäre Mollath, München 2013; *Strate*, Der Fall Mollath. Vom Versagen der Justiz und Psychiatrie, Zürich 2014.

214 Vgl. u.a. *Ziemann*, HRRS 2006, 401 ff.; ferner *Strate*, Der Schlaf der Gerechten – zum Umgang der Strafverteidiger mit der Wiederaufnahme: (http://www.strate.net/de/publikationen/der_schlaf_der_gerechten.html - Stand: 3.5. 2016).

215 Vgl. u.a. *Papst*, ZIS 2010, 126 ff.

216 Vgl. Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Entwurf eines Gesetzes (BT Drucksache 16/7957) zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts (<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Stellungnahmen/wiederaufnahme.html> - Stand: 3.5.2016).

dass auf einem Strafverteidigertag als einem grundlegenden Thema gerade jenem Justizversagen das Augenmerk gilt, das Opfer hervorbringt.²¹⁷ Wenn ich es richtig sehe, hat das bisher zwar immer wieder inzident eine Rolle gespielt, war aber – abgesehen von der Problematik »Wiederaufnahme«,²¹⁸ die indes nur ein Teil der Gesamtproblematik »Justizversagen« ist – wohl noch nicht wirklich ein Hauptthema. Zur Gesamtproblematik »Justizversagen« gehören nicht nur Fehlurteile oder auch fehlerhafte Anklagen, die zu Freisprüchen und Amtshaftungsprozessen im Bereich sogenannter normaler Kriminalität führen,²¹⁹ sondern auch Opfer politischer Justiz, etwa jene des kalten Krieges, die bis heute nicht rehabilitiert worden sind.²²⁰ Aber auch das heutige *politische* Justizversagen gehört in diesen Kontext, wenn ich nur an die zu Tage beförderten Beispiele der Kriminalisierung von zivilem Ungehorsam gegen rechte Gewalt und neonazistische Ausschreitungen sowie gegen Militarisierung und Kriegspolitik denke. Schließlich sind Justizopfer auch jene, die in der Bundesrepublik aufgrund von später aufgehobenen Unrechtsvorschriften für »normale« Kriminalität verurteilt und bis heute nicht rehabilitiert wurden, wie die Bestraften wegen Homosexualität.²²¹

V. Zusammenfassung und Ausblick

1. Historische Kontinuität und Diskontinuität

Die Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht ist Ausdruck von historischer Kontinuität und Diskontinuität; Kontinuität insoweit, als sie sich zurückverfolgen lässt in die Vorgesetzgebung zur RStPO, zur RStPO selbst und gewissen weiteren gesetzlichen Entwicklungen bis Mitte der 80er

217 Vgl. u.a. *Bockemühl*, in: Pommerenke/Klößner (Hg.), Staatsversagen auf höchster Ebene. Was sich nach dem Fall Mollath ändern muss, Frankfurt a.M. 2013, S. 75 ff.

218 Vgl. aber die AG 4 des 16. Strafverteidigertages 1992 in Hamburg mit den Referaten von *Rieß* »Überlegungen zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Reform des Rechts der Wiederaufnahme im Strafverfahren, und *Stern* »Zur Verteidigung des Verurteilten in der Wiederaufnahme« (*Rieß*, in: 16. Strafverteidigertag, SchrStVV Köln 1992, S. 243 ff.; *Stern*, ebd., S. 261 ff.), ferner *Hellebrand*, in: 34. Strafverteidigertag, SchrStVV Bd. 34, Berlin 2011, S. 255, sowie die Ergebnisse der AG 6 dieses Strafverteidigertages, ebd., S. 286.

219 Vgl. dazu <http://www.pressreader.com/germany/badische-neueste-nachrichten-hardt/20160411/281672549101506> - Stand 24.5.2016.

220 Vgl. dazu *Hannover*, Ossietzky 2004 (<http://www.sopos.org/aufsaetze/41a6df71cd03f/1.phtml> – Stand: 9.5.2016); *Gössner*, Die vergessenen Justizopfer des Kalten Krieges: Verdrängung im Westen - Abrechnung mit dem Osten? Berlin 1998.

221 Vgl. dazu jüngst *Prantl*, Süddeutsche Zeitung vom 11.5.2016 (<http://www.sueddeutsche.de/politik/junge-brd-homosexuelle-wurden-behandelt-wie-staatsfeinde-1.2987720> - Stand: 11.5.2016), sowie <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-05/homosexualitaet-paragraf-175-aufhebung-urteile-christine-lueders-diskriminierung> - Stand: 11.5.2016

Jahre des 20. Jahrhunderts; Diskontinuität durch den seit Mitte der 80er Jahre gesetzlich eingeleiteten Paradigmenwechsel einer auf Opferschutz und Opferagieren im Strafrecht und Strafverfahrensrecht ausgerichteten Kriminalpolitik. Theoretisch wurde dieser Paradigmenwechsel eingeleitet mit Hilfe der Wissenschaft durch die Ministerialbürokratie.

a) Diskontinuität

Kritische Erklärungen, die für die Diskontinuität gegeben werden, sind zum einen strafrechtstheoretischer Art und beziehen sich insbesondere auf das Genugtuungsbedürfnis des Opfers, zum anderen strafverfahrensrechtlicher Art und betreffen die Parteistellung des Opfers und die dadurch bedingte fehlende Balance im Strafverfahren. Weitere Aspekte der Kritik sind staatskritischer Art in Anlehnung an die Idee eines freiheitlich-rechtsstaatlichen Strafrechts sowie kritisch-kriminologischer Grundlegung im Hinblick auf tiefgreifende gesellschaftliche und staatliche Wandlungsprozesse.

b) Sichtbarwerdung des Opfers

Alle diese kritischen Erklärungen lassen es in der Zusammenschau allenfalls zu, dem Verletzten einen Platz im Strafrecht und Strafverfahren einzuräumen, der seine Verletzungen sichtbar macht und anerkennt. Eine aktive, prozessmitbestimmende Rolle des Opfers, wie sie ihm das Strafverfahrensrecht aber jetzt in vielfältiger Weise zugesteht, befindet sich damit nicht in Einklang.²²²

c) Kritik der aktiven Stellung des Verletzten im Strafverfahren

Dennoch sind die derzeitige aktive Stellung des Verletzten im Strafverfahren und die Opferzurechnungen im materiellen Strafrecht nicht wirklich systemwidrig.

²²² Hierzu sei noch einmal *Weigend* zitiert, wonach eine Regelung nicht zu rechtfertigen ist, »bei der das Opfer – wie in Deutschland der Nebenkläger – bestimmenden Einfluss auf den Ablauf und unter Umständen sogar auf den Ausgang des Strafverfahrens nehmen kann. Denn selbst wenn man dem Verletzten zugesteht, dass es im Strafverfahren auch um ‚Genugtuung‘ für das erlittene Unrecht geht, so bedeutet dies nicht, dass er auch (mit)entscheiden kann, welche Sanktion für die Befriedigung seiner Bedürfnisse ausreicht. [...] Verlangen kann er nur, dass im Urteil die Rollen der Beteiligten klar definiert und dass die Schuld des Täters deutlich festgestellt wird. [...] Darüber hinaus muss jedes Opfer mit seiner Betroffenheit durch die Straftat im Verfahren ernst genommen werden. Daraus lässt sich der Anspruch des Verletzten ableiten, vor Gericht gehört zu werden und seine Sichtweise der Tat – auch wenn er nicht als Zeuge gebraucht wird – zur Geltung zu bringen, so wie dies etwa auch das Statut des Internationalen Strafgerichtshof dem Verletzten garantiert. [...] Man mag daraus auch noch die Befugnis des Verletzten ableiten, dem Gericht bestimmte Beweismittel, die vielleicht bisher übersehen wurden, zu empfehlen, um die Sachaufklärung zu erleichtern. Mehr kann der Verletzte nicht verlangen. Und ihm mehr zu geben, könnte auch tatsächlich zu der von Verteidigerseite oft beschworenen Verschiebung der Gewichte führen, [...] wie sie nicht nur im adversatorischen Strafverfahren vermieden werden sollte. Das Ziel kann nicht sein, dass der Verletzte das Strafverfahren determiniert oder gar dominiert; sondern es kann nur darum gehen, dass dem Opfer die Möglichkeit gegeben wird, seine Sicht des Geschehens so darzulegen, dass es den Gerichtssaal erhobenen Hauptes verlassen kann.« [*Weigend*, a.a.O. (o. Fn. 4), S. 49 f.]

Die grundlegende Strafrechtskritik an der Stellung des Verletzten ist nur Ausdruck für einen Zustand von Straf- und Strafverfahrensrecht, an dem berechtigte Kritik seit Jahrzehnten geübt wird. Der 50. Band der Frankfurter Kriminalwissenschaftlichen Studien, herausgegeben vom Institut für Kriminalwissenschaften der Goethe-Universität Frankfurt am Main, mit dem Titel »Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts«, |²²³ auf den im gestrigen Eröffnungsvortrag bereits in pointierter Abwandlung zum »(unmöglichen) Zustand der Strafverteidigung« hingewiesen worden war, |²²⁴ beschreibt die Verwerfungen als historische Kontinuitätsgeschichte. Dieser unmögliche Zustand des Strafrechts ist quasi systemimmanent. Es ist dies ein Straf- und Strafprozessrecht, das sich im Zugriff einer populistischen, instrumentalisierenden, symbolisierenden Kriminalpolitik befindet und immer mehr um seine Prinzipien gebracht wird. Einst Unverfügbares wird immer durchlässiger. |²²⁵

d) Wandel vom Tat-Täter-Strafrecht zum Täter-Opfer-Strafrecht

Der Paradigmenwechsel, den die gesetzliche Behandlung des Verletzten erfahren hat, ist nur ein Ausdruck dieser Systemimmanenz. Es ist dies der Wandel von einem Tat/Täter-Strafrecht zu einem Täter-Opfer-Strafrecht. Von der »Magna Charta des Beschuldigten« zur »Magna Charta des Opfers« – dies erscheint als Zielstellung der Opferrechtsreformbewegung, die bisher auf halber Strecke bei einem Täter-Opfer-Strafrecht angekommen zu sein scheint. Eine andere Gruppe von Opfern wird unter dem Thema der opferperspektivischen Wandlungen kaum behandelt; es sind auch die Opfer von Justizversagen, die einen adäquaten Schutz erfordern.

e) Wandel der Strafverteidigung

Aufgrund des derzeitigen straf- und strafverfahrensrechtlichen Zustandes von einem Täter-Opfer-Strafrecht ist es in dieser strukturellen herrschenden Logik folgerichtig, dass auch in der Strafverteidigung selbst ein Wandel stattgefunden hat, jedenfalls insoweit, als ein Wandel hin zu einem Täter-Opfer-Strafrecht auch die diesem Wandel gemäße Strafverteidigung hervorbringt. »Täter-Verteidigung« einerseits und »Opfer-Verteidigung« andererseits, nicht selten verkörpert durch ein und dieselbe Person, freilich in unterschiedlichen Verfahren – das ist heutige Realität.

223 *Institut für Kriminalwissenschaften* (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 33); vgl. dazu auch den 69. Band der Frankfurter Kriminalwissenschaftlichen Studien, herausgegeben vom *Institut für Kriminalwissenschaften* mit dem Thema: Irrwege der Strafgesetzgebung, Frankfurt a.M. 1999.

224 *Scherzberg*, Vom (unmöglichen) Zustand der Strafverteidigung: (<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Material%20Strafverteidigertage/vortrag%20scherzberg.htm> – Stand 3.5.2016)

225 Vgl. u.a. *Arnold*, in: SchrStVV, Bd. 30, Berlin 2007, S. 121 ff.; *ders.*, in Uwer/Organisationsbüro (Hg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin 2006, S. 13 ff.

f) Gesamtgesellschaftliche Wandlungen

Die Opferreformbewegung in all ihren Facetten erklärt sich nicht allein oder gar vorzugsweise aus den kontinuierlichen Wandlungen eines freiheitsrechtsstaatlichen Strafrechts hin zu einem Präventions- und/oder Sicherheitsstrafrecht der Spätmoderne, sondern steht in einem engen Zusammenhang mit den gesamtgesellschaftlichen Wandlungen, die sich in den letzten Jahrzehnten vollzogen haben. Risikogesellschaft, Sicherheitsgesellschaft, Informationsgesellschaft, Medialisierungsgesellschaft, viktimäre und viktimisierte Gesellschaft – das sind nur einige Metaphern dafür.²²⁶ Dies freilich sind keine »typisch deutschen« Phänomene, sondern internationale, wie internationalisierte Prozesse. Zugleich ist die Opferrechtsreformbewegung eine gesamteuropäische, die von der EU in besonderer Weise vorangebracht wird.

2. Ausblick: Vorschlag von Margarete v. Galen

Wenn man die Kontinuität der Abwärtsspirale eines »unmöglichen« Zustandes des Strafrechts und der Strafverteidigung betrachtet, noch dazu in Rechnung stellt, dass kritische Wissenschaft wie kriminalpolitisch-kritische Strafverteidigerinnen und -verteidiger, beispielsweise organisiert in den Strafverteidigervereinigungen, thematisiert auf den Strafverteidigertagen, sich über viele Jahrzehnte den Fehlentwicklungen entgegenzustellen versuchen, so wäre heutzutage ein resignatives Moment nicht unverständlich. Für unsere Thematik ist noch dazu festzustellen, dass auch die konkreten kriminalpolitischen Gegenvorschläge der Strafverteidigertage bei den herrschenden Akteuren der Kriminalpolitik kaum Gehör gefunden haben.

Nichtdestotrotz sollte kriminalpolitisch-alternativ weiter gekämpft werden. Auch die »soziale Gegenmacht« (Werner *Holtfort*)²²⁷ zu herrschender Kriminalpolitik will erkämpft werden. Möglicherweise wäre dabei aber auch noch stärker als sonst mit Vorschlägen zu argumentieren, die nicht so sehr auf einzelne Veränderungen von Straf- und Strafverfahrensrecht bezüglich der Opferperspektive zielen, sondern ein Gesamtkonzept in Betracht ziehen, wie beispielsweise die Überlegungen von *von Galen*, die sie auf dem 36. Strafverteidigertag vorgetragen²²⁸ und für eine spätere Publikation im »Strafverteidiger« weiterentwickelt hat.²²⁹

Margarete *von Galen* nennt ihren Vorschlag »Parallel-Justiz« für Opfer von

²²⁶ Vgl. zu den daraus resultierenden Folgen und Herausforderungen insbesd. für das Strafrecht und andere normative Steuerungssysteme *Sieber*, ZStW 119 (2007), 1 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 41 (2010), 151 ff.

²²⁷ Vgl. *Arnold*, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare JuristInnen. Eine andere Tradition, Baden-Baden 2016, S. 219 ff. (225 ff.).

Straftaten – ein Verfahren mit ‚Opfervermutung‘²²⁸ außerhalb des Strafrechts. Diese Überschrift allein weist schon daraufhin, worum es geht: Die Verbindung von Strafverfahren und Opferinteressen führt in eine Sackgasse. Neue Wege sind zu beschreiten.²³⁰

»Es handelt sich um ein vom Strafverfahren unabhängiges, parallel laufendes Verfahren, das auf das Opfer ausgerichtet ist. Dieses Verfahren ist von den Beschuldigtenrechten ‚entlastet‘. Da die Unschuldsvermutung nicht berücksichtigt werden muss, kann der Aussage des Opfers – jedenfalls solange nicht begründeter Zweifel an deren Wahrheitsgehalt bestehen – umfassend Glauben geschenkt werden. Das Opfer wird auf Staatskosten entschädigt, unabhängig davon, ob ein Täter ermittelt werden kann oder nicht. Der Staat verlangt später, soweit möglich, vom Täter Ersatz. Der Abschluss der strafrechtlichen Ermittlungen sowie eines gerichtlichen Verfahrens muss nicht abgewartet werden. Teilweise muss das Opfer nicht einmal Strafanzeige stellen. [...] Das Opfer erhält zudem Gesprächs- und Betreuungsangebote.«²³¹

Dem liege der Gedanke zugrunde, dass die Gesellschaft ein Interesse hat, Opfern von Straftaten so schnell und so einfach wie möglich zu helfen, wieder in das normale Leben zurückzufinden. Die Idee der »Parallel Justice« geht davon aus, dass der Schaden, den das Opfer einer Straftat nimmt, nicht nur beim Opfer selbst, sondern darüber hinausgehend für die Gesellschaft entsteht.²³²

Von Galen verweist auf im Bundeshaushalt bereit gestellte Sondermittel für Härteleistungen für Opfer extremistischer Übergriffe und Opfer terroristischer Straftaten sowie das Vorhaben, Opfern sexuellen Missbrauchs aus einem Etat von 100 Millionen Euro Hilfe zu teil werden zu lassen. Dies könne als Beispiel dienen, wie Opfern angemessen geholfen werden kann.²³³

228 v. *Galen*, a.a.O. (o. Fn. 23).

229 v. *Galen*, StV 2013, 171 ff.

230 Ebd., 171.

231 Ebd., 174.

232 Ebd.

233 *M. v. Galen* schreibt dazu: »Diese Form der Opferhilfe ist der richtige Ansatz. Sie ist auszuweiten und auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Verfassungsrechtliche Vorgaben stehen einer Ausweitung der Entschädigung nicht entgegen. Das Parlament kann im Rahmen seines Budgetrechts über den Haushalt entscheiden und die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Für Opfer, die berechtigt sind, ein außerstrafrechtliches Entschädigungsverfahren in Anspruch zu nehmen, ist gleichzeitig die Nebenklagebefugnis abzuschaffen. Nur eine klare Trennung zwischen dem Ausgleich und der Strafverfolgung wird uns den rechtsstaatlichen Strafprozess erhalten und gleichzeitig den Opfern helfen.« (Ebd., S. 178) Allerdings darf nicht übersehen werden, dass derartige Fonds auch dem politischen Poker anheimfallen können, so wie das zu dem Fonds für Opfer sexuellen Kindesmissbrauchs berichtet wird. (<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/deutschland-fonds-fuer-missbrauchsoffer-geht-das-geld-aus-a-1092689.html> - Stand: 24.5.2016).

In einer gemeinsam mit *Hassemer* verfassten und im Jahre 2002 erschienenen Abhandlung kritisiert *Reemtsma* unter Hinweis auf die Strafrechtswissenschaft, namentlich Claus *Roxin*, dass »manche Rechtstheoretiker« die Opferpräsenz nur hinnehmen könnten, wenn sie in einem Verfahren spielt, das sich ideell dem Zivilprozess annähert.²³⁴ *Roxin* hatte vorgeschlagen, die Nebenklage in das Verfahren des Täter-Opfer-Ausgleichs einzubinden, in dem die Wiedergutmachungsinteressen des Verletzten im Vordergrund stehen.²³⁵ Der mit meinem Vortrag unternommene Versuch, eine Kritikgeschichte opferperspektivischer Wandlungen im Strafrecht und Strafverfahren aufzuzeigen, gibt Veranlassung, alle jene Überlegungen zu unterstreichen, die genau in die Richtung weisen, den gesetzlichen Schutz des Verletzten im Wesentlichen außerhalb des Strafrechts und des Strafverfahrens zu legen, ihn dort deutlich zu verstärken und auch sozialstaatlich abzusichern. Auf diesem Feld dann besteht auch das eigentliche Bedürfnis nach Opferanwält*innen, mit dem dieser Bezeichnung entsprochen werden könnte. Die Strafverteidigung aber behielt ihren originären Platz im Strafverfahren, das als Ausdruck eines Tat-Täter-Strafrechts hauptsächlich auf die Tat und den Täter und nicht auf das Opfer orientiert ist, denn es ist dann gerade kein »Opfer-Strafverfahren«. Auf diese Weise würde auch das Selbst- und Rollenverständnis der Akteure anwaltlicher Strafverteidigung einerseits und anwaltlicher Opfervertretung andererseits deutlicher akzentuiert werden können.

IV. Nachtrag: Stellung des Verletzten und Rechtskritik

Wenige Wochen nach dem 40. Strafverteidigertag hatte ich Gelegenheit, auf der Tagung »Praxen der Rechtskritik – Inklusion und Exklusion durch Recht«²³⁶ an der Humboldt-Universität zu Berlin im Plenum 2, das zu »Kritik und Rechtspraxis« veranstaltet wurde, einen Impulsvortrag zu halten. Mit diesem ging es mir darum, Anstöße für eine Antwort auf die Frage zu geben, ob »Strafverteidigung ein tauglicher Gegenstand von Rechtskritik« ist.²³⁷

234 *Hassemer/Reemtsma*, a.a.O. (o. Fn. 97), S. 146.

235 Ebd., S. 145.

236 Vgl. Kritische Justiz 2016 mit einigen auf der Tagung gehaltenen Referaten, insbes. *Buckel* (289 ff.). Der in diesem Heft der KJ auch enthaltene ‚subjektive Rückblick‘ auf die Tagung von *Neumeyer* (285) gibt meine Auffassung zur Legitimität von Opferrechten im Strafprozess verkürzt und unkorrekt wieder.

237 Vgl. *Arnold*, in: Freispruch, Heft 9, Oktober 2016

1. Ambivalenz der Kritik opferperspektivischer Wandlungen

Ein Schwerpunkt meiner Überlegungen befasste sich mit der Ambivalenz der Kritik an den opferperspektivischen Wandlungen im Strafrecht und Strafverfahren. Diese besteht zum einen darin, dass sie jedenfalls mit einem konsequent staatskritischen Ansatz, der dem Strafrecht und Strafverfahrensrecht eine vor allem den Beschuldigten schützende Funktion gegenüber dem *ius puniendi* des Staates beimisst und damit eine konsequent strafverteidigende Sicht darstellt,²³⁸ den Opferschutz dagegen weitgehend außerhalb von Strafrecht und Strafverfahrensrecht sieht. Zum anderen aber gerät ein solcher Ansatz in eine Kollision mit einer emanzipatorischen Seite von Recht, die eine weite Berücksichtigung des Opfers im Strafrecht und Strafverfahren einfordert und mit sich bringt. Wegen dieser emanzipatorischen Seite von Recht wird nicht selten und nicht zuletzt aus feministischer Sicht gegenüber der Kritik an den opferperspektivischen Ausdehnungen des Schutzes des Verletzten im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Vorwurf der Geringschätzung oder Außerachtlassung des Opferschutzes formuliert. Dies geschieht besonders dann, wenn diese Kritik mit kriminalpolitischen Forderungen etwa der Abschaffung der Nebenklage verbunden ist. In der aktuellen Diskussion wird auch gefragt, wie eine Position der weitgehenden Auslagerung des Opferschutzes aus Strafrecht und Strafverfahren mit solchen im Mittelpunkt der Öffentlichkeit stehenden Opfern und deren Hinterbliebenen wie im NSU-Prozess und in den letzten Auschwitz-Prozessen (u.a. Gröning in Lüneburg und Hanning in Detmold) in Einklang zu bringen ist.

Es sei an dieser Stelle eingefügt, dass das Opfer auch eine politische Figur ist und dass es nach Heinz *Steinert* – und damit in einer kapitalismus- und herrschaftskritischen Perspektive, die auch bedeutet, den Kriminellen als Opfer der gesellschaftlichen Verhältnisse zu problematisieren, was zu Unrecht eine weitgehend vernachlässigte und in Vergessenheit geratene Auffassung ist, und dies möglicherweise deswegen, weil es sich dabei nicht zuletzt auch um einen marxistischen Ansatz handelt²³⁹ – etwas ziemlich Ironisches hat, dass diese Figur

»genau mit dem Niedergang von Patriarchat [...] wieder vermehrt genutzt wird. Und das ist doppelt ironisch, wenn es durch soziale Bewegungen geschieht, die, wie etwa die Frauenbewegung, genau daran arbeiten, patriarchale Herrschaft aufzulösen – und dabei die patriarchale

²³⁸ Anders wohl *Kilchling*, NSStZ 2002, 57 ff.

²³⁹ Vgl. zu einem solchen Ansatz *Arnold*, in: FS Eser, München 2002, S. 25 ff.

Form der ‚viktivistischen Politik‘ einsetzen. Diese Benützung von patriarchalen Formen wird von konservativer Politik mit Freude begrüßt, weil damit ein Anlass geboten wird, um Herrschaft durch populistische Law- & Order-Politik zu verstärken, die das patriarchale Beschützermotiv ins Spiel bringen kann – was häufig eher einer Schutzgelderpressung entspricht, aber trotzdem einigen Gebrauchswert zu bieten scheint.«²⁴⁰

2. »Rechtskritische Dichotomie«: Stellung des Verletzten und rechtliches Gesamtkonzept

Vor dem Hintergrund der »Ambivalenz der Kritik«, heißt es in einer rechtskritischen Hinsicht nun zu fragen, ob eine »rechtskritische Dichotomie« im Sinne der Auflösung eines strikten Gegenübers der gezeigten beiden Seiten und deren Überführung in eine gewisse Komplementarität sinnvoll und möglich ist. Ohne eine abschließende Antwort geben zu können, plädiere ich dafür, nachfolgendes mit zu bedenken.

a) Sichtbarwerdung des Opfers

Die Forderungen nach einer weitgehenden Verlagerung des Opferschutzes aus Strafrecht und Strafverfahren in ein zivilrechtliches oder zivilrechtsähnliches Wiedergutmachungsmodell sind in ein grundlegendes Gesamtkonzept zur Neugestaltung des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts einzubringen. In einem solchen Gesamtkonzept sollte der Verletzte – insbesondere schwerer Straftaten – nach wie vor eine Stellung innehaben, die ihn im Strafverfahren sichtbar macht. Kritik an der Wandlung der Opferperspektive im Strafrecht und Strafverfahren bedeutet nicht unbedingt, dass dem Verletzten bestimmte passive Beteiligungsrechte genommen werden sollen, sondern zielt vor allem auf die immer mehr ausgeweitete aktive Mitwirkung des Verletzten am Verfahren.²⁴¹

240 *Steinert*, in: Cremer-Schäfer/Steinert, a.a.O. (o. Fn. 84), S. 209 f.; vgl. zu einem solchen Beispiel »viktivistischer Politik« *S. Kauder*, a.a.O. (o. Fn. 137). *Steinert* holt aber noch weiter aus und beschreibt die von mir so benannte »Ambivalenz der Kritik« weitaus politischer und radikaler, woran »Rechtskritik« nicht vorbei gehen darf: »Es wurde eine unheilige Allianz zwischen einer populistischen Linken, die unter der Fahne von ‚Realismus‘ segelt und die Effekte von Herrschaft sichtbar machen und sie kompensiert sehen möchte, und einer populistischen Rechten hergestellt, die dadurch Hegemonie und Autorität wiedergewinnen wollte, indem sie den ‚Alltagsverstand‘ gegen die antiautoritären Intellektuellen ausspielte, die ‚den Realitätsbezug‘ verloren hätten. ‚Was für ein Unsinn, den Kriminellen als Opfer der Gesellschaft zu sehen; es geht stattdessen um das Opfer der Kriminalität, das beschützt und umsorgt werden muss‘. In beiden Fällen handelt es sich um Populismus: Beide sprechen ‚die Massen‘ an, oder allgemeiner eine Kategorie von Leuten, die zu groß ist, um die Grundlage für die Formulierung eines einheitlichen Interesses darstellen zu können, und sie benützen das als Argument und Drohung in politischen Verhandlungen. Beide versuchen sie, die Anhängerschaft durch Agitation zu sichern, indem sie ‚populäre Anliegen‘ und Schlagworte statt spezifischer Interessen aufgreifen.« (Ebd., S. 210).

b) Prüfung von Auslagerungsmodellen auf Kompatibilität

Auch im Hinblick auf den Vorschlag von *von Galen* für ein Verfahren von »Parallel Justice« für Opfer von Straftaten als ein Verfahren mit »Opfervermutung« außerhalb des Strafrechts²⁴² gilt es, eine Einordnung in ein grundlegendes Gesamtkonzept zur Neugestaltung des Strafrechts und Strafverfahrensrechts vorzunehmen, nicht zuletzt deshalb, weil dieser Vorschlag aus den USA²⁴³ und damit aus dem Rechtskreis des Common Law stammt, in dem traditionell weniger Rücksicht auf das persönliche Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung besteht als in kontinentalen Rechtsordnungen.²⁴⁴ Aufgrund dessen dürfte ein solches Modell nicht ohne weiteres für sich allein stehen können, sondern sich die Frage stellen, ob es zu einem im Kern inquisitorischen, also in unser vom Richter beherrschtes und dominiertes Strafprozesssystem passt oder anschlussfähig sein kann,²⁴⁵ jedenfalls sofern dieses System dann seinerseits keinen Veränderungen unterzogen wird.

c) Versöhnung zwischen Täter und Opfer?

Obwohl kriminalpolitische Konzepte einer grundlegenden Neugestaltung des Strafrechts gegenwärtig nicht zu erkennen sind, sind grundlegende theoretische Überlegungen zur Versöhnung und Wiedergutmachung durch Strafrecht damit aber nicht etwa überflüssig, sondern erfüllen ihre Aufgaben als wichtige Beiträge zur Grundlagenforschung auf diesem Gebiet, wie etwa die Arbeiten von *Holz*, *Richter*, *Schmidt* und *Walther* zeigen.²⁴⁶ Das hindert die Kriminalpolitik jedoch nicht daran, sich mit ihnen auseinanderzusetzen und sie als Impulse für eine Gesamtreform des Strafrechts, in dem auch die Rolle der Versöhnung zwischen Täter und Opfer geklärt wird, zu begreifen.²⁴⁷ Hierzu würde auch gehören, jene Überlegungen mit zu bedenken, die im

241 So wohl auch *v. Galen*, StV 2013, 172 f.; anders *A. Schmidt*, in: Ashold u.a. (Hrsg.), a.a.O. (o. Fn. 12), S. 197, 200, die das Strafrecht als ein Recht der kriminellen Tat begründet und daraus das Genugtuungsinteresse des Opfers und eine entsprechende Ausgestaltung des Strafverfahrens ableitet. Die rechtlichen Konsequenzen, die Opferinteressen zu berücksichtigen, sieht aber auch *A. Schmidt* offenbar vorrangig in der Anerkennung des Opferstatus als verletzte Person und in staatlicher Unterstützung. (Ebd., S. 200). Und Zustimmung verdient auch die Feststellung von *A. Schmidt*, dass aufrichtige Reue und die unmittelbar-persönliche Bewältigung der Tat auch außerhalb eines strafrechtlichen Täter-Opfer-Ausgleichs möglich sind. [*Schmidt*, Strafe und Versöhnung, a.a.O. (o. Fn. 12), S. 253].

242 *v. Galen*, ebd., 172 f.

243 Ebd., 175.

244 *Weigend*, a.a.O. (o. Fn. 15), 42 f.; 46 ff.

245 Vgl. dazu die Literaturangaben in Fn. 130.

246 *Holz*, a.a.O. (o. Fn. 95); *Richter*, a.a.O. (o. Fn. 6); *A. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 12); *Walther*, a.a.O. (o. Fn. 89).

247 Vgl. *A. Schmidt*, Strafe und Versöhnung, a.a.O. (o. Fn. 12).

Rahmen von internationalen Forschungen über das Verhältnis zwischen einer opferorientierten Vergangenheitspolitik und einem Transitionsstrafrecht nach politischen Systemwechseln einerseits angestellt wurden²⁴⁸ und andererseits den Erfahrungen mit Wiedergutmachung und Wahrheitsaufklärung im Zusammenhang mit internationalen sowie internationalisierten Strafgerichten gelten.²⁴⁹

d) Gesamtreform Strafverfahrensrecht und Nebenklage

Obwohl mit den Vorschlägen der Expertenkommission des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zur Reform des Strafprozesses²⁵⁰ kriminalpolitische Erwägungen für eine Gesamtreform des Strafverfahrensrechts bestehen, lässt sich mitnichten davon sprechen, dass damit grundlegende Überlegungen zu einer Neuorientierung bei der Stellung des Verletzten verbunden sind. Lediglich findet sich dort ein Vorschlag zur »Bündelung der Nebenklagevertretung«, die »in Ausnahmefällen zur Durchführung einer effizienten Hauptverhandlung aufgrund des Umfangs des Verfahrens und der Anzahl der Nebenkläger« dem Vorsitzenden »im Rahmen einer Ermessensvorschrift ermöglicht werden sollte« (Nr. 16).²⁵¹ *Schünemann* erblickt hierin eine minimale Notwendigkeit, »um der weithin aus finanziellen Interessen heraus betriebenen und das Tribunal in eine Szene verwandelnden Nebenklage zu steuern.«²⁵² Wenn diese Einschätzung der Nebenklage auch nicht verallgemeinert werden darf, gerade weil sie solche positiven Effekte wie die Kontrolle der Staatsanwaltschaft bei der Beweisaufnahme in bestimmten Prozessen (Beispiel: NSU-Prozess) außer Acht zu lassen scheint, ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Vorschläge der Expertenkommission keinerlei Beitrag dazu leisten, um zu einer klaren und theoretisch reflektierten Vorstellung zu gelangen, welche Position der Verletzte im Strafverfahren

248 Vgl. u.a. *Eser/Arnold*, in: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14, Berlin 2012, insbesd. S. 308 ff.; S. 392 ff.; ferner *Knust*, *Strafrecht und Gacaca*, Berlin 2013, u.a. S. 71 ff.; *Lang*, *Strafrechtsbezogene Vergangenheitspolitik. Politischer Wille und Strafrechtsrealität im Spannungsverhältnis am Beispiel von Deutschland und Südafrika*, Freiburg 2005.

249 Vgl. *Safferling*, a.a.O. (o. Fn. 16), insbesd. 101 ff.; ferner *v. Braun*, *Internationalisierte Strafgerichte*, Berlin 2008.

250 Vgl. *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45 ff.; ferner zu früheren Reformbemühungen *Salditt*, in: 25. Strafverteidigertag, *SchrStVV*, Berlin 2002, S. 262 ff.; *P.A. Albrecht*, in: 25. Strafverteidigertag, ebd., S. 273 ff.; *Wefslau*, in: 29. Strafverteidigertag, *SchrStVV* Bd. 29, S. 285 ff. Die von *Wefslau* formulierten Thesen zur Reform des Strafverfahrens enthalten in These 2 die Forderung, dass das Reformvorhaben »partizipatorisches Ermittlungsverfahren« vom Ziel der Beschleunigung des Strafverfahrens sowie vom Ziel des Opferschutzes abzukoppeln ist. (Ebd., S. 286).

251 Zit. nach *Schünemann*, ebd., S. 53.

252 Ebd., S. 53.

haben sollte. |²⁵³ Das bestehende strafprozessuale »eklektische Konglomerat« auf diesem Gebiet lebt damit fort.

Wenn es jedoch zu einer echten Neugestaltung der Strafprozessordnung kommen sollte und damit auch die Abschaffung der Nebenklage verbunden wäre, müsste aus einer rechtskritischen Sicht darüber diskutiert werden, ob nicht das Element der Kontrolle der Staatsanwaltschaft für bestimmte Straftaten beizubehalten, wenn nicht gar zu verstärken ist. So ist es im NSU-Verfahren wohl mit auf das beharrliche und engagierte Agieren von anwaltlichen Nebenklagevertretern zurückzuführen, dass ein Verdacht, die der NSU zur Last gelegten Morde stünden auch im Zusammenhang mit »staatsverstärkter Kriminalität« |²⁵⁴ – das heißt, seien durch das Handeln bzw. Unterlassen staatlicher Organe wie des Verfassungsschutzes jedenfalls begünstigt wurden – überhaupt an das Tageslicht gelangen konnte. Mit der Ablehnung entsprechender Beweisanträge durch das Oberlandesgericht München, die Nebenklagevertreter gestellt hatten, und – nach allerdings einander widersprechenden Meldungen – mit der Feststellung des erkennenden Senats, dass dieser nicht den Schluss ziehe, dass staatliche Mitverantwortung an den angeklagten Taten bestünde, |²⁵⁵ ist sicherlich noch nicht das letzte Wort gesprochen. |²⁵⁶

253 So schon die Einschätzung von *Weigend* zum 2. OpferRRG, wonach sich dieses »tatsächlich [...] in die lange Liste der strafrechtlichen und strafprozessrechtlichen Gesetzesnovellen der letzten beiden Jahrzehnte [einreih], die den Ehrgeiz zur technischen Perfektion mit manchmal wolkiger Sprache und einem deutlichen Mangel an theoretischer Fundierung verbinden. Die Strafprozessordnung wird einmal mehr technokratisch aufgebläht, um den Wünschen der rechtspolitisch ersichtlich sehr mächtigen Opferverbänden [...] Rechnung tragen – woran es fehlt, ist aber nach wie vor eine klare und theoretisch reflektierte Vorstellung des Gesetzgebers davon, welche Position der Verletzte im Strafverfahren haben sollte.« [Weigend, in FS Schöch, a.a.O. (o. Fn. 128), S. 961].

254 Den Begriff »staatsverstärkte Kriminalität« verwende ich hier in Anlehnung an *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt a.M. 1996.

255 <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/nsu-prozess-gericht-sieht-keine-behoerdenschuld-anden-nsu-morden-a-1091669.html> - Stand: 9.5.2016; anders jedoch <http://blog.zeit.de/nsu-prozess-blog/2016/05/10/geheimniskramer-bleiben-geheim> – Stand 9.5.2016.

256 Vgl. auch zum engagierten Auftreten von Opferanwältinnen zur Aufklärung des Todes von Oury Jalloh im Polizeigewahrsam u.a. <http://www.jungewelt.de/2016/05-14/016.php> - Stand: 24.5.2016.

Opferrechte versus Beschuldigtenrechte – die Thematik aus (meiner) richterlichen Sicht

I.

Als ich die Einladung erhielt, beim Strafverteidigertag 2016 zum Thema Opferrechte im Strafverfahren zu sprechen, habe ich spontan zugesagt. Meine Haltung zu der Problematik schien mir recht eindeutig: Die kriminalpolitische Entwicklung der letzten Jahrzehnte mit ihrer Hinwendung zum Gedanken der Prävention und mit ihrer Fokussierung auf die Bedürfnisse der Opfer war mir suspekt. Nach meinem Eindruck ging die Betonung der Opferinteressen einher mit einer Diabolisierung der Täter und mit einer Abwertung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung. Ich erinnere mich an Diskussionen Mitte der 90er Jahre, als ich, damals Jugendstaatsanwältin, an einem Runden Tisch gegen sexuellen Missbrauch teilnahm. Die Mitarbeiterinnen der örtlichen Beratungsstelle waren ehrlich davon überzeugt, dass im Fall des Kindesmissbrauchs der Angeklagte im Zweifel verurteilt werden muss, um die Kinder zu schützen. Es war sehr schwierig, Verständnis für die rechtstaatliche Notwendigkeit des Zweifelssatzes zu wecken. Und noch 2015 formulierte der von mir sonst geschätzte Hans *Holzhaider* von der *Süddeutschen Zeitung* in einem Artikel über einen Mann, der mehr als zwei Jahre wegen einer falschen Verdächtigung in Strafhaft saß:

»Auf der einen Seite lauert die Gefahr, einen Unschuldigen zu verurteilen [...]. Auf der anderen Seite droht das Versagen der Justiz, die dem Opfer nach der Tat selbst noch ein weiteres Unrecht zufügt: den Freispruch des Täters und die implizite Bezichtigung der Lüge.« (Hervorhebung d. Verf.)¹

¹ SZ vom 09.03.2015, S. 3

Je mehr ich mich dann in Vorbereitung auf meinen heutigen Input eingelese habe, umso mehr wurde mir bewusst, wie vielschichtig die Thematik ist. Vorab muss ich auf einen Effekt meiner beruflichen Sozialisation hinweisen (man könnte auch sagen meiner Déformation professionnelle): Nach 25 Jahren der Anwendung des gegebenen Rechts auf Geschehnisse, die in der Vergangenheit liegen, ist meine Fantasie dafür, wie man solche Geschehnisse in Zukunft anders bearbeiten könnte, eingerostet. Dabei könnte es bestimmt ganz anders gehen.

Z.B. mit der Vision von Nils Christie in seinem 1976 erschienen Artikel »Konflikte als Eigentum«:

- Erste Phase des Prozesses wie bisher unter Wahrung der Unschuldsvermutung. Dann Schuldinterlokut.
- Nach Schuldfeststellung zweite Phase: Erforschung der Opferinteressen, dessen Sicht der Dinge, dessen Bedürfnisse zum Ausgleich der Tat, zuerst gegenüber Täter, dann gegenüber sozialem Umfeld, dann gegenüber Staat. Z. B. Schaden reparieren, Arbeitgeber, ärztliche Behandlung usw.
- Dritte Phase: Welche Strafe ist dann noch erforderlich für die noch nicht erfüllten Strafzwecke?
- Vierte Phase: Wie kann diese Strafe so ausgestaltet werden, dass auch Bedürfnisse des Täters – nach medizinischer oder psychologischer Hilfe, nach Arbeitsplatz usw. – erfüllt werden?

... und das alles mit weniger professionellen Akteuren, also auch weniger Rechtsanwälten, und mehr Nachbarschaftsgerichten.

Oder wäre eine völlige Loslösung der Opferinteressen aus dem Ermittlungs- und Strafverfahren, die Einführung einer gesonderten Verfahrensart vorzuziehen? Ich kann mir das alles nur schwer vorstellen, obwohl ich solche Überlegungen anregend finde. Ich bin gespannt, ob ich durch die Veranstaltung heute in diesem Punkt neue Ideen bekomme.

Im Folgenden werde ich mich auf das geltende Recht beschränken und dort auf das Verfahren nach Anklageerhebung und die Hauptverhandlung, wie dies meiner beruflichen Erfahrung entspricht (meine Jahre als Staatsanwältin liegen schon zu lange zurück). Ich werde Ihnen aber keinen Vortrag über die geltenden Opferschutzbestimmungen halten. Zum einen wäre das langweilig, zum anderen interessiert Sie ja wahrscheinlich die spezifische richterliche Sicht – wenn ich auch natürlich nur für mich und nicht für alle Richter*innen sprechen kann.

II.

Lassen Sie mich zunächst einige allgemeinere Überlegungen voranstellen: Die zahlreichen opferfreundlichen Reformen der letzten Jahrzehnte haben nach meinem Eindruck nicht nur bei mir, sondern allgemein in der Richterschaft Unbehagen hervorgerufen. Meines Erachtens gibt es hierfür mehrere Gründe:

- Der Versuch, die Strafzwecke auch auf die Befriedigung von vermeintlichen oder tatsächlichen Opferbedürfnissen auszurichten, ist meines Erachtens strafrechtstheoretisch nicht gelungen und hat bislang allenfalls zu Abstraktionen geführt, die teilweise nur noch schwer nachvollziehbar sind.² Die theoretische Basis unserer täglichen Arbeit ist schwerer zu erkennen.
- Die Strafprozessreformen der letzten Jahrzehnte verfolgten widersprüchliche Ziele. So sind mit dem Täter-Opfer-Ausgleich, aber auch mit der Erweiterung des Adhäsionsverfahrens Elemente einer restitutiven Justiz eingeführt worden. Die Nebenklage unterstreicht dagegen die vergeltende Zwecksetzung der Strafe zur Befriedigung eines vermeintlichen Rachebedürfnisses des Opfers. Die Verfahrensverständigung, die vollständig unter Ausschluss des Opfers geschehen kann, gibt wiederum dem Angeklagten – jedenfalls theoretisch – kommunikativ und als »Verhandlungspartner« eine stärkere Subjektstellung im Verfahren als je zuvor. Die verschiedenen Reformen treiben den Strafprozess in widersprüchliche Richtungen.
- Es entstand der Eindruck, ein wesentliches Motiv für die opferfreundlichen Reformen sei das Schielen nach der Wählergunst, die sich mit moderater Kriminalpolitik sonst nicht erreichen lässt. Einer so motivierten Kriminalpolitik fehlt jedoch das inhaltlich bestimmte Maß, so dass sie auch dort schon beunruhigend wirkt, wo sie das Maß (noch) nicht überschreitet.
- Dagegen blieb zweifelhaft, ob die tatsächlichen, auf das Strafverfahren bezogenen Bedürfnisse der Opfer von Straftaten durch die Reformen in den letzten Jahren überhaupt erfüllt wurden.

² vgl. *Anders*, Straftheoretische Anmerkungen zur Verletztenorientierung im Strafverfahren, ZStW 2012, 374, 393 ff.

Dies betrifft z. B. das Adhäsionsverfahren. Dessen Schattendasein kann nicht nur daran liegen, dass die Strafrichter dem Adhäsionsverfahren ganz überwiegend skeptisch gegenüber stehen. Denn wenn Anträge gestellt werden, wird ihnen spätestens seit der Reform 2004 im Fall der Verurteilung jedenfalls insoweit stattgegeben, als Schmerzensgeld verlangt wird. Warum also werden nicht häufiger Adhäsionsanträge gestellt? Die Verfahrensart scheint auch den Bedürfnissen der Opfer nicht gerecht zu werden, andernfalls hätte sie sich in der Praxis wohl durchgesetzt.

Ähnliches gilt für das Institut der Nebenklage: Potentiell Verletzte beteiligen sich nach meiner Erfahrung nur dann als Nebenkläger am Verfahren, wenn sie einen Rechtsanwalt haben. Auch reden sie außerhalb ihrer Zeugenvernehmung selten selbst. Wenn ihnen das Wort erteilt wird, sprechen vielmehr in der Regel die Anwälte für sie. Nebenkläger, bei denen es Anhaltspunkte für eine Traumatisierung gibt, nehmen jedenfalls in meiner Berufspraxis häufig auch ihr Anwesenheitsrecht nicht wahr, sondern treten nur als Zeugen auf und lassen sich ansonsten von ihrem Anwalt bzw. ihrer Anwältin vertreten. Von den zahlreichen Rechten, die die Nebenklage hat, insbesondere was die Beweisaufnahme betrifft, wird meiner Erfahrung nach so gut wie nie Gebrauch gemacht, und wenn, dann in Fällen, in denen bereits vor dem Verfahren eine heftige persönliche Interaktion zwischen dem Angeklagten und dem potentiellen Verletzten bestand und der Strafprozess zur Bühne für die persönliche Auseinandersetzung wird. Entspricht das Institut der Nebenklage also überhaupt dem Bedürfnis der Opfer danach, ernst genommen zu werden?

Ich bin mir auch nicht sicher, inwieweit sich das – wohl empirisch belegte – Bedürfnis des potentiellen Opfers, Informationen über das Verfahren zu erhalten, auf die Dokumentation der polizeilichen Zeugenvernehmungen – inklusive der eigenen – bezieht. Emotional nachvollziehbar ist mir, dass ein potentielles Opfer ein starkes Interesse daran hat zu erfahren, ob (und vielleicht auch wie) der Angeklagte die Tat im Laufe des Ermittlungsverfahrens gestanden hat. Ist aber der potentiell Verletzte wirklich daran interessiert, die Version des Angeklagten im Einzelnen zu kennen? Oder die Aussagen anderer Zeugen? Kurz gesagt: Möchte der potentiell Verletzte selbst tatsächlich vollständige Akteneinsicht? In der von mir herangezogenen Lektüre zu Opferbefragungen habe ich diesen Wunsch nicht gefunden. Sind ihm nicht praktische Auskünfte über den Ablauf des Verfahrens viel wichtiger, z.B. darüber, wie lange es dauern wird und woran die Länge liegen kann, wie eine Vernehmung in der Hauptverhandlung abläuft, wo der Angeklagte sitzt, wo der Zeuge seinen Aufruf abwarten kann usw.?

Andererseits leuchtet es mir unmittelbar ein, dass der frühere Umgang mit Opferzeugen abschreckend und nicht menschenfreundlich, ja vielleicht auch grundrechtsverletzend für die Zeugen war, die tatsächlich Opfer einer Straftat geworden waren. Sammelladungen auf dieselbe Uhrzeit, teilweise stundenlanges Warten in unmittelbarer Gegenwart von Zeugen aus dem Umfeld des Angeklagten, sang- und klanglose Entlassung nach getaner Zeugenpflicht ohne Hinweis darauf, den Rest der Verhandlung zumindest noch aus dem Zuschauerraum verfolgen zu dürfen – das alles war damals üblich und ich halte es für gut, dass sich das – hoffentlich flächendeckend – geändert hat. Davon abgesehen, dass die Sekundärviktimisierung bereits traumatisierter Personen eine Körperverletzung darstellen kann,³ vermindert der achtlose Umgang mit Opferzeugen die Anzeigebereitschaft, erhöht das Dunkelfeld und führt zur Straflosigkeit strafwürdigen Verhaltens.

Notwendig ist daher, die berechtigten Interessen von Angeklagten und potentiell Verletzten im Strafprozess miteinander in Einklang zu bringen. Ob dies möglich ist, weiß ich nicht – bislang ist es aus meiner Sicht jedenfalls im deutschen Strafprozessrecht nicht gut gelungen. Ein Hoffnungsschimmer ist möglicherweise die Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung zum 01.01.2017.

III.

Meine eher negative Bilanz der bisherigen Opferschutzreformen beruht darauf, dass grundlegende Aspekte eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens durch die erweiterten Opferschutzrechte gefährdet wurden und werden:

1.

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung wird bereits durch die gesetzliche Terminologie beschädigt, indem die StPO für das gesamte Verfahren den Begriff des »Verletzten« verwendet, obwohl erst nach Rechtskraft feststeht, wer als Täter und wer als Verletzter anzusehen ist. Immerhin kommt der Begriff »Opfer« in der StPO kaum⁴ vor. Damit ist aber nicht viel gewonnen. Auch wenn der Opferbegriff emotional stärker aufgeladen ist, der Verletztenbegriff

3 vgl. zur möglichen Strafbarkeit für vermeidbare Sekundärviktimisierungen *Kölbel*, Strafrechtliche Haftung für prozessbedingte sekundäre Viktimisierung, ZStW 2007, 334

4 Aber soweit der Terminus »Täter-Opfer-Ausgleich« gebraucht wird, vgl. z. B. § 155a StPO – nur hier ist auch von »Täter« anstelle der üblichen Begriffe für den Tatverdächtigen die Rede – und vereinzelt auch selbständig, z. B. in § 154 c Abs. 2 StPO.

dagegen eine größere Distanz suggeriert,⁵ gehen doch der Sache nach beide Begriffe davon aus, dass die Tat stattgefunden hat.⁶ Die StPO enthält auch keine Legaldefinition, die diesen eigentlich eindeutigen Inhalt des Wortes verändern würde. Auf eine solche Definition wurde auch beim jüngsten, 3. Opferrechtsreformgesetz erneut bewusst verzichtet mit der Begründung, der Begriff solle, der bisherigen Rechtspraxis entsprechend, aus dem jeweiligen Funktionszusammenhang abgeleitet werden.⁷ Das Spannungsverhältnis des Verletztenbegriffs zur Unschuldsvermutung wird in der deutschen Rechtsprechung und Literatur mit der Behauptung zu lösen versucht, die Eigenschaft eines Zeugen als Verletzter werde nur aufgrund der Hypothese angenommen, dass dessen Darstellung stimme, was erst nach Abschluss des Strafverfahrens feststehe (oder eben nicht).⁸ Wie wenig sich dies mit dem Sprachgebrauch und letztlich auch mit den dahinter stehenden Emotionen vereinbaren lässt, wird aber in der EU-Opferschutzrichtlinie vom 25.10.2012 erkennbar: Die dort in Art. 2 Abs. 1 a enthaltene Legaldefinition des auf EU-Ebene verwendeten Begriffs »Opfer« besagt ausdrücklich, »Opfer« sei eine natürliche Person, die »eine [...] Schädigung [...] erlitten hat« (Hervorhebung d. Verf.).

Es ist bedauerlich, dass der Gesetzgeber es nicht für nötig hielt (und dass es der Fachliteratur nicht gelungen ist), einen Begriff zu entwickeln, der dem Spannungsverhältnis zwischen Unschulds- und Verletztenvermutung⁹ gerechter wird und der Rolle des bloß potentiellen Opfers so gut entspricht wie der Begriff des Angeklagten (bzw. Be- oder Angeschuldigten) der Rolle des bloß eventuellen Täters.

In der Praxis versuche ich das Wort »Verletzter« (und erst recht Opfer) in der Hauptverhandlung und der Beratung zu vermeiden, insbesondere, wenn der Angeklagte die Beteiligung am angeklagten Sachverhalt nicht bestreitet, aber andere Tatumstände schildert (Einverständnis, Notwehr – Sie kennen die in Frage kommenden Konstellationen). Stattdessen helfe ich mir z.B. mit dem Wort »Anzeigeersteller/in« oder »Nebenkläger/in«. Als Vorsitzende einer Berufungsstrafkammer ist mir dies besonders wichtig, weil ich mit zwei

5 *Anders*, ZStW 2012, 374, 378, hält daher bei Verwendung des Begriffs »Verletzter« das Grundrechtsbedenken der Unschuldsvermutung für »nicht in gleicher Intensität« berührt wie bei der Verwendung des Wortes »Opfer«.

6 so auch *Heger*, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren, JA 2007, 244, 246

7 BT-Drucksache 18/4621, S. 13

8 vgl. *Meyer-Götsner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl., 2015, § 172 Rn. 9 m. w. N.

9 *Haferkamp*, Im Labyrinth des Opferschutzes – Zum Entwurf eines Dritten Opferrechtsreformgesetzes, ZRP 2015, 53, 55

Schöffen entscheide, denen die juristischen Abstraktionen nicht so leicht fallen wie – hoffentlich – den professionellen Beteiligten. Vielleicht sollte man einen Wettbewerb ausschreiben, um einen besseren Begriff für potentiell Verletzte zu finden.

2.

Auch der Grundsatz der Wahrheitserforschung wird durch die geltende Opferrechtsgesetzgebung gefährdet.

Dies ergibt sich zum einen aus dem Recht des potentiell Verletzten auf Akteneinsicht. Bekanntlich kann der Rechtsanwalt eines potentiell Verletzten gem. § 406 e Abs. 1 StPO die Akten einsehen, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. Handelt es sich um einen Tatvorwurf, der den potentiell Verletzten zur Nebenklage berechtigen würde, braucht das berechtigte Interesse nicht dargelegt zu werden, wird mit anderen Worten gesetzlich vermutet. In der Praxis ist es teilweise heute noch üblich, Anträgen auf Akteneinsicht durch Rechtsanwälte der potentiell Geschädigten auch dann zu entsprechen, wenn diese kein berechtigtes Interesse vortragen, obwohl kein Fall der Nebenklage vorliegt, bzw. sich mit dem Hinweis auf die »Prüfung von Schadensersatzansprüchen« zufrieden zu geben, und dies, ohne den Angeklagten bzw. seinen Verteidiger vorher anzuhören. Dies hängt auch damit zusammen, dass Akteneinsichtsverfügungen häufig durch die Geschäftsstelle vorbereitet und dann »im Vorbeigehen« unterschrieben werden – Relikte aus früheren, datenschutzfernen Zeiten, in denen Akteneinsichtersuchen ohne weitere Bedenken und ohne gesetzliche Regelung bewilligt wurden.^{|¹⁰}

§ 406 e Abs. 2 StPO enthält zwar Ausnahmenvorschriften zu dem Grundsatz der unbeschränkten Akteneinsicht für die Rechtsanwälte potentiell Verletzter, blieb nach meiner Erfahrung in der Praxis bislang jedenfalls nach Anklageerhebung weitgehend unbeachtet.^{|¹¹} Erst in jüngster Zeit hat das OLG Hamburg die Ausnahmenvorschrift des § 406 e Abs. 2 S. 2 StPO ausdrücklich auf Fälle der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation angewendet,^{|¹²} um

10 In der Praxis nicht nur der Amtsgerichte wird zudem nach meiner Erfahrung auch Akteneinsichtersuchen von Zeugenbeiständen häufig stattgegeben, obwohl diese nach herrschender Rechtsprechung keine Akteneinsicht bekommen sollen, um den Zeugen nicht zu beeinflussen.

11 Die wenigen und nicht obergerichtlichen Entscheidungen, die in den Jahren vor 2015 veröffentlicht wurden, sind widersprüchlich, vgl. die bei *Löwe-Rosenberg/Hilger*, StPO, 26. Aufl., 2009, § 406 e, Rn. 13, Fn. 56 und 57 zitierten Entscheidungen.

12 OLG Hamburg, Beschluss vom 24.10.2014, NStZ 2015, 105

die Prüfung der Zeugenaussage anhand des Konstanzkriteriums |¹³ nicht zu gefährden. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung Nachahmer findet. Bei Verfahren, in denen regelmäßig eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt, geht es besonders häufig um Tatvorwürfe aus dem Bereich des Sexualstrafrechts – also gleichzeitig nach dem Willen des Gesetzgebers gewissermaßen um die ganz typischen Anwendungsfälle für die Opferschutzvorschriften. |¹⁴

Der Grundsatz der Wahrheitserforschung ist auch gefährdet, wenn die nach § 58 a StPO hergestellte Videoaufzeichnung einer Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung die Vernehmung des Zeugen gem. § 255 a StPO ersetzen soll. In der Praxis wird von dieser Möglichkeit nach meiner Erfahrung denn auch kaum jemals Gebrauch gemacht. Das mag auch daran liegen, dass nach der Sichtung der audiovisuellen Vernehmung Geständnisse häufiger sein dürften als ohne eine solche Aufzeichnung. Wenn aber kein Geständnis abgelegt wird, ist meiner Erfahrung nach die persönliche Vernehmung des Zeugen weiterhin die Regel. Wieviele Fragen blieben sonst offen, die der Ermittlungsrichter aus den verschiedensten Gründen nicht gestellt hat! Die von politischer Seite viel beschworene Vermeidung von Mehrfachvernehmungen findet daher nach meiner Erfahrung jedenfalls bei bestreitendem Angeklagten in der Praxis nicht statt und kann wohl wegen der Pflicht zur Wahrheitserforschung auch allenfalls selten stattfinden. |¹⁵

Auch das Anwesenheitsrecht von Verletzten vor ihrer Zeugenvernehmung gefährdet die Wahrheitsfindung. Aus gutem Grund schreibt § 243 Abs. 2 S. 1 StPO vor, dass Zeugen den Sitzungssaal verlassen, bevor die Anklage verlesen wird und der Angeklagte sich hierzu äußert. Hiermit soll jede Beeinflussung der Zeugen vermieden werden. Die neuere Gedächtnisforschung hat bestätigt, dass Erinnerungen ständig ihre Gestalt verändern und sich in neuer Form verfestigen können und wie stark hier suggestive Eindrücke

13 Allerdings wird das Kriterium der Aussagekonstanz vermutlich ohnehin an praktischer Bedeutung verlieren. Nach meiner Erfahrung haben mehr und mehr Zeugen und insbesondere potentiell Verletzte die Neigung, ihr Erlebnis zu verschriften, sei es, weil sie Strafanzeige per Email erstatten, sei es, weil ihnen – wie eine Zeugin in einem Verfahren kürzlich berichtete – von Opferberatungsstellen empfohlen wird, den Sachverhalt niederzuschreiben, um ihn nicht zu vergessen oder zu verändern

14 Die lobende Besprechung der Entscheidung von RBGH *Radtke* in NStZ 2015, 108 f. und die Aufnahme in den Beck'schen Kleinkommentar lassen aber eine breite Rezeption dieser Rspr. erwarten.

15 Die audiovisuelle Vernehmung des in einem anderen Raum befindlichen Zeugen während der Hauptverhandlung gem. § 247 a StPO zur Vermeidung einer direkten persönlichen Konfrontation hat sich dagegen aus meiner Sicht bewährt.

und Bilder wirken. Dennoch hat der Gesetzgeber es für richtig gehalten, nebenklageberechtigten Zeugen das Recht einzuräumen, von Beginn der Hauptverhandlung an anwesend zu sein, also auch schon, bevor sie als Zeugen vernommen werden, §§ 397 Abs. 1 S. 1, 406 h Abs. 1 S. 2 StPO n.F.. Diese Rechte können – anders als das Akteneinsichtsrecht – auch nicht eingeschränkt werden, wenn der Untersuchungszweck gefährdet erscheint. Die hiermit verbundene Entwertung der Zeugenaussage der nebenklageberechtigten potentiellen Verletzten hat der Gesetzgeber hingenommen. Nicht so die Praxis: In aller Regel sorgt meiner Erfahrung nach der Nebenklagevertreter dafür, dass der Nebenkläger den Sitzungssaal verlässt oder gar nicht erst erscheint, bevor er als Zeuge aussagen muss. Dies halte ich für eine gute Übung. Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber die bestehende, ersichtlich über das Ziel hinausschießende Rechtslage ändert und wenigstens eine Einschränkungsmöglichkeit entsprechend § 406 e Abs. 2 StPO einführt, sehe ich aber bislang nicht.

Zur Wahrheitserforschung gehört auch das Erkennen einer möglichen Ambivalenz der Situation, in der sich der angeklagte Vorfall ereignet hat. Bei Angeklagten, die sich teilgeständig einlassen, spielt dieser Aspekt häufig eine besondere Rolle. Die Anwesenheit eines Nebenklägers kann es erschweren, diese Ambivalenz zu erfassen und sich mit der dem Tatgeschehen zugrunde liegenden Psychodynamik offen zu befassen. Bei Sexualstraftaten ist es oft besonders schwierig, mit Ambivalenzen der Situation umzugehen, ohne Missverständnisse hervorzurufen. Wenn hier eine Nebenklagevertretung stattfindet, die keine Schattierungen zulässt, ist es nahezu ein Kunststück, eine Kommunikation zu erreichen, die allen Beteiligten gerecht wird; unnötige psychische Verletzungen der einen oder anderen Seite werden dann wahrscheinlicher.

IV.

Ganz unabhängig von der Frage, ob die Opferrechtsreformen für sinnvoll gehalten werden oder nicht, haben sie die Arbeit des Gerichts jedenfalls in vielerlei Hinsicht erschwert.

Den Richterinnen und Richtern wird abverlangt, in einer Strafrechtspflege tätig zu sein, die sich ihres Sinns und Zwecks nicht mehr gewiss ist. So habe ich eine kleine Umfrage bei Kolleginnen und Kollegen durchgeführt, wie sie damit umgehen, wenn in einem Tötungsprozess die Hinterbliebenen – in meiner Erfahrung bisher immer die Eltern – vor sich ein Foto des oder der

Getöteten mit dem Bild Richtung Richterbank oder Angeklagtem aufstellen und die ganze Verhandlung über stehen lassen (wollen). Die Reaktion reichte von »das untersage ich sofort, weil wir hier in einem vernunftsgesteuerten Strafverfahren und nicht in einer emotionalisierenden Talkshow sind« über »das lasse ich unkommentiert, da dieser Konflikt zwischen Hinterbliebenen und Angeklagtem das eigentliche Strafverfahren nicht stören soll« bis zu »das finde ich gut, da in Tötungsprozessen die Abwesenheit des Opfers zu einem Ungleichgewicht führt«. In diesen Reaktionen schwingen letztlich alle Argumente pro und contra einer größeren Opferorientierung des Strafprozesses mit – eine Richtung ist für uns Richter selbst nicht erkennbar.

Die Probleme, die durch die opferfreundliche Gesetzgebung hervorgerufen wurden, müssen im konkreten Fall erkannt und ihnen gegengesteuert werden. Dass dies bisweilen nicht gelingt, wird z.B. daran erkennbar, dass nach wie vor mehr oder weniger flächendeckend Akteneinsicht an Verletztenvertreter auch in Fällen von Aussage gegen Aussage bewilligt wird.

Es ist zudem nicht zu unterschätzen, wie schwierig es ist, die dauernde gesetzgeberische Tätigkeit zu verfolgen und die Änderungen zu implementieren,¹⁶ also bisherige Verfahrensweisen aufzugeben, Formulare nicht mehr zu verwenden, den Resultaten der zur Verfügung gestellten Verarbeitungsprogramme noch weniger trauen zu dürfen als bisher usw.. Hinzu kommt, dass die neuen Gesetze teilweise so wenig durchdachte Regelungen enthalten, dass ihre Anwendung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet. So ist nach dem Wortlaut des § 171 b Abs. 3 S. 2 GVG die Öffentlichkeit auch für die Schlussplädoyers auszuschließen, wenn im Laufe einer Verhandlung wegen einer der Katalogtaten des § 171 b Abs. 2 GVG (u.a. Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) die Öffentlichkeit während der Vernehmung des Opferzeugen teilweise ausgeschlossen war. § 171 b Abs. 4 GVG sieht zwar vor, dass die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden darf, wenn die Person, deren Lebensbereich betroffen ist, widerspricht – allerdings ausdrücklich nur für die Fälle von Abs. 1 und 2 der Vorschrift, somit nicht für Abs. 3, in dem die Schlussplädoyers geregelt sind. Soll daher das Plädoyer ohne Öffentlichkeit stattfinden, obwohl der Opferzeuge vielleicht möchte, dass sein Anwalt der Öffentlichkeit seine Sicht der Dinge erklärt, woran er ja ein starkes Interesse haben kann? Muss das Gericht ihn vor seiner Vernehmung auf diese Folge hinweisen, da die Vorschrift in der Praxis nach meinem Eindruck auch den Nebenklägervertretern häufig nicht bekannt

¹⁶ vgl. zu diesem Aspekt auch die Stellungnahme des DRB zum 2. ORRG, wiedergegeben bei Bung, StV 2009, 430, 434

ist? Fragen über Fragen – die einerseits dadurch entschärft werden, dass die Entscheidung nicht revisibel ist.¹⁷ Andererseits kann man ja nicht einfach irgendwie entscheiden, nur weil die Vorschrift nicht revisibel ist. Ohne Revisibilität entsteht aber keine obergerichtliche Rechtsprechung, so dass die Instanzgerichte jedes Mal von neuem das Rad erfinden müssen. Neulich wurde das Problem von einer Strafkammer übrigens durch eine analoge Anwendung von Abs. 4 auch auf die Schlussplädoyers gelöst.

Die Einbeziehung des potentiell Verletzten als Verfahrenssubjekt führt außerdem unter Umständen zu ganz erheblichen praktischen Schwierigkeiten. Als Beispiel sei hier die Verhandlung von Tatvorwürfen genannt, bei denen es zahlreiche Opfer gegeben hat – sei es eine Mordserie, ein Eisenbahnunglück, der Verkauf eines Medikaments mit Nebenwirkungen oder die letzten Prozesse gegen KZ-Personal wegen Beihilfe zum Mord im NS-System. Stets muss für den Fall geplant werden, dass sich alle Nebenklageberechtigten auch als Nebenkläger anschließen, dass sie möglicherweise alle verschiedene Rechtsanwälte nehmen, dass sie tatsächlich jedenfalls an manchen Verhandlungstagen von ihrem Anwesenheitsrecht Gebrauch machen möchten usw.. Es müssen also Säle mit ausreichend Sitzgelegenheiten organisiert werden, oft außerhalb des Gerichts, der Aktentransport muss geplant werden, zahlreiche Verhandlungstage müssen eingeplant werden, damit alle ihre Stellungnahmen und Plädoyers halten können, Beweisanträge mit den unterschiedlichsten Zielrichtungen müssen bearbeitet werden usw.. Es wäre erwägenswert, hier zumindest eine Sammelvertretung durch einen Rechtsanwalt für bestimmte Fälle vorzuschreiben. Aus meiner Sicht geht die neuere Rechtsprechung¹⁸ zur Auswahl nur eines Rechtsanwalts für mehrere Nebenklageberechtigte im Fall der Beiordnung nach § 397 a Abs. 1 StPO in die richtige Richtung – nicht zuletzt auch wegen der andernfalls im Fall der Verurteilung entstehenden endgültig ruinösen und somit entsozialisierenden Kosten für den Angeklagten.

Die Vorbereitung der Hauptverhandlung wird aber auch in Verfahren mit nur einem oder wenigen potentiell Verletzten umfangreicher und schwieriger: Es genügt nicht mehr zu überlegen, welche Zeugen zu laden sind, wie lange ihre Vernehmung ungefähr dauern wird, um sie gestaffelt laden zu können; ob ergänzende Ermittlungen vor der Hauptverhandlung sinnvoll sein könnten, um alternativen Szenarien Raum zu geben, die die von der Staatsanwaltschaft

17 § 171 b Abs. 5 GVG i. V. m. § 336 S. 2 StPO

18 vgl. zusätzlich zur Entscheidung des OLG Hamburg in NSTZ-RR 2013, 153-154 auch OLG Düsseldorf vom 12.03.20015, III-1 Ws 40 - 41/15, III-1 Ws 40/15, III-1 Ws 41/15, 1 Ws 40 - 41/15, 1 Ws 40/15, 1 Ws 41/15, bei juris

unterbreitete Version in Zweifel ziehen könnten und um Fortsetzungstermine zu vermeiden; welche Sanktion im Fall der Verurteilung ungefähr in Betracht kommen könnte, damit die hierfür notwendigen Ermittlungen in der Hauptverhandlung geführt werden können (Fragen nach dem Einkommen, nach den Folgen einer Inhaftierung usw.); ob Sachverständige gebraucht werden könnten, wenn ja, welche und in welchem Verfahrensabschnitt usw.. Sondern es muss auch überlegt werden, ob voraussichtlich Anträge auf Entfernung des Angeklagten oder audiovisuelle Vernehmung des Zeugen gestellt werden und die entsprechenden technischen und personellen Vorbereitungen getroffen werden; es muss erwogen werden, ob dem Zeugen von Amts wegen ein Zeugenbeistand bestellt werden sollte; es müssen die vor der Verhandlung gestellten Anträge auf Beiordnung eines Zeugenbeistands oder Nebenklagevertreters bearbeitet werden usw.. Dabei ist zu beobachten, dass mehr und mehr Zeugen, auch solche, die nicht potentiell Verletzte sind, sich ganz der Opferrolle verschreiben und sehr viel Aufmerksamkeit für ihre Angst vor dem Zeugenauftritt und dem Angeklagten verlangen. So wurde neulich bei einer Kollegin der Antrag gestellt, dass ein bewaffneter Polizeibeamter in Zivil als Zeugenbegleiter zwischen dem Zeugen und dem Angeklagten sitzen sollte, da die Zeugin sonst zu viel Angst vor dem – aus der U-Haft vorgeführten – Angeklagten habe. Die Bearbeitung solcher Anträge ist rechtlich schwierig und verlangt psychologisches Fingerspitzengefühl, um zu vermeiden, dass der Zeuge sich verschließt und damit als Auskunftsperson ausfällt.

In der Hauptverhandlung ist ein erhöhtes Maß an geistiger Präsenz, aber auch seelischer Spannweite notwendig, um einerseits der vermehrten Anzahl an Verfahrensanträgen von beiden Seiten, andererseits aber auch den psychischen Belangen des Angeklagten und des während der Verhandlung anwesenden Nebenklägers gerecht zu werden und keine vermeidbaren Verletzungen hervorzurufen.

V.

Ich halte es für möglich, dass die Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung zum 01.01.2017 positive Aspekte im Hinblick auf einige bisher behandelten Problemstellungen mit sich bringen kann.

Die psychische Betreuung potentiell Geschädigter soll nunmehr von Prozessbegleitern wahrgenommen werden können, die einen Hochschulabschluss in Sozialpädagogik, Soziale Arbeit, Pädagogik, Psychologie oder eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem dieser Bereiche haben müssen. Es kann davon ausgegangen werden, dass diese für die psychische Betreuung

besser geeignet sind als Nebenklägervertreter, die – bei allem persönlichen Engagement – schließlich nur Juristen und daher in der psychischen und sozialen Arbeit eben nicht ausgebildet sind. Der Schutz vor sekundärer Viktimisierung eines Opfers während des und durch das Ermittlungs- und Strafverfahren wird hiermit vermutlich effektiv verbessert.

Hierdurch werden die anderen Verfahrensbeteiligten entlastet: Gericht und Staatsanwaltschaft können darauf hoffen, dass der Prozessbegleiter die eine oder andere sprachliche Ungeschicklichkeit oder scheinbar gegen den Opfer erzeugen gerichtete Entscheidung später erklärt und hilft, eine hierdurch verursachte Verletzung des Opferzeugen aufzufangen. Der Nebenklägervertreter kann sich auf die Wahrnehmung rechtlicher Aspekte beschränken, wie es seiner Ausbildung entspricht, und auch der Verteidiger wird entlastet, da er z.B. eine schärfere Befragungen durchführen kann, ohne sich dem Vorwurf ausgesetzt zu sehen, ein ungeschütztes Opfer in eine Sekundärviktimisierung zu treiben.

Gleichzeitig wird die Wahrheitserforschung weniger gefährdet als durch eine Nebenklagevertretung mit vollständigem Akteneinsichtsrecht, indem das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, dass eine inhaltliche Beeinflussung des Zeugen durch die Zeugenbegleitung nicht stattfinden darf (vgl. § 2 Abs. 2 und 3 Gesetz über die psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren – PsychPbG: »Psychosoziale Prozessbegleitung [...] ist geprägt von Neutralität gegenüber dem Strafverfahren und der Trennung von Beratung und Begleitung. Sie umfasst weder die rechtliche Beratung noch die Aufklärung des Sachverhalts.«). Zur Absicherung haben die Prozessbegleiter kein Zeugnisverweigerungsrecht und müssen die potentiellen Geschädigten hierüber vor Beginn der Begleitung auch aufklären, § 2 Abs. 3 S. 2 des Gesetzes. Auch wenn – zu Recht – nicht mehr davon die Rede ist, dass die Prozessbegleitung auch die Aussagetüchtigkeit des Zeugen fördern soll, halte ich eine Verbesserung der Wahrheitsfindung als Nebenwirkung der psychosozialen Prozessbegleitung durchaus für möglich. Ich halte es für wahrscheinlich, dass ein begleiteter Zeuge gelassener ist, weil ihm die Gepflogenheiten vor Gericht vorab – und unjuristisch – erklärt wurden und er so auch das Fragerecht der übrigen Prozessbeteiligten kennt. Dann reagiert er auf Fragen nicht mit Abwehr, verschließt sich nicht, bleibt für Details und Nuancen ansprechbar und somit auch als Erkenntnisquelle geöffnet. Meine – bisher allerdings geringe – Erfahrung mit Opferbegleiterinnen in der Hauptverhandlung hat die Hoffnungen auf eine Trennung zwischen Begleitung und Beratung übrigens noch nicht enttäuscht.

Fraglich erscheint mir allerdings die Anwesenheit der psychosozialen Prozessbegleiter bei der polizeilichen Vernehmung von Anzeigerstatter. Ich kann mir nicht vorstellen, wie hier die vorgeschriebene Trennung zwischen Begleitung und Beratung praktisch möglich sein soll. Die Gefahr erscheint evident, dass eine zumindest nonverbale und unbeabsichtigte Beeinflussung durch Körpersprache und Mimik des Prozessbegleiters kaum zu vermeiden ist, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung von dem abweicht, was er bei der Polizei gesagt hatte.

Auch wenn die Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung jedenfalls für die Hauptverhandlung wohl zu begrüßen ist, bestehen all die Friktionen und Probleme fort, die durch die in den Jahren zuvor beschlossenen Regelungen zur Stärkung der so genannten Opferrechte im Strafverfahren hervorgerufen wurden. Allerdings könnte sich die richterliche Handhabung mancher Situationen ändern. So wird heute nach meiner Erfahrung häufig ein anwaltlicher Zeugenbeistand nach § 68 b Abs. 2 StPO beigeordnet, wenn ein Zeuge, der sich nicht als Nebenkläger angeschlossen hat, traumatisiert oder sonst sehr ängstlich ist. Dies wird in Zukunft nicht mehr erforderlich sein, wenn der Zeuge von dem hierfür besser ausgebildeten Prozessbegleiter unterstützt werden kann. Es wäre wünschenswert, in ein paar Jahren grundlegend zu prüfen, ob bisherige Opferschutzvorschriften aufgrund der psychosozialen Prozessbegleitung obsolet geworden sind oder wegen Zweckverfehlung abgeschafft werden können. Es würde mich allerdings wundern, wenn der Gesetzgeber einmal beschlossene Regelungen wegen besserer Erkenntnisse wieder zurücknähme.

Dr. habil. Helmut Pollähne

Zu viel geopfert!?

Eine Kritik der Viktimisierung von Kriminalpolitik und Strafjustiz

I. Einleitung

Im Jugendjargon der letzten Jahre ist »Opfer« ein Schimpfwort, im kriminalpolitischen Jargon der letzten zwei Jahrzehnte ein Schlüsselbegriff, mehr: ein Zauberwort. Freilich geht es nicht ‚nur‘ um Jargon bzw. Terminologie, der Begriff »Opfer« steht vielmehr für einen Perspektivenwechsel, der einen Paradigmenwechsel nach sich zog und deutliche Spuren in der Reformgesetzgebung hinterlassen hat. Ein zentrales, wenn nicht das zentrale Paradigma in der Kriminalpolitik der letzten beiden Jahrzehnte war und ist die »Opfer«-Orientierung: Zahlreiche Reformen im materiellen und formellen Strafrecht wurden verabschiedet im Namen von Opferschutz und Opferrechten.

In der Strafjustiz und ihrem Verfahrensrecht macht sich dieser Paradigmenwechsel immer stärker bemerkbar: im Generellen, etwa das Prozessmodell betreffend (schon wird die Entwicklung hin zu einem Parteienprozess diskutiert),¹ wie im Speziellen, etwa beim stetigen Ausbau der Verletztenrechte und Opferschutzregelungen.² Neben der Etablierung sog. »Opferanwälte« kommt es zunehmend zu prozessualen Schwerpunktverlagerungen, die zu

1 Vgl. nur *Gaede* StV 2012, 51 und *Jahn*, Aus der grauen Zone zwischen staatlichen und individuellen Interessen: Das Bild vom Strafverfahren im Spiegel neuester und allerneuester Verletztenrechte, in: Prittwitz, C. u.a. (Hg.), Rationalität und Empathie. Kriminalwissenschaftliches Symposium für Kaus Lüderssen zum 80. Geburtstag, 2014, 143 ff. sowie *Weslau* StraFo 2007, 1 ff.

2 Überblick bei *Arnold*, Zur Kritikgeschichte opferperspektivischer Wandlungen im Strafverfahren, in: Strafverteidigervereinigungen (Hg.), Bild und Selbstbild der Strafverteidigung (Dokumentation des 40. Strafverteidigertages), 2016 (S. 109 ff.), vgl. auch *Pollähne*, »Opfer« im Blickpunkt – »Angeklagte« im toten Winkel? in: *Pollähne*, H./Rode, I. (Hg.), Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits. Probleme und Chancen zunehmender Orientierung auf die Verletzten in Prozess, Therapie und Vollzug, 2012, 5 ff. sowie *Stöckel* Heintschel-Heinegg-FS 2015, 411 ff. und *Soyer/Streinz* StraFo 2014, 235 ff. zur Entwicklung in Österreich.

Schieflagen führen. Fairness und Waffengleichheit sehen sich neuen Herausforderungen und weiteren Bedrohungen ausgesetzt. Wenn mutmaßliche Opfer und ihre Anwälte für sich das Fair-trial-Prinzip und die Herstellung von Waffengleichheit einfordern,³ läuft etwas ganz essentiell aus dem Ruder.

Als eine Art realpolitische Zwischenbilanz dieser Entwicklungen anno 2014 sei zitiert aus dem ministeriellen Vorwort der »OpferFibel« des BMJV:

»In der Tat hat das Recht in Deutschland auf die Opfer von Straftaten lange Zeit wenig Rücksicht genommen, die Aufklärung der Tat stand im Zentrum der Arbeit von Polizei und Justiz. Das Opfer war erst einmal nur Mittel zur Aufklärung, mehr nicht. Das ist Vergangenheit – zum Glück. [...] Auch für Polizei und Justiz ist es inzwischen eine Selbstverständlichkeit, dass jeder an einem Strafverfahren Beteiligte Anspruch auf einen fairen Umgang hat, gerade auch die Opfer. [...] Auch der Gesetzgeber hat reagiert und mit Reformgesetzen die Stellung von Opfern schrittweise verbessert.«⁴

Man sollte solche wohlfeilen Ministervorworte sicher nicht auf die Goldwaage eines rechtsstaatlichen und menschenrechtskonformen Strafverfahrensrechts legen, aber

- wenn es angeblich – und: »zum Glück«, wie es heißt – »Vergangenheit« ist, dass »die Aufklärung der Tat [...] im Zentrum der Arbeit von Polizei und Justiz« steht: Wessen ‚Glück‘ ist dann damit gemeint und was steht nunmehr im Zentrum?
- wenn es »inzwischen eine Selbstverständlichkeit« sein soll, dass »jeder an einem Strafverfahren Beteiligte« Anspruch auf einen fairen Umgang hat, und zwar »gerade auch die Opfer«: Welcher Fairness-Begriff liegt dem zugrunde und mit welcher Selbstverständlichkeit sind mutmaßliche Opfer »Beteiligte« des Strafverfahrens?
- und wenn der Gesetzgeber »mit Reformgesetzen die Stellung von Opfern schrittweise verbessert« hat: Welche Opfer hinterließ eine solche Viktimo-Gesetzgebung dann »schrittweise« auf Beschuldigtenseite – oder sind jene Sonderopfer zu vernachlässigen, weil es doch ‚nur‘ um ‚Täter‘ geht?

3 Vgl. nur *Böttcher* NK 2012, 124; ausf. zu den Grenzen des Art. 6 EMRK in diesem Kontext *Helmken* StV 2016, 456 ff. Zum vermeintlichen verfassungsrechtlichen Anspruch des »Opfers einer Straftat« auf Verfolgung und Bestrafung des »Täters« *Dölling* Brugger-FS 2013, 649 ff. und *Sachs* JuS 2015, 376 ff., diff. *Köbel* StV 2014, 698 ff. und *Jahn* (Fn. 1) S. 145 f. und 158 ff. in puncto Waffengleichheit.

4 *BMJV*, OpferFibel, 2014, 2.

Die folgenden Ausführungen nähern sich der Thematik auf dreifache Weise: Erstens soll anlässlich einer aktuellen Studie – und insb. deren öffentlicher und politischer Rezeption – belegt werden, in welchem Ausmaß (inzwischen bzw. nach wie vor und weiterhin) Schindluder getrieben wird mit einem skandalisierenden Täter-Opfer-Antagonismus (II.); zweitens soll (nicht nur, aber auch terminologisch, weil Sprache bekanntlich ‚verräterisch‘ ist) die Rollenverteilung im Strafprozess im Lichte des Opfer-Diskurses analysiert werden (III.); und drittens soll vor diesem Hintergrund das 3., aber sicher nicht letzte Opferrechtsreformgesetz gewürdigt werden (IV.).

II. Bremer Modell – Modell Bremen?

oder: Wenn »96 von 100 Sexualstraftätern davonkommen«

»96 von 100 Sexualstraftätern kommen davon« prangte am 9.2.2016 die Headline im Bremer *Weser-Kurier*. Was war geschehen? Im Auftrag der Bremischen Innen- und Justizressorts hatte das *Institut für Polizei- und Sicherheitsforschung (IPOS)* an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung Ende 2015 den Abschlussbericht der »Untersuchung zu Verfahrensverlauf und Verurteilungsquoten bei Sexualstraftaten in Bremen« vorgelegt.⁵ In Auftrag gegeben war eine »detaillierte Auswertung von Akten, denen eine Sexualstraftat zugrunde liegt«, außerdem ein Registerabgleich zum Verlauf einschlägiger Verfahren und schließlich sollten die Befunde »im Rahmen einer Expert_innen-Befragung validiert und eventuelle erkennbare Optimierungsansätze erörtert« werden.

In jeden Teil der Untersuchung »floss die Frage ein, ob das sog. ‚Bremer Modell‘ auch heute noch [bzw. im Referenzjahr 2012] erfolgreich umgesetzt wird«:

»Die Rede ist hier von einem Modell zur Bearbeitung von Sexualstraftaten, das im Jahr 1984 in Bremen entwickelt wurde und bis heute gilt. Beispielhaft seien hier nur die Hauptaspekte genannt: Leitgedanke ist eine opferorientierte und dem Opferschutz verpflichtete Bearbeitung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Das bedeutet neben der Aufklärung über die eigenen Rechte und die verschiedenen Möglichkeiten, sich Hilfe zu suchen, zum Beispiel, dass das Opfer das Geschlecht der vernehmenden Person wählen kann, über die einzelnen Verfahrensschritte und die Gründe für selbige aufgeklärt wird und ihm kein Misstrauen entgegengebracht wird.«⁶

5 <http://ipos.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen166.c.8677.de> (letzter Aufruf: 8.6.2016)

6 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 1.

Die damaligen Defizite gebe es heute in Bremen nicht mehr; interessant sei aber – so ein Ergebnis der Studie vorab – dass es

»im Jahre 1979 in Bremen in Verfahren zu § 177 StGB ‚nur bei 37,4 % zur Anklage bzw. zur Hauptverhandlung‘ kam. In den hier vorzustellenden Ergebnissen wird deutlich werden, dass die Quote der Anklagen in Bremen in mehr als 30 Jahren ganz offensichtlich stark gesunken ist.«⁷

Als Erfolg resp. Misserfolg des Bremer Modells wird dies nicht vermerkt – auf mögliche Konsequenzen wird zurückzukommen sein (V.).

Die Studie bemüht sich um Genauigkeit bei der Auswertung des Jahrgangs 2012 hinsichtlich aller Verfahren, »die Sexualdelikte betrafen, wobei ‚Sexualdelikte‘ als Verfahren definiert wurden, die unter dem rechtlichen Gesichtspunkt § 177 StGB geführt« wurden.⁸ Die angestrebte Präzision war nicht einfach durchzuhalten in Anbetracht der Unterschiede zwischen Verfahrens- und Beschuldigtenstatistik einerseits soweit Polizei- und StA-Statistik andererseits. In 94 einschlägigen Verfahren aus dem Jahre 2012 fanden sich – so heißt es – »insgesamt 107 Beschuldigte bzw. Tatverdächtige und 95 Opfer«.⁹ An diesem »Opfer«-Begriff wird bis zum Ende der Studie festgehalten – in Anbetracht der folgenden Ergebnisse (s.u.) alles andere als selbstverständlich. Die Verfasser der Studie bemühen sich zwar, den korrespondierenden »Täter«-Begriff zu vermeiden, halten aber auch dies nicht ganz durch.¹⁰ Selbstverständlich gilt die Unschuldsvermutung nicht für die Forschung – letztere könnte aber ihre »Unschuld« verlieren.¹¹

Da zentrales Anliegen der Studie – zumal im Sinne der Auftraggeber – eine Untersuchung war zu »Verfahrensverlauf und Verurteilungsquoten«, sei hierauf im Weiteren das Hauptaugenmerk gelegt: Bezogen auf die zur *Anklage* gebrachten Fälle des Jahres 2012 (n = 21) kam es in 16 Fällen zur Eröffnung des Hauptverfahrens und in 13 Fällen zum Urteil, wobei sechsmal ein Freispruch erfolgte: Es kam also ‚nur‘ zu sieben Verurteilungen im Sinne des Anfangsverdachts einer Straftat gemäß § 177 StGB. Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch der Hinweis der Studie, in fünf der sechs mit Freispruch beendeten Verfahren habe die Staatsanwaltschaft selbst

7 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 2.

8 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 4.

9 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 8.

10 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 12: »Wohnung des Täters« als Tatort; S. 13: Konflikte »zwischen Opfer und Täter«; S. 34: wurde »der Täter begutachtet«?

11 Wortwahl in Anlehnung an das Thema der AG 2 des 40. Strafverteidigertages »Verlorene Unschuld(svermutung). Opferrechte versus Beschuldigtenrechte«.

Freispruch gefordert und in weiteren zwei der vor Gericht gebrachten Verfahren deren Einstellung zugestimmt. |¹² Bezieht man diese Zahlen auf die Gesamtzahl der bei der Polizei geführten einschlägigen Sexualstrafverfahren des Bezugsjahres 2012 (n = 145), dann kommt man auf eine Quote von vier Verurteilungen auf 100 Verdächtige – wer jene Zahlen umkehrt (und dann nicht weiterliest), der titelt schlichten Gemüts und/oder böswilliger Gesinnung: »96 von 100 Sexualstraftätern kommen davon«. |¹³

Die – bezogen auf die Zahl der Anklagen – dargelegten Eröffnungs- und Freispruchquoten mögen im Vergleich zu anderen Deliktsbereichen niedrig bzw. hoch erscheinen (wobei in Anbetracht der geringen absoluten Zahlen Vorsicht geboten ist). Entscheidend ist doch aber offenkundig etwas ganz Anderes, und darin steckt auch die eigentliche Brisanz der Studie, die Politik und Medien vor Ort nicht begriffen haben und/oder nicht wahrhaben wollten: Bei den erfassten gegen 107 Beschuldigte geführten § 177 StGB-Ermittlungsverfahren des Jahres 2012 kam es in 86 Fällen (also ziemlich genau bei 80 Prozent) zur Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO – und das auf der Grundlage eines dem »Bremer Modell« verpflichteten und von erfahrenen und qualifizierten Beamtinnen geführten Ermittlungsverfahrens bei Polizei und Staatsanwaltschaft!

Ist schon diese Einstellungsquote höchst bemerkenswert, bedeutet sie doch nicht mehr und nicht weniger, als dass in vier von fünf Fällen die Ermittlungen keinen »genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage« boten (§ 170 Abs. 1 StPO), |¹⁴ so sind die durch die Studie erhobenen Einstellungsgründe |¹⁵ noch umso aufschlussreicher:

12 *IPOS*-Studie (Fn. 5) S. 35.

13 Allerdings ist auch in der *IPOS*-Studie (Fn. 5) S. 60 zu lesen: »Die Anklagequote beträgt dann $18/(133+54)*100 = 9,6\%$ und die Verurteilungsquote $7/(127+54)*100 = 3,9\%$. Der letztere Wert würde dem Risiko eines Täters entsprechen, nach einer *Sexualstraftat*, die angezeigt wurde, verurteilt zu werden.« (Hervorh. d. d. Verf.)

14 Beschwerden gem. §§ 171, 172 StPO hat es scheinbar keine gegeben, jedenfalls finden solche in der Studie keine Erwähnung; die befragten Staatsanwält_innen bekundeten in der Diskussion zwar, dass »in vielen Verfahren nach § 177 StGB im Falle einer Einstellung Beschwerden durch die jeweiligen Opferanwältinnen und Opferanwälte eingereicht werden, diese jedoch bisher in nahezu allen Fällen (mit einer Ausnahme vor ca. 10 Jahren) von der dafür zuständigen Generalstaatsanwaltschaft abgewiesen worden seien«, *IPOS*-Studie (Fn. 5) S. 41.

15 *IPOS*-Studie (Fn. 5) S. 27.

Einstellungsgründe (N = 86; Mehrfachnennungen möglich)	n	%
geschilderter Tathergang ist kein Straftatbestand nach dem StGB	19	20,2 %
Zeugnisverweigerungsrechtsgebrauch und/oder Widerruf der Aussage	18	19,1 %
Opferzeuge widerruft eigene Aussage	15	16,0 %
Zeugin erinnert sich nicht oder nur bruchstückhaft an das Geschehen aufgrund von Alkohol-/Drogenbeeinflussung	11	11,7 %
Gewaltanwendung war nicht nachweisbar (allerdings behauptet)	10	10,6 %
Opferzeugenaussagen widersprechen sich stark	9	9,6 %
Opferzeugenaussagen zu lückenhaft	9	9,6 %
GS-Aussage steht gegen TV-Aussage, wobei keiner Aussage höhere Bedeutung zukommt	5	5,3 %
die Aussage der Opferzeugin ist unschlüssig	5	5,3 %
Opferzeuge macht im Verfahrensverlauf Gebrauch vom Zeugnisverweigerungsrecht	5	5,3 %
Opferzeugenaussagen stimmen nicht mit gesicherten Spuren überein	3	3,2 %
aufgrund der Verfassung des TV wird angezweifelt, dass entgegenstehender Wille subjektiv erkannt werden konnte	1	1,0 %
Tat ist lange her, Erinnerung der Zeugin ist verblasst	1	1,0 %
»Defekte« beim TV: psychische Erkrankungen, Alkohol-/Drogenabhängigkeit: Schuldfähigkeit d. TV liegt nicht vor	1	1,0 %
sonstige Begründung für Verfahrenseinstellung	16	17,0 %

»In der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle fehlt es nach den Einstellungsbescheiden der Staatsanwaltschaft an einer schlüssigen und überzeugenden Aussage der Opferzeug_innen, die einen vollständigen Nachweis der erforderlichen Tatbestandsmerkmale umfasst. In diesen Verfahren spielt es dann keine Rolle, ob und wie sich der Tatverdächtige im Ermittlungsverfahren eingelassen hat. So wird die Begründung, die Aussage der Opferzeugin sei unschlüssig, in 5,3 % der Fälle gegeben. In 9,6 % wurde festgestellt, dass die Aussagen der Opferzeuginnen sich zu stark widersprechen. In weiteren 9,6 % wurden die Aussagen für zu lückenhaft befunden und in 5,3 % der Fälle wurde die Verfahrenseinstellung damit begründet, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt. Werden die Begründungen ‚bruchstückhafte Erinnerung‘ mit 11,7 %, ‚Widerruf der Aussage‘ (16,0 %) und ‚Gebrauch des Zeugnisverweigerungsrechts‘ (19,1 %) hinzugezogen, ergibt sich ein deutliches Bild der Einstellungsbegründungen. Ausschlaggebend ist die Qualität der Aussagen der Opferzeuginnen.«¹⁶

Es gäbe noch so manches aufschlussreiche Detail aus dieser Studie, das Erwähnung verdiente: Im gesamten Bremer Fallaufkommen des Jahres 2012 wurden z.B. nur zwei aussagepsychologische Gutachten eingeholt; eines stellte eine »eingeschränkt erlebnisentsprechende Aussage« fest, das andere stufte die Aussage der Zeugin sogar gänzlich als »nicht erlebnisentsprechend« ein. Die Verfahren wurden zudem weder häufiger noch schneller eingestellt, wenn die Tatverdächtigen von Verteidigern vertreten wurden (in gut der Hälfte der Fälle), noch hatte die Akteneinsicht einen statistisch nachweisbaren Einfluss auf den Verfahrensverlauf.¹⁷

Hier soll es aber vorrangig um etwas Anderes gehen: In der Opferschutz- und Opferrechtsbewegung der letzten rund 20 bis 30 Jahre spielten gerade die Sexualdelikte immer eine herausragende Rolle. Auch deshalb war u.a. das »Bremer Modell« des Umgangs mit diesen Verfahren und diesen »Opfern« entwickelt worden; und gerade zu deren Schutz wurden ja auch immer weitergehende Beteiligungs- und Schutzrechte in der StPO verankert.¹⁸ In

16 *IPOS-Studie* (Fn. 5) S. 27/28.

17 Über die Beteiligung und ggf. den Einfluss sog. »Opferanwält_innen« teilt die Studie überraschend wenig mit: In 75% der Verfahren, in denen es zur Hauptverhandlung kam, war »das Opfer [...] von einem Opferanwalt oder einer Opferanwältin vertreten«, insg. nahmen sich aber von »95 Opfern des Jahrgangs 2012 [...] nur 27 einen rechtlichen Beistand (29 %)«, *IPOS-Studie* (Fn. 5) S. 32 f.

18 Ausf. *Steiger*, Gleiches Recht für alle – auch für Sexualstraftäter? Sonderregelungen für Sexualstraftäter im Strafrecht und ihre kriminologische Berechtigung, 2016.

einem rechtsstaatlichen und der Unschuldsvermutung verpflichteten Strafverfahrensrecht und -justizsystem muss die Feststellung erlaubt sein, dass von den 107 Beschuldigten des Jahres 2012 am Ende nur sieben als »Täter« eines Sexualdelikts bezeichnet werden dürfen – mit welchem Recht spricht man dann aber gegenüber den verbleibenden 100 Beschuldigten bzw. in den verbleibenden 87 Verfahren von »Opfern«?

Die o.g. Schlagzeile hätte also nicht lauten dürfen »96 von 100 Sexualstraftätern kommen davon«, sondern eher »von 100 eines Sexualdelikts Beschuldigten wurden 96 zu Unrecht verdächtigt« – oder wer es journalistisch noch zuspitzen wollte: sie wurden zu »Opfern falscher Verdächtigungen«. Eine solche Schlagzeile wäre bei weitem nicht so falsch, wie die erste, aber das wollten weder die Auftraggeber lesen noch die Politiker vor Ort hören. Stattdessen wurde durch die Bänke der Bremer Bürgerschaft der lasche Umgang mit Sexualstraftätern skandalisiert und es wurden mehr Anklagen und Verurteilungen gefordert! |¹⁹

Eine Presseerklärung der *Vereinigung Niedersächsischer und Bremer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.* wurde in der Lokalpresse zwar auszugsweise abgedruckt, |²⁰ allerdings unter der Überschrift: »Strafverteidiger wehren sich« – als wären die Strafverteidiger angegriffen worden! Angegriffen wurden die rechtsstaatlichen Grundlagen des Strafrechts, allen voran die Unschuldsvermutung.

III. Opferrollen im Strafprozess oder: Rollenverteilungen und Gewichtsverlagerungen

Angeklagte und ihre Verteidigung sehen sich auch im reformierten Inquisitions-Prozess bereits strukturell – konfrontiert mit Strafverfolgungsbehörden und untersuchend-erkennendem Gericht – einem Ungleichgewicht ausgesetzt: Das Prinzip der sog. Waffengleichheit als Ausprägung des Fair-trial-Prinzips bietet hierfür nur einen unzulänglichen Ausgleich. |²¹ Dieses Ungleichgewicht wird verstärkt, wenn neben die Anklagebehörde noch eine

19 *Weser-Kurier* v. 25.02.2016: »Sexualstraftäter besser verfolgen. Einstimmiges Votum im Parlament«; vgl. auch »Nein heißt Nein. Schutz von Opfern sexueller Gewalt verbessern«, Bürgerschafts-Drs. 19/301 v. 23.02.2016.

20 Presseerklärung v. 17.02.2016, *Weser-Kurier* v. 18.02.2016.

21 Vgl. *Weigend* StraFo 2013, 45 ff. und *Bung* StV 2009, 430 ff., zur entspr. Haltung der Richter *Fischer* StV 2014, 51.

weitere anklagende Instanz tritt: Die Nebenklage oder sogar mehrere Nebenklagende.^{|22}

Zudem werden die sog. »Opferrechte« verstärkt wahrgenommen^{|23} und aktiv ausgefüllt, und das gilt nicht nur in jenen speziellen Fällen, in denen »Opfer« und ihre Anwälte gerade deshalb besondere Aktivitäten entfalten (müssen), weil die Staatsanwaltschaft ihrer Rolle als Strafverfolgungsbehörde nicht gerecht wird, wie etwa in Verfahren gegen Polizeibeamte und Justizangehörige (in diesen Fällen kann von Nebenklage – gewissermaßen mangels »Hauptklage« – oft auch gar keine Rede sein).^{|24} Rechtsanwälte haben Nebenklage und Opfervertretung als ein (nicht zuletzt lukratives) Tätigkeitsfeld entdeckt, weshalb auch das Berufsbild des »Opferanwalts«^{|25} entstanden ist; sie nehmen die kontinuierlich ausgeweiteten Opferrechte – bei denen es sich häufig zugleich, wenn nicht vorrangig um Opferanwaltsrechte handelt – wahr und werden so zunehmend zu einem gewichtigen zusätzlichen Verfahrensbeteiligten bzw. -gegner.

Vereidigung ist Kampf (*Dahs*)! Der Kampf gegen Anklage und Verurteilung und um die Rechte des Beschuldigten bzw. Angeklagten sollte aber nicht zum Kampf gegen »das Opfer« werden – was zunächst einmal selbstverständlich sein dürfte, da Verteidigung auch nicht Kampf für »den Täter« ist.^{|26} Die Beteiligung von Verletzten im Strafverfahren beinhaltet für die Verteidigung Chancen und Risiken, dies gilt grundsätzlich auch bei aktiver und/oder anwaltlicher Beteiligung auf deren Seite.^{|27} Es ist nicht hilfreich, das »Opfer« generell als »zusätzlichen Gegner« zu begreifen, wobei sicher je nach Verteidigungsstrategie zu unterscheiden ist: Wird der vom »mutmaßlichen« Opfer erhobene Vorwurf insgesamt oder zumindest hinsichtlich wesentlicher belastender Aussagen bestritten (Stichwort: falsche Anschuldigung), so kommt

22 *Frommel* NK 2013, 288, 293 spricht treffend von einem »tripolaren« System, vgl. auch *Bung* StV 2009, 431 f. – bedenklich *Böttcher* NK 2012, 124, der erst dadurch Fairness »zum Schutz anderer Beteiligter« überhaupt gewährleistet sieht; durch die Verstärkung des Parteiprozessmodells (*Gaede* StV 2012, 51 ff.) wäre insoweit wenig geholfen. Zur Frage der sog. »Gruppenvertretung« der Nebenklage *Pues* StV 2014, 304 ff.

23 Dazu *Barton*, Opferanwälte im Strafverfahren, in: *Pollähne/Rode* (Fn. 2) S. 21 ff. m.w.N.; vgl. auch *Janssen*, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, 2008 Rn. 14 f. in puncto Rückgewinnungshilfe.

24 Vgl. nur *Singelnstein* NK 2014, 15 ff. m.w.N.

25 *Peter* StraFo 2013, 199 ff. und *ders.*, Das 1x1 des Opferanwalts, 2. Aufl. 2013 sowie *Doering-Striening* (Hg.), Opferrechte. Handbuch für den Opferanwalt, 2013; vgl. auch *Schroth*, Die Rechte des Opfers im Strafprozess, 2. Aufl. 2011 Rn. 44.

26 Allg. von einer »Strafverteidigung auf dem Rücken des Opfers« zu sprechen (*Böttcher* NK 2012, 124), ist allerdings unangebracht; vgl. auch *Fischer* StV 2014, 47 f.

27 *Deckers* StV 2006, 353 ff.

die Verteidigung nicht umhin, jenes aus ihrer Sicht mutmaßliche »Opfer« anzugreifen. Es ist in dieser Konstellation nicht lediglich »Zeuge«, sondern quasi Verfahrens-Gegner. Es gilt jedoch abzuwägen und Grenzen zu wahren: Kommt es zum Schuldspruch, wird spätestens in der Strafzumessung zu bewerten sein, wie sich der Mandant und seine Verteidigung dem »Opfer« gegenüber verhalten haben; handelt es sich von vornherein um eine Strafzumessungs- bzw. Rechtsfolgenverteidigung, gilt dies umso mehr. Auch wenn zulässiges Verteidigungsverhalten grundsätzlich nicht zulasten des Angeklagten gewertet werden darf,²⁸ muss man kontraproduktive Effekte selbstverständlich im Blick behalten.

Die Frage nach der generellen Vereinbarkeit der Vertretung von Verletzteninteressen mit dem Selbstverständnis von Strafverteidigung muss hier eigentlich nicht kommentiert werden,²⁹ das hat jede Verteidigerin und jeder Verteidiger für sich – und ggf. von Fall zu Fall – zu entscheiden. Dass die Vertretung von Verletzteninteressen für Strafverteidiger »nur nützlich« sein kann, um einer »Verengung der Sichtweise vorzubeugen«,³⁰ kann in dieser Pauschalität allerdings nicht anerkannt werden, denn mit derselben Argumentation wäre zu fordern, die Verteidigung sollte auch einmal die Anklage vertreten oder über einen Angeklagten zu Gericht gesessen haben (oder gar – auf die Spitze getrieben – einmal im Knast gearbeitet haben). Mit »Opferverachtung« hat spezialisierte und engagierte – und wo nötig: »kämpferische« – Verteidigung jedenfalls nichts zu tun,³¹ sollte eine solche aber selbstverständlich auch niemals erkennen lassen.

Die *Viktimo*-Terminologie einschlägiger StPO-Regelungen ist irreführend und markiert eines der zentralen Probleme strafverfahrensrechtlicher »Opferschutz«-Gesetzgebung.³² So wie der Strafprozess – nicht zuletzt, um die Fortgeltung der Unschuldsvermutung zu prüfen³³ – primär dem Ziel

28 Vgl. nur BGH StV 2013, 507 und StraFo 2014, 394 m.w.N. sowie StV 2014, 413 (Ls.) und 2015, 221 sowie allg. Meier GA 2015, 443 ff.

29 Ausf. Schroth, Anwälte: Heute Nebenklage, morgen Strafverteidigung – (wie) geht das zusammen? in: Pollähne/Rode (Rn. 2) S. 63 ff., vgl. auch Peter StraFo 2013, 199 und Pollähne, Alternativen zur Freiheitsstrafe, in: Strafverteidigervereinigungen (Hg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe (36. Strafverteidigertag), 2013, S. 12 sowie Grönheit Berliner Anwaltsblatt 2015, 53 ff.

30 Freyschmidt/Krumm, Verteidigung in Straßenverkehrssachen, 10. Aufl. 2013 Rn. 1112 unter Verweis auf Dahn.

31 Zumindest missv. Freyschmidt/Krumm (Fn. 30) Rn. 1114 m.w.N.

32 Vgl. auch v. Galen 2005, 265 ff. und Barton in: ders./Köbel (Hg.), Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts, 2012, 111 ff.

33 Pollähne StV 2015, 784 ff.; zum Konflikt der Opferrechts-Gesetzgebung mit der Unschuldsvermutung auch die Stellungnahme des DAV (durch die Task-Force »Anwalt für Opferrechte«) vom Dezember 2014 <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-66-14> S. 3 ff.

dient aufzuklären, ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegten Taten begangen hat, ja: ob es überhaupt Straftaten gab und ggf. welche (und es immer erst im Anschluss daran um die Frage gehen kann, ob er deshalb auch zu bestrafen ist und ggf. wie),³⁴ genauso dient der Strafprozess zugleich dem Ziel aufzuklären, ob es – von den sog. opferlosen Delikten einmal abgesehen – überhaupt ein »Opfer« gab, jedenfalls im strafrechtlichen Sinne, und ob dieses Opfer ggf. dem Angeklagten und seiner »Tat« zuzuschreiben ist.³⁵ Von der Stärkung des Opfer-Schutzes resp. von Opfer-Rechten zu sprechen, impliziert hingegen immer schon, Tat und Täter ständen bereits fest.³⁶ Vor rechtskräftiger Aburteilung gibt es aber weder im Verfahren noch vor Gericht eine Verteilung von Täter- und Opferrollen:

Vor Gericht stehen bzw. sitzen Angeklagte und Anklagende (seien es staatliche Ankläger oder Privatkläger), an der Seite der Staatsanwaltschaft treten ggf. Nebenkläger auf, im Übrigen gibt es Zeugen, Sachverständige, Medien, Öffentlichkeit etc..³⁷ Aber so wie auf der Anklagebank kein »Täter« sitzt, sondern ‚nur‘ ein Angeklagter, für den bis zur Rechtskraft einer etwaigen Verurteilung die *Unschuldsvermutung* aus Art. 6 Abs. 2 EMRK streitet (selbst dann, wenn er seine »Täter«schaft eingestanden hat³⁸), so sitzen weder auf dem Zeugenstuhl noch am Tisch der Nebenklage »Opfer«, sondern Personen, die behaupten bzw. geltend machen, durch eine Straftat – und zwar eine, die der Angeklagte begangen haben soll – verletzt worden zu sein.³⁹ Und diese Personen werden auch nicht von Opfer-Anwälten vertreten, sondern – so bleibt zu hoffen – von Rechts-Anwälten⁴⁰; immerhin sitzen auf der Gegenseite auch keine Täter-Anwälte und

34 Zum Interlokut-Verfahren zuletzt *Ostendorf* ZIS 2013, 172 und *Kempff* StraFo 2014, 105.

35 Ausf. zu diesen Funktionen des Strafprozesses *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, S. 3 ff. und *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, S. 2 ff.; dass ein Strafverfahren auch ohne ‚Opfer‘rechte denkbar wäre, legt v. *Galen* StV 2013, 171 ff. dar, vgl. auch *Bung* StV 2009, 436 f. und *Jahn/Bung* StV 2012, 760 sowie *DAV* (Fn. 33) S. 9 f.

36 Exempl. *Böttcher* NK 2012, 122 ff. m.w.N., krit. dazu *Frommel* NK 2013, 297 ff., vgl. auch *Thielmann* StV 2006, 44 f.

37 *Beulke* (Fn. 35) S. 57 ff., 127 ff. und *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, S. 72 ff., 169 ff., 519 ff., vgl. auch v. *Galen* StV 2013, 171.

38 *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, EMRK und IPBR, 2006, Art. 6 Rn. 115 m.w.N., vgl. auch *Kühne* (Fn. 37) S. 208 f.

39 Zu dieser Rolle *Schünemann* Hamm-FS 2008, 690 ff. und ZIS 2009, 492 sowie *Bung* StV 2009, 432, ungenau *Schroth* (Fn. 25) Rn. 53 ff.; vgl. zur Opfer-Definition auch *Sielaff* Krim 2010, 213 m.w.N. sowie *Safferling* ZStW 2010, 92 zu internationalen Standards. In diesem Zusammenhang von einem »Sonderopfer« des ‚Opfers‘ zu sprechen (*Böttcher* NK 2012, 123), erweist sich im Hinblick auf die nötige Rollenklarheit eher als kontraproduktiv; krit. auch *Frommel* NK 2013, 290, 298.

40 Zu den »Opferanwälten« *Schroth* (Fn. 25.) Rn. 44, 298 und *Barton/Flotho*, Opferanwälte im Strafverfahren, 2010, S. 13 f., vgl. auch *Barton* StraFo 2011, 161 ff. und zum Zeugenbeistand *Klengel/Müller* NJW 2011, 23 ff.; *Peter* plädiert in StraFo 2013, 199 ff. gar für »Fachanwälte für Opferrechte« in Strafverfahren [so wörtlich] »gegen Täter«, dazu auch *Burgsmüller* in: Pollähne/Rode (Fn. 2) S. 176 f. und *Barton* (Fn. 23), krit. *Schroth* (Fn. 25) Rn. 44.

es werden auch keine »Täter« und schon gar keine Taten verteidigt, sondern Beschuldigte bzw. Angeklagte und deren Rechte. |⁴¹

Wer diese Grundlagen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens verschleiert bzw. infrage stellt (und die letzten Opferrechtsreformgesetze – 2. ORRG, StORMG und jüngst 3. ORRG – haben erneut dazu beigetragen), |⁴² der setzt liberale Errungenschaften der Aufklärung aufs Spiel – mindestens terminologisch, leider aber auch in der strafprozessrechtlichen und -prozessualen Realität. |⁴³ Letztlich dürfte sich dies im Sinne der mit diesen Gesetzen verfolgten Ziele sogar kontraproduktiv auswirken, denn sog. »Opfer«-Zeugen – um nur ein Beispiel zu nennen – werden als Beweismittel umso mehr entwertet, je stärker sie als parteiliche Vertreter eigener Interessen auftreten bzw. sich entsprechend anwaltlich vertreten lassen. |⁴⁴

Zwar hat der Strafgesetzgeber es bisher – abgesehen vom »Täter-Opfer-Ausgleich« |⁴⁵ – vermieden, das »Opfer« als Rechtssubjekt in den Gesetzestext aufzunehmen, der oder die »Verletzte« taucht jedoch an immer mehr Stellen auf. |⁴⁶ Der *Verletzten*-Begriff erscheint zugleich präziser und neutraler als der des Opfers, aber auch für ihn gilt im strafprozessualen Kontext: Vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens steht noch gar nicht fest, ob jene oder jener »Verletzte« tatsächlich verletzt wurde, und wenn ja: wodurch und ggf. von wem (ganz abgesehen von den Fragen der materiellen Strafbarkeit). Dem sog. hinreichenden Tat- und Täterverdacht der Anklagerhebung und -zulassung steht gewissermaßen ein hinreichender Opfer- bzw. Verletztenverdacht gegenüber, nicht mehr und nicht weniger.

41 Zum Rollenverständnis der Strafverteidigung *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, S. 11 ff., 79 ff., 110 ff. und *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. 2013, S. 3 ff., 49 ff., vgl. auch *Jahn* StV 2014, 43 ff. m.w.N. und *Doering-Striening* AnwBl 2015, 492.

42 Zur Opferrechtspolitik *Bung* StV 2009, 433 ff. und *Böttcher* NK 2012, 123 ff., vgl. auch *v. Galen* StV 2013, 173 ff. und *Frommel* NK 2013, 298 f. (»Opferschutz als destruktiver Selbstläufer«); zu internationalen und europäischen Einflüssen *Bock*, Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der EU, in: *Pollähne/Rode* (Fn. 2) S. 43 ff. und *dies*. ZIS 2013, 201 ff., vgl. auch *Jahn* (Fn. 1) S. 147 ff. zur Genese und S. 150 ff. zum 2. ORRG.

43 Vgl. nur *Albrecht*, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, 2010, S. 937 ff.; für *Schünemann* ZIS 2009, 492 ist »Opfer« in diesem Zusammenhang ein »implizit die Unschuldsumutung verneinender Ausdruck«, vgl. auch *v. Galen* 2005, 266 f., 269 f.

44 *Schünemann* Hamm-FS 2008, 690 ff., vgl. auch *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Aufl. 2012 Rn. 153 ff., *Baumhöfener* StraFo 2012, 3 und *v. Galen* 2005, 274 f.; ausf. *Pollähne* (Fn. 2) S. 5 ff. und *Burgsmüller* (Fn. 40) S. 173 f. *Jahn* (Fn. 1) S. 155 ff. spricht im Hinblick auf § 395 StPO gar von einer »Teilprivatisierung« des Strafverfahrens.

45 Zu § 154c Abs. 2 StPO *Meyer-Göfner* § 154c Rn. 2; vgl. aber auch RiStBV Nr. 135 Abs. 1, 220 Abs. 1, 221 und 234 Abs. 1.

46 Vgl. *Safferling* ZStW 2010, 92 und *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007, S. 26; krit. zum »victim« als »superstar« *Köhner-Kahler* NK 2013, 166 ff., vgl. auch *Bung* StV 2009, 436 »Viktimoephorie« und *Jahn* (Fn. 1) S. 146 ff. und 152 ff.

Am Beispiel des mit dem StORMG 2013 eingeführten neuen S. 2 in § 69 Abs. 2 StPO wird deutlich, welche Sorgfalt der Gesetzgeber vermissen lässt: »Zeugen, die durch die Straftat verletzt sind, ist insbesondere Gelegenheit zu geben, sich zu den Auswirkungen, die die Tat auf sie hatte, zu äußern.«⁴⁷ Abgesehen davon, dass es sich um eine längst praktizierte Selbstverständlichkeit handelte, die wahrlich nicht im Gesetz hätte verankert werden müssen,⁴⁸ steht doch zum Zeitpunkt der Vernehmung noch gar nicht fest, ob der Zeuge – der dies behauptet – durch die Straftat – wenn es denn eine war – auch tatsächlich verletzt wurde (vgl. auch u. VI.1.). Das StORMG trage »durch einen rechtsstaatlich ausgewogenen Opferschutz zur Stärkung des Vertrauens in die Rechtsordnung und zur Wahrung des Rechtsfriedens bei«⁴⁹ – ob das Vertrauen des Beschuldigten/Angeklagten in eine unvor-eingenommene Rechtsordnung gestärkt wird und der Rechtsfrieden auch aus seiner Sicht am Ende eines Opferschutzprozesses gewahrt wurde, steht allerdings dahin.⁵⁰

Abgesehen davon ist eine eindeutige Dichotomie zwischen *Täter und Opfer* selten durchzuhalten;⁵¹ die Wechselbeziehungen müssen im Verfahren zur Geltung kommen, um dem Konflikt (straf-)gerecht zu werden.⁵² Die Anerkennung einer einseitigen Interessenwahrnehmung durch das (vermeintliche) Opfer blendet diese Wechselbeziehungen jedoch aus, bestärkt selektive Wahrnehmungen und befördert die Voreingenommenheit des Verfahrens.⁵³

Zudem ist empirisch belegt, dass es in der Tat »Opfer« gibt, die diesen Status für sich reklamieren, real aber gar nicht Opfer geworden sind, oder doch jedenfalls nicht in dem behaupteten Ausmaß oder nicht (bzw. nicht nur) durch den Beschuldigten.⁵⁴ Es ist höchst riskant für das Ziel der rechtsstaatlichen Wahrheitserforschung, solchen »Opfern« für ihre Rolle als (zumeist)

47 Vgl. BT-Drucks. 17/6261, 5, 11, dazu *Eisenberg* HRRS 2011, 66; allg. zum Anspruch auf Gehör *Hanloser*, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, 2010. Ausf. zu den psychischen Folgeschäden bei Delinquenzopfern *Dudeck* in: Pollähne/Rode (Fn. 2) S. 121 ff.

48 *Deutscher StRR* 2013, 324 f.

49 BT-Drucks. a.a.O. S. 10.

50 Vgl. auch *Krey/Wilhelmi* Otto-FS 2007, 947 und *Gaede* StV 2012, 57.

51 Dies ist nicht zu verwechseln mit der grundlegenden Antinomie zwischen Täter- und Opferinteressen bzw. -rollen, vgl. *Deckers* StV 2006, 353 f.

52 Exempl. *Ostendorf*, Die Auflösung der Dichotomie von Tätern und Opfern, in: Lummer/Hagemann/Tein (Hg.), Restorative Justice, 2011, S. 142; vgl. auch *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012 Rn. 184, 563 m.w.N.

53 Vgl. auch *Frommel* NK 2013, 296 f.: »falsche Eindeutigkeiten«.

54 Vgl. *Eisenberg* HRRS 2011, 64 f., 68 f. und *Bettermann*, Falsche Stalking-Opfer? 2005; exempl. die Auseinandersetzung zwischen *Schwenn* StV 2010, 705 ff. und *Leitmeier* StV 2011, 766 ff., vgl. auch *Frommel* NK 2013, 294 (298) und *Salditt* StraFo 2015, 1 ff.

Hauptbelastungszeugen umfassende und frühzeitige Informations- und Beteiligungsrechte einzuräumen.⁵⁵ Dieses Risiko ist freilich in allen Fällen zu bedenken, denn ob es sich um Opfer bzw. Verletzte handelt, stellt sich von Rechts wegen – wie dargestellt – immer erst später heraus.⁵⁶ Mit der Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK müsste gewissermaßen – etwas zugespitzt – die Vermutung korrespondieren, das Opfer sei keines (*Mutmaßlichkeit* wäre das Mindeste⁵⁷); der Gesetzgeber arbeitet hingegen immer häufiger mit einer *Opfervermutung*⁵⁸ – zu fordern wäre i.S.d. Art. 6 Abs. 2 EMRK gewissermaßen der »gesetzliche Beweis« der Verletzten- bzw. Opfer-Eigenschaft.⁵⁹

Gerade die dargelegten Befunde der Bremer IPOS-Studie (s.o. II.) sollten zu deutlich mehr Zurückhaltung Anlass geben – nicht nur in der Terminologie, sondern vor allem in Kriminalpolitik und Strafjustiz.

VI. Opferrechtsreformgesetzgebung oder: vom 1. ORRG zur GesamtrEORM der StPO?

Abschließend bedarf es vor dem dargestellten Hintergrund noch einiger Anmerkungen zum 3. ORRG: Der Entwurfsbegründung zufolge sieht sich der Gesetzgeber weiterhin in der Pflicht, sich »schützend vor die Opfer von Straftaten zu stellen und deren Belange zu achten« und den Verletzten »als selbständigen Verfahrensbeteiligten anzuerkennen«; das 3. ORRG baue auf dem durch die Opferrechtsreformgesetzgebung seit 1986 »stetig erweiterten Bestand von Verfahrensrechten von Verletzten auf. Sie ist maßgeblich von dem Leitgedanken getragen, dass die Interessen von Opfern im Strafverfahren *noch stärker* berücksichtigt werden sollen, ohne jedoch die im System des Strafverfahrens grundsätzlich angelegte Rollenverteilung zu ändern oder die Verteidigungsrechte des Beschuldigten über Gebühr zu beschränken.«⁶⁰

55 Dazu *Baumhöfener* StraFo 2012, 2 ff. m.w.N., vgl. *Schünemann* Hamm-FS 2008, 690 ff., *Schroth* NJW 2009, 2918 f. und *Safferling* ZStW 2010, 99 f.; a.A. offenbar *Klengel/Müller* NJW, 2011, 23 ff. und *Hüneke* ZJJ 2009, 338, vgl. auch v. *Galen* 2005, 266.

56 Vgl. auch *Rieß* Jung-FS 2012, 171 und *Deckers* StV 2006, 354 f.

57 Vgl. nur *Eisenberg* HRRS 2011, 64 und *Sauer*, Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2008, S. 26 sowie *Holz* (Fn. 46) S. 25 f.

58 Dazu auch v. *Galen* StV 2013, 171 ff.

59 Vgl. *Freund* u.a. GA 2002, 86.

60 BT-Drs. 18/4621, 1, 13 (Hervorh. d. d. Verf.); zum 3. ORRG u.a. *Wannek* jurisPR-StrafR 5/2016 Anm. 1, *Haverkamp* ZRP 2015, 53 ff. und *Ferber* NJW 2016, 279 ff. sowie die Stellungnahme des DAV (Fn. 33).

Das war bisher in jedem der Opferrechtsreformgesetze so oder so ähnlich zu lesen und wird sicherlich auch in der Entwurfsbegründung zu einem 4. ORRG stehen, dessen Vorlage nur noch eine Frage der Zeit sein dürfte (s.u. V.) – es wird dadurch aber weder besser noch richtiger.

»In dem sensiblen System des Strafverfahrens kann es keine Beschuldigten-neutralen Änderungen der Rechte anderer Verfahrensbeteiligter geben: Von wenigen Ausnahmen abgesehen geht mit einer Stärkung von Opferrechten eine Schwächung von Beschuldigtenrechten einher – zum Teil gewollt, zum Teil in Kauf genommen, zum Teil in der unbegründeten Hoffnung, dazu werde es nicht kommen, wie dem auch sei ... Für die vorliegenden Entwürfe gilt Entsprechendes, von Details abgesehen. Das Mindeste zur Wahrung der Fairness des Verfahrens wäre eine Kompensation auf Seiten der Beschuldigten zur Wahrung der Waffen-gleichheit – das Problem wird aber nicht einmal erkannt, geschweige denn erörtert!«

Dieses Zitat aus einer Stellungnahme des Verf. zum Entwurf des 2. ORRG für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages am 13.5.2009 hätte ohne Weiteres in eine Stellungnahme zum Entwurf des 3. ORRG hineinkopiert werden können, denn die Probleme bleiben dieselben, kumulieren allerdings von Entwurf zu Entwurf bzw. von Gesetz zu Gesetz.

In der Entwurfsbegründung (s.o.) heißt es wohlweislich – so darf unterstellt werden – nicht, man wolle die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht beschränken, sondern man wolle sie nicht »über Gebühr« beschränken: Das, was einem gebührt, so die Etymologie, ist das was einem geschieht und zukommt oder auch zusteht – werden die Verteidigungsrechte also, wie behauptet, nicht »über Gebühr« beschränkt, dann aber eben doch so weit, wie es den angeklagten ‚Tätern‘ im Angesicht ihrer zu schützenden ‚Opfer‘ zusteht resp. zugemutet wird. Das ist – um sprachlich im Kontext zwischen »Gebühr« und impliziter »Ungebühr« zu bleiben – eine harte Währung!

Abschließend soll exemplarisch zu drei Details des 3. ORRG Stellung genommen werden:

1. Zur besonderen Schutzbedürftigkeit Verletzter

Neue »zentrale Einstiegsnorm« – so die Begründung⁶¹ – für die »besondere Schutzbedürftigkeit« von Verletzten wird § 48 Abs. 3 StPO:

61 BT-Drs. 18/4621, 23.

»Ist der Zeuge zugleich der Verletzte, so sind die ihn betreffenden Verhandlungen, Vernehmungen und sonstigen Untersuchungshandlungen unter Berücksichtigung seiner besonderen Schutzbedürftigkeit durchzuführen. [...] Dabei sind die persönlichen Verhältnisse des Zeugen sowie Art und Umstände der Straftat zu berücksichtigen.«

Das bereits zu § 69 Abs. 2 S. 2 i.d.F. des StORMG angemerkte Problem (s.o. III.) wird hier noch einmal auf die Spitze getrieben: Nicht nur vor Ende der Beweisaufnahme, sondern faktisch vor deren Beginn soll der Richter feststellen, ob der Zeuge »zugleich der Verletzte ist«, und er soll »Art und Umstände der Straftaten berücksichtigen«, um ggf. die »besondere Schutzbedürftigkeit« des Zeugen zu wahren. Es wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Gerichte damit in die Gefahr gebracht werden, einerseits die Besorgnis der Befangenheit zu begründen und andererseits die Unschuldsvermutung zu untergraben.⁶²

2. Zur erweiterten Information Verletzter

Gemäß § 158 Abs. 1 StPO ist »dem Verletzten [...] auf Antrag der Eingang seiner Anzeige schriftlich zu bestätigen«, wogegen noch nichts einzuwenden wäre. Zum Problem wird das, weil er zugleich »eine kurze Zusammenfassung [seiner Angaben] zu Tatzeit, Tatort und angezeigter Tat« erhalten soll. Das ist nichts anderes als eine vorgezogene Aktenauskunft zum denkbar frühesten Zeitpunkt, jedenfalls aber vor dem Beschuldigten. Und in jedem Fall verstärkt es die Tendenz, vor Gericht nicht aus der Erinnerung heraus zu berichten, sondern im Einklang mit den zur Anzeige dokumentierten Angaben.⁶³ Wie »kurz« jene Angaben sein werden und ob es aus Sicht des Beschuldigten justiziabel wäre, wenn die dem Anzeigersteller erteilten Auskünfte zu lang ausgefallen sind, steht noch dahin.⁶⁴

Damit korrespondiert eine Erweiterung der Mitteilungsregeln gem. § 406d Abs. 1 StPO: Der Verletzte ist auf Antrag »über die gegen den Angeklagten erhobenen Beschuldigungen« zu informieren. Dazu heißt es in der Entwurfsbegründung, »in der Regel [genüge] die stichwortartige Nennung der angeklagten

⁶² Die Kollegin *Scharfenberg* in ihrer Stellungnahme im freispruch, Heft 7, 2015, 6, vgl. auch *Eisenberg ZJJ* 2016, 34; *Wannek jurisPR-StrafR* 5/2016 Anm. 1 S. 4 misst der Änderung eher geringe praktische Bedeutung zu, ähnlich *Ferber NJW* 2016, 279: »eher symbolischer Charakter«.

⁶³ Dass Anzeigen ohnehin schriftlich angebracht werden können, ist kein durchgreifender Einwand, da dies nachwievor (und gerade in den im vorliegenden Kontext relevanten Fällen) die große Ausnahme ist.

⁶⁴ BT-Drs. 18/4621, 24 (unter Verweis auf Art. 5 Abs. 1 der EU-Opferschutzrichtlinie): »Eine detaillierte rechtliche Bewertung des geschilderten Sachverhalts kann und soll die aufnehmende Behörde zu diesem frühen Verfahrensstadium nicht vornehmen«, dazu *Wannek jurisPR-StrafR* 5/2016 Anm. 1 S. 2, eher krit. *Ferber NJW* 2016, 279 und 282.

Taten«. Wie das »in der Regel« konkret aussehen wird, steht ebenfalls noch dahin. Damit soll insb. gewährleistet werden, dass der Verletzte rechtzeitig, und d.h. ggf. vor Gewährung von Akteneinsicht an einen Anwalt »über die gegen den Angeklagten erhobenen Beschuldigungen« informiert ist.⁶⁵ So wird – für den Beschuldigten weitgehend unanfechtbar⁶⁶ – der bedenkliche Trend verschärft, das mutmaßliche Opfer vor weiteren Vernehmungen, insb. vor der Hauptverhandlung, zu informieren.

3. Zur psychosozialen Prozessbegleitung

Kernstück des 3. ORRG ist die »psychosoziale Prozessbegleitung« (PsychPb, § 406g StPO). Sie soll hier nicht ausführlich abgehandelt werden, nur so viel:⁶⁷

In einem *Opferschutzprozess*, früher unter dem Namen Strafprozess bekannt, der sich damit immer mehr zu einem asymmetrischen Parteiprozess entwickelt, sitzt dem Angeklagten und seiner Verteidigung nicht ‚nur‘ eine Staatsanwaltschaft gegenüber, für deren Anklage das mutmaßliche Opfer der wichtigste Zeuge bzw. die wichtigste Zeugin ist, daneben sitzt auch noch die Nebenklagevertretung, ggf. eine Person des Vertrauens (§ 406f Abs. 2 StPO)⁶⁸ und zukünftig auch noch die PsychPb.⁶⁹ »Kann ein Gericht in einem Verfahren, in dem der Geschädigte von Anfang an sämtliche prozessuale Möglichkeiten in Anspruch genommen hat und von demselben Gericht im Laufe der Hauptverhandlung bereits als ‚Opfer‘ festgestellt wurde, in Anwesenheit eben dieses ‚Opfers‘, einer ‚Person des Vertrauens‘, des psychosozialen Prozessbeleiters und der Nebenklagevertretung überhaupt noch zu einem Freispruch gelangen?«⁷⁰

Es drängt sich das Bild einer Opfer-Entourage auf. Da in diesem Zusammenhang oft von den »besonders schutzbedürftigen Verletzten« die Rede ist: Verschwendet der Gesetzgeber auch mal einen Gedanken darauf, dass

65 BT-Drs. 18/4621, 28; ausf. *Ferber* NJW 2016, 280 sowie 282 zu anderen erweiterten Informationsrechten, vgl. auch *DAV* (Fn. 33) S. 15 ff.

66 Vgl. HK-StPO/*Pollähne* § 406d Rn. 4 ff. und § 406e Rn. 17.

67 Ausf. *Riekenbrauk* ZJJ 2016, 25 ff. und *Eisenberg* ZJJ 2016, 33 ff., jew. m.w.N., vgl. auch *Freudenberg* NK 2013, 99 ff. und *Ferber* NJW 2016, 281 f.: »Meilenstein«.

68 Zumeist eine Vertreterin des *Weißer Rings*, die ihre Rolle vor allem darin sieht, das ‚Opfer‘ optisch gegen Angeklagte/Verteidigung abzusichern.

69 Nehmen auch noch aussagepsychologische Sachverständige teil (dazu ausf. zuletzt *Hilgert* NJW 2016, 985 ff.), die im schriftlichen Gutachten die »Erlebnissbasiertheit« der »Opferzeugenaussagen« attestiert haben, erscheinen diese nicht selten – allemal in der Sitzordnung – als zusätzliche Verfahrensbeteiligte wenn nicht -gegner.

70 *Scharfenberg* (Fn. 62) S. 7; dazu passt die richterliche Einschätzung, »kompetent begleitete Zeugen sind gute Zeugen« (zit. nach NRW-Landtag intern 1/2016, 18), vgl. auch BT-Drs. 18/4621, 19.

die *Angeklagten* in einem solchen asymmetrischen Parteiprozess »besonders schutzbedürftig« sind?⁷¹ Nicht zu unterschätzen ist zudem die weitere Steigerung der Kostenlast Verurteilter, die ggf. auch noch die PsychPb zu zahlen haben.⁷²

PsychPb wird in dem neuen Gesetz⁷³ definiert als »besondere Form der nicht rechtlichen Begleitung im Strafverfahren für besonders schutzbedürftige Verletzte vor, während und nach der Hauptverhandlung« (§ 1 S. 1). Ziel sei, »die individuelle Belastung der Verletzten zu reduzieren und ihre Sekundärviktimsierung zu vermeiden« (S. 2).⁷⁴ In der Tat könnte eine Begleitforschung aufschlussreich sein, die »ja vielleicht zum Ergebnis [käme], dass Opfer von Straftaten in der reinen Zeugenposition weniger traumatisiert werden, als durch mannigfaltige Prozessbegleitung, die das Bewusstsein, ein Opfer zu sein, schafft und verstärkt«. ⁷⁵

Bedenklich erscheint schließlich auch § 406g Abs. 4 StPO, wonach einem nicht beigeordneten PsychPb die Anwesenheit bei einer Vernehmung des Verletzten untersagt werden kann, wenn dies den Untersuchungszweck gefährdet. So weit, so gut – die Bedenken ergeben sich aus dem Umkehrschluss: Dem *beigeordneten* PsychPb ist die Anwesenheit selbst dann gestattet, wenn das den Untersuchungszweck gefährden könnte! Als Grenze wird lediglich auf § 142 Abs. 1 S. 2 StPO verwiesen,⁷⁶ demzufolge die Beiordnung des gewünschten PsychPb nur abgelehnt werden könnte, wenn ihr »ein wichtiger Grund« entgegensteht – das hilft in der Vernehmungssituation nach Beiordnung freilich nicht weiter.⁷⁷

71 Dazu u.a. *Eisenberg ZJJ* 2016, 35 f. im Hinblick auf das Jugendstrafverfahren.

72 Dazu BT-Drs. 18/4621, 19, 22 (Grenze gem. § 456 Abs. 2 StPO: unbillig) und *Ferber NJW* 2016, 281 f.

73 PsychPbG v. 21.12.2015, BGBl. S. 2529, in Kraft zum 01.01.2017.

74 Immerhin wurde gegenüber dem § 406g Abs. 1 StPO i.d.F. des RefE das Ziel einer Steigerung der »Aussagebereitschaft« (krit. dazu *DAV* [Fn. 33] S. 18 f. und *Deckers StV* 2/2015 [Editorial], vgl. *Haverkamp ZRP* 2015, 55) zunächst in ein solches der Steigerung der »Aussagefähigkeit« (BT-Drs. 18/4621, 9, 19) umgewandelt und schließlich – jedenfalls gesetzestechnisch – aufgegeben (vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates a.a.O. S. 45).

75 *Scharfenberg* (Fn. 62) S. 7, allg. dazu auch *Stang/Sachsse*, Trauma und Justiz, 2. Aufl. 2014 sowie *Kölbel* in: *Barton/Kölbel* (Fn. 32) S. 213 ff. zur »kriminalpolitischen Instrumentalisierung der »Gefahr sekundärer Viktimsierung«, vgl. auch *Volbert* in: *Pollähne/Rode* (Fn. 2) S. 149 ff.; zum Fehlen einer Evaluation bisheriger Opferrechts-Gesetze *DAV* (Fn. 33) S. 5 f. und *Haverkamp ZRP* 2015, 56; zum »Trennungsgebot« (psychPb »umfasst weder die rechtliche Beratung noch die Aufklärung des Sachverhalts«; § 2 Abs. 2 S. 2 PsychPbG) *Ferber NJW* 2016, 281, *Riekenbrauk ZJJ* 2016, 31 f. und *DAV* (Fn. 33) S. 19 ff. Wichtig für die Verteidigung auch der Hinweis des § 2 Abs. 2 S. 3 PsychPbG auf das »fehlende Zeugnisverweigerungsrecht«.

76 Dazu *SSW-StPO/Beulke* § 142 Rn. 2 ff. und 18 ff. m.w.N., vgl. *Wannek jurisPR-StrafR* 5/2016 Anm. 1 S. 4 und *Ferber NJW* 2016, 281.

77 Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates in BT-Drs. 18/4621, 44; ausf. zur Beiordnung *Riekenbrauk ZJJ* 2016, 26 f. sowie 27 f. zu den Rechten des psychPb.

V. Zu viel geopfert?

Die Bremer IPOS-Forscher hatten – wie erwähnt (s.o. II.) – u.a. auch Expert*inneninterviews geführt, um die Befunde der Studie zu validieren und eventuelle erkennbare Optimierungsansätze zu erörtern; es mag nicht überraschen, dass Anwälte, gar Strafverteidiger, nicht zu jenen Expert*innen gehörten. |⁷⁸

Da die Aussagen der »Opferzeugen« (die auch am Ende der Studie noch so genannt werden) stets von zentraler Bedeutung und in zahlreichen Fällen auch die entscheidenden oder gar einzigen Beweismittel sind, führen Aussagen, die – so das Ergebnis der Studie – als inkonsistent oder gar widersprüchlich bewertet werden, in zahlreichen Fällen zu einer Einstellung des Strafverfahrens. |⁷⁹ Deshalb solle »nur *eine* ausführliche Vernehmung des Opfers erfolgen und für diese Vernehmung die maximal mögliche Qualität angestrebt werden«, denn aus dieser Vernehmung ergebe sich »die zentrale Weichenstellung für das weitere Verfahren. In der überwiegenden Zahl der Fälle determiniert sie nach den vorliegenden Befunden das Ergebnis des Verfahrens.« |⁸⁰ Zentraler Ansatzpunkt einer Verbesserung des Ermittlungsverfahrens bei Sexualdelikten – so die Forscher und die interviewten Expert*innen – könne im Wesentlichen nur und müsse deshalb die Vernehmungssituation und insb. die Protokollierung bei den Sonderdezernaten sein. Optimal wäre eine audio-visuelle Aufzeichnung der Vernehmung. |⁸¹

Einmal abgesehen von der kritikwürdigen Vorstellung, damit erübrige sich ggf. eine erneute (sekundäre) Vernehmung in der Hauptverhandlung, |⁸² entspricht dieser Vorschlag alten Forderungen aus den Reihen der Strafverteidigung (freilich nicht auf Sexualstrafverfahren beschränkt). Im Übrigen mag das Zitat aus einem Protokoll der AG Opferschutz der »Schattenriss«-Beratungsstelle in Bremen vom 18.08.2004 für sich sprechen: »Die Videoaufnahmen bieten vielfach Angriffspunkte für die Verteidigung des Täters, weil sowohl Widersprüche in der Aussage als auch Suggestivbefragungen dokumentiert sind.« |⁸³

78 Angemerkt wird insoweit nur (IPOS-Studie [Fn. 5] S. 74), dass eine Befragung von Opferanwältinnen vom Auftrag (und demgemäß im Budget) nicht vorgesehen war.

79 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 62

80 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 63 (Hervorh. d. d.Verf.); bezeichnend auch BT-Drs. 18/4621, 18: Schutz vor Mehrfachvernehmungen.

81 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 63.

82 Vgl. auch *Pollähne* StV 2015, 784 (786, 789) m.w.N.

83 StV 2005, 466.

Ein weiterer Vorschlag weckt hingegen erhebliche Bedenken: Kritisiert wird, dass weitere Ermittlungen zur Person und zum Umfeld der Tatverdächtigen in aller Regel nicht stattfinden, was von den interviewten Expert*innen »grundsätzlich als problematisches Ermittlungsdefizit« erachtet wurde.⁸⁴ Konsequent erscheine es

»im besten Interesse der Angeklagten und der Opferzeugen sinnvoll, alle rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Aufklärung des Geschehens und zur Einschätzung der Glaubhaftigkeit von Aussagen bereits im Ermittlungsverfahren zu nutzen, mithin auch Ermittlungen zur Person und zum Umfeld der Beschuldigten«;

es wird konkret die Forderung erhoben, die Ermittlungen gegen die Tatverdächtigen zu intensivieren.⁸⁵ Dass dies »im besten Interesse der Angeklagten« geschähe, darf bezweifelt werden, ist aber wohl auch nicht wirklich so gemeint: Dem Beschuldigten ist rechtliches Gehör zu gewähren, auf dass er sich – anwaltlich hoffentlich gut beraten – autonom dafür entscheide, ob er Angaben zu seiner Person und zu seinem Umfeld machen möchte. Intensivierte Ermittlungen gegen Sexualtatverdächtige sind im Hinblick auf die damit oft einhergehenden erheblichen Eingriffe in Persönlichkeitsrechte (Stichwort: Rufschädigung) hingegen sehr problematisch, zumal es gilt, einen Tatverdacht aufzuklären, nicht aber »Person und Umfeld« des (häufig zu Unrecht, s.o.) Verdächtigten.

Nach der Opferrechtsreform ist vor der Opferrechtsreform: Das 4. ORRG scheint nur noch eine Frage der Zeit, eine entsprechende GesamtrefORM des Strafverfahrensrechts ist im BMJV offenbar bereits angedacht.⁸⁶ Die derzeit diskutierte StPO-Reform ist freilich keineswegs dazu geeignet und/oder gar nicht dafür gedacht, jenem Trend etwas Wirksames entgegen zu setzen.⁸⁷ Die grassierende Viktimisierung von Strafjustiz und Kriminalpolitik⁸⁸ ist justiziell kaum aufzuhalten, muss aber kriminalsoziologisch entlarvt⁸⁹ und kriminalpolitisch bekämpft werden: Es wurde schon zu viel geopfert!

84 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 65.

85 IPOS-Studie (Fn. 5) S. 66.

86 Zur mangelnden Konsistenz und Systematik der bisherigen »Opfer«rechte im Strafverfahrensrecht auch *Haverkamp* ZRP 2015, 55 f. (»Labyrinth«) sowie der *DAV* (Fn. 33) S. 12 f.

87 Auch dem »Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens« vom Oktober 2015 ist Entsprechendes nicht zu entnehmen; zum RefE eines Gesetzes »zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens« v. 27.05.2016 vgl. auch *Schlothauer* in diesem Band auf S. 69 ff.

88 Jüngst wurde im Namen des Opferschutzes gar eine Ausweitung der sog. »elektronischen Fußfessel« gefordert, vgl. *Kühne-Hörmann* DRiZ 2015, 204 ff. und *Fünfsinn/Kolz* StV 2016, 191 ff.

89 Treffend auch *Barton* (Fn. 32) S. 135: »Bei der viktimären Gesellschaft handelt es sich ... nicht um eine Solidargemeinschaft ... [sie] findet ihre Wurzeln in populistischen Vereinfachungen und medialen Auswüchsen.«

Polizeizeugen

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

gestatten Sie mir zunächst eine kurze Vorbemerkung. Vor zweieinhalb Wochen habe ich an dem ersten »Strafkammertag« in Hannover zusammen mit rund 70 Strafkammervorsitzenden und einer Handvoll Senatspräsidenten sowie einigen Spitzen der deutschen Justiz teilgenommen. Im Rahmen der dortigen Diskussionen über die Vorschläge der vom BMJV eingesetzten »Expertenkommission« wurde u.a. auch erörtert, wie man als Gericht der sog. Konfliktverteidigung besser begegnen kann; ich erwarte hier bei Ihnen ein interessantes Kontrastprogramm zu der Veranstaltung in Hannover.

Als Rechtsanwalt Stefan Conen mich im Herbst 2015 fragte, ob ich bereit sei, auf Ihrer Veranstaltung einen Vortrag zum Thema Polizeizeugen zu halten, war ich mir diesbezüglich einer besonderen Problematik nicht bewusst. Ich habe im Laufe von inzwischen 25 Jahren Vorsitzendentätigkeit hunderte von Polizeizeugen vernommen, Kripo-Leute und Uniformierte, gute und schlechte, vorbereitete und nicht vorbereitete, bockige und gelassene – ähnlich wie auch sonst bei Zeugen. Eine besondere Problematik habe ich insoweit nicht gesehen. Nachdem ich Herrn Conen nach kurzer Bedenkzeit zugesagt hatte, habe ich bei näherer Beschäftigung mit dem Thema aber doch einige Besonderheiten »entdeckt«, die sich allerdings aus tatrichterlicher Sicht doch etwas anders darstellen, als in der Beschreibung der Arbeitsgruppe 3 aus Verteidigersicht.

Zur Lösung eines Problems oder auch nur zur Beantwortung der Frage, ob es überhaupt ein Problem gibt, ist der Blick ins Gesetz – hier vornehmlich die StPO – oft hilfreich, wie schon der Repetitor bei unserer Ausbildung gesagt hat. Insoweit relevante Regelungen finden sich im 1. Buch (Allgemeine Vorschriften), 6. Abschnitt (Zeugen), in den §§ 48 - 71.

In § 54 II ist die Verschwiegenheitspflicht für öffentlich Bedienstete – also auch Polizeibeamte – geregelt; für die erforderlichen Aussagegenehmigungen gelten besondere beamtenrechtliche Vorschriften, für Bundesbeamte §§ 67, 68 BBG (Bundesbeamtengesetz), für Landesbeamte § 37 BeamStG (Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern v. 17.6.2008). Die Genehmigung erteilt der Dienstherr bzw.

Dienstvorgesetzte; wenn es um gerichtliche Zeugenaussagen geht, darf die Aussagegenehmigung nur versagt werden, wenn »... die Aussage dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde«. Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG – früher »Hilfsbeamte«) dürfen stets vernommen werden, sofern die zuständige Behörde nicht angeordnet hat, dass allgemein oder für bestimmte Einzelfälle eine Aussagegenehmigung erforderlich ist;¹ ich gehe davon aus, dass auch für die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft eine Aussagegenehmigung erforderlich ist, die aber (zumindest konkludent) generell vom Dienstherrn erteilt worden ist.

Probleme kann es geben, wenn es Fragen zu Einsatzgrundsätzen oder dem taktischen Vorgehen der Polizei gibt; die Beantwortung dürfte von der generellen Aussagegenehmigung nicht umfasst sein, sondern bedarf einer solchen im Einzelfall. (Die V-Mann-Problematik und Fragen der Sperrerklärung nach § 96 lasse ich weg, das würde hier zu weit führen.)

Wichtig ist die Belehrung nach § 57, wonach die Zeugen vom Vorsitzenden »zur Wahrheit ermahnt und über die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage belehrt« werden. In diesem Zusammenhang ist an die strafrechtlichen Folgen einer Falschaussage zu erinnern; bei uneidlicher Falschaussage gemäß § 153 StGB drohen Freiheitsstrafen von 3 Monaten bis zu 5 Jahren, bei Meineid gemäß § 154 StGB eine Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr (Verbrechen!), in minderschweren Fällen eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren, bei fahrlässigem Falscheid nach § 161 I droht eine Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe. Für Beamte drohen außerdem erhebliche disziplinarrechtliche Folgen: bei Freiheitsstrafe ab 1 Jahr und vorsätzlicher Tat fliegt er raus (§ 41 BBG bzw. § 24 BeamtStG), auch bei Bewährung!

Nach § 68 I S. 2 kann der Polizeibeamte statt des Wohnortes den Dienstort angeben (in Berlin ohne Relevanz, aber wenn Berliner Polizisten in kleinen Orten in Brandenburg wohnen, ist diese gesetzliche Möglichkeit schon wichtig). Folgende Konstellation aus meiner gerichtlichen Praxis ist erwähnenswert: Ein SEK-Beamter wurde in der Akte nur mit einer Nummer aufgeführt. Er wurde von mir geladen und teilte vorab mit, er wolle in der Hauptverhandlung seinen Namen nicht bekannt geben und mit Hut und Perücke auftreten,

1 U.a. Böhm NSTZ 83, 158 - ganz interessante Ausführungen - im einzelnen in der Begründung etwas umstritten

obwohl keinerlei Gefährdung vorlag und es wohl nur um das »Nichterkanntwerden« ging. Nach einiger zunächst durchaus kontroverser Kommunikation mit dem Dienstvorgesetzten und deutlichem Hinweis darauf, dass so was in der StPO nicht vorgesehen sei, fanden wir schließlich folgenden auch von der Verteidigung hingenommenen Kompromiss, wonach der Zeuge in der Hauptverhandlung seinen Namen auf einen Zettel schrieb, den ich der Protokollführerin weiterreichte und der ins Protokoll aufgenommen wurde; ansonsten ist der Zeuge ohne Verkleidung aufgetreten.

Nach ganz herrschender Meinung sind Polizeibeamte verpflichtet, sich auf ihre Zeugenvernehmung vorzubereiten und müssen erforderlichenfalls die bei ihrer Behörde zugänglichen Akten einsehen, um sich Einzelheiten ins Gedächtnis zurück zu rufen. Diese Verpflichtung steht nicht im Gesetz, ist aber ganz gefestigte Ansicht, die sich auf zwei BGH-Entscheidungen aus der Frühzeit der Bundesrepublik stützt. Allerdings sind BGH 1, S. 5,8 und insbesondere BGH 3, S. 281, 283 f. insoweit keineswegs so eindeutig – eigentlich ist aus letzterer Entscheidung eher das Gegenteil zu schließen, dass nämlich dem Polizeibeamten frühere Aussagen erst dann zur Kenntnis gegeben werden dürfen, nachdem er zuvor ohne derartige Gedächtnisstützen ausgesagt hat.

Der 1. Strafsenat des BGH bekräftigt,² dass sich ein Ermittlungsrichter durch Lesen des Protokolls der von ihm durchgeführten Vernehmung auf seine eigene Vernehmung als Zeuge vorbereiten muss. Er hat weiter ausgeführt:

»... der Ermittlungsrichter [hat] die Pflicht, sich schon während der von ihm durchgeführten Vernehmung intensiv darum zu bemühen, sich den Aussageinhalt einzuprägen.«

Wie der Richter das machen soll, sagt der BGH leider nicht!

Ein Schwerpunkt der gerichtlichen Praxis mit Polizeizeugen ist deren Vernehmung über eine von dem Polizeibeamten im Ermittlungsverfahren durchgeführte Vernehmung, wenn ein Angeklagter in der Hauptverhandlung schweigt oder ein Zeuge sich nicht mehr so richtig erinnern kann oder will.

Zum Inhalt des Protokolls gibt es eher selten Probleme, da nicht davon auszugehen ist, dass ein Polizist etwas ins Protokoll aufnimmt, was der Zeuge/Angeklagte nicht gesagt hat, zumal der ja das Protokoll hinterher liest und

2 NStZ 2012, S. 521

unterschreibt; so ist es ganz selten, dass der Angeklagte/Zeuge in der Hauptverhandlung sagt »Das habe ich nie so gesagt, das hat der Polizist sich ausgedacht!« Erst kürzlich hat allerdings tatsächlich ein Zeuge in einem Verfahren, in dem es um den Bau einer Bombe durch einen IS-Anhänger ging, auf Vorhalt einer belastenden Passage in seiner polizeilichen Vernehmung genau das gesagt: »... das hat der Staat hinzugefügt«. Ich habe diese Aussage wörtlich protokolliert, wir haben dem Zeugen nicht geglaubt, sondern dem Vernehmungsbeamten und den Angeklagten verurteilt. Das kann so falsch nicht gewesen sein, denn der Angeklagte hat seine Revision zurückgenommen.

Unerfreulich kann es sein, wenn die Wortwahl nicht von der Aussageperson, sondern vom Polizisten stammt, weil das ja auch inhaltliche Verwerfungen mit sich bringen kann; am besten sind daher weitgehend wörtliche Protokollierungen, wie es die Fachbeamten i.d.R. bei kindlichen Zeugen und dem Verdacht des sexuellen Missbrauchs machen. Ganz schlecht war eine mir erst kürzlich untergekommene »Vernehmung« einer kindlichen Zeugin zu dieser Thematik aus Brandenburg, wo die Angaben des Mädchens in »indirekter Rede« inhaltlich wohl eher zusammengefasst wiedergegeben wurden.

Problematisch kann natürlich auch sein, wenn sich der Polizist – bei einer Jahre zurückliegenden Vernehmung – trotz Vorbereitung nicht mehr erinnern kann, und nur sagt: »Wenn das da so steht, dann hat der Zeuge/Beschuldigte das auch so gesagt«. Das ist nachvollziehbar, wenn der Beamte andauernd solche und ähnliche Vernehmungen durchführt.

Manchmal fragen Verteidiger den Polizisten »Haben Sie dem Zeugen geglaubt? Halten Sie ihn für glaubwürdig?« Wenn das nicht ausufernd geschieht, lasse ich das zu, ansonsten kommt von mir der Hinweis, dass es Kammer egal ist, was der Polizist glaubt, manchmal verbunden mit dem Hinweis, dass der Kammer auch egal ist, was die Staatsanwaltschaft und der Verteidiger glauben, denn entscheidend ist allein, was Gericht glaubt! Gegen Fragen etwa dergestalt: »aus welchen Tatsachen schließen Sie auf die (Un) glaubwürdigkeit?« wäre nichts einzuwenden.

Probleme mit der korrekten Belehrung von Beschuldigten/Zeugen können schon eine wichtige Rolle spielen; meistens ist der Text in den polizeilichen Vordrucken, die der Zeuge/Beschuldigte ja hinterher lesen kann und unterschreibt, enthalten. Besser ist es sicher, wenn die Belehrungen im individuellen Vernehmungstext (erneut) enthalten sind. Auch hier ist m.E. i.d.R. nicht von bewusst falschen Belehrungen auszugehen, aber Fehler kommen durchaus vor, die dann in Hauptverhandlung aufzuklären sind.

Dies sei an einem erst kürzlich verhandelten Beispiel verdeutlicht, wo die polizeilichen Vernehmungen aber schon über 25 Jahre zurücklagen. Eine Person, bei der dem Leser ziemlich schnell klar wird, dass er von der Polizei als Verdächtiger eines Mordes angesehen wird, wird über Stunden als Zeuge vernommen, wobei sich aus der Akte keinerlei Belehrung (erst recht nicht bzgl. § 55) ergibt. Am Ende der Vernehmung wird ihm gesagt: »Jetzt bist du Beschuldigter und vorläufig festgenommen.« Dann wird er als Beschuldigter vernommen, jetzt zwar mit der normalen Beschuldigtenbelehrung, nicht aber mit der – jedenfalls inzwischen erforderlichen – »qualifizierten« Belehrung, wonach die bisherigen Aussagen nicht verwertet werden dürfen. Interessant ist hierbei, dass das Verwertungsverbot nur dann zum Tragen kommt, wenn die Verteidiger der Verwertung widersprechen, was in unserem Verfahren nicht der Fall war (ich weiß nicht, ob bewusst oder unbewusst; mir war auch unklar, ob das Gericht verpflichtet ist, unter Fair-trial-Aspekten darauf hinzuweisen. In unserem Verfahren war das letztlich egal, da es mit einem Freispruch endete).

Sonstige Tätigkeiten von Polizeibeamten, über die sie in der Hauptverhandlung als Zeugen zu berichten haben, sind z.B. Durchsuchungen und Beschlagnahmen, Observierungsmaßnahmen, TÜ-Maßnahmen (geregelt im ersten Buch – allgemeine Vorschriften –, dort im 8. Abschnitt in den §§ 94 – 111 p StPO).

Ich will Sie jetzt nicht langweilen mit den Voraussetzungen dieser Maßnahmen im Einzelnen (da müsste ich selbst erst mal nachlesen). Auch hier ist bei einem Observationsbericht eher nicht davon auszugehen, dass der Beamte bewusst wahrheitswidrig aufschreibt »Ich habe Person A bei der Übergabe von drogensuspekten Gegenständen und der Entgegennahme von vermutlich Geld gesehen«, wenn er tatsächlich eine andere Person gesehen hat. Verwechslungen mögen allerdings – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – nicht ausgeschlossen sein. Insoweit wird nach Lichtverhältnissen, Entfernung, aus der beobachtet wurde, technischen Hilfsmitteln (Fernglas) zu fragen sein. Hier kann es im Einzelfall zu Problemen mit der Aussagegenehmigung kommen, wenn mit der Beantwortung taktische Vorgehensweisen der Polizei preisgegeben würden. Ich habe solche Probleme in meiner Praxis nur vereinzelt erlebt und konnte sie letztlich mit gutem Zureden gegenüber dem Polizeizeugen (»Ich glaube, diese Frage können Sie noch beantworten«) und dezenten Hinweisen an den Verteidiger (»Ich denke, weitere Fragen in diese Richtung sind zur Sachaufklärung nicht mehr erforderlich«) lösen.

Auf die Frage, ob es bei der Bewertung der Aussagen von Polizeizeugen einen Unterschied zwischen Kripo und uniformierten Beamten gibt, möchte

ich grundsätzlich eher mit »Nein« antworten – wobei ich in meiner Praxis mit Straftaten in Zusammenhang etwa mit Demonstrationen kaum zu tun habe. Ob es insoweit anders ist, entzieht sich daher meiner beruflichen Kenntnis. Aber einen Fall habe ich erlebt, in dem der sog. »Chorgeist« einer Polizeieinheit doch eine gewisse eher unrühmliche Rolle spielte. Sechs Uniformierten in einer »Wanne« wurde zur Last gelegt, eine Fahrradfahrerin, die ohne Licht fuhr und dann gegenüber den Beamten etwas »pampig« wurde, in die Wanne gezerrt und dort körperlich misshandelt zu haben, so dass sie blaue Flecken und Schürfungen erlitt. Dass die Angeklagten in der Berufungs-Hauptverhandlung nichts sagten, war ihr Recht; dass aber die als Zeugen gehörten Fahrer und Beifahrer der »Wanne«, die – soweit ich mich erinnere – keine Trennwand nach hinten, jedenfalls aber ein Fenster hatte, gar nichts mitbekommen haben wollen, das war m. E. eine Falschaussage zugunsten ihrer Kollegen. Wir haben jedenfalls alle sechs (weil wir nicht rausgefunden haben, wer geschlagen bzw. getreten hat) jeweils wegen Beihilfe zur Körperverletzung im Amt verurteilt und das Kammergericht hat uns bestätigt (von der Intensität her war es ein Verfahren wie ein Mordprozess!).

Wie fällt nun die gerichtliche Bewertung der Aussagen von Polizeizeugen aus?

Allgemein ist bekannt, dass Zeugen wegen der Unzulänglichkeit des Menschen die unzuverlässigsten Beweismittel sind, selbst wenn sie gutwillig sind und wahrheitsgemäß aussagen wollen. Auf diversen Fortbildungen habe ich diesbezüglich schon erstaunliche Erkenntnisse gewonnen (Kollegen waren schon mal richtig beleidigt, weil sie bei einer derartigen Veranstaltung durch kleine Experimente hinter Licht geführt worden sind). Ein schöner Fingerabdruck oder eine DNA-Spur sind zuverlässiger! Trotzdem sind Zeugen die in der gerichtlichen Praxis am meisten genutzten Beweismittel.

Ein Unterschied besteht allerdings zwischen Privatpersonen, die »Knallzeugen« eines Autounfalls sind oder die zufällig von einem Überfall etwas mitbekommen oder die gar Opfer einer Straftat werden – mit den sich daraus ergebenden erheblichen psychischen Belastungen und eventueller Unzuverlässigkeit ihrer Angaben, was z.B. die Größe des ihnen vorgehaltenen Messers oder die Zahl der ihnen verabreichten Fußtritte betrifft (man denke an die Aussage eines Wachmannes in dem sogenannten Pokerprozess vor einigen Jahren, der vom sechs bis sieben Tritten gegen ihn sprach, wohingegen auf der Videoaufzeichnung klar ein einzelner Tritt zu erkennen war) – und zwischen Polizeibeamten, die z.B. bei Observationen aufmerksam beobachten und sodann ihre Beobachtungen auch zu Papier bringen in dem Bewusstsein, darüber später möglicherweise als Zeuge gehört zu werden. Auch

Beamte, die Vernehmungen durchführen, wissen, dass sie möglicherweise später dazu gehört werden.

Daraus ergibt sich, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Zuverlässigkeit der Angaben von Polizeibeamten als Zeugen in der Hauptverhandlung besteht. Die vom BGH im Zusammenwirken mit Professor Steller vor mehr als 15 Jahren im Zusammenhang mit der Vernehmung von kindlichen Zeugen bei Verdacht eines sexuellen Missbrauchs »erfundene« sog. Null-Hypothese, wonach erst einmal von der Unwahrheit einer Aussage auszugehen ist und sodann anhand einer Vielzahl von Kriterien zu prüfen ist, ob diese Hypothese widerlegt werden kann und von dem Wahrheitsgehalt der Aussage auszugehen ist, wird im gerichtlichen Alltag bei der Bewertung der Angaben von Polizeizeugen (wie im Übrigen auch bei der Bewertung der Angaben sonstiger »normaler« Zeugen) nicht angewendet. Mir ist auch kein Fall bekannt, in dem hinsichtlich eines Polizeizeugen eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung in Auftrag gegeben worden ist. Da gilt doch das eherne Prinzip, wonach die Bewertung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Angaben »die ureigene Aufgabe des Tatrichters« ist.

In diesem Zusammenhang hoffe ich zumindest, dass meine Zeugenbelehrung einigermaßen ernst genommen wird und ein Polizeibeamter es nicht riskiert, wegen einer – womöglich sogar unter Eid abgegebenen – Falschaussage (Warum auch? Um jemanden auf diese Weise in den Knast zu bringen?) seinen Job riskiert. Allerdings war es in dem oben geschilderten »Wannen-Fall« anders, als es darum ging, Kollegen vor einer Bestrafung zu bewahren.

Ausnahmsweise kann es übrigens auch mal Probleme für einen Richter geben, wenn man Polizeizeugen nicht hört. Dem Angeklagten wurde ein besonders schwerer Raub zur Last gelegt (insoweit lag ein Geständnis vor) und eine gefährliche Körperverletzung in Tateinheit mit Widerstand: Elf Polizisten waren in die Wohnung des Angeklagten, in der es familiären Streit gegeben hatte, eingedrungen; der Angeklagte entwendete einer Polizistin ihr Pfefferspray und sprühte; elf Polizisten hatten tränende Augen. Dieses Geschehen war für die Polizei tatsächlich eher peinlich und rechtlich war zudem zweifelhaft, ob das Vorgehen der Polizei rechtmäßig war. Deswegen äußerte ich in der Hauptverhandlung zur Staatsanwältin: »Ich habe keine Lust, elf Polizisten als Zeugen zu hören«. Die Staatsanwältin hat mich sofort verstanden und einen Antrag nach § 154 II StPO gestellt, dem die Kammer entsprochen hat. Mein etwas locker formulierter Satz stand am nächsten Tag in der Presse. Am übernächsten Tag ging ein an die Präsidentin des Kammergerichts adressiertes, aber beim Berliner Verfassungsgerichtshof landendes Fax eines

ehemaligen Kripo-Beamten und jetzigen Brandenburger Abgeordneten der Partei »Die Linke« (ausgerechnet!) ein mit einer Anzeige gegen mich wegen Rechtsbeugung. Es sei unerträglich, dass ein Richter es »aus purer Faulheit« ablehne, elf Polizeibeamte als Zeugen zu hören. Besondere Kenntnisse der Strafprozessordnung hat der ehemalige Kripo-Mann durch diese Aktion nicht gerade nachgewiesen; die Präsidentin des Kammergerichts hat ihm (durch den zuständigen Referenten) die passende Antwort erteilt.

Sie haben schon bemerkt, dass der in der Beschreibung der Thematik der AG 3 zitierte § 160 II StPO bei meinen Ausführungen nicht vorkam. Abgesehen davon, dass die Vorschrift zunächst an die Staatsanwaltschaft gerichtet ist (»die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln«), allerdings auf dem Weg über §§ 161 I, 163 I StPO auch für die Polizei gilt, gibt es m.E. einen »normativen Vertrauensvorschuss« bei der Bewertung von Aussagen von Polizeizeugen nicht. Grundsätzliches Misstrauen ist allerdings – wie sich aus meinen Ausführungen ergibt – auch nicht angezeigt. Um es etwas provokant auszudrücken: Der in der Beschreibung der Arbeitsgruppe »Polizeizeugen« geäußerte Verdacht, der Polizeizeuge will »auf Teufel komm raus« einen Beschuldigten/Angeklagten in den Knast bringen, belehrt daher schon mal falsch oder gar nicht und lügt dann in der Hauptverhandlung entweder aus dem soeben genannten Motiv oder weil er aus Angst vor seinen Vorgesetzten und der Befürchtung, nicht mehr befördert zu werden, keinen Fehler zugeben kann, hat in meiner jahrzehntelangen richterlichen Praxis keine Bestätigung gefunden.

Ich danke Ihnen für ihre Aufmerksamkeit.

Ulrich von Klinggräff

Berufszeugen

Die Sonderbehandlung von Polizeizeugen vor dem Strafgericht ist jeder Strafverteidigerin und jedem Strafverteidiger bekannt. Eine kritische Würdigung des Aussageverhaltens durch die Strafjustiz findet üblicherweise nicht statt. Es handelt sich für die Gerichte um Zeugen erster Klasse. Die Folge ist eine Art von Beweislastumkehr. Bei der Bewertung der Aussagen der Berufszeugen werden von der Strafjustiz in allen Stadien des Verfahrens zentrale strafprozessuale Prinzipien und Beweisregeln außer Kraft gesetzt und aussagepsychologische Erkenntnisse vollständig missachtet. Dies betrifft sowohl den Berufszeugen in seiner Eigenschaft als Ermittlungsbeamten und in besonderem Maße auch den Polizisten in Gestalt des unmittelbaren Tatzeugen.

Dabei wird es im Folgenden nicht um den lügenden Polizeizeugen gehen. Diesen gibt es in der Realität der Strafrichter ohnehin kaum. Jedenfalls wird man es als Verteidiger auch in den Fällen, in denen es gelungen ist, eine Polizeiaussage zu widerlegen, vermeiden, von einer Lüge zu sprechen. Die Hürde für den Freispruch würde sich weiter erhöhen. Angesichts der besonderen Hochachtung, welche Polizeizeugen bei Gericht genießen, sind wir in diesen Fällen üblicherweise bestrebt, dem Gericht eine Brücke zu bauen: darzulegen, dass der Irrtum, dem der Beamte unterlegen ist, naheliegend und alles andere als vorwerfbar ist.

Bei Strafrichtern erleben wir eine Haltung gegenüber den Berufszeugen, die zum Ausdruck bringt, dass das polizeiliche Aussageverhalten als

- neutral und objektiv,
- nicht interessensgeleitet,
- besonders zuverlässig

angesehen wird.

Es dürfte kaum ein zweites Thema geben, bei dem die Einschätzungen von Gerichten/Staatsanwaltschaft auf der einen Seite und die Sichtweise der Strafverteidigung sich so diametral gegenüberstehen wie bei der Frage der Bewertung von polizeilichen Zeugenaussagen.

Mit der Verwendung des Begriffs des *Berufszeugen* soll verdeutlicht werden, dass es sich um eine Zeugengruppe eigener Art handelt, nicht etwa um professionellere Zeugen im Sinne von zuverlässigeren Zeugen. Sondern um eine spezielle Zeugengruppe, bei der eigenständige Bewertungsmaßstäbe anzusetzen sind.

I. Der Polizeibeamte – ein idealtypischer Zeuge der Strafjustiz auf dem Weg zur Verurteilung

Dass die Staatsanwaltschaft keinen kritischen Blick auf den Polizeizeugen werfen will, verwundert aufgrund der institutionellen Nähe zur Polizei nicht. Eher irritiert die völlig unkritische Haltung bei den Gerichten. Warum ist das so?

Entscheidend dürfte sein, dass den Gerichten immer bewusst ist, dass es sich bei den Berufszeugen um eine besonders wichtige Zeugengruppe handelt, mit der die Strafjustiz einen nicht geringen Teil ihrer Arbeit sehr effektiv bewältigen kann und bei der auch insofern mit Abwehrreflexen gegen den kritischen Blick reagiert wird.

Gegen eine kritische Würdigung der Aussagen von Berufszeugen auch in ihrer Eigenschaft als unmittelbare Tatzeugen sperren sich Strafrichter, weil diese Zeugengruppe mit ihrem stringenten, unmittelbar auf die verurteilungsrelevanten Aspekte ausgerichteten Aussageverhalten der Strafjustiz die Arbeit erheblich erleichtert. Polizeizeugen kennen keine Zweifel. Ihr Aussageverhalten ist von einer absoluten Eindeutigkeit geprägt. Es findet sich in den Aussagen – anders als bei zivilen Zeugen – kein als überflüssig empfundener Begleittext. Polizeibeamte kennen jedenfalls im Groben die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm und richten ihr Aussageverhalten danach aus. Die Polizeisprache ist sachlich gehalten, schnörkellos, blutleer. Die Aussagen können regelmäßig eins zu eins in die Urteilsbegründung aufgenommen werden.

Oder wie *Maeffert* es in einem Aufsatz für den Strafverteidiger bereits 1982 formuliert hat:

»Den einzigen Lichtblick – so lesen sich unzählige Urteile in der Justizgeschichte – in der Finsternis menschlicher Fehlbarkeiten an Gedächtnisleistung, Wiedergabefähigkeit und Wahrheitsliebe, bietet der Polizeizeuge. Die traditionelle Begeisterungsfähigkeit des Richters für diesen lichten Zeugen ist ebenso unbegrenzt wie die richterliche Fürsorge gegen alle

Bemühungen, auf dieses strahlende Bild von einem Zeugen Schatten zu werfen.«¹

Wir Verteidiger stellen unsere Verteidigungsstrategie auf diese Erfahrung des gänzlich unkritischen Umgangs der Gerichte mit dieser Zeugen­gruppe ein: Der Versuch einer Freispruchstrategie gegen Polizeizeugen wird schon fast als handwerklicher Fehler begriffen, Entlastungszeugen wegen der naheliegenden Gefahr, dass diese im Nachgang einem Falschaussageverfahren unterzogen werden, gar nicht erst benannt.

Meine Bewertung des Aussageverhaltens von Berufszeugen und meine Erfahrungen des Umgangs der Justiz mit dieser Zeugen­gruppe speist sich in erster Linie aus den sog. politischen Verfahren, vor allem den Strafverfahren im Zusammenhang mit Demonstrationsdelikten. Diese Verfahren sind besonders gut geeignet, die eigenständige Problematik dieser Zeugen­gruppe und ihre besonders pflegliche Behandlung durch die Strafjustiz sichtbar werden zu lassen. Wird das Verfahren hier doch regelmäßig von Berufszeugen sowohl in ihrer Eigenschaft als Ermittlungsbeamte als auch als unmittelbare Tatzeugen bestimmt und sind diese Verfahren regelmäßig von einer besonders konfrontativen Grundsituation geprägt.

In ähnlicher Form und mit identischen strukturellen Problemen lassen sich diese Erfahrungen aber auch auf alle anderen Verfahren übertragen, in denen Polizeibeamte eine zentrale Rolle spielen. In den Verfahren, in denen Polizeibeamte häufig auch als unmittelbare Tatzeugen auftreten, wie etwa auch den BtM-Verfahren, verkehrsstrafrechtlichen Verfahren oder in den Prozessen gegen Fußballfans gilt dies in besonderer Weise. Oft existieren hier deliktspezifische polizeiliche Einsatzgruppen.

II. Umgang der Justiz mit den Berufszeugen

1. Die Sonderbehandlung der Berufszeugen im Ermittlungsverfahren

Der Verlauf des Ermittlungsverfahrens wird von den Ermittlungsbeamten bestimmt. Die Staatsanwaltschaft bekommt regelmäßig ein fertiges polizeiliches Ermittlungsergebnis präsentiert, welches dann allenfalls einer allgemeinen Plausibilitätsprüfung unterzogen wird.

¹ Maffert, StV 1982, 386

Diese strukturell angelegte faktische polizeiliche Hoheit über den Verlauf des Ermittlungsverfahrens mit seinem verengten Blickfeld und der frühzeitigen Festlegung auf bestimmte Hypothesen erfährt dann eine weitergehende Problematik, wenn zusätzlich auch noch die unmittelbaren Tatzeugen Polizeibeamte sind. Eine gründliche, die Aussagen der Polizeizeugen in Frage stellende Ermittlung, ist hier nicht zu erwarten. Die polizeilichen Tatzeugen ersetzen dann weitgehend alle möglichen weiteren Ermittlungen. Diese werden als überflüssig angesehen, da in den Aussagen ja bereits alles zur Verurteilung Notwendige enthalten ist.

Wir kennen alle die Praxis bei den Vernehmungen von Polizeizeugen im Ermittlungsverfahren. Konfrontiert sind wir mit einem Fließtext ohne jede individuelle Note. Maximal schließen sich dem Text dann einige wenige Alibifragen an.

Die Art der Durchführung der Vernehmung widerspricht dabei der Norm des § 69 StPO mit seiner Differenzierung zwischen dem Bericht und einem Verhör. Das in § 69 StPO enthaltene Prinzip wird vom BGH so definiert:

»Einer dieser Grundsätze besteht in der Tat darin, dass erkennbar werden muss, was der Zeuge über einen Vorfall aus lebendiger Erinnerung zu berichten weiß, und was er erst bekunden kann, nachdem seinem Gedächtnis in irgendeiner Weise nachgeholfen worden ist.«

Eine derartige Möglichkeit der Unterscheidung würde eine tatsächliche und kritische Befragung der polizeilichen Tatzeugen voraussetzen. Diese jedoch findet nicht statt. In der Hauptverhandlung ist das in § 69 StPO enthaltene Prinzip aufgrund der Vorbereitung der Berufszeugen ohnehin obsolet. Hierauf werde ich noch zurückkommen.

Der Verstoß gegen § 69 StPO ist noch eklatanter bei der Praxis der Anfertigung schriftlicher Aussagen durch Polizeizeugen festzustellen. Üblicherweise finden sich in den Akten derartige Aussagen unter der Überschrift »dienstliche Äußerung«, »zeugenschaftliche Äußerung« oder schlicht »Vermerk« – also von den Zeugen selbst gefertigte Schriftstücke ohne Unterscheidung zwischen Bericht und Verhör und ohne Belehrung. Diese gängige Praxis wird von der Staatsanwaltschaft nicht beanstandet.

Eine Regelung hinsichtlich der Fertigung schriftlicher Äußerungen findet sich in Nr. 67 Abs. 1 RiStBV:

»In geeigneten Fällen kann es ausreichen, wenn ein Zeuge sich über bestimmte Fragen zunächst nur schriftlich äußert, vorausgesetzt, dass er glaubwürdig erscheint und eine vollständige Auskunft von ihm erwartet werden kann. ...«

Und da Polizeibeamte bei der Staatsanwaltschaft per se als glaubwürdig gelten, wird dann eben auch unabhängig von der Schwere eines Tatverdachts oder der Komplexität eines Sachverhalts die Fertigung einer schriftlichen Aussage akzeptiert bzw. von vornherein angeregt.

Aus unserer Erfahrung im Zusammenhang mit der Befragung von Berufszeugen wissen wir, dass den Beamten bei der Erstellung dieser schriftlichen Aussagen regelmäßig bereits weitere Unterlagen zur Verfügung standen (etwa der Text der Strafanzeige, teilweise auch weitere Aussagen oder sonstige Hilfsmittel). Der Akte ist dabei jedoch nicht zu entnehmen, ob die Aussage allein oder gemeinsam mit anderen gefertigt worden ist und welche Informationen der Beamte zuvor erhalten hat. Bereits hier wird eine Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdwahrnehmung verunmöglicht.

In besonderer Weise lässt sich die Einseitigkeit der Ermittlungen in den Fällen wahrnehmen, in denen es (zivile) Zeugenaussagen gibt, die im Widerspruch zu den Angaben der Polizeizeugen stehen. Hier findet dann bei den zivilen Zeugen all das statt, was bei den Polizeizeugen unterblieben ist: Eine intensive kritische Befragung, bei der die Zeugen mit den Angaben der Polizeibeamten konfrontiert und streng auf ihre Wahrheitspflicht hingewiesen werden.

Die erste eigenständige Ermittlungshandlung des zuständigen Staatsanwalts besteht in der Einholung eines Registerauszuges zu dem Entlastungszeugen.

Entlastungszeugen in von Berufszeugen dominierten Strafverfahren bereits im Ermittlungsverfahren zu benennen, gilt bei dieser Ausgangslage unter einigen Verteidigern bereits als handwerklicher Fehler. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass die Benennung von Entlastungszeugen für diese ein erhebliches eigenes Strafverfolgungsrisiko beinhaltet.

In den Demonstrationsstrafverfahren spielen polizeiliche Videos oft eine zentrale Rolle (und sind häufig die einzige Chance der Beschuldigten). Noch nie habe ich es dabei erlebt, dass eindeutig entlastendes Videomaterial von der Polizei zur Akte gegeben wurde. Allerdings gibt es oft polizeiliche Vermerke, in denen dann sinngemäß festgehalten wird, dass bei Durchsicht kein relevantes Videomaterial festgestellt worden sei. Übersetzt werden muss dieser Vermerk dann in: »Es hat sich kein belastendes Videomaterial finden lassen«. Eine Überprüfung des Videomaterials in der polizeilichen Videodokumentationsstelle durch die Verteidigung allerdings bringt dann regelmäßig Entlastendes ans Licht.

Und wenn dann doch einmal Videomaterial vorgelegt wird, dann erleben wir Beispiele von kreativer Aufarbeitung, von seltsamen Zusammenschnitten und polizeilicher Kommentierung des Beweismaterials.

In einem Verfahren vor dem LG Dresden wurde dem Mandanten der Vorwurf des schweren Landfriedensbruchs gemacht: Mit einem Megafon soll er als eine Art Koordinator beim Durchbrechen einer Polizeisperre fungiert haben. In der Akte enthalten ist ein *Zuschnitt* polizeilicher Videos. Die Bilder in diesem Zusammenschnitt sind teilweise mit polizeilichen Kommentaren und Hervorhebungen versehen.

Der Kommentar lautete u.a.:

»Der TV gibt mittels eines Megafons Anweisungen und trägt damit erheblich zum organisierten Verhalten der gewaltbereiten Menschenmenge bei.

Er agiert während des gesamten Verlaufs des besonders schweren Falls des Landfriedensbruchs im vorderen Bereich.

Er ist wesentlich am Durchbrechen der Polizeiabspernung beteiligt und distanziert sich auch danach nicht von der Menge«.

Dazu gibt es Bilder, die den Angeklagten mit Megaphon zeigen sollen. Dabei werden ihm gleichzeitig bestimmte auf dem Video vernehmbare Äußerungen zugeordnet. Etwa: »Nehmt mal das Scheiß Transparent runter!« – oder: »Nach vorne!«

Bei der Auswertung des gesamten polizeilichen Videomaterials, das erst auf Antrag der Verteidigung beigezogen wurde, zeigte sich dann, dass der polizeiliche Zusammenschnitt des Videomaterials so erfolgt ist, dass sämtliche Sequenzen, die vier weitere Personen mit Megafonen zeigen, herausgeschnitten worden sind. Jede dieser Personen käme als Urheber der Äußerungen in Frage.

Besondere Abteilungen der Staatsanwaltschaft sind für die Verfolgung der Demonstrationsdelikte zuständig. Sie halten Polizeibeamte für besonders schutzbedürftig und sind bereit, auch noch jeden kleinen Zappler im Zusammenhang mit einer Festnahme, den sog. Anschlusswiderstand, anzuklagen. »Die Deliktsnatur«, so der Leiter der entsprechenden Berliner Abteilung, »verbietet regelmäßig die Einstellung des Verfahrens.« Strafanzeigen gegen Polizeibeamte werden von diesen weiterhin reflexartig mit Gegenanzeigen wegen des Vorwurfs des Widerstand oder der falschen Verdächtigung beantwortet und von der Staatsanwaltschaft entsprechend verfolgt.

Beispielhaft konnte man diese Methode bei einem Verfahren vor dem AG Weimar im Jahr 2015 beobachten: Mehrere junge Menschen hatten Strafanzeigen gegen Weimarer Polizisten erstattet. Sie seien im Polizeigewahrsam geschlagen und gedemütigt worden. Wie üblich wurde das Verfahren nach § 170 II StPO eingestellt. Hinsichtlich der attestierten Verletzungen wurde seitens der Staatsanwaltschaft gemutmaßt, dass diese selbst zugefügt worden sein könnten.

Dann wurde der Spieß umgedreht und gegen diese drei jungen Leute Strafverfahren wegen des Vorwurfs der falschen Verdächtigung und des Vortäuschens einer Straftat eingeleitet. Die Behauptungen der Angeklagten, so die Staatsanwaltschaft, seien frei erfunden worden, um die Polizei aus einer polizeifeindlichen Gesinnung heraus zu Unrecht zu belasten.

Im Rahmen der intensiven Befragung der Polizeizeugen trat dann Erstaunliches zu Tage: Nicht nur, dass den Polizeizeugen Aktenbestandteile zur Vorbereitung ausgehändigt worden sind. Zusätzlich wurden diese Zeugen dann auch noch bei einem Dozenten der Polizeischule in Meiningen in Einzelgesprächen und in Form von Rollenspielen speziell für die Befragung durch die Verteidigung geschult.

Die andere Seite des besonderen Näheverhältnisses zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft zeigt sich im Umgang der Justiz mit den Strafanzeigen gegen Polizeibeamte, insbesondere wegen des Vorwurfs der Körperverletzung im Amt. Zu konstatieren ist, dass es kaum eine andere Berufsgruppe gibt, die derart umfassend vor einer Strafverfolgung geschützt werden soll. Wenn Polizisten gegen Polizisten ermitteln, dann darf man nicht viel erwarten. Und der Staatsanwaltschaft reichen die Pseudoermittlungen der Polizei allemal.

Die aktuellen Zahlen sprechen für sich: Im Jahre 2014 wurden 2138 Polizisten wegen des Vorwurfs der Körperverletzung im Amt angezeigt. In ganzen 33 Fällen wurde Anklage erhoben.

Dabei ist hinsichtlich der Zahl der Strafanzeigen sicher auch noch zu berücksichtigen, dass viele Strafanzeigen aus der begründeten Angst vor Gegenanzeigen unterbleiben.

2. Die Sonderbehandlung der Berufszeugen in der Hauptverhandlung

Das unkritische Bild von Polizeizeugen spiegelt sich auch in der Behandlung dieser Zeugen durch das Gericht wieder. Eine kritische Überprüfung der Aussagen der Berufszeugen findet nicht statt. Die Strafgerichte lassen es sich gefallen, dass die Polizeizeugen erkennbar alleine das wiedergeben, was sie

sich kurz zuvor angelesen haben. Die Befragung erschöpft sich in einer reinen Bestätigungsbefragung. Wir wissen alle, was es üblicherweise bedeutet, wenn wir diese Zeugen einer intensiven Befragung unterziehen. Wir kennen die harten Auseinandersetzungen um die Durchsetzung des Fragerechts. Und wir kennen das kollektive Augenrollen dabei auf der Richterbank.

Und wir kennen auch die unwürdigen Szenen, die sich abspielen, wenn es gelungen ist, die Aussagen von Polizeizeugen zu widerlegen und das Gericht freisprechen muss. Es kommt jedenfalls in den Demonstrationsverfahren dann oft vor, dass sich die Polizeizeugen und ihre Kollegen, in Mannschaftsstärke und uniformiert im Zuhörerraum anwesend, danach bei dem Gericht über den Freispruch beschweren. Oder dass das Gericht erkennbar unter Rechtfertigungszwang den Polizeizeugen einen längeren Vortrag darüber hält, warum hier freigesprochen werden musste und dass dies natürlich nicht bedeutet, dass das Gericht davon überzeugt ist, dass der Zeuge subjektiv die Wahrheit gesprochen hat. Man kann fast den Eindruck gewinnen, die Gerichte – und hier insbesondere die Amtsrichter – haben Angst vor diesen Zeugen und meinen, sich für den Freispruch entschuldigen zu müssen.

Die Praxis von Polizeizeugen, ihre Aussagen voneinander abzuschreiben, wird von den Gerichten toleriert. Selbst bei teilweise wortgleichen Texten wird die stereotype Behauptung der Berufszeugen, dass dies allein der jahrelangen Zusammenarbeit geschuldet sei und man sich bei der Fertigung von Texten deshalb angeglichen habe, geschluckt.

III. Eigene Erkenntnisse zu den Berufszeugen

Ich will meine Erfahrungen/Erkenntnisse zu den Berufszeugen und ihre Sonderbehandlung unter vier verschiedenen Gesichtspunkten beschreiben:

- Polizeizeugen machen interessengeleitete Aussagen;
- Polizeizeugen sind keine besseren Zeugen;
- Aussagen von Polizeizeugen als Wiedergabe einer Gruppenarbeit;
- das sogenannte Vorbereitungsrecht und seine Auswirkungen.

1. Polizeizeugen machen interessengeleitete Aussagen

Der Blick der Verteidigung auf die Berufszeugen ist davon geprägt, was der Kriminologe Fritz *Sack* einmal mit dem Satz, dass Polizeibeamte in den Verfahren »die Herrschaft über die Wirklichkeit« innehaben, beschrieben hat.

Wir nehmen wahr, dass Polizeizeugen das Verfahren von Beginn an weitgehend unbeeinflusst von einer Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft steuern, dass die Ermittlungen oftmals von einer frühzeitigen Festlegung auf eine Hypothese bestimmt sind und diese unter Negierung alternativer Ermittlungsansätze einseitig verfolgt wird.

Im weiteren Verlauf des Verfahrens wird diese grundlegende Wegweisung dann unbeirrt weiterverfolgt und abgesichert. Es findet eine subtile Steuerung des Verfahrens statt.

Oder wie es Professor *Eisenberg* formuliert:

»Ein polizeilicher Zeuge tritt meist „funktionsbezogen“ hinsichtlich seiner Ermittlungen auf, der seine Arbeit präsentieren und ihre Qualität durch das Gericht überprüfen lassen muss. Insofern besteht eine nicht unerhebliche Gefahr, dass Fehler oder Ermittlungs- bzw. Erinnerungslücken, die ggfs. als „nicht-professionell“ beurteilt werden könnten, verschwiegen (oder u.U. schon im Voraus verteidigt) werden. Zudem hat der polizeiliche Zeuge in der Regel bereits im Vorfeld des Prozesses auf der „Gegenseite“ des Angeklagten operiert und wird nicht immer zu diesbezüglicher Neutralität fähig sein.«

Die von Gericht und Staatsanwaltschaft behauptete Objektivität und Neutralität von Polizeizeugen ist weder bei Ermittlungsbeamten noch bei polizeilichen Tatzeugen gegeben. Tatsächlich haben die Beamten ein Interesse am Ausgang des Verfahrens, an einer Verurteilung. Ein Freispruch wird als Niederlage empfunden. Es geht sowohl darum, als Ermittlungsbeamter die Qualität der eigenen Arbeit unter Beweis zu stellen als auch darum, als Tatzeuge die eigene Wahrnehmungsfähigkeit und die gute Ausbildung unter Beweis zu stellen. Und schließlich soll ja auch die eigene Arbeit nicht umsonst gewesen sein. Das Ansehen unter den Kollegen steigt.

Maeffert hat in seinem Aufsatz aus dem Jahre 1982 die Erkenntnisse zu der Motivationslage von Polizeizeugen so beschrieben:

»Je größer die Erinnerungslücke, z.B. durch die Turbulenz der Ereignisse, durch Angst und Eifer, umso mehr wird der überforderte Zeuge der Gefahr erliegen, in die Lücken Bestandteile eines anderen Geschehensablaufs einzupassen. Man muss annehmen: er soll dieser Gefahr erliegen! Denn er soll die Festgenommenen der Bestrafung zuführen, soll polizeilicher Strafverfolgung das i-Tüpfelchen richterlicher Verurteilung aufsetzen. Daher ist in der Regel kein anderer Zeuge an einem – für polizeiliche Interessen – positiven Ausgang des Prozesses so interessiert

wie der Polizeizeuge, ob mehr aufgrund eigener oder aufgrund von Motivation von Vorgesetzten. Das Eingeständnis von Zeugen, nichts oder nichts Genügendes für die Überführung des Beschuldigten zu erinnern, wird als Versagen wie das Schießen einer „Fahrkarte“, wird fast als Verrat an polizeilicher Interessenlage und Korpsgeist gewertet.«

Und deshalb wird häufig bereits im Ermittlungsverfahren, welches zumeist ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft durchgeführt wird, alles, was nicht der zielstrebigem Untermauerung der eigenen polizeilichen Thesen dient, entweder unter den Tisch fallen gelassen oder einer entgegengesetzten Bewertung unterzogen. Dies gilt in besonderem Maße in den Fällen, in denen die Belastungszeugen auch Polizeibeamte sind.

In einem Demonstrationsverfahren vor dem Amtsgericht Tiergarten im Jahre 2013/14 ist es einmal gelungen, Professor *Köhnken* aus Kiel als Sachverständigen für die Erstellung eines wahrnehmungs- und aussagepsychologischen Gutachtens zu den Aussagen der Polizeibeamten einzusetzen. Hier hatten es die Polizeizeugen dann doch zu bunt getrieben. Man würde sich wünschen, dass auch die Aussagen von Polizeizeugen häufiger einer sachverständigen Prüfung unterzogen werden. Der langen Auflistung der die Wahrnehmung der Beamten störenden Faktoren durch *Köhnken* konnte sich auch der Amtsrichter nicht entziehen und musste freisprechen.

Köhnken hatte festgestellt:

»Zusammenfassend wird bei der Analyse der Wahrnehmungsbedingungen eine Kumulation gravierender Risikofaktoren deutlich, wie ich sie während meiner Tätigkeit als Aussagepsychologe noch nicht erlebt habe.«

Köhnkens Resümee dürfte vor allem darin begründet sein, dass er in einem derartigen Verfahren noch nie ein Gutachten erstellt hat. Wir erinnern uns einer Vielzahl ähnlicher Verfahren. Für die aussagepsychologische Wissenschaft wäre das ein neues Feld.

Am Beispiel dieses Verfahrens lässt sich auch der zielgerichtete Versuch der Verschleierung entscheidender Ermittlungsfehler beobachten: Es finden sich in der Akte die Aussagen der beiden entscheidenden Polizeizeugen. Diese haben angegeben, in einer zunächst etwa aus 1500 Personen bestehenden Demonstration über einen Zeitraum von ca. zwei Stunden mitgelaufen zu sein. Die Demonstration sei von Anfang an von massiven Gewaltdelikten begleitet gewesen, an der sich ein Großteil der Versammlungsteilnehmer beteiligt hätten. Nach diversen Aufspaltungen wird am Ende eine Gruppe von

15 Personen festgenommen, unter ihnen die beiden Zivilbeamten. In ihrer Vernehmung geben diese an, von diesen 15 Personen insgesamt sieben Personen mit konkreten Straftaten in Verbindung bringen zu können, die diese während des Verlaufs der gesamten Demonstration begangen hätten. Beide Beamte bezeichnen die identischen Personen.

Was in der Vernehmung verschwiegen wird und auch in der Akte keine Spur hinterlassen hat, ist folgender Vorgang: Noch am Festnahmeort wurden den beiden nebeneinander in einem Polizeifahrzeug sitzenden Berufszeugen die festgenommenen Personen einzeln vorgeführt. Dabei wurde bereits in Kurzform festgehalten, welche Straftaten die einzelnen Beschuldigten begangen haben sollen. Erst im Verlaufe einer etwa einjährigen Hauptverhandlung wurden diese Vorführsituation und die Umstände einer angeblichen Wiedererkennung als Gemeinschaftsprodukt dann schließlich erkennbar.

Ein anderes Beispiel aus meiner anwaltlichen Praxis für die bewusste polizeiliche Steuerung des Verfahrens und interessengeleitete Aussagen: Zwei Jugendliche werden in der Nacht vom 1. auf den 2. Mai in Berlin-Kreuzberg festgenommen. Der Vorwurf: Wurf eines Molotow-Cocktails auf Polizeibeamte, also versuchter Mord.

Zwei Polizeibeamte geben an, die Täter von der Vorbereitung der Tat über die Ausführung bis zur veranlassten Festnahme ununterbrochen beobachtet zu haben. An der Täterschaft der beiden jungen Leute gebe es keinen Zweifel. Eine eigentlich aus Sicht der Verteidigung fast aussichtslose Lage. Gäbe es da nicht die beiden Hobbyfotografen, die sich noch in der Nacht der Polizei als Zeugen zur Verfügung gestellt haben und einen Hinweis auf eine ganz andere Tätergruppe gegeben haben. Von diesen Zeugen wird eine Fotografie überreicht, auf der die Tätergruppe abgebildet sein soll.

Diese Aussagen und diese Fotografie spielen dann in der Folgezeit allerdings keine Rolle mehr. Es wird eine Anklage erhoben, in der diese entlastenden Aussagen schlicht nicht erwähnt werden. Auch das Gericht zeigt an dieser alternativen Spur nicht das geringste Interesse. Die Aussagen der beiden Polizeizeugen werden als ausreichend angesehen.

Vor diesem Hintergrund entschließt sich die Verteidigung dann zu einem unpopulären Schritt: Es wird Strafanzeige gegen Unbekannt, gegen die Personen auf dem eingereichten Foto, erstattet. Die daraufhin angelegte Ermittlungsakte beginnt mit dem polizeilichen Formular einer Strafanzeige. Hierin heißt es dann:

»Einem Tatverdacht gegen die 4 abgebildeten Personen stehen weiterhin die Aussagen der Polizeibeamten POK G. und POK B., beides besonders geschulte Polizeibeamte einer Dienststelle für Fahndung und Observation, welche den Wurf des betreffenden Molotow-Cocktails durch den B. sowie das Anzünden des Molotow-Cocktails durch den K. beobachtet hatten, entgegen.«

Eine merkwürdige Strafanzeige, bei der als Subtext gleich vermittelt wird, dass dieses Strafverfahren gänzlich überflüssig ist, da die wahren Täter bereits feststehen.

Entsprechend verlaufen die Ermittlungen. Zu jeder einzelnen Ermittlungshandlung müssen die Beamten getragen werden. Irgendwann kommt es bei einem der Beschuldigten zu einer Wohnungsdurchsuchung, bei der unter dem Bett Benzinkanister gefunden werden. Diese werden jedoch nicht mitgenommen sondern verbleiben an Ort und Stelle. Später sind sie dann verschwunden.

Die erste polizeiliche Ermittlungshandlung nach unserer Strafanzeige besteht vielmehr darin, die beiden von der Polizei belasteten Jugendlichen in der Untersuchungshaftanstalt aufzusuchen und als Zeugen zu vernehmen.

Dazu dann als Kostprobe ein polizeilicher Vermerk:

»Herr B. macht einen leicht zurückhaltenden Eindruck, jedoch auch zugänglichen und aufgeschlossenen Eindruck. Er teilt auf Nachfrage mit, in der Strafanstalt seinen mittleren Schulabschluss erreicht zu haben. Zur großen Überraschung des Unterzeichners teilt er weiterhin mit, hier (sprich in der Anstalt) auch sein Abitur ablegen zu wollen. Das ausgeglichene und positiv wirkende Auftreten des B. ließ darauf schließen, dass er aus den strukturierten Abläufen sowie den Umgangsformen in der Jugendstrafanstalt für seine Persönlichkeit einen Nutzen gezogen hat.«

Besonders ausgeprägt ist die Einseitigkeit und Zielgerichtetheit polizeilicher Ermittlungsarbeit in den sog. Staatsschutzverfahren, insbesondere den Verfahren nach §§ 129 a/b StGB zu erkennen.

Ein Beispiel, welches absurde Blüten dies mitunter treibt, möchte ich aus einem Verfahren bei dem OLG Stuttgart berichten: Im Rahmen von Auswertevermerken hat das LKA Niedersachsen versucht, verschiedene bei einer Wohnungsdurchsuchung gefundene Dokumente in einen Zusammenhang zu der vermuteten terroristischen Betätigung der Mandantin zu stellen. Zu einem aufgefundenen handschriftlichen Papier mit einer bestimmten Folge

von Zahlen hat ein Beamter in einem mehrseitigem Vermerk ausgeführt, dass es sich hierbei um Zeitangaben handeln würde, bei denen sich die Angeklagte in E-Mail-Fächer eingeloggt habe, um die Korrespondenz zwischen verschiedenen Mitgliedern der Vereinigung zu koordinieren. Die Interpretation der Zahlenreihen durch den Beamten ging so weit, dass behauptet wurde, es ließe sich aus den Zahlen erkennen, dass die Angeklagte vorab über bestimmte zukünftig stattfindende Razzien in der Türkei informiert gewesen sei. Über einen Beweisantrag konnte klargestellt werden, dass es sich bei den Zahlenreihen schlicht um die Abfahrtszeiten der Straßenbahnlinie 12 der Kölner Verkehrsbetriebe handelte. Zuvor hatten in dem polizeilichen selbstreferentiellen System und Zitierkartell etliche weitere LKA-Beamte die Schlussfolgerungen des Kollegen übernommen. Weder der Senat noch die Bundesanwaltschaft hatten hierzu auch nur eine einzige Frage.

Das Beispiel soll den Tunnelblick, dem die Ermittler erliegen, verdeutlichen. Jedes noch so abseitige Dokument, jede Wahrnehmung wird einer Art zwanghaften Deutungsmusters unterlegt.

Dass Polizeibeamte mitnichten die neutralen und objektiven Zeugen sind, welche die Strafjustiz in ihnen gerne sieht, ergibt sich auch aus dem Ergebnis einer leider mittlerweile recht lange zurückliegenden Befragung von Polizeibeamten zu ihrem Selbstverständnis und zu ihrem Verhältnis zu Verteidigern (in *Bender/Nack*²). Immerhin 44 Prozent der befragten Beamten haben angegeben, dass für sie die Aussage

»[d]er gerichtliche Freispruch eines Angeklagten ist so gut wie eine Niederlage für die Polizei, die das Belastungsmaterial zusammengetragen hat«

mindestens teilweise richtig ist.

Und knapp 80 Prozent der befragten Beamten haben dabei etwa der Aussage,

»Rechtsanwälte tragen nicht zur Verwirklichung des Rechts bei, sondern sehen ihre Aufgabe einseitig im Schutz des Rechtsbrechers«

zugestimmt bzw. teilweise zugestimmt.

In einem Aufsatz in der Zeitschrift *Kriminalistik* heißt es in diesem Zusammenhang:

»Aus der Sicht vieler polizeilicher Ermittlungsbeamter ist der Verteidiger

2 Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht: Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2007

der natürliche Feind, aber zumindest eine Institution, die einer schnellen und „gerechten“ Bestrafung des Delinquenten irgendwie im Wege steht.«³

Bei einem derartigen Selbstverständnis ist ein jedenfalls auch strategisch motiviertes Verhältnis zur Wahrheitspflicht nur allzu naheliegend.

Und so richtig überraschen mag die Ablehnung der Strafverteidiger durch die Polizeizeugen auch nicht, wenn sich etwa in dem polizeilichen Lehrbuch des Staatsanwalts Heiko *Artkämper* »Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht«⁴ folgendes findet:

»Eine besonders üble Art der Verteidigung kann darin liegen, dass bereits die Fragen nach dem Wohnort – nach erfolgter ablehnender Entscheidung durch das Gericht – zu einer versteckten Bedrohung des Zeugen genutzt wird. So könnte beispielsweise der Verteidiger – was unzulässig ist aber nicht verhindert werden kann – nach einem kurzem Streit um Wohn- und Dienstortangabe das Wort ergreifen und den Zeugen wie folgt ansprechen: „Herr Zeuge, ist es eigentlich richtig, dass Sie in der X-Stadt und in der Y-Straße wohnen und ihre Lebensgefährtin Ihre 4 und 7 Jahre alten Kinder jeden Morgen um 7.30 Uhr zu einem Kindergarten bzw. einer Schule in der Z.-Straße begleitet?“

»Auch wenn der Verteidiger zu diesem Zeitpunkt weder ein Frage- noch ein Erklärungsrecht hat, werden derartige Äußerungen von Verteidigern in die Welt gesetzt, ohne dass die Verfahrensbeteiligten sie verhindern können.«

In dem Abschnitt »bloßstellende Fragen« führt Staatsanwalt *Artkämper* u.a. folgendes aus:

»Durchaus beliebt im Rahmen einer aggressiven Verteidigung gegenüber Polizeibeamten sind auch Fragen, die sich in den persönlichen Lebensbereich und/oder gar in den Intimbereich des Zeugen erstrecken. Fragen nach außerehelichen Beziehungen, homo- oder bisexuelle Veranlagungen, aber auch private Beziehungen auf der Dienststelle („Sie sind so jung und schon Kriminalhauptkommissarin, haben Sie etwa einen Mäzen?“ Oder deutlicher: „Haben Sie etwa ein Stechverhältnis mit Ihrem Dienststellenleiter?“) werden hier durchaus von der Verteidigung gestellt.«

³ Burghard, *Kriminalistik* 1991, S. 610

⁴ Clages/Neidhardt/Artkämper, *Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht* (Lehr- und Studienbriefe *Kriminalistik /Kriminologie*) 2. Aufl. 2011

2. Berufszeugen sind nicht bessere Zeugen

Neben der Vorstellung von der angeblichen Neutralität/Objektivität haftet den Polizeizeugen bei der Strafjustiz zudem das Image an, dass sie aufgrund ihrer Ausbildung und beruflichen Erfahrung auch die besseren Zeugen seien.

Schon *Bender/Nack* haben in dem Grundlagenwerk zur Entwicklung der modernen Glaubwürdigkeits- und Beweislehre⁵ darauf hingewiesen, dass berufliche Erfahrungen auch einen Malus in sich bergen: Berufserfahrung und Routineerlebnisse können die Wahrnehmung auch negativ beeinflussen. Projektionen, Überlagerungen von Erinnerungen mit aktuellen Geschehnissen können dazu führen, dass Fehlinterpretationen von Situationen stattfinden.

Zu Recht benennen *Bender/Nack* daneben die Berufsehre, polizeiliche Gruppenkonformität/Korpsgeist sowie die Gruppenerinnerung als weitere Problemfelder bei den Berufszeugen.

Und es gibt auch keinen Erfahrungssatz, wonach Polizeibeamte aufgrund ihrer Ausbildung die besseren Zeugen sind. Die Erkenntnislage zu diesem Thema ist jedoch erstaunlich dünn.

Der Wahrnehmungspsychologe Professor Dr. *Sporer* von der Universität Gießen hat sich mit der Frage beschäftigt, ob Polizeibeamte die besseren Zeugen sind, und kommt dabei zu folgendem Ergebnis:

»Eine praktisch bedeutsame [...] Frage ist, ob Polizeibeamte bessere Zeugen als Zivilpersonen sind. Die wenigen systematischen Vergleiche zwischen Polizeibeamten und anderen Personengruppen zeigen, dass Polizeibeamte zwar in einigen Studien Personen und Ereignisse besser beschreiben bzw. wiedergeben können. Jedoch nicht besser als Vergleichsgruppen in ihrer Wiedererkennungsleistung waren.«

Im Ergebnis konnte *Sporer* darlegen, dass die einzige signifikante Besonderheit von Polizeizeugen darin besteht, dass diese bei einer behaupteten Wiedererkennung eine größere Sicherheit vorgeben, die Fehlerquote aber identisch ist. Dies betrifft also wieder das Thema: Polizeizeugen kennen keine Zweifel.

Der Sachverständige Professor Günter *Köhnken* bringt es in dem wahrnehmungspsychologischen Gutachten in dem bereits erwähnten Verfahren bei dem AG Tiergarten so auf den Punkt:

5 S.o. Fn. 2

»In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass Polizisten nicht generell besser als Laien wahrnehmen und wiedererkennen, sie achten aber eher auf die für die Beweissicherung relevanten Merkmale. Dies lässt sich aber nicht auf die Güte der Wahrnehmung und Erinnerung von Personenmerkmalen generalisieren.«

3. Bei den polizeilichen Aussagen handelt es sich um die Wiedergabe von Gruppenerinnerungen

Während bei polizeilichen Ermittlungsbeamten die Tendenz besteht, die einmal entwickelte Hypothese gegen jeden Zweifel zu verteidigen, haben wir bei polizeilichen Tatzeugen das Phänomen der teilweise bis in den Wortlaut hinein übereinstimmenden Aussagen. Oder anders ausgedrückt: Es wird hemmungslos voneinander abgeschrieben. Die Verteidigung hat sich mit dem Produkt einer Gruppenerinnerung auseinander zu setzen.

Konfrontiert sind wir mit blutleeren, in polizeilicher Floskelsprache abgefassten, klinisch widerspruchsfreien Texten ohne jede individuelle Note. In den schriftlichen Äußerungen finden sich Angaben, die sich offensichtlich an dem Text der Sachverhaltsschilderung in der Strafanzeige, in der alles, was für eine Verurteilung benötigt wird, bereits enthalten ist, orientieren. Und immer wieder stellt sich im Verlaufe eines Verfahrens heraus, welch vielfältige polizeiliche Gruppenkommunikation vorausgegangen ist, bevor dann etwa eine zeugenschaftliche Äußerung gefertigt worden ist. Da wird dem Vorgesetzten erst einmal gemeinsam Bericht erstattet, es wird über das polizeiliche Informationssystem Zugriff auf den Inhalt der Strafanzeige genommen und gemeinsam auf der Wache über den Vorfall diskutiert. Spuren hiervon enthalten die Aussagen dann allerdings nicht.

Im Gegenteil versuchen die Ermittlungsbeamten regelmäßig das, was Einfluss auf das Aussageverhalten hat, was auf eine Gruppenerinnerung hinweist oder die Ermittlungsfehler aus der Akte herauszuhalten, zu vertuschen.

Und nicht nur das: Aus einer Vielzahl von Strafverfahren ist bekannt geworden, dass die Texte dann noch einer sog. »Qualitätskontrolle« unterworfen werden, bevor sie zur Akte gereicht werden. Dies bedeutet, dass sie einem Vorgesetzten vorzulegen und dann ggfs. noch Veränderungen vorzunehmen sind. Auch dies wird selbstverständlich in der Akte nicht dokumentiert.

4. Bei Berufszeugen ist nicht erkennbar, ob es sich um originäre Wahrnehmungen handelt

Das sog. Vorbereitungsrecht und die Gruppenerinnerungen prägen das Aussageverhalten von Berufszeugen.

Polizeizeugen wird ein Sonderrecht eingeräumt. Stereotyp heißt es, dass Polizeibeamte nicht nur das Recht sondern sogar die Pflicht hätten, sich vorzubereiten, indem sie ihre frühere Aussage (und ggfs. noch mehr) vorher durchlesen. Dies wird mittlerweile auch von Verteidigerseite widerspruchlos hingenommen. Das erstaunt insoweit, als dass die zentralen Entscheidungen, auf die sich die Gerichte hier beziehen, gerade kein allgemeines Vorbereitungsrecht begründen.

In der Entscheidung BGHSt 1, 5 (8) geht es um einen Polizeizeugen, der als Ermittlungsbeamter tätig geworden ist. Hier taucht dieser berühmte immer wieder zitierte Satz auf:

»Ein vom Gericht vernommener Zeuge hat nicht nur das Recht, sondern unter Umständen sogar die Pflicht, sich früherer Aufzeichnungen als Gedächtnisstützen zu bedienen, um sein Erinnerungsbild aufzufrischen und ggfs zu berichtigen.«

Konkret ging es um einen Polizeibeamten, der als Ermittlungsbeamter eine Vernehmungsniederschrift gefertigt hat, welche ihm in der Hauptverhandlung ausgehändigt worden ist.

Dieser Entscheidung ist zum einen keine generelle Vorbereitungspflicht zu entnehmen sondern betrifft eine polizeiliche Routineaufgabe und keine unmittelbar tatbezogenen eigenen Wahrnehmungen. Außerdem ist hier allein der Berufszeuge in seiner Funktion als Ermittlungsbeamter und nicht der Tatzeuge gemeint. Der Entscheidung ist mithin weder ein umfassendes Vorbereitungsrecht für Ermittlungsbeamte und erst Recht kein Vorbereitungsrecht für einen Berufszeugen als Tatzeugen zu entnehmen.

In der ebenfalls vielzitierten späteren Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 1966⁶ heißt es:

»Es ist nicht ohne weiteres rechtsfehlerhaft, einem erfahrenen und gereiften Polizeibeamten eine gesteigerte Vergewisserungspflicht aufzuerlegen, wenn er als Zeuge zu einem von vielen, während seiner Streifentätigkeit

6 NJW 1966, 1421

auf der Autobahn miterlebten, schon längere Zeit zurückliegenden Verkehrsvorgang aussagen müsse.«

Beschrieben wird also der Sonderfall eines Alltagsgeschehens (es ging um die Frage, ob die Polizei durch ein entgegenkommendes Fahrzeug geblendet worden ist). Dieser Entscheidung lässt sich entnehmen, dass eine Vorbereitung eines Berufszeugen als Tatzeugen allenfalls in der Ausnahmekonstellation einer polizeilichen Alltagssituation zulässig sein kann.

Festzustellen bleibt also, dass sich der Rechtsprechung, insbesondere hinsichtlich der unmittelbaren Tatzeugen, kein Vorbereitungsrecht (und erst recht keine Vorbereitungspflicht) entnehmen lässt.

*Schlothauer*⁷ hat zutreffend dargelegt, dass sich keine Norm findet, nach der die Vorbereitung eines Zeugen auf seine Aussage in der Hauptverhandlung verboten sein soll. Was aber ist unter »Vorbereitungsrecht« zu verstehen? Gehört dazu auch, dass den Polizeizeugen etwa die Strafanzeige und die Vernehmungsprotokolle ausgehändigt werden?

Dazu Schlothauer:

»Die Vorbereitung eines Zeugen auf seine Vernehmung in der HV ist deshalb unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung nur dann sinnvoll, wenn sie sich auf solche Informationen beschränkt, die von dem Zeugen selbst stammen bzw. ihm schon im Zusammenhang mit dem seinerzeit wahrgenommenen Ereignis zur Verfügung standen.«

Mit Drittinformationen sollte der Zeuge dann erst im Rahmen des Verhörs konfrontiert werden.

Die Praxis bei Polizeizeugen allerdings sieht so aus, dass diese regelmäßig Zugriff jedenfalls auf ihre eigenen Vernehmungsprotokolle/schriftliche Äußerungen besitzen und darüber hinaus auch Zugriff auf weitere Aktenbestandteile haben. Dies wird *Schlothauer* nicht gemeint haben, wenn er von Informationen spricht, die von dem Zeugen selbst stammen.

Dabei lässt sich ein allgemeines Akteneinsichtsrecht für Polizeizeugen der StPO nicht entnehmen.

In der Praxis jedenfalls sind wir weiterhin damit konfrontiert, dass Polizeizeugen nicht nur dann, wenn sie als Ermittlungsbeamte mit einem Fall befasst sind, sondern auch dann, wenn sie Tatzeugen sind, das Sonderrecht

7 Schlothauer, FS Dahs, 2005, 457 ff.

gewährt wird, dass sie sich Aktenbestandteile vor ihrer Vernehmung durchlesen können. Und es ist nicht zu erwarten, dass sich an dieser Praxis in Zukunft etwas ändern wird. Ohnehin besteht das Problem, dass die Beamten über die polizeilichen Informationssysteme weiterhin eine faktische Zugriffsmöglichkeit auf Aktenbestandteile besitzen.

In Anerkennung dieser Realität ist dann allerdings zu fordern, dass bei vorbereiteten Zeugen wegen der Unmöglichkeit der Unterscheidung, ob es sich bei dem Vorbringen eines Zeugen tatsächlich um eine »lebendige Erinnerung« oder um eine schlichte Wiedergabe von zuvor Angelesenem handelt, eine besonders intensive Glaubhaftigkeitsprüfung vorzunehmen ist.

Die strengen Maßstäbe bei der Beurteilung von Zeugenaussagen aber, welche die Rechtsprechung – ausgehend von den Sexualstrafverfahren – in den Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen entwickelt hat, werden bei der Beurteilung der Aussagen von Berufszeugen schlicht negiert. Hierzu unten mehr.

Wir müssen gegenüberstellen:

- (1) Die grundlegende Entscheidung des BGH zur Aussageanalyse im Falle Aussage-gegen-Aussage vom 30.7.99 (1 StR 618/98) mit der Theorie der sog. Nullhypothese, wonach bei der Prüfung der Glaubhaftigkeit einer Aussage ein zu prüfender Sachverhalt so lange zu negieren, als unwahr zu behandeln ist, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist
- (2) Die Realität im Gerichtssaal bei von Polizeizeugen dominierten Strafverfahren

Eine tatsächliche Aussageanalyse findet bei Polizeizeugen jedenfalls bei den Amtsgerichten praktisch nicht statt. Und wenn dieses doch einmal der Fall ist, bedient man sich floskelhafter Wendungen ohne Berücksichtigung der Besonderheiten dieser Zeugengruppe.

Immer noch wird etwa in der Urteilsbegründung munter fabuliert, dass die Angaben der Berufszeugen jedenfalls im Kernbereich (und der Kernbereich ist durch die schriftliche Aussage abschließend bestimmt) konstant geblieben seien. Die Erkenntnis, dass eine Konstanzanalyse bei vorbereiteten Zeugen kaum Sinn macht, wird beim Thema Berufszeugen von der Richterschaft konsequent verweigert.

Die trichterliche Glaubhaftigkeitsprüfung konzentriert sich im Wesentlichen auf die Konstanz- und Konsistenzprüfung. Die Strafgerichte weigern

sich dabei, die Besonderheiten dieser Zeu­gen­gruppe zu berücksichtigen und die Glaubhaftigkeitsprüfung daran zu orientieren. Die Notwendigkeit aber einer besonders intensiv vorzunehmenden Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Polizeizeu­gen, die dann eben u.a. auch die oben aufgeführten Erkenntnisse zur besonderen Motivationslage bei Berufszeu­gen aufnehmen sollte, besteht hier regelmäßig aufgrund des Vorliegens einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation.

Diese kann auch vorliegen, wenn es mehrere Polizeizeu­gen gibt. OLG Karlsruhe (B. v. 22.3.2005): Die Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ist auch gegeben, wenn mehrere Belastungszeu­gen einem Lager angehören.

Und in einer Entscheidung des OLG Frankfurt vom 6.11.2009⁸ heißt es:

»Im vorliegenden Verfahren wird die Überführung des Angeklagten letztlich allein auf die Aussagen der Polizeibeamten K., J., S. und B. gestützt, die sämtlich demselben „Lager“ zuzuordnen sind, so dass Aussage gegen Aussage steht. Eine ausreichende Motivationsanalyse, die auf die Feststellung möglicher Motive für eine unzureichende Belastung des Angeklagten durch die vorgenannten Zeu­gen abzielt und sich bei der Glaubwürdigkeitsprüfung mit allen Umständen, die die Glaubhaftigkeit der Aussagen bestätigen oder in Frage stellen, eingehend auseinandersetzt, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere erforderlich gewesen, dass das Tatgericht die von den Zeu­gen in der Hauptverhandlung getätigten Aussagen inhaltlich wiedergibt, die Entstehung und Entwicklung der Aussagen aufklärt, die Aussagekonstanz untersucht und im Einzelnen durch die Mitteilung auch der früheren Aussagen belegt.«

Soweit es nicht um Polizeizeu­gen sondern allgemein um Nebenklageberechtigte geht, hat die Strafjustiz die Problematik von vorbereiteten Zeu­gen teilweise erkannt. In dem Materialienheft zum Strafverteidigertag 2016 ist zur AG 2 (Verlorene Unschuldsvor­mutung. Opferrechte vs. Beschuldig­tenrechte) der Beschluss des *Hanseatischen OLG* vom 24.10.2014 abgedruckt. Diese Entscheidung wäre bei den Materialien zur AG »Polizeizeu­gen« genauso gut aufgehoben gewesen. Es geht in dieser Entscheidung um die Frage des Akteneinsichtsrechts einer anwaltlich vertretenen Nebenklägerin im Falle einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation. Das Hans. OLG kommt dabei zu dem Ergebnis, dass eine unbeschränkte Akteneinsicht mit der gerichtlichen Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärungspflicht nicht vereinbar ist und führt aus:

8 StV 2011, 12

»Enthält die einzige Belastungszeugin im Rahmen einer Aussage-Aussage-Konstellation – naheliegend vermittelt über ihren Rechtsbeistand – Kenntnis von Inhalten ihrer früheren Vernehmungen oder ihrer spontanen Angaben, kann eine Würdigung der Aussagekonstanz nicht mehr vollständig entsprechend den vorstehend benannten Maßgaben erfolgen. Anhand der Zeugenaussage in der HV wäre eine sichere Unterscheidung zwischen der Wiedergabe real erlebten Geschehens und schlichtem Referieren ihrer zuvor im Wege der Einsicht in die Verfahrensakten zur Kenntnis genommenen Inhalte früherer Vernehmungen nicht mehr möglich.

Überdies wäre bei umfassender Aktenkenntnis eine Anpassung des Aussageverhaltens des einzigen Belastungszeugen an die jeweils aktuelle Verfahrenslage nicht auszuschließen. [...]

Diese hiermit zu besorgende Beeinträchtigung eines für die Glaubhaftigkeitsprüfung wesentlichen Realitätskriteriums ist mit der tatgerichtlichen Sachaufklärungspflicht nicht vereinbar.«

Eine umfassende Akteneinsicht erweise sich als »strukturelles Aufklärungsdefizit«.

Ähnlich argumentiert das *LG Düsseldorf* in seinem Beschluss v. 17.11.15.⁹ Hier wird einem Nebenkläger gerichtlich die Akteneinsicht in einem Fall verwehrt, bei dem dieser in der Hauptverhandlung erstmalig als Zeuge vernommen werden soll.

»Selbst bei einer nur eingeschränkten Akteneinsicht bestünde die Gefahr einer bewussten oder unbewussten „Anpassung“ der Erinnerung der Zeugin an das in Anklageschrift/erstinstanzlichem Urteil dokumentierte Ermittlungsergebnis und damit eine Verfälschung ihrer noch zu erwartenden Aussage vor Gericht. Dieser Gefahr kann im Stadium vor Abschluss der Vernehmungen der Verletzten nur durch vollständige Versagung der Akteneinsicht Rechnung getragen werden.«

So etwas habe ich in den Verfahren mit vorbereiteten Polizeizeugen noch nie gehört. Im Gegenteil kennt die Strafjustiz allein das Problem, dass sich ein Berufszeuge ausnahmsweise einmal nicht vorbereitet hat. So pfleglich, wie die Gerichte üblicherweise mit diesen Zeugen umgehen, so ungemütlich können sie ausnahmsweise werden, wenn ein Polizeizeuge einmal tatsächlich aus »lebendiger Erinnerung« schöpfen muss, weil er sich nicht vorbereitet hat.

9 StraFo 12/15 S. 518

Das *OLG Braunschweig* setzt sich in seiner Entscheidung vom 3.12.2015 |¹⁰ mit dem Beschluss des OLG HH auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass auch in diesen Fällen des Vorliegens einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation eine Versagung des Akteneinsichtsrechts des Nebenklagevertreters nicht in Betracht komme. Aber auch für das OLG Braunschweig kommt es hier entscheidend auf die Notwendigkeit einer besonders gründlichen Überprüfung der belastenden Zeugenaussage an.

»Kennt der Verletzte den Akteninhalt und damit auch seine im Laufe des Ermittlungsverfahrens gemachte Aussage, wirkt sich dies auf die Bewertbarkeit seiner Aussagekonstanz aus. Damit ist dem Tatrichter, der nicht mehr ausschließen kann, dass eine im Vergleich der Angaben des Verletzten festgestellte Konstanz zuvorderst aus der Akteneinsicht resultiert, der Zugang zu einem wesentlichen Element der Aussageanalyse versperrt.

Dem OLG Hamburg ist sicherlich darin zuzustimmen, wenn es die Aussagekonstanz als ein für die Glaubhaftigkeitsprüfung wesentliches Realitätskriterium bezeichnet. [...] Die inhaltliche Konstanz einer Aussage ist schon kein Wert an sich.«

Zitiert wird dann *Arntzen*: |¹¹

»Man würde es sich zu einfach machen, wollte man den Satz aufstellen, die Konstanz einer Aussage spreche für ihre Glaubhaftigkeit, während die Inkonzanz ihre Unglaubhaftigkeit anzeigen würde. Mehr kommt es auf die Art der Konstanz und auf die Art der Inkonzanz an (relative Konstanz). Wie unsere Untersuchungen zeigen, kann gerade eine bestimmte Art von Inkonzanz ein Glaubhaftigkeitsmerkmal sein.«

Es bleibe dem Tatgericht auf keinen Fall erspart zu beurteilen, ob eine festgestellte Konstanz oder Inkonzanz ein Indiz eher für oder eher gegen die Glaubhaftigkeit der Angaben sei.

Und abschließend stellt das OLG Braunschweig fest:

»Ferner dürfte zu erwarten sein, dass es sich im Ergebnis eher zu Gunsten als zu Lasten des Angeklagten auswirkt, wenn eine festgestellte Konstanz in der Aussage des Nebenklägers wegen einer vorherigen Akteneinsicht an Wert für die Beurteilung seiner Angaben als richtig verliert.«

10 1 Ws 309/15

11 Arntzen/Michaelis-Arntzen/von Jan, *Psychologie der Zeugenaussage: System der Glaubhaftigkeitsmerkmale*, 5. Aufl., München 2011

Diese Erwartungshaltung mag vielleicht für Sexualstrafverfahren so zutreffend sei. Ist aber eine Entscheidung im Zusammenhang mit dem Aussageverhalten von Berufszeugen bekannt, bei denen sich die Vorbereitung der Zeugen zugunsten der Angeklagten ausgewirkt hat? Der Unterschied zu den Nebenklageverfahren liegt dabei allein darin, dass in dem einen Fall das Akteneinsichtsrecht gesetzlich geregelt ist, in dem anderen Fall nimmt sich der Polizeizeuge dieses Recht ohne jede rechtliche Grundlage.

Wir stellen fest, dass die Strafjustiz bei der Frage der Notwendigkeit der Überprüfbarkeit der Glaubhaftigkeit einer Aussage in den Nebenklagefällen und in den Fällen, in denen es um vorbereitete Polizeizeugen geht, einen völlig unterschiedlichen Maßstab anlegt. Da wir bei Polizeizeugen – unabhängig von der Frage eines Akteneinsichtsrechtes – ohnehin davon ausgehen müssen, dass sich die Zeugen vorbereitet haben, muss bei der Prüfung der gängigen aussagepsychologischen Merkmale – auch der Frage der Aussagekonstanz – ein Maßstab angelegt werden, welcher dieser Erkenntnis Rechnung trägt. Genau dies aber geschieht nicht. Bei der gerichtlichen Praxis ist nicht erkennbar, dass die Vorbereitung eines Zeugen eine besonders gründliche Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Aussagen auslöst. Diese wird offensichtlich bei Polizeizeugen für komplett überflüssig angesehen. Wir kennen alle die Form der Bestätigungsbefragung von Polizeizeugen, die allein dadurch gelenkt wird, ob der Zeuge im Hinblick auf seine schriftliche Äußerung vielleicht noch irgendetwas vergessen hat. Selbst bei den absurdesten Aussagen, selbst bei der Behauptung ungewöhnlichster wahrnehmerischer Fähigkeiten sieht die Strafjustiz üblicherweise keinen Anlass zu Zweifeln oder für die Notwendigkeit der besonderen Überprüfung einer Aussage.

Für uns Strafverteidiger kann das nur bedeuten, dass wir als Konsequenz aus den Argumentationen etwa des Hans. OLG und des OLG Düsseldorf bei vorbereiteten Polizeizeugen grundsätzlich einen Verwertungswiderspruch anbringen müssen.

Ungläubigkeit macht sich im Gerichtssaal breit, wenn wir im Zusammenhang mit Polizeizeugen Anträge auf Einholung aussagepsychologischer oder wahrnehmungspsychologischer Gutachten stellen. Unter der waghalsigen Behauptung eigener Sachkunde werden diese Anträge üblicherweise abgelehnt. Eine Sachkunde allerdings, die erkennbar nicht besteht. Welcher Richter beschäftigt sich denn schon mit den Entwicklungen auf dem Gebiet der Wahrnehmungs- bzw. Aussagepsychologie. Und welcher Richter macht sich die Besonderheit dieser Zeugengruppe bewusst. Eine eigene Sachkunde im Zusammenhang mit den Berufszeugen würde als erstes einmal voraussetzen,

sich speziell mit dieser Berufsgruppe auseinander zu setzen. Und da sind wir erst einmal beim kleinen Einmaleins. Es handelt sich bei der Behauptung eigener Sachkunde schlichtweg um Abwehrreflexe. Man will sich diese trichterliche Domäne nicht noch weiter aus der Hand nehmen lassen.

Das Schlusswort soll noch einmal *Maeffert* haben:

»Der Polizeibeamte ist kein Zeuge mit Licht und Schatten. Er ist ein mangelhaftes Beweismittel bis zur Grenze der Ungeeignetheit. Er ist – aussagepsychologisch gesprochen – eine in Nacht und Nebel gehüllte Erscheinung. Es wird Zeit, dass die Gerichte für die Beurteilung auch des Polizeizeugen sich der Hilfe eines Aussagepsychologen bedienen; in einzelnen Fällen eines Sprachwissenschaftlers dazu.«¹²

12 S.o. Fn. 1

Polizeizeugen aus polizeilicher Sicht oder: Spieglein, Spieglein, an der Wand...

I. Einleitung

1. Definition

Zeugen sind Beweispersonen, die in einem nicht gegen sie selbst gerichteten Strafverfahren Auskunft über die Wahrnehmung von Tatsachen geben.¹ Polizeizeugen sind Beamte des Polizeidienstes, die als Zeugen im Strafverfahren über Wahrnehmungen aussagen, welche sie in amtlicher Eigenschaft getätigt haben.² Sie genießen dabei eine Reihe von Privilegien. Gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 StPO sind sie von der Angabe ihres privaten Wohnortes befreit. Sie bereiten sich umfassend auf ihre Zeugenaussage vor, ohne dass eine Rechtsgrundlage offensichtlich wäre. In den Grenzen des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO dürfen ihre Erklärungen über Ermittlungshandlungen als Urkunden verlesen werden.

Allgemein gelten (Polizei-)Beamte in Justizkreisen als besonders zuverlässige Zeugen, deren Rolle bei der Wahrheitsfindung vor Gericht kaum unterschätzt werden kann. Gut vorbereitet präsentieren sie den Akteninhalt glaubhaft, widerspruchsfrei und vollständig und tragen so zu einer raschen Bewältigung gerichtlichen Arbeitsanfalls bei.

Kritik an ihrem Aussageverhalten wird, verharmlosend ausgedrückt, nicht gern gehört,³ insbesondere nicht, wenn sie aus den eigenen Reihen kommt. Soweit Missstände nicht gänzlich ignoriert werden können, wird versucht, diese als Einzelfall abzutun⁴ oder einer empfundenen Phalanx von Polizeikritikern zuzuordnen, zu welcher zu oft auch die Strafverteidiger gezählt werden.

1 H.M., vgl. *Fischer*, StPO-Komm., 63. Aufl. 2016, vor § 48 Rn. 1.

2 Kritisch bereits zur Zeugenstellung *Hof*, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, HRRS Juli 2015, 277ff.

3 *Paeffgen*, Schulterschuß-Effekte – wohin man blickt, GA 2013, 253ff.

4 *Hartl*, Die fehlende polizeiliche Fehlerkultur, <http://publikative.org/2015/05/22/die-fehlende-polizeiliche-fehlerkultur/> (04.02.16).

2. Kritik

Dennoch will diese Kritik nicht verstummen. Bereits 1983 befand das Amtsgericht Kaufbeuren, dass bei der Glaubwürdigkeit von Polizeizeugen

»zu berücksichtigen [sei], daß Polizeibeamte erfahrungsgemäß unter einem gewissen Erfolgszwang zu stehen pflegen und aus dieser Einstellung heraus nicht mehr wirkliche, sondern vermeintliche oder durch sekundäres Rationalisieren am Erfolgsziel orientierte Beobachtungen schildern«. |⁵

Im September 2015 berichtete *v. Klinggräff* von einem Verfahren vor dem Amtsgericht Weimar wegen des Vorwurfs der falschen Verdächtigung und des Vortäuschens einer Straftat: »Das polizeiliche Aussageverhalten war von erstaunlicher Lückenhaftigkeit geprägt und teilweise nachweislich falsch.« |⁶ Zuvor hatte die Staatsanwaltschaft Vorwürfe u.a. der Körperverletzung gegen Polizeibeamte gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Die jahrelangen Bemühungen der Justiz, Licht in das Geschehen um den Tod *Oury Jallohs* im Polizeirevier Dessau zu bringen, sind unvergessen. |⁷ Das fragwürdige Entstehen einer Zeugenaussage über das Wiedererkennen schildert *Eisenberg*. |⁸ *Paeffgen* konstatiert nach Auswertung vieler aktueller Medienberichte »abenteuerliche Einlassungen der Polizeibeamten«; es komme »so gut wie nie zu Strafverfahren – und wenn doch, scheitern sie aus den nämlichen Gründen am ‚Beweismangel‘«. |⁹ Beweismangel umgingen Polizeibeamte in Görlitz – aber immerhin sagten sie vor dem Landgericht Görlitz wahrheitsgemäß aus, wie das Vernehmungsprotokoll mit Motivlage des Angeklagten entstanden sei. »Schreiben Sie doch, was Sie wollen«, hatte der Angeklagte gemurmelt. Das hatten die Beamten wörtlich genommen. |¹⁰

5 AG Kaufbeuren, Urteil vom 21.7.1986 – DS 23 Js 6882/85 juris (nur LS).

6 *V. Klinggräff*, Es klappt nicht immer. Opfer von Polizeigewalt wehren sich in Weimar erfolgreich gegen Kriminalisierungsversuch durch Polizei und Staatsanwaltschaft, RAV Infobrief 111, September 2015, S. 35ff (36).

7 Zuletzt BGH *Urteil* vom 4.9.2014 – 4 StR 473/13, NJW 2015, 96ff; vgl. dazu *Schiemann*, Polizeiliche Handlungspflichten bei Ingewahrsamnahme – Der Fall Oury Jalloh, NJW 2015, 20ff. Zur mangelnden Beweiswürdigung einer polizeilichen Zeugenaussage, der Aussageentwicklung und einem möglichen »Gruppendruck im Kollegenkreis« BGH, Urteil vom 7.1.2010 – 4 StR 413/09, NSTZ 2010, 407ff, Rn. 11.

8 *Eisenberg*, Mutmaßlich geocacht-falsche Aussagen zweier Polizeizeugen, JA 2014, 928ff

9 *Paeffgen*, Schulterschuß-Effekte – wohin man blickt, GA 2013, 253ff (261f).

10 *Rückert*, Gestehen Sie endlich, Die Zeit Nr. 18 vom 23.04.2009, <http://www.zeit.de/2009/18/DOS-Gestaendnis> (02.09.2016).

Allein diese nicht abschließende Aufzählung ist Anlass genug, aus polizeilicher Sicht zum Thema »Polizeizeugen« Stellung zu nehmen, also die Innenansicht der Polizei zu betrachten. Folgen Sie mir mit *Alice* durch den Spiegel:



Bild: Through the Looking-Glass and what Alice found there¹¹

»She was up on the chimney-piece while she said this, though she hardly knew how she had got there. And certainly the glass was beginning to melt away, just like a bright silvery mist.

In another moment Alice was through the glass, and had jumped lightly down into the Looking-glass room.«¹²

II. Erklärungsversuche in Thesen

1. These: Zeuge ist nicht gleich Zeuge

Landläufig wird ein Zeuge als eine Person verstanden, die zufällig ein strafrechtlich relevantes Geschehen wahrgenommen hat und sonst nicht in Beziehung zum beobachteten Geschehen steht. Dieses Vorverständnis entspricht nicht der Realität. Das Maß, zu welchem ein Zeuge in einem Sachverhalt eingebunden ist, lässt sich anhand dreier Szenarien verdeutlichen:¹³

11 Originalzeichnung von Sir John Tenniel in Carroll, Lewis: Through the Looking-Glass and What Alice Found There, Public Domain, <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=7592577>.

12 Carroll, Lewis: Through the Looking-Glass and What Alice Found There, chapter 1: »Looking-Glass house«, (1871).

13 Für Behördenmitarbeiter allgemein vgl. *Starkgraff*, Der Behördenmitarbeiter als Zeuge im Strafverfahren, KommPrax spezial, Heft 1/2016, S. 1ff.

- A. Der Zeuge hat zufällig einen Sachverhalt erlebt, ohne selbst beteiligt gewesen zu sein.
- B. Der Zeuge ist zugleich (mutmaßlich) |¹⁴ Verletzter der angezeigten Straftat.
- C. Der Zeuge kennt den Beschuldigten persönlich oder ist in derselben Organisation tätig.

Schlothauer schreibt, der Zeuge hätte seine Wahrnehmung »in der Regel ohne die Intention gemacht, sie in einem künftigen Strafverfahren und insbesondere in einer Hauptverhandlung wiederzugeben«, |¹⁵ und grenzt mit diesem Befund die »amtlichen Ermittlungspersonen« als »intendiere Zeugen« |¹⁶ ab. Polizeibeamte im Dienst sind selten Zufallszeugen. Aber auch Polizeibeamte werden gelegentlich von der Entwicklung eines Einsatzes überrascht. Die einschreitenden Polizeibeamten können z.B. das Aggressionspotential einer Situation falsch einschätzen. Unvermutet müssen sie sich dann eines Angriffs erwehren, in einer eskalierenden Lage Streit schlichten oder unmittelbaren Zwang anwenden. Jedoch sind sie selbst als Zufallszeugen keine Unbeteiligten, sondern verantwortlich handelnde Akteure. |¹⁷

Zeugenschaftliche Aussagen, die Polizeibeamte weder als Verletzte (Szenario B) noch in Strafverfahren gegen Kollegen (Szenario C) erstatten, lassen sich wiederum unterteilen in

- A.1: regelmäßig wiederkehrende, einander ähnelnde Ermittlungs- und Einsatzhandlungen, darunter auch Routinevorgänge, z.B. Verkehrsüberwachung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, Spurensuche nach Tageswohnungseinbruch, Wegtragen von Sitzblockierern;
- A.2: nicht gleichförmige Wahrnehmungen am Einsatzort und während der Durchführung der Ermittlungen und
- A.3: Wahrnehmungen als Zeugen vom Hörensagen, |¹⁸ insbesondere als vernehmende Ermittlungsbeamte, die sog. »Verhörpersonen«.

14 Dies an dieser Stelle (einmal) zu betonen, entspringt nicht dem Wunsch nach *political correctness*, sondern soll die gelegentlich notwendige Erinnerung an eine Selbstverständlichkeit sein: dass auch die angezeigte Straftat und die Verletztenstellung des Beweises bedürfen und unter Umständen - entlastend für den Beschuldigten - zu widerlegen sind.

15 *Schlothauer*, Darf, sollte, muss sich ein Zeuge auf seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vorbereiten?, in: Festschrift für Hans Dahs, Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Köln 2005, S. 457ff (458).

16 *Schlothauer*, a.a.O., S. 458, Fn. 7.

17 *Hof* weist auf die Doppelstellung als »aktiver Teilnehmer im Abschnitt des Ermittlungsverfahrens und als passiver Teilnehmer in der Hauptverhandlung«, hin: Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, HRRS Juli 2015, 277ff (277).

18 Grundlegend *Detter*, Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme, NStZ 2003, 1ff.

So wie die Fehleranfälligkeit in jedem beschriebenen Szenario differiert, so differenziert müssen die Lösungsansätze ausfallen.

2. These: Polizeibeamte werden in der Polizei sozialisiert

Junge Menschen werden in der Polizei erwachsen. Je jünger ein Bewerber in die Polizei eintritt, desto eher wird er von der Institution und der in ihr gelebten Riten, Werten und Grundeinstellungen geprägt. Angesichts sinkender Geschwisterzahlen und längerer Schulzeiten sind Berufsanfänger in ihrer Persönlichkeitsentwicklung »jünger« als die biologisch Gleichaltrigen früherer Generationen. Die Persönlichkeit bildet sich oft erst während der Ausbildung und in den ersten Berufsjahren bei der Bereitschaftspolizei heraus. Wochenendeinsätze und Wechselschichtdienst erschweren Kontakte außerhalb des Kollegenkreises. Man bleibt notgedrungen »unter sich«.

Bereits der Schritt von der Ausbildung an Polizeischulen zum Studium an Fachhochschulen für Polizei¹⁹ in den 1970er Jahren war von Abwehrhaltung gestandener Berufskollegen geprägt. Polizei sei in erster Linie ein Erfahrungsberuf, den man nicht studieren könne. Richtig ist, dass Polizeiarbeit ein erhebliches Maß solider handwerklicher und körperlicher Fähigkeiten verlangt, die in der Ausbildung vermittelt und durch Übung gefestigt werden müssen. Das reicht von der praktischen Durchführung einer Verkehrskontrolle über eine spurenschonende Sicherstellung von Beweismitteln bis zur Eigensicherung durch Ju-Jitsu. »Erfahrung« bedeutet in diesem Zusammenhang aber auch die unreflektierte Weitergabe tradierter Handlungsmuster bei Berichtsfertigung und als Zeuge vor Gericht.

3. These: Polizeibeamte suchen Anerkennung im Beruf

Wer arbeitet, definiert sich über seine berufliche Stellung, je nach Persönlichkeitsstruktur und externen Einflüssen teilweise oder ganz überwiegend. Es ist daher weder verwunderlich noch verwerflich, dass auch Polizeibeamte sich ihres Selbstwertes über ihren Beruf vergewissern. Das wird ihnen zunehmend erschwert.

¹⁹ Oder z.B. Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) oder Fachbereich innerhalb einer Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung. Die Bezeichnung ist abhängig von der Einordnung in die Verwaltungsstrukturen des jeweiligen Bundeslandes. Zu den bei der (nicht notwendigen) Bachelorisierung der Studiengänge verpassten Chancen vgl. *Starkgraff*, *European Police Education Unites – the International Perspective. Chances and Challenges for Law Enforcement Education due to Bologna Reform*, in: Dahlberg (Hrsg.), »Die Freiheit des Wortes – Wissenschaft und demokratische Gesellschaft«, Rothenburg/OL 2013, S. 393ff.

Zeiten, in denen ein erleichterter Bürger die Wiedererlangung seiner gestohlenen Brieftasche mit allen Papieren mit einem Paket Kaffee für das Kommissariat honorieren durfte, sind lange vorbei. Der örtliche Bäcker weiß, dass ihm das Blech Butter- oder Streuselkuchen für die Sonntagsschicht als Bestechungsversuch ausgelegt werden wird. Anstatt den einzelnen Beamten zu befähigen, selbst den Unterschied zwischen wohlmeinender Wertschätzung und Bestechungsversuch zu erkennen, und ihm Verantwortung zu lassen, für die er im Falle einer Fehlentscheidung einzustehen hätte, reagieren Behörden pauschal mit Festsetzung kleinlicher Wertgrenzen.²⁰

Kommunikative Interaktion mit dem Bürger bleibt den speziell dafür vorgesehenen Dienststellen (z.B. »Bürgernahe Beamte«, Fahrradstreifen, Informationsstände auf Messen und Großveranstaltungen) vorbehalten, während Polizeiposten und Kleinreviere geschlossen werden. Der Lagedienst beordert den Funkstreifenwagen direkt von einem Einsatzort zum weitentfernten nächsten Einsatzort.

Übrig bleibt das Empfinden, einer besonderen Berufsgruppe anzugehören, die zusammenstehen muss gegen Anfeindungen von außen. Wenn diese Anfeindungen die Form von Straftaten gegen Polizeibeamte annehmen, erhält der bisher allein als Amtswalter Tätige eine Doppelrolle: zusätzlich diejenige des Verletzten. Inwieweit sich diese Doppelfunktion des »in eigenen Rechten verletzten Ermittlers« mit den Zielen des Strafverfahrens verträgt, bedarf noch der Untersuchung. Die Rechtsprechung reagiert z.B. mit der Zurückweisung von Anträgen im Adhäsionsverfahren bei Beleidigungen im Rahmen einer polizeilichen Diensthandlung.²¹ Durch justizielle Vorwürfe, Polizeibeamte wollten sich ungerechtfertigt bereichern,²² fühlen sich diese in ihrer Wertschätzung zurückgesetzt.

20 In der Regel »unter fünf Euro«, vgl. die einschlägigen Verwaltungsvorschriften über die Annahme von Belohnungen und Geschenken.

21 OLG Stuttgart, Beschluss vom 22.05.2014, 1 Ss 270/14, www.burhoff.de/asp_weitere_beschluesse/inhalte/2718.htm (05.09.16);

22 Im Rahmen einer Diplomarbeit an der Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) führte der Diplomand Gespräche u.a. mit einem Oberstaatsanwalt. Auf die Frage »Sollte eine Vorbereitung [auf die Zeugenaussage] unterbleiben, wenn der Polizeibeamte selbst der Verletzte einer Straftat ist?« (gesteigertes persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens), antwortete der Oberstaatsanwalt: »Der Beamte muss sich immer vorbereiten. Der Beamte sollte halt so souverän sein, dass er dienstliche Belange und eigene Belange trennen kann. Es ist leider im Bereich der Beleidigung, hier bei der PD Leipzig es halt dann schon, war dort die Fahrt, dass man sozusagen Adhäsionsverfahren als Zubrot mitnahm und dort dienstliche Einschätzungen hinten anstellte. Es ist Gott sei Dank wieder weniger geworden«. (Hervorhebungen d. Verf.), Enger, Der Polizeibeamte als Zeuge vor Gericht. Umgang des polizeilichen Zeugen mit der Strafverteidigung, Diplomarbeit, Hochschule der Sächsischen Polizei (FH), Rothenburg/OL 2013, S. 87.

Dagegen ist die Doppelfunktion »Ermittler« und »Sachverständiger« über die §§ 74 Abs. 1 Satz 1, 24 Abs. 1, 1. Alt., 22 Nr. 4 StPO gesetzlich gesperrt. Dies betreffe z.B. einen zum Fingerabdruckspezialisten weitergebildeten Polizeibeamten, der sich über seine Sachverständigentätigkeit hinaus unmittelbar an weiteren Ermittlungshandlungen beteiligt.²³

Über die Vereinbarkeit der Befugnisse der Nebenklage mit der Zeugenrolle wird gegenwärtig diskutiert, weil in Aussage-Aussage-Konstellationen das Akteneinsichtsrecht des Nebenklägers eine unbeeinflusste Zeugenaussage des Opferzeugen verhindern könnte.²⁴

Nicht nur, wenn der Polizeibeamte selbst von der Straftat betroffen ist, sondern auch, wenn die eigene Institution oder ein Kollege in der Kritik stehen (Szenario C), besteht die Gefahr des Verlustes professioneller Distanz. Ermittlungen, die als ungerechtfertigt empfunden werden, führen zu einer »Wagenburgmentalität«. Hinter Schulterschluss-Effekten steht oft auch die Überlegung: »Das hätte mir auch passieren können!«

Ein beredtes Beispiel liefert ein Urteil des LG Neuruppin²⁵ aus dem Jahr 2010: Ein Polizeibeamter schoss, als sich ein gesuchter Straftäter seiner Festnahme entziehen wollte, aus nächster Nähe direkt auf den Oberkörper des fliehenden Fahrzeugführers. Das Landgericht gelangte zu der Überzeugung, dass bedingter Tötungsvorsatz vorlag und kein Rechtfertigungsgrund gegeben war. In demselben Verfahren verurteilte das LG Neuruppin zwei weitere am Einsatz beteiligte Polizeibeamte wegen versuchter Strafvereitelung im Amt. Beide hatten ausgesagt, keine Schüsse wahrgenommen zu haben, obwohl sie sich in unmittelbarer Nähe zum Schützen befanden. Die Kammer glaubte ihnen nicht. Nach akribischer Beweisführung »hält [die Kammer] es für erwiesen, dass sie ihr Teilnichtwissen nur vorgespiegelt haben.«²⁶ Dagegen würdigte die Kammer eine die Schüsse bestätigende Aussage einer Polizeibeamtin, die telefonisch mit dem Einsatzort verbunden gewesen war, wie folgt: »Ihr ist es ersichtlich unangenehm gewesen, in dem gegen ihre Kollegen vom Abschnitt 25 geführten Strafverfahren als Zeugin vor Gericht

23 Weitgehend ungeklärt ist, ob neben Spezialisten der Kriminaltechnischen Institute (z.B. Sachverständige für Werkzeugspuren, Ballistik, Brandursache oder Daktyloskopie) auch in ermittlungsnäheren Bereichen Polizei (Kriminal-)beamte als Sachverständige, sachverständige Zeugen oder (spätere) Zeugen tätig werden: z.B. als Hundeführer von Mantrailer-Hunden, Profiler, Phantombildzeichner oder IT-Spezialisten.

24 Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 24.10.2014, 1 Ws 110/14, StV 2015, 484ff; *Baumhöfener*, Aktenkenntnis des Nebenklägers - Gefährdung des Untersuchungszwecks bei der Konstellation Aussage-gegen-Aussage, NStZ 2014, 135ff m.w.N.

25 LG Neuruppin, Urteil vom 03.07.2010 - 11 Ks 321 Js 2/09, BeckRS 2011, 05209.

26 LG Neuruppin, a.a.O., Ziff. 3.6.1 am Ende.

aussagen zu müssen.führt die Kammer das reservierte Aussageverhalten der Zeugin darauf zurück, dass sie sehr wohl den belastenden Charakter ihrer Ausführungen für die Angeklagten erkennt«²⁷ hat.

Dahs beschreibt das »Streben nach ‚stromlinienförmiger Aussage‘ mit anderen Beweispersonen«²⁸ in Wirtschaftsstrafsachen. Insbesondere in

»von einem Strafverfahren betroffenen straff organisierten Unternehmens- oder Organisations-Strukturen ist die Gefahr nicht gering, dass ein Zeuge aus gegenüber den Angeklagten nachrangigen Hierarchiebereichen diesen durch seine Aussage ‚stützen‘ möchte, um so seine beruflichen Interessen und seine Position im Unternehmen zu sichern.«²⁹

4. These: Polizeibeamte definieren »Erfolg« falsch

Stellen Sie einem Polizeibeamten die Kontrollfrage: »War die Wahllichtbildvorlage erfolgreich?« Wird der Tatverdächtige wiedererkannt, ist das der Erfolg.³⁰ Gleiches gilt für das Auffinden der erwarteten Beweismittel bei einer Durchsuchung und für das Geständnis in einer Beschuldigtenvernehmung. Wird niemand identifiziert und nichts gefunden – Misserfolg! Erfolg (kriminal-)polizeilicher Ermittlungen wird häufig mit der Bestätigung der eigenen Arbeitshypothese gleichgesetzt. Vorgesetzte, Staatsanwaltschaft und Justiz bestärken den Polizeizeugen darin und beharren auf einer Vorbereitungspflicht des Polizeibeamten.³¹ Die Ausbildungsliteratur setzt sie voraus.³² Polizeibeamte lesen daher vor der Verhandlung ihre eigenen Erklärungen und Berichte. Sie lesen Vernehmungen, die sie geleitet und Vernehmungen, bei denen sie selbst von Kollegen vernommen worden sind. Sie lesen unter Umständen nicht nur ihre eigenen Berichte, sondern die gesamte Ermittlungsakte³³ einschließlich späterer Beweiserhebungen oder Aussagen des

27 LG Neuruppin, a.a.O., Ziff. 3.6.2.

28 *Dahs*, »Informationelle Vorbereitung« von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand, NStZ 2011, 200ff.

29 *Dahs*, a.a.O., S. 201.

30 Diese verzerrte Erfolgsszuschreibung erklärt den Widerstand, der der Einführung der sequentiellen Wahllichtbildvorlage und -gegenüberstellung entgegenschlägt. Sequentielles Vorgehen führt nachweislich zu weniger Anerkennungen (auch weniger falsch-positiv Anerkennungen).

31 Für viele: *Esders*, Professionelle Zeugen. Erwartungen des Richters an Polizeibeamte als Zeugen, DPoBI Heft 4/2011, 5ff (7) - einschränkend bei persönlicher Betroffenheit des Beamten.

32 Z.B. *Artkämper*, Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht, Hilden 2007; *Rückheim*, Strategie und Taktik vor Gericht. Muss man sich eigentlich alles gefallen lassen? Kompass 4/2012, S. 10ff (11), hrsg. vom Polizeipräsidentium Berlin (Medienzentrum).

33 *Esders*, a.a.O., Vors. Richter am LG a.D. (!) empfiehlt die »vorherige Sichtung der Ermittlungsakten«, S. 7.

Beschuldigten sowie weiterer Zeugen. Die Beweisaufnahme verläuft erwartungsgemäß in diesem Sinne »erfolgreich«. |³⁴

Eine weiterer polizei-typischer »Berufsirrtum« kann an dieser Stelle nur genannt werden: Polizeibeamte unterschätzen die Bedeutung der eigenen Arbeit und verkennen das Maß ihrer Verantwortung im Strafprozess. Einseitige Verdachtsgewinnung, falsche Geständnisse, lückenhafte Ermittlungen – die Justiz würde das alles überprüfen und ggf. korrigieren. Die erkannten Justizirrtümer sprechen eine andere Sprache.

5. These: Polizeibeamte sind keine »besseren« Zeugen

Ungefähr zwei Prozent der Bevölkerung leidet an Prosopagnosie, auch »Gesichtsblindheit« genannt. |³⁵ Betroffenen ist es nicht möglich, Gesichter wiederzuerkennen. Die Krankheit ist schmerzfrei und bleibt den Betroffenen oft verborgen. Fehlleistungen im Alltag werden Stress oder Gedächtnisschwäche zugeschrieben, die Auswirkungen aus Scham geheim gehalten. Betroffene erkennen selbst nahe Angehörige nicht wieder, kompensieren aber geschickt durch Analyse der Gesamtsituation, z.B. der Kleidung, dem Wochentag, dem erwarteten Erscheinen. Polizeibeamte werden zwar auf eine Rot-Grün-Farbschwäche hin untersucht, nicht jedoch, ob bei ihnen Prosopagnosie vorliegt. Allen Polizeibeamten *per se* zuzubilligen, dass Wahrnehmungsfehler bei ihnen weniger gehäuft auftreten, wäre fahrlässig.

Polizeibeamte seien besonders geschult, Wahrnehmungen zu machen, heißt es. An der Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) enthält das interdisziplinäre Vernehmungstraining folgende Übung: Die Hälfte der Teilnehmer sieht einen Kurzbeitrag aus der Fernsehsendung »Aktenzeichen xy-ungelöst«, beschränkt auf das schauspielerisch umgesetzten Tatgeschehen eines Raubüberfalls. Am nächsten Tag werden diese »Augenzeugen« von Mitstudierenden der anderen Gruppe »vernommen«. Ein Lernziel (unter mehreren) ist, sich zukünftig besser in einen Zeugen bei einer polizeilichen Vernehmung einfühlen zu können. Im Jahr 2016 bestanden die Gruppen ausschließlich aus Polizeibeamten mit mehrjähriger Diensterfahrung. Die Gruppe der »Zeugen« war zum genauen Zuschauen ermuntert worden. Im Gruppenübungsraum gab es keinerlei Ablenkung. Im Ergebnis waren die

34 Weiterführend zum Einfluss der Aktenkenntnis auf das Urteil vgl. *Schünemann*, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlussbeffekt, StV 2000, 159ff.

35 *National Academy of Sciences (Hrsg.)*, Identifying the Culprit. Assessing Eyewitness Identification, o.J., S. 69 mwN in Fn. 91. Das 170seitige Buch (ISBN 978-0-309-38678-4, DOI 10.17226/18891) ist unter <http://nap.edu/18891> kostenfrei im pdf-Format erhältlich.

Studierenden erstaunt, in welchem Umfang Wahrnehmungsfehler, sowohl Erinnerungslücken als auch Falscherinnerungen, auftreten. Ob ein Polizeizeuge besser ausgebildet und auf Wahrnehmungen trainiert ist, kann nur im Einzelfall anhand der Diensterfahrung und seiner beruflichen Stationen festgestellt werden.

Der Polizeibeamte im Einsatz sei ein aufmerksamer Zeuge, weil er kein »Zufallsereignis« wahrnehme. Auch diese Annahme darf der Würdigung des Einzelfalls: Der übermüdete Polizeibeamte ist nicht besonders aufmerksam. Der Polizeibeamte kann durch Kollegen oder eine andere Tätigkeit abgelenkt sein. Er kann von der konkreten Entwicklung des Einsatzes genauso überrascht werden wie ein Zufallszeuge.

Für Polizeizeugen, die als sog. »Verhörspersonen« vom Hören-Sagen über Vernehmungsinhalte aussagen, gelten alle bekannten Nachteile des Personalbeweises.³⁶ Vernehmung ist Kommunikation; verbale und non-verbale³⁷ Kommunikation beeinflusst den Gesprächspartner. Eine wissenschaftliche Studie an der *Mississippi State University* 2013 verdeutlicht das: Probanden sahen ein einfaches Tatgeschehen und wurden anschließend dazu vernommen, entweder von einer Person (»Ermittler«) oder von einem Roboter. Sowohl einige Ermittler als auch einige Roboter nannten in ihren Fragen Details, die nicht im Tatgeschehen enthalten waren. Es wurde z.B. ein Hammer erwähnt. Andere menschliche und maschinelle Vernehmer erwähnten den (nicht vorhandenen) Hammer nicht. Im Ergebnis lassen sich Zeugen von einem menschlichen Vernehmer beeinflussen, nicht jedoch von einem Roboter oder Avatar.³⁸

Zutreffend weist *Hof*³⁹ darauf hin, dass die vermeintlichen Vorzüge amtlicher Zeugen durch bekannte erinnerungsverzerrende Effekte aufgewogen, u.U. in das Gegenteil verkehrt werden: z.B. erinnerungslückenschließende Rationalisierung und gemeinsame Berichtsfertigung.

36 Vgl. nur *Volbert/May*, Falsche Geständnisse in polizeilichen Vernehmungen – Vernehmungsfehler oder immanente Gefahr?, *Recht und Psychiatrie*, Heft 34/2016. S. 4ff.

37 Eine Wahlgegenüberstellung-/lichtbildvorlage führt zu mehr falsch-positiven Ergebnissen (falschen Wiedererkennungen), wenn der Beamte, der die Maßnahme durchführt, weiß, an welcher Position das Bild des Tatverdächtigen eingeordnet ist. Daher die Forderung nach einem unwissenden Beamten, dem »*blind investigator*«.

38 *Bethel/Eakin et. al.*, Eyewitnesses Are Misled By Human But Not Robot Interviewers, DOI 10.1109./HRI2013.6483498; erhältlich bei Deborah Eakin über www.researchgate.net.

39 *Hof*, Polizeizeugen – Zeugen im Sinne der StPO?, *HRRS* Juli 2015, S. 277ff.

III. Lösungsansätze

1. Polizeiliche Zeugen differenziert betrachten

Die eingangs aufgezeigten Szenarien A, B und C verdeutlichen, dass Aussagen von Polizeibeamten vor Gericht nicht einheitlich beurteilt werden sollten. Bei Szenario A überwiegt die Frage nach dem Beweiswert der Aussage. Vorrangig zu klären ist die Unterscheidung von Irrtum und Wahrheit,⁴⁰ weniger die Abgrenzung zur bewussten Lüge. Das Hauptaugenmerk sollte auf das Zustandekommen der Erinnerung gelegt werden. Als Anknüpfungspunkte stehen die konkrete Wahrnehmungssituation, die individuelle Erinnerungsfähigkeit des Polizeibeamten und die Aussagegenese, ggf. einschließlich der Berichtsgenese, zur Verfügung.

Kriminologisch interessanter sind die Szenarien B und C. Es steht zu vermuten, dass es sich um kriminogene Faktoren handelt.⁴¹ Damit ist nicht gemeint, dass es in diesen Konstellationen immer oder überwiegend zu bewussten Falschaussagen kommt, sondern, dass eine Situation vorliegt, die diese Gefahr abstrakt in sich birgt. Dieser Gefahr in jedem Einzelfall entgegenzuwirken, ist Aufgabe des Dienstherrn. Zunächst ist die Ausbildung zu nennen, sodann die Prozessbegleitung, bei erwiesenem Fehlverhalten der Beamten auch die strafrechtliche Verfolgung und disziplinarische Ahndung.

Eine differenzierte Analyse der vielfältigen Formen, die die Vorbereitung von Polizeizeugen auf Hauptverhandlungen einnimmt, sprengt den Rahmen dieses Beitrags. Im Wesentlichen ist zwischen verfahrensunabhängigen und verfahrensbezogenen Maßnahmen zu unterscheiden. Verfahrensunabhängig wird in der Ausbildung der Gang des Strafverfahrens vermittelt, auch Besuche von Gerichtsverhandlungen, oft mit sich anschließendem Gespräch mit dem Strafrichter sind sinnvoll. Im Rahmen der Fortbildung finden polizeiintern mehrtägige Seminare zum Thema »Polizeibeamte als Zeugen vor Gericht« statt. Dagegen ist nichts einzuwenden, solange die Schulungen auf Nachfrage nicht verschwiegen werden.⁴²

40 Vgl. aus der umfassenden Literatur nur *Hussel*, Grundzüge der Irrtumsproblematik im Rahmen der Glaubhaftigkeitsbeurteilung, *Kriminalistik* 2011, 114ff und *Mack*, Tat ohne Täter. Das Problem der falschen Erinnerungen, *Kriminalistik* 2014, 459ff.

41 Und zwar unabhängig davon, ob es sich bei den Zeugen um Polizeibeamte handelt.

42 Nachgefragt werden sollten die Inhalte eines solchen Seminars. Nicht selten vertreten z. B. Staatsanwälte vor der Polizei die uneingeschränkte Vorbereitungsspflicht.

Die Prozessbegleitung einer Hauptverhandlung hat einen Januskopf. Der Dienstherr hat ein Interesse an der Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Ermittlungsmaßnahmen, an der Beweiswürdigung und am Ausgang des Verfahrens. Er darf aber nicht darauf einwirken. Eine Beeinflussung der noch nicht in der Hauptverhandlung vernommenen Polizeibeamten kann nur durch strikte Funktionstrennung vermieden werden. Zwar weist *Dahs*⁴³ darauf hin, dass eine Informationsgewinnung durch Gespräche mit bereits vernommenen Zeugen oder mit Zuhörern der öffentlichen Hauptverhandlung straffrei ist,⁴⁴ jedoch wird nach ganz h.M. der Beweiswert der Zeugenaussage, die nicht mehr unbeeinflusst ist, erheblich geschmälert.

Rollenspiele der konkret erwarteten Hauptverhandlung, Coachings und die Absprache von Aussagen sind unzulässig. Sie entwerten bzw. zerstören nicht nur den Beweiswert der Aussage, sondern sind u.U. nicht einmal im Interesse des polizeilichen Zeugen. So ist der Ausschluss eines Zeugenbeistands gemäß § 68b StPO dann gerechtfertigt, wenn der Dienstherr des Zeugen (hier: das Zollfahndungsamt [ZFA]) den Zeugenbeistand stellt, zuvor die Ablösung des bereits beigeordneten Zeugenbeistands betrieben hatte und »möglicherweise gegenläufige Interessen seines Dienstherrn und anderer Zeugen des ZFA«⁴⁵ bestehen. Das Landgericht Hanau schließt nicht aus, dass das

»Einverständnis [des Zeugen mit dem dienstlich gestellten Zeugenbeistand] maßgeblich aus dem Pflichtbewusstsein gegenüber seinem Dienstherrn resultiert und insoweit dessen maßgebliche Interessen und nicht mehr die Interessen des Zeugen im Vordergrund stehen.«⁴⁶

2. Verankerung der Polizei in der Zivilgesellschaft

Wünschenswert wäre, auch in Zeiten allgemeinen Fachkräftemangels, die Rückkehr zur abgeschlossenen Berufsausbildung als verbindliche Einstellungsvoraussetzung für den Polizeidienst. Zwar weisen viele Bewerber auch heute ein vielfältiges Spektrum studentischer oder beruflicher Vortätigkeiten auf, jedoch nicht alle. Vor allem haben nur Wenige eine Situation wirtschaftlicher Selbständigkeit erlebt. Eine abgeschlossene Berufsausbildung trägt zum einen dazu bei, außerhalb behördlicher Strukturen »erwachsen«

43 *Dahs*, „Informationelle Vorbereitung“ von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand, NStZ 2011, 200ff (201).

44 So auch *Schlothauer*, Darf, sollte, muss sich ein Zeuge auf seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vorbereiten?, in: Festschrift für Hans Dahs, Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Hrsg.), Köln 2005, S. 457ff.

45 LG Hanau, Beschluss vom 12.08.2015, 5 KlS 4424, Js 11790/12, StV 2016, 153f.

46 LG Hanau, a.a.O., S. 154.

zu werden, zum anderen bringt sie dem Polizeibeamten eine wirtschaftliche und innere Unabhängigkeit, die ihn stärkt gegen Fehlentwicklungen. Es fällt beispielsweise leichter, sich einem »Kartell des Schweigens« zu verweigern, wenn es (im schlimmsten Fall) eine berufliche Alternative zum Polizeidienst gibt.

Kurzfristig können Strukturen geschaffen werden, die externe Sozialkontakte trotz Wechselschichtdienst ermöglichen. Rücksichtnahme kann bei der Festlegung der Einsatzzeiten der Bereitschaftspolizeien, bei Abordnungen und Versetzungen geübt werden. Die Förderung sozialen Engagements und Ehrenamts, sei es ob im Naturschutz, als Gebärdendolmetscher oder in der Flüchtlingshilfe, sollte der Dienstherr anerkennen und fördern. Gute Polizisten leben in die Mitte der Gesellschaft.

3. Korrektur der Begriffsbedeutung »Ermittlungserfolg«

Wie widerlegt man die Annahme, ein Erfolg liege in der Bestärkung der eigenen Arbeitshypothese? Nach nur 90 Minuten Vorlesung zum Thema »Justizirrtümer und Fehlerurteile« ist unter Studierenden eine erhebliche Betroffenheit zu spüren. Erste Reaktionen lauten dahingehend, dass unvorstellbar sei, dass »so etwas« überhaupt möglich und möglicherweise gar kein Einzelfall ist. Nur von einigen medienwirksamen Sachverhalten hat der eine oder andere gehört (»Harry Wörz« oder »Bauer Rupp«), einschlägige Bücher⁴⁷ werden erst auf Empfehlung der Dozentin gelesen. Weil Fehlerurteile und die u.U. ihnen zugrunde liegende fehlerhafte polizeiliche Ermittlungen innerhalb der Polizei nicht systematisch und offensiv aufgearbeitet werden, mangelt es ihr an einem kollektiven Bewusstsein der eigenen Schwäche. So vergibt sich die Institution die Chance, durch eine offensive Fehlerkultur »besser«, d.h. professioneller und letztendlich dem gesetzlichen Auftrag vollumfänglich gerecht zu werden.

Der Bewusstseinsbildungsprozess, sich unreflektierten Verhaltensweisen⁴⁸ zukünftig zu entziehen, dauert deutlich länger. Die rechtswissenschaftliche Ausbildung kann hier einen entscheidenden Beitrag leisten: Zu Beginn ihres Studiums an der Hochschule der Sächsischen Polizei (FH) durchaus aufgeschlossen und neugierig, werden Studierende an die juristische Methodenlehre und die Vielfalt vertretbarer Meinungen herangeführt. In insgesamt

⁴⁷ Eine kleine Auswahl: *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes: Ein Justizirrtum und seine Folgen (2007); *Strate*, Der Fall Mollath: Vom Versagen der Justiz und Psychiatrie (2015); *Steller*, Nichts als die Wahrheit? Warum jeder unschuldig verurteilt werden kann (2015).

⁴⁸ Gemeint in einem ganz umfassenden Sinn – durch Kollegen, Vorgesetzte, Justiz oder Politik: »Das haben wir immer so gemacht! Das haben wir nie so gemacht!. Da kann ja jeder kommen!«.

fünf Phasen⁴⁹ vollzieht sich eine Metamorphose vom Check-Listen-Polizisten zum selbständig subsumierenden und begründet entscheidenden Amtsträger. Diesem notwendigen Entwicklungsprozess droht Gefahr.

Aktueller Exkurs: »Schnell-Polizisten«⁵⁰

Die sogenannte »Flüchtlingskrise« hat eine aktuelle gesellschaftliche und politische Debatte hervorgerufen, in welcher ein Ende der Kürzungen am Personal und eine rasche Aufstockung der Polizei gefordert werden. Die Politik will das auch umsetzen. Dabei überzeugt sie ein sächsisches Modell: die Einführung einer Wachpolizei. Die sächsische Wachpolizei⁵¹ ist angesiedelt zwischen der ehrenamtlichen Sächsischen Sicherheitswacht⁵² und der verbeamteten Landespolizei. Wachpolizisten werden im Angestelltenverhältnis beschäftigt, sind bewaffnet und sollen vorrangig im Objektschutz verwendet werden. Ihnen wird, bei Eignung und Befähigung, eine spätere Übernahme in die Landespolizei in Aussicht gestellt. Eine solche »Amerikanisierung« der Polizei durch Verkürzung der Ausbildungsdauer und Vereinfachung der Studieninhalte wird langfristig der Wahrheitsfindung im Strafverfahren schaden.

4. Realistische Beweiswürdigung polizeilicher Zeugenaussagen

Die Gerichte sollten die Fehleranfälligkeit von Zeugenaussagen auch bei Polizeizeugen zur Kenntnis nehmen.⁵³ Vor einer pauschalen »Besserstellung« des amtlichen Zeugen muss im Interesse einer umfassenden Wahrheitsermittlung abgeraten werden. Der Grundsatz *in dubio pro reo* ist nicht verletzt, wenn der Richter nicht zweifelte, obwohl er hätte zweifeln müssen.⁵⁴ Die Gerichte sollten das Zweifeln lernen.

Zudem ist ein Bekenntnis *gegen* die Vorbereitungspflicht zu verlangen. Eine Rechtsgrundlage für eine Vorbereitungspflicht ist nicht ersichtlich, wie Hof kürzlich ausführlich nachwies.⁵⁵ Mangels Rechtsgrundlage ist in der Regel

49 Ausführlich zum »Fünf-Phasen-Modell« und der damit verbundenen didaktischen Herausforderung: Starkgraff, Juristische Studieninhalte - Mehr als nur Wissensvermittlung!, in: Dahlberg/Grommek/Kühne et. al. (Hrsg.), Polizei zwischen Wissenschaft und Reformdruck, 2014.

50 Müller, Das sind die Neuen von der Wachpolizei, MoPo24 vom 02.02.2016, <https://mopo24.de/nachrichten/das-sind-die-neuen-von-der-wachpolizei-44681> (07.09.16).

51 Sächsisches Wachpolizeidienstgesetz vom 16.12.2015 (SächsGVBl. S. 663).

52 Sächsisches Sicherheitswachtgesetz vom 12.12.1997 (SächsGVBl. S. 647), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 18.12.2013 (SächsGVBl. S. 970).

53 Vgl. beispielhaft das bereits erwähnte Urteil des LG Neuruppin vom 3.7.2010 - 11 Ks 321 Js 2/09, BeckRS 2011, 05209.

54 BVerfG, Beschluss vom 17.07.2007, 2 BvR 496/07, NStZ-RR 2007, 381 (LS 2).

55 Hof, Polizeizeugen - Zeugen im Sinne der StPO?, HRRS Juli 2015, S. 277ff. (283 und insb. Fn. 58).

auch keine datenschutzrechtliche Befugnis gegeben, die in der Ermittlungsakte zusammengetragenen personenbezogenen Daten zu nutzen. *Dahs* weist auf die Gefahr eines Geheimnisverrats gemäß § 203 StGB durch den Zeugenbeistand hin, der seinen Mandanten »vorbereitet«. |⁵⁶ Der Polizeibeamte, der technisch eingeräumte Zugriffsrechte ohne Rechtsgrundlage nutzt, entfernt sich ebenfalls vom Gesetz.

Anstelle eines gut »vorbereiteten« Polizeibeamten in der Hauptverhandlung sollte zum Beweis von Routinevorgängen häufiger die Verlesung gemäß § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO in Betracht gezogen werden. Die Norm ist umstritten. Zuzugeben ist, dass sich am Entstehungsprozess von Vermerken fast mehr Kritik entzündet als am Polizeibeamten als Zeugen vor Gericht. Jedoch dürfte der gewissenhaft allein geschriebene Einsatzbericht oder -vermerk keine geringere Beweiseignung aufweisen als der die Wahrheit suchende und aussagende Zeuge.

Zu hoffen ist, dass ergänzende Sachbeweise eine Überprüfung der polizeilichen Aussage ermöglichen. Erforderlich ist eine Auswertung aller verfügbaren Daten zum Einsatzgeschehen. Zukunftsträchtig wird die Auswertung von Daten aus visuellen Erfassungssystemen sein. 2013 erfasste die U.S.-Justizbehörde in 76 Prozent der befragten Polizeibehörden den Einsatz von entweder »in-car, body-worn, or weapon-attached cameras.« |⁵⁷ Bereits 32 Prozent der örtlichen (local) U.S.-amerikanischen Dienststellen |⁵⁸ nutzten während des Einsatzes an der Uniform getragene Kameras. In Deutschland wird die Einführung kontrovers diskutiert. Über ein Pilotprojekt in Frankfurt a.M. wird positiv berichtet. |⁵⁹ *Figueroa* weist darauf hin, dass Folgefragen zu diskutieren sind: Soll der Rückgriff auf die Aufzeichnung zur Abfassung des Berichts erlaubt sein? Wie sollen die Datenmengen, die das bisher bekannte Volumen deutlich übersteigen, gesichtet werden? |⁶⁰

56 *Dahs*, »Informationelle Vorbereitung« von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand, NStZ 2011, 200ff (202).

57 *Reaves*, Local Police Departments, 2013: Equipment and Technology, United States Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, July 2015, NCJ 248767, <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/lpd13et.pdf>

58 *Reaves*, a.a.O., S. 1.

59 *Müller*, »Body-Cam – eine Erfolgsgeschichte nimmt ihren Lauf«, Polizei-Praxis, <http://www.polizeipraxis.de/nc/themen/waffen-und-geraetetechnik/detailansicht-waffen-und-geraetetechnik/artikel/body-cam-eine-erfolgsgeschichte-nimmt-ihren-lauf.html> (28.8.2016), übernommen aus: »Deutsche Polizei« Ausgabe 07/14, Landesteil Hessen.

60 *Figueroa*, Body-Worn Cameras: Using the Wealth of Data Effectively, The Police Chief, Heft 1/2016, S. 54ff.

V. Ergebnis

Über das Internet und soziale Medien verbreiten sich Informationen besonders schnell und weit. Die Kanzlei Hoenig Berlin, Strafverteidiger in Berlin-Kreuzberg, stellte am 10. Juni 2016 den folgenden Urteilsauszug auf ihre Homepage: |⁶¹

»Lügende Polizeibeamte im Urteil«

»Von diesem Tatvorwurf [Körperverletzung und Beleidigung zum Nachteil von Polizeibeamten] waren die Angeklagten aus tatsächlichen Gründen freizusprechen, da insbesondere den Angaben der Zeugen Z* und F* [beide Polizeibeamte] keinerlei Glauben geschenkt werden konnte, denn in vielen Punkten ergaben sich hieraus nicht nur erhebliche Widersprüche untereinander, sondern auch hinsichtlich der Angaben der weiteren Zeugen, die bei dem Polizeieinsatz anwesend waren.«

Ergänzt wird der Beitrag von einer Kommentarfunktion und der Aufforderung »Bitte teilen«.

Es soll hier nicht untersucht werden, ob dieser Bericht wahr ist, ob der in der Verhandlung anwesende Staatsanwalt Anlass zur Aufnahme der Ermittlungen wegen uneidlicher Falschaussage und der Berliner Polizeipräsident Anlass zu disziplinarischen Vorermittlungen sahen. Das ist die Aufgabe der Verantwortlichen vor Ort. Dieser zufällig ausgewählte, wenige Wochen alte Beitrag steht beispielhaft für abträgliche Negativschlagzeilen.

Weder glaubt die Autorin dieses Beitrags, dass Polizeibeamte vor Gericht immer oder überwiegend lügen, noch glaubt die Autorin, dass Polizeibeamte im Zeugenstand immer die Wahrheit sagen. Es gibt jedoch besorgniserregend viele – präziser: viel zu viele – Berichte über Missstände im polizeilichen Zeugenverhalten. Eine sachliche wissenschaftliche Befassung der Polizei mit der Rolle und dem Verhalten ihrer Beamten vor Gericht ist überfällig. Selbst wenn kein einziger Negativbericht wahr wäre, erschwerte er dennoch das Einschreiten jedes rechtschaffenen Polizeibeamten. Denn jeder Beamte ist auf das Vertrauen der Bevölkerung in seine korrekte Amtsführung angewiesen.

⁶¹ Bericht mit Datum 10. Juni 2016 von einer Hauptverhandlung aus Berlin auf <https://www.kanzlei-hoenig.de/2016/luegende-polizeibeamte-im-urteil/> (27.8.2016)

Erfreulich ist, dass der 40. Strafverteidigertag 2016 in Frankfurt am Main die Arbeitsgruppe 3 den »Polizeizeugen« gewidmet hat. Wohltuend ist auch, dass dabei die polizeiliche Sichtweise eingefordert wurde. Für die Gelegenheit zum Vortrag und zur Veröffentlichung dieses erweiterten und aktualisierten Textes danke ich sehr.

Leider erinnert das Einfordern von Wissenschaftlichkeit |⁶² und Fehlerkultur in Behörden oft an *The Red Queen's race*:

Well, in our country,' said Alice, still panting a little, 'you'd generally get to somewhere else—if you ran very fast for a long time, as we've been doing.'

'A slow sort of country!' said the Queen. 'Now, here, you see, it takes all the running you can do, to keep in the same place. If you want to get somewhere else, you must run at least twice as fast as that!' |⁶³

Laufen wir los!

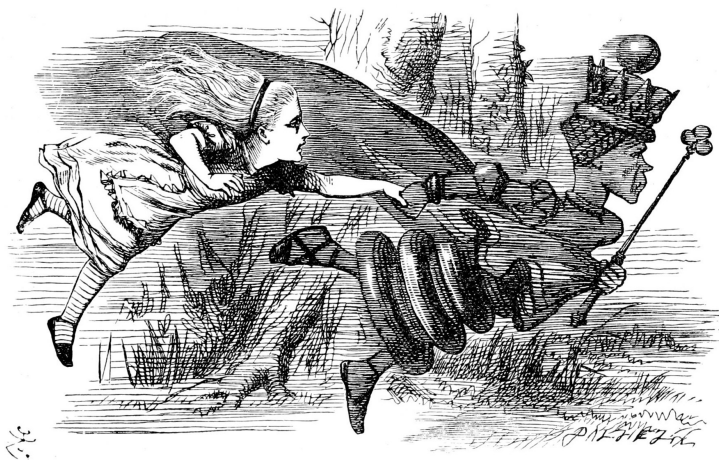


Bild: Through the Looking-Glass and what Alice found there |⁶⁴

62 Vgl. Löbbcke, Aufruf zur Etablierung einer gemeinen, ungezogenen Polizeiforschung, in: Dahlberg (Hrsg.), »Die Freiheit des Wortes – Wissenschaft und demokratische Gesellschaft«, Rothenburg/OL 2013, S. 407.

63 Carroll, Lewis: Through the Looking-Glass and What Alice Found There, chapter 2: »The Garden of Living Flowers«, (1871).

64 Originalzeichnung von Sir John Tenniel in Carroll, Lewis: Through the Looking-Glass and What Alice Found There, Public Domain, <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=14629431>.

Prof. Dr. Jan Bockemühl

Das Weltbild des Strafrichters Rückblick, Status quo und Ausblick

Bekanntermaßen steht der diesjährige 40. Jubiläums-Strafverteidigertag unter dem Oberthema »Bild und Selbstbild der Strafverteidigung«. |¹ Unsere Arbeitsgemeinschaft 4 beschäftigt sich mit dem Thema »Das Weltbild des Strafrichters – Ist die Unabhängigkeit des Richters unabdingbar?« und knüpft damit – wie unsere Vorsitzende, Kollegin Ricarda Lang, in ihren einleitenden Worten bereits gesagt hat, unmittelbar an die letztjährige Arbeitsgemeinschaft auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck an. |²

Bemüht man sich einen Zugang zum diesjährigen Thema zu finden, so ist mir natürlich als Jemand, der beim Kollegen Rechtsanwalt Gerhard Jungfer in Berlin während des Referendariats das Handwerkszeug lernen durfte, sofort die Monografie von Max *Alsberg* |³ eingefallen. Findet man allerdings einen »modernerem« Such-Ansatz, so bemüht man »Dr.-Google« und ist überrascht: Unter dem Suchbegriff »Weltbild« findet man zumindest bei den Bildern sofort das Logo eines ehemaligen katholischen Bücherversandes und dann die verschiedenen Darstellungen der Weltbilder des Mittelalters. Zum Weltbild des Strafrichters findet man zunächst nichts Erhellendes.

Aus gegebenem, aktuellem Anlass, findet man allerdings einige singuläre »Weltbilder« einzelner Strafrichter. Insofern möchte ich hier nur auf eine Entscheidung des 3. Strafsenats vom 12. Januar 2016 |⁴ hinweisen. Hierzu findet man im Netz auch schöne Abbildungen des »Weltbildes« oder des »Selbstverständnisses« dieses einzelnen Richters. |⁵ Den Feststellungen der Entscheidung des Beschlusses des Senats vom 12. Januar 2016 lässt sich dann Folgendes entnehmen:

1 Der Vortragstil des am 05. März 2016 in Frankfurt/Main gehaltenen Referats wurde weitgehend beibehalten, allerdings wurde der Text um die Endnoten, Fundstellen und Querverweise ergänzt.

2 Vgl. hierzu *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.] Welche Reform braucht das Strafverfahren?, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 2016;376; sowie die Beiträge von *Wilhelm*, Seiten 165 ff, *Altenhain*, Seiten 181 ff und *Caspari*, Seiten 209 ff.

3 Max Alsberg, Das Weltbild des Strafrichters, 1930; vollständig abgedruckt in: *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Auflage, 2013, 565 ff.

4 BGH - 3 StR 482/15 - Beschluss vom 12. Januar 2016.

5 http://polpix.sueddeutsche.com/polopoly_fs/1.2877408.1456248992!/httpImage/image.jpg_gen/derivatives/640x360/image.jpg

»Im öffentlich zugänglichen Bereich war auf der Profilseite ein Lichtbild des Vorsitzenden zu sehen, auf dem dieser mit einem Bierglas in der Hand auf einer Terrasse sitzt und ein T-Shirt trägt, das mit der Aufschrift: ‚Wir geben ihrer Zukunft ein Zuhause: JVA‘ bedruckt ist.«⁶

Nicht, dass Sie meinen, dass ich einem deutschen Richter vorschreiben möchte, was er in seiner Freizeit für T-Shirts zu tragen hat. Das wahrlich Beschämende ist, dass die Ablehnungskammer die Ablehnungsgesuche der Angeklagten als unbegründet zurückgewiesen hatte mit der Begründung, »der Internetauftritt des Vorsitzenden betreffe ausschließlich dessen persönlichen Lebensbereich und sei offensichtlich humoristisch geprägt.«⁷

Erfreulich ist insofern nur, dass diesem Spuk der Bundesgerichtshof – 3. Strafsenat – in dem Beschluss ein Ende bereite und auch die Negierung eines Grundes, der die Besorgnis der Befangenheit begründet, eindeutig beendet und dazu ausführt:

»Der Inhalt der Öffentlichkeit und somit auch für jeden Verfahrensbeteiligten zugänglichen Facebook-Seite dokumentiert eindeutig eine innere Haltung des Vorsitzenden, die bei Verständiger Betrachtung besorgen lässt, dieser beurteile die von ihm zu bearbeitenden Strafverfahren nicht objektiv, sondern habe Spaß an der Verhängung hoher Strafen und mache sich über die Angeklagten lustig. Die beschriebene Facebook-Seite enthält auch einen eindeutigen Hinweis auf die berufliche Tätigkeit des Vorsitzenden und betrifft deshalb nicht lediglich dessen persönliche Verhältnisse. Unter diesen Umständen war ein noch engerer Zusammenhang mit dem konkreten, die Angeklagten betreffenden Strafverfahren nicht erforderlich, um bei ihnen die berechnete Befürchtung zu begründen, dem Vorsitzenden mangle es an der gebotenen Neutralität. Das in dem Ablehnungsgesuch dargelegte Misstrauen in die Unparteilichkeit des Vorsitzenden ist deshalb gerechtfertigt. Dessen Internetauftritt ist insgesamt mit der gebotenen Haltung der Unvoreingenommenheit eines im Bereich des Strafrechts tätigen Richters nicht zu vereinbaren.«

Deutliche Worte eines obersten Gerichtes derer es nicht bedurft hätte, wenn schon die Ablehnungskammer hier nicht versucht hätte, ihre »Kollegen zu halten«.

6 BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 - 3 StR 482/15 - Rd-Nr. 3.

7 BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 - 3 StR 482/15 - Rd-Nr. 3 a.E.

Ich möchte aber nicht über solche »Richterbilder« mit Ihnen sprechen, sondern möchte zunächst in einem ersten Schritt einen historischen Rückblick über verschiedene Richterbilder zu Zeiten der *Constitutio Carolina Criminalis* (CCC) bis hin zur Weimarer Republik wagen (I), um anschließend dann einen möglichen Status Quo zu skizzieren (II), um dann auch ein positives Beispiel anhand der persönlichen Aktivitäten eines Richters im Rahmen einer Rechtsmaterie, die sich nicht jedem direkt als strafrechtlich relevant offenbart, nämlich am Beispiel des Rindfleischetikettierungsgesetzes darstellen (III), um schließlich in einem letzten Schritt Schlussfolgerungen zu ziehen, die wir gerne dann gemeinsam diskutieren können.

I. Historischer Rückblick Richterbild zu Zeiten der Carolina bis zur Weimarer Republik

Für mich als (Wahl-)Regensburger lohnt sich immer wieder ein Blick ins Dunkel des Mittelalters. In meiner wunderschönen Wahlheimat Regensburg, einer ehemaligen Reichsstadt, finden sie im dortigen alten Rathaus nicht nur im Keller, zwei Stockwerke unter dem historischen Reichssaal die noch aus dem Jahr 1532 im Original erhaltene Historische Fragstatt,⁸ sondern im dortigen Reichssaal fand nicht nur über lange Zeit der Immerwährende Reichstag statt, sondern an diesem Ort wurde auch im Jahre 1532 das erste deutsche Strafgesetzbuch verabschiedet.⁹ Die *Constitutio Criminalis Carolina*, auch *Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.* genannt, wurde dort verabschiedet. Es ist nicht nur das erste »gesamtdeutsche Strafgesetzbuch«, sondern es wurde in diesem Gesetzeswerk auch das Verfahrensrecht geregelt.

1. CCC - *Constitutio Criminalis Carolina*

Es war Freiherr Johann von *Schwarzenberg*, der die Grundlagen der *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) zu verantworten hatte. Es ging *Schwarzenberg* bei den Grundlagen der Carolina darum, auch das »Rechtswesen vom Richtertum« neu mit Leben zu erfüllen.¹⁰ Dieser Intention entsprechend

8 Ein virtueller 360-Grad-Rundgang durch das *Alte Rathaus* in Regensburg führt Sie auch in die dortige Historische Fragstatt: <http://panocreator.com//view/index/ld/2622/p/0/y/-212.01724409055583/z/1.7>

9 Vgl. insofern die Eröffnungsrede zum 2. Dreiländerforum Strafverteidigung von Herrn Bürgermeister Weber in: Strafverteidigung auf neuen Wegen?, 2. Dreiländerforum Strafverteidigung, Regensburg, 2012, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, Band 20, Seite 11 ff.; zur Carolina: *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland, 1532 bis 1846, 2002, 42.

10 *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 96 mit Nachweisen.

stellte *Schwarzenberg* den Regelungen der Carolina einen Artikel voran, der sein Richterbild darstellt. Art. 1 CCC sollte nämlich gewährleisten, dass »alle Gerichte (nur) mit den besten und zuverlässigsten Richtern besetzt werden, die zu bekommen sind«. |¹¹

Art. 1 CCC lautet wie folgt:

»Item erstlich: setzen ordnen vnd wöllen wir, daß alle peinlich gericht mit Richtern, vrtheylern vnd gerichtß-schreibern, versehen vnd besetzt werden sollen, von frommen, erbarn, verstendigen vnd erfarnen personen, so tugendlichst vnd best die selben nach gelegenheytt jedes orts gehabt vnd zu bekommen sein.«

Die Richter sollten – nach *Schwarzenberg* – die Tugenden der »bescheidenheit« und »mâze« besitzen. Das Merkmal der »bescheidenheit« meinte die intellektuelle Komponente der richterlichen Entscheidungstätigkeit, nämlich das Vermögen, den Besonderheiten aller Fälle gegenüber aufgeschlossen zu bleiben, und die zur vernünftigen Entscheidung fähige Verstandestätigkeit zu besitzen. |¹² Das persönliche Merkmal der »mâze« erklärt sich wie folgt: Es handelt sich hierbei um das mittelhochdeutsche Wort für Maßhalten bzw. für Mäßigung. Es zielt ab auf die sittliche Richterpersönlichkeit. Gemeint – im *Schwarzenbergs* Sinne – war damit, dass der Richter die Kraft gewinnt, »alle Leidenschaften zu beherrschen« und »in seinem Amte demütig und bescheiden werde«. |¹³

In beiden Richtertungen war *Schwarzenbergs* Richterbild nicht so weit entfernt von anderen Richterbildern der damaligen Zeit.

Wir begehen im Jahr 2017 das Luther-Jahr. Auch für Martin *Luther* machte einen guten Richter der Umstand aus, dass dieser »dem Angeklagten in Liebe zu begegnen« habe. |¹⁴

2. Weimarer Zeit am Beispiel von Max Alsberg

Kollege Rechtsanwalt Prof. Dr. *Haffke* hat ja schon ausführlich die Monographie von Max *Alsberg* |¹⁵ zum Richterbild gewürdigt. |¹⁶ Genau genommen war dieser Band ein Teil einer Trilogie von *Max Alsberg*, nämlich seinen

11 *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 96 mit Nachweisen.

12 So auch *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 97.

13 *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 98.

14 *Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, 93 f.

»Schriften zur Psychologie der Strafrechtspflege«.

Im Jahr 1926 war das Heft 1 erschienen, nämlich der *Prozess des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie*|¹⁷ sowie im Jahr 1930 in Heft 2: *Die Philosophie der Verteidigung*.|¹⁸ Als dritter Band erschien dann ebenfalls im Jahre 1930 *Das Weltbild des Strafrichters*. Hierzu hat *Haffke*|¹⁹ bereits alles Wesentliche gesagt. Mein Lieblingszitat aus dieser Monografie möchte ich Ihnen jedoch nicht vorenthalten, da es aufzeigt, dass die von Max *Alsberg* aufgezeigten Probleme – völlig unverändert – in der heutigen Zeit fortbestehen.

Hier heißt es nämlich wie folgt:|²⁰

»Man hat den Richter, in dessen Hände man die unvoreingenommene, lediglich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfende Entscheidung legen wollte, zugleich zu dem machtvollsten Organ der Überführung des Angeklagten gemacht. Und zwar dadurch, daß man ihm die Leitung der Hauptverhandlung übertragen hat. Präpariert durch die Akten, die von der Staatsanwaltschaft geschaffen sind und ihren Firmenstempel tragen, tritt er dem Angeklagten gegenüber, um [...] den Angeklagten einzukreisen.«

Max *Alsberg* zeigt hier wunderbar das Dilemma auf. Die Forderung des schier Unmöglichen, quasi das Janusköpfige am Richteramt – nämlich die Entscheidung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfen (§ 261 StPO) und zugleich aufgrund der Amtsaufklärungsverpflichtung des § 244 Abs. 2 StPO gegen den Angeklagten »zu ermitteln«. Ferner streitet das Programm des § 261 StPO diametral mit § 203 StPO, nämlich der Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts bereits im Rahmen der Eröffnungsentscheidung.

An einer anderen Stelle beleuchtet Max *Alsberg* wiederum die Richterpersönlichkeiten und das darin sich widerspiegelnde Richterbild vorbildlich.

15 *Alsberg*, *Das Weltbild des Strafrichters*, 1930; vollständig abgedruckt in: *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Auflage, 2013, 565 ff.

16 Referat von *Haffke*, 40. Strafverteidigertag, AG 4, leider nicht in diesem Band.

17 *Alsberg*, *Der Prozess des Sokrates im Lichte moderner Jurisprudenz und Psychologie*, 1926; vollständig abgedruckt in: *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Auflage, 2013, 529 ff.

18 *Alsberg*, *Die Philosophie der Verteidigung*, 1930; vollständig abgedruckt in: *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Auflage, 2013, 549 ff.

19 Referat von *Haffke*, 40. Strafverteidigertag, AG 4, leider nicht in diesem Band.

20 *Alsberg*, *Das Weltbild des Strafrichters*, 1930, in: *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Auflage, 2013, 565 [575].

Im Prozess gegen Hugo Stinnes im Jahr 1928/29 wird *Alsberg* wie folgt zitiert: |²¹

»Es ist unter den deutschen Richtern nicht selten der Aberglaube vertreten, daß ein Eingeständnis, die zur Verurteilung erforderliche Überzeugung nicht gewinnen zu können, die Strafrechtspflege diskreditiere. Es gibt Richter, die in einer Freisprechung ein Armutszeugnis erblicken, bei der man fürchtet, der Strafrechtspflege in ihrer Gesamtheit zu schaden.«

Auch insofern haben sich die Zeiten seit der Weimarer Zeit nicht verändert.

II. Status Quo

Wenden wir uns nun dem Richterbild unter dem Grundgesetz zu. Einen guten Einblick über den Status Quo verschafft einem ein Blick in eine nunmehr bereits in zweiter Auflage erschienene kleine Handreichung eines Vorsitzenden Richters am Landgericht, genauer eines Vorsitzenden Richters einer Schwurgerichtskammer beim Landgericht Berlin. Es handelt sich hierbei um das *Kleine Strafrichter-Brevier* des Vorsitzenden Richters am Landgericht Friedrich-Karl *Föhrig*. |²²

Auf dem Buchrücken findet man folgende Formulierung:

»Wie man als Strafrichter nicht nur fair und gerecht, sondern auch zügig und effizient seine Verfahren erledigen kann, zeigt dieses Buch eines in Fachkreisen hochgeschätzten Tatrichters. Es bietet zudem einen pointierten Beitrag zu der gegenwärtigen Diskussion, wie der Überlastung der Strafjustiz wirksam begegnet werden kann. Der Autor vermittelt dem Berufseinsteiger, wie dem erfahrenen Strafrichter, den richtigen Umgang mit Akten, Anwälten, Kollegen, Schöffen und Zeugen. Vom Eingang der Anklageschrift bis zur Urteilsabfassung werden die einzelnen Stationen des Strafverfahrens anhand vieler Beispiele aus dem Gerichtsalltag anschaulich und prägnant geschildert. Wer den Weg zur zügigen Urteilsfindung beschreiten will, hat mit diesem Erfahrungsgericht einen kompetenten und gleichwohl vergnüglich zu lesenden Wegweiser zur Hand.«

An anderer Stelle findet man eine angebliche Qualitätsbeschreibung des Autors des Breviers. Diese lautet wie folgt:

»Föhrig wird nicht aufgehoben!«

21 *Riess*, Der Mann in der schwarzen Robe – Das Leben des Strafverteidigers Max Alsberg, 199.

22 *Basdorf/Harms/Mosbacher* (Hrsg.) Kleines Strafrichter Brevier von Friedrich-Karl Föhrig, 2. Auflage.

Es sei mal dahingestellt, welche Qualität darin besteht, ein revisionssicheres Urteil geschrieben zu haben. Die Richtigkeit und Angemessenheit eines Urteils scheint mir eine zuverlässige Kategorie für die Qualität richterlicher Tätigkeit zu sein. Eine solche sollte angestrebt werden und nicht lediglich die, ein revisionssicheres Urteil zu schreiben.

Im Vorwort zu *Föhrigs* Buch findet man auch geleitende Worte der ehemaligen Generalbundesanwältin. Prof. Monika *Harms* schreibt Folgendes:

»Es wäre schön, wenn möglichst viele Richterinnen und Richter auf diesen großen strafprozessualen Erfahrungsschatz zurückgreifen würden.«

Dem kann nur mit einem eindeutigen und lautem NEIN begegnet werden.

Ein Blick in das Buch offenbart nicht nur beim Inhaltsverzeichnis in dem von »Marsch« und ähnlichem Kriegsvokabular die Rede ist, schlaglichtartig, was intendiert ist: Es ist der schnelle, kurze Prozess und nicht ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK gemeint.

Hierfür dient nur ein Beispiel, nämlich das von *Föhrig* empfohlene Vorgehen mit der »nicht Experten orientierten Laienbeteiligung«, sprich den Umfang mit den zur Entscheidung berufenen, den Richter gleichstehenden Schöffen:

»Wenn der anglo-amerikanische Anwalt es vermag, eine ganze Jury zu überzeugen (manipulieren?), ist der deutsche Richter fehl am Platze, misslingt ihm dies mit bloßen zwei Amateuren.«²³

Ein weiteres Beispiel auf der gleichen Seite, ebenfalls zum Umgang mit den Schöffen sei hier noch erwähnt:

»Da zweifelt etwa ein Schöffe beim Mittagessen an der Schuld des Angeklagten, weil er etwas nicht mitbekommen, nicht verstanden hat. Geduldige Erklärungen, durchaus auch zeitaufwendige – langsam essen! – verlohnen sich bei späterem Zeitgewinn durch zügige Abschlussberatung. Da zweifelt ein Anderer an der Angemessenheit des (testweise) geäußerten Strafvorschlags – so jung sei doch der Angeklagte, reuig zumal. Zum nächsten Tag die zitternde alte Dame zu laden, die sich das kriminelle Nachwuchstalant als Opfer auserwählt hatte, beendet jede Diskussion.«²⁴

²³ *Föhrig*, Kleines Strafrichter Brevier, 2. Auflage, Seite 87.

²⁴ *Föhrig*, Kleines Strafrichter Brevier, 2. Auflage, Seite 87.

Schon ein Blick in dieses Buch erhellt, was Richter für Praktiken an den Tag legen, respektive welche Ratschläge diese bereit sind, als probates Procedieren zu geben.

Es gibt aber auch weitere, praktische Beispiele:

a) »Wenn's der Wahrheitsfindung dient« – Nr. 124 RiStBV

»Wenn's der Wahrheitsfindung dient!« ist der berühmte Ausspruch von Fritz *Teufel* vor der 8. Großen Strafkammer des Kriminalgerichts Berlin-Moabit, mit der er während einer Gerichtsverhandlung Ende 1967 die Aufforderung, sich zu Ehren des Gerichtes zu erheben, erwiderte – wozu er erst nach einigem Zureden bereit war.²⁵

Es gibt auch Beispiele aus der heutigen Zeit.

So habe ich in einem Verfahren mit Frau Kollegin Rechtsanwältin Ricarda *Lang* vor dem Landgericht Landshut verhandelt. Die Große Strafkammer ließ die Verfahrensbeteiligten sowohl morgens, als auch mittags durchaus – ohne Entschuldigung – lange warten. So auch nach einer weiteren Unterbrechung.

Es war bereits der 15. Hauptverhandlungstag und es wurde die morgens begonnene Hauptverhandlung nachmittags fortgesetzt. Wiedermal ließ die Kammer die Verfahrensbeteiligten warten. Man überbrückte die Pause damit, dass man noch arbeitete und am Laptop die Akte durcharbeitete. Unbemerkt erschien die Kammer und Frau Kollegin *Lang* und ich hatten verabsäumt, aufzustehen. In lautem Ton wurden wir durch den Vorsitzenden gemäßregelt, ob wir es nicht mehr für nötig halten würden, zu Ehren des Gerichtes aufzustehen.

Im Hauptverhandlungsprotokoll findet sich folgender Passus:

»Der Vorsitzende stellte fest, dass nach Wiederfortsetzung der Hauptverhandlung die Kammer den Sitzungsaal betreten hat. Es haben sich mit Ausnahme der Verteidiger Rechtsanwalt Dr. Bockemühl und RAin Lang alle Verfahrensbeteiligten sowie alle Zuhörer erhoben. Der Vorsitzende hat darauf auch die beiden Verteidiger Dr. Bockemühl und Lang gebeten, sich zu erheben. Daraufhin haben beide erklärt, dass sie sich nicht erheben werden, weil sich dies aus der RiStBV nicht ergebe, eine Missachtung des Gerichts sei damit nicht verbunden. Der Vorsitzende hat beide erneut gebeten, sich zu erheben. Die Verteidiger haben dies nicht getan. Verteidiger RA Dr. Bockemühl hat sich – unter ausdrücklichem Hinweis darauf – lediglich erhoben.«

²⁵ Der Spiegel vom 30.09.1968, Seite 65.

Der Vorsitzende Richter entgegnete darauf, dass die RiStBV für ihn nicht gelten und keinerlei Wirkung entfalten würde und wir als Verteidiger verpflichtet seien, aufzustehen.

Nur zur Erinnerung: Nr. 124 RiStBV regelt die »äußere Gestaltung der Hauptverhandlung« und statuiert für die *Hauptverhandlung im Sitzungsaal des Gerichtes* die Pflichten der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der äußeren Gestaltung der Hauptverhandlung. Insofern verwundert es schon, dass ein Vorsitzender einer Großen Strafkammer die RiStBV für ihn nicht als anwendbar empfindet.

In Nr. 124 Abs. 2 Satz 2 RiStBV heißt es wie folgt:

»Beim Eintritt des Gerichtes zu *Beginn der Sitzung*, bei der Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen und bei der Verkündung der Urteilsformel erheben sich sämtliche Anwesende von ihren Plätzen.«

Die Regelung ist insofern klar und durch Nr. 124 Abs. 2 Satz 3 RiStBV wie folgt ergänzt:

»Im *Übrigen* steht es allen am Prozess Beteiligten frei, *ob sie bei der Abgabe von Erklärungen und bei Vernehmungen sitzen bleiben oder aufstehen*.«

Die Regelung in Nr. 124 RiStBV ist insofern eindeutig.²⁶

Über die – wie sich aus dem Protokoll des Verfahrens in Landshut ergibt – erwartete Respektsbekundung durch Aufstehen wird in anderen Landgerichten sogar durch Personen gewacht bzw. die Durchsetzung eingefordert, die überhaupt keinerlei Sitzungsgewalt in Sitzungssälen haben. In oberbayerischen, anderweitigen Landgerichtsbezirken sind es die Staatsanwälte, die – unmittelbar vor dem erwarteten Betreten des Gerichtes – ihren Blick in Richtung Zuschauerbänke wenden und – sobald die Tür aufgeht – in Richtung der Zuschauer schreien:

»Wollen Sie nicht aufstehen!«

b) »Umfriedete Anklagebank« – Nr. 125 RiStBV

Ein weiteres Thema vom Selbstbild respektive von dem, was Richter von anderen Prozessbeteiligten erwarten, bildet die »umfriedete Anklagebank«.

Es gibt ganze Landgerichte, in denen kleine »Arme-Sünder-Bänkchen« vor den etwas größeren Tischen für Anwälte angebracht sind. Hier wird in der

26 So auch *Temming* in: *Graf* [Hrsg.] RiStBV und Mistra, 2015, Nr. 124 RiStBV Rd-Nr. 6.

Regel erwartet, dass die Angeklagten dort sitzen. Dass die Frage, wo ein Sitzplatz in geeigneten Fällen zuzuordnen ist, durch die Rechtsprechung eigentlich abschließend geklärt ist, scheint hier nicht zu interessieren.

Die Argumente sind hier eher: »Wo kämen wir denn da hin?«, »Wofür haben wir denn ansonsten die räumlichen Gegebenheiten?« und »Das haben wir schon immer so gemacht!«. Wiederum in Unkenntnis der Regelungen in den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren.

In Nr. 125 RiStBV ist nämlich auch dieses geregelt. Nr. 125 Abs. 2 RiStBV lautet wie folgt:

»Der Angeklagte soll in eine umfriedete Anklagebank nur dann verwiesen werden, wenn besondere Umstände vorliegen (z.B. Fluchtfahrt, Störung des Verhandlungsablaufes).«

Auch insofern ist die Kenntnis der Richtlinien für Straf- und Bußgeldverfahren für uns Anwälte von durchaus großem Interesse, da diese Regelung zumindest bei unserem »Gegenüber« des Öfteren nicht bekannt zu sein scheint.

c) »Außenwahrnehmung von Richtern«

Bei der Vorbereitung auf diesen Vortrag bin ich über eine hochinteressante Außenbeobachtung von Richtern durch einen Nichtjuristen, einen Soziologen, gestoßen. Über diesen »interessanten Blick« ist eine Dissertation an der Universität Konstanz des Soziologen Thorsten *Berndt*, erschienen.²⁷

Nach einer Einführung, die von »Richtern und Spiegeln« handelt, stellt *Berndt* die richterlichen Selbstverständnistypen dar und ordnet diese jeweils in die soziologischen Strukturen ein. Hierbei werden verschiedenste Kategorien von Richtern dargestellt. Es werden sowohl die »Basisdimension«, die »Methoden- und Gesetzesbezüge«, die »Antriebsdimensionen« und die »Unabhängigkeit« als Unterscheidungskriterien herausgearbeitet. Es entstehen dann so schöne Selbsteinschätzungsbilder oder Bilder in der Außendarstellung, die *Berndt* dann als folgende »Typen von Richtern« darstellt:

- Zivillistisches Weichei;
- Richtigtuer;
- Subsumtionsautomat;
- Methodenmonoist;
- Herr des Verfahrens;

²⁷ *Berndt*, Richterbilder – Dimensionen richterlicher Selbsttypisierung, 2010.

- Mund des Gesetzes;
- Radbruchianer;
- Richterkönig;
- Karrierist;
- Alternativ-Wettbewerber;
- Servicerichter;
- der Unberührbare;
- der Befangene;
- der Abwechsler;
- Ökonomist;
- Familiarist/Heimatler.

Bei diesen Umschreibungen von Richterbildern werden wir alle bei der einen oder anderen Bezeichnung »konkrete Gesichter« aus unserer täglichen Arbeit vor uns haben.

III. Ein positives Beispiel Rindfleischetikettierungsgesetz RiFIEtikettG

Betrachtet man schon das Gesetzeskürzel, so wird der Großteil unter uns keine Ahnung davon haben, um was für ein Gesetz es sich handelt. So ging es zumindest mir!

Die Probleme um dieses Gesetz beschäftigen aber nicht nur Amtsrichter, Berufsrichter, sondern nunmehr auch das Verfassungsgericht. Es handelt sich um das *Rindfleischetikettierungsgesetz*; genau genommen um das *Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union über die besondere Etikettierung von Rindfleisch und Rindfleischerzeugnissen und über die Verkehrsbezeichnung und Kennzeichnung von Fleisch von weniger als 12 Monate alten Rindern* (RiFIEtikettG).

§ 10 des Rindfleischetikettierungsgesetzes enthält auch eine Strafvorschrift:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer unmittelbar geltenden Vorschrift in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 zuwiderhandelt, soweit eine Rechtsverordnung nach Absatz 3 für einen bestimmten Tatbestand auf diese Strafvorschrift verweist.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Das Bundesministerium wird ermächtigt, soweit es zur Durchsetzung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union erforderlich ist, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Tatbestände zu bezeichnen, die als Straftat nach Absatz 1 zu ahnden sind.

Wie soll dieser Fall nun ein *positives Beispiel* darstellen?

Die entsprechenden Strafverfahren waren bei den jeweils zuständigen Amtsgerichten mit Schuldsprüchen zum Teil durchgewunken worden.

Dann gab es einen Richter am Landgericht Berlin, der für Berufungen gegen Urteile des Amtsgerichts – Strafrichter – in diesen Angelegenheiten zuständig war. Dieser wollte nicht nur als »Entscheidungsautomat« im *Berndt*'schen Sinne die Angelegenheiten durchwinken, sondern hatte auf einer von ihm privat besuchten Fortbildungsveranstaltung etwas von Bestimmtheit und Normenklarheit gehört. Er arbeitete sich also in das Europäische Recht ein und in die Problematik der Rück- und Zurückverweisungen und hielt die Vorschrift des § 10 Rindfleischetikettierungsgesetz für möglicherweise verfassungswidrig und legte die Sache zur Entscheidung dem Bundesverfassungsgericht vor.

Zwischenzeitlich wurden die Verbände angehört und auch die Bundesrechtsanwaltskammer hat hierzu Stellungnahmen abgegeben.

IV. Schlussfolgerungen

Ich hatte ihnen bereits angekündigt, dass ich ihnen nunmehr – wo ich zum Schluss komme – auch einige Schlussfolgerungen darstellen möchte und würde Ihnen hier – nachdem wir uns »Das Weltbild des Strafrichters« angeschaut haben – grundsätzliche Probleme der Strafprozesswirklichkeit benennen, die uns Probleme bereiten.

Es ist dies ein Katalog, der offen ist und der, wenn die dort angesprochenen Punkte angegangen werden, unsere Strafprozesskultur verbessern könnte. Es sind dies die Forderung nach

- Einführung eines Eröffnungsgerichtes;
- Überprüfung des Erfordernisses des Amtsermittlungsgrundsatzes;
- Dokumentation der Hauptverhandlung; |²⁸

²⁸ <http://www.strafverteidigertag.de/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2015.html>; vgl. zudem *Allenhain*, zis-online 5/2015, 269 ff.; *Wilhelm*, HRRS, 6/2015, 246 ff.; *Bockemühl*, FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, 51 ff.; *Bockemühl*, ÖAnwBl, 2016, 343 ff.

- Einführung einer Fortbildungsverpflichtung für Richter;
- Einführung eines Kreuzverhörs;
- Einführung einer Institution für Court-Watch oder eine Ombudsperson;
- Einführung eines Mindestalters bei Richtern;
- Rollentausch des Richters.

Bei all diesen Vorschlägen hilft auch ein Blick über die Grenzen.

Ombudspersonen gibt es im deutschsprachigen Bereich in Österreich. Court-Watch-Projekte könnten Wunder bewirken. Im Großbritannien gibt es ein Mindestalter für Strafrichter. Als Zugangsvoraussetzung muss dieser nicht nur als Staatsanwalt, sondern als auch Anwalt respektive Verteidiger gearbeitet haben.

All diese Forderungen sind nicht neu. Inwiefern die Ausführungen der Expertenkommission zur Änderung der Strafprozessordnung hier in diese Richtung gehen, ist zweifelhaft. Ob hier ein »großer Wurf« gelingen wird, wird sich zeigen.

Ich freue mich auf die hoffentlich spannende Diskussion und bedanke mich ganz herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. Endrik Wilhelm

Wahrheit im Strafprozess |¹

Die Aufgabe in einem Strafprozess – das scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein – ist nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* die Wahrheitsfindung. Allein die Wahrheit soll als Grundlage für ein Urteil dienen. Die vom Bundesverfassungsgericht dazu entwickelten Rechtssätze gab der voraussichtlich noch bis April als Berichterstatter für das Strafrecht dort wirkende *Herbert Landau* in der *NStZ* neulich wie folgt wieder: |²

»Gerechtigkeit setzt Wahrheit voraus. Die Schuld des Täters, der mit Freiheit und Verantwortung begabt ist, verlangt, dass nach bestem Wissen und Gewissen alle Umstände der Straftat aufgeklärt werden. [...] Wahrheit ist nicht verhandelbar ...«

Was sich beim ersten Lesen vernünftig anhört, ist bei Lichte betrachtet nichts anderes als ein unreflektierter Programmsatz ohne inhaltliche Substanz. Auf den ersten Blick leuchtet natürlich unmittelbar ein, um welche Wahrheit es geht. Gemeint sein kann nur das, was unabhängig ist von individueller Wahrnehmung. Das soll den Gegenstand der Urteilsfindung bilden. Es ist dem *Bundesverfassungsgericht* auch ungeheuer wichtig, dass das so ist. Es gehört zu den fundamentalen Prinzipien in der Theorie unseres Strafprozesses. |³

Auf den zweiten Blick ergibt sich dann aber doch das ein oder andere Problem, das man im Auge behalten sollte, bevor man solche Sätze ausspricht und damit die Suggestion nährt, in einem Strafprozess könne Wahrheit in diesem Sinne ermittelt werden. Reflektion ist schon deshalb angezeigt, weil es so etwas wie eine objektive Wahrheit gar nicht gibt, jedenfalls keine für uns als solche wahrnehmbare. Es gibt nur subjektive Wahrheiten, was zum zweiten Problem führt. Denn wenn es nur subjektive Wahrheiten gibt, stellt sich die Frage, auf wessen subjektive Wahrheit es im Strafprozess eigentlich

1 Der Text ist das Manuskript meines Vortrages zum 40. Strafverteidigertag in Frankfurt (AG »Weltbild des Strafrichters«).

2 *NStZ* 2015, 665, 669; so auch *Herzog*, GA 2014, 688, 691; vgl. weiter *BVerfGE* 57, 250, 275; 118, 212, 231; 122, 249, 270; 130, 1, 26; 133, 168, 199.

3 Vgl. dazu auch *BVerfGE* 74, 358, 372

ankommen soll. Bei uns ist das die Wahrheit der Richter. Aufbauend darauf besteht das dritte Problem darin, was erforderlich ist, um eine subjektive Wahrheit zur Grundlage einer Verurteilung machen zu können. Das kann dann nur eine mehr oder weniger akzeptierte Überzeugung von der Wahrheit sein, nicht die Wahrheit selbst. Das legt offen, was wirklich wichtig ist: Überzeugungen. Und die können selbstverständlich Gegenstand von Verhandlungen sein – in einem Strafprozess sicherlich nicht uneingeschränkt, grundsätzlich aber auf jeden Fall. Das erledigt die ebenso apodiktisch wie pathetisch vorgetragene Behauptung, Wahrheit sei nicht verhandelbar.

Über all das sollte man nachdenken, bevor man es zum unerschütterlichen Programmsatz macht, in unseren Strafprozessen ginge es um eine nicht verhandelbare Wahrheit. Die Findung einer objektiven Wahrheit ist nicht nur ein unerreichbares Ziel, der gleichwohl postulierte Anspruch erweckt zugleich den völlig falschen Eindruck, dass das, was Richter am Ende des Prozesses als Ergebnis feststellen, eine ebenso objektive wie nicht verhandelbare Wahrheit sei. Das ist sie ganz sicher nicht.

I.

Wer von der Ermittlung von Wahrheit redet, sollte sich zunächst ganz grundsätzlich der Frage zuwenden, was der Mensch eigentlich wahrnimmt. Grundvoraussetzung für eine Feststellung von absoluter oder unverhandelbarer Wahrheit wäre, dass eine absolute und objektive Wahrheit überhaupt wahrnehmbar ist. Sonst könnten wir nichts als Wahrheit in diesem Sinne bezeichnen.

Eine Antwort auf diese Frage suchten bereits die griechischen Philosophen der Antike, allen voran *Sokrates* und sein Schüler *Platon*. Sie kamen vor 2.400 Jahren zu dem Ergebnis, dass die Außenwelt, die wir sehen, hören und fühlen können, nur Schattenbilder seien. *Platon* beschreibt das in seinem Höhlengleichnis.⁴ Gleichsam in einer Höhle sitzend könnten wir die Dinge nie als solche wahrnehmen. In die für uns wahrnehmbare Welt würden nur Abbilder übertragen. Das müsse man sich so vorstellen, dass die Menschen nur an die Wand einer Höhle projizierte Bilder betrachten würden. Das ist selbstverständlich etwas völlig anderes, als es die Dinge selbst sind und unendlich weit entfernt von »nicht verhandelbaren Wahrheiten«.

⁴ Vgl. dazu *Thomas Alexander Szlezák: Das Höhlengleichnis (Buch VII 514a–521b und 539d–541b)*. In: Otfried Höffe (Hrsg.): *Platon: Politeia*. 3. Auflage, Berlin 2011,

Wenn Sie sich jetzt vorstellen, dass Gerichtssäle ein Ort sind, in den ganz ähnlich wie in Platons Höhle Bilder der Vergangenheit projiziert werden, dann können Sie das Höhlengleichnis auch ohne philosophische Abstraktion direkt in den Gerichtssaal übertragen. Dort wird mit Hilfe verschiedener Medien (Zeugen, Bilder, Tonträger) das Bild eines Sachverhalts vermittelt, der sich zugetragen haben soll. Das, was Landau unverhandelbare Wahrheit nennt, ist also nicht mehr als ein durch die Beweisaufnahme vermitteltes Abbild eines Geschehens. Dabei kommt hinzu, dass die Abbilder der Wirklichkeit, die uns Zeugen, Sachverständige etc. vermitteln, ihrerseits auch nichts anderes sind als in deren Köpfen – noch dazu abhängig von den jeweils unterschiedlichen Perspektiven – entstandene Bilder. Es sind also Schattenbilder im platonischen Sinne, die in unsere Gerichtssäle übertragen werden. Dort erscheinen sie als Schattenbilder von Schattenbildern. Das, was Landau unverhandelbare Wahrheit nennt, sind mithin Schattenbilder von Schattenbildern, die sogar noch hinter der Qualität der platonischen Höhlenbilder zurückbleiben. Mit nicht verhandelbaren Wahrheiten hat das nicht das Geringste zu tun.

Überlegungen, wie sie Platon und Sokrates anstellten, führen natürlich in eine Welt voller Zweifel und Ungewissheiten. Sie beschreiben eine Außenwelt, in der es keine so richtig festen Bezugsgrößen gibt, an denen wir uns sicher orientieren können. Das behagt uns nicht. Der Mensch sucht geradezu zwanghaft Sicherheit und Klarheit oder – um es mit *Landau* zu sagen: »nicht verhandelbare Wahrheiten«. Deshalb sind wir ständig damit beschäftigt, unsere Außenwelt zu ordnen, damit sich unser Hirn mit den wirklich wichtigen Fragen des Alltags beschäftigen kann. Also trifft es ständig Entscheidungen, um sich mit Problemen nicht länger aufhalten zu müssen, als es unbedingt erforderlich scheint. Bei näherem Hinsehen und mit etwas Anstrengung gibt es zu dem Schluss, dass wir uns in letzter Konsequenz auf gar nichts verlassen können, jedoch gar keine Alternative.

Die Relativität allen Seins ist schwer zu begreifen und noch schwerer zu akzeptieren. Diese urmenschliche Eigenschaft begünstigte den unvergleichlichen Siegeszug der katholischen Kirche, die den Menschen über Jahrhunderte ein Bild scheinbarer Klarheit vermittelte. Sie glaubten lieber an absolute Wahrheiten, weil das scheinbare Sicherheit in einer unsicheren Welt gab. Die Bilder hatten so große Überzeugungskraft, dass die Menschen daran glaubten und froh waren, der Ungewissheit zu entfliehen. Statt auf die alten Griechen verließen sich die Menschen lieber auf Religionen. Sie erklärte den Menschen die Welt mit Absolutheitsanspruch. Es gab plötzlich »nicht verhandelbare Wahrheiten«. Wer sie leugnete, wurde verbrannt.

Es dauerte beinahe 2.200 Jahre, bis diese Dogmen in sich zusammenbrachen und sich die ersten Menschen wieder trautes, Licht ins Dunkel zu bringen, die Menschen »aufzuklären« und den Zweifel wieder in den Mittelpunkt zu stellen. Sie griffen dazu die Gedanken der alten Griechen auf. In Deutschland tat das allen voran *Immanuel Kant* vor ziemlich genau 233 Jahren. Er formulierte – und das ist nicht weit weg von dem, was *Platon* gelehrt hatte – mit scharfem Verstand, dass es eine Außenwelt stets nur insoweit geben könne, als dass wir sie wahrnehmen. Für ihn bedingen sich individuelle Wahrnehmung und Außenwelt und sind ohneeinander undenkbar. Mit anderen Worten, alles was wir sehen, hören oder fühlen, existiert nur insoweit, als dass wir es sehen, hören oder fühlen. Es gibt die Dinge folglich nur, weil wir sie wahrnehmen bzw. insoweit, als dass wir sie wahrnehmen. Was sie wirklich sind, können wir gar nicht wissen. Folglich – so *Kant* – können wir nur wahrnehmen, wie uns etwas erscheint, niemals aber das »Ding an sich«, also unsere Außenwelt unabhängig von unserem Wahrnehmungsfilter. *Kant* formulierte das 1783 wie folgt:⁵

»Ich dagegen sage: es sind uns Dinge als außer uns befindliche Gegenstände unserer Sinne gegeben, allein von dem, was sie an sich selbst sein mögen, wissen wir nichts, sondern kennen nur ihre Erscheinungen, d. i. die Vorstellungen, die sie in uns wirken, indem sie unsere Sinne affizieren.«

Inzwischen wird das auch durch naturwissenschaftliche Erkenntnisse bestätigt. 233 Jahre nach *Kant* haben die modernen Naturwissenschaften Näheres zum Verhältnis Außenwelt und Wahrnehmung erforscht. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse werden sogar kommerziell genutzt. So haben Wissenschaftler ein Netzhautimplantat in der Gestalt eines Chips entwickelt, das Blinde wieder sehen lässt.⁶ Dazu mussten sie ermitteln, was eigentlich dazu führt, dass wir etwas z.B. als grün, blau oder rot und in einer ganz bestimmten Form wahrnehmen. Sie fanden heraus, dass die Ursache dafür elektromagnetische Wellen sind, die auf der Retina unserer Netzhaut einen elektrischen Reiz auslösen. Sie lassen uns unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Farbe oder eine Form wahrnehmen. Der Chip nimmt diese Informationen entgegen und schickt Impulse in das Gehirn, das daraus ein Bild erzeugt. Was wir sehen, sehen wir also, weil unser Hirn es aus den elektromagnetischen Wellen macht, nicht unbedingt, weil es so ist.

5 *Kant, Prolegomena* (1783), S.62-63.

6 <http://www.auge-online.de/Wissenswertes/Netzhautimplantat/netzhautimplantat.html>.

Wahrnehmung funktioniert nicht nur im Auge auf die beschriebene Art und Weise. Das ist bei allen Sinnen so, sei es ob wir etwas hören oder ertasten. Das führt uns direkt zur Quantenphysik, die Zweifel daran anmeldet, ob in unseren Köpfen überhaupt etwas entsteht, das die Außenwelt abbildet. Glaubt man den Quantenphysikern, besteht der Mensch aus 50 Billionen Zellen. Alles in uns und um uns herum besteht aus im Raum schwingenden Atomen und Molekülen, die ständig Verbindungen zueinander herstellen. Das macht es fraglich, ob es überhaupt ein Innen und ein Außen in der Form gibt, in der wir es wahrnehmen. Die Quantenphysik lässt uns sogar daran zweifeln, ob unser Bewusstsein überhaupt etwas anderes ist als die zufällige Zusammensetzung von Teilchen, die sich eine Außenwelt schaffen, die es gar nicht gibt. *Fred Alan Wolf*, der sich mit der Wechselwirkung quantenphysikalischer Effekte mit unserem Bewusstsein befasst, beschreibt das so:

»Jedes kleinste Teilchen ist zunächst reine Information, aus der Materie und Energie erst entstehen. Und auf der Quantenebene befinden wir uns in einem ständigen Informationsaustausch von innen und außen. Ja – und dies ist das schier Unvorstellbare – auf dieser Mikroebene ist ein Innen und Außen gar nicht zu unterscheiden. Es existiert keine Grenze. Vielmehr erschaffen wir durch unser Gehirn eine Wahrnehmung von der Welt und uns selbst, durch die wir uns als strukturiert, fest und getrennt von Anderen erleben.«

Danach ist alles denkbar – außer nicht verhandelbare Wahrheiten. Physiker halten es inzwischen sogar für möglich, dass wir uns die Naturgesetze nur einbilden. Vor wenigen Jahren haben sie »Quantenverschränkungen« nachgewiesen. Danach gibt es Teilchen, die trotz weiter Entfernung ohne Zeitverzug aufeinander reagieren. Das lässt sich mit unseren Naturgesetzen nicht erklären. Kommunikation kann es nicht sein, weil die schneller als Lichtgeschwindigkeit sein müsste, was sozusagen die am wenigsten verhandelbare Wahrheit der Physik in Frage stellen würde. Es bliebe nur noch eine nicht wahrnehmbare Verbindung oder eine vierte Dimension, die sich uns jedoch nicht erschließt. Das macht es möglich, dass die für uns wahrnehmbare Welt nur Teil eines Universums ist, in dem unsere Naturgesetze gar nicht gelten. |⁷

Aber wie dem auch sei, die Quintessenzen dieser Erkenntnisse sind immer die gleichen. Sie lassen sich auf einen einzigen Satz zurückführen, der vor weit mehr als 2.000 Jahren geprägt wurde. *Cicero*, unser Kollege aus der Antike, begnadeter Anwalt und Rhetoriker, zitierte *Sokrates* mit der vermutlich

⁷ Das ist für Juristen natürlich nur schwer zu verstehen. Auch für uns nachvollziehbar erklärt ist es hier: <https://www.youtube.com/watch?v=MrQ3F8tPTOc>

einzigem nicht verhandelbaren Wahrheit, die diesen Namen verdient. Glaubt man ihm, prägte *Sokrates* den Satz: |⁸

»Ich weiß, dass ich nicht weiß!«

2.200 Jahre später kam auch das literarische Sprachrohr der Aufklärung, der große *Goethe*, zu diesem Ergebnis. Er ließ seinen *Faust* alles studieren, um ihn am Ende darüber verzweifeln zu lassen, nichts wissen zu können: |⁹

»Und sehe, dass wir nichts wissen können!

Das will mir schier das Herz verbrennen.«

Heute sind es die Naturwissenschaften, die nach einer Analyse unserer Sinnesorgane exakt diesen Schluss ziehen. Spätestens die Quantenphysik wirft uns also zurück in die Antike, zurück zu *Sokrates* und *Platon*. Ihre Erkenntnisse zu unserer Fähigkeit, eine wahrnehmungsunabhängige und damit unverhandelbare Wahrheit zu erkennen, sind heute noch gültig. In unseren Köpfen entstehen Bilder, die wir für die Realität halten. Sie hängen ab von den Informationen, die unser Gehirn erreichen. Ob sie sich in der Außenwelt so wiederfinden, jemals existiert haben oder nur unvollständige Abbilder sind, ändert nichts daran, dass wir die Bilder für vollständig halten. Nur mit einer nicht verhandelbaren Wahrheit hat das nicht das Geringste zu tun.

II.

Es ist im Übrigen nicht nur fraglich, ob das, was wir wahrnehmen, in der Außenwelt so existiert. Es kommt hinzu, dass die in uns entstehenden Bilder von der Außenwelt auch davon abhängen, was wir bereits aufgenommen haben. Lassen Sie mich dazu einen Witz erzählen. Er bedient zugegebenermaßen billigste Klischees und ich bitte jetzt schon um Nachsicht, einen politisch nicht korrekten Witz zu erzählen. Wenn Sie ihn noch nicht kennen, werden Sie vermutlich trotzdem lachen:

Ein Deutscher, ein Holländer, eine Nonne und ein hübsches junges Mädchen sitzen in einem Zugabteil. Als der Zug in einen Tunnel fährt, wird es plötzlich stockdunkel. Man hört ein Geräusch, das auf eine Ohrfeige hindeutet. Jemand schreit: »Aua«! Kurze Zeit später wird es wieder hell und der Holländer reibt sich die Wange.

⁸ Es ist umstritten, ob *Sokrates* das tatsächlich so gesagt hat, überliefert wurde von *Platon* (Apologie des *Sokrates*, Erste Rede, 21 d) folgendes Zitat: »Keiner von uns beiden, so kann man wohl sagen, weiß etwas Schönes und Gutes. Aber dieser glaubt zu wissen und weiß nicht, ich aber, der ich ebenso wenig weiß, glaube das nicht. Daher schein ich um ein wenig weiser zu sein als dieser, da ich nicht glaube zu wissen, was ich nicht weiß.« Das Zitat ist das Extrakt aus dem letzten Teilsatz.

⁹ *J.W. Goethe*: *Faust*, Der Tragödie Erster Teil, Nacht (Faust-Monolog).

Die Nonne denkt: Dieser Unhold hat das Mädchen angefasst. Da hat sie ihm eine runtergehauen. Das geschieht ihm Recht.

Das Mädchen denkt: Diese Type schreckt ja vor nichts zurück, grapscht der hier eine Nonne an. Da ist er mit der Ohrfeige von ihr ja noch gut bedient.

Der Holländer denkt: Dieser miese Deutsche, grapscht die Nonne oder das Mädchen an und duckt sich dann, wenn er eine kriegen soll. Und mich trifft's. Das war aber auch ein Schlag!

Und der Deutsche denkt: Im nächsten Tunnel haue ich dem Holländer wieder eine rein.

Sie werden mir hoffentlich glauben, dass mir die Holländer – außer natürlich als Gegner bei einem Länderspiel – sehr sympathisch sind. Das folgt schon aus ihrer liberalen Gesetzgebung im Umgang mit Haschisch und Marihuana. Ich habe den Witz gewählt, weil er beschreibt, wie unterschiedlich die in unseren Köpfen entstehende Wahrnehmung sein kann, obwohl wir am selben Geschehen teilhaben. Das erleben wir auch nicht nur, wenn ein Sinnesorgan ausgeschaltet ist, wie in dem Witz das Auge. Differenzen bei der Wahrnehmung und deren Interpretation entstehen im Gegenteil auch dann, wenn wir – scheinbar – mit allen Sinnen alle dasselbe wahrnehmen.

Zu erleben ist das jeden Tag in Strafprozessen. Dort sitzt eine Vielzahl von Personen im Gerichtssaal und verfolgt eine Beweisaufnahme. Sie hören und sehen alle dasselbe. Und trotzdem nimmt der Staatsanwalt anders wahr als der Richter und der wieder anders als der Verteidiger, vom Angeklagten und den oftmals in Fantasiewelten umherirrenden Nebenklägervertretern ganz zu schweigen. Es gibt wohl keinen Prozess, an dem ich teilgenommen haben, in dem es nicht Unterschiede gab zwischen den Wahrnehmungen. Mal sind es mehr, mal sind es weniger. Aber kleine Unterschiede gab es immer, und manchmal waren sie so groß, dass ich meinte, bei der Geschichte, die das Urteil über den Prozess und die Beweisaufnahme erzählte, gar nicht dabei gewesen zu sein.

Wer – wie unsere Richter und Staatsanwälte – ständig in Strafprozessen sitzt, muss das eigentlich am besten wissen. Dort ist es eine Alltagserfahrung, dass Zeugen völlig unterschiedlich über das berichten, was sie gemeinsam erlebt haben. Jeder Verfahrensbeteiligte weiß, dass das vollkommen normal ist. Richter und Staatsanwälte kommen auch immer fasziniert zurück von Veranstaltungen, in denen mit ihnen als Zeugen Experimente gemacht werden. Zutiefst beeindruckt erzählen sie, wie sehr sie selbst als Zeuge versagt hätten. Von den vielen Details der ihnen präsentierten Ereignisse hätten sie sich –

und sie wussten, dass sie später danach gefragt werden würden (!) – nur an ganz wenige erinnert. Die Erinnerungen der übrigen Probanden seien auch völlig andere gewesen. Dann gehen sie in ihre Gerichtssäle und suchen nach nicht verhandelbaren Wahrheiten. Sie merken gar nicht, dass der Strafprozess nichts anderes ist als das Experiment, von dem sie gerade zurückgekehrt sind. Sie sind Zeugen des Prozessverlaufs.

Die Wahrnehmungsdifferenzen liegen nicht zuletzt daran, dass wir eingehende Informationen in Abhängigkeit von bereits gebildeten Vorurteilen interpretieren. Überdies selektieren wir die neuen Informationen nach demselben Verhaltensmuster. Auf diese Weise wird unser Erleben der Wahrheit beeinflusst von unseren Erwartungen und den sich daraus ergebenden Bildern, mit denen wir das Geschehen in der Außenwelt abgleichen und notfalls daran anpassen. Es kann deshalb gar nicht anders sein, als dass Richter, Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter – über Nebenklägerverteter rede ich nicht mehr – unterschiedlich erleben, was in einem Prozess geschieht. Jeder bildet sich eine andere Überzeugung von dem, was er für die Wahrheit hält. Und nachdem es nur subjektive Wahrheiten geben kann, folgt daraus: Es gibt nicht nur eine Wahrheit, es gibt immer mindestens so viele wie es Menschen gibt, die etwas scheinbar Identisches erlebt haben. In einem Strafprozess wird deshalb nicht die Wahrheit ermittelt. Am Ende stehen vielmehr mehrere Überzeugungen von dem, was die verschiedenen Beteiligten für die Wahrheit halten.

Auch mit Blick auf den individuellen Wahrnehmungsfilter gilt also: Wahrheit entsteht im Kopf. Wir sollten deshalb damit aufhören, das überhaupt Wahrheit zu nennen. Bestenfalls machen wir die Erfahrung, dass alle anderen dasselbe wahrnehmen. Es dürfte treffender sein, diese Erfahrung als »Intersubjektivität« zu bezeichnen. Das macht deutlich, dass es so etwas wie Wahrheit nicht gibt und bewahrt unser Hirn vor einer Suggestion, die von der Strafjustiz leider permanent verbreitet wird. Denn der strafrichterliche Anspruch, nicht verhandelbare Wahrheit zu ermitteln, lässt in Vergessenheit geraten, dass richterliche Feststellungen gar keine Wahrheiten sein können.

Die Rede von der nicht verhandelbaren Wahrheit dient in Wirklichkeit auch einem ganz anderen Zweck: Es geht um die Macht der Richter, die eigene Überzeugung als Wahrheit etikettieren zu können. Für eine in der Inquisition verwurzelte Strafjustiz ist das so selbstverständlich wie unverzichtbar. Und um daran nur ja keinen Zweifel aufkommen zu lassen, wird so getan, als würden die mit dieser Aufgabe betrauten Richter »nicht verhandelbare Wahrheiten« feststellen. Der Anspruch im Strafprozess, eine »nicht verhandelbare Wahrheit« zu erforschen, verleiht dem im Urteil niedergelegten Ergebnis damit die

gleichsam hoheitliche Verkündigung, tatsächlich die »Wahrheit« zu sein, obwohl es nur die Überzeugung der Richter von einer maximal möglichen Wahrheit ist. Er suggeriert nichts anderes, als dass die mit Hilfe der freien richterlichen Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen unumstößliche Wahrheiten seien. Was für ein Unsinn.

III.

Der nächste folgenschwere Irrtum, den das *Bundesverfassungsgericht* verbreitet, ist der von der Bedeutung der Hauptverhandlung. So wie das Dogma, dass es im Strafprozess um nicht verhandelbare Wahrheiten gehe, handelt es sich bei der Annahme zur Bedeutung der Hauptverhandlung ebenfalls um einen der Grundpfeiler in der Theorie unseres Strafprozesses. Das *Bundesverfassungsgericht* trägt ihn wie eine Monstranz vor sich her. Erneut schwingt Pathos in der Stimme, wenn es um die Aufgabe der Hauptverhandlung geht: |¹⁰

»Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet.«

Wir wissen alle: Die Aufregung des Angeklagten und der Medien vor Beginn einer Hauptverhandlung sind in den allermeisten Fällen völlig überflüssig. Für diejenigen Prozessbeteiligten, die Kenntnis von den Akten haben, steht das Ergebnis dieser Hauptverhandlungen in den allermeisten Fällen mehr oder weniger schon zu deren Beginn fest. In den Köpfen der Richter haben sich bereits verfestigte Bilder eingebrannt. Aufgabe der Hauptverhandlung ist allein die Überprüfung dieser Annahmen. Die Verurteilungsquote liegt – von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich – in Deutschland im Mittel bei mindestens 80 Prozent. Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes standen 2014 bundesweit 923.384 Menschen vor Gericht, Strafbefehlsverfahren eingeschlossen. Davon wurden 748.582 verurteilt. Das sind 81,1 Prozent. Die Verfahren gegen die restlichen 174.602 Angeklagten endeten entweder in einer Einstellung oder mit Freispruch. Das lässt sich den Erhebungen des statistischen Bundesamtes leider nicht entnehmen. |¹¹

10 *BVerfGE* 74, 358,372

11 https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/Strafverfolgung2100300147004.pdf?__blob=publicationFile

Diese Fakten ändern nichts an der öffentlich verbreiteten Illusion, erst in der Hauptverhandlung ginge es darum, gründlich die Wahrheit zu ermitteln. Wer mit dieser Erwartungshaltung in einen Prozess geht, weiß nicht viel vom deutschen Strafprozess. Es ist geradezu Volksverdummung, wenn das *Bundesverfassungsgericht* etwas anderes propagiert. Mit der Realität hat das nicht das Geringste zu tun. Die Wirklichkeit ist eine ganz andere.

1.

Meine hochverehrte und hier im Auditorium sitzende Kollegin *Brigitte Bertsch* aus Mannheim hat mir neulich von einem Fall erzählt. Keine Angst, ich werde Ihnen jetzt keinen dieser langweiligen Fälle erzählen, mit denen uns unsere Kollegen – Anwesende ausgenommen – bisweilen auf die Nerven gehen. Meine Kollegin *Bertsch* erzählt nie langweilige Fälle, deshalb werde ich das jetzt auch nicht tun. Es ging darum, dass die Drogenfahndung ein Geschäft in Ludwigshafen observiert hatte. Es waren mehrere hundert Gramm Crystal übergeben worden. 20 Minuten nach Abschluss der Observation erhielt der Verkäufer der Drogen eine SMS. Darin stand: »Hier stinkt es nach Kuharsch.«

Die Polizei las das mit und war sich sicher, dass der Drogenhändler eine Gegenobservation veranlasst hatte. Von »Kuharsch« zu »Bullen« ist es schließlich nur ein kleiner Schritt. Und wenn es danach stinkt, sind offenbar Polizisten in der Nähe. Man war sich sicher, es mit einer überaus professionell handelnden Bande zu tun zu haben, die erkannt hatte, observiert zu werden. Dafür hatte es bislang zwar keine Anhaltspunkte gegeben. Im Angesicht der SMS konnte das aber gar nicht anders sein.

Fieberhaft machte sich die Polizei auf die Suche nach dem Nutzer des Gerätes, von dem aus die SMS versandt worden war. Er war schnell identifiziert und es war natürlich ein alter Bekannter der Drogenfahnder. Das hätte für so manchen Richter schon gereicht, um Zwangsmaßnahmen zu genehmigen. Es dauerte dann ein paar Tage, bis man den Standort des Geräts ausfindig gemacht hatte. Die Überraschung war groß, als sich herausstellte, dass es sich in Ostfriesland befunden hatte. Der Nutzer des Gerätes war im Urlaub gewesen. Er hatte gerade einen Spaziergang gemacht, als er die SMS geschickt hatte. Offenbar hatte er das Bedürfnis verspürt, seinem Kumpel in Ludwigshafen mitzuteilen, dass ostfriesische Wiesen nach »Kuharsch« stinken. So löste sich die Bande in der Wirklichkeit der Strafverfolger nur wenige Tage nach ihrer Entstehung wieder auf. Nicht auszudenken, wenn Standort und Urlaub nicht bekannt geworden wären. Hätte er den Urlaub nicht beweisen können, hätte ich ihm vermutlich auch nicht geraten, die Geschichte zu erzählen. Niemand hätte sie ihm geglaubt.

2.

Geschichten wie die vom »Kuharsch« gehören in Strafprozessen zum Alltag. Das ist zwar selten so augenfällig wie gerade beschrieben. Doch wenn man genau hinschaut, werden Schlüsse in Strafprozessen oftmals ebenso früh und auf ähnlich unzureichender Grundlage gezogen. Sie werden ausgerechnet von denen gezogen, die Ergebnisse liefern sollen und sie deshalb auch noch besonders verteidigen. Und wenn die einen Irrtum auflösenden Informationen – hier die Ermittlung des Gerätestandortes und der Urlaub des Nutzers in Ostfriesland – die Sinnesorgane der Strafverfolger mit Hilfe irgendwelcher elektromagnetischen Wellen nicht erreichen, denken diese gar nicht daran, sich von ihrer zur Gewissheit gewordenen Vermutung zu lösen, wenn sie nur ins Bild passt.

3.

Die urteilenden Richter unterliegen dabei einem menschlichen Verhaltensmuster. Nachdem ich dieses Muster vor zwei Jahren in Dresden sehr grundsätzlich dargelegt habe,¹² möchte ich die Gedanken mit besonderem Blick auf das Institut der freien richterlichen Beweiswürdigung noch ein wenig vertiefen.

a) Vor zwei Jahren hatte ich darüber referiert, dass sich Menschen zu schnell eine Meinung bilden. Der Zufall wollte es, dass ein Jahr später ein Bild um die Welt ging, das dieses Problem ins Bewusstsein rief. Sie erinnern sich vielleicht an die Geschichte von dem Kleid, das manche als blau-schwarz, andere aber als weiß-gold wahrnahmen. Das war von Betrachter zu Betrachter unterschiedlich. Sie sehen das Bild an der Leinwand.¹³

Des Rätsels Lösung ist, dass das Bild zu schlecht ist und unzureichende elektromagnetische Wellen zu unseren Augen schickt. Unser Gehirn kann die von der Retina aufgenommenen elektromagnetischen Wellen nicht einordnen. Es sind aber genügend Wellen, um es entweder als blau-schwarz oder als weiß-gold erscheinen zu lassen. Unser Hirn reimt sich deshalb die Informationen zusammen, die zu seiner Vermutung passen. Das bildet die Grundlage für die Aussage, das Bild sei gold-weiß oder eben blau-schwarz. Erinnern Sie sich jetzt bitte an *Fred Alan Wolf*, den Quantenphysiker, der uns sagt, dass wir unsere Umwelt als geordnet und klar empfinden wollen. Das Prinzip ist kein anderes. Ich werde Ihnen gleich erklären, dass dieses Prinzip

¹² <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/14-07/index.php?sz=7>;

¹³ Sie können es hier sehen: http://www.focus.de/kultur/mode/dressgate-in-deutschland-blau-schwarz-oder-weiss-gold-hier-koennen-sie-das-streifenkleid-in-echt-sehen_id_4529902.html

seit Jahrtausenden auch in Gerichtssälen wirkt und vom Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung auch noch geschützt wird.

b) Der zweite wesentliche Faktor ist unsere ständige Suche nach Bestätigung unserer bereits gebildeten Meinung, weil uns das auch selbst bestätigt. Wir lieben uns regelrecht in uns selbst, wenn wir meinen, ein Problem – oder eben einen Fall – gelöst zu haben. Dazu darf ich Sie auf ein überaus aufschlussreiches Experiment aufmerksam machen, das der Kommunikationswissenschaftler *Paul Watzlawick* durchgeführt hat.¹⁴ Er setzte Versuchspersonen vor ein Brett, auf dem sich eine Vielzahl von Knöpfen befand. Die Aufgabe bestand darin, 350 Mal auf einen der Knöpfe zu drücken. Den Probanden wurde gesagt, dass beim Drücken eines Knopfs ein Ton erzeugt würde, aber nur, wenn sie den Knopf richtig ausgewählt hätten. Im Idealfall würde bei jedem Knopfdruck ein Ton erzeugt. In Wirklichkeit gab es jedoch keine richtige Reihenfolge. Der Knopfdruck war bereits aus technischen Gründen ungeeignet, überhaupt einen Ton zu erzeugen. Stattdessen saß im Nebenraum ein Mitarbeiter des Versuchsleiters, der bei einem Knopfdruck das Signal ertönen ließ oder auch nicht. Die Versuchspersonen drückten sodann jeweils 350 Mal auf die Knöpfe.

Der im Nebenraum sitzende Mitarbeiter suggerierte ihnen, zu Beginn bisweilen den richtigen Knopf zu drücken, in der Mitte zu versagen, um bei den letzten 50 Betätigungen stets richtig zu liegen. Am Ende dachten sie also, sie hätten die richtige Reihenfolge herausgefunden. Dann wurden sie damit konfrontiert, dass man sie an der Nase herumgeführt hatte.

Die Reaktionen waren erstaunlich. Keine der Versuchspersonen wollte glauben, dass das wahr war. Sie waren überzeugt, eine richtige Reihenfolge herausgefunden zu haben. Sie untersuchten die Apparatur und unterstellten dem Versuchsleiter, sie anzulügen. Sie waren so eingenommen von der Vorstellung, die richtige Reihenfolge herausgefunden zu haben, dass sie nicht einsehen wollten, dass es gar keine richtige Reihenfolge gab. *Watzlawick* zog daraus folgenden Schluss:¹⁵

»Wenn wir nach langem Suchen und peinlicher Ungewissheit uns endlich einen bestimmten Sachverhalt erklären zu können glauben, kann unser darin investierter emotionaler Einsatz so groß sein, dass wir es vorziehen, unleugbare Tatsachen, die unserer Erklärung widersprechen, für unwahr oder unwirklich zu erklären, statt unsere Erklärungen den Tatsachen anzupassen. Dass derartige Retuschen der

¹⁴ *Paul Watzlawick*, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit? – Wahn, Täuschung, Verstehen*, 1995.

¹⁵ ebd., S. 66.

Wirklichkeit bedenkliche Folgen für unsere Wirklichkeitsanpassung haben können, versteht sich von selbst.«

Wir alle erleben täglich, auch an uns selbst, wie wir um eine bestimmte Sicht der Dinge kämpfen, und das bei weit geringerer Vorbefassung. Das muss ich Ihnen nicht näher erklären. Sie werden es erleben, wenn Sie meine Ausführungen in Zweifel ziehen sollten. Nur Richter glauben, dass Richter sich davon befreien können.

c) Die menschliche Eigenschaft, Vermutungen vorschnell als Gewissheiten anzusehen und für diese mühsam erarbeiteten Gewissheiten erbittert zu kämpfen, prägt Entscheidungen seit Jahrtausenden, auch und gerade in Gerichtssälen. Zu allen Zeiten reimten sich Menschen, wenn sie über andere richteten, in Abhängigkeit von gefühlsmäßig getroffenen Entscheidungen die zur Begründung des gewünschten Ergebnisses erforderlichen Kausalzusammenhänge zusammen, auch wenn die vorliegenden Informationen nicht mehr als Vermutungen begründeten.

Das fing in der Frühzeit und Antike damit an, dass Menschen Kausalzusammenhänge zwischen der Ernte und göttlichem Willen vermuteten, die durch ein Opfer – bisweilen ein menschliches – beeinflusst werden sollten. Im Mittelalter litten mutmaßliche Hexen unter vermuteten Kausalzusammenhängen zwischen einem Unglück, wie z.B. dem Ausbruch der Pest, und ihrem vermeintlichen Wirken. Die Menschen konnten unmöglich wissen, dass es diesen Zusammenhang gab, trotzdem behaupteten sie, es gäbe ihn. Niemand konnte das Gegenteil beweisen, weil niemand die wahren Ursachen für die Pest kannte. Und das Fatale für die Menschenopfer und Hexen war: Die Inquisitoren glaubten wirklich daran und sahen es als ihre Aufgabe an, die Gemeinschaft vor dem Wirken der Hexen zu schützen. Ihre individuelle Wahrheit mit einem hohen Grad an Akzeptanz derer, die selbst nicht betroffen waren, bestand darin, dass Verantwortliche für Missernte und Pest gefunden waren. Es lieferte eine Erklärung für das Unerklärliche. Alle waren dankbar dafür. Sie lachten deshalb nur, wenn die Hexe auf dem Scheiterhaufen ihre Unschuld beteuerte.

IV.

Die im Mittelalter anzutreffende Gemengelage ist heute keine andere. Sie bewegt sich nur auf anderem Niveau. Richter reimten noch heute zusammen, was ihrer Intuition entspricht, wenn es um die Rettung vermeintlich als richtig Erkanntem geht und – vor allem – wenn sie meinen, damit den Mehrheitswillen und dessen Instinkte zu bedienen.

1.

Landau und in seinem Gefolge das *Bundesverfassungsgericht* machen das sogar zum Programm, wenn sie das Leitbild des Strafrechts in der bereits erwähnten »Inzest-Entscheidung« in den »tief verwurzelten ethischen, kulturellen und moralischen Anschauungen unserer historisch gewachsenen Gemeinschaft« verorten. Sie hätten stattdessen auch »Strafrecht ist Ausdruck von Vorurteilen« sagen können. Denn nichts anderes sind die tief verwurzelten Anschauungen, die wir erben, mit uns herumtragen und wieder vererben. In rechtlicher Hinsicht führt dieses Wirkprinzip in der Praxis zu einer Vermutung für die Berechtigung vorhandener Anschauungen und den sie zum Ausdruck bringenden gesetzlichen Regelungen. Konsequenz daraus ist: Ganz egal, wie unsinnig ein Gesetz oder ein Rechtssatz des *Bundesverfassungsgerichts* sein mögen, Richter schützen sie. Sie fühlen sich weniger dem Schutz von Minderheiten oder gar der Vernunft verpflichtet, sondern folgen dem beschriebenen Verhaltensmuster. Das führt zu Schlussfolgerungen, die denen im Mittelalter ganz ähnlich sind. Die folgten nämlich demselben Leitbild. Es waren die damals tief verwurzelten, ethischen, kulturellen und moralischen Anschauungen, die Ketzer auf den Scheiterhaufen brachten. Das funktioniert bis heute auf die gleiche Weise. Aus der jüngeren Vergangenheit gibt es eine ganze Reihe von Beispielen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die sich auf den ersten Blick wie amüsante Stilblüten lesen. Auf den zweiten Blick sind es eindrucksvolle Belege, wie sehr Vorurteile noch heute unser Recht prägen.

a) Bis in die Mitte der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts wurden Ehen mit dem Ausspruch geschieden, der eine oder der andere sei schuldig am Scheitern der Ehe. Schuldig war nach dem Gesetz z.B. auch, wer keine Lust hatte, mit dem anderen ins Bett zu gehen. Eigentlich wäre zu erwarten, dass die Hüter des Rechts derartigen Blödsinn einmal in Frage stellen. Nicht so der *BGH*. Er tat das Gegenteil und urteilte noch im Jahr 1966:¹⁶

»Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lässt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen [...] versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe von ihr doch eine Gewährung in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.«

¹⁶ NJW 1967, 1078.

Die Frau war danach verpflichtet, einen Orgasmus vorzutäuschen. Sonst wurde sie schuldig geschieden, was einer plötzlichen Verarmung gleichkommen konnte und gesellschaftliche Ächtung bedeutete. Niemand hat sich jemals bei einer der betroffenen Frauen entschuldigt oder sie gar rehabilitiert.

b) Etwa zur selben Zeit wussten die Menschen noch nicht, oder wollten es nicht wahrhaben, dass Homosexualität nur eine Laune der Natur und keine Krankheit oder gar krankhafte Abartigkeit ist. Männliche Homosexualität war deshalb strafbar. Diejenigen, die sie verfolgten, brauchten nun irgendeine Begründung. Das führte dazu, dass – nicht anders als nach einer Pest im Mittelalter – über die Ursachen der Homosexualität spekuliert wurde. Daraus entwickelten sich die unterschiedlichsten Erklärungsmodelle, die eine Eigenschaft einte: Sie waren allesamt totaler Blödsinn. Und so begründete auch das *Bundesverfassungsgericht* die Strafbarkeit der Homosexualität mit einer zusammengereimten Vermutung, als es Farbe bekennen musste. Bei ihm hatte sich ein schwules Paar darüber beschwert, dass Homosexualität unter Männern strafbar sei, Homosexualität unter Frauen aber nicht. Das Paar berief sich – durchaus verständlich – auf den Gleichheitssatz, denn warum bitteschön sollen homosexuelle Männer für etwas bestraft werden können, was homosexuellen Frauen erlaubt ist? Doch das war kein Problem für das *BVerfG*, das 1957 urteilte: |¹⁷

»Die Strafvorschriften gegen die männliche Homosexualität (§§ 175 f. StGB) verstoßen nicht gegen den speziellen Gleichheitssatz der Abs. 2 und 3 des Art. 3 GG, weil der biologische Geschlechtsunterschied den Sachverhalt hier so entscheidend prägt, dass etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.«

Kaum zu glauben, nicht wahr? Es steht aber wirklich so da. *Josef Wintrich*, der damalige Senatsvorsitzende, verkündete diese allein auf einem Vorurteil beruhende Wahrheit, so wie die Inquisitoren im Mittelalter verkündet hatten, dass die Hexe oder der Ketzer verbrannt werden muss. Sie entschieden damit über Schicksale und brachten großes Leid über die Betroffenen. Noch 1973 bestätigte das *BVerfG* ausdrücklich die Thesen zum Geschlechterunterschied. |¹⁸ Ein Wort der Reue ist von keinem der damaligen Senatsmitglieder überliefert.

¹⁷ *BVerfGE* 6, 389

¹⁸ *BVerfGE*, 36, 41, 44., Beschluss vom 2. Oktober 1973, 1 BvL 7/72.

c) Ein weiteres Beispiel – jetzt sind wir schon im Jahr 1994 – ist die Entscheidung zum Verbot von Cannabis. Ein mutiger Lübecker Richter namens *Wolfgang Nescovic* – ja, der spätere *BGH*-Richter und Bundestagsabgeordnete Nescovic, fraglos ein Unikat – hatte sich erdreistet, die Legitimation des Cannabis-Verbots mit Blick auf die Ungleichbehandlung etwa zum Alkohol in Frage zu stellen. Dem *Bundesverfassungsgericht* fiel natürlich auch dazu etwas ein. Die insoweit gegebene Begründung reiht sich nahtlos ein in die Überlegungen, die zur Erfüllung der ehelichen Pflichten und zum Strafgrund der Homosexualität angestellt wurden. Sie orientiert sich ganz im Sinne *Landaus* selbstverständlich an den tief verwurzelten Anschauungen der historisch gewachsenen Gemeinschaft. Die Leitsätze sind für die Ewigkeit. Sie lauten: |¹⁹

»Alkoholhaltige Substanzen dienen als Lebens- und Genussmittel; in Form von Wein werden sie auch im religiösen Kult verwandt. In allen Fällen dominiert eine Verwendung des Alkohols, die nicht zu Rauschzuständen führt; seine berauschende Wirkung ist allgemein bekannt und wird durch soziale Kontrolle überwiegend vermieden. Demgegenüber steht beim Konsum von Cannabisprodukten typischerweise die Erzielung einer berauschenden Wirkung im Vordergrund.«

Es ist offenkundig, dass es dieselben Mechanismen waren, die auch sonst am Werk sind. Einmal ganz abgesehen davon, dass Cannabis inzwischen als Schmerzmittel anerkannt ist, widerspricht es jeder Lebenserfahrung, dass Alkohol ein Lebensmittel ist. Das mögen Brauereibesitzer, Winzer und Schnapsbrenner so sehen. Die sind aber ziemlich allein mit dieser Meinung. Ärzte sehen das irgendwie anders. Und es ist natürlich richtig, dass in den Kirchen – ziemlich heidnisch und kannibalisch, dafür aber tief verwurzelt – das Blut Christi verkörpernder Rotwein zum Abendmahl ausgeschenkt wird. Dass das einen wesentlichen Teil des Alkoholkonsums ausmachen soll, der in Deutschland im Durchschnitt mehr als zehn Liter reinen Alkohols pro Jahr beträgt, dürfte hingegen einigermäßen abwegig sein.

Die jederzeitige soziale Kontrolle lässt sich auf dem Oktoberfest und bei zahlreichen anderen Anlässen, die uns Strafverteidigern nach den üblichen Schlägereien Arbeit geben, nicht immer beobachten. Geplagte Ehefrauen, die von ihren alkoholisierten Ehemännern verprügelt werden, haben vermutlich auch eine andere Meinung dazu. Richtig ist deshalb allein, dass die berauschende Wirkung allgemein bekannt ist. Freilich bildet sie den Grund dafür, dass Alkohol konsumiert wird.

19 *BVerfGE* 90, 145, Rn. 188 f.

Die vorurteilsbelasteten Richter am *Bundesverfassungsgericht* konnten offenbar nicht heraus aus ihrer Haut. Sie erklärten dann auch, was der wahre Grund dafür ist, Alkohol im Unterschied zu Cannabis zu erlauben. Vermutlich ohne es zu merken, riefen sie im zweiten Leitsatz quasi die Diktatur der Mehrheit aus. Denn dort heißt es:²⁰

»Weiterhin sieht sich der Gesetzgeber auch vor die Situation gestellt, dass er den Genuss von Alkohol wegen der herkömmlichen Konsumgewohnheiten in Deutschland und im europäischen Kulturkreis nicht effektiv unterbinden kann. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht, deswegen auf das Verbot des Rauschmittels Cannabis zu verzichten.«

Eine neben der Sache liegende Romantisierung des Alkoholkonsums und die faktische Undurchsetzbarkeit eines Verbots rechtfertigen danach bis heute die Bestrafung des Handels und Besitzes von Cannabis im Unterschied zu Alkohol. Die Entscheidung ist nicht nur ein hervorragendes Beispiel dafür, dass Richter am *Bundesverfassungsgericht* sich von Vorurteilen leiten lassen, die es nur irgendwie zu begründen gilt. Besser hätte das *Bundesverfassungsgericht* auch sein ebenfalls auf einem unüberwindbar scheinenden Vorurteil beruhendes Verständnis seiner Aufgabe nicht zum Ausdruck bringen können: Wir leben in einer Diktatur der Mehrheit und das *Bundesverfassungsgericht* ist deren Diener. Es denkt gar nicht daran, die Minderheit vor dieser Mehrheit unter Berufung auf das Recht zu schützen. Das Recht ist Instrument der Macht.

d) Dieses bizarre Selbstverständnis wird weiter belegt durch die Rechtsprechung des *BVerfG* zur Befangenheit vorbefasster Richter. So entspricht es der ständigen Rechtsprechung des *BGH*, dass ein Richter nicht einmal dann befangen ist, wenn er an einem vom *BGH* aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat und aufgrund einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans oder einer Vertretungsregelung nunmehr der Auffangkammer angehört.²¹ Das *BVerfG* segnete das ab und führte dazu im Jahr 2006, also vor gerade einmal zehn Jahren, aus:²²

»Für die pauschale Befangenheit eines vorbefassten Richters gibt es keine gesicherten Anhaltspunkte. [...] Seit jeher war das deutsche Verfahrensrecht von der Auffassung beherrscht, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe.«

20 A.a.O.

21 *BGHR* StPO § 338 Nr. 1b Geschäftsverteilungsplan 1.

Ein Richter, der einen Angeklagten wegen desselben Vorwurfs bereits einmal verurteilt hat, ist nicht befangen, weil es nicht im Gesetz steht! Und die Tatsache, dass Richter in Deutschland schon immer als befähigt angesehen wurden, sich von allen Vorurteilen und bereits gefällten Urteilen zu befreien, dient zum Beleg dafür, dass das Gesetz seine Berechtigung hat. Ob er nach den Regeln der Vernunft, des gesunden Menschenverstandes oder gar der Psychologie befangen ist oder nicht, ist vollkommen egal. Es kommt allein darauf an, wovon das deutsche Verfahrensrecht im wahrsten Sinne des Wortes »beherrscht« wird. Das muss ein »vernünftig denkender Angeklagter« – allein auf den kommt es bekanntlich an – ganz einfach akzeptieren. Ob das offensichtlicher Blödsinn ist oder nicht, wen kümmert das? Hauptsache, es ergibt sich aus dem Verfahrensrecht, dem Gesetz, also dem – angeblichen – Willen der Mehrheit. Und wenn die Mehrheit meint, ein entsprechend vorbefasster Richter sei nicht befangen, dann ist das eben so.

e) Keinesfalls möchte ich Ihnen schließlich die Mutter aller Stilblüten vor-enthalten. Sie findet sich in der »Inzest-Entscheidung« des *Bundesverfassungsgerichts* aus dem Jahr 2008.²³ Sie stellt alle bereits mitgeteilten Stilblüten zu den ehelichen Pflichten einer Frau, den biologischen Unterschieden zwischen homosexuellen Männern und Frauen, den Strafgrund für das Cannabis-Verbot und die Voraussetzungen für die Befangenheit eines Richters locker in den Schatten. In der Entscheidung ging es um einvernehmlichen Geschlechtsverkehr ineinander verliebter Geschwister, die nicht miteinander aufgewachsen waren. Es ging darum, ob das strafbewehrte Verbot des Beischlafs ein sich liebendes Halbgeschwisterpaar nicht in eine ausweglose und damit die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) verletzende Lage bringen würde. Das wäre ein starkes Argument für die Verfassungswidrigkeit der Norm gewesen. Das erkannte das *Bundesverfassungsgericht*. Es musste irgendetwas weg.

Sieben der acht Mitglieder des 2. Senats fanden – vermutlich angeleitet von *Herbert Landau* – natürlich einen Weg. Sie argumentierten, verboten sei doch nur der Beischlaf, also der vaginale Geschlechtsverkehr, während jede andere Sexualpraktik erlaubt sei. Mit anderen Worten, das *Bundesverfassungsgericht* erlaubt es dem Gesetzgeber, den vaginalen Geschlechtsverkehr zu verbieten, weil Analverkehr, Oralverkehr und alles andere nicht strafbar seien. Das *Bundesverfassungsgericht* bediente sich dazu selbstverständlich

22 Beschl. vom 27.09.2006, Az: 2 BvR 1598/06.

23 *BVerfG*, NStZ 2008, 614.

einer weniger deutlichen Wortwahl. Gleichwohl sind die Sätze unmissverständlich klar: |²⁴

»Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, werden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt.«

Mir ist nicht bekannt, ob sich jemals jemand getraut hat, den Richtern zu sagen, was sie da für einen Unsinn verzapft haben. Der mutmaßliche Verfasser der Entscheidung, *Herbert Landau*, scheint es jedenfalls noch nicht zu wissen. Sonst würde er die »Inzest-Entscheidung« in dem bereits mehrfach zitierten Aufsatz nicht als Meilenstein der weisen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts preisen. |²⁵

2.

Das beschriebene Muster, in Abhängigkeit von Vorurteilen Vermutungen zu Gewissheiten werden zu lassen, um schon vor der Analyse als richtig erkannte Ergebnisse begründen zu können, wirkt natürlich nicht nur beim Erfinden normativer Grundlagen oder naturwissenschaftlicher Kausalzusammenhänge. Es wirkt – wie sollte es anders sein – auch und gerade bei der so genannten freien richterlichen Beweiswürdigung im Rahmen der Feststellung von Tatsachen. Der Satz »in dubio pro reo« gilt in der Praxis deshalb gar nicht. In Wahrheit gilt: »In dubio pro damnatione« (damnatio heißt übrigens »Verurteilung« ... damnatione ist der Ablativ – präpositional bedingt, Sie wissen schon).

a) Ein Richter befindet sich in keiner anderen Situation als der Proband in dem von *Paul Watzlawick* durchgeführten Experiment. Es ist sogar noch schlimmer. Er hat nach bereits gebildeter Überzeugung den Inhalt der Beweisaufnahme festgelegt und ist für das Drehbuch und die Regie bei der Erhebung der Beweise zuständig. Er wäre kein Mensch, wenn er sich nicht leiten ließe von seinen bereits bei der ersten Konfrontation mit dem Fall gebildeten Vorurteilen, seinem uneingeschränkten Glauben an die eigene Befähigung, die Aufgabe der Sachverhaltsfeststellung natürlich bewältigt zu haben und dem Blick auf das Ergebnis, an dem er nicht zuletzt von seinem Dienstherrn, der Öffentlichkeit und dem Revisionsgericht, gemessen werden wird.

24 A.a.O.

25 NSTZ 2015, 665ff.

Landau hat das messerscharf erkannt. Er hat sogar festgestellt, unser Strafrechtssystem müsse »fast idealistischen Ansprüchen« genügen. Da gebe ich ihm Recht. Er meint allerdings, das wäre auch der Fall mit der Staatsanwaltschaft als »objektivster Behörde der Welt« und »Garantin des Rechtsstaats«. Diese an z.B. *Oskar Schindler* verliehene Auszeichnung »Gerechter unter den Völkern« erinnernden Charakterisierungen der Staatsanwaltschaft haben nur leider nichts mit der Realität des deutschen Strafverfahrens zu tun. Das kann nur glauben, wer – wie *Landau* – den höchsten Punkt der Aussichtsplattform in einer von *Platon* persönlich errichteten Penthouse-Wohnung in Wolkenkuckucksheim erreicht hat. Denn unsere Richter sind keine Flüchtlinge aus *Platons* Ideenwelt, die zu uns geschickt wurden, um Gerechtigkeit über uns zu bringen. Sie sind Menschen - nichts anderes als Menschen.

b) Dabei ist die freie richterliche Beweiswürdigung alles andere als alternativlos: Wenn »materielle Wahrheit« ohnehin nichts anderes ist als eine mehr oder weniger große intersubjektive Übereinstimmung, dann beruht das, was *Landau* nicht verhandelbare Wahrheit nennt, auf nichts anderem als einem Konsens. Denn eine Feststellung wird nicht getroffen, weil jemand sicher sagen kann, dass sich etwas so oder anders zugetragen hat. Sie wird getroffen, weil die auf der Berichterstattung Dritter beruhende eigene Wahrheit der entspricht, die – mit mehr oder weniger großer Übereinstimmung – sich nach unserer Wahrnehmung in anderen Köpfen ebenfalls gebildet hat. Und wenn das so ist, dann fragt sich natürlich, warum diejenigen Bereiche, die einer vollständigen oder nahezu vollständigen Intersubjektivität nicht mehr zugänglich sind, der Deutungshoheit inquisitorisch agierender Richter überlassen bleiben sollen. Genauso gut wäre es möglich, diesen Bereich mit einem Konsens unter den Verfahrensbeteiligten auszufüllen.

In Verfahren vor dem Schöffengericht oder dem Landgericht dominieren Konsensmodelle bereits jetzt, nur auf anderer Ebene. Denn festgestellt werden kann dort nur, worüber sich die Mitglieder des Spruchkörpers einig sind bzw. was sie mehrheitlich festlegen. Dort ist Wahrheit also bereits entweder eine Übereinkunft oder eine Mehrheitsentscheidung. Das richterliche Monopol auf die Wahrheitsfindung im Strafprozess erweist sich schon deshalb nicht etwa als systemimmanente Notwendigkeit, sondern als Bestandteil des staatlichen Machtmonopols. Es wird Zeit, dass unsere Richter damit aufhören, den ohnehin unerfüllbaren Anspruch auf Wahrheitsfindung wie eine Monstranz vor sich herzutragen. Im Unterschied zu § 257 c StPO wäre das auch durchaus sinnvoll. Denn ein »Deal über die Wahrheit« würde eine Risikoabwägung an der Stelle ermöglichen, wo sie sinnvoll sein kann. Mir wäre

es jedenfalls lieber, das Potenzial zusammengereimter Tatsachenfeststellungen im inquisitorischen Verfahren zu begrenzen, als meine Mandanten aus Angst vor diesem Potenzial in die komplette Anklage bestätigende Geständnisse hineinzureden.

c) Es gibt im deutschen Strafverfahren auch durchaus ein konkretes Vorbild, wie so etwas funktioniert. Im Steuerrecht ist es gängige Praxis, dass sich Verfahrensbeteiligte über das verständigen, was sie die Wahrheit nennen und dem weiteren Verfahren zugrunde legen wollen. Es verwundert nicht, dass es aus dem Steuerrecht stammt. Wenn es fiskalische Vorteile hat, hatte die Justiz noch nie ein Problem damit, heilige Kühe zum Schlachttaltar zu führen. Der Steuerrechtler nennt das »Tatsächliche Verständigung«.²⁶

Grundsätzlich haben die Finanzbehörden den Sachverhalt zwar von Amtes wegen zu ermitteln (§ 88 Abs. 1 S. 1 AO). Das entspricht dem Amtsermittlungsgrundsatz. In Fällen erschwerter Sachverhaltsermittlung soll es aber zulässig sein, bindende Einigungen herbeizuführen. Das ist sogar noch nach Einleitung eines Strafverfahrens zulässig. Faktisch bedeutet das nichts anderes, als dass man sich über die Frage, wie sich ein zur Steuerhinterziehung führender Sachverhalt zugetragen hat, einigen kann.²⁷ Wenn es darum geht, ob der Einkauf von 100 kg Dönerfleisch zum Verkauf von 300 oder 500 Dönern und entsprechenden Einnahmen geführt hat, lässt sich das Ergebnis auch einvernehmlich festlegen.

Die Strafjustiz hat in Strafverfahren ebenfalls kein Problem damit, im Festsetzungsverfahren getroffene Vereinbarungen zur Wahrheit ohne jede eigene Prüfung zu übernehmen. Wie sich das mit dem Satz verträgt, Wahrheit sei nicht verhandelbar, wird vermutlich das Geheimnis von Herrn *Landau* bleiben. Denn von der »tatsächlichen Verständigung« ist es nur noch ein kleiner Schritt, Zweifelsfragen auch im gewöhnlichen Strafverfahren der Disposition der Verfahrensbeteiligten zu überlassen. Das betrifft zwar nicht Sachverhalte, die ein hohes Maß an Intersubjektivität aufweisen oder »bewiesen« sind. Für den Bereich, der bislang der freien richterlichen Beweiswürdigung vorbehalten ist, also die möglichen Schlussfolgerungen oder – mit anderen Worten – den Bereich der von § 261 StPO beherrschten Plausibilität, gilt das jedoch allemal. Die freie richterliche Beweiswürdigung erweist sich damit alles andere als zwingend. Wir müssten es nur bewerkstelligen, unseren

²⁶ BFH BStBI II 85, 354; BFH BStBI II 96, 625.

²⁷ Die Obersten Finanzbehörden der Länder haben die maßgeblichen Grundsätze in einem Schreiben vom 30.7.08 zusammengefasst, BStBI I 08, 831

Inquisitoren diesen Teil ihrer Macht zu nehmen. Und was mit dem Bereich geschieht, zu dem keine Einigung erzielt werden kann, wäre zu diskutieren.

V.

Ceterum censeo, Carthaginem esse delendam. Wer sich mit römischer Geschichte befasst oder auch nur *Asterix*²⁸ gelesen hat, kennt diesen Spruch. Er wird *Cato dem Älteren* zugeschrieben, der nicht müde geworden sein soll, die Zerstörung Karthagos zu fordern, nachdem die Karthager unter Führung von *Hannibal* Rom 216 v.Chr. an den Rand der Vernichtung gedrängt hatten. Er forderte es der Legende nach immer und immer wieder, ganz gleich aus welchem Anlass und bei welcher Gelegenheit, bis der römische Senat im Jahr 150 v.Chr. beschloss, seinem Drängen nachzugeben.

Seither wird eine Forderung, die beharrlich wiederholt wird, *Ceterum Censeo* genannt. Bei *Asterix* tut es übrigens sein Verteidiger vor einem römischen Strafgericht. Sein Name ist *Titus Redeflus*, der sein Plädoyer mit diesem Satz eröffnen will. Der Vertreter der Anklage kommt ihm allerdings zuvor, weshalb *Titus Redeflus* eine Unterbrechung beantragt, um seine Verteidigung neu aufbauen zu können.

1.

So wie *Cato der Ältere* – oder *Titus Redeflus* – sollten wir vielleicht auch dazu übergehen, ein paar Kernforderungen permanent zu wiederholen, um sie immer und immer wieder in Erinnerung zu rufen. Warum soll uns das nicht gelingen, denn im Unterschied zur menschenverachtenden Forderung *Catos* wollen wir Dinge, die unbestreitbar berechtigt sind. Und das betrifft nicht nur die Auswüchse der freien richterlichen Beweiswürdigung als Relikt der Inquisition. Abgesehen von materiell-rechtlichen Fragen wie den Umgang mit Cannabis-Händlern oder einvernehmlich Geschlechtsverkehr ausübenden Blutsverwandten benenne ich als Stichworte aus dem Bereich des Strafprozessrechts die Realität des Richtervorbehalts, die Willkür der Praxis bei der Beiordnung von Pflichtverteidigern, die Umkehr des Zweifelssatzes und Korruptierbarkeit der Justiz durch § 257 c StPO, die Rechtswirklichkeit im Ablehnungs- und Beweisantragsrecht, die unterbleibende Dokumentation der Hauptverhandlung, die Rechtsprechung zu den – praktisch nicht existierenden – Verwertungsverboten, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, Beschlüsse

28Die Lorbeeren des Cäsar, S. 33 und 34, wengleich in der deutschen Ausgabe dort falsch mit »Delenda Carthago« wiedergegeben.

nach § 349 Abs. 2 StPO, das Rekonstruktionsverbot und die Verkümmern der Verfahrensrügen. Beispielhaft ist auch die Entrechtung der Schöffen, wenn diese gegen den berufsrichterlichen Mehrheitswillen einen Freispruch bewirken. Auf die schriftlichen Urteilsgründe haben sie bekanntlich keinen Einfluss mehr, weshalb diese sich oftmals – faktisch das Beratungsgeheimnis brechend – so lesen, als sei ein eindeutig Schuldiger versehentlich freigesprochen worden. Und besonders bezeichnend ist schließlich der Ablauf von Hauptverhandlungen beim *BGH*. Sie haben mit dem Begriff »Verhandlung« nicht sonderlich viel zu tun. Dort werden längst überwunden geglaubte Rituale gepflegt, die Respekt erzeugen und Überlegenheit der erhöht sitzenden Richter in den roten Roben suggerieren sollen. Freilich beruht deren Überlegenheit in erster Linie darauf, dass sie auch hier das Drehbuch schreiben, Regie führen und – ausgestattet mit kaum zu überbietender Autorität kraft Amtes – bisweilen wenig respektvoll bis einschüchternd mit den übrigen Anwesenden umgehen. Zu allem Überfluss haben sie aus dem Revisionsrecht auch noch eine Art Geheimwissenschaft gemacht, die – wenn überhaupt – nur noch die Richter am *BGH* selbst durchschauen, weil sie ein Dickicht geschaffen haben, in das sie beliebig neue Schneisen schlagen können. Leiten lassen auch sie sich dabei weniger von sich aus dem Gesetz ergebenden Regeln, als vielmehr von dem als richtig oder falsch empfundenem Ergebnis des zu entscheidenden Falles. Die Regeln werden irgendwie angepasst. Im Unterschied zu Tatrüchtern haben sie faktisch auch keine Kritiker mehr, weil sie ihre Produkte nicht einmal mehr transparent begründen müssen. Mit Vernunft und gesundem Menschenverstand hat das alles nichts mehr zu tun.

2.

So wahr – und traurig – der zu konstatierende Zustand unserer Strafjustiz ist, so wenig lässt er sich einem Durchschnittsbürger vermitteln, am allerwenigsten einem Angeklagten. Ich empfinde es als eine der größten Schwierigkeiten meines Berufs, meinen Mandanten klar zu machen, womit sie zu rechnen haben, wenn sie es mit der Strafjustiz zu tun bekommen. Derzeit sage ich meinen Mandanten, sie sollen sich ein Fußballspiel vorstellen, bei dem der Richter die Rolle des Unparteiischen einnimmt. Die Staatsanwaltschaft sei der Gegner. Sie sollten sich allerdings der Tatsache bewusst sein, dass unser Schiedsrichter in der Bettwäsche des Gegners schläft, mit dem Trainer der gegnerischen Mannschaft immer zu Mittag isst, den selben Chef hat, morgen womöglich zum Gegner transferiert wird und im Zweifel Abseits, Foul, Handspiel, ein Nichtüberschreiten der Torlinie durch den Ball oder irgendetwas anderes reklamieren wird, wenn wir ein Tor schießen. Tore der gegnerischen Mannschaft würden hingegen nur dann nicht anerkannt, wenn

der Stürmer entweder meterweit im Abseits steht, den Ball mit der Hand ins Tor wirft oder der Torwart unmittelbar vor dem Schuss mit einem Faustschlag zu Boden geschickt wird. Sollte die gegnerische Mannschaft kurz vor Schluss führen, sei damit zu rechnen, dass das Spiel vorzeitig abgepfiffen würde. Als Angeklagter müsse er auch davon ausgehen, dass die Schiedsrichterassistenten, also Sachverständige etc., beste geschäftliche Beziehungen zum Gegner unterhielten und täglich für sie arbeiten würden, jedenfalls aber von deren Aufträgen abhängig seien. Sie hätten deshalb mindestens einen Wimpel der gegnerischen Mannschaft über dem Bett hängen und wären in erster Linie darum bemüht, es sich auf keinen Fall mit dem Gegner und vor allem dem Schiedsrichter zu verscherzen. Meine Mandanten begreifen zwar immer erst hinterher, was ich damit gemeint habe, dafür dann aber umso mehr und kritisieren mich, weil ich untertrieben hätte.

Man kann den anzutreffenden Zustand natürlich auch kürzer auf den Punkt bringen, denn er manifestiert sich in einem einzigen kurzen und immer gültigen Satz. Er lautet:

»Macht sticht Recht!«

Das war immer so und wird immer so bleiben. Rechtsprechung ist stets auch Machtausübung, gerade im Strafrecht. Das ist nicht nur in Den Haag augenfällig, wo nur die vor Gericht landen, die der Macht oder des Schutzes durch Mächtige verlustig gegangen sind. Wem dieses Schicksal nicht widerfährt, der bleibt ein Held, auch wenn er keinen Deut besser ist als die, die dort vor Gericht stehen. Und die Bestimmung dessen, was »Wahrheit« ist, ist letztlich auch nichts anderes als Machtausübung. Das gilt in gleicher Weise für die Festlegung des Drehbuchs der Hauptverhandlung, die Regieführung und die unkontrollierbare Niederschrift des Geschehens im Urteil. In ganz besonderem Maße gilt es für die Praxis des *BGH*, Entscheidungen in Abhängigkeit vom Empfinden der Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses zu treffen. Für den, der das oft genug erlebt hat, klingt es deshalb geradezu zynisch, wenn der bereits erwähnte *Landau* meint – ausgerechnet unter Berufung auf *Immanuel Kant*²⁹ – es gelte heute der Grundsatz:³⁰

»Recht vor Macht.«

Dass dieser Satz unser Justizsystem prägt, kann nur der glauben, der die Macht bei seiner Rechtsprechung selbst in Händen hält und deshalb gar nicht mehr merkt, dass er in Wahrheit Macht ausübt. *Landau* und mit ihm

²⁹ *Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, 1797, zitiert nach der Akademieausgabe, Band VIII, S. 429.

³⁰ *Landau*, *NSStZ* 2015, S. 665, 668.

die weit überwiegende Mehrheit der Richter dieses Landes sehen das deshalb wohl wirklich so. Die aus unserer Sicht völlig realitätsferne Vorstellung, sie würden den Grundsatz »Recht vor Macht« durchsetzen, ist unverzichtbarer Bestandteil ihres Weltbildes; genauso wie sie denken, die von ihnen im Strafprozess gefundene Wahrheit sei objektiv und deshalb nicht verhandelbar oder in der Hauptverhandlung würde der Sachverhalt unvoreingenommen aufgeklärt. All diese Irrtümer prägen zusammen mit der uneingeschränkten Autoritätsgläubigkeit und der dem Gefühl moralischer Überlegenheit entsprungenen Überzeugung, den Blick auch stets auf das Ergebnis richten zu müssen, das Weltbild eines Richters. Es kann nicht verwundern, dass Menschen, die so denken, am Ende glauben, sie könnten wirklich Übermenschliches. Richter glauben ja sogar, sie seien in der Lage, über eine Anklage unbefangen zu richten, wenn sie den Angeklagten schon einmal wegen des Vorwurfs verurteilt haben. *Obelix* würde spätestens an dieser Stelle sagen:

»Die spinnen, die Richter!«

3.

Die simple Wahrheit ist, um den vielschichtigen Begriff ein letztes Mal zu strapazieren, dass es nun einmal nicht gut ist, zu viel Macht in eine Hand zu legen. Unser gesamtes Staatsverständnis beruht deshalb auf dem Gedanken der Gewaltenteilung. Das ist so, weil es die Natur des Menschen nun einmal mit sich bringt, dass zu viel Macht in einer Hand zu unerwünschten Auswüchsen führt. Innerhalb einer Gewalt gilt das in gleicher Weise. Wir Strafverteidiger sprechen aus Erfahrung, denn wir kennen sie alle, die Prozesse, in denen ein – alles andere als zwingendes – Ergebnis schon am Anfang feststeht und es nur noch um dessen Begründung geht. Den davon betroffenen bleibt nur das Gefühl der Ohnmacht. Niemand kennt dieses Gefühl besser als wir. Wir stehen oft genug fassungslos vor einem Ergebnis freier richterlicher Beweiswürdigung. Ob in jedem Einzelfall zu Recht oder zu Unrecht, lasse ich einmal dahingestellt, jedenfalls aber tun wir es wahrhaftig. Und wer in diesem Land als Strafverteidiger wirkt, weiß wahrlich alles, was man über Ohnmacht wissen muss.

Ich komme zum Schluss: Es ist mir natürlich bewusst, dass ich mich hier und heute als Ketzer geoutet habe. Das Schicksal des eingangs erwähnten *Sokrates* wird mir zwar wohl erspart bleiben. Wie Sie wissen, wurde er zum Tode verurteilt, weil er Wahrheiten aussprach, die heute selbstverständlich sind. Das war 399 v.Chr., also vor 2.415 Jahren. Es blieb jedoch zu allen Zeiten – und ist es heute noch – gefährlich, Tatsachen auszusprechen, die keiner hören will, auch wenn sie wahr sind – auch und gerade in unserem Kulturkreis. Denn es

gehört nicht nur zu den urmenschlichen Verhaltensmustern, sich Geschichten den eigenen Vorurteilen anpassend zusammenzureimen. Es gehört auch dazu, diese Geschichten, immerhin Zeugnisse der Genialität des Erzählers – siehe *Watzlawick* – bis aufs Blut zu verteidigen. Der Angriff auf diejenigen, die das in Zweifel ziehen, ist nur logische Folge. Wer das nicht glaubt, sollte sich mit dem Schicksal von *Wolfgang Nescovic* befassen, als er Richter beim *BGH* wurde.³¹ Die Verfolgung von Ketzern erweist sich danach ebenfalls als ein unabänderliches menschliches Verhaltensmuster, so wie wir auf unzureichender Datenbasis Entscheidungen treffen und Kausalzusammenhänge zusammenreimen. Wir verurteilen unsere Ketzer aktuell zwar nicht mehr zum Tode und verbrennen sie auch nicht mehr auf Scheiterhaufen. Das Prinzip ist jedoch kein anderes.

Ich warne also alle diejenigen, die sich meinem *Ceterum Censeo* anschließen und nicht müde werden wollen, Wahrheiten auszusprechen, auch wenn sie keiner hören will. Ich spreche diese Warnung zum Abschluss meines Vortrags in den Räumen der Goethe-Universität Frankfurt mit den Worten des großen Dichters aus, der diese Erkenntnis in einem wunderbaren Vers zum Ausdruck brachte. Er ließ seinen *Faust* dazu sagen:³²

Wer darf das Kind beim Namen nennen?
Die wenigen, die was davon erkannt,
die töricht g´nug, ihr volles Herz nicht wahrten,
dem Pöbel ihr Gefühl, ihr Schauen offenbarten,
hat man von jeher gekreuzigt und verbrannt!

31 <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-12/drogenpolitik-alkohol-drogen-sucht-abhaengigkeit-verbot>

32 *J.W. Goethe: Faust, Der Tragödie Erster Teil, Nacht (Faust-Monolog).*

»Das Weltbild des Strafrichters«

Ist die Unabhängigkeit der Richter unabdingbar?

Einleitung

Das Arbeitsthema der Arbeitsgruppe ist sehr weiträumig gefasst und es stellt sich schon die Frage, was soll eigentlich gemeint sein?

- (I.) Das Weltbild des Strafrichters als Fragestellung zu seiner Identität, zu seinem Verständnis vom Recht und seiner Funktion als Richter?
- (II.) Ist die Unabhängigkeit der Richter i.S.v. Art. 97 Abs. 1 GG zu weitgehend? Ist sie überhaupt verhandelbar?
- (III.) Ist eine Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit geboten – etwa bei der freien richterlichen Beweiswürdigung?

I.

Das Weltbild des Strafrichters als Fragestellung zu seiner Identität, zu seinem Verständnis vom Recht und seiner Funktion als Richter?

Zu diesem Thema wird in der Beschreibung für diese Arbeitsgruppe Max *Alsberg* zitiert mit seinen Zweifeln am Bild des redlichen Richters und seiner Sicht auf die Weltanschauung des Richters. Und weiter heißt es dort, dass die durch Alsberg herausgearbeiteten Kritikpunkte unverändert fortgelten.

Verdichtet man Alsbergs Ausführungen, so kann man ihn wohl dahin verstehen, dass der Strafrichter grundsätzlich bzw. idealtypischer Weise aus seiner, Alsbergs, Sicht, ein eifernder, ein von Machtansprüchen, wenn auch von sachlich-altruistisch motivierten Machtansprüchen allein zur Wahrung des Rechts beseelter, ein das Gesetz – wenn auch in der Regel nur unbewusst – verletzender Richter ist. Ja so ist er eben, dieser Strafrichter und – so weiter *Alsberg* – mindert der Gesetzgeber seine Macht, so »lässt dies ihn, den Strafrichter, in seinem Streben nach Verwirklichung der Ideale der Strafrechtspflege erlahmen«, will heißen, dann macht ihm das Richten keine rechte Freude mehr. Der Strafrichter ist in seinem Selbstverständnis und seiner Arbeitsfreude nur glücklich, wenn er Macht hat, ja nahezu uneingeschränkte Macht hat.

Nun was will uns das sagen, was will uns das heute, fast 90 Jahre später sagen? Ich habe Zweifel, ob sich das seinerzeit von Alsberg beschriebene Bild *des* Strafrichters jedenfalls auf die heutige Situation – und dies auch noch uneingeschränkt – übertragen lässt, wenn es damals überhaupt in dieser Verallgemeinerung zutreffend war, was uns heute und hier aber nicht näher interessiert. Nach meiner Erfahrung hat sich jedenfalls – Alsbergs Sicht auf den Strafrichter mal als zutreffend unterstellt – die Einstellung zum Amt des Strafrichters in einem nicht geringen Maße gewandelt, zumindest ist es differenzierter zu sehen.

So finden sich heute nicht wenige Kollegen, die diese Tätigkeit als Job – oftmals als ungeliebten Job – und nicht – so noch die Überzeugung Alsbergs – als wesentlichen Lebensinhalt verstehen, was im Übrigen für sich gesehen aus meiner Sicht ja noch kein Negativurteil sein muss – wie auch bei einem engagierten Strafverteidiger. Auch wird das Amt des Strafrichters dem einen oder anderen Kollegen vom Präsidium übertragen, ohne dass er sich hierauf beworben oder gar hierum gerissen hätte. Nicht selten ist die Strafrichtertätigkeit auch nur eine notwendige Durchgangsstation, um die Möglichkeit der Abordnung zu einer Erprobung zu erlangen. Und manchmal ist die Strafrichtertätigkeit auch nur eine erste Einstiegsposition in ein frisch erworbenes Beförderungsamts, das man über sich ergehen lassen muss, bis man sich etwa auf eine wesentlich angesehenere Aufgabe, nämlich die eines Zivilrichters bewerben kann. Und schließlich ist in diesem Zusammenhang der obligatorische sog. Laufbahnwechsel – etwa in Bayern – zu nennen. Und nicht zu vergessen, zumindest im letzten Jahrzehnt überwiegt die Zahl der neu eingestellten Richterinnen die Zahl der neu eingestellten männlichen Kollegen. In all diesen Fällen – und dies ist nur eine kleine, eine sehr kleine Auswahl – dürfte das von Alsberg gezeichnete Bild *des* Strafrichters wohl kaum in seiner Verallgemeinerung anzutreffen sein.

Und – damit wir hier über den eigentlich gemeinten Strafrichter sprechen: Gemeint ist ganz offensichtlich nur der Strafrichter als Tatrichter und nicht etwa der Revisionsrichter. Ich war lange genug Revisionsrichter, um auch die Unterschiede zwischen beiden Richterämtern zu kennen und auch die Unterschiede im beruflichen – bedienen wir uns ruhig mal dieses unscharfen Begriffs – Weltbild bzw. Selbstverständnis *des* Revisionsrichters, der lange oder besser lange genug Erfahrung als erstinstanzlicher Strafrichter gesammelt hat, und dem Weltbild bzw. Selbstverständnis *des* Revisionsrichters, der es – aus welchen Gründen auch immer – bereits mit geringer einschlägiger oder gar ohne jegliche erstinstanzliche Erfahrung in den Revisionssenat geschafft hat oder – auch das gibt es – dorthin »abgeschoben« worden ist. Aber von diesem Strafrichter, dem Revisionsrichter ist bei Alsberg, so verstehe ich

seine Betrachtungen, nicht die Rede. Und er dürfte auch nicht der Strafrichter im Blick dieser Arbeitsgruppe sein.

Egal wie – dies soll ja wohl auch nicht das Thema dieser Veranstaltung sein, nämlich wie Alsberg den Strafrichter gesehen hat und ob dies heute noch gilt. Hintergrund der Aufgabenstellung der Arbeitsgruppe ist ja offenbar ein anderer: Alsberg als großer Strafverteidiger, wenn er bereits etwas Kritisches über den Strafrichter gesagt hat und dies verbunden mit Überlegungen zur Beschneidung seiner Macht, dann muss dies ja wohl auch noch heute gelten, zumindest lassen sich auf seine damaligen Ausführungen, ja seine unangreifbaren Ausführungen entsprechende Forderungen auf Beschneidung der Macht des Strafrichters auch heute noch stützen.

Aber dies sei noch hinzugefügt: Es wäre freilich unsinnig zu bestreiten, dass natürlich – wie bei jeder Berufsgruppe so auch – beim (hier dem erstinstanzlichen) Strafrichter spezifische Sichtweisen und Wünsche vorzufinden sind. So wäre es verwunderlich, wenn der Strafrichter nicht bemüht wäre,

- ein Strafverfahren, insbesondere sog. Umfangsverfahren, möglichst zügig zu erledigen, erst recht bei einem Stau weiterer Verfahren, insbesondere von Haftsachen, bei denen der Druck des Beschleunigungsgebots auf ihm lastet,
- dass seine Urteile möglichst rechtskräftig werden,
- mit möglichst wenig Konflikten über die Runden zu kommen.

Und schließlich habe ich bei meinen nicht wenigen Fortbildungstagungen für Richter immer wieder die sorgenvolle Hoffnung angetroffen, möglichst von einem Strafverfahren mit Konfliktverteidigung oder Störungen seitens eines Angeklagten oder gar aus dem Publikum, also einem Strafverfahren mit schwer beherrschbarem Stress verschont zu bleiben.

Und es wäre auch verwunderlich, wenn ich nicht bei dem einen oder anderen Kollegen spezielle, vielleicht auf seinen persönlichen Erfahrungen beruhende resignative oder nicht gerade verteidigerfreundliche Einstellungen vorgefunden hätte, die sich aber keinesfalls verallgemeinern lassen.

Es gäbe noch so viel zu sagen zum Weltbild des Strafrichters und auch zum Wandel des Richterbildes. Die umfassenden Betrachtungen von *Rasehorn*, also die Betrachtungen aus Sicht eines ehemaligen Richters und Rechtssoziologen sollen hier nicht unerwähnt bleiben und seien zur Lektüre empfohlen.¹ Vielleicht sind sie ja sogar etwas tiefgründiger als jene von Max Alsberg.

1 Theo *Rasehorn*, *Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt*, 1989, insbes. S. 62 ff.

Soviel erstmal zum Weltbild des Strafrichters aus der Sicht eines ehemaligen Strafrichters.

II.

Ist die richterliche Unabhängigkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 1 GG zu weitgehend? Ist sie überhaupt verhandelbar?

Dies vorab: Worum es offenbar bei den Fragestellungen dieser Arbeitsgruppe geht, ist nicht die in Art. 97 Abs. 1 GG vornehmlich geregelte und verfassungsrechtlich bedeutsame sachliche Unabhängigkeit des Richters gegenüber sachfremden Einflussnahmen von außen und die Bindung des Richters an das Gesetz, sondern Thema ist offenbar die ungeliebte freie richterliche Beweiswürdigung, die ein wesentlicher Teil der richterlichen Unabhängigkeit ist, ja zu ihrem Kernbereich gehört. Die richterliche Unabhängigkeit ist zwar kein Grundrecht des Richters, verleiht ihm jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Blick auf Art. 33 Abs. 5 GG ein grundrechtsgleiches Recht.² Daher ist die richterliche Unabhängigkeit grundsätzlich nicht und die freie richterliche Beweiswürdigung nur in sehr begrenztem Maße verhandelbar, nämlich soweit ihr Kernbereich nicht berührt wird. Und – solche Thesen, Forderungen gibt es offenbar nämlich auch³ – die Tatsachenfeststellung einem Deal zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidiger zu überlassen, hieße, den Gewaltenteilungsgrundsatz, hier also Art. 20 Abs. 2 und 92 GG, teilweise aufzugeben. Denn die rechtsprechende Gewalt ist ausschließlich den Richtern anvertraut (Art. 92 GG) und zu dieser richterlichen Aufgabe gehört nun mal auch, Feststellungen zum Tathergang zu treffen (§ 267 Abs. 1 StPO).

III. Ist eine Beschränkung der richterlichen

Unabhängigkeit geboten – etwa bei der freien richterlichen Beweiswürdigung?

Nun nähern wir uns dem eigentlichen Anliegen dieser Arbeitsgruppe. Ich will es mal provokativ formulieren: Weg mit der uneingeschränkten Unabhängigkeit der Richter, weg mit der freien richterlichen Beweiswürdigung! Dass die völlige Abschaffung der freien richterlichen Beweiswürdigung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen, jedenfalls nach der derzeitigen – und ich denke auch der künftig insoweit unveränderten – Verfassungslage

² Jarass/Pieroth GG, 13. Aufl. 2014, Art. 97 Rn. 1.

³ In diesem Sinne: Wilhelm, Wahrheit im Strafprozess, 40. Strafverteidigertag 2016 (in diesem Band)

nicht möglich ist, habe ich bereits ausgeführt. Und mit der etwaigen Forderung einer tiefgreifenden Änderung der Verfassung, also des IX. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 92 bis 104 GG), also letztlich der Forderung eines Eingriffs in die Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs 2 GG bzw. der Beschränkung der der Rechtsprechung als Dritter Gewalt zugewiesenen Kompetenzen, würde sich der Strafverteidigertag – sehen Sie mir dies nach – doch wohl überheben.

Auch der Strafprozess ist Teil der Staatsgewalt und obliegt – ich sagte es bereits – ausschließlich der Rechtsprechung. Der Beschuldigte hat – und damit erzähle ich Ihnen nichts Neues – einen Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren. Teil dieses Anspruchs ist das Gebot der Wahrheitsfindung.⁴ Und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zur Umsetzung dieses Gebots eine Verfahrensordnung erforderlich, die eine zuverlässige Wahrheitserforschung gewährleistet.⁵

Und damit sind wir beim eigentlichen Thema unserer Diskussion angelangt, nämlich ist es möglich, diesem Gebot näher zu kommen, etwa durch eine Änderung des einfachen Gesetzes, also der Strafprozessordnung (1). Oder auch: Lässt sich dem Gebot der Wahrheitsfindung in anderer Weise besser Rechnung tragen? Etwa durch eine bessere Ausbildung der Strafrichter (2)?

1.

Ist eine Änderung der Strafprozessordnung zur Umsetzung des Gebots der zuverlässigen Wahrheitserforschung im Wege der Einschränkung der freien Beweiswürdigung geboten? Zugespitzt muss die Frage lauten: Ist eine Änderung des § 261 StPO geboten?

§ 261 StPO lautet:

»Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.«

Kann diese zentrale Regelung und Definition der freien Beweiswürdigung eine verfassungsrechtlich zulässige und auch praktikable Beschränkung erfahren?

a) Zunächst stellt sich die Frage, ob etwa die Einführung von – über die bereits vom Bundesgerichtshof entwickelten Beweisregeln hinaus – weiteren Beweisregeln geboten ist und zu sichereren Beweisergebnissen verhilft. Der Bundesgerichtshof hat für drei Fallkonstellationen derartige Beweisregeln

⁴ BVerfGE 57, 250 (275).

⁵ BVerfGE 86, 288 (317).

aufgestellt,⁶ die teils als Systembruch kritisch gesehen werden.⁷ So darf auf die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen eine Feststellung nur getroffen werden, wenn dessen Bekundungen durch andere gewichtige Gesichtspunkte (Indizien zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Bekundungen bzw. der Glaubwürdigkeit des Zeugen) gestützt werden.⁸ Eine weitere Fallkonstellation ist gegeben, wenn Aussage gegen Aussage steht. Ferner hat der BGH eine entsprechende strenge Beweisregel aufgestellt für den Fall, dass eine konfrontative Befragung des Belastungszeugen nicht möglich war.⁹

Und schließlich will ich auf die Vielzahl von der Rechtsprechung entwickelten Beweiswürdigungsregeln hinweisen, etwa für die Würdigung der Einlassung des Angeklagten wie auch für die Würdigung von Zeugenaussagen, deren Nichtbeachtung den Bestand des Urteils gefährden.¹⁰ Und in diesem Kontext sind auch die Beweisverwertungsverbote zu nennen, die im Ergebnis ebenfalls Ausnahmen vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung darstellen.

Die Frage, ob es noch weiterer Beweisregeln, Beweiswürdigungsregeln oder auch weiterer Beweisverbote bedarf, lässt sich kaum ex cathedra beantworten. Denn wie sollten sie aussehen? Ich kann mir ohne konkrete Fallgestaltung nur schwerlich eine weitere Beweisregel bzw. Beweiswürdigungsregel oder ein weiteres Beweisverbot vorstellen, die ein bedeutsames Mehr an Sicherheit bei der Wahrheitsfindung sicherstellen könnte. Aber ich bin mir sicher, dass die Rechtsprechung insbesondere weitere Beweisverbote entwickeln wird.

b) Aber dies ist ja wohl nicht das, was das Anliegen der Arbeitsgruppe ausmacht. Einen völlig anderen Weg als den einer eher vorsichtigen Beschneidung der freien Beweiswürdigung durch Beweisregeln etc. hat ja bereits der letzte Strafverteidigertag eingeschlagen und dieser soll nun offenbar weiter beschritten werden. Nicht erst seit dem letzten Strafverteidigertag wird nämlich die Forderung einer Dokumentation in Form einer vollständigen – am Ende jedes Sitzungstages der Staatsanwaltschaft sowie der Verteidigung auf Antrag hin zugänglich zu machenden – Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung erhoben, um im Revisionsverfahren die aus der Sicht der Verteidigung lückenhafte, ja sachlich grob falsche, weil entlastende Aussagen

6 LR/*Sander* 26. Aufl. § 261 Rn. 83.

7 LR/*Sander* a.a.O. Fn. 600.

8 LR/*Sander* a.a.O. Rn. 83a ff.

9 LR/*Sander* a.a.O. Rn. 83e ff.

10 LR/*Sander* a.a.O. Rn. 84 ff.

verschweigende oder auch entlastende Aussagen verdrehende Beweiswürdigung – offenbar nicht nur Einzelfälle, sondern eine regelrechte Seuche – rügen zu können.

Diese Forderung beinhaltet letztlich drei Forderungen, nämlich außer der Dokumentation der Hauptverhandlung durch Tonaufzeichnung:

- zum einen die umfassende Darstellung der Beweisaufnahme, vornehmlich der Zeugenvernehmungen und Sachverständigenanhörung im Urteil ,
- und zum anderen – sonst würde ja die Tonaufzeichnung keinen Sinn machen – die Möglichkeit der Rekonstruktion der Hauptverhandlung in der Revision, also eine nicht nur marginale Änderung des Revisionsrechts.

Auch wenn die Dokumentation der Hauptverhandlung durch Tonaufzeichnung bereits Thema des letzten Strafverteidigertages war, seien hierzu noch einige Anmerkungen gemacht, und zwar von einem ehemaligen Strafrichter, der bereits umfassende Erfahrung mit der Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung hat:

Ich will direkt vorab sagen, dieses Forderungspaket ist bei der Wahrheitsfindung hinderlich, ja sogar schädlich – (aa) – und nicht nur das: Dieses Forderungspaket, und das ist der Hauptgrund meiner Bedenken, ist auch aus meiner Sicht als eines ehemaligen erstinstanzlichen Richters und nicht nur aus der Sicht des ehemaligen BGH-Präsidenten *Tolksdorf* – worauf *Wilhelm* in seinem Beitrag zum Strafverteidigertag 2015 in Lübeck mit Bedauern hingewiesen hat – nicht praktikabel (bb).

aa) Zunächst zum Aspekt der *Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung*:

Wir dürfen nicht unterschätzen, dass die Unbefangenheit des spontan gesprochenen Wortes eines Zeugen in nicht unerheblichem Maße beeinträchtigt wird, wenn er zwar weiß, dass seine Aussage auf Tonträger aufgenommen wird, er aber nicht weiß, was mit diesem Tonträger geschieht und in wessen Hände der Tonträger ggf. gelangt, wem also seine Zeugenaussage originalgetreu zu Ohren kommt. Wenn – wie auf dem letzten Strafverteidigertag in Lübeck als Empfehlung beschlossen – Tonträger mit Zeugenaussagen allen Verfahrensbeteiligten zugänglich gemacht, ja zur Verfügung gestellt werden, werde ich einem Zeugen nicht zusichern können, dass die Tonaufzeichnung nicht auch in die Hände oder besser zu Ohren von Nicht-Verfahrensbeteiligten gelangen.

Ich sage dies aufgrund meiner Erfahrung mit Verfahrensakten und ihrer wundersamen Wanderfreude; so haben wir in meinem Senat u.a. aufgrund von TKÜ-Aufnahmen feststellen müssen, dass und auf welchem Wege sowie über

wen Strafakten offensichtlich in falsche Hände gelangten. Und dass Zeugen, denen ich nicht guten Gewissens diese Zusicherung der »Umgangshygiene« mit der Tonaufzeichnung ihrer Aussage machen kann, bei ihrer Aussage einer gesteigerten Irritation unterliegen mit all ihren Folgen und Auswirkungen auf die Vollständigkeit, Präzision und damit nicht zuletzt auf die Wahrhaftigkeit ihrer Aussage, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung. Jedenfalls kenne ich den beunruhigten Blick von Zeugen nach dem – mit einer Erläuterung über Sinn und Zweck der Maßnahme verbundenen – Hinweis auf die Tonaufzeichnung und auch die gelegentlich nochmalige rückversichernde Nachfrage, was mit der Tonaufzeichnung geschehe. Wir haben zur Beruhigung der Zeugen immer nochmals darauf verweisen bzw. versichern können, dass die Tonaufzeichnungen allein der senatsinternen Arbeit dienen soll und nicht weitergegeben bzw. alsdann gelöscht werden. Diese – beruhigende – Zusicherung könnte ich bei einer Umsetzung des Lübecker Beschlusses nicht mehr geben. Mehr will ich dazu nicht sagen, will aber durchaus auf meine wohl begründeten Bedenken gegen das in Lübeck beschlossene Modell hinweisen. Und dass diese Bedenken erst recht gegenüber einer audiovisuellen Aufzeichnung gelten, bedarf wohl keiner näheren Erläuterung.

bb) Zur *Praktikabilität*

Wir haben in meinem Senat die vollständige Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung seit Längerem praktiziert,¹¹ und zwar um etwaige Unklarheiten, die sich bei der Übertragung der Mitschriften in die Reinschrift ergaben, durch nachträgliches Anhören der entscheidenden Stellen etwa einer Zeugenaussage zu beseitigen. Tonaufzeichnungen sind dagegen nicht geeignet, auf Mitschriften zu verzichten und sich stattdessen auf die Verschriftung durch die Kanzlei bzw. das Schreibbüro zu verlassen.

Wir haben zu Beginn der von uns praktizierten Tonaufzeichnung parallel zur Übertragung der Mitschriften in die Reinschrift die Tonaufzeichnungen sozusagen testweise durch die Kanzlei verschriften lassen. Das Ergebnis war ernüchternd und auch mehr als das. Wir mussten feststellen, dass die Verschriftungen der Tonaufzeichnungen teils von den Mitschriften der Beisitzer abwichen, teils sogar an bedeutsamen Stellen. Und als wir die Tonaufzeichnungen zur Kontrolle abhörten, stellte sich heraus, dass die Mitschriften der Beisitzer zutreffend waren, sich aber bei der Verschriftung der Tonaufzeichnungen teils gravierende Fehler eingeschlichen hatten. So war etwa ein wichtiger Satz eines Zeugen dadurch in sein Gegenteil verkehrt worden, dass

¹¹ Vgl. hierzu *Rottländer*, NStZ 2014, 138.

– man glaubt es kaum – das Wort »nicht« überhört, jedenfalls nicht in die Verschriftung aufgenommen worden war. Teilweise waren ganze Satzteile aufgrund von Undeutlichkeiten in der Aufzeichnung bzw. aufgrund von akustischen Überlagerungen nicht übertragen worden bzw. konnten nicht übertragen werden, worauf die Kanzleikräfte allerdings hingewiesen hatten. Und dass von Kanzleikräften fremdländische Namen nicht verstanden werden können oder ihnen auch bei wechselnden Sprechern die Zuordnung des gesprochenen Wortes nicht möglich ist, wird nicht überraschen.

Dies hat uns damals mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass uns der Verzicht auf Mitschriften und stattdessen eine Dokumentation der Beweisaufnahme allein durch die Tonaufzeichnung und deren Verschriftung keinerlei Erleichterung oder gar eine präzisere und vollständigere Dokumentation der Zeugenaussagen ermöglicht. Zur Überprüfung der Richtigkeit der Verschriftung ist es nämlich unverzichtbar, dass ein Mitglied des Spruchkörpers die Tonaufzeichnung vollständig abhört und mit ihrer Verschriftung auf etwaige Fehler vergleicht. Was dies zeitlich bedeutet, muss ich wohl nicht näher ausführen. Dieses Modell der Tonaufzeichnung ist jedenfalls für eine praktikable Dokumentation der Hauptverhandlung völlig untauglich, will man nicht die Hauptverhandlung ein zweites Mal über die Tonspur verfolgen müssen, und dies auch bei sog. Umfangsverfahren.

Nun lässt sich auch nicht etwa einwenden, es bedürfe keiner Verschriftung, da die Tonaufzeichnung ja lediglich im Rahmen der Revision Verwendung finden solle. Wie soll das denn ohne Verschriftung funktionieren, und zwar ohne durch das Gericht überprüfte und autorisierte Verschriftung? Man wird dem Revisionsgericht doch wohl nicht zumuten wollen, zur Überprüfung der Beweiswürdigung die Tonaufzeichnung – wenn auch nur an den jeweils angegebenen Fundstellen – abzuhören. Wird etwa die falsche Würdigung einer Zeugenaussage gerügt unter Hinweis auf eine ganz bestimmte Stelle der Tonaufzeichnung, dann ist doch lange nicht damit belegt, dass der Zeuge diese Aussage nicht an anderer Stelle richtiggestellt hat, etwa auf Vorhalt eines Beisitzers oder des Staatsanwalts oder auch eines der Verteidiger. Bei einer solchen – der Sache und dem Ziel nach – »erweiterten« Verfahrensrüge – oder gar neuen Form der Sachrüge (?), also letztlich einer neu zu kreierenden, sich gegen die fehlerhafte Wiedergabe vornehmlich von Zeugenaussagen wendende Verfahrensrüge – müsste dann aber auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitstreue oder auch Wahrheitssicherung in der Revisionsinstanz nicht nur eine – ich will es mal so nennen – »erweiterte« Gegenerklärung der Staatsanwalt, sondern auch zumindest eine dienstliche Stellungnahme des erstinstanzlichen Gerichts eingeholt werden, um diesem

Gelegenheit zu geben, dar- bzw. klarzustellen, weshalb bei der Beweiswürdigung eine Zeugenaussage wie im Urteil niedergelegt gewürdigt worden ist und nicht eine solche, wie mit der Revisionsrüge vorgetragen. Man stelle sich nur mal diesen Zeit- und Arbeitsaufwand – mancherorts würde man sagen diesen Kuddelmuddel – vor. Ich will erst gar nicht die sich hier aufdrängenden Überlegungen zur Explosion der Verfahrensdauer anstellen – und dies nicht nur in Umfangsverfahren, aber dort ganz besonders.

Diesem Problem, also der Suche nach Fundstellen in Tonaufzeichnungen in der Revisionsinstanz nach Art eines DJ, ließe sich von vornherein etwa dadurch begegnen, dass in der Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Urteils die Zeugenaussagen vollständig und ohne Kürzung wiedergegeben würden. Dies hätte allerdings zur Folge, dass man sich von einer eigentlichen Beweiswürdigung und Urteilsabfassung im Sinne von § 267 StPO im hergebrachten Sinne verabschieden würde. Und die Auswirkungen auf Umfangsverfahren mit tagelangen Vernehmungen einzelner Zeugen wären gar nicht erst ausdenken.

Derart abgefasste, mehr narrative Urteile, und zwar solche aus dem südeuropäischen Raum, sind mir u.a. in meiner Zeit als Beisitzer in einem auch mit Auslieferungen befassten Senat begegnet. Dort waren derartige Gesamtdokumentationen von Zeugenaussagen und sonstigen Vorgängen von Beginn des Ermittlungsverfahrens an bis zur Urteilsverkündung aufgeschrieben und am Ende stand dann ohne jede weitere eingehende Würdigung der Satz: Nach alledem hat das – dort dann näher bezeichnete – Gericht eine Freiheitsstrafe in Höhe von – es folgte dann das Strafmaß – für angemessen gehalten. Will man denn etwa im Ergebnis die bislang gem. § 267 StPO abgefassten Urteile gegen solche Gesamtdokumentations-Urteile eintauschen? Mir scheint zweifelhaft, ob diese nicht allzu fernliegenden Folgen bei den bisherigen Betrachtungen und Forderungen überhaupt ansatzweise erkannt, geschweige denn bedacht worden sind.

Nicht alles, was der Verbesserung der Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels und im Idealfall zur Verwirklichung der Überschrift, ja vielleicht sogar des Leitspruchs der Mitgliederzeitschrift der Strafverteidigervereinigungen dienen soll, so sehr ich dies auch nachempfinden kann, ist zugleich auch sinnvoll und umsetzbar – vielleicht sogar kontraproduktiv. Und dass ein derartiger Eingriff in das Regelwerk der Beweiswürdigung, ihrer Darstellung im schriftlichen Urteil gem. § 267 StPO wie auch in das Revisionsrecht den Kernbereich der richterlichen Unabhängigkeit nicht unerheblich tangieren würde und damit wohl kaum verfassungsgemäß wäre, sei nur am Rande erwähnt.

Ich denke, das Thema Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung mit Blick auf die Möglichkeit entsprechender auf die Beweiswürdigung bezogener Revisionsrügen sowie einer Rekonstruktion der Beweisaufnahme in der Revision sollten wir zu den Akten nehmen mit dem Vermerk: Hat sich erledigt – nicht umsetzbar.

2. Lässt sich dem Gebot der Wahrheitsfindung in anderer Weise besser Rechnung tragen? Etwa durch eine bessere Ausbildung der Strafrichter?

Nun will ich damit aber nicht etwa sagen, dass im Strafprozess mit Blick auch auf die Beweiswürdigung – ich will es mal so umschreiben – eine Qualitätssteigerung nicht vorstellbar wäre, und zwar ohne eine revolutionäre Änderung des gesetzlichen Regelwerks betreffend die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Strafrichters sowie ihrer revisionsrechtlichen Überprüfung.

Und damit spreche ich etwas an, was mir seit Jahren am Herzen liegt und was auch bereits von *Malek* im Eröffnungsvortrag des 35. Strafverteidigertages 2011 in Berlin thematisiert wurde,¹² nämlich eine Verbesserung der Ausbildung der Strafrichter wie auch ihrer Fortbildung. Leider herrscht in der Justiz die Auffassung vor, Strafrecht könne jeder Richter und deshalb ist ein Wechsel vom Zivildezernat in eine Strafkammer von heute auf morgen ohne eine spezielle – über den in der Referendarzeit erworbenen Minimalkenntnisstand hinausgehende – Ausbildung unproblematisch.

Die dahinter bestehende Überlegung ist die, dass der junge Strafrichter an der Seite eines erfahrenen Vorsitzenden das erforderliche Rüstzeug schon erlernen werde, sei es, dass er mitverfolgen kann, wie eine Hauptverhandlung vorbereitet und durchgeführt wird, sei es, dass ihm vermittelt wird, wie die Vorbereitung eines Beisitzers auf die Hauptverhandlung auszusehen hat und vor allem, wie ein schriftliches Urteil abzusetzen ist. Diese Rechnung, also die Ausbildung des jungen Strafrichters durch – nehmen wir mal den Begriff aus der Sozialwissenschaft nämlich die – »teilnehmende Beobachtung« kann aufgehen, muss aber nicht. Hierzu ließe sich aus meiner Sicht, ja aus meiner Erfahrung einiges berichten. Dass ich insoweit nicht in die Einzelheiten gehe, werden Sie verstehen.

Und ist der Richter erstmal Strafrichter, ist er nicht verpflichtet, an Fortbildungsveranstaltungen teilzunehmen, er unterliegt also keiner Verpflichtung zur sog. Qualitätssicherung, wie wir sie ja von anderen Berufen her

¹² *Malek* StV 2011, 559.

kennen. Zu diesem Thema findet sich in der Justiz die Auffassung, dass die Erprobung in einem Revisionsenat zum einen ein hinreichender Qualitätsfilter bei der Beförderung zum Vorsitzenden und zum anderen auch zugleich praktizierte Fortbildung sei. Im Übrigen sei für den Strafrichter die regelmäßige Lektüre von Fachzeitschriften und insbesondere der ober- und höchstrichterlichen Entscheidungen fortwährend gelebte Fortbildung. Das ist sicherlich nicht falsch, aus meiner Sicht reicht dies aber bei Weitem nicht aus. Und schließlich wird gegen eine Verpflichtung zur regelmäßigen Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen – und damit gelangen wir wieder an unseren Ausgangspunkt – die richterliche Unabhängigkeit angeführt. Hierüber lässt sich allerdings trefflich streiten.

So sah etwa die frühere NRW-Justizministerin Roswitha *Müller-Piepenkötter* die richterliche Unabhängigkeit insoweit nicht als Problem an und stellte seinerzeit die Überlegung an, dass in NRW jeder Strafrichter, der sich auf ein Beförderungsamts bewirbt, zuvor an bestimmten Fortbildungsveranstaltungen der NRW-Justizakademie in Recklinghausen teilgenommen haben müsse. Dieses Vorhaben hat sich aber aus welchen Gründen auch immer nicht durchgesetzt. Allerdings lässt sich zunehmend beobachten, dass in manchen Bundesländern bzw. OLG-Bezirken Teilnehmer und Teilnehmerinnen von Fortbildungsveranstaltungen, und zwar nicht nur solchen der Deutschen Richterakademie, Teilnahmebescheinigungen erhalten, die zu ihren Personalakten genommen werden, und dies wohl nicht zum Nachteil der Kolleginnen und Kollegen. Insofern zumindest ein erfreulicher Anfang im Sinne einer Motivation zur Fortbildung.

Trotz aller Zögerlichkeiten oder noch bestehender Widerstände und verfassungsrechtlicher Bedenken halte ich regelmäßige Fortbildungen von Strafrichtern, ja auch eine Teilnahme-Verpflichtung für geboten. Allerdings muss ich einräumen, dass derzeit das Angebot für gezielte Fortbildungen mit den unterschiedlichen Thematiken der alltäglichen strafrichterliche Tätigkeit noch eines nicht geringen Ausbaus bedarf. Ich verspreche mir jedenfalls von einer Verpflichtung zur regelmäßigen Fortbildung – vielleicht sogar bei manchen Themenbereichen als gemeinsame Veranstaltungen mit Strafverteidigern auch zum Abbau von gegenseitigen Vorurteilen und Missverständnissen – eine Qualitätsverbesserung, und zwar eine Verbesserung auch der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung wie auch der Beweiswürdigung, also der Wahrheitsfindung.

Mehr an Beschränkung der richterlichen Freiheit als die Forderung nach einer Verbesserung der Aus- und Fortbildung von Strafrichtern mit einer entsprechenden Teilnahmeverpflichtung kann ich Ihnen nicht bieten.

Dass es gleichwohl weiterhin zu angreifbaren Urteilen, ja zu Fehlurteilen kommen wird, davor wird uns auch bei noch so gut ausgebildeten Strafrichtern keine Gesetzesänderung und bewahren können. Auch weiterhin werden Menschen mit all ihrer Fehlbarkeit als Strafrichter tätig sein. So werden auch künftig die Rechtsmittel ihre Bedeutung nicht verlieren, egal wie sehr die Strafprozessordnung umgekrempelt und ggf. sogar der richterlichen Freiheit im Bereich der freien Beweiswürdigung Fesseln angelegt werden sollten. Und – so frage ich mich, eine böse Frage, ich weiß, – sind fehlerfreie Urteile überhaupt erwünscht oder eher die Möglichkeit, fehlerhafte Urteile im Revisionsverfahren leichter und erfolgversprechender angreifen zu können? Dass all dies die Wünsche und Vorstellungen dieser Arbeitsgruppe nicht wird befriedigen können, dessen bin ich mir schon bewusst. Aber – und nur das bleibt im Ergebnis übrig – besser aus- und fortgebildete Strafrichter, das wäre doch schon was!

Mindeststandards von Strafverteidigung | ¹

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Mitreferenten,

zunächst möchte ich mich bei Ihnen, Herr Heydenreich, für die Einladung zum Strafverteidigertag bedanken. Bislang hat mir die Veranstaltung sehr gut gefallen. Der Vortrag in der Paulskirche, die schöne Universität und die exzellenten Referate sind für mich etwas Besonderes. Dies können sicher diejenigen gut nachvollziehen, die das triste Arbeiten in der Frankfurter Staatsanwaltschaft mit Interesse – aber auch dem nötigen Abstand – aus der eigenen eleganten Kanzlei heraus verfolgen.

Aber auch unabhängig vom Drumherum freue ich mich sehr, denn die Einladung zeigt: Die Strafverteidiger und ihre Vereinigungen sind kritikfähig, aufgeschlossen und reflektiert. Sonst wäre ich nicht eingeladen worden, denn als Staatsanwalt, der (auch) regelmäßig Rechtsanwälte wegen Parteiverrat verfolgt, bin ich beruflich eher Gegner als Gast der Strafverteidiger.

So hat meiner Einladung auch nicht entgegengestanden, dass ich dem hiesigen »Strafverteidigertageröffnungsredner«, dem von mir sehr geschätzten Herrn Rechtsanwalt *Scherzberg*, bereits in einer Verhandlung vor dem Landgericht, in der er als Zeugenbeistand fungierte, den Tatbestand des § 356 StGB zu Protokoll vorgelesen habe, um ihn auf Interessenkonflikte hinzuweisen. Ich bin also nicht als »Gefälligkeitsredner« eingeladen.

Diese Einschätzung finde ich durch den gut gewählten Titel des Strafverteidigertages »Bild und Selbstbild der Strafverteidigung« bestätigt. Er zeigt, dass sich die Strafverteidiger bewusst sind, dass Selbstbild und Fremdeinschätzung oftmals weit auseinanderklaffen, und es harter Arbeit und Auseinandersetzung mit der eigenen Rolle bedarf, um nicht in eine Scheinwelt

¹ Mit (wenigen) Nachweisen versehene Fassung eines Referates, welches der Autor am 05.03.2016 auf dem 40. Strafverteidigertag in Frankfurt am Main gehalten hat; der Vortragsstil wurde beibehalten. Grundlage der Ausführungen zum Parteiverrat gemäß § 356 StGB ist die Dissertation *Daniel Wegerich, Moderne Kriminalgesetzgebung: Produzent von Parteiverrat? Auswirkungen strafprozessualer Absprachen und Aufklärungshilfen auf den Parteiverrat in Strafsachen* (§ 356 StGB), Frankfurt am Main, 2015. Dort finden sich ausführliche Rechtsprechungs- und Literaturquellenangaben.

abzuleiten, in der man sich selbst für einen klugen und mutigen Garanten des Rechtsstaats und die anderen – vor allem Staatsanwälte, aber auch Richter – für faul, inkompetent und arrogant hält. Wie recht ich mit dieser Feststellung habe, werden Strafverteidiger sicherlich sofort nachvollziehen können, wenn ich das Bezugsobjekt ändere. Zu der Überschrift »Bild und Selbstbild der Staatsanwaltschaft« fallen Ihnen allen sicher viele eklatante Unterschiede ein.

Insoweit passt das Thema der Arbeitsgruppe 5 *Mindeststandards der Strafverteidigung* meiner Einschätzung nach am besten zum Titel des Strafverteidigertages, weil hier festgelegt werden soll, wie weit sich das Bild vom Selbstbild entfernen darf, und umso geehrter fühle ich mich, heute hier zu sein.

Des Weiteren weckt die Einladung auch die Hoffnung in mir, dass meine Position zur Rolle von Verteidigung und davon abgeleitet auch zur Strafnorm des Parteiverrats verstanden wird. Zumindest sind Sie bereit, mit mir zu diskutieren.

Und ich möchte gleich zu Beginn eines klarstellen: Mir geht es nicht um die Ausweitung von Strafbarkeiten und die Verfolgung von ehrenwerten Strafverteidigern, die für ihren Mandanten und dessen Interessenvertretung kämpfen. Mir geht es genau darum, dass Verteidiger dies tun und auch gefahrlos tun können. Ich will, dass Sie die Interessen des Mandanten vertreten und dabei nicht noch auf die Interessen irgendwelcher anderen Personen Rücksicht nehmen müssen. Weder auf die anderer Mandanten noch auf die von Staatsanwälten oder Richtern.

Zum Thema:

Wann sind Mindeststandards der Strafverteidigung unterschritten?

Mit anderen Worten: Wann ist eine Verteidigung untragbar schlecht?

Diese Frage ist ebenso kompliziert wie wichtig. Strafverteidigung braucht Mindeststandards, braucht ein Gütesiegel. Wir werden die Praxis der Strafverteidigung heute nicht ändern, aber wir sollten die Diskussion in die richtige Richtung lenken. In meinem Vortrag möchte ich die Ausgangslage kurz darstellen, anhand von praktischen Beispielen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht auf die Schwierigkeiten bei der Bewertung von Verteidigung eingehen und anschließend einen realistischen und durchsetzbaren Mindeststandard in Erinnerung rufen. Ich beginne mit einer Bestandsaufnahme.

1. Zur Qualität von Verteidigung

Die Erfahrung einer Verschlechterung von Verteidigung ist Grundlage unserer Arbeitsgruppe. Ob es tatsächlich so ist, kann ich nicht beurteilen – ich habe keine entsprechenden jahrzehntelangen Erfahrungen. Sicher ist aber, dass in der Praxis viele Beschuldigte nur mangelhaft vertreten werden. Die geltenden berufsrechtlichen Regelungen haben dies nicht verhindern können. Es geht also darum, effiziente Mindeststandards für das Strafverfahren zu formulieren. Symbolische Regeln ohne wirksame Durchsetzung helfen nicht weiter.

2. Zur Zukunftsprognose

Von allein wird es nicht besser werden. Die Anwaltschaft wächst ständig, sodass der Konkurrenzkampf zunimmt. Es besteht die Gefahr, dass vermehrt Anwälte bereit sind, sich aufgrund wirtschaftlicher Interessen über Berufspflichten hinwegzusetzen. Außerdem werden durch die aktuelle Kriminalgesetzgebung (z.B. Verständigungsgesetze und Kronzeugenregelung) objektive Programme des Strafrechts aufgelöst und durch persönliches Vertrauen in die Redlichkeit von Prozessbeteiligten ersetzt. Die Subjektivierung des Strafprozesses erfordert eine Objektivierung von Verteidigung auch mithilfe von Mindeststandards.

3. Zur Kontrolle

Bislang – so erscheint es mir – ist die Kontrolle weitgehend dem Mandanten übertragen. Dieser wird damit faktisch alleingelassen. Staatsanwälten und Richtern steht der Beschuldigte misstrauisch gegenüber. Versucht ein Staatsanwalt, den Angeklagten vor einer aussichtslosen Verteidigungsstrategie zu warnen, wird dieser die ehrlich gemeinte Hilfe nicht als solche erkennen. Er sieht Kritik an seinem Verteidiger möglicherweise als eine Bestätigung von dessen guter Arbeit. So fällt es dem Angeklagten sicher schwer zu glauben, dass der Staatsanwalt – den man ja durch die Verteidigungstaktik täuschen wollte – diese nicht nur durchschaut hat, sondern auch noch helfen will. Zwar greifen Gerichte in seltenen Fällen aus prozessualer Fürsorgeverpflichtung ein und entpflichten Verteidiger bzw. bestellen weitere Pflichtverteidiger. Dies können sie jedoch aufgrund der Freiheit der Advokatur, der Schwierigkeiten bei der Bewertung von Verteidigung und der immer drohenden Befangenheitsanträge nur sehr zurückhaltend. Daher sehe ich in der Ausweitung rein gerichtlicher Kontrolle keine Lösung.

4. Ergebnis

So geht es nicht weiter. Die Kontrolle der Verteidigung kann nicht allein vom Beschuldigten vorgenommen werden. Der Mandant kann in vielen Fällen nicht eigenverantwortlich über die Qualität seines Verteidigers entscheiden,

da er regelmäßig nicht die notwendige Sachkunde dafür besitzt. Wie soll der Mandant die Beweislage oder eine realistische Straferwartung einschätzen? Besonders schutzbedürftig erscheinen Angeklagte, die kein Deutsch und/oder nicht lesen und schreiben können.

Dies zu ändern, ist nicht leicht und wird ohne grundsätzliche Umorientierung nicht gelingen. Der erste Grund dafür, dass die *Garantie* und gleichzeitig die Fixierung *von Mindeststandards* so schwer fällt, wird recht schnell deutlich, wenn man die Gruppe genauer ansieht, für die die Regeln gelten sollen. So gibt es kaum Zugangsbeschränkungen. Jeder Rechtsanwalt darf als Strafverteidiger arbeiten. Egal, wie schlecht seine straf- und strafprozessrechtlichen Kenntnisse sind; egal, wie alt oder jung er ist. Die Qualitätskontrolle von Verteidigung lebt also mit dieser schweren Bürde und so steht fest: Mindeststandards können nicht besonders hoch liegen, wenn sie von dieser heterogenen Gruppe erfüllt werden sollen.

Neben dem Bezugsobjekt gibt es aber noch weitere Schwierigkeiten, Mindeststandards festzulegen und in der Praxis zu garantieren. Strafverteidigung ist eine Kunst und über Kunst kann man unterschiedlicher Auffassung sein. Es kommt auch auf die Perspektive an. Ich persönlich gehe in jedes Verfahren mit der Überlegung, wie ich verteidigen würde. Oft verteidigt mein Gegenüber anders und fast immer halte ich die Verteidigung für schlechter. Dabei möchte ich offen legen, dass ich meistens davon überzeugt bin, dass eine (teil-)geständige Verteidigung am sinnvollsten wäre. Hier dürfen Sie sicherlich anderer Meinung sein und die Diskrepanz meiner Sichtweise als Staatsanwalt zuschreiben.

Gleichwohl: Es gibt unterschiedliche Blickwinkel auf Verteidigung und je nachdem kann eine Verteidigung mit jeweils überzeugenden Argumenten für gut oder schlecht gehalten werden. Ich möchte einige Beispiele nennen, um weitere Probleme bei einer Beurteilung der Verteidigungstätigkeit von außen aufzuzeigen. Dass alle Beispiele aus dem November und Dezember 2015 stammen, zeigt, dass man potentielle Schlechtverteidigung nicht suchen muss, sondern jeden Tag mit ihr konfrontiert wird.

Zunächst ein vermeintlicher Standardfall für Schlechtverteidigung, wenn man der These von *Barton*² folgt:

»Ohne Akteneinsicht ist wirksame Verteidigung schlechterdings ausgeschlossen.«

² *Barton*, zit. n. Materialheft zum 40. Strafverteidigertag in Frankfurt am Main, S. 123

Ein Rechtsanwalt erklärt in einem Ermittlungsverfahren wegen uneidlicher Falschaussage für seinen Mandanten die Zustimmung zu einer Einstellung gemäß § 153a StPO gegen Zahlung von 4.500 Euro – ohne die Akte zu kennen. Dies wurde zunächst telefonisch abgesprochen, wobei er recht schnell offenlegte, eigentlich nicht im Strafrecht tätig zu sein und mehrfach nach Formulierungsmöglichkeiten für eine entsprechende Einlassung fragte. Der Rechtsanwalt erklärte, die Beschuldigtenvertretung falle ihm schwer, ohne die Akte zu kennen, aber der Mandant habe es sehr eilig mit der Einstellung und eine – unproblematisch mögliche – Akteneinsicht würde ihm zu lange dauern.

War das schon eine *Schlechtverteidigung*? Unterstellt, der Sachverhalt war einfach nachzuvollziehen und der Mandant hätte diesen seinem Verteidiger gegenüber überzeugend eingeräumt? Formell haben wir sicherlich ein Vorgehen ohne Beachtung der anwaltlichen Kunstregeln – Einlassung und Zustimmung ohne Aktenkenntnis –, andererseits haben wir einen entsprechenden Willen des Mandanten und eine Einstellung.

Durch dieses Beispiel wird das zweite und dritte Problem bei einer Beurteilung deutlich. Warum so und nicht anders verteidigt wurde, darf nicht automatisch dem Verteidiger zugerechnet werden. Denn der Beobachter kann nicht mit der notwendigen Sicherheit wissen, was Hintergrund des Verteidigungsverhaltens ist. So könnte gerade die kritisierte Verteidigungshandlung einem ausdrücklichen Wunsch des Angeklagten entsprechen.

Damit eng verflochten ist die Frage der Relevanz des Mandantenwillens. Ist der Wille des Mandanten als Rechtfertigungsgrund für »Schlechtverteidigung« zu berücksichtigen? Gibt es hier Einschränkungen?

Und jetzt ein Fall aus einer Schwurgerichtshauptverhandlung, an der ich als Sitzungsvertreter teilgenommen habe:

Ein Angeklagter wurde wegen eines im Straßenverkehr eskalierten Streits wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung angeklagt. Er hatte drei Vorstrafen, u.a. zweimal wegen gefährlicher Körperverletzungen nach Streitigkeiten im Straßenverkehr. Die Taten lagen schon sehr lange zurück. Ich plädierte, da der Angeklagte vom versuchten Mord zurückgetreten war, auf eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 2 Monaten wegen gefährlicher Körperverletzung. Zwei Tage später sollte die Urteilsverkündung erfolgen. Doch in dieser Zeit fiel dem Gericht auf, dass die Tilgungsfrist des Bundeszentralregistergesetzes abgelaufen war und die Vorstrafen einem Beweisverwertungsverbot unterlagen. Verteidiger und Angeklagter wurden darüber informiert und statt der Urteilsverkündung erfolgte

ein entsprechender Hinweis. Ich plädierte erneut – ohne Berücksichtigung der Vorstrafen – und beantragte eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten. Der Verteidiger nahm Bezug auf sein schon gehaltenes Plädoyer. Das Schwurgericht verurteilte antragsgemäß zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten und anschließend erklärten Verteidigung und Staatsanwaltschaft Rechtsmittelverzicht.

Ist dies ein Beispiel für Schlechtverteidigung?

Sicher hätte dem Verteidiger das Verwertungsverbot auffallen und er der Einführung der Vorstrafenurteile widersprechen müssen. Es bestand die realistische Gefahr, dass der Angeklagte auch zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 2 Monaten hätte verurteilt werden können. Ein schlechtes Ergebnis.

Aber das Ganze hätte ja auch eine geheime Verteidigungsstrategie mit dem Ziel sein können, die Vorstrafen ungerügt einführen zu lassen, um das Urteil im Anschluss mit der Revision angreifen zu können. Dies erscheint mir, bei einem nicht disponiblen Verwertungsverbot, ein erfolgsversprechendes Vorgehen. Insbesondere hätten die Vorstrafen bei der Beweiswürdigung – wegen des ähnlichen Sachverhalts –, zumindest jedoch bei der Strafzumessung rechtsfehlerhaft im Urteil verwertet werden können. Positiv könnte sich für den Angeklagten dann auswirken, dass es regelmäßig sehr lange dauert, bis die Akten beim Bundesgerichtshof und nach einer Aufhebungsentscheidung wieder zurück sind. Dazu kommt noch die Zeit, bis ein neuer Hauptverhandlungstermin bestimmt wird. Insoweit wäre möglicherweise auch eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren ausgesetzt zur Bewährung – aufgrund der fehlenden Vorstrafen und des erheblichen Zeitablaufs – realistisch gewesen. Natürlich ein für den Angeklagten exzellentes Ergebnis.

Der Fall zeigt: Offensichtliche Fehler können Teil einer ausgeklügelten Taktik sein und es gibt sicherlich viele Taktiken, die so gut sind, dass die Justiz nie erfährt, wie sie ausgetrickst wurde.

Zwischenergebnis: Auch in offensichtlich erscheinenden Fällen ist Zurückhaltung bei der Bewertung und Sanktionierung von Verteidigertätigkeit geboten. Dies auch deshalb, weil oftmals nicht offengelegt werden kann, warum wie verteidigt wurde.

Dazu kommen Beweisschwierigkeiten. Eine Aufklärung erscheint in vielen Fällen problematisch, da die Zeugen, also die ehemaligen Mandanten, sich in dem – dem Mandat zugrundeliegenden – Sachverhalt strafbar gemacht haben können und daher wohl unter Berufung auf § 55 StPO nicht an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken werden. Der Rechtsanwalt kann und

wird sich auf seine Schweigeverpflichtung bzw. auf ein Auskunftsverweigerungsrecht berufen. Die sachlichen Beweismittel unterliegen regelmäßig Beschlagnahmeverboten. Ermittlungsbehörden kommen hier nicht weiter. Ohne Mitwirkung von anderen (neuen) Verteidigern können die Beweise für Schlechtverteidigung nicht ermittelt werden.

Nun wird es mit meinem dritten Beispiel einer Verteidigung in einem Unterbringungsverfahren gemäß § 63 StGB noch komplizierter. Ich stelle den Sachverhalt – etwas gekürzt – entsprechend einem Bericht aus der Frankfurter Rundschau³ vor:

Zumindest an diesem Tag war H. nicht nur für sich, sondern auch für andere eine massive Gefahr. H. ist mit seinem Bruder unterwegs, er sitzt am Steuer, sein Bruder auf dem Beifahrersitz. Plötzlich reißt H. das Lenkrad nach links und fährt offenbar mit Suizidabsicht in den Gegenverkehr. Er rammt das Auto einer entgegenkommenden Frau, die bei dem Unfall verletzt wird, ebenso wie sein Bruder. H. kommt mit leichten Blessuren davon. Ein Mercedes-Fahrer hält an, um zu helfen, er lässt den Schlüssel im Zündschloss stecken. H. steigt in den Wagen und fährt los. Sein nächstes Ziel ist die Aral-Tankstelle auf der Autobahn 66 bei Höchst. H. rast mit dem frisch geklauten Mercedes auf das Tankstellen-Areal, fährt eine Zapfsäule um und schiebt zwei dort stehende Autos frontal in die Glasfassade des Verkaufsrums. Nun begibt sich H. zu einer noch intakten Benzinsäule – er will sich mit Sprit übergießen und anzünden. Die Geistesgegenwärtigkeit der Kassiererin verhindert dies – sie drückt den Notknopf, der sofort die Benzinausgabe stoppt. H. kann oder will offenbar nicht aufhören. Jetzt läuft er zu Fuß auf die Autobahn, will sich dort überfahren lassen. Etliche Autofahrer können mit knapper Not ausweichen, dann wird er von einem Auto angefahren. Aber H. rappelt sich wieder auf, um sich abermals überfahren zu lassen. Was von einem beherzten Zeugen verhindert wurde.

In diesem Unterbringungsverfahren wurde von den Verteidigern vehement gefordert, den Unterbringungsbeehl aufzuheben. Ich bin fest davon überzeugt, dass der Beschuldigte den Tag seiner Entlassung nicht überlebt hätte. Wäre dieses Ergebnis eine gute Verteidigung? Ersichtlich nicht, der Verteidiger muss auch objektive Interessen berücksichtigen. Er kann sich nicht hinter einem wie auch immer zustande gekommenen Mandantenwillen verstecken.

3 <http://www.fr-online.de/frankfurt/prozess-in-frankfurt-mann-rast-in-tankstelle,1472798,32046616.html>.

Ergebnis: Berücksichtigt man die angedeuteten Schwierigkeiten, erscheint allein eine Überprüfung objektivierbarer Merkmale von Verteidigung praxistauglich. Der Strafverteidiger muss die Interessen seines Mandanten einseitig und objektiv nachvollziehbar vertreten. Etwas antiquiert ausgedrückt:

»Ein Anwalt, welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.«

Dieser unabdingbare Mindeststandard wird effektiv durch die Strafnorm des Parteiverrats gemäß § 356 StGB garantiert. Ich denke, dass der § 356 StGB – neben rein sozialer Kontrolle – möglicherweise der einzige Mindeststandard ist, der verlangt und auch einigermaßen überprüfbar ist. Der große Vorteil eines durch eine Strafnorm garantierten Mindeststandards gegenüber berufsrechtlichen Regeln ist, dass mit der Strafjustiz eine entsprechend geschulte Institution für die Verfolgung und Sanktionierung zuständig ist. § 356 StGB schützt zwar nicht vor allen Formen von Schlechtverteidigung, aber vor einigen für den Mandanten besonders gefährlichen Interessenkonflikten seines Verteidigers. Die Anwaltschaft sollte diesen Paragraphen nicht bekämpfen, sondern seinen Nutzen und sein stabilisierendes Potential erkennen. Denn § 356 StGB schützt das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsanwaltschaft sowie die Interessen der Mandanten. Damit ist die Norm prädestiniert dafür, Mindeststandards zu garantieren. Weiter berücksichtigt die Norm die bei der Einhaltung von Mindeststandards auch regelmäßig auftretenden Beweisschwierigkeiten. Eine Garantie von Mindeststandards ist nur durch ein abstraktes Gefährdungsdelikt möglich.

Das bislang vernachlässigte Schutzpotential des § 356 StGB möchte ich am Beispiel einer (informellen) Verständigung zu Lasten des Beschuldigten darlegen. Verständigungen können grundsätzlich im Interesse des Mandanten liegen, gleichzeitig ist mit dem regelmäßig erfolgenden Geständnis auch der Staatsanwaltschaft und dem Gericht – einer anderen Partei – gedient. Es besteht das Risiko, dass sich ein möglicher Interessengleichlauf von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung zum Nachteil des Angeklagten auswirkt. So erscheint es möglich, dass der Verteidiger das Interesse an einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit Gericht und Staatsanwaltschaft über die Interessen eines möglicherweise nicht sehr zahlungsfähigen Mandanten stellt. Dies gilt besonders für die Fälle der Pflichtverteidigung. So kann es der Verteidiger im Hinblick auf zukünftige Pflichtverteidigerbestellungen für eine ungeschriebene Voraussetzung halten, dass er sich in den Augen des Gerichts ordnungsgemäß benimmt und sich bei einer Verständigung

als angenehmer Verhandlungspartner zeigt. Der Rechtsbeistand gerät in einen Konflikt von eigenen ökonomischen Interessen und den Interessen seines Mandanten. Eine aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴ veranschaulicht die Situation. Thema der Veröffentlichung ist die Frage der Wirksamkeit einer Rechtsmittelverzichtserklärung auf Druck des Verteidigers nach einer informellen Absprache. Der Bundesgerichtshof teilt den zu entscheidenden Sachverhalt im Wesentlichen dahingehend mit:

Nach der Urteilsverkündung wurde der Angeklagte vom Vorsitzenden belehrt. Nach dreiminütiger Unterbrechung erklärten der Angeklagte, sein Verteidiger und der Vertreter der Staatsanwaltschaft: »Rechtsmittelverzicht«. Eine neue Verteidigerin legte Revision ein. Sie trug vor, der Rechtsmittelverzicht sei unwirksam. Denn dem Urteil sei eine Verständigung vorausgegangen, weshalb qualifiziert hätte belehrt werden müssen. Dieser Vortrag basierte auf den Angaben des Angeklagten sowie – jeweils mittels einer »eidesstattlichen Versicherung« untermauert – seiner Eltern, seiner Schwester, seines Schwagers und zweier Bekannter der Familie. Danach habe der frühere Verteidiger erklärt, der Angeklagte müsse ein Geständnis im Sinne der Anklage abgeben. Ob das Geständnis stimme oder nicht, sei egal. Nach einem Gespräch der Verfahrensbeteiligten – ohne den Angeklagten – habe der Verteidiger dem Angeklagten erklärt, es habe ein guter »Deal« über ein Strafmaß von zehn Jahren getroffen werden können. Den Eltern und der Schwester habe der Verteidiger bei einem Gespräch in seinen Kanzleiräumen erklärt, es sei sehr schwierig gewesen, bei zwei Mordmerkmalen zehn Jahre auszuhandeln, weil der Staatsanwalt zwölf bis dreizehn Jahre gewollt habe. Das Gespräch, das er mit dem Gericht und dem Staatsanwalt geführt habe, sei zwar nicht schriftlich dokumentiert, der »Deal« gelte aber. Der Angeklagte habe unter dem Druck, nicht eine noch höhere Strafe zu »kassieren«, ein falsches Geständnis abgelegt. Während der kurzen Unterbrechung nach der Urteilsverkündung und der Rechtsmittelbelehrung habe der Verteidiger auf den Angeklagten eingeredet: »Du musst das Urteil jetzt annehmen, das ist so vereinbart, und auf Rechtsmittel verzichten. Tust du das nicht, kriegst Du zwölf Jahre, weil der Staatsanwalt dann auch keine Erklärung abgibt.«

Dieser Sachverhalt liefert, unabhängig von der problematischen Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, zumindest objektiv den Anfangsverdacht eines Parteiverrats gegen den Verteidiger. So dürfte zumindest die Ankündigung, ohne

⁴ BGH, StV 2013, 199 f.

Rechtsmittelverzicht bekomme der Mandant zwölf Jahre, allein im Interesse der Justiz erfolgt sein. Denn eine solche Ankündigung impliziert, die Staatsanwaltschaft würde Rechtsmittel einlegen, das Urteil würde vom Bundesgerichtshof aufgehoben und die neue Hauptverhandlung würde eine Verurteilung zu zwölf Jahren ergeben. Solche hellseherischen Fähigkeiten erscheinen unwahrscheinlich. Der Anschein ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich der Verteidiger verpflichtet sah, sein der Staatsanwaltschaft und dem Gericht innerhalb einer informellen Absprache gegebenes Wort auf Kosten seines Mandanten einzulösen.

Damit hätte er Mindeststandards verletzt. Tatsächlich ist es erforderlich, den Mandanten darüber aufzuklären, dass nach einer Verständigung, einem Geständnis und einem Urteil, das genau dem Abgesprochenen entspricht, trotzdem noch Rechtsmittel eingelegt werden können und, durch *reformatio in peius* geschützt, versucht werden kann, die Strafe weiter zu senken. Der Verteidiger müsste bei informellen Verständigungen – gerade aus diesem Grund heraus – auf ein (dann regelmäßig erfolgreiches) Rechtsmittel drängen. Er müsste das Interesse des Mandanten höher als die eigene Verlässlichkeit gegenüber der Justiz gewichten, also die eigene Glaubwürdigkeit zugunsten des Mandanten aufs Spiel setzen.

Und genau diesen uneingeschränkten Einsatz für den Mandanten garantiert die strafrechtliche Norm des Parteiverrats für den Rechtsbeistand bei objektiver Auslegung und ist damit rechtsstaatliches »Gütesiegel«.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Mindeststandards der Strafverteidigung

I. Schlechtverteidigung |¹

Jedem können Fehler unterlaufen – selbst Professoren ostwestfälischer Elite-Universitäten.^{|2} Dies gilt auch für Verteidiger. Dass mangelhafte Dienstleistungen vorkommen, stellt deshalb unter Praktikern kein Geheimnis dar.^{|3} Nicht nur Anfänger und ewige Scharlatane, auch routinierte und engagierte Anwälte sind nicht vor Fehlleistungen gefeit. Die Gründe dafür sind vielfältig; sie können in mangelnder Kompetenz oder fehlender Spezialisierung liegen^{|4} – aber auch durch Lustlosigkeit, schlechte Tagesform, Zeitnot oder wirtschaftliche Engpässe bedingt sein.^{|5} Dementsprechend ist das Spektrum möglicher Fehler sehr weit.^{|6} Regelmäßig geht es dabei um Pflichtverteidigungen, dabei aber um ganz unterschiedliche Konstellationen. Auf der einen Seite stehen Anwälte, die sich das Wohlwollen der Richter durch schlechte Dienstleistungen meinen erkaufen zu können (»Beordnungsprostitution«^{|7}), auf der anderen Seite solche Verteidiger, die sich selbst als derartig kampfstark und unersetzlich einschätzen, dass sie sich gleich an mehreren Orten zu identischen Sitzungstagen als Pflichtverteidiger beordnen lassen – mit der Folge, dass sie in keinem Verfahren dauerhaft präsent sind.^{|8}

1 Gegenüber dem mündlichen Vortrag auf dem 40. Strafverteidigertag leicht geänderte und um Fußnoten erweiterte Fassung.

2 Das beweist eine unzutreffende Fundstellenangabe im Materialheft zum 40. Strafverteidigertag, herausgegeben vom Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, 2015. Die Quellenangabe in der Fn. 21 auf S. 121 [BGHSt 39, 337 (343 f.)] muss richtig heißen: BGHSt 13, 337 (343 f.). Derselbe Fehler findet sich im Ursprungstext (Barton, StraFo 2015, 315 (317)).

3 *Neuhaus*, StV 2002, 43; dem folgend *Augustin*, Das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, 2013, S. 21.

4 *Johnigk*, StV 2006, 347 (353).

5 *Neuhaus*, StV 2002, 43; *Augustin* (Fn. 3), S. 22.

6 Häufig dürften diese darin liegen, in der Hauptverhandlung gebotene Zwischenrechtsbehelfe zu versäumen. Diese und weitere Verteidigerfehler schildert *Burhoff*, StV 1997, 432. Vgl. auch die zahlreichen konkreten Beispiele für Verteidigerfehler bei *Johnigk*, StV 2006, 347 (350 ff.).

7 Dazu *Jahn*, Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2014, S. 46 mit Literaturnachweis.

8 Vgl. dazu OLG Stuttgart, StV 2016, 473; die Entscheidung wurde in der Arbeitsgruppe 5 auf dem 40. Strafverteidigertag kontrovers diskutiert.

Es wird – wenn auch hinter vorgehaltener Hand – von Praktikern über einzelne Fälle wirklich erschreckender Pflichtversäumnisse berichtet, bspw. von Verteidigern, die ihre in U-Haft sitzenden Mandanten bis zur Hauptverhandlung nicht aufgesucht und kein klärendes Vorgespräch geführt haben, ferner von Anwälten, die die Akten nie gelesen und auch keine Verteidigungskonzeption entwickelt haben. Des Weiteren gibt es Verteidiger, denen offenbar einfachste strafrechtliche Grundkenntnisse fehlen.⁹ Hier – und spätestens damit sind wir beim Thema – stellt sich die Frage nach einem etwaigen Verstoß gegen Mindeststandards der Strafverteidigung. Was ist darunter zu verstehen? Und was folgt gegebenenfalls daraus?

Aber bevor wir uns näher mit Mindeststandards der Strafverteidigung beschäftigen werden, sind zwei weitere Vorbemerkungen erforderlich. Erstens: Ganz überwiegend berichten Anwälte über derartige Fälle nur hinter vorgehaltener Hand. In der Öffentlichkeit meiden sie jedoch das Thema »Schlechtverteidigung«.¹⁰ Sie machen stattdessen auf die Gefahren aufmerksam, die sich für die Effektivität der Verteidigung ergeben, ließe man eine Kontrolle der Mindestqualität durch Dritte zu. Häufig wird dann nicht mehr über unzureichende Strafverteidigerdienstleistungen gesprochen, sondern schließen sich die anwaltlichen Reihen und es wird nunmehr vehement Kritik an Richtern geübt, speziell an deren Auswahl von Pflichtverteidigern (»Immer werden nur dieselben bequemen Pflichties bestellt – nie ich!«) und an etwaigen Eingriffen in die Verteidigung von außen (»Hier wird wieder ein konfliktbereiter Verteidiger rechtsmissbräuchlich gemaßregelt!«).¹¹

Zweitens: Das Thema ist also hoch sensibel und sperrig. Dementsprechend werde ich zunächst eher allgemein über Fragen der Qualität der Verteidigung sprechen und erst später die spezielle Thematik von Mindeststandards der Strafverteidigung aufgreifen. Dabei werden zivilrechtliche Mindeststandards eher knapp behandelt werden (in Abschnitt II.3.c), die Problematik prozessualer Mindeststandards (»tatgerichtliche Effektivitätskontrolle«) wegen ihrer besonderen Brisanz dagegen ausführlicher (in Abschnitt III.).

9 Dazu ein Fall, der mir am Rande des Strafverteidigertages geschildert wurde: Ein Anwalt beantragt im Plädoyer in einem Verfahren wegen Verstoßes gegen das BtMG »drei Jahre auf Bewährung«. Der Beschuldigte wird zur ortsüblichen Strafe von über sechs Jahren verurteilt. Die Revision gegen das Urteil, in der von einem anderen Anwalt Schlechtverteidigung gerügt wurde, wird als offensichtlich unbegründet verworfen.

10 »Eine Diskussion über Qualitätsstandards der Strafverteidigung hat bisher nur rudimentär stattgefunden«, so *Johnik*, StV 2006, 347 (352). Positive Ausnahmen finden sich – außer in den vorangegangenen Autorenhinweisen – noch in den Literaturangaben in Fn. 13-16. Hinzuweisen ist ferner auf *Bohlander*, StV 1999, 562; *Kilian*, Berufsrechtliche Verantwortlichkeit von Strafverteidigern, in: Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, 2008, S. 113.

11 So verlief auch die Diskussion in der Arbeitsgruppe 5 auf dem 40. Strafverteidigertag.

II. Qualität der Verteidigung

1. Perspektiven

a) Verteidigungsaußenverhältnis und »obere« Grenzen

Strafverteidigung wird fast immer auf die Perspektive des Verteidigungsaußenverhältnisses reduziert. Beschuldigter und Verteidiger werden dabei als fest gefügte Einheit, als monolithischer Block bzw. als in einem Boot sitzend angesehen. Aktivitäten des Verteidigers werden als gemeinsame gegenüber den staatlichen Strafverfolgungsorganen wahrgenommen; eine Betrachtung der Interaktionen zwischen Verteidiger und Mandant bleibt außen vor.

Das Erkenntnisinteresse der professionellen Verteidiger zielt dabei vielfach auf die Optimierung der Verteidigung; es geht um die Kunst der Strafverteidigung; und es geht um die Zulässigkeit von Strafverteidigungsaktivitäten: Was darf der Verteidiger, ohne in Berührung mit straf- oder berufsrechtlichen Beschränkungen zu geraten? Was gestattet die StPO bzw. sollte sie richtigerweise gestatten? Was zeichnet eine besonders kunstvolle bzw. optimale Strafverteidigung aus? Zuweilen wird in diesem Zusammenhang nach Mindestbedingungen einer effektiven Strafverteidigung gefragt – was sich nach unserem Thema anhört;¹² aber auch dann geht es darum, welche Rechte die Verteidigung im Außenverhältnis hat bzw. haben sollte.

Diese »klassische« Perspektive interessiert, wie weit der Verteidiger gehen darf bzw. wie er von seinen Handlungsmöglichkeiten optimal Gebrauch machen kann oder welche Rechte im Außenverhältnis mindestens erforderlich sind. Es geht, mit anderen Worten, dann um die »oberen« Grenzen der Strafverteidigung bzw. deren Lichtseite; »Lichtseite« insoweit, als bei dieser Perspektive die Bedeutung der Strafverteidigung betont und ins rechtsstaatliche Licht gerückt wird. Als »Sonnenseite« muss sich das aus Sicht der Verteidigung allerdings nicht unbedingt darstellen, speziell dann nicht, wenn die Verteidigungsbedingungen im Außenverhältnis als unzureichend kritisiert werden. Dass es unterhalb dieser Standards weitere rechtliche Regelungen geben kann, wird bei dieser Sichtweise normalerweise nicht erörtert. Die Diskurse, in denen um die oberen Grenzen der Strafverteidigung gerungen wird, spielen sich dementsprechend auf den normativen Ebenen des StGB (insbesondere § 258 StGB), des Strafprozessrechts (StPO und EMRK, GG) und daneben auch im Rahmen des Berufsrechts (BRAO, BORA) ab.

¹² Ganz aktuell dazu *Schünemann*, Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren, StV 2016, 178 ff.

b) Verteidigungsinnenverhältnis und »untere« Grenzen

Die »Lichtseite« der Strafverteidigung ist wichtig für die Praxis der Strafverteidigung. Sie dominiert zu Recht die Diskussion. Aber sie ist nicht die einzige Perspektive. Zuweilen muss man auch nach der Mindestqualität von Strafverteidigung, also nach deren unteren Grenzen bzw. nach Mindeststandards fragen. Diese Perspektive stellt nicht darauf ab, was die Verteidigung in ihrem Verhältnis gegenüber den Justizorganen darf, sondern was sie gegenüber dem Beschuldigten im Innenverhältnis leisten muss. Auch bei dieser Konstellation kommt es häufig zum Kampf ums Recht, aber ganz anders als dies bei den oberen Grenzen der Fall ist. Statt um Konfrontationslinien zwischen der Verteidigung im Außenverhältnis gegenüber den Justizorganen geht es um etwaige Konflikte und Interessengegensätze innerhalb des Verteidigungsinnenverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandanten. Zwischen beiden ist zu trennen; sie können sich gar als Gegner gegenüberstehen. Gefragt wird dementsprechend auch nicht nach den Voraussetzungen für eine besonders gelungene Strafverteidigung, sondern es geht um Verteidigung als mangelhafte Dienstleistung, also um etwaige Fehler und Versäumnisse und wie man diese möglichst verhindern kann: Was muss ein Verteidiger mindestens machen; wie effektiv muss eine Verteidigung wenigstens sein? Gefragt wird ferner nicht nach den Rechtsfolgen von »zu engagierter« Verteidigung, sondern nach etwaigen Konsequenzen ungenügender oder unterbliebener Strafverteidigung. Kurz: Es geht um die Schattenseite bzw. – um ein vom Herrn Bundespräsidenten in gewandelter Form gebildetes Kompositum aufzugreifen – um »Dunkel-Verteidigung«.

Nimmt man die unteren Grenzen in den Blick, verschieben sich die rechtlichen Bewertungsmaßstäbe. Aus dem Kampf zwischen dem angreifenden Staat und dem sich verteidigenden Bürger wird dann eine Auseinandersetzung innerhalb Privater (Mandant als Kläger gegenüber dem Verteidiger als Beklagten) bzw. erwachsen staatlichen Organen »Fürsorgepflichten«¹³ gegenüber dem schutzbedürftigen Bürger. Es geht bei derartigen Fürsorgepflichten nicht um Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern um Teilhaberechte. Konkret geht es um die Frage: Müssen Tatgerichte dafür Sorge tragen, dass die Verteidigung sich als in einem Mindestmaß effektiv darstellt? Dementsprechend treten bei der rechtlichen Auseinandersetzung um die unteren Grenzen der Verteidigung auch andere Rechtsnormen in

¹³ Man kann mit guten Gründen darüber streiten, ob es eine gerichtliche Fürsorgepflicht gegenüber dem verteidigten Beschuldigten geben kann, da das Institut der Strafverteidigung sinnvoller Ausdruck des Fürsorgegedankens ist; vgl. dazu *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, 1994, S. 157 ff.

den Vordergrund, nämlich das zivilrechtliche Haftungsrecht (§§ 611, 675, 280 BGB),¹⁴ ferner die speziellen strafprozessualen Normen, die die notwendige Verteidigung regeln (§§ 140 ff. StPO, insbesondere § 145 StPO)¹⁵ sowie der in der EMRK geregelte Anspruch auf wirksame Strafverteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK)¹⁶ und – jedenfalls theoretisch – das anwaltliche Berufsrecht.

2. Qualitätsgewährleistung

Bleiben wir noch etwas bei den allgemeinen Fragen nach der Qualität der Strafverteidigung, bevor wir uns dann mit unserem speziellen Thema der Mindeststandards auseinandersetzen. Man kann zwei Formen der Qualitätsgewährleistung unterscheiden: die Qualitätssicherung und die Qualitätskontrolle.

Qualitätssicherung erfolgt im Vorfeld konkreter Verfahren und Tätigkeiten; sie versucht Qualitätsmängel durch infrastrukturelle Maßnahmen oder durch Prävention zu verhindern. Bei infrastrukturellen Maßnahmen der Qualitätssicherung ist bspw. an die Juristenausbildung oder die Fachanwaltsausbildung zu denken. Ob hier derzeit die bestmögliche Qualitätssicherung erfolgt, ist eine andere Frage; jedenfalls sind das geeignete Orte zur Sicherung der Qualität der Strafverteidigung. Eine andere Form infrastruktureller Qualitätssicherung liegt in der Alimentation der Pflichtverteidigung: Je höher die Honorierung, desto eher können Pflichtverteidiger auch arbeitsintensive Leistungen erbringen. Ferner stellt die Beschränkung der genehmigungsfrei als Strafverteidiger wählbaren Personen auf bestimmte Berufsgruppen (nämlich Rechtsanwälte und Rechtslehrer an deutschen Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt, § 138 Abs. 1 StPO) eine wichtige infrastrukturelle Qualitätsgewährleistungsmaßnahme dar. Dadurch ist gewährleistet, dass jeder Vollverteidiger über Rechtskompetenz verfügt; zudem konnte sich die Strafverteidigung infolge von Spezialisierung zu einer Semiprofession entwickeln.

14 Vgl. dazu die Dissertation von *Dietrich*, Die Haftung des Strafverteidigers, 2011; *Müller-Gerteis*, Die zivilrechtliche Haftungssituation des Strafverteidigers, 2005; *Schlecht*, Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, 2006; *Tronicsek*, Der Verteidiger zwischen eigener Strafbarkeit und Schlechtverteidigung, 2011. Hinzuweisen ist ferner auf *Knierim*, Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, in: FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, S. 115 ff.; *Köllner*, ZAP Fach 23, 303 ff.; *ders.*, Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. 2015, S. 1; *Krause*, NSz 2000, 225 ff.; *Schäfer*, Zur Frage der zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers, in: Mandant und Verteidiger – Symposium für Egon Müller, 2000, S. 63 ff.; *Zwiehoff*, StV 1999, 555 ff.

15 Vgl. dazu die Dissertation von *Dethlefsen*, Die Abberufung eines Pflichtverteidigers, 1997 und *Theiß*, Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung de lege lata und de lege ferenda, 2004.

16 Vgl. die Dissertationen von *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007 und *Augustin*, Das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, 2013; vgl. ferner *Demko*, HRRS 2006, 250; *Gaede*, HRRS 2007, 402 (407 ff.).

Was die Prävention etwaiger Qualitätsmängel betrifft, so kann ihr im Bereich der Auswahl des Verteidigers durch den Vorsitzenden ein gewisses Gewicht zukommen. Jedenfalls dann, wenn ein Beschuldigter keinen konkreten Verteidiger wünscht und die Auswahl dem Vorsitzenden überlässt, wäre es gewiss nicht verfehlt, wenn jener einen Rechtsanwalt bestellt, der erfahrungsgemäß besonders effektiv verteidigt. |¹⁷

Wer an dieser Stelle einwendet, Richter wüssten nicht, was qualitätsvolle Verteidigung inhaltlich bedeutet und der Gedanke der Qualitätssicherung würde nur die Möglichkeiten erweitern, unter dem Deckmantel der Fürsorge für den Beschuldigten engagierte Verteidiger zu verhindern, mag Recht haben oder auch nicht. Jedenfalls wird bei einer derartigen Argumentation das Feld der unteren Grenzen verlassen und in die Denkweise der oberen Grenzen übergewechselt. |¹⁸

Und damit sind wir bei der Qualitätskontrolle. Sie reagiert auf Pflichtverstöße in konkreten Verfahren. Man kann dabei zwischen Eigen- und Fremdkontrolle unterscheiden.

Eigenkontrolle kann durch den Verteidiger selbst, durch den Beschuldigten oder durch Anwaltskollegen erfolgen. Verteidiger können unzureichende Verteidigungsbedingungen durch strafprozessuale Anträge (z.B. durch den Antrag, die Hauptverhandlung wegen ungenügender Vorbereitung auszusetzen, §§ 145 Abs. 3, 265 Abs. 3 StPO), Rügen (bspw. die Ladungsfrist sei nicht eingehalten worden, § 218 StPO) und Rechtsbehelfe (z.B. Revisionsrüge fehlender Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung, § 338 Nr. 5 StPO) kontrollieren. Der Mandant kann ebenfalls prozessuale Anträge (z.B. gemäß § 265 Abs. 3 StPO) oder Rügen zur Qualitätskontrolle vorbringen; er kann aber auch als Kläger im Zivilprozess gegen den früheren Verteidiger auftreten und versuchen, ihn haftungsrechtlich in Regress zu nehmen. Letztlich kann die Anwaltschaft im Rahmen des Berufsrechts gravierende Qualitätsmängel einer Strafverteidigung mit anwaltsgerichtlichen Maßnahmen ahnden (§§ 43, 43a, 113 BRAO).

Fremdkontrolle erfolgt dagegen durch außenstehende Dritte. Dabei ist zunächst an Strafverfahren gegen frühere Verteidiger zu denken, denen Parteiverrat oder Bruch der Verschwiegenheitspflicht vorgeworfen wird. |¹⁹ Fremdkontrolle kann aber auch dadurch erfolgen, dass Tatrichter die Effektivität

17 Davon zu trennen ist die Problematik, ob eine Auswahl des Verteidigers gegen den Wunsch des Beschuldigten unter dem Gesichtspunkt der Qualitätsgewährleistung zulässig sein kann; vgl. dazu unten Abschnitt III.2.d).

18 Vgl. die vorangegangene Fußnote. Zur anders gearteten Problematik der Nichtbestellung des vom Beschuldigten gewünschten Verteidigers später mehr.

19 Vgl. dazu den Vortrag von *Daniel Wegerich*, der ebenfalls auf dem 40. Strafverteidigertag gehalten wurde.

der Verteidigung im konkreten Strafverfahren kontrollieren. Das ist gewiss höchst problematisch, weil dadurch der Strafverteidiger, dessen Aufgabe es ist, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zu kontrollieren, vom Kontrollleur zum Kontrollierten wird. Eine derartige Kontrolle ist aber, wie sich zeigen wird, in gewissen Grenzen nicht nur zulässig, sondern vielmehr in bestimmten Fällen sogar geboten!

3. Standards

Bisher ging es viel um obere und untere Grenzen der Verteidigung, aber nur wenig um Mindeststandards. Der Begriff Mindeststandards weist schon darauf hin, dass es verschiedene Standards gibt und dass damit der unterste bezeichnet wird.

a) Kunst der Strafverteidigung und Regelstandards

Konkret kann man idealtypisch zwischen drei verschiedenen Qualitätsstandards unterscheiden: Erstens gibt es die denkbar beste Qualität, die höchstmögliche Effektivität; man könnte hier auch von der Kunst der Strafverteidigung sprechen. Wenn man über die oberen Grenzen der Verteidigung spricht, geht es regelmäßig um diese Standards.

Daneben gibt es Regelstandards. Das sind die Qualitätsmaßstäbe, die einzuhalten jeder Verteidiger verpflichtet ist, sofern nicht abweichende Vereinbarungen getroffen wurden. Derartige Haftungsbeschränkungen sind zulässig (§ 52 BRAO), aber in der Praxis eher selten. Regelstandards kommen im Rahmen der zivilrechtlichen Berufshaftung zum Tragen, wobei die Anforderungen, die die Haftungsrechtsprechung an den Rechtsanwaltsverteidiger stellt, ausgesprochen hoch ausfallen – und wohl nur von einem »juristischen Supermann«²⁰ eingehalten werden können.²¹

b) Mindeststandards

Schließlich gibt es Mindeststandards. Damit ist erst einmal rein heuristisch gemeint: Darunter geht nichts mehr. *Johnigk* spricht in diesem Zusammenhang von »Verteidigung vierter Klasse« und fürchtet: »Darunter geht es

20 So *Rinsche* zitiert von *Fahrendorf* in: *Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille*, Die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl. 2010, Rn. 426.

21 Im anwaltlichen Berufsrecht werden neben Regelstandards auch an das Strafrecht angelehnte Mindeststandards formuliert; vgl. nur § 43a Abs. 2 bis 5 BRAO.

22 *Johnigk*, StV 2006, 347 (350 f.). Er nennt hier u.a. die folgenden Beispiele: Ein Anwalt beantragt die Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist; ein anderer droht dem Staatsanwalt eine Anschlussrevision an.

leider doch noch«. |²² Für Verstöße gegen Mindeststandards kommen drei verschiedene rechtliche |²³ Regelungssysteme, die unabhängig voneinander greifen können, in Betracht. Bei allen geht es – und das ist wichtig – um die Wahrung der »untersten« Grenzen der Strafverteidigung.

Da ist zunächst das Strafrecht; Verteidiger dürfen bspw. nicht Strafreiterei (§ 258 StGB) begehen oder Zeugen zu falschen Aussagen anstiften. Sie dürfen aber auch nicht – bezogen auf die unteren Grenzen und hinsichtlich des Mandanten – gegen die Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) verstoßen oder sich eines Parteiverrats (§ 356 StGB) schuldig machen. Sanktionierungen ungenügender Verteidigung im Wege des anwaltlichen Berufsrechts wären, da es sich dabei um eine Form der Eigenkontrolle handelt, viel weniger problematisch – allerdings gibt es sie in der Praxis so gut wie gar nicht. Sie läuft gegenüber der strafrechtlichen Fremdkontrolle praktisch leer.

Daneben gibt es die schon angesprochene tatgerichtliche Effektivitätskontrolle der Verteidigung. Als Fremdkontrolle ist sie höchst problematisch und wird deshalb nachfolgend noch vertieft behandelt. Die strafrechtlichen Mindeststandards klammere ich dagegen aus, sie werden im Vortrag von Daniel *Wegerich* vertieft behandelt. Ausgeklammert bleibt ferner der Rechtsvergleich mit anderen Ländern; dieser erfolgt nachfolgend durch Thomas *Weigend*. Nicht thematisiert werden schließlich Defizite, die primär der Person des Verteidigers geschuldet sind (wie bspw. fehlende Prozessfähigkeit oder evidente Interessengegensätze zum Mandanten). Im Zentrum der Betrachtung sollen Verstöße gegen Mindeststandards bei der Führung der Verteidigung liegen.

c) Speziell: haftungsrechtliche Mindeststandards

Man kann auch von zivilrechtlichen Mindeststandards sprechen, jedenfalls hatte ich das vor über 20 Jahren vorgeschlagen. |²⁴ Der Sache nach ging es darum, zunächst einmal besonders gravierende Verletzungen von Leistungs- und Sorgfaltspflichten bei der Strafverteidigung zu beschreiben. Als haftungsrechtliche Mindeststandards wurden dabei solche Pflichten bezeichnet, die derartig essentiell für jede Strafverteidigung sind, dass sie durch vertragliche Vereinbarungen |²⁵ nicht wirksam abbedungen werden können – auch wenn Verteidiger und Mandant dies im Einzelfall gemeinsam wünschten.

²³ Ich beschränke mich auf rechtliche Mindeststandards. Dass es darüber hinaus auch außerrechtliche bzw. vorrechtliche Regelungssysteme mit daraus folgenden Mindeststandards für Strafverteidiger (bspw. »Mindeststandards guter Manieren« oder »ethische Mindeststandards«) geben kann, wird im Schlussteil angesprochen.

²⁴ *Barton*, Mindeststandards (Fn. 13), S. 284 ff.

²⁵ Wobei Haftungsbeschränkungen generell nur bei Wahlverteidigungen möglich sind, da kein Vertragsverhältnis zwischen dem bestellten Verteidiger und dem Beschuldigten vorliegt; vgl. *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. 2013, § 6 Rn. 6.

Gemeint sind damit solche anwaltlichen Grundaufgaben, die ausnahmslos einzuhalten sind, weil nur so eine in Mindestmaßen kompetente Strafverteidigung und damit die Möglichkeit von Verteidigungseffizienz gewährleistet sind. Wenn auf eine dieser Pflichten verzichtet würde, wäre ein Verteidigungserfolg allenfalls ein Zufallsprodukt. Der Sache nach sind das basale Pflichten im Zusammenhang mit der erforderlichen Informationsgewinnung und Informationsverarbeitung. Jede Verteidigung verlangt eine Bestandsaufnahme und erfordert damit zwingend Akteneinsicht und Kommunikation mit dem Mandanten. Bei jeder Verteidigung müssen ferner mit dem Mandanten Grundentscheidungen darüber getroffen werden, welches Ziel die Verteidigung mit welchen Mitteln anstrebt, was zwingend eine Klärung erforderlich macht, ob der Angeklagten schweigen wird oder sich zur Sache einlässt. Schließlich muss die Verteidigungskonzeption auch umgesetzt werden, was gewisse Tätigkeiten im Verteidigungsaußenverhältnis erfordert (Umsetzung in Form von Prozesshandlungen).²⁶ Wenn ein Verteidiger eine dieser Pflichten schuldhaft verletzt, läge ein Mindeststandardverstoß vor.

Zugleich sollte die Herausarbeitung konkreter Mindeststandards zwei weitere Zwecke erfüllen, nämlich zum einen Anlass für eine Beweislastumkehr in Haftungsprozessen gegen den Anwalt bilden, zum anderen die Brücke zur tatrichterlichen Effektivitätskontrolle insofern schlagen, als erwartet wurde, dass die haftungsrechtlichen und die menschenrechtlichen Mindeststandards inhaltlich auf dasselbe hinauslaufen. Aber diese Erwartungen haben sich nicht erfüllt: Die Haftungsrechtsprechung des BGH sieht – anders als im Arzthaftungsprozess – keine Beweislastumkehr vor, auch nicht bei besonders gravierenden Sorgfaltsmängeln.²⁷ Im Anwaltsprozess entfalten Mindeststandards, da die Sorgfaltspflichten an die anwaltliche Dienstleistung extrem hoch angesiedelt werden, zudem kaum praktische Relevanz. Und auch die tatgerichtliche Effektivitätskontrolle hat sich – wie sich sogleich zeigen wird – völlig unabhängig von der Zivilrechtsprechung entwickelt. Sie baut allein auf strafprozessualen Kategorien auf. Die Haftungsrechtsprechung und die tatgerichtliche Effektivitätskontrolle haben nicht zueinander gefunden.

²⁶ Vertiefend *Barton*, Mindeststandards (Fn. 13), S. 349 ff. (hinsichtlich der Vorbereitung der Hauptverhandlung).

²⁷ BGHZ 126, 217. Die entgegengesetzte Auffassung des OLG Nürnberg StV 1997, 481 hat sich nicht durchgesetzt. S. dazu auch vertiefend *Barton*, MüAHB, 2. Aufl. 2014, § 41 Rn. 76 sowie *ders.*, StraFo 2015, 315 (321).

Halten wir fest: Jedenfalls am grünen Tisch lassen sich konkrete Mindeststandards der Strafverteidigung benennen. Auch wenn diese nicht unmittelbar haftungsrechtliche Wirkung entfalten, ist es doch möglich, auf diese Weise grundlegende Verteidigerpflichten zu beschreiben, die bei jeder Verteidigung zwingend zu beachten sind.

III. Tatgerichtliche Effektivitätskontrolle

Bei der tatgerichtlichen Effektivitätskontrolle geht es um die Pflicht von Justizorganen, korrigierend einzugreifen, falls sich eine Verteidigung im konkreten Strafverfahren als nicht in einem Mindestmaß wirksam erweist bzw. ein Verteidiger in concreto nicht hinreichend mitwirkt. Eine solche Pflicht wird grundsätzlich sowohl vom BGH als auch vom EGMR bejaht.²⁸ Auslöser für ein Eingreifen im Rahmen der Effektivitätskontrolle sind hierbei Verstöße gegen Mindeststandards der Strafverteidigung («untere Grenzen» der Strafverteidigung) – auch wenn der Begriff »Mindeststandards« in der Rechtsprechung nur vereinzelt auftaucht.²⁹ Dennoch sind nicht die Verteidiger die eigentlichen Adressaten der Effektivitätskontrolle, sondern die Tatgerichte. Sofern Letztere es versäumen, aufgetretene Verteidigungsdefizite zu beheben, kann nur noch durch die Revisionsgerichte aus revisionsrechtlicher Sicht in den damit einhergehenden engen Grenzen der Verfahrensrüge eine Effektivitätskontrolle erfolgen. Letztlich kontrollieren die Revisionsgerichte damit nicht die Verteidigung und ihre Effektivität als solche, sondern das rechtsstaatliche Verfahren, in dem effektive Verteidigung gewährt werden muss.

1. Gewährleistung einer in Mindestmaßen effektiven Verteidigung³⁰

Der EGMR verlangt, dass das Recht auf Strafverteidigung nicht nur formal gewährt wird, sondern dass die Strafverteidigung auch tatsächlich erfolgen bzw. sich als wirksam darstellen muss. Dementsprechend verpflichtet der EGMR die Vertragsstaaten, Sorge dafür zu tragen, dass das Recht des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers

28 EGMR und BGH greifen de facto nur bei bestellten Verteidigern ein. Die Frage, ob der Beschuldigte mittellos ist, spielt dabei keine Rolle; vgl. *Demko*, HRRS 2006, 250 (251), *Gaede* (Fn. 16), S. 915 ff. und SK-StPO/*Wohlers*, 4. Aufl. 2011, § 137 Rn. 39 halten darüber hinaus bei allen Formen von Wahlverteidigung die Einhaltung von Mindeststandards für geboten.

29 Vgl. aber bspw. BGH StraFo 2009, 107.

30 Die nachfolgenden Betrachtungen unter III. weisen, was sich nicht vermeiden lässt, hohe Übereinstimmungen mit dem im Materialheft abgedruckten Beitrag »Verteidigerfehler und deren Korrektur«, StraFo 2015, 315 (316 ff.) auf.

seiner Wahl zu erhalten (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK), tatsächlich garantiert wird. Der Gerichtshof wählt dabei einen Prüfungsmaßstab, der sich daran ausrichtet, ob der Grundsatz des fairen Verfahrens gewahrt wurde.³¹ Dafür reicht es nicht aus, wenn die Verteidigungsgrundrechte nur auf dem Papier stehen:

»Weil es Ziel der Konvention ist, nicht nur theoretische oder scheinbare, sondern vielmehr tatsächliche und wirksame Rechte zu schützen, gewährleistet die Bestellung eines Rechtsbeistands nicht für sich allein die Wirksamkeit des Beistands, die er einem Angeklagten geben kann.«³²

Der Staat genügt seiner Pflicht zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens nicht schon dadurch, dass in Fällen notwendiger Verteidigung ein Pflichtverteidiger bestellt wird, sondern er muss auch dafür sorgen, dass die Pflichtverteidigung tatsächlich wirksam ist. Auch wenn »die Führung der Verteidigung im Wesentlichen dem Angeklagten und seinem Rechtsanwalt obliegt«,³³ sind die staatlichen Behörden dann zum Eingreifen verpflichtet, »wenn das Versagen des Pflichtverteidigers offenkundig ist oder wenn die Behörden in anderer Weise ausreichend davon unterrichtet werden«. ³⁴

Der BGH leitet konkrete Pflichten zum staatlichen Eingreifen primär aus dem Gedanken der notwendigen Verteidigung ab:

»Gemäß § 140 StPO genügt es nicht, dass der Verteidiger bestellt wird. Die Vorschrift verlangt seine ‚Mitwirkung‘. Die besondere Aufgabe des Verteidigers im Strafprozess ist es, dem Schutze des Beschuldigten zu dienen [...]. Dieser Aufgabe kann er aber nur gerecht werden, wenn er den Sachverhalt ausreichend kennt, wenn er genügend darüber unterrichtet ist, wie sich der Angeklagte zur Anklage verhält, und wenn er ein klares Bild von den Möglichkeiten gewonnen hat, die für eine sachgemäße Verteidigung bestehen [...]. Nur ein Verteidiger, der den Stoff ausreichend beherrscht, kann die Verteidigung mit der Sicherheit führen, die das Gesetz verlangt [...].«³⁵

Die Pflicht des Tatrichters, zu kontrollieren, ob der Verteidiger auch tatsächlich mitwirkt, stößt in der Rechtsprechung des BGH aber auf ein starkes Gegenprinzip, das der BGH nicht selten dominieren lässt, wenn in Revisionsbegründungen

31 *Demko*, HRRS 2006, 250.

32 EGMR NJW 2003, 1229 (1230).

33 EGMR a.a.O.

34 EGMR a.a.O.

35 BGHSt 13, 337 (343 f.).

Verteidigungsfehler gerügt werden. Der BGH betont nämlich, dass »das Gericht [...] regelmäßig nicht verpflichtet« sei, »die Tätigkeit eines Verteidigers daraufhin zu überwachen, ob er seine Verteidigertätigkeit ordnungsgemäß erfüllt«. |³⁶ Mit starken Worten wird von den Strafsenaten häufig auch ins Feld geführt, derartige Revisionsrügen gingen »schon im Ansatz ins Leere«. |³⁷ Deshalb könne »eine Revision nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass der anwesende Verteidiger die Verteidigung nicht ordnungsgemäß geführt hat«. |³⁸ Allein in »einem etwaigen Extremfall« |³⁹ könne es Gründe geben, »aus denen ausnahmsweise im Hinblick auf eine Fürsorgepflicht des Gerichts für den Angeklagten etwas anderes gelten könnte«. |⁴⁰ Nur dann kommt es also zu einer Pflicht des Gerichts, effektive Verteidigung zu gewährleisten. Das sei dann der Fall, so der Obersatz des BGH, wenn »grobe Pflichtverletzungen des Verteidigers, namentlich die Nichteinhaltung unverzichtbarer Mindeststandards« |⁴¹ vorliegen. Das Gericht dürfe und habe also nur dann einzugreifen, »wenn klar erkennbar ist, dass er nicht fähig ist, den Angeklagten sachgerecht zu verteidigen«. |⁴² Eine andere Fallgruppe sei dann gegeben, »wenn der Verteidiger in der Hauptverhandlung zwar anwesend ist, aber untätig bleibt, obwohl seine Tätigkeit geboten wäre«, |⁴³ »oder wenn sich die dem Prozessverhalten des [...] Verteidigers zu entnehmende Einschätzung der Sach- und Rechtslage als evident interessenwidrig darstellt und eine effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet gewesen wäre«. |⁴⁴

36 BGH, Beschl. v. 27.07.2006, Az. 1 StR 147/06, Rn. 24 (juris); vgl. ferner BGH, Urt. v. 05.04.2001, Az. 5 StR 495/00, Rn. 7 (juris); BGH, Urt. v. 11.07.1995, Az. 1 StR 189/95, Rn. 4 (juris).

37 BGH, Beschl. v. 27.07.2006, Az. 1 StR 147/06, Rn. 22 (juris); kritisch dazu *Gaede*, HRRS 2007, 402 (403, 413); *ders.*, Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR, in: HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, 2008, S. 21 (45) sieht hier eine »heilige Kuh des deutschen Strafverfahrens«, die dazu führe, dass Verteidigerfehler dem Mandanten »geradezu gottgewollt« zugerechnet werden.

38 BGHSt 39, 310 (314); dem zustimmend Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 338 Rn 41. Ähnlich BGH, Beschl. v. 26.02.1998, Az. 4 StR 7/98, JurionRS 1998, 18135: »Dass die Verteidigung ineffektiv gewesen sei, kann auch in diesem Zusammenhang nicht gerügt werden.«

39 BGH, Urt. v. 05.04.2001, Az. 5 StR 495/00, Rn. 7 (juris).

40 BGH, Beschl. v. 27.07.2006, Az. 1 StR 147/06, Rn. 32 (juris).

41 BGH StraFo 2009, 107.

42 BGH, Beschl. v. 15.08.2007, Az. 1 StR 341/07, Rn. 15 (juris); ähnlich BGH, Beschl. v. 27.07.2006, Az. 1 StR 147/06 Rn. 32 (juris).

43 BGHSt 39, 310 (314); BGH NStZ 1992, 503 (504).

44 BGH NJW 2013, 2981 (2982) unter Berufung auf BGH NStZ 2013, 122.

2. Fallgruppen und Korrekturmaßstäbe

Verstöße gegen das Gebot einer in Mindestmaßen effektiven Strafverteidigung sind, weil sie nur angenommen werden können, wenn dadurch zugleich bzw. sogar in erster Linie eine staatliche Kontrollpflicht verletzt wurde und zudem der Gedanke der freien Advokatur beachtet wird, eng begrenzt. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR und BGH lassen sich drei Fallgruppen herausarbeiten, in denen eine tatgerichtliche Pflicht zur Kontrolle von Mindeststandards angenommen wurde, in denen also eine Rüge notleidender Verteidigung vor dem BGH oder EGMR im Einzelfall Erfolg versprechen kann. Das sind erstens Fälle fehlender Vorbereitung des Verteidigers im Zusammenhang mit Verteidigerwechseln während laufender Verfahren, zweitens Fälle der Nichtführung der Verteidigung und drittens evidente Interessenkonflikte zwischen Anwalt und Mandant. Da es bei der letztgenannten Fallgruppe nicht um eine ungenügende Verteidigungsdienstleistung geht, also nicht um Defizite bei der Führung der Verteidigung, sondern um Mängel, die primär der Person des Verteidigers geschuldet sind, klammere ich diese nachfolgend aus.

a) Fallgruppe »fehlende Vorbereitung«

Auch wenn der BGH allgemein formuliert, dass nur ein Verteidiger, der den Stoff ausreichend beherrscht, die Verteidigung mit der Sicherheit führen könne, die das Gesetz verlangt, erfolgt die faktische Überprüfung dieser Anforderung allein dann, wenn während laufender Verfahren ein Verteidigerwechsel stattfand und ein neuer Verteidiger bestellt wurde. Es gibt mehrere Fälle, in denen der BGH die Verletzung einer richterlichen Kontrollpflicht bejahte (Verstoß gegen § 145 Abs. 1 StPO), obwohl in der Hauptverhandlung der neue Verteidiger von seinem Recht, eine Aussetzung der Hauptverhandlung gemäß § 145 Abs. 3 StPO zu beantragen, keinen Gebrauch machte.⁴⁵ Letzteres steht also einem Rechtsverstoß nicht entgegen;⁴⁶ es geht um tatrichterliche Fremdkontrolle und nicht um Eigenkontrolle durch den Verteidiger. Auch der EGMR hat bei ungenügender Vorbereitungszeit eingegriffen und namentlich darauf abgestellt, dass keine Vorbesprechung zwischen Verteidiger und Mandant stattfand oder ersterer keine Aktenkenntnis hatte.⁴⁷

45 In BGH NJW 1965, 2164 f. und BGH StV 1998, 414 stellten nur die Beschuldigten Anträge; in BGH VRS Bd. 26, 46 ff. erfolgte überhaupt kein Antrag; in BGH NJW 2013, 2981 stellte zwar nicht der eingesprungene Verteidiger, wohl aber der ehemalige Verteidiger, der später wieder tätig wurde, immerhin den Antrag, die während seiner Abwesenheit erfolgte Beweisaufnahme zu wiederholen.

46 BGH NJW 2013, 2981 (2982).

47 EGMR ÖJZ 1999, 198 (199), Fall *Daud*: Vorbereitungszeit drei Tage, und EGMR EuGRZ 1985, 234 (236), Fall *Goddi*: auf der Stelle zum Pflichtverteidiger bestellt.

b) Fallgruppe »Nichtführen der Verteidigung«

Auch hier stellt der BGH auf eine Verletzung von § 145 Abs. 1 StPO ab. Das Tatgericht ist dementsprechend verpflichtet, in Fällen notwendiger Verteidigung zu prüfen, ob der Anwalt »in der Hauptverhandlung ausbleibt, sich unzeitig entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen« (§ 145 Abs. 1 S. 1 StPO). Sofern ein solcher Fall gegeben ist, ist dem Angeklagten entweder sogleich ein anderer Verteidiger zu bestellen oder die Hauptverhandlung auszusetzen (§ 145 Abs. 1 StPO). Während sich die Fälle des Ausbleibens oder des unzeitigen Entfernens relativ unproblematisch subsumieren lassen (fehlt der notwendige Verteidiger, ist § 145 Abs. 1 StPO mit der revisionsrechtlichen Folge eines Verstoßes gegen § 338 Nr. 5 StPO verletzt – dazu gleich mehr), wirft die Problematik der Weigerung, die Verteidigung zu führen, praktische Probleme auf. Die Anwendung von § 338 Nr. 5 StPO wird in ständiger Rechtsprechung dann abgelehnt, wenn der Verteidiger in der Hauptverhandlung körperlich präsent war.⁴⁸ Geprüft wird auf eine entsprechende Revisionsrüge, ob der Verteidiger sich ggf. faktisch weigerte, die Verteidigung zu führen. In Einzelfällen sind hier Revisionen erfolgreich gewesen, obwohl in der Hauptverhandlung die Rüge ungenügender Verteidigung nicht erhoben wurde.⁴⁹

c) Keine weitere Effektivitätskontrolle

Hier endet allerdings nach der Rechtsprechung des BGH die Pflicht der Tatgerichte zur Kontrolle der Effektivität der Verteidigung. Außerhalb der genannten Fallgruppen wird Verteidigungsqualität nicht gewährleistet. Denn die Revisionsgerichte können – dem Umstand des revisionsrechtlichen Prüfungsprogramms geschuldet – Mindeststandards in der Strafverteidigung nur im Rahmen einer verletzten (Verfahrens-)Norm prüfen. Auf revisionsrechtliche Feinheiten will ich hierbei nicht näher eingehen. Jenseits dieser bezeichneten Fallgruppen versagt der BGH den in der Praxis gar nicht so seltenen Revisionsrügen, die Verteidigung sei inhaltlich unzureichend geführt worden, regelmäßig den Erfolg. Dadurch wird zwar einerseits gewährleistet, dass die konkrete Verteidigungsführung inhaltlich nicht zur Disposition der

48 BGHSt 39, 310 (313 f.): »Die Revision kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 338 Nr. 5 StPO durchdringen. Dieser absolute Revisionsgrund liegt nicht vor. Der Angeklagte war zu keiner Zeit der Hauptverhandlung ohne Verteidiger. Der Revision ist zuzugeben, dass die bloße körperliche Anwesenheit des Verteidigers nicht genügt; das ist namentlich dann nicht der Fall, wenn begründete Zweifel an dessen allgemeiner Prozessfähigkeit bestehen [...]. Hingegen kann eine Revision nicht mit Erfolg darauf gestützt werden, dass der anwesende Verteidiger die Verteidigung nicht ordnungsgemäß geführt hat«. Vgl. ferner: BGH, Beschl. v. 27.07.2006, Az. 1 StR 147/06, Rn. 22 (juris); BGH StV 2000, 402 (403); zustimmend Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 38), § 338 Rn. 41.

49 BGH NStZ 1992, 503 (504); BGHSt 39, 310 (317).

Gerichte steht, aber andererseits können so wirklich massive Verteidigungsdefizite folgenlos bleiben. Mindeststandards der Strafverteidigung, verstanden als rechtlich nicht abdingbare Fundamentalvoraussetzungen (oben Abschnitt II.3.c), werden nicht garantiert. Selbst wenn im Revisionsverfahren bewiesen ist, dass der Verteidiger kein ausreichendes Vorgespräch mit dem Beschuldigten geführt hat, dass kein irgendwie geartetes Verteidigungskonzept entwickelt wurde und – abgesehen vom Plädoyer – keine nennenswerten Verteidigungsaktivitäten erfolgten, würde der BGH nicht eingreifen.

Der EGMR verlangt dagegen, dass die Verteidigung im konkreten Fall tatsächlich und wirksam erfolgt. Erfasst werden dadurch nicht nur Konstellationen wie im Fall *Artico*,⁵⁰ in denen ein Verteidiger zwar bestellt wurde, aber faktisch untätig blieb, sondern darüber hinaus wird vom EGMR auch geprüft, ob die inhaltliche Tätigkeit des Verteidigers derart mangelhaft war, dass von einer praktischen und effektiven Verteidigung nicht mehr gesprochen werden kann und das Gericht deshalb zum Eingreifen verpflichtet war. Dies hat der EGMR im Fall *Czekalla* bejaht; hier war der von der Verteidigerin verfasste Schriftsatz an das oberste Gericht schon formal so unzureichend – es fehlten die erforderlichen Anträge –, dass dem Angeklagten der Zugang zum Rechtsmittelgericht genommen wurde.⁵¹ Wenn auch in kasuistischer Form und schon im Ansatz sicherlich nicht zur flächendeckenden Qualitätskontrolle bestimmt, erscheinen die Grundzüge der EGMR-Rechtsprechung geeignet, der Problematik von Mindeststandards der Strafverteidigung (im Sinne von Fundamentalvoraussetzungen) gerecht zu werden.

d) Auswahl des zu bestellenden Verteidigers

Neben der tatgerichtlichen Fremdkontrolle ist die Problematik der Pflichtverteidigerauswahl durch den Vorsitzenden (§ 142 Abs. 1 StPO) als besonders brisant anzusehen. Jedenfalls dann, wenn der Beschuldigte durch einen bestimmten Anwalt verteidigt werden möchte und der Vorsitzende dem nicht nachkommt, handelt es sich um einen Akt der prozessualen Fremdkontrolle. Fraglich ist, inwieweit hier der Gedanke der Mindeststandards Relevanz entfaltet.

Nach der Rechtsprechung ist dem Wunsch des Beschuldigten nach Bestellung eines bestimmten Verteidigers möglichst zu entsprechen; der Vorsitzende sei aber berechtigt, von dessen Wunsch abzuweichen, wenn es nach

50 EGMR EuGRZ 1980, 662 ff. Der Verteidiger erklärte, er werde nicht verteidigen, so dass der Beschuldigte vor dem italienischen Kassationsgericht faktisch ohne Verteidiger blieb.

51 EGMR NJW 2003, 1229 (1230 f.).

seinem pflichtgemäßen Ermessen hierfür wichtige Gründe gebe; sie entsprechen den für eine Rücknahme der Bestellung maßgeblichen Gründen.⁵² Ohne das an dieser Stelle angemessen vertiefen zu können, ist zwar der Rechtsprechung nicht darin zu folgen, dass es sich bei § 142 Abs. 1 StPO um eine Ermessensvorschrift handelt,⁵³ wohl aber in dem Gedanken, dass die für eine Rücknahme maßgeblichen Gründe auch bestimmend dafür sein können, vom Wunsch des Beschuldigten abzuweichen. Die §§ 145 Abs. 1 und 142 Abs. 1 StPO sind eng miteinander verbunden und in gleicher Richtung zu interpretieren. Sie unterscheiden sich zwar in ihrem Einsatzbereich, nicht aber in den sachlichen Voraussetzungen der Kontrollausübung. Es geht primär um die Gewährleistung der Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung und der Verteidigungsführung. Wenn also eine auf konkrete Gesichtspunkte gestützte Prognose dafür spricht, dass der Verteidiger die Verteidigung nicht führen wird,⁵⁴ darf vom Wunsch des Beschuldigten abgewichen werden, ebenfalls dann, wenn ein Interessenkonflikt zwischen Beschuldigtem und Verteidiger real existiert.⁵⁵ Auch wenn eine sichere Prognose dahingehend getroffen wird,⁵⁶ dass der vom Beschuldigten ins Auge gefasste Verteidiger sich nicht auf die Verteidigung vorbereiten werde, kann dies einen wichtigen Grund i.S.v. § 142 Abs. 1 S. 2 StPO darstellen. Die drei oben genannten Fallgruppen entfalten also auch im Zusammenhang mit der Auswahl des Pflichtverteidigers Relevanz.

IV. Fazit und Stellungnahme

Es gibt, wie sich gezeigt hat, jedenfalls theoretisch Mindeststandards der Strafverteidigung. Hierunter sind die haftungsrechtlich nicht abdingbaren Verteidigerpflichten gemeint, also solche anwaltlichen Grundaufgaben, die

52 KK/*Laufhütte*, 7. Aufl. 2013, §142 Rn. 7. Zu der differenzierten Kasuistik vgl. *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 7. Aufl. 2015, Rn. 2775-2785.

53 Richtig ist vielmehr: Bei der Voraussetzung der wichtigen Gründe handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Konkretisierung dem Vorsitzenden kein Ermessen zukommt. SK-StPO/*Wohlers* (Fn. 28), § 142 Rn.15; *Barton*, Mindeststandards (Fn. 13), S. 209 ff.

54 Weil er das ausdrücklich erklärt oder wenn er faktisch (bspw. wegen Arbeitsüberlastung oder Krankheit) nicht zur Verfügung steht oder wenn er schon früher die Verteidigung nicht geführt hat und sich aus bestimmten Tatsachen ergibt, dass dies erneut der Fall sein kann; vgl. *Barton*, Mindeststandards (Fn. 13), S. 215-217.

55 BVerfG StV 1998, 356; BGHSt 48, 170; BGH NStZ 1992, 292; BGH NStZ 2016, 115; BGH, Urt. v. 11.06.2014, Az. 2 StR 489/13 in: BGHR StPO § 24 Abs. 2 Verteidigerbestellung 1; BGH, Beschl. v. 15.11.2005, Az. 3 StR 327/05 in: BGHR StPO § 142 Abs. 1 Auswahl 10. Vgl. ferner SK-StPO/*Wohlers* (Fn. 28), § 142 Rn. 19 f.

56 Hier liegt das eigentliche Problem; aus einem früheren Fehlverhalten allein lässt sich das nicht zuverlässig schließen.

ausnahmslos einzuhalten sind, weil nur so Verteidigungseffizienz gewährleistet ist. Würde darauf verzichtet, wäre ein Verteidigungserfolg allenfalls ein Zufallsprodukt. Der Sache nach sind das, wie dargestellt (II.3.c), basale Pflichten im Zusammenhang mit der Informationsgewinnung (wie z.B. Aktenstudium, Mandantengespräch) und Informationsverarbeitung (insbesondere Entwicklung einer gemeinsamen Verteidigungskonzeption mit dem Mandanten sowie deren Umsetzung).

Die Haftungsrechtsprechung der Zivilgerichte baut nicht auf diesen inhaltlichen Mindeststandards der Strafverteidigung auf; auch grobe Sorgfaltspflichtverletzungen – selbst Verstöße gegen Mindeststandards – führen nicht zu einer Beweislastumkehr. Das Haftungsrisiko für Strafverteidiger hält sich deshalb in Grenzen.

Auch die Revisionsrechtsprechung des BGH stellt nicht direkt auf Mindeststandards der Strafverteidigung im Sinne von nicht abdingbaren Fundamentalpflichten ab, verlangt vom Tatrichter aber – wenn auch in engen Grenzen – eine Effektivitätskontrolle der Strafverteidigung. Beschränkt auf fest umrissene Fallgruppen (fehlende Vorbereitung bei Verteidigerwechsel, Nichtführen der Verteidigung)⁵⁷ gewährt der BGH in diesem Sinn einen gewissen Schutz gegen Mindeststandardverstöße. Die Fallgruppen entfalten dabei auch bei der Entscheidung über die Auswahl des Pflichtverteidigers Relevanz. Der EGMR verlangt dagegen mehr als der BGH, nämlich dass Verteidigungen tatsächlich bzw. wirksam erfolgen müssen; inhaltlich nähert sich dies den Mindeststandards im oben beschriebenen Sinn.

Lassen Sie mich meine Überlegungen abschließend in Form von drei Thesen präsentieren:

These 1: Das geltende Recht verlangt tatgerichtliche Fremdkontrolle von Mindeststandards der Strafverteidigung.

Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, ist effektive Strafverteidigung nicht allein Privatsache des Beschuldigten, sondern das Verfahren ist nur dann als fair anzusehen, wenn die Verteidigung im konkreten Fall tatsächlich und wirksam erfolgt. So gesehen genießen Mindeststandards der Strafverteidigung menschenrechtlichen Schutz, der durch den Staat zu garantieren ist, was zur Zulässigkeit bzw. zum Erfordernis tatgerichtlicher Effektivitätskontrolle führt – auch wenn diese schmerzhaft für den betroffenen Verteidiger ist bzw. sich für den Mandanten als »aufgedrängte Fürsorge« darstellt.⁵⁸

⁵⁷ Zusätzlich noch: evidente Interessenkonflikte, deren Problematik hier allerdings weitgehend ausgeklammert wurde.

⁵⁸ *Neuhaus* StV 2002, 43 spricht von einem Danaer-Geschenk.

Diese Fremdkontrolle der Verteidigung darf allerdings keinesfalls um jeden Preis erfolgen. Die Wahrung der unteren Grenzen darf nicht dazu führen, dass die oberen Grenzen zulasten der Verteidigung verschoben werden. Alle Maßnahmen der Qualitätsgewährleistung müssen vielmehr dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen und berücksichtigen, dass der Freiheit der Advokatur und dem freien Konsultationsrecht des Beschuldigten hohe verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Insbesondere setzt die Möglichkeit einer tatrichterlichen Fremdkontrolle funktionierende Missbrauchsvorkehrungen voraus. Im deutschen Recht stellen § 145 Abs. 1 StPO (bezüglich der Wirksamkeit der Verteidigung in der Hauptverhandlung) und § 142 Abs. 1 S. 2 StPO (hinsichtlich der Auswahl des Pflichtverteidigers) geeignete normative Grundlagen dar, um sowohl die Mindestqualität der Verteidigung zu garantieren als auch mögliche Missbräuche bei der Kontrolle der Verteidigungsqualität zu verhindern. Ist eine Strafverteidigung – entgegen den Maßgaben der EGMR-Rechtsprechung – nicht wirksam erfolgt, so muss dies mit der Revision korrigiert werden können.

These 2: Tatgerichtliche Fremdkontrolle muss ultima ratio der Qualitätsgewährleistung der Strafverteidigung sein.

Aus der ersten These ergibt sich keinesfalls, dass eine Qualitätsgewährleistung der Verteidigung um jeden Preis erfolgen müsse.

Es gibt dabei zweifellos weniger problematische Formen der Qualitätsgewährleistung der Strafverteidigung als die tatgerichtliche Fremdkontrolle, namentlich die Eigenkontrolle durch Mandanten oder Kollegen, da es hierbei nicht zu heiklen Eingriffen in die konkrete Verteidigung kommt. Und als noch besser sind Qualitätsgewährleistungsmaßnahmen anzusehen, die dazu beitragen, dass es gar nicht erst zu Verstößen gegen Mindeststandards kommt oder – am allerbesten – die eine besonders hohe Qualität der Verteidigung fördern. Je besser Verteidiger ausgebildet sind, desto eher dürfte die Qualität der Verteidigung im Allgemeinen gewährleistet sein – und nicht nur Mindeststandards. In diesem Zusammenhang sei die Frage erlaubt, ob die derzeitige Fachanwaltsausbildung (einschließlich der Fortbildungspflicht, § 15 BORA) wirklich garantiert, dass nur ausgewiesene Strafrechtsexperten den Fachanwaltstitel führen oder ob er nur die berufsrechtliche Legitimation für zulässige Werbemaßnahmen darstellt. Als Hochschullehrer möchte ich dazu schweigen, will stattdessen auf Defizite im Studium hinweisen. Trotz der Juristenausbildungsreform aus dem Jahre 2003 führt die Strafverteidigung im Studium und in den Prüfungen ein Schattendasein. Überhaupt fehlt es an der gebotenen Berücksichtigung

praxisorientierter Ausbildungselemente im ersten und im zweiten Staatsexamen.⁵⁹ Hier muss sich vieles ändern: Methodik, Recht und Theorie der Strafverteidigung gehören in die Lehrpläne der juristischen Fakultäten.

These 3: Strafverteidiger sollten das Thema »Mindeststandards« von sich aus und nicht nur abwehrend aufgreifen und dabei kritisch prüfen, inwieweit sich Mindeststandards berufsrechtlich regeln lassen.

Die Problematik unzureichender Strafverteidigung wird, wie eingangs ausgeführt wurde, von Verteidigern häufig nur versteckt oder apologetisch diskutiert. Anwaltliche Partikularinteressen werden dabei zuweilen mit den persönlichen Beschuldigteninteressen bzw. Gemeinwohlinteressen gleichgesetzt. Auch entspricht es nicht dem Selbstbild von Strafverteidigern, fehlerhaft arbeitende Kollegen zu denunzieren; angesichts der Herausforderungen effektiver Verteidigung im Außenverhältnis wollen sie nicht Nestbeschmutzer sein. Die Diskussion um Mindeststandards sollte aber nicht allein Gerichten oder – wie heute – einem Hochschullehrer überlassen bleiben, sondern von Insidern, der Verteidigerschaft selbst, geführt werden; also gerade von denjenigen, die die Praxisprobleme und Verteidigernöte am besten kennen und denen die Effektivität der Verteidigung besonders am Herzen liegt. Verweigern sie sich dieser Diskussion, eine effektive Eigenkontrolle zu ermöglichen, laufen sie Gefahr, dass ansonsten die Gerichte, ohne Diskussion, möglicherweise an den falschen Stellen und mit verfehlten Ergebnissen im Wege der Fremdkontrolle eingreifen.

In diese vorgeschlagene Diskussion sollte auch das anwaltliche Berufsrecht einbezogen werden. Jenes hat sich in der vorangegangenen Betrachtung der Qualitätsgewährleistungsmaßnahmen und gerade unter dem Gesichtspunkt der Mindeststandards ganz überwiegend als irrelevant erwiesen. Dabei gibt es nicht wenige Probleme bzw. Streitfragen im Zusammenhang mit Mindeststandards, die sich grundsätzlich berufsrechtlich behandeln ließen.

Da ist zunächst einmal die Problematik des Sicherungs- bzw. des Zwangsverteidigers: Das Berufsrecht könnte klären, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsanwalt zur Sicherungsverteidigung zur Verfügung stehen darf, speziell dann, wenn der Beschuldigte dies nicht wünscht. Und umgekehrt: Wie soll ein Anwalt sich verhalten, wenn kein Vertrauen mehr zum Mandanten besteht (Fall *Zschäpe*)? Gibt es hier Mindeststandards aus Sicht der Verteidigung? In welchen Grenzen ist die Verteidigung dann weiter zu führen?

⁵⁹ Vgl. dazu *Barton/Zimmer*, Einführung, und *Barton/Jost*, Was der Anwaltsorientierung im Studium entgegensteht – ein Duo, beide in: *Barton/Hähnchen/Jost* (Hrsg.), *Anwaltsorientierung im Studium: Aktuelle Herausforderungen und neue Perspektiven*, 2016, S. 11 ff., S. 57 ff.

Als problematisch stellt sich ferner dar, wie viel Vorbereitungszeit für eine Verteidigung erforderlich ist. Von Anwälten wird hinter vorgehaltener Hand kritisiert, dass es Kollegen gibt, die sich auf Wunsch eines Vorsitzenden, der eine Aussetzung der Hauptverhandlung verhindern will, allzu gern bereit erklären, eine Pflichtverteidigung zu übernehmen – ohne hinreichend vorbereitet sein zu können. Kann das Berufsrecht hier Schranken setzen, bspw. dann, wenn zuvor ein Anwalt Aussetzung wegen unzureichender Vorbereitungszeit beantragt hat?

Auch die »doppelte Pflichtverteidigerbestellung«, also die Verteidigung eines Beschuldigten durch zwei bestellte Vertrauensanwälte, wirft in diesem Zusammenhang Fragen auf: Kann das Berufsrecht klären, wann eine solche Verdoppelung geboten und in welchen Grenzen dann eine Präsenz in der Hauptverhandlung erforderlich ist? |⁶⁰

Das Berufsrecht könnte ferner regeln, wie Kollegen sich verhalten sollen, wenn sie der Meinung sind, ein Strafverteidiger missachte Mindeststandards der Strafverteidigung.

Dabei sollte auch ergebnisoffen diskutiert werden, ob berufliche Mindeststandards eher durch verbindliche gesetzliche Regeln oder durch »soft law« (bspw. in Form von »Thesen« |⁶¹) garantiert werden können. Insofern bin ich sehr gespannt auf das nachfolgende Referat von Alexander *Ignor*, der in einem Vorgespräch die Frage aufgeworfen hat, ob es nicht auch Mindeststandards guter Manieren in der Praxis bedarf, damit der Gesetzgeber wünschenswerte Reformen auf den Weg bringt, die sich aus Furcht vor überzogener »Konfliktverteidigung« derzeit nicht durchsetzen lassen. Man könnte hinzufügen: Bedarf es nicht – bei allen Verfahrensbeteiligten – Mindeststandards der Höflichkeit, des gegenseitigen Respekts, der Rücksichtnahme und vernünftiger Argumentation? Eine solche Ethik- |⁶² oder Leitbild-Diskussion |⁶³ macht zwar die tatgerichtliche Effektivitätskontrolle nicht vollständig überflüssig, stellt aber ein spannendes Thema dar und kann einen wichtigen Beitrag zur Gewährleistung von Verteidigungsqualität bilden.

60 Die Entscheidung des OLG Stuttgart, StV 2016, 473, wurde in diesem Zusammenhang in der Arbeitsgruppe 5 auf dem 40. Strafverteidigertag strittig diskutiert.

61 Die kürzlich vom Strafrechtsausschuss der BRAK vorgelegten reformierten Thesen zur Strafverteidigung ließen sich insofern noch ergänzen; STRAUDA, Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. 2015; zur Entstehung der Thesen vgl. *Jahn*, StV 2014, 40 (44 f.); zur Einschätzung der Thesen vgl. *Wohlers*, StV 2016, 197 ff.

62 Eine solche Ethik-Diskussion hat die BRAK 2010 angestoßen, vgl. Diskussionspapier des BRAK-Präsidiums zur Berufsethik der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, BRAK-Mitteilungen 2011, 58 ff. Auch Strafverteidiger haben sich intensiv mit der Berufsethik beschäftigt; vgl. nur *Ignor*, Gedanken zur Berufsethik des Rechtsanwalts, in: FS für Egon Müller, 2008, S. 283 ff.; *ders.*, NJW 2011, 1537 ff.; *König*, StV 2010, 410 ff.; *Eckhart Müller*, NJW 2009, 3745; *Salditt*, AnwBl 2009, 805 ff.; weitere Fundstellen zur Ethik-Diskussion bei *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 46 (in Fn. 81).

63 Zur Diskussion um ein Leitbild der Strafverteidigung vgl. *Barton*, Einführung (Fn. 62), § Rn. 51.

40 Jahre Terrorismusstrafrecht

Einleitung

In der Arbeitsgruppe »40 Jahre Terrorismusstrafrecht«, in der laut Einführungstext »das Hineinsickern« desselben »in das gesamte Straf- und Verfahrensrecht [...] gesichtet und kritisch gewürdigt werden« und »der Frage« nachgegangen werden soll, »inwieweit die Gesetze gegen Terror auch als außenpolitisches Instrument ge- und missbraucht werden«, kann ich Ihnen als Staatsanwalt einen Einblick in die Agenda des Generalbundesanwalts im Bereich Terrorismus liefern und im Rahmen dessen eine Skizzierung aktueller Herausforderungen und Probleme. Ich hoffe, damit hilfreiche Informationen für den kritischen Diskurs beisteuern zu können.

I. Die Agenda des Generalbundesanwalts im Bereich Terrorismus

Der »Bereich Terrorismus« ist ein weites Feld, das wir herkömmlicherweise folgender Grobkategorisierung in die Phänomenbereiche

- Linksextremismus
- Rechtsextremismus
- Ausländerterrorismus
- islamistischer Terrorismus

unterziehen. Über diese vier Bereiche lassen sich die Begriffe inländischer und ausländischer Terrorismus breiten, die weitere Feingliederungen zur Folge haben, die aber nicht zu trennscharfen Differenzierungen führen, sondern zu der Feststellung, dass eine Grenzziehung in inländischen und ausländischen Terrorismus in keinem Phänomenbereich möglich ist. Die Globalisierung hat längst in allen Bereichen Einzug gehalten und eine tatsächliche oder rechtliche Beschränkung auf inländische Phänomene wäre realitätsfern.

1. Linksterrorismus

Obwohl seit 18 Jahren aufgelöst, gehört die »RAF« wegen der noch nicht geklärten Morde und der Fahndung nach mit Haftbefehl gesuchten Personen nach wie vor zu unserem Tätigkeitsbereich. Für die flüchtigen Mitglieder des K.O.M.I.T.E.E. gilt Vergleichbares. Klassische Nachfolgeorganisationen der »RAF« sind nicht ersichtlich und linksextremistisch motivierte Gewalttaten liegen aktuell unterhalb von beabsichtigten Tötungsdelikten. Aber mit Sorge verfolgen wir die Erkenntnisse der Sicherheitsbehörden zu absinkenden Hemmschwellen in der Gewaltanwendung gegenüber dem politischen Gegner und gegenüber Polizeibeamten. Insbesondere überfallartige Angriffe auf Polizeistationen mit Brandlegungen sowie schwere Ausschreitungen bei Demonstrationen wie anlässlich der Einweihung des EZB-Gebäudes in Frankfurt werden uns Anlass geben, die Frage der Evokation zu prüfen, wenn nicht darüber hinaus Strukturen im Sinne von § 129a StGB erkennbar sind.

2. Rechtsterrorismus

Das Desaster des NSU-Komplexes hat natürlich auch Auswirkungen auf die Bundesanwaltschaft gehabt und nicht zu Unrecht heißt es: Der 4.11.2011 war das Nine-Eleven-Erlebnis im Bereich »rechts«. Wie allgemein bekannt, haben wir am 11. November 2011 ein Verfahren nach § 129a StGB eingeleitet und alle in den Ländern geführten Verfahren wegen der Mordtaten, Sprengstoffdelikte, Banküberfälle und der Brandlegung in der Frühlingsstraße in Zwickau übernommen. Das mündete in der Anklage gegen fünf Personen und der seit Mai 2013 laufenden Hauptverhandlung vor dem OLG München. Damit hat es natürlich nicht sein Bewenden. Wir ermitteln gegen neun weitere Unterstützer und Gehilfen und gehen jeder Spur nach noch nicht bekannten Helfern des NSU nach.

Gleichzeitig stand ab diesem 11.11.2011 für uns fest, dass es ein »Weiterwiebisher« im Bereich »rechts« nicht geben kann. Die GBA-interne Aufarbeitung begann mit einer Fehleranalyse und mündete in der Feststellung eines systemischen Versagens bei Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden mit der Identifikation einer Reihe von Schwachstellen. Ein Ergebnis, das vollumfänglich auch von den Untersuchungsausschüssen des Bundes und der Länder herausgearbeitet wurde.

Fehleranalyse

Angesichts einer Struktur des Phänomenbereichs, die von über 10.000 gewaltbereiten Rechtsextremisten gebildet wird, die in den unterschiedlichsten

Aktionsformen, Personenzusammenschlüssen, Vernetzungen und Kennverhältnissen agieren, jederzeit mit einer staatlichen Totalüberwachung und der Infiltration durch Nachrichtendienste rechnen und sich an staatliche Reaktionen sehr flexibel anpassen, insbesondere durch eine »Flucht in die Parteien« und durch Unterwanderung von populistischen Themen und Bewegungen ist die Konzeption des Generalbundesanwalts darauf gerichtet, in Zukunft schnellstmöglich in die Lage versetzt zu werden, die originäre oder evokative Zuständigkeit des Bundes valide und fortwährend prüfen zu können. Wir werden nicht mehr darauf warten, bis uns aus der Länderjustiz ein Verfahren zur Prüfung eines Organisationsdelikts oder unserer Evokationsmöglichkeiten vorgelegt wird, sondern wir fordern mögliche Erkenntnisse dazu ein, von den Sicherheitsbehörden im Rahmen unserer Teilnahme am Gemeinsamen Extremismus- und Terrorismuszentrum Rechts (GETZ-R) und darauf basierend von den Staatsanwaltschaften der Länder.

MdB *Wieland* von den »Grünen« hatte Recht, als er im 1. NSU-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages feststellte, dass Bundesanwälte zu gut bezahlt sind, um in diesem Bereich auf das Zeitunglesen angewiesen zu sein, wenn sie ihre Zuständigkeit prüfen. Wir haben ein Netz von justiziellem Ansprechpartnern bei den Staatsanwaltschaften und den Generalstaatsanwaltschaften über die Republik gebreitet, das wir regelmäßig einmal im Jahr bei uns versammeln zur gegenseitigen Information und zur Schaffung der Voraussetzungen für einen unverzüglichen informellen Austausch. Wir führen Regionalkonferenzen bei den Generalstaatsanwaltschaften unter Beteiligung des Bundeskriminalamts, des Bundesamts für Verfassungsschutz, der Landeskriminalämter und der Landesämter für Verfassungsschutz durch, um über aktuelle Entwicklungen im Bereich Rechtsextremismus zu informieren, sich auszutauschen und zu sensibilisieren.

Ziel all dessen ist es, die wichtigste strukturelle Schwachstelle unserer Sicherheits- und Strafverfolgungsarchitektur zu überwinden – die föderalistische Zuständigkeitsverteilung. Der Generalbundesanwalt ist von Verfassungs wegen nur für den Rechtsterrorismus zuständig und für die Ausnahmefälle schwerster Straftaten, die der Evokation zugänglich sind. Die große Masse rechtsextremistischer Taten ist Sache der Länderjustiz. Allerdings fällt kein Terrorist vom Himmel, wie uns das Beispiel des NSU nachhaltig vor Augen geführt hat, sondern bis dahin hat er schon eine rechtsextremistische Karriere hinter sich und die gilt es zu erkennen. Der Generalbundesanwalt kann dies nur, wenn die Staatsanwaltschaften und die Sicherheitsbehörden ihn rechtzeitig einbinden. Dass das funktioniert, zeigt das Beispiel der »Old School Society«, bei der das Erkennen der Bildung von Strukturen zur Begehung von fremdenfeindlichen

Mordanschlägen und die strafrechtliche Vereitelung und Verfolgung unter Anwendung von § 129a StGB gelungen ist.

Einzugehen ist auch auf die Stichworte »fremdenfeindliche Anschläge« und Evokation, denn auch das ist ein wesentlicher Teil unserer Agenda.

Brandanschläge gegen als Flüchtlingswohnheime vorgesehene Einrichtungen, aber auch Anschläge auf bewohnte Unterkünfte, direkte körperliche Auseinandersetzungen, die sogar in regelrechte Menschenjagden ausarten und das alles in einer Häufigkeit, die zur großer Sorge Anlass gibt, weil angesichts der Gefährlichkeit dieser Angriffe und der ihnen innewohnenden unkalkulierbaren Tatverläufe es nur eine Frage der Zeit sein dürfte, bis Todesopfer zu beklagen sein werden, sind ein erschütternder Befund. In diese erschreckende Linie gehören auch Übergriffe auf Personen, die sich für Flüchtlinge engagieren, durch Einschüchterungen, Drohungen, das Niederbrennen einer Scheune auf dem Bauernhof einer Zielperson oder das Zerstören eines Pkw durch einen Sprengsatz, bis hin zu dem Messerstich in den Hals der Oberbürgermeisterkandidatin von Köln.

Die »rote Linie« für das Einschreiten des Generalbundesanwalts nach § 120 Abs. 2 GVG, also im Wege der Evokation, liegt einerseits bei den Tatfolgen. Wenn es in diesem Bereich zu Tötungen kommt, sehen wir die Voraussetzungen des speziellen Staatsschutzcharakters und die besondere Bedeutung des Falles in der gegenwärtigen Situation als gegeben an. Das kann auch bei besonders gelagerten versuchten Tötungsdelikten mit Schwerstverletzten schon der Fall sein und das gilt auch, wenn die Tat – ein Mord oder ein Mordversuch – den Charakter eines politischen Attentats aufweist, so wie im Fall von Frau *Reker*.

Andererseits werden aber auch besondere Tatumstände zu unserem Eingreifen führen, nämlich dann, wenn pogromartige Ausschreitungen vorliegen, wie es in den 90er Jahren in Hoyerswerda oder Rostock-Lichtenhagen der Fall war. Wir evozieren auch bei kriminellen Vereinigungen, wenn eine besondere Bedeutung vorliegt, was insbesondere bei bundesweiter oder bundesländerübergreifender Begehungsweise der Fall sein kann. Das Verfahren gegen die Propagandaplattform »Altermedia« ist als Beispiel zu nennen. Der Generalbundesanwalt wird auch Fälle von rechtsextremistischen Einzeltätern übernehmen, die schwerwiegendste Straftaten vorbereiten (§ 89a StGB), wenn Konstellationen wie bei einem Anders *Breivik* im Raume stehen.

3. Ausländerterrorismus

Dieser Phänomenbereich ist regelmäßig dadurch gekennzeichnet, dass es Strukturen ausländischer terroristischer Vereinigungen nach § 129b StGB in Deutschland gibt, die nicht oder nicht mehr das Ziel haben, hier bei uns Katalogtaten im Sinne des § 129a Abs. 1 StGB zu begehen, sondern die Deutschland als Rückzugs-, Ruhe-, Finanzierungs- und Rekrutierungsraum nutzen. Zum Teil ist dabei von »Rückfront« die Rede. Der Schwerpunkt liegt bei Vereinigungen aus der Türkei, wie der PKK, der DKHP-C und der TKP/ML. Zu nennen sind aber auch Verfahren im Zusammenhang mit der LTTE aus Sri Lanka oder mit militanten Sikhs.

4. Islamistischer Terrorismus

Hierbei richtet sich der Blick der Öffentlichkeit natürlich sofort auf Syrien und den Irak und sehr verengt auf den sogenannten »Islamischen Staat«. Dabei muss man sich darüber im Klaren sein, dass davon nicht mehr als eine Momentaufnahme zu erwarten ist. Wie so oft ist das Problem wesentlich komplexer und ohne eine Befassung mit den historischen Entwicklungen nicht seriös zu durchdringen. Für eine detaillierte Auseinandersetzung fehlt in diesem Format natürlich die Zeit, aber eine seriöse strafrechtliche Bewertung der heutigen Protagonisten des militanten Jihad kann darauf nicht verzichten.

Prägende Masterminds waren Hasan *al Banna* und Sayyid *Qutb* in Ägypten sowie Abul Allah *al Maududi* in Pakistan. Daraus entsprangen das Attentat auf den ägyptischen Präsidenten *Sadat* 1981, und das Massaker an europäischen Touristen in Luxor 1997 durch islamistische Gruppierungen, zu deren Führer ein ägyptischer Arzt namens *Zawahiri* gehörte. Seit 1979 wurden Abdulla *Azzam* und Osama *bin Laden* mit der Gründung von Al Qaida beim Kampf gegen die Sowjetunion in Afghanistan zu islamistischen Führungspersonen, die nach dem sowjetischen Abzug den Kampf auf die westliche Supermacht USA als Schutzmacht des verhassten Israel ausrichteten. Es folgten der erste Anschlag auf das World Trade Center 1993, die Zerstörung der US-Botschaften in Ostafrika 1998 mit hunderten Toten, der Angriff auf den US-Zerstörer Cole 2000 im Jemen und dann der 11. September, Djerba, Bali, Marokko, Istanbul, Madrid 2003, London 2005. Das sind Teile der Blutspur von Al Qaida, deren Führer von Afghanistan, Waziristan, der arabischen Halbinsel und von den Maghreb-Staaten aus mit ihren jeweiligen Ablegern die Fäden zogen.

Mit Beginn des Irakkrieges 2003 entwickelte sich eine weitere Jihadlinie, deren Protagonist Abu Musab *al Zarqawi*, ein Jordanier war. Mit einer Handvoll Getreuer aus Afghanistan kommend, gründet er im Irak die Al Tawhid-

Bewegung, schloss sich aus taktischen Überlegungen Al Qaida an, blieb aber immer selbständig in seiner extremen Brutalisierung und der Radikalisierung des Jihad. Gerichtet nicht nur gegen die sog. »Kreuzritter« des Westens, sondern mit unbändigem Hass auch gegen Schiiten. Er war es, der die ersten westlichen Geiseln eigenhändig köpfte und davon Videoaufnahmen fertigen ließ. Er war der eigentliche Gründer des »Islamischen Staates im Irak«, der sich 2012 unter Abu Bakr *al Baghdadi* mit der Jabhat al-Nusra nach Syrien ausdehnte und dort zur führenden Kraft der jihadistischen Aufständischen wurde. Al Qaida war zu dieser Zeit im Irak und in Syrien praktisch ohne Einfluss. Nur dem Zerwürfnis von *al Jaulani*, dem von Baghdadi nach Syrien gesandten Führer der Nusra-Front mit al Baghdadi und dem daraus resultierenden Treueeid *al Jaulanis* auf *Zawahiri* ist es zu verdanken, dass Al Qaida auch im Jihad in Syrien wieder präsent ist und dort mit der sogenannten Khorasan-Gruppe innerhalb der Nusra-Front, die aus erfahrenen Afghanistankämpfern gebildet wird, ihre strategischen Pläne gegen den Westen verfolgen kann. Aus diesem Zerwürfnis des »Islamischen Staates« mit Al Qaida ist in Syrien ein blutiger Konkurrenzkampf geworden, bei dem es auch um die weltweite jihadistische Vorherrschaft geht. Das mündet in einem makabren Wettbewerb um die spektakulärsten Anschläge gegen den Westen, bei dem der »IS« eindeutig führt, weil seine Radikalität, seine professionelle Propaganda im Internet, seine spektakulären Enthauptungen, Verbrennungen und seine militärischen Erfolge, die in der Ausrufung des Kalifats mündeten, für westliche Jihadisten ungleich inspirierender sind, als die »Alt-Herren-Strategie« Al Qaidas.

Von den jüngsten Anschlägen ab 2014 auf die Synagoge in Brüssel, auf das Parlament in Kanada, auf einen Soldaten in London, der mit einem Fleischermesser auf offener Straße abgeschlachtet wurde, auf ein Café in Australien und in Kopenhagen, auf den Strand in Tunesien, auf den Thalyszug in Belgien und auf Charlie Hebdo geht nur letzterer auf Al Qaida zurück. Auch der Angriff auf den jüdischen Supermarkt in Paris und der blutige 13. November dort sowie der Anschlag auf die deutsche Touristengruppe in Istanbul sind alles Taten des »IS« oder von vom »IS« inspirierten Jihadisten.

Diese gesamte Entwicklung betrifft uns Deutsche unmittelbar und das schon seit Ende der 90er Jahre. Die erste Phase hierzulande begann mit Unterstützungshandlungen für algerische Gruppierungen wie der »GIA« und der »FIS« durch Waffenbeschaffungen und Finanzierungen von hier ansässigen Maghrebiniern Ende der 90er Jahre. Dazu zählen auch Finanzierungsunternehmungen der Al Qaida, deren Finanzchef *Salim* bereits im Jahr 2000 in Deutschland seine Fäden zog, ebenso wie ein umtriebiger Kaufmann aus

Hamburg. Beides war seinerzeit mangels des erst Ende August 2002 geschaffenen § 129b StGB nicht strafbar. Sehr schnell hinzugekommen sind Anschlagsvorbereitungen aus dem damaligen »Safe House« Deutschland. Die sogenannte »Meliani-Gruppe« bereitet einen Anschlag auf den Weihnachtsmarkt in Straßburg im Jahr 2000 aus Frankfurt vor und dann natürlich die Hamburger Zelle um Atta mit den Vorbereitungen der Anschläge vom 11. September 2001.

Im Jahr 2002 plante eine Al-Tawhid-Zelle von *al Zargawi*, jüdische Ziele in Deutschland anzugreifen und im März 2003 anlässlich des Beginns des Irakkrieges wollte ein Fanatiker in Berlin zuschlagen. Ende 2004 beabsichtigten Mitglieder der Ansar al Islam, den irakischen Übergangspräsidenten Allawi, der sich in Berlin auf Staatsbesuch aufhielt, zu ermorden. Im Jahr der Fußball-WM 2006 schreckten uns die Kofferbomber von Köln und Koblenz auf und im Jahr 2007 die sogenannte Sauerlandgruppe. Es folgte die »Düsseldorfer Gruppe«, die im letzten Jahr vom Oberlandesgericht Düsseldorf verurteilt wurde sowie der Anschlag von Arid *Ukar* auf US-Soldaten auf dem Flughafen in Frankfurt, das einzig erfolgreiche Attentat eines islamistischen Täters bislang und der versuchte Bombenanschlag auf den Bonner Hauptbahnhof sowie die geplanten Attentate auf Funktionäre der Pro NRW-Bewegung.

Heiße Jihad-Schauplätze sind aber keineswegs nur Syrien und Irak, sondern nach wie vor das fast schon in der öffentlichen Wahrnehmung verdrängte Afghanistan und Pakistan, sowie der Jemen, Somalia, Kenia, die gesamte Subsahara, Libyen, Mali, Nigeria und natürlich Ägypten mit der besonderen Problemzone Sinai. Der Generalbundesanwalt führt in all diesen Bereichen Verfahren, weil Deutsche dort am Jihad teilnehmen oder weil Deutsche dort Opfer von Terroranschlägen geworden sind.

Absoluter Handlungsschwerpunkt ist gleichwohl der Konflikt in Syrien. Mit fünf Verfahren und acht Beschuldigten sind wir in das Jahr 2014 gestartet, mittlerweile sind es über 130 Verfahren mit 200 Beschuldigten. Wir ermitteln wegen des Vorwurfs der Mitgliedschaft in folgenden ausländischen Vereinigungen:

- Jabhat al Nusra,
- ISIG,
- Jund al Sham,
- Jamwa,
- Ahrar al Sham.

Wir ermitteln nicht gegen die Freie Syrische Armee, weil die erforderliche Ermächtigung nicht erteilt wurde.

Unsere Verfahren lassen sich kategorisieren nach den Begriffen

- Syrienkämpfer,
- Syrienrückkehrer,
- Unterstützer in Deutschland (Finanziers, Schleuser, Rekruteure) und
- deutsche Opfer.

In jüngster Zeit ist eine Reihe von Verfahren gegen Syrienflüchtlinge hinzugekommen, die verdächtigt werden, in Syrien für den »IS« oder eine sonstige Vereinigung gekämpft und/oder Kriegsverbrechen begangen zu haben oder hier in Deutschland Anschlagpläne zu verfolgen.

II. Einzelne Aspekte zur Entwicklung des Terrorismusstrafrechts

1. Versuchte Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung:

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 17. Dezember 2014¹ dargelegt, unter welchen Voraussetzungen das Vorhaben, sich einer terroristischen Vereinigung anzuschließen, strafrechtliche Konsequenzen hat. Anlass zu dieser Entscheidung bot eine der vielfachen Fallkonstellationen der sogenannten Jihad-Reisenden aus Deutschland nach Syrien. Die Bundesanwaltschaft und damit der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofes und als Beschwerdeentscheidung der 3. Strafsenat sind nur dann mit diesen Sachverhalten befasst, wenn der Anwendungsbereich der §§ 129a, 129b StGB eröffnet ist, also wenn der mitgliedschaftliche Anschluss an eine bestimmte terroristische Vereinigung in Rede steht. Der feststellbare allgemeine Wille, sich dem Jihad anschließen zu wollen, reicht für eine Bundeszuständigkeit noch nicht aus. Die Frage einer Anwendbarkeit der §§ 89a ff. StGB auf solche Fälle liegt im Zuständigkeitsbereich der Länderjustiz.

Die von dem Willen zum Anschluss an eine terroristische Vereinigung getragene Verbindungsaufnahme zu einem Mitglied einer solchen Organisation haben wir zunächst unter dem Gesichtspunkt der Unterstützung im Sinne des § 129a Abs. 5, § 129b StGB gewürdigt, weil die Tatsache einer solchen Bewerbung um Aufnahme als Mitglied durchaus einen Vorteil für die Vereinigung darstellt, denn sie ist geeignet, zu einer personellen Stärkung der Organisation zu führen. Der BGH hat das dahingestellt sein lassen und den Weg des Sichbereiterklärens zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an der terroristischen Vereinigung für rechtlich zutreffend befunden. Jüngst bestätigt in einem Beschluss vom 18. Februar 2016 führt er aus:

¹ NJW 2015, 1032 ff.

»§ 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB ist auf den Verbrechenstatbestand der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung als Mitglied [...] anwendbar. Allerdings folgt aus dem im Rahmen des § 30 StGB zu stellenden Erfordernis des Zusammenwirkens mehrerer, dass die bloße Kundgabe, ein Verbrechen begehen zu wollen, den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB nicht erfüllt. Vielmehr muss die Erklärung darauf gerichtet sein, sich gegenüber deren Adressaten zu binden, sei es in Form der Annahme einer durch diesen gemachten Aufforderung, sei es in Form eines aktiven Sicherbietens diesen gegenüber in der Erwartung, dass er dem Deliktsplan zustimmen werde. Diese beabsichtigte Selbstbindung macht es erforderlich, dass die Erklärung ernsthaft sein muss. Im Fall des Sichbereiterklärens zu mitgliedschaftlichen Beteiligungen an einer terroristischen Vereinigung kommt Folgendes hinzu: Die Beteiligung als Mitglied setzt eine gewisse formale Eingliederung des Täters in die Organisation und damit eine Beziehung voraus, die ihrer Natur nach der Vereinigung nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Die mitgliedschaftliche Beteiligung muss von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sein. Zwar schließt die Notwendigkeit einer Mitwirkung anderer an der Verbrechenbegehung die Variante des Sichbereiterklärens nicht aus. Die dargelegten deliktsspezifischen Besonderheiten sind jedoch auch im Vorbereitungsstadium des § 30 StGB zu beachten. Hieraus folgt, dass die erforderliche Selbstbindung erst und nur dann angenommen werden kann, wenn die Erklärung demjenigen gegenüber abgegeben wird, dessen Mitwirkung notwendig ist, im Falle der §§ 129a Abs. 1, 2 und 4, § 129b StGB mithin gegenüber einem Repräsentanten der terroristischen Vereinigung.«

Ein erster solcher Fall wird in Kürze vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf verhandelt werden.

2. Die Beteiligung von Frauen am gewaltsamen Jihad

Es gibt einen erheblichen Anteil von Frauen, die sich alleine oder mit ihrem – meist nur nach islamischem Ritus – verheirateten Mann nach Syrien begeben haben, um am dortigen Konflikt teilzunehmen und im »Kalifat« zu leben. Erschreckenderweise sind dies oftmals sehr jungen Frauen oder gar Mädchen, die sich als Zweit- oder Drittfrauen einem Mudjaheddin zur Verfügung stellen und für Nachwuchs sorgen wollen. Zur strafrechtlichen Relevanz dieser Sachverhalte hat sich der 3. Strafsenat des BGH mit Beschluss vom 17. Dezember 2015 in einem laufenden Ermittlungsverfahren geäußert.

»Der GBA [...] legt [der Beschuldigten als mitgliedschaftliche Betätigung] zur Last, [...] mit ihrem Mann nach Syrien ausgereist zu sein, wo sie sich auf die Seite des ISIG gestellt habe. Während ihr Mann sich in einem Trainingslager des ISIG zum Kämpfer ausbilden lasse, lebe sie zusammen mit anderen Frauen in einem von der Organisation betriebenen Haus und werde von der Vereinigung versorgt.«

Der 3. Strafsenat war wegen einer Beschwerde des GBA gegen die Versagung einer TKÜ-Anordnung durch den Ermittlungsrichter des BGH mit der Sache befasst. Dieser hatte keine zureichenden Anhaltspunkte für eine Beteiligung als Mitglied am ISIG gesehen. Der 3. Strafsenat hat demgegenüber entschieden, dass ein ausreichender tatsächengestützter Verdacht vorliegt.

»Dabei kommt es nicht darauf an, ob – wovon der Generalbundesanwalt offensichtlich ausgeht – bereits der Umstand, dass die Beschuldigte sich nicht freiwillig im Herrschaftsbereich des ISIG aufhält, sondern auch in einem von der Organisation betriebenen Haus integriert lebt und von der Vereinigung versorgt wird, den Tatbestand der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer ausländischen terroristischen Vereinigung erfüllen kann. Jedenfalls liefert dieses Verhalten eine tatsachenbasierte Grundlage für die Annahme, die Beschuldigte könne nicht nur ihrem Mann in den Herrschaftsbereich des ISIG gefolgt sein und dort leben, sondern sich selbst durch aktive Förderungshandlungen, durch die sich ihre Eingliederung in die Organisation und ihre Unterordnung unter deren Willen manifestiert, am Erreichen der Ziele des ISIG beteiligen. [...] Nach den Ermittlungen hatte sich die Beschuldigte schon geraume Zeit vor ihrer Ausreise und unabhängig von ihrem Mann mit islamistischen Ideen beschäftigt. Diesen hatte sie erst kurz vor der gemeinsamen Reise nach Syrien und ohne dass dem eine längere Beziehung vorausgegangen wäre, nach islamischem Ritus geheiratet. Dies deutet darauf hin, dass sie sich aus eigenem Antrieb und aus einem eigenständigen Bekenntnis zum islamistischen Gedankengut in den Herrschaftsbereich des ISIG begab, um sich auf dessen Seite zu stellen. Das findet eine Bestätigung in dem »Chat-Verkehr«, den die Beschuldigte kurz nach ihrer Einreise nach Syrien [...] mit ihrer Schwester führte und in dem sie auf Nachfrage bestätigte, dass sie sich beim ISIG aufhalte und auf dessen Seite stehe. Sie sei nicht auf sich alleine gestellt, sondern lebe mit »Schwestern« und werde versorgt. Zwar lässt sich diesem »Chat-Verkehr« auch entnehmen, dass nur der Mann der Beschuldigten sich in einem Trainingscamp aufhält und die Beschuldigte die Frage, ob sie kämpfe verneint. Doch schließt dies angesichts der Umstände ihres Aufenthalts bei dem ISIG sowie

ihrem Bekenntnis zu diesem und zu dem mit ihr zusammenlebenden »Schwestern« gerade nicht aus, dass die Beschuldigte durch andere Beteiligungshandlungen, zu denen auch die Erledigung allgemeiner sonstiger, die Ziele der terroristischen Vereinigung fördernde Aufgaben zählt [...] mitgliedschaftlich in der Organisation gewirkt hat.«

3. Konkurrenzverhältnis der Organisationsdelikte zu strafbaren Betätigungshandlungen

In einem Revisionsverfahren betreffend eine kriminelle Vereinigung hat der 3. Strafsenat des BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Konkurrenz der Organisationsdelikte mit einzelnen mitgliedschaftlichen Betätigungshandlungen aufgegeben und Folgendes festgestellt:²

Sofern eine mitgliedschaftliche Betätigungshandlung einen gesonderten Straftatbestand erfüllt, steht diese mit dem Organisationsdelikt nach § 129 oder § 129a StGB in Tateinheit, zu weiteren Betätigungshandlungen allerdings in Tatmehrheit. Liegen demnach etwa zehn nicht gesondert strafbare Betätigungshandlungen als Mitglied vor und eine strafbare, zum Beispiel ein Waffendelikt, haben wir es mit zwei Verbrechen der Mitgliedschaft in einem Fall in Tateinheit mit Verstoß gegen das Waffengesetz zu tun und nicht mehr wie bisher mit einer Verklammerung durch das Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat. Es sind also nunmehr Gesamtstrafen zu bilden und zwar auch dann, wenn einzelne strafbare Betätigungsakte nach §§ 154, 154a StPO ausgeschieden worden sind. Hintergrund der Neujustierung ist die Beseitigung des dogmatischen Bruches der bisherigen Rechtsprechung, die die Klammerwirkung dann nicht greifen ließ, wenn der mitgliedschaftliche Betätigungsakt in einem Kapitalverbrechen bestand, wodurch ein als ungerechtfertigt empfundener Strafklageverbrauch vermieden werden sollte. Gleichzeitig hat der BGH klargestellt, dass die §§ 129, 129a StGB kein Dauerdelikt sind, was insbesondere für die Frage der Verjährung von Bedeutung ist – also keine automatische Mitgliedschaft bis zum Austritt oder bis zur Auflösung der terroristischen Vereinigung, sondern abzustellen ist auf den letzten Betätigungsakt als Mitglied.

² Beschluss vom 9. Juli 2015 -3 StR 537/14 [LG Köln].

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Terrorismusstrafrechts

I.

Zwei Männer, eine Frau unternahmen am 28. Dezember 2015 in Wolfsburg den Versuch, einen »Geldtransporter« auszurauben. Es wurde zwar geschossen, doch dem Unternehmen blieb der Erfolg versagt. Dieser Tat – und zweier vergleichbarer – verdächtig sind drei Personen, die der »dritten Generation« der »Roten Armee Fraktion« (RAF) zugerechnet werden und gegen die Haftbefehle u.a. wegen Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung bestehen. Am Tatort in Wolfsburg gesicherte DNA-Spuren entsprechen nämlich solchen, die am Tatort in Darmstadt-Weiterstadt nach dem Sprengstoffanschlag auf die neue JVA gefunden wurden. Die wegen des Geschehens in Wolfsburg ermittelnde Staatsanwaltschaft Braunschweig geht – trotz der Bewaffnung der Täter mit Schnellfeuergewehr und Panzerfaust – nicht von »terroristischen Motiven«¹ aus, da anzunehmen sei, dass es sich um den Versuch einer Geldbeschaffung für das Leben im Untergrund gehandelt habe. Der Generalbundesanwalt hat das Verfahren nicht an sich gezogen.

Warum diese Einführung, was besagt sie? ‚Alte RAF-Terroristen‘, nach denen weiterhin gefahndet wird, werden im Bemühen ihr Leben im Untergrund mit schwersten Straftaten zu finanzieren, wieder wie ‚normale‘ Täter behandelt. Dabei wäre ohne die RAF die nunmehr 40-jährige Entwicklung der Terrorismusgesetzgebung (so) nicht in Gang gekommen. Ich erinnere daran, dass im Jahre 1975 die Entführung von Peter Lorentz mit der Freipressung für fünf RAF-Angehörige, die Geiselnahme von Stockholm mit mehreren Todesopfern die Welt in Atem hielten, der berühmte ‚Stammheim-Prozess‘ gegen die Angeklagten der sog. »ersten Generation« der RAF begann.

1 Gemeinsame Presseerklärung der StA Braunschweig und der Polizei Wolfsburg vom 20.01.2016.

Entsprechend war die politische Stimmung im Lande, die Politik sah sich in der Pflicht energisch zu reagieren. Das ‚Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes‘ vom 18. August 1976² – zurückgehend auf Entwürfe des Bundesrates und der Bundesregierung³ – führte in der Überschrift von § 129a StGB den Begriff der »terroristischen Vereinigung« in das Gesetz ein. Ziele waren u.a. die »bessere Bekämpfung terroristischer Vereinigungen« und ein »Beitrag zur Beseitigung des Ermittlungsnotstandes«. ⁴ Eine im Entwurf vorgeschlagene Kronzeugenregelung fand allerdings ebenso wenig eine Mehrheit ⁵ wie auch die Forderung der oppositionellen Christdemokraten, § 129a StGB als Verbrechen auszugestalten. Dagegen bestand Einigkeit, die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts auf die Verfolgung von Verstößen gegen § 129a StGB zu erweitern. ⁶ Damit einhergingen flankierende Regelungen in Verfahrensrecht.

Über die Rechtsanwendung werden andere Referenten sprechen, es sei hier nur so viel gesagt, dass auch die »Wehrsportgruppe Hoffmann« als terroristische Vereinigung eingestuft wurde. Die nach dem Verbot im Libanon aufhältliche »Wehrsportgruppe Ausland« konnte aber – so der BGH in einer Haftbeschwerdeentscheidung – nicht nach §§ 129, 129a StGB belangt werden, da es an »einer im räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes bestehenden Vereinigung« fehle. ⁷

Es dauerte zehn Jahre bis das ‚Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus‘ vom 19. Dezember 1986 die »Bildung terroristischer Vereinigungen« zum Verbrechen erhob, mit einem Strafrahmen von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. ⁸ Zudem wurden die Strafbarkeit der »Anleitung zu Straftaten« mit § 130a StGB erneut kriminalisiert und die Evokationsmöglichkeiten des Generalbundesanwalts erheblich ausgeweitet. Eine von der CDU/FDP-Regierung vorgeschlagene Kronzeugenregelung ⁹ in einem befristet wirksamen Stammgesetz »Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten« kassierten Innen- und Rechtsausschuss des Bundestages wiederum ein; dem folgte das Plenum. Die Verschärfung des Tatbestandes des § 129a StGB und die begleitenden

2 BGBl. I 2181.

3 BT-Drucks. 7/4005.

4 BT-Drucks. 7/4005 S. 8.

5 BT-Drucks. 7/5041 S. 6.

6 Art. 3 des Gesetzes vom 18.08.1976 – BGBl. I 2181.

7 BGHSt 30, 326; NJW 1982, 530.

8 BGBl. I 2566.

9 BT-Drucks. 10/6286.

Regelungen waren Reaktionen der Politik auf die Taten der »dritten Generation« der RAF – u.a. Ermordungen von Ernst Zimmermann, Karl Heinz Beckurts, Gerold von Braunmühl, Alfred Herrhausen, Detlev Karsten Rohwedder – aber auch auf das »neue Phänomen der militanten Autonomen und der Terroristen aus dem Umfeld der Anti-Atom-Bewegung«. |¹⁰

Eine immer wieder geforderte auf §§ 129, 129a StGB zugeschnittene Kronzeugenregelung fand am 9. Juni 1989 den Weg ins Bundesgesetzblatt |¹¹, allerdings mit einer zeitlichen Befristung bis zum Jahresende 1992. Zweimal hat der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der Kronzeugenregelung verlängert, zunächst bis zum Ende des Jahres 1995, |¹² sodann ein letztes Mal bis zum 31. Dezember 1999. |¹³ Mit parlamentarischen Mitteln versuchte die Fraktion der Grünen im 11. Deutschen Bundestag die »Verrechtlichung der Entrechting« |¹⁴ durch Aufhebung der §§ 129, 129a, 130a StGB zu beseitigen, was aber nicht erfolgreich war.

Dass der gesetzgeberische Eifer nachgelassen hatte, mag die Tatsache verdeutlichen, dass die Christdemokraten 1999 mit dem Vorschlag scheiterten, die Anwendbarkeit des Kronzeugengesetzes ein weiteres Mal für drei Jahre zu verlängern. |¹⁵ Wie sich die Justizpraxis mit der Rechtslage eingerichtet hat und was die Wissenschaft davon hielt, werden Andere vortragen. Von mir ist allerdings zu bemerken, dass die sogenannte »Sympathiewerbung« in § 129a Abs. 3 StGB eine sprudelnde Quelle für Zwist zwischen den Christdemokraten und den anderen Parteien war.

Daher nur ein kleines Zwischenresümee: Den Weg, durch die Kriminalisierung der Bildung, Zugehörigkeit und Unterstützung von Vereinigungen die Strafbarkeit »vorne« anzusiedeln, ist der Gesetzgeber konsequent gegangen. Dass er dabei durchaus auch »präventive« Überlegungen angestellt haben dürfte, legt die Begründung zum Regierungsentwurf des ‚Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus‘ vom 19. Dezember 1986 nahe, wenn sie davon spricht, der bei dieser Art von Kriminalität bestehende »Ermittlungsnotstand« |¹⁶ solle verringert werden. Und in den Vorblättern zu den Geszentwürfen hieß es regelmäßig – wie so oft im Übrigen – »Alternativen keine«.

10 *Backhaus*, Der gesetzliche Richter im Staatsschutzstrafrecht: Zur Verfassungsmäßigkeit von § 120 Abs. 2 GVG, S. 62.

11 BGBl. I 1059.

12 BGBl. I 1993, 238.

13 BGBl. I 1996, 58.

14 BT-Drucks. 11/7139.

15 BT-Drucks. 14/1107.

16 BT-Drucks. 7/4005 S.89.

II.

Nach meinen persönlichen Erfahrungen und Recherchen in früherer Zeit hat der Politikbetrieb in Bonn sodann in Berlin die Regelungen – oft in Eile – erarbeitet, so etwas wie offene Kommissionen mit Vertretern aus vielen Bereichen – wie unlängst die Gremien zum Strafverfahren oder zu den Tötungsdelikten – hat es nicht gegeben.

Dann kam der 11. September 2001! Dass internationaler Terrorismus in Gestalt »Al Quaida« die Vereinigten Staaten mitten ins Herz traf, erzeugte unübersehbare politische Konsequenzen, die in die deutsche Gesetzgebung hineinreichten und -reichen. Ich erinnere daran, dass Bundeskanzler Schröder den USA »uneingeschränkte Solidarität« versicherte.

Bereits am 20. September 2001 – also neun Tage nach den Attentaten – nahm die Bundesregierung das Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung eines § 129b StGB in Angriff.¹⁷ Ich zitiere den vollständigen Wortlaut der im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Regelung von § 129b StGB:

»Die §§ 129 und 129a gelten auch für Vereinigungen im Ausland.«

Hatte man nach der BGH-Entscheidung Strafflosigkeit der »Wehrsportgruppe Ausland« in Deutschland noch hingenommen, bestand nun höchster politischer Druck,

»weil deutlich geworden sei, welche Gefahr von außereuropäischen kriminellen und terroristischen Vereinigungen droht.«¹⁸

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren erhielt § 129b StGB dann die wesentlichen Konturen seiner Ausgestaltung. Nach Anhörung von Sachverständigen, wozu auch Herr Senatsvorsitzender Breidling gehörte, einigten sich SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP auf die heutige Fassung.¹⁹ Für Vereinigungen in anderen Mitgliedstaaten der EU gilt nichts anderes als für deutsche. Die Strafbarkeit ausländischer terroristischer Vereinigungen jedoch wurde territorial begrenzt. Tatbestandliche Voraussetzung ist, dass der Tatort in Deutschland liegt, das »Opfer Deutscher ist oder sich im Inland befindet« (Abs. 1 Satz 2).

17 BR-Drucks. 725/01.

18 BT-Drucks. 14/7025 S. 6.

19 Durch Art. 220 der Zehnten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 7. September 2015 – BGBl. I 1474 – wurde in Abs. 1 Satz 3 lediglich »und für Verbraucherschutz« eingefügt.

Doch damit nicht genug, auch das Legalitätsprinzip erfuhr Einschränkungen; zur Verfolgung außereuropäischer Vereinigungen bedarf es einer Verfolgungsermächtigung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Abs. 1 Satz 3). Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, der diese Variante in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht hatte, hielt sie für erforderlich um die Verfolgung unbedeutender Sachverhalte oder mit unverhältnismäßigen Nachteilen verbundene Ermittlungen zu vermeiden. |²⁰

In Absatz 1 Satz 5 der Vorschrift macht der Gesetzgeber dem Justizministerium Vorgaben zur Ermessensausübung bei Verfolgungsermächtigungen. Die Forderung, die Beachtung dieser gesetzlichen Vorgaben durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gerichtlich nachprüfen zu lassen, wird bei erteilten Ermächtigungen von der Verteidigung im Strafverfahren immer wieder erhoben. Da der Regierungsentwurf eine Verfolgungsermächtigung nicht vorsah, |²¹ kann die Begründung keine Hinweise liefern. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages teilte in Beschlussempfehlung und Bericht vom 24. April 2002 insoweit mit:

»Die Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Ermächtigung ist gerichtlicher Nachprüfung entzogen.« |²²

In zweiter und dritter Beratung des Entwurfs bekräftigte der Parlamentarische Staatssekretär Prof. Dr. Pick für die Bundesregierung, dass lediglich »Hinweise zur Ausübung des Ermessens« gegeben werden. |²³ Dem widersprach für den Koalitionspartner der Abgeordnete Volker Beck und sah die gerichtliche Prüfung Einhaltung der Kriterien gewährleistet. |²⁴

Streit gab es um eine von der Ausschussmehrheit vorgeschlagene Änderung von §§ 129 Abs.1 und 129a Abs. 3 StGB |²⁵, wonach die »Sympathiewerbung« ersetzt werden sollte durch Werbung »um Mitglieder oder Unterstützer«. Mit ihrem Anliegen, an der sehr problematischen Regelung festzuhalten, riefen die Christdemokraten gar den Vermittlungsausschuss an, |²⁶ was aber letztlich ohne Erfolg blieb, wie die aktuelle Gesetzesfassung zeigt.

20 BT-Drucks. 14/8893, S. 9.

21 BR-Drucks. 725/01.

22 BT-Drucks. 14/8893 S. 9.

23 Plenarprotokoll vom 26. April 2002 S. 23331.

24 Plenarprotokoll vom 26. April 2002 S. 23334.

25 BT-Drucks. 14/8893.

26 BT-Drucks. 14/9336.

III.

In dem »Schnellschussentwurf« vom 20. September 2001 führte die Bundesregierung zur Notwendigkeit der Gesetzgebung auch die Verpflichtung aus der ‚Gemeinsamen Maßnahme der EU vom 21. Dezember 1998 betreffend die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der EU‘ an.²⁷ Völkerrechtliche Vorgaben lieferten fortan regelmäßig die Impulse für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Terrorismusstrafrechts. Denn nicht nur hier in Deutschland herrschte Ratlosigkeit, wie auf die nicht gekannten neuen Erscheinungsformen des islamistischen Terrorismus reagiert werden sollte. Die Bestimmungen der Vereinigungskriminalität müssen als Instrument im Vorfeld von Attentaten versagen, wenn es um radikalisierte Einzeltäter oder nicht strukturierte Zusammenschlüsse weniger Personen geht. Das Mittel, außerhalb des Staatsgebietes als gefährlich eingestufte Personen zu Präventivzwecken einzusperrn, wollten Andere nicht gehen. Einen anderen Weg als mit dem Strafrecht – salopp gesagt – noch weiter nach vorn, sahen die politisch Verantwortlichen in Deutschland nicht.

Unterstützung leisteten der Europarat – er hat in Artikel 7 Abs. 2 seines ‚Übereinkommens zur Verhütung des Terrorismus‘ vom 16. Mai 2005²⁸ die Strafbarkeit von Ausbildung für terroristische Zwecke gefordert – und die EU mit dem Rahmenbeschluss vom 28. November 2008 zur Terrorismusbekämpfung.²⁹

Der Bundesrat lieferte Anfang 2008 einen Gesetzentwurf ‚zur Bekämpfung des Aufenthalts in terroristischen Ausbildungslagern‘,³⁰ wonach die Wahrnehmung von Ausbildungsangeboten terroristischer Vereinigungen bei § 129a StGB eingestellt werden sollte. Der Vorschlag fand keine Mehrheit im Parlament.

Im Jahre 2009 brachten die Angehörigen der Koalitionsfraktionen und die Bundesregierung gleichlautende Entwürfe eines ‚Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten‘³¹ (GVVG) ein. Die Entwurfsverfasser forderten ein »möglichst frühzeitiges Eingreifen auch des Strafrechts«,³² da insbesondere bei »so genannten Selbstmordattentaten [...] die Phase zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung außerordentlich

27 BT-Drucks. 14/7025;

28 CETS Nr. 196; BGBl. 2011 II S. 300.

29 RB 2008/919/JI, ABl L 330, 21.

30 BT-Drucks. 16/7958.

31 BT-Drucks. 16/11735; 16/12428.

32 BT-Drucks. 16/12428 S. 1.

kurz«³³ sei. In den neuen Paragraphen 89a, 89b und 91 sollte Abhilfe geschaffen werden. Wie der zuvor skizzierte Bundesratsentwurf verdeutlicht, ging es politisch insbesondere um Training in den »Terrorcamps«.

Die »Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat« stellt § 89a StGB unter Strafe. Als Tathandlungen nennt die Vorschrift die aktive und passive Unterweisung mit Waffen, Sprengstoffen und dergleichen, deren Herstellung oder Beschaffung, sowie die Sammlung und Überlassung von »nicht unerheblichen Vermögenswerten«. Für nichteuropäische Auslandstaaten bedarf es auch einer Verfolgungsermächtigung, für minder schwere Fälle gilt eine mildere Strafandrohung, tätige Reue wird honoriert.

Im Schrifttum wurden erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit geltend gemacht.³⁴ Im Hinblick auf die erwarteten Ausführungen anderer Referenten will ich mich auf den Hinweis beschränken, dass der Staatsschutzsenat des BGH in einem ausführlichen Urteil eine verfassungskonforme Anwendung der Vorschrift für möglich hält.³⁵

Bereits die Kontaktaufnahme zu einer terroristischen Vereinigung in der Absicht sich unterweisen zu lassen, stellt § 89b StGB unter Strafe. Der Tatbestand entfällt, wenn in Ausübung rechtmäßiger beruflicher Pflichten gehandelt wird, was etwa für recherchierende Journalisten gilt. Der neue § 91 StGB schließlich kriminalisiert die Anleitung zur Begehung solcher Taten. Auch hier hat der Gesetzgeber die »Sozialadäquanzklausel«³⁶ des 86 Abs. 3 StGB verwendet und den Tatbestand entfallen lassen bei rechtmäßiger Ausübung beruflicher Pflichten.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass auf Betreiben der FDP in den Koalitionsvertrag für die 17. Wahlperiode aufgenommen wurde, dass – unter der Überschrift »Terrorcamps«³⁷ – die Wirksamkeit der §§ 89a, 89b StGB zur Mitte der Legislaturperiode evaluiert werden sollte. Die Bundesregierung hat am 2. Juli 2012 berichtet,³⁸ die kriminologische Zentralstelle ein Gutachten erstellt.³⁹

33 BT-Drucks. 16/12428 S. 1.

34 AnwK-StGB/*Gazeas* § 89a m.w.N.

35 Urteil vom 8. Mai 2014, 3 StR 243/13.,

36 BT-Drucks. 16/12428 S. 18.

37 Koalitionsvertrag für die 17. Legislaturperiode S. 100.

38 BT-Drucks. 17/10214.

39 *Dessecker/Feltes*, 2012, Evaluation des Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten.

Verschiedene internationale Verpflichtungen haben die jüngste Änderung des GVVG auf den Weg gebracht. |⁴⁰ Die Resolution des UN-Sicherheitsrates vom 24. September 2014 |⁴¹ verpflichtet, Reisetätigkeiten mit terroristischen Zielsetzungen unter Strafe zu stellen. Die Reaktion des Bundesgesetzgebers erfolgte mit der Einfügung des Absatzes 2a in § 89a StGB, wonach eine schwere staatsgefährdende Gewalttat auch vorbereitet, wer es unternimmt, zur Begehung einer solchen Tat oder zum Zwecke einer Unterweisung oder Beschaffung in einen Staat mit Terrorcamps ausreist. |⁴²

Veranlasst durch das Internationale Übereinkommen der VN vom 9. Dezember 1999 zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus |⁴³ und Empfehlungen der ‚Financial Action Task Force‘ |⁴⁴ wurde durch GVVG-Änderungsgesetz eine Stammnorm § 89c StGB »Terrorismusfinanzierung« in das Strafgesetzbuch eingefügt. Auch hier setzt die Kritik wieder da an, dass ein vielfach sozialadäquates Verhalten – Sammeln, Entgegennehmen oder Zurverfügungstellen von Vermögenswerten – die objektive Tathandlung darstellt. |⁴⁵

Und wie geht es weiter? Der Europarat hat am 19. Mai 2015 ein Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung des Terrorismus beschlossen. |⁴⁶ Ausweitungen der Strafbarkeit schwerpunktmäßig im Zusammenhang mit Reisetätigkeiten werden von den Mitgliedstaaten erwartet. Im Rat der Europäischen Union laufen Verhandlungen über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung. |⁴⁷ Strafnormen sind geplant für die öffentliche Aufforderung zu terroristischen Straftaten, Anwerbung, Ausbildung, Reisetätigkeiten, Finanzierung, sogar Diebstahl mit terroristischem Ziel. Sanktionen gegen natürlich wie juristische Personen werden erörtert.

Nicht zuletzt die schrecklichen Attentate jüngerer Zeit in Europa – namentlich in Paris – haben ersichtlich auf internationalen Ebenen die Bekämpfung des Terrorismus in den Focus gerückt. Gilt dort auch: Mehr Strafrecht bringt mehr Sicherheit, oder zumindest die Illusion für den verängstigten Bürger?

40 BT-Drucks. 18/4087.

41 UN-Resolution 2178 (2014).

42 Gesetz vom 12. Juni 2015 BGBl. I 926.

43 BGBl. 2003II S. 1923.

44 FATF Recommendations International Standards on Combatting Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, February 2012, updated October 2015.

45 *Sieber/Vogel*, Terrorismusfinanzierung, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 150, S. 132 ff.

46 CM(2015)61 final.

47 Interinstitutionelles Dossier: 2015/0281 (COD)

40 Jahre Terrorismusstrafrecht Ein Beitrag aus anwaltlicher Sicht¹

40 Jahre Terrorismusstrafrecht, gezählt ab dem Erlass des § 129 a StBG im Jahre 1976 – es ist Ihnen, liebe Kolleginnen und Kollegen, bereits aufgefallen: von der Verteidigung war bisher in dieser Veranstaltung nicht die Rede. Ich ziehe an dieser Stelle ein kurzes Resümee aus anwaltlicher Sicht und werfe mit Ihnen einen Blick auf die offenen Fragen von heute. Ich werde mich dabei kurz fassen, denn es hätte ein ganzes Berufsleben gebraucht, um Ihnen einen Überblick über 40 Jahre anwaltliche Praxis in diesem Betätigungsfeld zu geben. Lassen Sie mich also bei ungefähr der Halbzeit zwischen dem Jahr 1976 und heute einsteigen.

Zunächst schien für die Verteidigung durchaus bessere Zeiten angebrochen zu sein: Die Atmosphäre in den Sälen der Staatsschutzsenate bei den Oberlandesgerichten ist nicht mehr zwangsläufig von Belauerungen und gegenseitigen Feinderklärungen vergiftet. Verteidiger*innen werden, wenn es um das Verfahren geht – freilich nicht unbedingt mit Blick auf das Ergebnis – von den Senaten als Partner angesprochen. Die Anwendung von Sonderverfahrensrecht bezüglich Haft und Zugang zu den Beschuldigten wurde in gleichem Maße zur Ausnahme, wie die Verfolgung bestimmter Organisationen bzw. Parteiapparate in der Bundesrepublik zur Routine wurde. Es geht für die Akteur*innen zumeist auch nicht mehr um das große Ganze – die Bundesrepublik Deutschland und die politischen Verhältnisse in ihr – und auch Verteidiger*innen werden nicht mehr mit dem Beschuldigten und dem Versuch eines bewaffneten Umsturzes identifiziert und wünschten das auch nicht. Umgekehrt müssen wir uns als Verteidiger*innen heute auch nicht mehr fragen, was für »furchtbare Juristen« uns in Richterrobe gegenüber

¹ Der Beitrag ist das überarbeitete Manuskript des Impulsreferates des Autors auf dem 40. Strafverteidigertag in Frankfurt am Main am 5. März 2016. In der Arbeitsgruppe »40 Jahre Terrorismusstrafrecht« unter Leitung des Kollegen RAuN Axel Nagler (Essen) waren zuvor Referate von Herrn MD a.D. im BMJ Thomas Dittmann, Herrn BA beim BGH Thomas Beck (in diesem Band) und Herrn Prof. Kai Ambos gehalten worden.

sitzen und was die Vorsitzenden und die Vertreter*innen des Generalbundesanwaltes wohl im Krieg gemacht haben. Wie im gesamten Berufszweig erscheinen heute nicht Kanzleidurchsuchung und Festnahme, sondern das Burn-Out als die ständige Bedrohung der freien Advokatur. Das ist auch kein Wunder: die Masse der Verfahren richtet sich heute nicht mehr gegen deutsche Linke, sondern gegen mutmaßliche Beteiligte an Kämpfen im Ausland. Und wer hier im Raum war nicht auch am 11. September 2001 mit den Einwohnern von New York City solidarisch?

Diese Harmonie durch Normalisierung scheint nur einer zu stören, wie Sie der Diskussionsrunde am heutigen Vormittag auch entnommen haben. Das ist nicht etwa der Verteidiger, sondern: der Gesetzgeber.² Ist daran etwas neu? Schließlich bleibt alle Kritik am Strafrecht der Terrorismusbekämpfung bis zum heutigen Tag zutreffend: Es ist geprägt durch die Strafbarkeit von im allgemeinen strafrechtlich unverfänglichen Handlungen weit vor die Verletzung greifbarer Rechtsgüter. Dieser materiell-rechtlichen Verpolizeilichung entspricht einer Verpolizeilichung des Verfahrens, auch durch die zunehmende internationale Zusammenarbeit und die Einbindung der Nachrichtendienste in das Ermittlungsgeschehen. Gestern wie heute aktuell ist auch die Politisierung des Strafverfahrens, vom Gesetzgeber befeuert durch Ermächtigungsvorbehalte und Staatsschutzklauseln in den §§ 129 a Abs. 2, 129 b Abs. 1, S. 3 - 5, § 89 a ff. und auch angetrieben von dem EU-Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung.

So ist die Bundesrepublik Deutschland Teil eines neuen Metternich'schen Systems, in dem die Staaten über die Europäische Union hinaus gemeinsam ihr jeweiliges Gewaltmonopol auch mit strafrechtlichen Mitteln verteidigen, wo es vor der eigenen Bevölkerung geschützt werden muss. Instrumente wie das Rechtshilferecht und die Terrorismuslisten sichern in der Ebene das, was im Himmel des Völkerrechts die Privilegien der Regierungen in bewaffneten Konflikten sind. Die Asymmetrie zwischen Staat und Bürger bleibt in diesem Rechtsrahmen auch mit Blick auf das Ausland und bei wechselseitiger Gewalt in inneren Auseinandersetzungen als rechtliche Asymmetrie erhalten. Seinen Höhepunkt erreicht dieser Konsens der Staaten, wo gemeinsam das Negativ-Prädikat »Terrorismus« vergeben wird. Dazu bedurfte es nie der Erfüllung effektiver Kriterien, und es wurde bisher noch kein Staat gehindert, eigenmächtig diese moderne Kriegserklärung nach innen auszusprechen.

² Ausführlich hierzu der Beitrag von Mark A. Zöllner, Zehn Jahre 11. September, Zehn Jahre Gesetzgebend im materiellen Terrorismusstrafrecht in Deutschland – Versuch einer Bilanz, StV 2012, 364, abgedruckt im Materialheft zum 40. Strafverteidigertag.

Die rechtliche Umgebung des Terrorismusstrafrechts in der Bundesrepublik hat auf die Versuchungen und rechtsstaatlichen Herausforderungen der Koalition der Willigen post 9/11 längst reagiert. So kennt beispielsweise das Aufenthaltsrecht inzwischen einen geronnenen Terrorismusbegriff, an den es einschneidende Rechtsfolgen knüpft. Die außerstrafrechtliche Sicherheitsgesetzgebung war auch nach 9/11 Gegenstand ausführlicher verfassungsrechtlicher Korrekturen.³ So mussten gesetzgeberische Experimente etwa mit der akustischen Wohnraumüberwachung oder mit Trojanern immer wieder an die Grenzen stoßen, die ihnen die nüchterne und prinzipientreue Anwendung von Verfassungsrecht durch das Bundesverfassungsgericht setzte. Solche Effekte, die einen Konflikt um das große Ganze im liberalen Rechtsstaat aufzeigen, finden sich im materiellen Terrorismusstrafrecht nicht. Es ist bis heute dort bei dem bekanntermaßen weiten Ermessen des Gesetzgebers über Art und Weise des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes geblieben. Angesichts dessen sollte sich Verteidigung kritisch fragen: Geht der Rechtsstaat mit der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung wirklich den oft beklagten Weg, den ihm die bürgerrechtliche Kritik schon lange vor dem 11. September 2001 vorhergesagt hatte, nämlich den eines autoritären Sicherheitsstaates? Bislang wohl eher nicht, dient sie doch weniger der Umgestaltung der Verhältnisse in der Bundesrepublik selbst als der Flankierung von Außen- und Bündnispolitik mit strafrechtlichen Mitteln.

Gleichzeitig scheinen die Fallzahlen zu explodieren, werden erstmals seit langem wieder Generalstaatsanwaltschaften als Anklagebehörden gefordert und erlebt die Anwendung von Terrorismusstrafrecht heute eine ganz neue Konjunktur. Auch eine politisch nicht mehr ernsthaft bedrohte Verteidigung empfindet diesen Status quo als unbefriedigend. Denn weniger an Fragen des Rechtsgüterschutzes als an einer politisch motivierten Verfolgungsermächtigung hängt die von der Anwendung von § 129 b Abs. 1, S. 2 ff StGB abhängige Frage nach der Unterscheidung von Gut und Böse in ausländischen Konflikten. Spätestens hier treten die Gerechtigkeitslücken des neuen Metternich'schen Systems auch für jeden Zeitungsleser offen zutage: Nicht wenige Staaten sind nicht besser als ihre nicht-staatlichen Gegner, können sich aber bei der Anwendung von Gewalt im Innern, der Straflosigkeit ihrer Politiker und endemischer politischer Verfolgung effektiv auf völkerrechtliche Privilegien berufen. Nur in den seltensten Fällen hingegen hat die Staatengemeinschaft kollektive Notwehr anerkannt. Und so durften sich zwar

3 Überblick ebenfalls bei *Zöllner*, StV 2012, 364

die Bewohner*innen des Kosovo der diplomatischen, militärischen und schließlich justiziellen Anerkennung ihrer Sezession erfreuen, sind aber bis heute Tibeter*innen, Kurd*innen, die Bewohner*innen von Osttimor, die Tamil*innen, und morgen gewiss noch weitere Volksgruppen auf den Weg Gandhis verwiesen. Da nimmt es nicht Wunder, dass die Ermittlungen ebenso asymmetrisch ausfallen.

Als Eingangskriterien für die strafrechtliche Verfolgung reichen ein Body Count und eine gewisse programmatische Gewaltbereitschaft als Konfliktpartei, während die historische und soziale Dynamik eines Konflikts ebenso wenig tatbestandliche Relevanz hat wie die Voraussetzungen seiner Befriedung diesseits der totalen Vernichtung der oppositionellen Konfliktpartei. Verteidigung steht aber auch vor einem Ressourcen- und Technologieproblem: Jede alternative Erzählung eines gewaltsam im Ausland ausgetragenen Konfliktes durch die Verteidigung oder gar durch Beschuldigte stößt auf Strukturermittlungen mit erheblichem Ressourcenpotential, insbesondere auch bei der Heranziehung behördlicher Informationshilfe, der Rechtshilfe aus dem Ausland und der Übersetzung fremdsprachiger Texte. Dabei müsste Verteidigung an dem Narrativ der Diplomatie und damit gleichsam an der Staatsräson selbst rütteln, mit der schwachen Aussicht, die nach allen vertretenen Auffassungen hohen Hürden des völkerrechtlichen Gewaltverbotes für nicht-staatliche Akteure zu überspringen oder wenigstens Gleichheit im Unrecht einzufordern. Machen wir uns also nichts vor: Die jahrelange, umfängliche Anwendungspraxis auch des neueren Terrorismusstrafrechts hat im Wesentlichen zu der Entstehung der verbreiteten Rechtsüberzeugung von seiner Richtigkeit geführt. Kaum eine literarische Stimme oder gar Revisionsentscheidung verwirft die neuen Tatbestände des Terrorismusstrafrechts als rechtswidrig oder kommt sonst zu ihrer Unanwendbarkeit. Die routinierte Abarbeitung von Nicht-Regierungs-Gewalttaten erscheint kaum jemand als der Untergang des Rechtsstaates.

Wer sich als Verteidigerin oder Verteidiger heute nicht am warmen Ofen gemeinsam erlittener Niederlagen wärmen möchte, sondern das Business-as-usual der Anwendung des modernen Terrorismus-Strafrechts als rechtswidrig, vielleicht verfassungswidrig oder konventionswidrig überwinden will, wer also an den Stäben dieser Hölle rütteln will, braucht gute, wohl auch neue Werkzeuge. Diese werden, wenn nicht in der Geschichte selbst, so in bisher durch Verteidigung wenig erschlossenen Rechtsgebieten und in der Akademie zu suchen sein.

Für die Diskussion auf diesem Strafverteidigertag und auch mit Blick auf die Einleitungsvorträge der Mitdiskutanten stellen sich aus der Verteidigungspraxis eine Anzahl von Fragen:⁴

Wenn der Gesetzgeber mittels ministerieller Verfolgungsermächtigung gem. § 129 b Abs. 1 S. 3 StGB seine Justiz nicht mit Fragen von Gut und Böse belasten will, wälzt er die Risiken dieser Frage auf die von Strafverfolgung Betroffenen ab. An Völkerrecht und Völkerrechtslehre richtet sich die Frage: Kommt Bewegung in die asymmetrischen Verhältnisse zwischen Staaten und ihren innerstaatlichen Gegnern, etwa durch einen Menschenrechtstest für Regierungen oder durch Anerkennung der Folgen von Verletzungen des inneren Selbstbestimmungsrechts für die Beurteilung von Gewalthandlungen nicht-staatlicher Akteure?

An Exekutive und Rechtsprechung gerichtet fragt sich: Wenn die Justiz der Zumutung ausgesetzt ist, bei der Strafverfolgung von einer politischen Ermächtigungsentscheidung abhängig zu sein, sollten die Inhaber subjektiver Rechte nicht wenigstens eine Begründung dafür erhalten dürfen? Kann auf die Revision einer Verfolgungsermächtigung wirklich verzichtet werden? Welchem Beitrag können Strafverfolgung und Strafrechtspolitik zur Deeskalation von Konflikten im Ausland leisten? Wann beginnt die ernsthafte Verfolgung von Regierungskriminalität im Ausland, zumal nur die Spitzen von Regierungen sich auf eine wirksame Immunität berufen könnten? Auch die Beschränkung der Vereinigungsdelikte auf nicht-behördliche Akteure ist nicht in alle Ewigkeit in Stein gemeißelt.

Das anwaltliche Publikum wird sich fragen lassen müssen, mit welchen rechtlichen Innovationen es der Asymmetrien im materiellen Völkerrecht, im Verfahrensrecht von Verfahrensermächtigungen und Terrorismuslisten und schließlich auch der faktischen Übermacht justizieller Zeitgeschichtsschreibung entgegentreten will. Auch ohne neue Anstöße zu einem Recht auf Widerstand oder einer sonstigen subjektiv-rechtlichen Komponente der Teilnahme an einem asymmetrischen Konflikt im Ausland wird Verteidigung in ihren Argumenten beschränkt bleiben. Ob sich in einer kollektiven Notwehrlage nicht ein jus ad bellum oder wenigstens Einschränkungen für eine strafrechtliche Verfolgung entwickeln lassen, ist bei der Vielzahl neu entstehender Konflikte mit autoritären Regimen vielleicht schon in absehbarer Zeit neu zu verhandeln. Verteidigung und Wissenschaft sollten diesen Moment nicht verpassen.

⁴ Prof. Kai Ambos greift in seinem Beitrag »Die Verfolgungsermächtigung i.R.v. § 129b StGB - Notwendige Berücksichtigung völkerrechts- und außenpolitischer Interessen bei mangelnder Berücksichtigung humanitär-völkerrechtlicher Wertungen?«, ZIS 2016, 505 ff. einige dieser Fragen auf (nicht abgedruckt in diesem Band).

Tim Burkert

Rassismus im Strafverfahren. Was tun?

Einleitung

Wir haben uns heute den Tag über mit der Frage beschäftigt, was Rassismus überhaupt ist, welche Formen von Rassismus es in der Gesellschaft und im Strafverfahren gibt. Wir haben gelernt, dass wir zwischen individuellem und institutionalisiertem Rassismus entscheiden müssen, zwischen offenem und subtilem Rassismus, der häufig latent, verborgen ist, sich an eurozentrischen oder auch weißen Normen festmacht, Minderheitenpositionen nicht sieht und ergo nicht anerkennt.

Wir haben erfahren, dass der Begriff des Rassismus gerade in Deutschland – wahrscheinlich auch im angelsächsischen und sonstigem europäischen Raum – ein Begriff ist, der sich aus verschiedenen Gründen äußerst schwer festmachen lässt und dessen Gebrauch auf heftigen Widerstand auch in der Justiz stößt.

Für den Umgang mit Rassismus in der Justiz erweist sich als schwierig, dass Rassismus in Deutschland immer noch an den Maßstäben des Nationalsozialismus gemessen wird: Rassismus ist biologistisch determiniert. Rassist ist mithin jemand, der eine andere Person aufgrund einer angeblich biologischen Verschiedenheit ablehnt. Rassist ist jemand, der einen Schwarzen wegen seiner Hautfarbe ablehnt; Rassist ist jemand, der einen Juden wegen seiner Herkunft ablehnt; Rassist ist jemand, der einen Türken oder Türkeideutschen wegen seiner Herkunft ablehnt. So jemand will keine und keiner in der Justiz sein.

Dieser *biologistische Rassismus* ist ein Rassismus, der in der Bundesrepublik seit den 70er Jahren – eine pauschale und nicht verifizierte Behauptung von mir – oberflächlich stark rückläufig war und durch Thilo Sarrazin und sein Buch »Deutschland schafft sich ab« wieder salonfähig geworden ist.

Als Praktiker erlebe ich häufiger solche Individuen, die subtil rassistisch sind. Menschen, die einen offenen, biologistischen Rassismus ablehnen, aber gar nicht bemerken, wie sie auf die eine oder andere Art und Weise Menschen aus rassistischen Gründen abwerten. Diese Menschen treffen wir unter Staatsanwältinnen und Richtern und unter Verteidigern an, so wie wir sie bei der Polizei antreffen, wie uns Martin *Herrnkind* gezeigt hat.

Institutionalisiert gibt es beide Formen von Rassismus: Es gibt – und das sind Überbleibsel aus dem frühen zwanzigsten Jahrhundert – auch im Gesetz noch Begriffe wie den der »Rasse«; es gibt Aufenthaltsgesetze, die genau genommen völlig irrational sind: Warum sollte jemand abgeschoben werden, weil er mit etwas Marihuana erwischt wurde? De lege lata und de lege ferenda betonen wir allzu häufig das Andere.

Navid *Kermani* hat sich 2012 in einer Rede zur Eröffnung der Hamburger Lessingtage nicht mit dem Nathan auseinandergesetzt, sondern mit einem Stück von *Lessing*, das heute weitgehend unbekannt ist, dem Philotas. Darin geht es um Patriotismus, der von *Kermani* und von *Lessing* zu Recht und vehement abgelehnt wird. Den Wahnwitz der patriotischen Hauptfigur konnte ich 1990 am Deutschen Theater in Berlin spüren. Damals empfand ich das irgendwie unzeitgemäß, heute vorausschauend.

Der Begriff Patriotismus war irgendwie in Vergessenheit geraten, bis er 1989/1990 wieder Bedeutung gewann. Heute gibt es überall sogenannte patriotische Parteien in Europa; in den Vereinigten Staaten gibt es eine Renaissance der isolationistischen Bewegungen. Patriotismus ist also wieder etwas.

Jenseits der Politik und Justiz macht sich dies an anderen Dingen fest: Bei Fußballmeisterschaften fahren die Leute reihenweise mit deutschen Flaggen an ihren Autos durch die Gegend und machen sich gar nicht klar, was sie damit tun. Darauf angesprochen: Es herrscht schiere Begeisterung darüber, dass man wieder wer ist und sich über Deutschland identifizieren kann. Wie es ein nach folgender Bemerkung nicht mehr Bekannter zu mir sagte: »Deutschland brennt wieder«. Das war anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006 und es hat nur zehn Jahre gedauert, bis es nicht nur vereinzelt, sondern lichterloh überall brannte.

Unter denen, die mit deutschen Flaggen bei Fußballweltmeisterschaften durch die Gegend fahren, finden sich Verteidigerinnen und Verteidiger, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte. Es steht anzunehmen, dass viele sich in irgendeiner Form als patriotisch bezeichnen oder sich nicht klarmachen, welche nationalistische Haltung sie damit nach außen tragen. In dieser Haltung kommt eine Emotionalität zum Ausdruck, die die Betroffenen auch im Beruf nicht ablegen können, weil man Emotionen eben nicht einfach ablegen kann.

Rassismus im Strafverfahren

Das beginnt im Ermittlungsverfahren und bei der Polizei. Das ist Racial Profiling und Kern des Rassismus im Strafverfahren.

In Hamburg werden über bestimmte Personen Kriminalakten geführt. Dabei bemüht man sich natürlich, weil es ja offizielle Dokumente sind, nicht rassistisch zu scheinen. Bei den Beschreibungen wird also angegeben: Haarfarbe, Barttracht, besondere Merkmale, die äußere Erscheinung, bei einem Mandanten mit »südeuropäisch« und es gibt auch noch einen sogenannten Phänotyp, der bei meinem Mandanten mit »N« bezeichnet wird. Was das sein soll: Ich weiß es nicht.

Die Staatsanwaltschaft bekommt einen Aktenvorgang auf den Tisch. Es ist schwierig, den Blick darauf zu bekommen, was in der weiteren Arbeit rassistisch ist und was nicht. Soweit ich weiß, gibt es keinen geschulten Blick von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten auf Racial Profiling. Häufig fängt man dort mit dem Rassismus erst an: Die Beschuldigte mit dem türkischen Namen wird wohl das eine oder andere Mal eher angeklagt als die Beschuldigte mit einem eher vertrauten Namen.

Für die Gerichte stellt sich dies noch etwas differenzierter dar, bekommen sie doch in der Regel Anklagen auf den Schreibtisch, gehen also von einer rationalen Vorauswahl durch die Staatsanwaltschaft aus. Möglicherweise fällt die Prüfung im Zwischenverfahren noch ungründlicher aus, wenn die Anklage einem Klischee entspricht. Möglicherweise also wird gegen eine Frau ...*ic* schneller eröffnet als gegen einen Herrn Müller.

Das sind schon etwas subtilere Rassismen. Jüngstes Beispiel in Hamburg dafür sind Beschlüsse des Hanseatischen Oberlandesgerichtes in Haftsachen. Beispielhaft und zum Nachlesen mit einem Aktenzeichen: 1 Ws 172/15.

Gegen einen zum Tatzeitpunkt gerade 21 Jahre alten Menschen wird von der Staatsanwaltschaft Hamburg ein Ermittlungsverfahren geführt, weil er an zwei Tagen mit insgesamt neun Tütchen Marihuana gehandelt haben soll. Bei den Tütchen handelt es sich in der Tat um »Tütchen«, sie hatten jeweils den Inhalt eines Grammes Marihuana. Es geht also um insgesamt knapp 10 Gramm Gras.

Mit größter Selbstverständlichkeit geht das Oberlandesgericht von einer gewerbsmäßigen Begehung der Tat aus und führt genüsslich aus, dass jemand als noch nicht registrierter Asylsuchender – die Worte sind behutsam gewählt – über keinerlei legale Einkünfte verfüge. Besitze er also Marihuana,

könne zum einen ein Besitz zum Eigenverbrauch ausgeschlossen werden, da er ja über keine eigenen Einkünfte verfüge; Kiffen könne er sich nicht leisten. Handeltreiben damit sei also zwingend anzunehmen; dass dies gewerbsmäßig sei, liege auf der Hand, denn bei jemandem ohne Einkünfte sei – quasi, nicht wörtlich – jeder Euro bereits erheblich und zur nachhaltigen Gewinnerzielung geeignet.

Besonders perfide sind die Annahme von Fluchtgefahr und die Begründung dieser Annahme. Man greift hier nämlich auf die gesetzgeberische Wertung in § 61 Abs. 1 c Aufenthaltsgesetz und § 59b Abs. 1 Nr. 1 Asylverfahrensgesetz zurück und die dort genannten Regelungen, dass bei Annahme einer Betäubungsmittelstraftat räumliche Beschränkungen angeordnet werden können. Der im Aufenthalts- bzw. Asylverfahrensgesetz genannte Verdachtsgrad sei nicht im strafprozessualen Sinne zu bestimmen, so das Oberlandesgericht in Hamburg, sondern an der Prüfung der aktenkundigen Beweistatsachen im Einzelfall zu messen. Es wird offen gelassen, was das eigentlich sein soll, gleichwohl aber in den konkreten Fällen angenommen, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen von Fluchtgefahr erfüllt seien. Die vom Gesetzgeber im Aufenthaltsgesetz also angeblich mit Blick auf das bedrohte Rechtsgut der Volksgesundheit – ich fürchte, dass dies tatsächlich so gemeint ist – angemahnte Reaktion zur effektiven Gefahrenabwehr und damit einer räumlichen Beschränkung setzt sich nach Auffassung des Oberlandesgerichts im Untersuchungshaftrecht fort, wenn nämlich auf dieselben Voraussetzungen eine Fluchtgefahr gestützt werden soll. Täte man dies bei weißen, bei deutschen Beschuldigten? Dass sich die Entscheidung bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichten in Windeseile herumspricht und die Untersuchungshaftanstalt inzwischen mit ausländischen Kleindealern gefüllt wird, versteht sich von selbst. Das ist ja auch das Ziel.

In Bezug auf diese Entscheidung erleben wir, wie sich Rassismus institutionalisiert. Ich brauche nicht zu betonen, dass die Annahme von Fluchtgefahr Unsinn ist. Jemand, der wie hier im Alter von 19 Jahren aus Guinea-Bissau nach Deutschland kommt, wird nicht die nächste Fähre übers Mittelmeer zurück gen Afrika nehmen. Er wird also hierbleiben. Vielleicht – und das hat er mit den meisten Menschen gemein – wird er von der Idee eines Strafverfahrens nicht begeistert sein; im Hinblick auf die ihm von der Verteidigung mitgeteilte Straferwartung, die de facto auch in Hamburg und auch nach dieser Entscheidung des Oberlandesgerichtes weit unterhalb einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sich in der Regel im Bereich von Geldstrafen bewegt, wird er natürlich nicht abhauen.

Ergo: Hier wird vom OLG die Gefahr einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr konstruiert. Was bleibt? Den N. ohne richtige Papiere, den sperren wir ein.

Was also tun ?

1. Sich selbst hinterfragen

Wer sich mit dem Thema Rassismus länger beschäftigt, wird feststellen, dass er selber in rassistischen Gedankengängen gefangen ist. Wie schon Epikur erkannte: Heilung beginnt mit der Erkenntnis der Erkrankung: Es geht also darum, dass wir uns klarmachen müssen, dass wir aus denselben Machtstrukturen heraus wie die Justizmitarbeiter kommen und dass wir genauso sozialisiert sind. Das »Wir« steht für die deutliche Mehrheit der Verteidigerinnen und Verteidiger.

Natürlich haben wir Erfahrungen und Veränderungen erfahren: Schwarze Lebenswelten sind mir heute näher als vor 20 Jahren, als ich angefangen habe, als Verteidiger zu arbeiten. Dennoch: Ich erlebe sie nicht und habe – um die Terminologie von Doris *Liebscher* aufzugreifen – marginalisiertes Wissen bestenfalls ansatzweise vermittelt bekommen.

Ich fürchte also, dass ich immer noch in Klischees gefangen bin und ich denke, dass es Ihnen, wenn Sie ehrlich mit sich selber sind, auch noch so geht: Haben wir einen Sinti- oder Roma-Mandanten, dann sehen wir ein Vermögensdelikt; haben wir einen schwarzen Mandanten, dann sehen wir uns gleich im BTM-Verfahren. Das heitere Delikte-Raten bekommt mal wieder einen schalen Beigeschmack.

Zur Selbstreflexion gehört, auf die eigenen Gefühle zu achten, wenn wir uns mit einem Anklagevorwurf und der angeschuldigten Person beschäftigen: Haben wir ein Klischee? Machen wir eine Vorverurteilung aufgrund einer Herkunft, woher auch immer? Wie achten wir auf die Hautfarbe? Wie betrachten wir den Menschen? Betrachten wir ihn als gleich oder als ungleich? Wenn wir ihn als ungleich betrachten, woran machen wir das fest? Machen wir das an sozialen Verhältnissen fest, an der Herkunft, machen wir dies an dem Punkt fest: Ich bin dein Verteidiger, du bist der Mandant, ich hab's geschafft, du bist gescheitert, ich bin wertvolles Mitglied der Gesellschaft, du bist Verbrecher? Horchen Sie in sich hinein: Wie geht es Ihnen, wenn Sie einen Mandanten betreuen, der eine schwarze Hautfarbe hat, sich seit kurzem in Deutschland aufhält und mit einem Ladendiebstahl auffällt oder ein Gramm Gras verkauft? Denken Sie sich: Muss das sein? Wie so manche Richter, die das dann strafscharfend werten, weil der betreffende Angeklagte die öffentliche Meinung negativ »gegen Ausländer« beeinflusst. Verknüpfen Sie Gedanken zu Migration und Tatvorwurf vielleicht überhaupt nicht? Glückwunsch, das ist selten. Erkennen Sie die rassistischen Gedanken in sich und versuchen Sie, diese zu eliminieren. Sprechen Sie darüber.

2. Einen Sensor für Sprache und Shortcuts entwickeln.

Es gibt offensichtlich verfehlte Sprache. Wenn Richter von »Schwatten« sprechen oder Staatsanwälte davon, dass sie sich wie in einem Märchen aus 1001 Nacht fühlen; wenn Polizeibeamte stoisch von »Schwarzafrikanern« reden, wenn davon gesprochen wird, dass bei dem Angeklagten mit »orientalischem Migrationshintergrund« das Messer wohl locker sitzt.

Hinterfragen wir aber auch, warum in jedem noch so unbedeutenden Urteil die Migrationsgeschichte der Mandanten oder gar von deren Eltern so genau wie möglich aufgeschrieben wird ?

Auch und gerade an diesen Punkten können wir Rassismen sichtbar machen. Sichtbar machen bedeutet, das konkrete Gericht darauf hinzuweisen, welcher Gedankengang falsch ist, welches Vokabular falsch benutzt wurde, und es bedeutet, Vorgänge protokollieren zu lassen. Das mag im Einzelfall übertrieben sein. Es zwingt aber immer zur Auseinandersetzung.

3. Sprache

Wenn wir von Roma und Sinti sprechen, haben wir uns angewöhnt, von Roma oder Sinti zu sprechen, nicht aber von Zigeunern. Das Z-Wort wird von uns nicht mehr benutzt, wir haben dies verinnerlicht.

Dasselbe gilt für das N-Wort. Wir sprechen von Schwarzen; allerdings sind wir hier noch nicht ganz so gefestigt, weil wir alle unsicher sind, ob wir nicht auch von Schwarzafrikanern, von Afrikanern, von Farbigen sprechen dürfen oder sollen oder eben nicht von Schwarzen oder »People of Color«. Das ist noch nicht ganz angekommen. Und wie gehen wir damit um, wenn jemand von »maximal pigmentierten Menschen« spricht, die ja »besonders emotional« seien?

Der Begriff des Südländers ist beliebt; er ist allerdings offensichtlich ebenfalls rassistisch, weil er eine Unterscheidung aufgrund des Aussehens macht, sich also vermeintlich auf das Aussehen bezieht, tatsächlich aber die Herkunft meint und insoweit auch pejorativ gemeint ist. Man spricht schließlich nicht von schwarzhaarigen Menschen mit hellerem oder dunklerem Teint (Phänotyp: N wie ich vermute) und – versuchen Sie es einmal – wie will man eigentlich einen Südländer tatsächlich beschreiben. Der Begriff ist genauso wertlos wie die Definition des »Schwarzafrikaners«.

Es gibt auch Paradoxe. Meine Freundin berichtet mir folgenden Fall:

Eine Mandantin von ihr wird eines Diebstahls angeklagt. Sie wird zu ihren persönlichen Verhältnissen vernommen und der Vorsitzende

fragt sie: *Sind Sie Zigeunerin?* Meine Kollegin regt sich darüber auf und rügt diesen Sprachgebrauch, die Mandantin selber sagt: *Ach, Herr Richter, das ist schon in Ordnung.*

Wie gehen wir mit solchen Situationen um? Rügen wir das oder lassen wir es stehen? Wem geben wir die Handlungshoheit, dem Gericht, dem Mandanten, bestimmen wir?

4. Shortcuts

Es ist auffällig, wie oft Richterinnen und Richter in Stereotypen denken. Nehmen Sie die Befragung der Mandanten zu ihren persönlichen Verhältnissen.

Ein typischer Shortcut findet sich bei der Frage zu den persönlichen Verhältnissen. *Sind Sie eigentlich als Asylant anerkannt?* Die Staatsangehörigkeit wird häufig nicht abgefragt, sondern angenommen. Und wenn jemand angibt, Deutscher zu sein, wird unweigerlich nach der Herkunft der Eltern gefragt.

Die persönlichen Verhältnisse beginnen mal wieder bei der Sprache: Die Akte gibt Hinweise darauf, ob ein Dolmetscher benötigt wird oder nicht. Es gibt also genügend Möglichkeiten zur Differenzierung. Und doch: Auch für in Deutschland geborene Menschen werden gelegentlich Dolmetscher geladen, während man sich an anderer Stelle mühelos über nur rudimentäre Kenntnisse der deutschen Sprache mit Ignoranz behilft. Es fehlt häufig an einfachen kommunikativen Fähigkeiten an dem Punkt, der Nachfrage nämlich beim Angeklagten oder bei der Verteidigung. Das macht deutlich, was stört: Dass es nicht selbstverständlich ist, dass alle deutsch sprechen; und das bekommen dann ja auch viele zu hören, wie gut sie deutsch sprechen oder den vermeintlich guten Rat, besser deutsch zu lernen, um sich zu integrieren.

Shortcuts: Das sind nicht nur falsche Annahmen über falsche Voraussetzungen, wie zum Beispiel den Aufenthaltsstatus. Ein Shortcut liegt auch vor, wenn ein Angeklagter erwähnt, dass er Sinti sei, und der Richter die Zuschauer im Saal gleich für die Großfamilie hält. Oder wenn ich ausgerechnet dieses Beispiel wähle.

5. Die persönlichen Verhältnisse

Welche Informationen über Hautfarbe, Herkunft, Sprache, Religion von Mandanten sind für die strafrechtliche Hauptverhandlung eigentlich wirklich notwendig? Und welche sind überhaupt zulässig? Wir müssen anfangen, die Notwendigkeit dieser Informationen zu hinterfragen. Im Einzelfall können sie wichtig sein; oft werden sie es nicht sein.

Nach der StPO sind diese Informationen zu erheben, soweit sie für Schuld-spruch oder Strafzumessung von Bedeutung sein können. Die RiStBV sehen in Nr. 13 vor allem die Passnummer des Ausländers als erheblich an. Und die Migrationsgeschichte?

Bekanntermaßen sorgt ein Kontakt ins Ausland leicht für die Annahme von Fluchtgefahr. Und der Kontakt ist oft schon da, wenn einer nur einen ausländisch klingenden Namen trägt. Oder noch gar keinen Aufenthaltsstatus hat. An dieser Stelle kommt noch einmal das Hanseatische Oberlandesgericht in dem oben zitierten Beschluss zu Wort:

»Den gesamten Tatumständen wohnte ein besonders hartnäckiges, durch rasche Wiederholung und auch dadurch zur Schau getragenes rechtsmissachtendes Verhalten inne: Als solches fügte es sich ohne Weiteres ein in das durch das Untertauchen in jede Zusammenarbeit mit den Behörden verweigernde Verhalten des Beschuldigten bezüglich der Beendigung seines Aufenthaltes im Bundesgebiet. Es konnte vor diesem Hintergrund weder von einer kurzen Untersuchungshaft noch von einer Geldstrafe erwartet werden, dass diese ihn in der notwendigen Weise beeindrucken werden.«

Derjenige Ausländer, der keine Lust hat, sich diesen sehr strikten Regimes zu unterwerfen und sich anmaßt, Ordnungsunrecht dadurch zu begehen, dass er sich nicht dort aufhält, wo er sich aufhalten darf, insoweit also nicht einmal Straftaten begeht, für den gilt auf einmal, dass die Verhängung kurzzeitiger Freiheitsstrafen unerlässlich ist. Das ist – im doppelten Sinne - Gesinnungsstrafrecht.

6. Immer die Interessen des Mandanten im Blick behalten

Wir wissen, dass die Justiz äußerst allergisch auf Rassismus-Vorwürfe reagiert und dass wir uns und die Mandanten mit dem Vorwurf oder dem Hinweis auf Rassismus unbeliebt machen. Wie also sollen wir damit umgehen? Sollen wir Rassismus als Rassismus bezeichnen? Sollen wir schlicht die Verhaltensweise rügen und darum bitten, nicht mehr das »N-Wort«, sondern eine neutrale Bezeichnung zu nutzen? Sollen wir Befangenheitsgesuche stellen? Sollen wir bestimmte Äußerungen protokollieren lassen und Strafanzeigen stellen? Wir wissen, dass dies alles auch auf die Verhandlungsatmosphäre wirkt. Das kann manchmal zu einer Einstellung des Verfahrens führen, weil die Vorwürfe der Justiz viel zu peinlich sind oder uns vorgeführt werden soll, dass unsere Rassismus-Annahme neben der Sache liegt. Oder aber: Wir produzieren stille Wut und der Mandant bekommt diese möglicherweise in der Verurteilung oder im Strafmaß zurück.

Sollte es ausnahmsweise positive Effekte geben, dürfen wir diese – nach Rücksprache mit dem Mandanten – auch nutzen? Jedenfalls müssen wir bei dem Kampf gegen Rassismus nicht das Ziel der Verteidigung und nicht die Interessen der Mandanten aus dem Auge verlieren.

Es ist vielleicht zehn Jahre her, da gab es in Hamburg einen alten Amtsrichter, der vielleicht nicht böse war, sondern nur einfach strukturiert und sich ganz lustig fand. Es gab einen Angeklagten, es war ein Schwarzer. Er kam etwas spät und der Vorsitzende fragte mich, *wo ist denn unser Schwatter?* Versuchen Sie nicht, dem Mandanten klarzumachen, dass es sich hier nicht um einen rassistischen Richter handelt. Das wäre Lüge. Das Ablehnungsgesuch war natürlich unbegründet, da es sich hier erkennbar um einen Spaß gehandelt habe; das Verfahren wurde nach § 153 StPO eingestellt.

Die Mandantin meiner Kollegin, die dem Richter erlaubte, sie als Zigeunerin zu bezeichnen, wurde freigesprochen.

7. Aktionen in der Hauptverhandlung

Wie schafft man es, Gerichte vom Vorliegen von Rassismus zu überzeugen, wenn allein das Wort schon aggressiv gewertet wird?

»Bei mir im Gerichtssaal wird das Wort Rassismus nicht in den Mund genommen.« Deutlicher kann man es nicht sagen. Das habe ich im Verwaltungsgericht Hamburg gehört, als ich 1999 für meinen Mandanten feststellen lassen wollte, dass seine Personenkontrolle rechtswidrig war. Ich habe mir den Begriff nicht verbieten lassen, wurde der Beleidigung beschuldigt und musste erst freigesprochen werden.

,Verteidigung ist Kampf' gilt also. Das ganze Spektrum der StPO steht uns zur Verfügung. Beanstandungen, Verwertungswidersprüche, Befangenheits- und Beweisanträge, Protokollierungen nach § 183 GVG verbunden mit Strafanträgen der Mandanten. Wir können Opening Statements in Fällen des Racial Profiling abgeben, in 257er-Erklärungen Zeugenaussagen bewerten, Zeugen selber wortkritisch befragen, Sachverständigengutachten beantragen und natürlich im Plädoyer auf sämtliche Rassismen des Verfahrens hinweisen und entsprechende Verfahrensanträge stellen. Dieses Instrumentarium kennen Sie alle. Um es anzuwenden, braucht es ein Bewusstsein von Rassismus auf Verteidigerseite. Seien Sie kreativ!

8. Dokumentation

Als Verteidigerinnen und Verteidiger können wir uns in der Hauptverhandlung an rassistischen Vorgängen abarbeiten. Wir finden aber auch: So etwas gehört dokumentiert. Das gilt für die Hauptverhandlung durch Protokollierungen, aber auch außerhalb.

Dienstaufsichtsbeschwerden führen zwar nie direkt zum Ziel, aber sie landen in der Personalakte und nicht in der Tonne. Sie sind also auf Sicht sinnvoll. Und Klatsch und Gerüchteküche haben zumindest einen Warneffekt.

Wir möchten deshalb auch Erfahrungen sammeln und auswerten, um uns allen Material und Argumente für zukünftige Diskussionen an die Hand zu geben und wir möchten dem Thema zukünftig die ihm gebührende Aufmerksamkeit widmen.

Wer sich mit dem Thema Rassismus beschäftigt, merkt recht schnell, dass das sehr vielschichtig wird. Plumpem Rassismus können wir alle sofort und jederzeit begegnen; wenn es latent wird, wird es schwieriger. Das betrifft auch und gerade den eigenen Erfahrungshorizont. Wir finden deshalb: Wir müssen uns dazu fortbilden.

Resümee

Rassismus ist Alltag im Ermittlungsverfahren und im Gerichtssaal, teils in plumper Form, teils sehr subtil. Strategien im Umgang damit haben wir nur im Einzelfall, marginalisiertes Wissen wird von uns nicht genutzt, wir beteiligen uns vielmehr selber häufig an einem oberflächlichen Umgang mit rassistisch diskriminierten Menschen. Wir müssen Sensibilität für Rassismus, für Sprache und Short Cuts entwickeln und auch alltägliche Verfahrensvorgänge unter dem Aspekt rassistischen Handelns betrachten und dagegen agieren, wenn es Anlass dazu gibt. Wir müssen rassistische Vorgänge dokumentieren und uns zum Thema fortbilden.

Das neue Korruptionsstrafrecht Herausforderungen für die Praxis, dargestellt an ausgewählten Fragestellungen

Sehr geehrte Damen und Herren,

schon der Koalitionsvertrag¹ der 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD (»Deutschlands Zukunft gestalten«), in dem sich die Aussagen »Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen«² und »Wir werden die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung neu regeln«³ finden, lies darauf schließen, dass die neu gebildete Große Koalition gewillt ist, nicht zuletzt im Hinblick auf internationale Vorgaben zum Teil längst überfällige strafrechtliche Neuregelungen im Bereich der Bekämpfung der Korruption zu schaffen.

Diesen »Hausaufgaben« ist der Gesetzgeber bereits in der ersten Hälfte der Legislaturperiode weitgehend nachgekommen. Denn mit dem am 1. September 2014 in Kraft getretenen *Achtundvierzigsten Strafrechtsänderungsgesetz – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung* vom 23. April 2014⁴ wurde die vormals nur als Stimmenkauf unter Strafe gestellte Abgeordnetenbestechung in § 108e StGB »Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern« einer erweiternden Neuregelung unterzogen. Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015,⁵ dessen Schwerpunkt auf den Neuregelungen im Bereich der Bestechung Europäischer, ausländischer und internationaler Amtsträger sowie der Bestechung im geschäftlichen Verkehr liegt⁶ und das der Umsetzung internationaler Rechtsinstrumente zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden und internationalen

1 <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 12. Februar 2016)

2 Koalitionsvertrag S. 77

3 Koalitionsvertrag S. 152

4 BGBl I S. 411ff.

5 BGBl I S. 2015ff.

Korruption dient, trat am 26. November 2015 in Kraft. Noch nicht geltendes Recht, jedoch im Gesetzgebungsverfahren bereits weit vorangeschritten, ist der Entwurf eines *Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen*.⁷ Nach einer ersten Lesung im Plenum am 13. November 2015 ist der Entwurf derzeit an die Ausschüsse für Recht und Verbraucherschutz (federführend), für Gesundheit sowie den Innenausschuss überwiesen. Das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung der Thematik »Korruption im Gesundheitswesen« hatte nach der Entscheidung des Großen Senates des Bundesgerichtshofs für Strafsachen vom 29. März 2012,⁸ in der nach langer Diskussion in Wissenschaft und Praxis klargestellt worden war, dass niedergelassene Vertragsärzte weder unter »Amtsträger« im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch unter »Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen« im Sinne des § 299 StGB subsumiert werden können, und einer damit klar hervorgetretenen kriminalpolitisch nicht beabsichtigten⁹ und auch nicht wünschenswerten Strafbarkeitslücke neue Dynamik erfahren.

Gemeinsam ist allen drei gesetzlichen Neuregelungen bzw. Gesetzgebungsverfahren eine Verschärfung des Korruptionsstrafrechts. In dem folgenden Beitrag möchte ich einzelne, mir besonders von Interesse erscheinende Aspekte herausgreifen und die Frage nach den damit für die Praxis verbundenen Konsequenzen darstellen.

I. Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung

Ein besonders Anliegen im Gesetzgebungsverfahren zur Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung war es, sicher zu stellen, dass die Verfolgung dieses Deliktes in die Hände besonders erfahrener und qualifizierter Staatsanwälte und Richter¹⁰ gelegt wird. Diesem angesichts der Sensibilität der Thematik und potentieller Beschuldigter, die als Mandatsträger regelmäßig unter besonderer Beobachtung der Öffentlichkeit und

6 Vgl. *Walther*, Auf ein Neues: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, WiJ 3/2015

7 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21. Oktober 2015, BTDRs. 18/6446
8 BGHSt 57, 202ff.

9 Vgl. *Kubiciel*, Die Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen: verfassungskonform, kriminalpolitisch angemessen und effektiv?, WiJ 1/2016

10 Vgl. dazu die Anhörung der Verfasserin im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 17. Februar 2014, Wortprotokoll der 7. Sitzung, Protokoll Nr. 18/7, S. 17f. (https://www.bundestag.de/blob/196222/86bc27d378972efd426c7ddbe05f61ff/05_wortprotokoll-data.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. Februar 2016).

des politischen Gegners stehen, verständlichen Anliegen hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er die gerichtliche Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung über Verfahren nach § 108e StGB neu den Oberlandesgerichten, in deren Bezirk die Landesregierungen ihren Sitz haben (§ 120b GVG) und dementsprechend die Zuständigkeit für die Verfolgung dieses Deliktes den Generalstaatsanwaltschaften dieser Bezirke übertragen hat (§§ 141, 142 GVG).¹¹ Richtig und wichtig war sicherlich eine Konzentration der Verfahren gemäß § 108e StGB neu auf einige wenige Staatsanwaltschaften bzw. Gerichte, denn nur so kann die Bearbeitung der Verfahren durch hierfür besonders qualifizierte und erfahrene Kolleginnen und Kollegen gewährleistet werden. Die Übertragung der Bearbeitung dieser Verfahren auf die Ebene der Oberlandesgerichte und der Generalstaatsanwaltschaften geht jedoch damit einher, dass im Rahmen der Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen quasi eine »Instanz«, nämlich die Überprüfung durch die Mittelbehörde, die Generalstaatsanwaltschaft, verloren gegangen ist. Aus praktischer Sicht wäre diese Zuständigkeitsregelung nicht zwingend gewesen. Eine Konzentration durch die jeweiligen Landesjustizverwaltungen auf einige wenige Schwerpunktstaatsanwaltschaften, in etwa die Behörden, in deren Zuständigkeitsbereichen die Landesregierungen ihren Sitz haben, und eine entsprechende gerichtliche Zuständigkeitsregelung wäre m.E. ausreichend gewesen.

Besondere Kritik als erhebliche Einschränkung des Tatbestandes und damit »rechtspolitische Minimallösung« hat bereits im Gesetzgebungsverfahren¹² und später in der Literatur¹³ u.a. das Tatbestandsmerkmal »im Auftrag oder auf Weisung« erfahren. In der Tat dürfte dieses Tatbestandsmerkmal, das nach dem Willen des Gesetzgebers erfordert, »dass der Mandatsträger sich durch den Vorteil zu seiner Handlung bestimmen lässt und seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordnet«,¹⁴ in der Praxis zu nicht vernachlässigenden Beweisschwierigkeiten führen. Zwar ist bei der Subsumtion unter dieses Tatbestandsmerkmal unerheblich, ob sich der Mandatsträger innerlich vorbehält, sein Abstimmungsverhalten nicht durch

11 Vgl. dazu auch *Meyer-Goßner/Schmitt/Meyer-Goßner*, StPO, 58. Aufl., § 120b GVG Rn. 1

12 Vgl. dazu exemplarisch die Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 17. Februar 2014, Wortprotokoll der 7. Sitzung, Protokoll-Nr. 18/7 (https://www.bundestag.de/blob/196222/86bc27d378972efd426c7ddbe05f61ff/05_wortprotokoll-data.pdf, zuletzt aufgerufen am 15. Februar 2016).

13 Vgl. exemplarisch: *Hoven*, Aktuelle rechtspolitische Entwicklungen im Korruptionsstrafrecht – Bemerkungen zu den neuen Strafvorschriften über Mandatsträgerbestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr«, *NSStZ* 2015, 553ff. (504f.)

14 Vgl. Gesetzesbegründung, BT Drs. 18/476, S. 5

die Zuwendung beeinflussen zu lassen, entscheidend ist vielmehr, der vom Vorsatz umfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens.¹⁵ Der vorausschauende Täter wird jedoch peinlich darauf achten, insoweit keine »Spuren« zu legen.

Nennenswerte praktische Erfahrungen der Staatsanwaltschaften mit § 108e StGB neu, wie z.B. eine Zunahme an Strafanzeigen, erste Erfahrungen mit der Auslegung und Nachweisbarkeit der Tatbestandsmerkmale, sind mir bislang nicht bekannt geworden. Das Fallaufkommen scheint derzeit gering zu sein.

II. Gesetz zur Bekämpfung der Korruption

Die Integration des IntBestG sowie des EUBestG in das Kernstrafrecht und damit eine Bündelung der Tatbestände des Korruptionsstrafrechts ist aus praktischer Sicht zu begrüßen, führt dies doch zu einer besseren Übersichtlichkeit und Vermeidung von Rechtsanwendungsfehlern.

Die Definition des Europäischen Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB und damit die Erweiterung der Strafbarkeit desselben gegenüber der bisherigen Gesetzeslage durch die Gleichstellung mit deutschen Amtsträgern auch im Rahmen der Vorteilsannahme dürfte zu keinen nennenswerten praktischen Schwierigkeiten führen, ebenso wenig die Ausweitung des territorialen Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts gemäß § 5 Nr. 15 StGB.

Problematischer gestaltet sich allerdings die Reichweite des § 335a StGB dahingehend, dass der Tatbestand im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage auf das Erfordernis »der Erlangung eines Auftrages oder unbilligen Vorteils im internationalen Geschäftsverkehr« verzichtet, mithin Bestechungshandlungen von Privaten, zum Beispiel Touristen, im Rahmen privater Urlaubsreisen unabhängig von der Strafbarkeit am Tatort erfasst. Ein praktisches Bedürfnis für diese extensive Erweiterung des Tatbestandes bestand aus meiner Sicht nicht. Denn zunächst ist die Gewährleistung der Lauterkeit der ausländischen öffentlichen Verwaltung über den internationalen Wettbewerb hinaus und der Schutz derselben durch Schaffung entsprechender Straftatbestände ureigenste Aufgabe des jeweiligen betroffenen Staates. Zum anderen dürfte die Verfolgung von Bestechungshandlungen der Geber in Deutschland, während die Nehmer in dem jeweiligen Land (da die entsprechenden Handlungen nicht strafbewehrt sind und/oder nicht verfolgt werden) unbehelligt bleiben, nicht

¹⁵ Vgl. Gesetzesbegründung, BTDrS. 18/476, S. 8; BGH, Urteil vom 17. März 2015 – 2 StR 281/14, NStZ 2015, 451, 453/454

effektiv zur internationalen Korruptionsbekämpfung beitragen können. In der Regel dürfte es sich bei diesen »Touristen-Fällen« nicht um Fälle der Schwerekriminalität, sondern um Taten im Bereich der Klein- bis mittleren Kriminalität handeln. Strafanzeigen oder sonstige Erkenntnisse, die zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlassen hätten, wären diese Sachverhalte bereits nach früherer Rechtslage strafbar gewesen, sind mir in meiner mehrjährigen Tätigkeit im Bereich der Verfolgung von Korruptionsdelikten nicht bekannt geworden. Sollte es künftig zu Ermittlungsverfahren in diesem Kriminalitätsbereich kommen, etwa durch Strafanzeigen Mitreisender o.ä., dürfte die Durchführung derselben nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden mit umfangreichen, zeitintensiven Rechtshilfeersuchen, deren Erfolg, abhängig vom ersuchten Staat, ungewiss sein kann, gegenüberstehen. Eine künftige Neigung der Staatsanwaltschaften, diese Verfahren durch Opportunitätseinstellungen zum Abschluss zu bringen, wäre nicht überraschend, würde aber zur Bekämpfung der internationalen Bestechung nicht wesentlich beitragen. Zu befürchten ist vielmehr, dass die Belastung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte mit der Aufklärung dieser Sachverhalte zu einem nicht zu vernachlässigenden Abzug von personellen Kapazitäten führt, die zur Aufklärung der Kernsachverhalte im Bereich der Auslandskorruption dringend benötigt werden.¹⁶

Wichtig und richtig aus praktischer Sicht ist hingegen die Erweiterung des Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch Einführung des Geschäftsherrnmodells in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB. Mit Einführung dieser Tatbestandsalternative werden bislang bestehende Strafbarkeitslücken geschlossen. So waren in der Vergangenheit nicht selten Fälle zu beobachten, in denen es nach Beendigung der Wettbewerbssituation i.S.d. § 299 StGB zu Bestechungshandlungen gegenüber Angestellten oder Beauftragten kam, mit denen sich die Auftragnehmer nicht unerhebliche Vorteile im Wettbewerb verschafften und die vor diesem Hintergrund im Sinne des Wettbewerbsschutzes in gleicher Weise strafwürdig wie Bestechungshandlungen während bestehender Wettbewerbssituation sind. Zu denken ist etwa an die Erlangung der nachträglichen Erlaubnis, mit bestimmten Subunternehmern zusammen zu arbeiten, die zunächst durch den Auftraggeber nicht gewünscht waren, jedoch besonders kostengünstig anbieten bzw. mit denen es Absprachen der dauernden wechselseitigen Beauftragung gibt, oder die Erlangung von Stundungen, Erleichterungen im Rahmen der Gewährleistungspflicht, etc.. Der Verweis, dass diese Fälle in

16 Vgl. dazu auch *Dann*, Und immer ein Stück weiter – Die Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts, NJW 2016, 203, 204

der Regel auch dem Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, unterfallen, rechtfertigt es meines Erachtens nicht, der Neuregelung ein kriminalpolitisches Bedürfnis zu versagen. Hierfür sprechen nicht nur unter Umständen bestehende Beweisschwierigkeiten betreffend den Untreuetatbestand. Der Wettbewerbsschutz erfordert es vielmehr nicht nur den zu pönalisieren, der durch Korruption an einen Auftrag gelangt, sondern auch den, der sich später durch korruptive Mittel Vorteile bei der Auftragsdurchführung verschafft. Denn diese hat er in sein ursprüngliches Angebot in der Regel eingepreist und kann so besonders günstig anbieten. Er verschafft sich damit gegenüber dem redlichen Anbieter einen Wettbewerbsvorteil.

Die breit erörterten Befürchtungen einer Ausuferung des Straftatbestandes unter Zitierung des von *Rönnau*¹⁷ gebildeten Beispiels des Catering Personals, das im Austausch für eine Zuwendung entgegen der Weisungen ihres Arbeitsgebers auf das Tragen von Schürzen verzichtet,¹⁸ vermag ich in dieser Schärfe nicht zu teilen. Denn zu Recht weist *Hoven*¹⁹ darauf hin, dass der wirtschaftlich denkende Geber kaum Zuwendungen erbringen wird, die für ihn keine erkennbaren Marktvorteile bringen, somit wettbewerbsfremde Motivationen für eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr eher die Ausnahme darstellen dürften. Zum anderen bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage v.a. vor dem Hintergrund der diesbezüglich in der Literatur bereits vorgeschlagenen einschränkenden Auslegung des Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung auf Pflichtverletzungen, die ausschließlich oder primär dem Schutz des Leistungswettbewerbs dienen,²⁰ positionieren wird. Die Gesetzesbegründung²¹ verhält sich hierzu nicht.

Nicht gelöst durch die Neufassung des § 299 StGB dürfte die bereits im Vorfeld der gesetzgeberischen Initiativen viel diskutierte Frage²² sein, ob eine Einwilligung des Geschäftsherrn rechtfertigende Wirkung in Bezug auf § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB hat. Der Gesetzgeber hat für die zweite Tatbestandsalternative in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB explizit geregelt, dass die Vorteilszuwendung »ohne Einwilligung des Unternehmens« erfolgen

17 *Rönnau* in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl, 2012, 3. Teil, 2. Kap. Rn. 80

18 Vgl. zum Meinungsstand m.w.N.: *Hoven*, a.a.O., S. 556ff.

19 *Hoven*, a.a.O., S. 560

20 Vgl. dazu *Kubicel*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr – Zu einer wettbewerbsorientierten Umsetzung des sog. Geschäftsherrnmodells in § 299 StGB«, ZIS 2014, 667, 669ff.

21 Vgl. dazu BT Drs. 18/4350, S. 20 - 22

22 Vgl. zum Meinungsstand: *Fischer*, StGB, 63. Aufl, § 299 Rn. 23; *Krick* in Münchner Kommentar, 2. Auflage, § 299 Rn. 39

muss, wobei nicht nur die Annahme bzw. die Hingabe des Vorteils, sondern auch die Verbindung des Vorteils mit der pflichtwidrigen Handlung des Angestellten oder Beauftragten gestattet werden muss.²³ Will man hieraus nicht den Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber in der 1. Tatbestandsalternative die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung des Geschäftsherrn dadurch bewusst ausgeschlossen hat, dürfte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main²⁴ die Diskussion neu entfacht sein.

Nicht unerhebliche praktische Relevanz dürfte – nicht zuletzt vor dem Hintergrund einer möglichen Bebußung des Unternehmens gemäß § 30 Abs. 1 OWiG – auch die Frage haben, ob die Verwirklichung der Tatbestände der §§ 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB im Unternehmen zu einer Verletzung der Aufsichtspflicht der Leitungsebene gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG führen kann.²⁵ Betreffend § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB dürfte dies zu bejahen sein, während der Schutzzweck des § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB dem entgegenstehen dürfte.

Eine Anwendung des § 130 OWiG auf Pflichtverletzungen im Sinne des § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB eröffnet grundsätzlich auch die Möglichkeit einer Bebußung des Unternehmens gemäß § 30 Abs. 1 OWiG. Die Bestimmung des »wirtschaftlichen Vorteils« i.S.d. § 17 Abs. 4 i.V.m. § 30 Abs. 2 OWiG dürfte in den Fällen, in denen die durch die Zuwendung erstrebte Pflichtverletzung nicht dem Schutz des Leistungswettbewerbs dient, problematisch sein. Anders ausgedrückt, um bei dem Beispiel von *Rönnau* zu bleiben: Kann das Abnehmen der Schürzen durch das Cateringpersonal zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen und wie wäre dieser zu bewerten?

III. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen

Das grundsätzliche kriminalpolitische Bedürfnis nach einer weitergehenden Pönalisierung der Korruption im Gesundheitswesen über das aktuell geltende Recht hinaus dürfte außer Frage stehen. Neben den diesbezüglich viel

²³ Vgl. dazu *Dann*, a.a.O., S. 205

²⁴ Beschluss vom 22. April 2015 – 5/12 Qs 1/15, in juris dokumentiert; vgl. dazu auch, *Rheinländer*, Zur Frage nach der Möglichkeit einer strafbefreienden Zustimmung des Prinzipals bei § 299 StGB alter und neuer Fassung – zugleich Anm. zu LG Frankfurt, Beschl. v. 22.4.2015 – 5/12 Qs 1/15«, *WjJ* 2016/1

²⁵ Vgl. dazu *Heuking/von Coelln*, Die Neuregelung des § 299 StGB – Das Geschäftsherrnmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?, *BB* 2016, 323, 331

erörterten volkswirtschaftlichen Schäden²⁶ ist auch die de lege lata fragwürdige Ungleichbehandlung zwischen Klinikärzten im Vergleich zu freiberuflich tätig werdenden Ärzten zu nennen, die im Hinblick auf die Identität von Schutzgut und Interessen nicht zu rechtfertigen ist.²⁷

Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen überzeugt zunächst dadurch, dass er in Abkehr zu einem früheren Vorschlag der Regierungskoalition der 17. Legislaturperiode²⁸ nicht ausschließlich Vertrags-, sondern auch privat liquidierende Ärzte als potentielle Täter erfasst, denn auch hier sind Schutzgut und Interessen dieselben. Gerade der nicht nur in Fachkreisen viel diskutierte »Laborärztefall«²⁹ zeigt, dass auch im privatärztlichen Bereich ein Bedürfnis nach einer Regelung durch den Gesetzgeber besteht. Denn ungeachtet der der Entscheidung des 1. Strafsenates zugrunde liegenden besonderen Sachverhaltskonstellation, dürften nicht in allen Fällen, in denen privat liquidierenden Ärzten Zuwendungen durch Wettbewerber im Gesundheitsmarkt zukommen, der Tatbestand des Betruges oder der Untreue zu bejahen sein, sodass de lege lata die Strafbarkeit der in jeder Konstellation gesellschaftlich zu missbilligenden Verhaltensweise von der konkreten Ausgestaltung der Abwicklung der Kick-back-Zahlung abhängt. Dies erscheint schwer hinnehmbar.

Ob hingegen ein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht, den Täterkreis über den Entwurf des Freistaates Bayern,³⁰ der als taugliche Täter »Angehörige eines Heilberufes, für den im gesamten Inland berufsständische Kammern eingerichtet sind«, vorsah, zu erweitern, erscheint aus praktischer Sicht fraglich. Denn diejenigen, die durch den nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf zusätzlich erfasst werden, wie z.B. Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten, dürften mit Blick auf ihre Rolle im Gesundheitswesen eher auf Geber-, denn auf Nehmerseite stehen. Als solche wären sie ohnehin von § 299b Abs. 1 StGB-E erfasst.

Dass die Definition des Vorteils i.S.d. §§ 299a und 299b StGB-E und auch die Abgrenzung, welche Zuwendungen noch dem Begriff der Sozialadäquanz unterfallen, in der Praxis zu Diskussionen nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass

26 Vgl. dazu Gesetzentwurf, BTDRs. 18/6446 S. 1

27 Vgl. dazu den Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 15. Januar 2015, BRDRs. 16/15, S. 2

28 Vgl. dazu *Schneider*, Sonderstrafrecht für Ärzte? Eine kritische Analyse der jüngsten Gesetzentwürfe zur Bestrafung der »Ärztelkorruption«, HRRS 2013, S. 473ff.

29 Vgl. dazu BGH, Urteil vom 25. Januar 2012 – 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95 ff.; ferner exemplarisch: *Lindemann*, Verstöße des privatliquidierenden Arztes gegen das Gebot persönlicher Leistungserbringung – stets ein Fall für das (Betrugs-) Strafrecht?, NZWiSt 2012, S. 334ff.;

30 Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 15. Januar 2015, BRDRs. 16/15

nicht jede Zusammenarbeit etwa zwischen Ärzten und Pharmaunternehmen im Gesundheitswesen unlauter und gesellschaftlich zu missbilligen ist, führen wird, ist unvermeidlich und keine Besonderheit des aktuell vorliegenden Gesetzentwurfes. Zu nennen sei hier nur die Thematik »Anwendungsbeobachtungen«, auf die die Begründung des Gesetzentwurfes explizit eingeht.³¹ Anwendungsbeobachtungen sind gemäß § 67 Abs. 6 AMG unter Einhaltung der dort genannten Voraussetzung grundsätzlich zulässig. Auch die Gefahr, dass eine formal zulässige Kooperationsform ggf. genutzt wird, um unlautere Zuwendungen zu verschleiern und damit strafwürdigen Charakter bekommen kann, bedarf keiner näheren Erörterung. Die Abgrenzung im Einzelfall ist jedoch Aufgabe der Rechtsanwender und kann nicht in allen Einzelheiten durch den Gesetzgeber erfolgen. Der Sorge vor in Grenzfällen unter Ermittlungsdruck »wild ermittelnden« Staatsanwälten, die *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*³² andeuten, möchte ich jedoch entgegen treten. Wie die jüngst erfolgte Konzentration der Verfolgung der Korruption im Gesundheitswesen und des ärztlichen Abrechnungsbetruges auf drei hierauf spezialisierte Behörden in Bayern³³ zeigt, ist das Bewusstsein, dass es sich bei den zur Beurteilung liegenden Sachverhalten i.d.R. um tatsächlich wie rechtlich komplexe Fälle handelt, bei den Rechtsanwendern verankert. Dass gerade die erörterten Abgrenzungsfragen die Industrie vor z.T. nicht einfache Aufgaben stellt, wird hierbei nicht verkannt. Dies ist jedoch neu, die Frage des (noch) Erlaubten stellte sich auch unter der bislang geltenden Rechtslage und beschäftigt eine Vielzahl von Compliance-Experten. Eine Lähmung des Wirtschaftsleben, wie es bei *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*³⁴ durchzuklingen scheint, vermag ich jedoch nicht zu besorgen.

Als positiv herausstellen möchte ich die in §§ 81a und 197a SGB V-E vorgesehenen Änderungen betreffend die nunmehr gesetzliche Verankerung der Pflicht der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des Spitzenverbandes des Bundes der Krankenkassen, einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch u.a. mit den Staatsanwaltschaften zu organisieren. Denn dieser Austausch, der in der Vergangenheit durch einige Stellen auch ohne explizit verankerte gesetzliche Pflicht bereits institutionalisiert wurde, trägt wesentlich zur effektiven Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, v.a. zur Zerstreung der Sorge vor dem »in Gesundheitsfragen unwissenden Staatsanwalt«, bei.

31 Vgl. BTDRs. 18/6446, S. 18

32 *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, Licht und Schatten – Die materiellrechtlichen Vorschriften des Referentenentwurfes des BMJV zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen«, medstra 2015, 142ff.

33 Vgl. Ärztezeitung vom 5. August 2014 (http://www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/article/866175/kampf-korruption-bayern-ruestet.html, zuletzt aufgerufen am 17. Februar 2016)

34 *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, a.a.O.

IV. Fazit

Mit den (intendierten) Neuregelungen hat der Gesetzgeber einen wichtigen und richtigen Schritt getan, um eine effektive Korruptionsbekämpfung zu gewährleisten. Ob damit im Einzelfall eine »Unterkriminalisierung« wegen in der Praxis schwer nachweisbarer Tatbestandsmerkmale und damit einem Leerlaufen des Tatbestandes oder eine »Überkriminalisierung« wegen der Erfassung von Sachverhalten, deren Pönalisierung in Deutschland nicht geeignet ist, zur Bekämpfung der (internationalen) Bestechung beizutragen, einhergeht, wird die weitere Entwicklung, v.a. die Rechtsanwendung zeigen müssen.

Anhang

Ergebnisse der Arbeitsgruppen

AG 1: StPO-Reform

Die Hauptverhandlung im reformierten Inquisitionsverfahren der StPO ist geprägt durch einen prozessstrukturierten Antagonismus zwischen Gericht und Angeklagtem. Dieser resultiert aus der Kenntnis der Ermittlungsakten, deren Schwerpunkt in der Verdachtsbegründung und Verdachtsbestätigung zu Lasten des Beschuldigten liegt. Die auf dem Akteninhalt beruhende Eröffnungsentscheidung führt zu einem Inertia-Effekt, der noch durch den Schulterschluss mit der Staatsanwaltschaft verstärkt wird. Das einseitig zum Nachteil des Angeklagten geprägte Hauptverfahren erfährt eine weitere Zuspitzung, wenn das Gericht erwägt, mit dem Angeklagten die Möglichkeit einer Verständigung zu erörtern oder sogar den Verfahrensbeteiligten einen Verständigungsvorschlag zu unterbreiten.

Unter diesen Umständen lassen sich die Verteidigungsdefizite des Angeklagten in der Hauptverhandlung kaum noch kompensieren. Selbst bei einem robusten Beweisantragsrecht und weiteren Verfahrensrechten ist es kaum noch möglich, die weit vorangeschrittene Überzeugungsbildung auf Seiten des Gerichts durch neue Tatsachen oder Infragestellung der in der Hauptverhandlung reproduzierten Akteninhalte nachhaltig zu beeinflussen.

Abhilfe können nur erweiterte Partizipations- und Interventionsmöglichkeiten des (verteidigten) Beschuldigten im Ermittlungsverfahren schaffen. An dieser Vorgabe müssen sich die Vorschläge der Expertenkommission zur Reform des Strafprozesses messen lassen.

Die Vorschläge zur Begründung, Erweiterung bzw. Stärkung des Anwesenheits- und Fragerechts der Verteidigung bei Beschuldigtenvernehmungen bzw. einzelnen Beweiserhebungen gehen zwar in die richtige Richtung, greifen aber noch zu kurz.

Eine Option, den Verteidiger noch stärker an den Ermittlungen teilhaben zu lassen, wird allerdings aus Zeit- und Kostengründen nicht immer wahrgenommen werden können. Aus diesem Grunde bedarf es zumindest einer audiovisuellen Dokumentation von Beschuldigten- und wesentlichen Zeugenvernehmungen.

Nicht Gegenstand der Beratungen und Empfehlungen der Expertenkommission war/ist die Eröffnung eines eigenen Initiativrechts der Verteidigung

zum Zwecke der Ermittlung von zu Gunsten des Beschuldigten sprechenden Tatsachen. Erforderlich ist hier ein durchsetzbares Recht auf Beantragung von Entlastungsbeweisen. Dies muss gekoppelt sein an die obligatorische Anwesenheit des Verteidigers bei der betreffenden Beweiserhebung. Alternativ wäre darüber nachzudenken, dem Verteidiger das Recht einzuräumen, Zeugen und Sachverständige zu befragen und zu diesem Zweck zum Erscheinen zu verpflichten.

Regelungsbedürftig erscheint auch die Sicherung und Auswertung digitaler Daten sowie die Übernahme interner Ermittlungen des Arbeitgebers in das Ermittlungsverfahren. Dieser Transfer sollte nur mit Zustimmung des Betroffenen zulässig sein.

Schon die vorstehend angesprochenen Punkte machen die verstärkte Mitwirkung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren erforderlich. Hiervon sind insbesondere solche Beschuldigte betroffen, die finanziell nicht in der Lage sind, einen Wahlverteidiger zu beauftragen. Aus diesem Grunde müssen die Möglichkeiten der Pflichtverteidigerbeordnung erweitert und der maßgebliche Zeitpunkt vorverlegt werden (schon jetzt muss § 136 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 163a Abs. 4 S. 2 StPO mit Leben erfüllt werden). Insbesondere bei einer Festnahme des Beschuldigten gem. § 127 Abs. 2 StPO bedarf es der unverzüglichen Beordnung eines Verteidigers. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen bedürfen auch der Mitwirkung der Anwaltschaft.

Dem Beschuldigten sollte vor Abschluss der Ermittlungen abschließendes rechtliches Gehör gewährt werden, wenn die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht gem. § 170 Abs. 2 StPO einstellt.

AG 2: Verlorene Unschuld (svermutung) Opferrechte versus Beschuldigtenrechte

Zu viel geopfert!

Mit der Verabschiedung des 3. Opferrechtsreformgesetzes im Dezember 2015, mit dem unter anderem »Opfern mit besonderer Schutzbedürftigkeit« besondere Schutzmaßnahmen (§ 48 Abs.3 StPO) gewährt und die »psychosoziale Prozessbegleitung« für Opfer eingeführt wurde, hat die Opferrechtsreformgesetzgebung einen neuen Höhepunkt erreicht. Opferschutz ist gesellschaftlicher Mainstream, in der viktimären Gesellschaft findet eine Fokusverschiebung weg vom Beschuldigten hin zum Opfer statt. Der real abnehmenden Kriminalitätsrate steht eine paradoxerweise rapide zunehmende gesellschaftliche Angst vor

Kriminalität gegenüber, es gibt nicht nur reale Opfer, sondern überwiegend potentielle Opfer von Straftaten. Dementsprechend ist die Kriminalpolitik in den letzten 30 Jahren gekennzeichnet von einer Vielzahl von kurz aufeinander folgenden Reformen, die vom Gesetzgeber mit dem Ziel eines verbesserten Opferschutzes auf den Weg gebracht wurden. Kritische Stimmen sind nicht gefragt, die große Lobby der Opferschützer/Opferschützerinnen bestimmt die gesellschaftliche Auseinandersetzung und Gesetze wie das 3. Opferrechtsreformgesetz werden im Deutschen Bundestag ohne Gegenstimmen verabschiedet.

Die Grundannahme, Ziel eines Strafprozesses sei aufzuklären und am Ende rechtskräftig festzustellen, ob jemand eine Straftat begangen hat oder es keine Straftat und damit auch kein Opfer gab, wird in den Verfahren mit Opferbeteiligung – bewusst oder als notwendiges Übel hinnehmend – vom Gesetzgeber auf den Kopf gestellt. Alleine die viktimologische Terminologie der Opferschutzregelungen in der StPO führt bereits im Ermittlungsverfahren zur Festlegung, dass es ein Opfer und damit auch einen Täter/eine Täterin gibt. Weit vor der rechtskräftigen Verurteilung werden die Rollen verteilt und definiert: hier das zu schützende Opfer, dort der Täter/die Täterin. Dieser faktischen Aushebelung der durch Art. 6 Abs. 2 EMRK garantierten Unschuldsvermutung, die uneingeschränkt bis zur Rechtskraft selbst beim Vorliegen eines Geständnisses zu gelten hat, folgen in Verfahren mit Opferbeteiligung aus Gründen des Opferschutzes weitere weitgehende Einschränkungen elementarer Verfahrensgrundsätze wie des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, des Öffentlichkeitsgrundsatzes und des Grundsatzes der Wahrheitserforschung. Ob und in wie weit die bisher umgesetzten Opferrechtsreformgesetze tatsächlich den Interessen von Opfern von Straftaten gerecht werden, bleibt ein Geheimnis, da es keine empirischen Untersuchungen zur Wirksamkeit der Gesetzgebung im Hinblick auf die tatsächlichen Belange von Opfern gibt.

Schon jetzt ist klar, dass mit dem 3. Opferrechtsreformgesetz die Ausweitung der Beteiligung von Opfern im Strafverfahren nicht zu Ende sein wird. Von Opferhilfeorganisationen, die durchaus auch eigene, nicht ausschließbar auch ökonomische Interessen verfolgen, werden weitere Forderungen, wie die Einschränkung des Täter-Opfer-Ausgleichs nur bei Geständnis des Täters oder erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten von Verletzten bei Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO gestellt [Stellungnahme des Weißen Rings zur Anhörung im Rechtsausschusses zum 3. Opferrechtsreformgesetz].

Die Durchdringung des Strafprozesses mit Opferschutzrechten führt zu einem unauflösbaren Widerspruch. Ein Strafverfahren kann nicht gleichzeitig dem Beschuldigten/Angeklagten und dem »Opfer« gerecht werden. Die für

das Strafverfahren elementare Subjektstellung von Angeklagten kann zukünftig nur wiederhergestellt und gesichert werden, wenn Opfer außerhalb des Strafverfahrens Genugtuung erfahren und im Strafverfahren allein die Position von Zeugen innehaben.

AG 3: Polizeizeugen

1. Die gerichtliche Wahrnehmung begegnet dem polizeilichen Zeugen mit einem Vertrauensvorschuss, den andere Zeugen nicht genießen. Der polizeiliche Zeuge habe tendenziell ein größeres Potential an zutreffender Wahrnehmung, weil er entsprechend geschult sei. Zudem würde der polizeiliche Zeuge seine Karriere im Falle lügenhafter Äußerungen riskieren, so dass solche nicht zu erwarten seien.
2. Für diese häufig anzutreffenden richterlichen Prämissen gibt es keinen empirischen Beleg. Soweit Studien vorhanden sind, scheinen sie dieser Ausgangsannahme sogar zu widersprechen.
3. Die weitere justizielle Annahme, dass polizeiliche Zeugen das Verfahren ohne Erwartung an dessen Ausgang begleiten, ist verfehlt. Tatsächlich sind Polizeibeamte sogar ganz überwiegend so sozialisiert, dass der Ausgang des Verfahrens auch als Qualitätsbeleg der eigenen Arbeit wahrgenommen wird. Diese wird vor Gericht verteidigt.
4. Die polizeiliche Aussage ist nicht weniger kritisch zu würdigen als sonstige Zeugenaussagen. Deshalb ist es geboten, die auf den polizeilichen Zeugen wirkenden Bedingungsgefüge vor Gericht zu thematisieren und zu problematisieren. Dies betrifft auch möglicherweise innerdienstliche Motivationsmomente.
5. Eine Vorbereitungspflicht im Sinne des Studiums vorangegangener Aussagen oder der Akten wie sie teilweise für Polizeibeamte als Zeugen postuliert wird, gibt es von Rechts wegen nicht. Die in diesem Zusammenhang regelmäßig zitierten Entscheidungen belegen diese auch nicht. Teilweise widersprechen sie sogar einem Recht zur Vorbereitung.
6. Im Sinne einer bestmöglichen Überprüfung polizeilicher Aussagen ist es daher abzulehnen, dass sich Polizeibeamte auf ihre gerichtlichen Vernehmungen mit Akteninhalten vorbereiten. Der Grundgedanke der Entscheidungen OLG Hamburg [StraFo 2015, 23 sowie 328ff] zum Akteneinsichtsrecht des Nebenklägers ist, was die Einschränkung des Aussagewerts

eines vorbereiteten Zeugen angeht, auch auf den polizeilichen Zeugen zu übertragen.

7. Entsprechend dem adversatorischen anglikanischen Verfahren ist von Seiten der Staatsanwaltschaft den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen, ob polizeiliche Zeugen in der Vergangenheit disziplinarrechtlich oder gar strafrechtlich aufgefallen sind, um auch dies in die Beurteilung der Aussagen einzubeziehen.
8. Ebenfalls entsprechend dem adversatorischen Verfahren, darf es weder Polizei noch Staatsanwalt überlassen bleiben, ob Zeugen – auch V-Leute – anonymisiert werden. Diese Entscheidungsbefugnis ist der Exekutive zu nehmen und der Judikative zu übertragen.

AG 4: Das Weltbild des Strafrichters

Die Arbeitsgruppe 4 beantragt, dass das Plenum des 40. Strafverteidigertages folgende Forderungen an den Gesetzgeber und die Rechtsprechung als Resolution beschließt:

1. Der 40. Strafverteidigertag fordert den Gesetzgeber auf, eine Fortbildungsverpflichtung in das DRiG aufzunehmen. Nur durch regelmäßige Fortbildungen kann die Sicherung der Qualität der Rechtsprechung gewährleistet werden.
2. Der 40. Strafverteidigertag fordert den Gesetzgeber auf, die wörtliche Protokollierung der Hauptverhandlung einzuführen. Eine umfassende Dokumentation der Hauptverhandlung erhöht die Zuverlässigkeit der im Urteil getroffenen Feststellungen.
3. Der 40. Strafverteidigertag fordert den Gesetzgeber auf, für die Eröffnung des Hauptverfahrens ein Eröffnungsgericht einzuführen, welches unabhängig von dem Gericht ist, das über die Anklagevorwürfe im erkennenden Verfahren verhandelt. Durch die Schaffung des Eröffnungsgerichts wird der Rechtsprechung des EGMR zur Problematik der Vorbefassung der Spruchrichter Rechnung getragen.
4. Der BGH wird erneut aufgefordert, seine Rechtsprechung zum Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren aufzugeben und dadurch dem strafjustiziellen Auftrag zur Herstellung der materiellen Wahrheit nachzukommen.

Die Resolution wurde vom Plenum des Strafverteidigertages angenommen.

AG 5: Mindeststandards der Strafverteidigung

1. Rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Strafverteidigung verlangt die Gewährleistung der Einhaltung von Qualitätsstandards. Die Unterschreitung von Mindeststandards verletzt das Mandanteninteresse an effektiver Verteidigung und beschädigt die Wahrnehmung von Verteidigung durch Öffentlichkeit und Prozessbeteiligte.
2. Im kontradiktorischen Verfahren kann tatgerichtliche Fremdkontrolle von Mindeststandards der Strafverteidigung nur in eklatanten Situationen offensichtlicher Nichtverteidigung Platz greifen. Das Innenverhältnis von Mandant und Verteidigung ist für das Tatgericht tabu. Die Gewährleistung von Mindeststandards ist Aufgabe der Selbstkontrolle der Anwaltschaft. Wo Selbstkontrolle versagt, erwächst das Bedürfnis nach Fremdkontrolle.
3. Es bedarf eines Diskurses der Strafverteidigung zur Formulierung von Mindeststandards der Verteidigung. Maßstab ihrer Formulierung ist allein das Mandanteninteresse an wirksamer Verteidigung. Als Mindeststandards zu bestimmen sind zumindest
 - a. Umfassende Aktenkenntnis und vollständige Einarbeitung in den Verfahrensstand;
 - b. Umfassende Mandanteninformation und erschöpfendes Mandantengespräch;
 - c. Gemeinsame Ziel- und Strategiebestimmung mit dem Mandanten
 - d. Teilnahme an Beschuldigtenvernehmungen des Mandanten (die Formulierung der Verpflichtung zur Teilnahme an der Hauptverhandlung in Fällen gemeinsamer Verteidigung mit Mitverteidigern wurde diskutiert; eine Mehrheit für eine solche Forderung fand sich nicht);
 - e. Verbot der Übernahme (oder Fortführung) eines Pflichtmandats gegen den Mandantenwillen einer Verteidigung durch andere Verteidiger ihres Vertrauens.
4. Informeller Deal und Kronzeugenregelung bergen Strafbarkeitsrisiken für Verteidiger, Staatsanwalt und Richter unter dem Gesichtspunkt des Parteiverrats bzw. der Rechtsbeugung resp. Teilnahme hieran.

AG 6: 40 Jahre Terrorismusstrafrecht

1. Die Geschichte der Gesetzgebung zum Terrorismusstrafrecht ist eine Geschichte von Zweckdenken und Reaktionen auf aktuelle Ereignisse; ein systematisches gesetzgeberisches Konzept fehlt genauso wie Bemühungen, ein solches in einem der vielfältigen Änderungsverfahren einzuarbeiten.
2. Die Verfolgungsermächtigung in den §§ 129b Abs. 2, 89a Abs. 4, 89 b Abs. 4 und 89 c Abs. 4 StGB stellt ein aus der Sicht des Gesetzgebers notwendiges politisches Korrektiv dar, ist dogmatisch aber ein Fremdkörper. Nahezu einhellig wurde gefordert, dass die Verfolgungsermächtigung justiziabel sein müsse.
3. Der Einfluss des humanitären Kriegsvölkerrechts auf die Strafbarkeit der Aktionen bewaffneter Gruppen im Ausland ist zur Zeit weder geklärt noch ist die völkerrechtliche Debatte hierzu am Ende. Jedenfalls besteht auch lange nach der Tadic-Entscheidung des JStG eine praktisch und dogmatisch nicht zu rechtfertigende Asymmetrie zwischen staatlichen militärischen Verbänden und nicht-staatlichen bewaffneten Einheiten - und ein eklatanter Widerspruch zwischen der Inanspruchnahme des Rechts, sog »unlawful combatants« mit Hilfe von Drohen zu töten durch die USA und Großbritannien und der gleichzeitigen Nichtzuerkennung des Kombattantenstatus‘ an diese.
4. Die immer weiter voranschreitende Vorverlagerung in das Stadium der Vorbereitung von Vorbereitungshandlungen zu Straftaten, von denen der mögliche Täter selbst noch nichts weiß, und damit das Deklarieren polizeirechtlicher Eingriffstatbestände als Straftatbestände im Kernstrafrecht, sowie die Einführung immer neuer subjektiver Elemente in die Straftatbestände der §§ 89a ff. StGB stoßen auf breite verfassungsrechtliche Bedenken.

AG 7: »Rassismus im Strafverfahren«

Der Strafprozess ist immer ein Spiegelbild der Gesellschaftsordnung, in deren Justizwesen der Fall verhandelt wird. Rechtliche Entscheidungen sind nicht objektiv.

Der Strafverteidigertag hat sich in den 40 Jahren seines Bestehens noch nie mit dem Thema Rassismus auseinandergesetzt. Das Generalthema des diesjährigen Strafverteidigertages lautet: »Bild und Selbstbild der Strafverteidigung«.

Gibt es eigentlich auch ein Selbstverständnis von Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern für ein Handeln im Umgang mit Rassismus im Strafverfahren? Gibt es in der Strafverteidigung überhaupt einen bewussten Umgang mit diesem Thema in unserer täglichen Arbeit? Und mit welchen Mitteln können wir uns in unserer Rolle eigentlich praktisch gegen rassistische Polizei, Staatsanwälte oder Richter wehren?

Strategien zum Umgang mit Rassismus im Strafverfahren sind wenig bis gar nicht entwickelt worden. Sie sind aber dringend vonnöten. Warum betrachten viele Juristen die Welt eigentlich durch die Brille menschenfeindlicher Einstellungen? Die Arbeitsgruppe hat aus kriminologischer, sozialpsychologischer, juristischer und aus der Sicht des Praktikers eine Bestandsaufnahme vorgenommen und Ideen zur Bekämpfung von Rassismen im Strafverfahren erarbeitet:

1. Rassismus über rechtliche Argumentation ins Verfahren einführen:
Verstärkte Bezugnahme und Verwendung von nationalen und internationalen (Grund-) Rechtsvorschriften und Antidiskriminierungsgesetzen, z.B. IPBPR, CERD, EMRK, AGG;
2. Internationales Recht nutzen: Individualbeschwerde, Parallelberichte;
3. Rechtspolitisch: Forderung nach Abschaffung von Polizeirechtlichen Vorschriften, die anlasslose Kontrollen ermöglichen;
4. Begleitung durch Antidiskriminierungsbüros/Selbstorganisationen;
5. Prozessbeobachtung organisieren / Gegenöffentlichkeit mobilisieren / unabhängige Beschwerdestellen schaffen;
6. Ein eigenes Bewusstsein für rassistische Mechanismen/Sprache entwickeln;
7. Rassismus im Prozess und Ergebnisse von Racial Profiling thematisieren und offensiv prozessual aufgreifen: Beweisanträge, Protokollierungsanträge, Anträge nach § 183 GVG, Strafanträge, Verwertungsverbote, Verfahrenshindernisse geltend machen;
8. Bewusstsein schaffen durch Öffentlichkeit: Veröffentlichung von rassistischen Vorgehensweisen, Rassismen in Entscheidungen usw. durch Mithilfe von Strafverteidigervereinigungen, RAV, eigenen Blogs, Plattformen, Vernetzung u.ä.

AG 8: Korruptionsstrafrecht

- Antikorruptionspolitik wird mittlerweile fast ausschließlich auf internationaler und europäischer Ebene ausgehandelt. Der Umsetzungsspielraum, der dem nationalen Gesetzgeber bleibt, ist gering.
- Die Fragen, die eine Strafgesetzgebung im internationalen und europäischen Mehrebenensystem aufwerfen, können nicht erst angesprochen werden, wenn das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Referentenentwurf vorstellt. Sind die internationalen Übereinkommen und europäischen Richtlinien einmal ausgehandelt, ist der nationale Umsetzungsspielraum so klein, dass er für grundlegende Kritik nicht mehr zugänglich ist. Die Strafverteidigervereinigungen müssen früher – also bereits im Vorfeld des Abschlusses internationaler Abkommen, die zu zwingenden nationalen strafrechtlichen Änderungen führen können, eingebunden werden.
- Da sich Fragen der internationalen Kriminalpolitik nicht allein mit nationalen Begriffsverständnissen oder Systementwürfen beantworten lassen, müssen die nationalen Berufsverbände über eine aus der nationalen Sichtweise vorgetragene Kritik hinaus, progressive Alternativangebote präsentieren, um für eine Rechtssetzung auf Weltebene oder auf der Ebene der Europäischen Union anschlussfähig zu bleiben.
- Im nationalen Recht führen die (teilweise internationalen Umsetzungszwängen geschuldeten) Änderungen des Strafgesetzbuches dieser Legislaturperiode zu einer Entgrenzung des Korruptionsstrafrechts und der korruptionsnahen Delikte. Dem ist durch eine restriktive Auslegung zu begegnen.
- Die Entgrenzung des Strafrechts führt zur Entformalisierung, Privatisierung und Ökonomisierung der Strafverfolgung. Alle drei Entwicklungen sind abzulehnen.

Resolution des 40. Strafverteidigertages gegen die Verschärfungen des Aufenthalts- und Asylrechts, insbesondere das Asylpaket II

Die Teilnehmer*innen des 40. Strafverteidigertages sprechen sich energisch gegen die Absicht der Bundesregierung und der Regierungsparteien aus, das Recht von Flüchtlingen auf Schutz weiter abzubauen und damit praktisch wirkungslos zu machen. Das Anliegen, dem rechten Rand des politischen Spektrums das Wasser abzugraben, ist keine Rechtfertigung dafür, den Forderungen der Wut- und Hassbürger von Clausnitz und anderswo nachzugeben, denen die vorgeschlagenen Regelungen ohnehin nicht weit genug gehen werden. Erst recht kann es kein Grund dafür sein, humanitäre Grundsätze, elementare Regeln rechtsstaatlichen Verfahrens und völkerrechtliche Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zu schleifen.

Die Absicht, Tunesien, Algerien und Marokko zu sicheren Herkunftsstaaten im Sinne von § 29 a AsylG zu machen, stößt zu Recht auf den entschiedenen Widerstand aller namhaften Menschenrechtsorganisationen. In diesen Ländern werden Oppositionelle verfolgt, Folter ist endemisch.

Die Einführung eines beschleunigten Asylverfahrens für große Teile der Flüchtlinge und deren Unterbringung in besondere Aufnahmeeinrichtungen ohne die im Gesetz nicht vorgesehene Gewährleistung sofortiger asylrechtskundiger Beratung ist bei der Tragweite der Verfahrensschwerungen und der Kürze der zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfristen mit Artikel 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar.

Die Absicht, die Abschiebung Kranker in erweitertem Umfang zu ermöglichen, ist verfassungswidrig. Das Abschiebungsverbot bei drohender Gefahr für Leib und Leben folgt unmittelbar aus Artikel 2 Abs. 1 und 2, 1 Abs. 1 GG.

Die vom Gesetzentwurf vorgesehene Vermutung, dass der Abschiebung gesundheitliche Gründe nicht entgegen stehen, wenn der Ausländer keine qualifizierte ärztliche Bescheinigung vorlegt, ist mit der Pflicht des Staates, die körperliche Unversehrtheit von Verfassungen wegen effektiv zu gewährleisten, nicht zu vereinbaren, weil das Fehlen einer Bescheinigung eine lebensbedrohliche Abschiebung nicht verfassungsgemäß werden lässt. Grundrechtlich ausgeschlossen sind auch die vorgesehenen Präklusionsvorschriften. Im Falle einer solchen Präklusion wäre die Ausländerbehörde im Zweifel dazu gezwungen, den Betroffenen jedenfalls mit bedingtem Vorsatz in den Tod zu

schicken, was für die daran beteiligten Amtsträger auch zu strafrechtlichen Konsequenzen führen müsste.

Der Ausschluss des Familiennachzugs zu subsidiär geschützten Bürgerkriegsflüchtlingen für die Dauer von 2 Jahren ist mit Artikel 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren. Die Versagung der Familienzusammenführung für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge dürfte nach der Rechtsprechung des EGMR eine Verletzung von Artikel 8 EMRK darstellen. Im Übrigen stelle man sich vor: Der Vater hat es mit Hilfe von Schleppern in das Bundesgebiet geschafft und ist hier nach einem Jahr als subsidiär Schutzberechtigter anerkannt. Seine Frau und seine Kinder, die in Aleppo verblieben sind, werden sich wieder Schleusern anvertrauen und sich auf die lange gefährliche Reise machen, bevor der nächste Bombenangriff ihr Leben beendet. So schafft Politik Elend und treibt sie in die Arme derer, die sie als unmoralisch und kriminell verdammt: der Schleuser. Damit demaskiert sich der »Kampf gegen Schleuser« einmal mehr als etwas ganz anderes: als Kampf gegen Flüchtlinge.

Und es geht weiter: Nach dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vom 16.02.2016 soll die Verschärfung des Ausweisungsrechts, das erst zum 01.01.2016 in Kraft trat, speziell gegen Flüchtlinge nochmals überboten werden. Die Schwelle, jenseits derer Verurteilungen wegen bestimmter Straftaten ein »schweres Ausweisungsinteresse« begründen, soll bereits bei jeder Verhängung einer Freiheitsstrafe überschritten sein; ein »besonders schweres Ausweisungsinteresse« liegt danach bei einer Verurteilung zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe vor, unabhängig von der Strafaussetzung zur Bewährung. Welche Qualität diese Art von »Reform« hat, zeigt sich daran, dass von zwei von den Regierungsfractionen berufenen »sachverständigen« Hochschullehrern in der Anhörung des Innenausschusses einer die einschlägige Rechtsprechung des EuGH nicht kannte und der andere diese gänzlich missverstanden hat, was in der Fachwelt zu Entsetzen führte. Nicht nur nach einem Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages wäre diese Verschärfung in großen Teilen mit dem Recht der Europäischen Union und Art. 33 GK nicht vereinbar. Vollends absurd werden solche Pläne vor dem Hintergrund von Artikel § 3 EMRK, der abwägenfest eine Abschiebung eines Flüchtlings, ganz gleich was er getan hat, in einen Staat, in dem ihm Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung droht, nicht zulässt.

Die Verschärfung des Ausweisungsrechts im Hinblick auf Flüchtlinge wäre daher nichts weiter als Augenwischerei und der Versuch, den schon genannten Wut- und Hassbürgern ein bisschen Symbolpolitik zum Fraß vorzuwerfen.

Autorinnen und Autoren

Prof. Dr. JÖRG ARNOLD ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg.

Prof. Dr. STEPHAN BARTON lehrt Strafrecht an der Universität Bielefeld und ist als Strafverteidiger tätig.

Bundesanwalt beim BGH THOMAS BECK ist Leiter der Abteilung Terrorismus des Generalbundesanwalts.

Prof. Dr. JAN BOCKEMÜHL ist Strafverteidiger in Regensburg und Vorsitzender der Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V..

VRiOLG a.D. OTTMAR BREIDLING war Richter am OLG Düsseldorf.

TIM BURKERT ist Strafverteidiger in Hamburg und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Hamburger Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V..

Ministerialdirektor a.D. THOMAS DITTMANN war im Bundesministerium der Justiz tätig.

Ministerialdirektorin MARIE-LUISE GRAF-SCHLICKER – ist im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz tätig und war mit der sog. ‚Expertenkommission‘ betraut.

SÖNKE HILBRANS ist Strafverteidiger in Berlin.

ULRICH VON KLINGGRÄFF ist Strafverteidiger in Berlin.

Prof. Dr. CARSTEN MOMSEN lehrt Strafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin und ist nebenberuflich als Strafverteidiger tätig.

VRiLG Dr. SUSANNE MÜLLER ist Richterin in Freiburg und Mitglied des Landesvorstands der Neuen Richtervereinigung (Baden-Württemberg).

Dr. habil. HELMUT POLLÄHNE ist Strafverteidiger in Bremen.

THOMAS SCHERZBERG ist Strafverteidiger in Frankfurt am Main und Vorsitzender der Vereinigung Hessischer Strafverteidiger e.V..

Prof. Dr. REINHOLD SCHLOTHAUER ist Strafverteidiger in Bremen.

VRiLG HELMUT SCHWECKENDIECK ist Richter am Landgericht Berlin.

KD Ass. iur. KAROLINE H. STARKGRAFF lehrt an der Hochschule der Sächsischen Polizei.

StA Dr. DANIEL WEGERICH ist Staatsanwalt in Frankfurt am Main.

Prof. Dr. ENDRIK WILHELM ist Strafverteidiger in Dresden.

RiBGH RENATE WIMMER ist Richterin am VII. Zivilsenat des BGH.