

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 43



# Psychologie des Strafverfahrens

43. Strafverteidigertag  
Regensburg, 22. - 24. März 2019

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme  
Psychologie des Strafverfahrens  
Texte und Ergebnisse des 43. Strafverteidigertages  
Regensburg, 22. - 24.3.2019  
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]  
- 1. Auflage - Berlin 2020  
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 43

ISBN 978 - 3 - 946889 - 06 - 9

1. Auflage 2020  
Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.  
Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro  
Umschlagbild: H. Armstrong Roberts/alamy pictures  
Fanny-Zobel-Str. 11  
12435 Berlin

# Inhalt

- S. 9 Prof. Dr. Werner Beulke  
PSYCHOLOGIE DES STRAFVERFAHRENS
- S. 49 Prof. Dr. Stefan König  
ÜBER SELBSTBILD UND FREMDBILD VON STRAFVERTEIDIGUNG
- S. 65 Dr. Manfred Dauster  
SELBSTBILD UND FREMDBILD DER STRAFVERTEIDIGUNG  
IM STRAFPROZESS
- S. 83 PD Dr. Daniel Effer-Uhe  
Dipl.-Psych. Alica Mohnert  
URTEILSHEURISTIKEN, URTEILSVERZERRUNGEN UND URTEILSFEHLER
- S. 111 Andrea Groß-Bölting  
NOTFALLKOFFER UND CO. ALS INTERAKTIONSVERHINDERER  
ODER: WENN DER NOTFALLKOFFER DEN NOTFALL AUSLÖST
- S. 123 Lars Bachler  
WAS IST EIN NOTFALL?  
KURZE GEDANKEN ZUM NOTFALLKOFFER UND ERGÄNZUNGEN ZU GROSS-  
BÖLTING »NOTFALLKOFFER UND CO. ALS INTERAKTIONSVERHINDERER«
- S. 129 PD Dr. Michaela Pfundmair  
WIE INNERE HYPOTHESEN DIE WAHRNEHMUNG DETERMINIEREN
- S. 139 Wiebke Ramm  
WAS STRAFVERTEIDIGER TUN KÖNNEN, UM DIE QUALITÄT DER  
GERICHTSBERICHTERSTATTUNG ZU VERBESSERN. EIN PRAXISBERICHT.
- S. 153 Wolfgang Kronthaler  
(MÖGLICHKEITEN DES) UMGANG(S) DER STRAFJUSTIZ MIT ›ÖFFENTLICHEM  
DRUCK‹
- S. 167 Prof. Dr. Ulrich Sommer  
NEUE HERAUSFORDERUNGEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG DURCH  
PRESSEBERICHTERSTATTUNGEN ÜBER LAUFENDE STRAFPROZESSE
- S. 185 Dr. Oliver Harry Gerson  
WAHRHEIT, WAHRHEITSFINDUNG, WIRKLICHKEIT  
– STRAFVERFAHREN ZWISCHEN »SEIN« UND »SOLLEN« –

- S. 217 Prof. Dr. Mark A. Zöller  
DIE ZWECKÄNDERNDE NUTZUNG VON PERSONENBEZOGENEN DATEN  
IM STRAFVERFAHREN – GEDANKEN ZU GEGENWART UND ZUKUNFT  
VON § 161 StPO
- S. 243 Dr. Tobias Rudolph  
DIE BEDEUTUNG DES STEUERGEHEIMNISSES FÜR DAS STRAFRECHT
- S. 259 Lefter Kitlikoglu  
NECESSITY, NO LUXURY
- S. 295 Ulf Thiele  
PFLICHTVERTEIDIGERBESTELLUNG
- S. 305 Prof. Dr. Matthias Jahn  
Dr. Sarah Zink  
»(WIE) WOLLE MER SE REILASSE?«: VERTEIDIGER DER ERSTEN STUNDE AUCH  
IN DEUTSCHLAND ANTE PORTAS  
BEWERTUNG DER VORSCHLÄGE UND POSITIONEN ZUR REFORM DES  
RECHTS DER NOTWENDIGEN VERTEIDIGUNG IN DEUTSCHLAND UNTER  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN UND JUSTIZPOLITISCHEN ASPEKTEN
- S. 331 Jan Gehlsen  
ALFRED APFEL – DER GERICHTSSAAL REICHTE IHM NICHT  
VON DER WELTBÜHNE ZU TIMOROU MENOS
- S. 349 ERGEBNISSE DES 43. STRAFVERTEIDIGERTAGES
- S. 359 REGENSBURGER THESEN ZUM STRAFPROZESS
- S. 383 AUTORINNEN & AUTOREN







Prof. Dr. Werner Beulke

# PSYCHOLOGIE DES STRAFVERFAHRENS

## EINLEITUNG

Mit dem Leitthema der Psychologie des Strafverfahrens haben wir uns für den 43. Strafverteidigertag viel vorgenommen. Ziel der Psychologie ist es »menschliches Erleben und Verhalten, deren Entwicklung im Laufe des Lebens sowie alle dafür maßgeblichen inneren und äußeren Ursachen oder Bedingungen zu beschreiben und zu erklären« (WIKIPEDIA). Alle Ursachen und Bedingungen des Strafverfahrens »beschreiben« und »erklären« – das soll uns hier gelingen? Bei mir löst das zunächst einmal Assoziationen zu einem Ausspruch des berühmten Operntenors *Caruso* aus, der zugegeben hat, dass er trotz 100-maligem Singen der Titelpartie des *Troubadours* nie verstanden habe, wovon die Oper eigentlich handle. Nicht sehr viel besser geht es mir nach 30-jähriger Verteidigertätigkeit mit der Psychologie des Strafverfahrens – und das liegt wohl nicht nur daran, dass ich dort noch nie die Titelpartie gesungen habe. Es handelt sich um ein Ewigkeitsthema, über das schon viele kluge Juristen, Psychologen, Soziologen und Philosophen nachgedacht haben; ein weites, ganze Bibliotheken füllendes Feld ohne Anfang und Glauben an abschließende Erkenntnisse. Gleichwohl wollen wir dieses Thema frontal angehen im Interesse einer aufregenden Veranstaltung, die nunmehr vor uns liegt, und in der Hoffnung auf Gewinnung neuer Impulse für eine bessere Bewältigung unseres Alltagskampfes um das Recht.

## I. ZIELE DES STRAFVERFAHRENS

Wollen wir über Allgemeinplätze hinauskommen, so müssen wir grundsätzlich ansetzen. Über das psychologische Spannungsverhältnis zwischen dem Lenker eines Fahrzeugs, wer immer das im Strafverfahren auch sein mag, und seinen Mitfahrern sollten wir nicht schwadronieren, solange unklar bleibt, wohin die Reise überhaupt geht. Fundamente bestimmen nun einmal die Standfestigkeit des gesamten Hauses bis hin zur Haltbarkeit der äußersten Dachpfanne.

Lassen Sie mich deshalb zunächst kurz zu den Zielen des Strafverfahrens Stellung beziehen. Die Hauptaufgabe des Strafprozesses wird in der Feststellung und Durchsetzung eines im Einzelfall entstandenen, legitimen staatlichen Strafanspruchs gesehen.<sup>1</sup> Es soll eine in materiell-rechtlicher Hinsicht richtige und damit gerechte Entscheidung herbeigeführt werden. Wahrheit und Gerechtigkeit werden dadurch zu Leitprinzipien des Verfahrensrechts.<sup>2</sup>

Wir sollten m.E. auch nicht die Nase rümpfen, wenn das BVerfG im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem ganz überwiegenden Schrifttum hervorhebt, dass es zur Erreichung des Ziels, den Täter einer gerechten Strafe zuzuführen, einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege bedarf.<sup>3</sup> Immer wieder wird gerade dieser Begriff als perfides Instrument zum Kujonieren des Beschuldigten sowie der Verteidigung gegeißelt. Ich halte das für zu einseitig. Es geht nicht um die Ermöglichung einer schnellen Verurteilung, um Abbau von Beschuldigtenrechten, um Durchsetzung einer Kopfabmentalität auf Boulevardzeitungsniveau, sondern um einen funktionierenden Rechtsstaat, in dem dem Strafverfahren eine gestaltende Funktion zukommt.<sup>4</sup>

1 BVerfG 20, 45, 49; BGH NJW 2007, 3010.

2 BVerfG BeckRS 2018, 14189 (Rn. 89); *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 3 ff; MüKo-StPO-Kudlich, Band 1, 2014, Einl. Rn. 5 ff; *Dölling*, Beulke-FS, 2015, S. 679; Löwe-Rosenberg-Kühne, StPO, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. B Rn. 13 ff; *Meyer-Gofsnert/Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 4; *Radtke*, GA 2012, 187; *Stuckenberg*, GA 2016, 689.

3 BVerfG 34, 238, 248; 80, 367, 375; BVerfG StV 2015, 413; BGH NSTZ 2016, 551; *Landau*, NSTZ 2007, 121; *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO* (i. F. S/S/W-StPO)-*Beulke*, 4. Aufl. 2020, Einl. Rn. 9.

4 *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 68.

Ohne eine unabhängige, der Wahrheitssuche verpflichtete und eben auch funktionierende Justiz versinkt jedes Land der Welt im Chaos. Damit propagiere ich kein obrigkeitsstaatliches Rechtsdenken, sondern eine Besinnung auf die Basics demokratischen Zusammenlebens. Ein Blick in manch nahe und ferne Länder lehrt uns, mit Ehrfurcht von einer auf Wahrheit und Gerechtigkeit ausgerichteten Strafrechtspflege zu sprechen.

Dass es Gerechtigkeit allerdings nicht um jeden Preis geben kann, ist für uns alle ein Gemeinplatz.<sup>5</sup> Da die Mechanismen der Strafverfolgung tief in das Leben und die Rechte des Beschuldigten und anderer Verfahrensbeteiligter eingreifen, bedarf es eines wirksamen Schutzes vor übermäßigen, d.h. unverhältnismäßigen Eingriffen.<sup>6</sup> Das prozessordnungsgemäße Zustandekommen der Entscheidung ist deshalb eine Aufgabe des Strafverfahrensrechts, die gleichberechtigt neben dem Erfordernis einer effektiven Strafverfolgung steht.

Hinzu kommt das Verfahrensziel, Rechtsfrieden zu schaffen, und neuerdings betonen wir auch verstärkt die Genugtuungsfunktion für das Opfer.

Dass all diese Aufgaben häufig nur schwer miteinander vereinbar sind, ist offensichtlich. Dieses Spannungsverhältnis ist der Ausgangspunkt der unterschiedlichen Rollen der Beteiligten in unserem Strafverfahren. Im Laufe der Jahrhunderte haben wir gelernt, dass nicht ein Prozessorgan oder eine Institution die Spannungen sozusagen intern ausgleichen kann, wie das z.B. in vorrevolutionären Prozessordnungen verlangt wurde, die noch keine Trennung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht kannten und bei denen die Verteidigung nur eine höchst untergeordnete Rolle spielte. Dass die dabei produzierten Urteile häufig gerade nicht das Siegel der Gerechtigkeit verdienten, bedurfte eines langen Lernprozesses.

Grundlage unseres Verständnisses eines liberalen, demokratischen Strafprozesses ist also die Machtverteilung, auch wenn es sich mit guten Argumenten durchaus bestreiten lässt, dass uns das mit unserem kontinentaleuropäischen Strafprozessmodell mit der bis heute

<sup>5</sup> BVerfG JZ 2011, 249, 250; BGHSt 38, 215, 219 f; BGH NStZ 2013, 604 Rn. 25.

<sup>6</sup> BGH JR 2015, 338.

bestehenden richterlichen Übermacht idealiter gelungen wäre. Der verstärkt dem Parteiprozess verpflichtete anglo-amerikanische Strafprozess zeigt Alternativen auf – auch innerhalb desselben Rechtsstaatsgebots. Vorzugswürdig erscheint er mir aber letztlich noch lange nicht.

Umso wichtiger ist es, dass wir uns mit den Bordmitteln zu rechtfinden, die uns zur Verfügung stehen und hier müssen wir als Verteidiger unmissverständlich klarstellen: Ein Urteil, das nach rechtsstaatlichen Maßstäben gewonnen wird, verlangt eine *starke Verteidigerin bzw. einen starken Verteidiger*. Es ist eine kluge Entscheidung des Gesetzgebers, trotz der Objektivitätsverpflichtung der Staatsanwaltschaft (§ 160 Abs. 2 StPO) und trotz der Unabhängigkeit des allein dem Recht verpflichteten Richters (Art. 97 GG), dem Beschuldigten einen Beistand zur Seite zu stellen, der einseitig nur zu seinen Gunsten tätig wird. Das Ziel des gesamten Strafverfahrens ist also selbstverständlich nicht identisch mit dem Ziel der Strafverteidigung. Ihr geht es einseitig um die Durchsetzung der Mandanteninteressen, die zumeist darin bestehen, den staatlichen Strafanspruch möglichst ganz abzuwehren oder ihn zumindest abzufedern, wenn es beispielsweise nur um eine Strafzumessungsverteidigung geht. Die Zieldefinition erfolgt gemeinsam mit dem Mandanten.<sup>7</sup>

Die dadurch angestrebte Balance, manchmal sprechen wir auch von Waffengleichheit, ist der Rechtsgemeinschaft so wichtig, dass sie bei schwererem Tatvorwurf den »Bremsen« auch noch bezahlt, sofern der Beschuldigte selbst nicht über den erforderlichen finanziellen Background verfügt. Erst im Zusammenspiel aller Verfahrensbeteiligter wird m.E. das Rechtsstaatsprinzip verwirklicht. Dass es in Prozessen ohne Verteidiger überhaupt realisiert werden kann, erscheint mir – jedenfalls bei Tatvorwürfen jenseits der Bagatellgrenze – mit zunehmender Verteidigerpraxis immer unwahrscheinlicher.

Die Funktion des Verteidigers ist verglichen mit den anderen Verfahrensbeteiligten nicht nachrangig, sondern gleichwertig. Das garantiert seine Einseitigkeit, seine Unabhängigkeit vom Staat und m.E. auch seine Unabhängigkeit vom Mandantenwillen. Diese Message des deutschen Verfassungs- sowie des Unionsrechts und nicht zuletzt

<sup>7</sup> Vert. *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, *dors.*, Sieber-FS, 2020 (erscheint demnächst).

des Art. 6 EMRK ist doch eigentlich nicht schwer zu begreifen. Das BVerfG hat sie allen oft genug ins Stammbuch geschrieben. Strafprozessrecht ist geronnenes Verfassungsrecht. Die Gewährleistung einer effektiven Verteidigung ist der Seismograph einer rechtsstaatlichen Strafverfolgung und damit auch Indikator unseres Rechtsstaats.

Ich halte als erstes Zwischenergebnis fest:

Verteidigertätigkeit als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Gebots einer fairen Verfahrensgestaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG dient dem Ziel des Strafverfahrens, nämlich der Findung eines gerechten Verfahrensabschlusses. Es wird um die Wahrheitsfindung mit prozessordnungsgemäßen Mitteln gerungen.

Eine effektive, unabhängige, einseitige Strafverteidigung zugunsten des Beschuldigten, ist eine den Funktionen der Strafverfolgungsorgane ethisch gleichwertige Tätigkeit.

## II. GRASSBERGER/PETERS

Vor dieser Folie wollen wir uns nunmehr anschauen, welche psychologischen Determinanten die Erreichung des anvisierten Verfahrensziels begünstigen oder vielleicht sogar erschweren. Ich möchte dabei Schritt für Schritt vorgehen und zunächst die einschlägige Diskussion früherer Jahrzehnte in Erinnerung rufen. Vor allem in den fünfziger und frühen sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts erfuhr unser Ewigkeitsthema mit dem besonderen Erstarken der Soziologie eine neue Blüte. Besonders einflussreich geworden sind *Roland Graßberger*<sup>8</sup> und *Karl Peters*,<sup>9</sup> sozusagen die damaligen Großmeister des Strafprozessrechts und der Verfahrenspsychologie. Es dürfte kein Zufall sein, dass das Standardwerk von *Graßberger*, »Psychologie des Strafverfahrens«, mit dem Thema unseres 43. Strafverteidigertages identisch ist.

Die besonders starke Stellung, die dem Richter im kontinental-europäischen Strafprozess zugewiesen ist, motivierte *Graßberger* und *Peters*, die psychologischen Zusammenhänge insbes. aus der Perspektive des

<sup>8</sup> *Roland Graßberger*, *Psychologie des Strafverfahrens*, 2. Aufl. 1968.

<sup>9</sup> *Karl Peters*, *Strafprozess*, 4. Aufl. 1985, S. 46 ff.

Richters zu betrachten. Intensiv wird über die persönlichen Voraussetzungen erfolgreicher Prozessleitung nachgedacht. Prozess komme von *procedere*, also gehe es um schrittweises Gewinnen von Erkenntnissen. »Schrittweise die Wahrheit ermitteln heißt, vom Bekannten auf das Unbekannte zu schließen.«<sup>10</sup>

Dem Richter falle im Hauptverfahren die Aufgabe zu, den Tatnachweis zu erbringen. Er müsse den Prozess führungsstark aber doch einfühlsam, im Ergebnis überzeugend und möglichst gerecht über die Bühne bringen.

Bei Vernehmungen gehe es um die Bekundung des dem Vernommenen entgegengebrachten Interesses,<sup>11</sup> um die Herstellung eines für die Ansprache erforderlichen Kontakts, bei dem der Vernehmende auch zuzuhören vermag, bis hin zu zurückhaltender, angemessener Reaktion auf weinende Angeklagte oder Zeugen, bei denen schon die Fragestellung einen entscheidenden Einfluss auf die Behauptungen des Vernommenen habe.<sup>12</sup> Suggestivfragen seien zu vermeiden. Der Herabsetzung des Opfers sei ein Riegel vorzuschieben, gleichwohl von welcher Seite sie komme.<sup>13</sup>

In diesem Zusammenhang hebt *Graßberger* hervor, dass auch auf den Verteidiger Druck ausgehe, der aus seiner Verfahrensrolle resultiere, die von ihm fordere, sich bedingungslos für den Beschuldigten einzusetzen, was ohne ein Quäntchen Voreingenommenheit zugunsten des Mandanten psychologisch gar nicht möglich wäre.

Wenn jedoch der Richter im Rahmen seiner Prozessführung im Interesse der Wahrheitsfindung um Sachlichkeit und Souveränität bemüht sein soll, so wäre es wenig sinnvoll, dem Verteidiger schon im Ansatz stets das Gegenteil zu raten. Der Verteidiger müsse voraussehen, wie der Richter denke und welche Schritte höchstwahrscheinlich zu erwarten seien. Von den *Maximen* einer aus richterlicher Sicht *de lege artis* gestalteten Prozessführung sollte der Verteidiger nur dann abweichen, wenn sein Mandant davon profitiere. Ein Missbrauch seiner Rechte liege vor, wenn er sich nicht darauf beschränke, Lücken

<sup>10</sup> *Graßberger*, (Fn. 8), S. 111.

<sup>11</sup> *Graßberger*, (Fn. 8), S. 127 f.

<sup>12</sup> *Graßberger*, (Fn. 8), S. 128.

<sup>13</sup> *Graßberger*, (Fn. 8), S. 160.

in der Beweiskette aufzuzeigen, sondern dazu übergehe, »solche Lücken durch unwahre Behauptungen vorzutäuschen oder gar durch Verfälschung von Beweismitteln, etwa durch Einschüchterung von Auskunftspersonen, Suggestivfragen und so weiter zu erzeugen«. <sup>14</sup>

Ich komme zum zweiten Zwischenfazit:

Alles was wir bei *Graßberger* und *Peters* für den Richter hinsichtlich des psychologischen Vorgangs der Wahrheitsfindung vor Augen geführt bekommen, sollte auch für die Verteidigung Maßstab sein, solange dieses Gebot mit der von der Verteidigung geforderten Einseitigkeit vereinbar ist.

### III. ZUM MODERNEN DISKURSMODELL

Das Stichwort der zumindest teilweisen parallelen Vorgehensweise aller am Prozess Beteiligten eröffnet nahezu zwangsläufig eine weitere Dimension unseres Leitthemas der Psychologie des Strafverfahrens, nunmehr im Lichte der modernen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie.

Es wäre allerdings vermessen, den Anschein zu erwecken, ich könnte im Rahmen meines knappen Einleitungsreferats den derzeit en vogue befindlichen philosophischen Gesamtkonzepten gerecht werden. Es folgen also nur einige m.E. besonders relevante Ausschnitte aus der aktuellen Diskussion, soweit sie mir für unser Thema und die zukünftige Entwicklung des Strafprozesses im Allgemeinen und der Strafverteidigung im Besonderen relevant erscheinen.

Im Strafverfahren soll – so habe ich mich bereits festgelegt – die Wahrheit gefunden werden. Nur: Es gibt viele Wahrheiten – so viele wie es Menschen gibt, die sie suchen – und soziale Zusammenhänge sind so ineinander verflochten, dass es niemand vermag, bei der Suche nach den Ursachen für einen bestimmten Erfolg wirklich allen Verästelungen nachzugehen. Die Notwendigkeit der Reduktion von Komplexität durch Verfahren, also der Umstand, dass real mehr denkbare Möglichkeiten und Alternativen existieren als tatsächlich vom Individuum erfasst werden können und sich die am Entscheidungsfindungsprozess Beteiligten deshalb mit einem kleinen Ausschnitt

<sup>14</sup> *Graßberger*, (Fn. 8), S. 288.

der Wirklichkeit begnügen müssen, gehört zu unseren Alltagserfahrungen.<sup>15</sup>

Wie kann dann aber Wahrheit am besten gefunden werden? *Habermas* ist der Ansicht, dass das nur unter den Idealbedingungen des gewaltfreien Diskurses möglich sei.<sup>16</sup> Nun ist aber – wenig überraschend – unstreitig, dass »Gerichtsverfahren im Allgemeinen und Strafverfahren im Besonderen nicht der Idealsituation des gewaltfreien Diskurses entsprechen«.<sup>17</sup> Wir müssen uns deshalb mit Theorien mittlerer Reichweite begnügen, so wenn *Luhmann* in seinem systemtheoretisch-operativen Ansatz vorrangig auf die Legitimität durch Verfahren verweist.<sup>18</sup>

Nach der »Kritischen Theorie« der Frankfurter Schule geht es um den Konsens der beteiligten Beobachter. *Hassemer* verweist darauf, dass es dabei nicht darauf ankomme, dass sich die Beobachter untereinander »friedfertig« austauschen. Auch im Streit lasse sich Konvergenz herstellen, solange sich die streitenden Beobachter auf die Sache beziehen. Auch wenn es den freien Diskurs im Strafverfahren nicht gebe, bleibe es dabei, dass Wahrheit nur in »einem diskursiven Vorgehen aller Beteiligten erwartet werden darf«.<sup>19</sup>

An die Stelle der Freiheit treten die Regeln des Verfahrensrechts und die »Auseinandersetzung (kann sich) auf die Herstellung, anstatt auf die Unterdrückung von Wahrheit zubewegen, wenn diese Regeln jedem Beteiligten eine faire Chance der Intervention geben«.<sup>20</sup>

15 Vert. *Frauke Stampf*, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998.

16 Vgl. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Band I und II, 1981; *ders.*, Walter Schulz-FS, 1974, S. 211; *ders.*, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 1992; dazu statt aller: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 134 ff; *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 118 ff; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisanztragsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 25 ff; *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 17 ff; *Oliver Harry Gerson*, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 336 ff.

17 *Kudlich/Knauer* in: Handbuch des Strafrechts, Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Band 1, Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 16 Rn. 26.

18 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 41 ff; dazu statt aller: *Gerson*, (Fn. 16), S. 340 ff; *Theile*, Rengier-FS, 2018, 365, 368; *Schünemann*, StraFo 2015, 177.

19 *Hamm/Hassemer/Pauly*, (Fn. 16), Rn. 26.

20 *Hamm/Hassemer/Pauly*, (Fn. 16), Rn. 24.



Ganz in diesem Sinne hebt *Jahn* hervor:

»Je mehr wir die Kommunikation in der Hauptverhandlung so gestalten, dass sie mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des Grundgesetzes und der StPO kompatibel sind – vorrangig mit dem Fairnessgebot sowie dem Rechtsstaatsprinzip –, desto stärker können wir sie als Sonderfall des allgemein praktischen Diskurses begreifen.«<sup>21</sup>

*Gerson* spricht plakativ von einer »Balance durch kommunikative Autonomie«.<sup>22</sup>

An diese Modelle unter Einbeziehung der Erkenntnisse der Hermeneutik, also der Lehre vom Verstehen, die uns im Hinblick auf unseren Strafprozess vor allem vor Augen führt, dass es kein Begreifen »ohne Vorverständnis, ohne Vor-Urteil und ohne Sinnerwartung«<sup>23</sup> gibt, können wir anknüpfen. Sie statten uns mit dem theoretischen Rüstzeug aus, die partizipatorischen und diskursiven Elemente im Strafverfahren zu verstehen und u.U. auszubauen.

Was bedeutet das für den Verteidigeralltag? Es geht um den Prozess des Begründens und des Widerlegens. Beinhaltet er auch diskursive Elemente? Ich möchte das – mit Einschränkungen – bejahen.<sup>24</sup>

Eigentlich selbstverständlich ist, dass wir den Vorwürfen des Staatsanwalts und den Bekundungen des Gerichts unsere eigene Sichtweise entgegenhalten müssen. Im Einzelfall beginnt das schon mit der Kontroverse, ob überhaupt ein Straftatbestand erfüllt ist. Das erlebe ich gerade in Wirtschaftsstrafverfahren überdurchschnittlich häufig.

Ganz generell sind die Strategien der Anwaltschaft im Umgang mit den Strafverfolgungsorganen höchst unterschiedlich. So schätzen die Einen die eher trockene formaljuristische Auseinandersetzung. Schon im Ermittlungsverfahren werden lange Schriftsätze in der

21 *Jahn*, Konzeption für ein gerechteres Strafverfahren: Konsens und Partizipation, in: Goldstein Johannes (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit, Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, Loccumer Protokoll 09/11, 2011, S. 117, 122; *ders.*, Kirchhof-FS, 2013, § 128 Rn. 7 f; dazu *Gerson*, (Fn. 16), S. 348.

22 *Gerson*, (Fn. 16), S. 394; *ders.*, Wahrnehmungslenkende Funktion der Sprache im Strafprozess – Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 3.Aufl. 2018, S. 153.

23 *Hamm/Hassemer/Pauly*, (Fn. 16), Rn. 29.

24 Ebenso *Dölling*, Wolf-FS, 2019, S. 125, 128; *Sommer*, StraFo 2017, 481.

Hoffnung geschrieben, eine Hauptverhandlung von vorneherein vermeiden zu können. In Verkehrsstrafverfahren mag das selten eine Rolle spielen und auch bei Diebstahl, Raub und anderem ›Brot- und Buttergeschäft‹ sind die Interpretationsspielräume zumeist begrenzt. In Wirtschaftsstrafverfahren gehört der Streit um die rechtlichen Grenzen erlaubter Marktstrategien hingegen zum Alltagsgeschäft. Es bedarf ausgefeilter Schriftsätze – mit guter, knapper Zusammenfassung, falls man es mit einem eher lesefaulen Staatsanwalt oder Richter zu tun haben sollte. In der Hauptverhandlung nimmt man sich eher zurück und vertraut stärker auf die Kraft der Argumente als auf forscheres Auftreten.

Die Anderen haben hingegen im Laufe einer langen Verteidigerkarriere gelernt, dass Angriff die beste Verteidigung ist, und treten auch dann – oder vielleicht gerade dort – forsch auf, wo eigene Mandantenschwächen übertüncht werden sollen.

Ich selbst habe beides bei Kollegen beobachten können, ohne mir ein Urteil anmaßen zu wollen, welche Art erfolgreicher ist.

Da der Erlass des Eröffnungsbeschlusses zumeist mit keiner ernstzunehmenden Prüfung der Rechts- und Beweislage verbunden ist, bedarf es im Hauptverfahren der geballten Argumentationskraft des Verteidigers, um dem Gericht, das immerhin die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung bereits ausdrücklich bekundet hat, das gegenteilige Ergebnis schmackhaft zu machen.

Es ist für uns alle ein Gemeinplatz, dass im Regelfall die Weichen im Ermittlungsverfahren gestellt werden. Das bedeutet aber noch lange nicht, dass die Verteidigung im weiteren Verfahrensverlauf nur noch fatalistisch das hereinbrechende Unheil zur Kenntnis nehmen muss. Trotz einer Freispruchquote zwischen drei und fünf Prozent wissen wir aus Erfahrung, wie sehr eine aktive Verteidigung auch den Kurs der Hauptverhandlung beeinflussen kann. Wer die Psychologie der Mächtigen kennt, die ihre gesteigerten Befugnisse nicht selten wie eine Monstranz vor sich hertragen,<sup>25</sup> weiß, dass auch sie nur mit Wasser kochen und ganz gerne von allen im Gerichtssaal vertretenen Akteuren, wenn schon nicht geliebt und bewundert, wohl

<sup>25</sup> Zur Machtfrage: *Norouzi*, Fischer-FS, 2018, S. 765.

aber akzeptiert werden wollen. Es ist zumeist nicht wahr, wenn sie so tun, als kümmere sie das Verhalten, das der »machtlose« Verteidiger an den Tag legt, überhaupt nicht. Das ist unsere Chance.

Bewusst oder unbewusst nimmt die Forschung seitens der Richter ab, wenn ein Verteidiger dabei ist. Die Fragetechnik wird zurückhaltender, Suggestivfragen seltener. Die Fairness steigt. Die Richter, die ich erlebe, arbeiten zumeist so professionell, dass sie zu erwartende Einwände der Verteidigung gegen ihre Fragen mit einkalkulieren. Natürlich treffen wir leider manchmal auch auf Richter, die den Dialog weniger schätzen.<sup>26</sup> Wenn wir in der Hauptverhandlung endlich mit unserem Fragerecht zum Zuge kommen, intervenieren sie viel zu früh und bekunden, dass sie dieses Beweisthema bereits für abgehakt halten. Hier bedarf es unermüdlicher Kärrnerarbeit während der gesamten Beweisaufnahme, auch wenn das Gericht schon bestimmte Tendenzen durchscheinen lässt. Dabei bauen wir nach den Regeln des Diskurses erstrangig auf die Durchschlagskraft unserer Argumente.

Dass ausreichend rechtliches Gehör gewährt wird, gehört zu den elementaren Bestandteilen des Rechtsstaatsgebots. § 257 Abs. 2 StPO gewährt der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung das Recht, nach der Vernehmung des Angeklagten und nach jeder einzelnen Beweiserhebung Erklärungen abzugeben. Bei besonders umfangreichen erstinstanzlichen Verfahren vor dem LG und dem OLG ist bekanntlich auf der Basis des neuen § 243 Abs. 5 S. 3 StPO eine gewisse Dialogform schon bei Verlesung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft und dem sich anschließenden Opening Statement seitens der Verteidigung möglich.<sup>27</sup> Offensichtlich vertraut unsere Rechtsordnung in besonderem Maße auf die Macht des Wortes.

Wenn die Argumente allein noch nicht überzeugen, liegt in der Hauptverhandlung unseres kontinentaleuropäischen, stark inquisitorisch geprägten Strafprozesses die bedeutsamste Einflussmöglichkeit des Beschuldigten und seines Verteidigers im Beweisantragsrecht. Es ist – wie in der gerade erschienenen (3.) Neuauflage des Beweisantragsrechts von *Hamm/Pauly* zutreffend hervorgehoben wird – Ausfluss der

<sup>26</sup> S. auch *Sommer*, StV 2019, 352.

<sup>27</sup> Dazu vertiefend *Schneider*, Rogall-FS, 2018, S. 667; KK-StPO-*Schneider*, 8. Aufl. 2019, § 243 Rn. 66 ff; *Meyer-Gofßner/Schmitt*, (Fn. 2), § 243 Rn. 31a ff.

psychologischen Erkenntnisse über die menschliche Wahrnehmungs- und Beurteilungsfähigkeit<sup>28</sup> und entspringt sozusagen aus der Tiefe der Psychologie des Strafverfahrens. Um der Gefahr falscher Wahrnehmungen entgegenzuwirken, ist in einer bewundernswürdigen Leistung vom RG für den Prozess der Beweisaufnahme das Verbot der Beweisantizipation kreiert worden, das inzwischen in die Regelungen unseres Beweisantragsrechts (§ 244 StPO) eingeflossen ist.

Das Recht plant hier die Gefahr der Voreingenommenheit – wie z.B. auch beim Richterablehnungsrecht – mit ein und gewährt dem Beschuldigten ein Mittel, diese psychische Fehlleistung zu korrigieren. Ich halte das für eine der wichtigsten prozessualen Errungenschaften des letzten Jahrhunderts, die ganz wesentlich die Subjektstellung des Beschuldigten und insgesamt die Einhaltung des Rechtsstaatsgebots absichert. Auch die im Jahre 2017 mit der Neuregelung des § 244 Abs. 6 S. 2 bis 4 StPO eingeführten nicht unerheblichen Einschränkungen<sup>29</sup> signalisieren zwar abnehmende Sensibilität des Gesetzgebers in dieser heiklen Materie, gehen aber doch noch nicht an die Substanz des Rechts des Beschuldigten, auf die Beweiserhebung und damit auf die Vorstellungen des Gerichts über die Tat Einfluss zu nehmen.

Allerdings sollte nun endlich Schluss damit gemacht werden, das Beweisantragsrecht i.S. einer Salamtaktik Scheibchen für Scheibchen seiner Funktion als Bollwerk gegen eine zu frühe Beweiswürdigung zu berauben.

Ich fürchte, dass die immer konservativer werdende Gesellschaft (AfD und Trump lassen grüßen) uns hier noch viele weitere Knüppel zwischen die Beine werfen wird. Der Normalbürger weiß gar nicht, was dabei auf dem Spiel steht. Immer wieder höre ich von meinen Mandanten: »Früher war ich für ein härteres Vorgehen gegen Straftäter – jetzt merke ich erst, wie in meinem Verfahren die Unschuldsvermutung mit Füßen getreten wird.«

Hoffen wir, dass in Zukunft zumindest das Beweisantragsrecht keine weiteren Einschränkungen mehr erfahren wird.

<sup>28</sup> *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 20; s. auch *Junker*, Beweisantragsrecht im Strafprozess, 3. Aufl. 2019, § 1 Rn. 8.

<sup>29</sup> Dazu *Schlothauer*, Fischer-FS, 2018, S. 819; s. auch *Mosbacher* NStZ 2018, 9.

Im seltenen Idealfall sind der Beweis Antrag und sein Vollzug also ein Musterbeispiel für einen regelunterstützten Diskurs.

Aber auch hier bedarf es psychologischen Spitzengefühls. Nicht die Menge, »sondern nur die Bedeutung des ergänzenden Vorbringens ist sachentscheidend«.<sup>30</sup> Streit um des Streitens willen muss zu meist der Angeklagte in Form strengerer Bestrafung ausbaden. Andererseits wird nur der Verteidiger Gehör finden, der Standfestigkeit zeigt. Ein Gerichtsvorsitzender, dem mit sachlichen Argumenten widersprochen wird, gewinnt nicht selten erst durch diese Kontroverse den Respekt vor dem Verteidiger.

Kommen wir zur Absprache gem. § 257c StPO. Einerseits klassifizieren sie viele generell als ein Vehikel rechtsstaatswidriger Unterdrückung, als Fratze einer gerechten Strafjustiz, als Legitimationsmäntelchen des Machtmissbrauches der Justiz zwecks Durchsetzung des schlanken, schnellen Strafprozesses. Kein Angeklagter könne sich dem vom Abspracheangebot ausgehenden exzessiven Druck der Strafverfolgungsorgane entziehen.<sup>31</sup> Andererseits ist es offensichtlich, dass gerade diese neue Verfahrensvariante auf der Linie des von mir dem Ansatz nach favorisierten Diskursmodells liegt. Dementsprechend stehe ich persönlich diesem Rechtsinstitut eher positiv gegenüber, was nicht weiter verwunderlich ist, da ich bereits zu einer Expertengruppe des STRAUDA (Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer) gehörte, die seinerzeit einen Entwurf unserer Kammer für die Einführung der Absprache erarbeitet hat,<sup>32</sup> der dann teilweise sogar in die geltende gesetzliche Regelung eingeflossen ist. Ich erlebe als Verteidiger die Möglichkeit der Absprache durchaus als Chance.

Dabei übersehe ich keineswegs, dass die Gratwanderung moderater aber stets sachgerechter Verteidigung zu einer eher schädlichen Liebedienerei haarscharf sein kann und dass so mancher Verteidiger

30 *Graßberger*, (Fn.8), S. 290; sehr aufschlussreich auch *Peters*, in: 3. Strafverteidigertag 27-29. April 1979, Referate, Diskussionen, Ergebnisse, Schriftenreihe der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V., 1979, S. 25, 26 ff.

31 *Schünemann*, ZStW 119 (2007), 945, 952; näher zu den einzelnen Einwänden: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 17 Rn. 7 ff, § 44 Rn. 60 ff; *Beulke/Swoboda*, (Fn. 2), Rn. 394a; *S/S/W-StPO-Ignor*, (Fn. 3), § 257c Rn. 4 ff.

32 Abgedruckt als Anhang 1 bei *Niemöller/Schlothauer/Weider*, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010; ausführlich zur Normhistorie: *S/S/W-StPO-Ignor*, (Fn. 3), § 257c Rn. 4 ff.

dem Charme der Macht seitens des Gerichts erliegt, insbesondere wenn weitere Pflichtverteidigungen winken. Hier bedarf es der professionellen Verteidigung durch einen Beistand, der radikale Einseitigkeit zugunsten seines Mandanten zum Lebensmotto erkoren hat. Dann – aber auch nur dann – ist die Absprache ein Schritt in die richtige Richtung. Gespräche mit der Staatsanwaltschaft über Verfahrenseinstellungen im Ermittlungsverfahren, Erörterungen des Verfahrensstandes mit den Verfahrensbeteiligten im Zwischenverfahren gem. § 202a StPO gehören inzwischen ebenso selbstverständlich zum Alltag wie Verständigungsgespräche in der Hauptverhandlung gem. § 257c StPO. Ich halte diese Zunahme partizipatorischer Elemente im Strafverfahren für einen Gewinn.

Entsprechendes erlebe ich persönlich auch im Umgang mit dem viel gescholtenen § 153a StPO.<sup>33</sup>

Die Wissenschaft bleibt insoweit überwiegend skeptisch und geht sogar im Hinblick auf Art. 92 GG sowie auf die Unschuldsvermutung, das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz von Verfassungswidrigkeit aus.<sup>34</sup> Die Alternativprofessoren haben zur Abwehr dieser Misere jüngst einen »Alternativwurf« »Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat« vorgelegt,<sup>35</sup> der insbesondere § 153a StPO durch die »Verwarnung« als neue strafrechtliche Rechtsfolge ersetzen will, um so das Recht des unschuldigen Angeklagten auf Freispruch nicht vorschnell auf dem Altar der Kalkulierbarkeit zu opfern. Meiner Erfahrung nach sehen jedoch die meisten Angeklagten gerade in dieser Rechtssicherheit hinsichtlich des Verfahrensausgangs einen unschätzbaren Vorteil, der sie veranlasst, theoretische Bedenken zurückzustellen.

Selbst eine im Einzelfall u.U. erfolgte Aufklärung über die – aus meiner Sicht – fehlende Strafbarkeit des Verhaltens hält meiner Erfahrung nach die Mehrheit meiner Mandanten nicht davon ab, hier u.U.

33 Vert. *Baulke*, in: Murmann (Hrsg.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, 2011, S. 45; *ders.*, v. Heintschel-Heinegg-FS, 2018, S. 33; Löwe-Rosenberg-*Baulke*, Band 5, 26. Aufl. 2008, § 153a Rn. 11 ff; *Baulke/Swoboda*, (Fn. 2), Rn. 337a ff.; *Dalakouras*, Rogall-FS, 2018, S. 457; *Meyer/Götsner/Schmitt*, (Fn. 2), § 153a Rn. 2; MüKo-StPO-*Peters*, Band 2, 2016, § 153a Rn. 4; s. auch das Ergebnis des HSH-Nordbank-Strafprozesses, dazu FAZ vom 07.06.2019, S. 22.

34 SK-StPO-*Wegslau*, § 153a Rn. 5 ff; dazu MüKo-StPO-*Peters*, (Fn. 33), § 153a Rn. 4.

35 GA 2019, 1 ff.

viel Geld locker zu machen, um auf diesem Wege den Strafprozess zu beenden. Finanzielle Verluste durch Fortsetzung des Verfahrens sind oft ungleich gravierender als ein vielleicht zu erzielender Freispruch, sodass es ökonomisch sinnlos wäre, das Angebot der Staatsanwaltschaft auszuschlagen. Dass es immer wieder auch Ausnahmen gibt, in denen die Beschuldigten auf einer Freispruchchance beharren, steht dieser Erkenntnis nicht entgegen.

Bezüglich des von mir jetzt insgesamt positiv bewerteten partiellen Diskurscharakters unseres Strafverfahrens bedarf es allerdings noch einer – eigentlich selbstverständlichen – grundsätzlichen Klarstellung: Ohne Einschaltung eines Verteidigers sind das alles von vornherein völlig realitätsfremde Vorstellungen. Die große Gruppe der nicht verteidigten Beschuldigten ist vor Gericht hoffnungslos überfordert. Der allein gelassene Durchschnittsangeklagte versteht nicht, was um ihn herum passiert. Sozial Schwache, randständig Lebende, Ausländer, Migranten können sich häufig nur noch fatalistisch ihrem Schicksal fügen. Das sollten wir insbesondere bei der notwendigen Verteidigung, also bei der zukünftigen Handhabung des § 140 Abs. 2 StPO, nicht aus den Augen verlieren.

Meine dritte Zwischenbilanz lautet:

Die vielleicht vielen von Ihnen aus dem Herzen sprechende Rüge von *Roxin/Schünemann*, unser Strafverfahren sei von einer »zerstörten Verfahrensbalance« geprägt,<sup>36</sup> sollten wir nicht als hoffnungslose Klage, sondern als Aufforderung verstehen, unsererseits im Tagesgeschäft mehr Gleichgewicht einzufordern.

Rechtliche Stellungnahmen, Erklärungsrechte, Beweisanträge, taktisches Geschick im Umgang mit den Zeugen sowie die Einlassung des Beschuldigten inklusive der Beratung bzgl. einer Schweige-, einer Tatleugnungs- oder einer Geständnisverteidigung sind die vorrangigsten Mittel, die dem Verteidiger bei seinem Einsatz für den Beschuldigten zur Verfügung stehen. Die Zunahme diskursiver Elemente in Form der Absprache im Zwischen- oder im Hauptverfahren, der Vorbereitung der Hauptverhandlung und des Opening Statements sind zu begrüßen. Tendenzen, den inquisitorischen Charakter des

<sup>36</sup> *Roxin/Schünemann*, (Fn. 31), § 69 Rn. 1; s. auch *Schünemann*, Kühne-FS, 2013, S. 361.

Strafverfahrens i.S. einer auf ›Vereinfachung‹ und ›Effektivierung‹ bedachten Politik noch stärker zu betonen, z.B. im Wege der weiteren Beschneidung des Beweisantragsrechts, ist hingegen nachdrücklich entgegenzutreten.<sup>37</sup>

#### IV. PSYCHOLOGIE DER ZEUGENAUSSAGE; AUSSAGEPSYCHOLOGISCHE SACHVERSTÄNDIGENGUTACHTEN, VERNEHMUNGSLEHRE

Wenn ich in letzter Zeit Kolleginnen oder Kollegen erzählt habe, ich werde auf dem Strafverteidigertag in Regensburg über »Die Psychologie des Strafverfahrens« sprechen, dann meinten meine Gesprächspartner zumeist: »Das ist interessant – insbesondere hinsichtlich der Wahrheitsfindung durch Zeugen«. Damit wird natürlich nur ein Aspekt unter vielen angesprochen, aber eben offensichtlich doch ein zentraler. Auch hier können in einem Einleitungsreferat allerdings nur einige wichtige Stichworte genannt werden.

Die Aussagepsychologie kann heute bereits auf eine weit über hundert Jahre alte Entwicklung zurückblicken. Schon *Franz von Liszt* hat gemeint, dass jeder Jurist eine Grundausbildung in Psychologie genossen haben sollte.<sup>38</sup> Inzwischen hat sich die Aussagepsychologie »nicht nur wissenschaftlich und methodisch etabliert, sondern auch einen Platz in deutschen Gerichtssälen erobert«, worauf jüngst *Renate Volbert* und *Jonas Schemmel* in der Festschrift zum 80. Geburtstag von *Ulrich Eisenberg* nochmals hingewiesen haben.<sup>39</sup> Heute gehört die Hinzuziehung von psychologischen Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren – ganz besonders im Strafverfahren – zum Standard.<sup>40</sup> Diese Entwicklung ist verknüpft u.a. mit Namen wie *Undeutsch*, *Arntzen* und *Steller/Volbert* – Letztere mit dem bezeichnenden Titel »Psychologie im Strafverfahren«.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> *Hamm/Hassemer/Pauy*, Beweisantragsrecht, 3.Aufl. 2019, Rn. 19; siehe aber zu neuen restriktiven gesetzlichen Reformplänen das Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Modernisierung des Strafverfahrens vom Mai 2019, Punkt 4 »Vereinfachung des Beweisantragsrechts«, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519\\_Kabinett\\_Modernisierung\\_Strafverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519_Kabinett_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1); dazu auch *Schlothauer*, »Einen Pakt für den Rechtsstaat«, Bundesrechtsanwaltskammer RS-Nr. 65/2019.

<sup>38</sup> *Franz von Liszt*, in: Lippmann, Grundrisse der Psychologie für Juristen, 1908.

<sup>39</sup> *Volbert/Schemmel*, Eisenberg-FS II (zum 80. Geburtstag), 2019, S. 149.

<sup>40</sup> *Gabriele Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Aufl. 2012, Rn.18 ff.

<sup>41</sup> *Steller/Volbert*, Psychologie im Strafverfahren, 1997.



Bahnbrechend war die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1999 zur Validität psychologischer Gutachten über die Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen.<sup>42</sup> Danach genügt das Gutachten nur dann den anerkannten Standards, wenn der Sachverständige den aus der Experimentalpsychologie übernommenen Begriff der ›Nullhypothese‹ zum Ausgangspunkt nimmt, dass die Aussage gerade keinen Erlebnisbezug hat. Der Sachverständige hat nach den Grundsätzen zu suchen, warum die Aussage nicht wahr ist. Erst wenn er diese zurückweisen kann, gilt das Gegenteil, d.h. die Aussage hat einen Erlebnisbezug.

Inzwischen werden innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung aussagepsychologische Erkenntnisse längst auf den allgemeinen Umgang mit Zeugenaussagen angewandt, so z.B. bei der tatrichterlichen Bewertung von Zeugenaussagen im Rahmen von Sexualstrafverfahren sowie in Betäubungsmittel- und Erpressungsverfahren.<sup>43</sup>

Auch das BVerfG<sup>44</sup> mahnt in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH im Rahmen der freien strafrichterlichen Beweiswürdigung die Beachtung der aussagepsychologischen Erfahrungsregeln insbesondere bei der Beurteilung der Aussagen eines Zeugen vom Hörensagen, bei der Aussage gegen Aussage sowie im Falle des Wiedererkennens an.<sup>45</sup>

In vorzüglichen Anleitungsbüchern bzw. Anwaltshandbüchern erhalten wir genaue Informationen über den derzeitigen Wissensstand, so beispielsweise in dem mehr aus gerichtlicher Perspektive geschriebenen ›Klassiker‹ von *Bender/Nack/Treuer*<sup>46</sup> sowie die verstärkt anwaltlich orientierten Beiträge von *Gabriele Jansen*<sup>47</sup> und *Deckers/Köhnken*<sup>48</sup>.

42 BGHSt 45, 164.

43 *Jansen*, (Fn. 40), Rn. 68 ff.

44 BVerfG StV 2003, 593; OLG Brandenburg NStZ 2018, 495.

45 Ausführlich dazu mit Fundstellen: *Jansen*, (Fn. 40), Rn. 49.

46 *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014.

47 *Jansen*, (Fn. 40).

48 *Deckers/Köhnken*, Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2. Aufl. 2014.

Verwiesen sei auch auf die Grundlagenwerke von *Andreas Geipel*<sup>49</sup> und *Hans-Joachim Gerst*<sup>50</sup> sowie die zusammenfassende Darstellung im ›Handbuch des Fachanwalts Strafrecht‹ von *Jan Bockemühl*.<sup>51</sup>

Hier einige herausgegriffene Basics:

Der Zeuge kann die Wahrheit sagen, er kann aber auch Falsches vortragen, entweder i.S. einer bewussten Lüge oder weil er irrt und gutgläubig Falsches bekundet. Im ersten Falle sind insbesondere die Qualität der Aussage und das Aufspüren eines Motivs für die Lüge geboten; im zweiten Fall müssen Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefehler aufgespürt werden.<sup>52</sup>

- ›Lügensymptome‹, an denen man falsche Aussagen klar erkennen kann, gibt es nicht.
- Bei der Analyse von Fehlerquellen ist vorrangig auf die Entstehungsgeschichte der Aussage sowie auf die Motivation abzustellen.
- Die kriterienorientierte Aussageanalyse stellt auf Glaubhaftigkeitsmerkmale ab wie bspw. logische Konsistenz, quantitativer Detailreichtum, Wiedergabe von Gesprächen oder auch Eingeständnis von Erinnerungslücken.
- Es ist zu fragen: Konnte der Zeuge die Aussage in der vorliegenden Qualität (Realkennzeichen) auch ohne Erlebnisgrundlage produzieren (Erfindungskompetenz) unter Berücksichtigung von möglichen Einflussquellen (Fehlerquellenanalyse).

Stets warnt uns der Psychologe natürlich vor vorschnellen Schlüssen. So kann die fehlende Konstanz der Aussage nicht auf einer Lüge, sondern auf den unterschiedlichen Befragungen basieren. So führt uns z.B. *Sommer* die Selbstüberschätzung der eigenen Wahrnehmungsfähigkeit mittels des allseits bekannten ›Gorilla-Experiments‹ vor Augen<sup>53</sup> oder erinnert an den uns allen geläufigen Ankereffekt, der besagt, dass Befragte sich vorrangig an einem vorgegeben Ver-

49 *Andreas Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl. 2017.

50 *Hans Joachim Gerst* (Hrsg.), Zeugen in der Hauptverhandlung, 2016.

51 *Jan Bockemühl*, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 5. Aufl. 2012.

52 Einzelheiten bei *Jansen*, (Fn. 40), Rn. 47 ff, 60 ff, 159 ff.

53 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, 3. Kap. Rn. 1520.

gleichswert orientieren, wenn sie ein Urteil abgeben sollen, und rät, dessen Wirkung z.B. auch beim eigenen Plädoyer bzgl. des Strafzumessungsvorschlags einzuplanen.<sup>54</sup>

Besondere Bedeutung kommt der Vernehmung des Opferzeugen zu – vor allem, wenn es sich um kindliche Zeugen handelt. Das Problem der Suggestion ist uns in den Wormser Missbrauchsprozessen nachhaltig vor Augen geführt worden.<sup>55</sup> Man muss wissen, dass traumatische Erlebnisse besonders gut erinnert werden können. Hier ist die Gefahr äußerst groß, dass die Zeugen oder Zeuginnen glauben, von früheren Aussagen gegenüber Opferschutzorganisationen oder Ermittlungsbeamten nicht mehr abweichen zu dürfen. Einschlägige Gefahren potenzieren sich, wenn sich das Opfer in eine Therapie begeben hat. Verletzte und Nebenkläger mit dem Recht der Akteneinsicht reagieren u.U. anders als unvorbereitete Zeugen.

Weitere Besonderheiten sind u.a. bei Angehörigen, die dem Beschuldigten helfen wollen, ehemaligen Mitbeschuldigten, gefährdeten Zeugen oder Kronzeugen sowie bei V-Leuten zu beachten, um nur die wichtigsten Gruppen herauszugreifen.

Unsere Verteidigungsstrategie muss diese Erkenntnisse einbeziehen. Belastende Zeugenaussagen wird der erfahrene Verteidiger z.B. möglichst nicht nochmals erfragen, um weitere Bestätigungen zu vermeiden. Fragen ins Blaue hinein sind hoch riskant und selten von Erfolg gekrönt. Einfühlsames Herantasten ist im Regelfall die bessere Taktik. Das gilt vor allem bei Widersprüchen zu Aussagen im Ermittlungsverfahren. Stets ist einzukalkulieren, dass niemand gerne zugibt, vorher etwas Falsches gesagt zu haben; deshalb bedarf es eines besonderen Fingerspitzengefühls des Fragenden, der sich in die psychologische Situation des Zeugen hineinzuversetzen vermag. Und immer sollte uns auch bewusst sein, dass das, was gesagt wird, und ebenso, was nicht gesagt wird, auch stark vom Zeitgeist abhängig sein dürfte.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> *Sommer*, (Fn. 53), 3. Kap. Rn. 428 ff.

<sup>55</sup> Ausführlich dazu: *Jansen*, (Fn. 40), Rn. 630.

<sup>56</sup> *Vollbert/Schemmel*, Eisenberg-FS II (zum 80. Geburtstag), 2019, S. 149, 162.

Ich komme zur vierten Zwischenbilanz:

Ein Seismograph der Psychologie der Hauptverhandlung ist die Zeugenbefragung sowie der Umgang mit den Sachverständigen bzw. deren Gutachten. Die anerkannten Erfahrungsgrundsätze der Aussagepsychologie und die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an eine Zeugenaussage sowie an ein Sachverständigen-gutachten und die Erkenntnisse der Vernehmungslehre gehören zum Handwerkszeug, das jede Verteidigerin und jeder Verteidiger souverän beherrschen sollte.

## V. GRENZEN RECHTMÄSSIGER VERTEIDIGUNG

Die soziale Funktion der Verteidigung ist verknüpft mit der grundsätzlichen Frage nach den Grenzen rechtmäßiger Verteidigung. Da ich zu diesem Thema bereits zu anderen Anlässen und an anderen Orten meine Meinung kundgetan habe,<sup>57</sup> mögen insoweit nur einige wenige Eckpunkte genügen. Es handelt sich aber durchaus um kein Randthema. Im Gegenteil: Schon *Graßberger* hat zu den elementaren psychologischen Koordinaten unseres Prozesssystems die Erkenntnis gezählt, dass derjenige, der den fairen Diskurs des anderen einfordert, sich selbst auch in ein geordnetes Regelwerk einbringen müssen.<sup>58</sup>

Zweifel und Skepsis der Öffentlichkeit und – stark abgeschwächt – auch der Strafverfolgungsbehörden gegenüber der Legitimität einer engagierten Verteidigung gehören sozusagen zur Muttermilch des Verteidigerstandes. Gerade deshalb ist es so wichtig, dass die Verteidigerinnen und Verteidiger penibel darauf achten, die Gegenwehr auf Mittel zu beschränken, die ihnen rechtmäßig an die Hand gegeben werden.

Die Rechtsgemeinschaft räumt dem Verteidiger eine Sonderstellung ein, sie gewährt ihm einen verfassungsrechtlich abgesicherten Vertrauensvorschuss,<sup>59</sup> verlangt von ihm dafür aber im Gegenzug die

57 S. nur *Beulke*, (Fn. 7), S. 218 ff; *ders.*, Roxin-FS I (zum 70. Geburtstag), 2001, S. 1173; *ders.*, Schlothauer-FS, 2018, S. 315; *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010.

58 *Graßberger*, (Fn.8), S. 287 ff.

59 BVerfG NJW 2006, 1500, 1501; BVerfG NJW 2012, 2790 (Rn. 39).

Respektierung gewisser Grenzen. Die uns gewährten Privilegien, wie z.B. das uneingeschränkte Kontaktrecht gem. § 148 StPO oder das Akteneinsichtsrecht gem. § 147 StPO<sup>60</sup> sind eben nicht zum Nulltarif zu haben.<sup>61</sup>

Das ist schlicht die Kehrseite ein und derselben Medaille, ohne dass ich jetzt die Diskussion um die (eingeschränkte) Organstellung des Verteidigers erneut aufgreifen möchte, weiß ich doch um die Aversion vieler Kolleginnen und Kollegen gegenüber diesem Begriff. Dasselbe Ergebnis lässt sich jedoch auch mittels einer neutraler klingenden Rückkopplung der Verteidigertätigkeit zum Rechtsstaatsprinzip begründen.<sup>62</sup>

Wichtig ist allein die vom Verteidiger geforderte Zurückhaltung. Niemals dürfen die Strafverfolgungsorgane von ihm ein positives Tun verlangen, das seinem Mandaten schadet, hingegen bestehen durchaus Pflichten, im Interesse der Rechtsgemeinschaft (Originalton BVerfG: im Interesse der Effektivität der Rechtspflege) bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen.<sup>63</sup>

Der Verteidiger darf nicht lügen und keine Lügen für den Angeklagten erfinden und er darf keine Spuren verwischen, um nur besonders prägnante und uns allen geläufige Beispiele zu nennen.<sup>64</sup>

Wenn er gegen dieses Verbot verstößt, gerät er in den Bereich der Strafbarkeit gem. § 258 StGB und riskiert auch einen Verteidigerausschluss gem. §§ 138a ff. StPO. Ferner muss der Verteidiger selbstverständlich wie jeder Bürger die allgemeinen Gesetze beachten. So

60 S. nur OLG Zweibrücken StV 2017, 437; LG Regensburg StraFo 2017, 451, 453 m. zust. Kommentierung Müller/Schmidt NStZ 2018, 452, 455.

61 Ebenso MüKo-StPO-Kudlich, (Fn. 2), Einl. Rn. 311, 324; krit. hierzu Radtke/Hohmann-Reinhart, StPO, 2011, § 137 Rn. 2.

62 Statt aller: Löwe/Rosenberg-Jahn, StPO, Band. 4, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn. 33 ff, 119 ff; S/S/W-StGB-Jahn, 4. Aufl. 2019, § 258 Rn. 25 ff.

63 Vert. Beulke, Schlothauer-FS, 2018, 315, 323; ders., StV 2019, 205, 207, 208; Kudlich/Knauer, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 16 Rn. 12; zu parallelen Phänomenen im materiellen Recht Puppe, ZStW 130 (2018), 649.

64 Einzelheiten u.a. auch bei Bockemühl, Handbuch (Fn. 51) 1. Teil Rn. 46 ff; Bosch, Jura 2012, 938; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 258 Rn. 16 ff.; Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 258 Rn. 8 ff; KK-StPO-Willnow, (Fn. 27), Vor § 137 Rn. 5, 7 ff, 10 ff; Roxin/Schünemann, (Fn. 31), § 19 Rn. 14; Müller/Gussmann, Berufsrisiken des Strafverteidigers, 2007; Schönke/Schröder-Hecker, 30. Aufl. 2019, § 258 Rn. 19; z. T. abweichend: Bernsmann, StraFo 1999, 230; Wohlers, Beulke-FS 2015, S. 1067.

darf er z.B. in Strafverfahren gegen Rechtsradikale im Rahmen von Beweisanträgen niemanden beleidigen (§§ 185 ff. StGB) oder gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen im Wege der Volksverhetzung zum Hass aufstacheln (§ 130 StGB).

Nach wie vor kennzeichnen schwierige Grenzziehungen die Diskussion und nach wie vor gibt es auch in unseren Reihen Kolleginnen und Kollegen, die in ihrem Übereifer im Kampf um das Recht aus den Augen verlieren, dass es trotz aller Gegensätze im Strafprozess um Wahrheitsfindung geht.<sup>65</sup> Diese Aufgabe bindet nicht nur die Staatsanwaltschaft und das Gericht an das Wahrheitsgebot, sondern auch die Verteidigung, nur eben in der klassischen, von *Dahs* immer wieder betonten Variante:

»Der Verteidiger muss nicht die ganze Wahrheit sagen, wenn er aber etwas sagt, muss es wahr sein.«<sup>66</sup>

Das ist so selbstverständlich, dass ich mich in ihrem Kreise kaum noch traue, eine solche Binsenweisheit auszusprechen.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass auf beiden Seiten des Richtertisches Irrtümer nicht gänzlich auszumerzen sind. Viel zu früh fordern Richter Zurückhaltung auf Verteidigerseite, und zetern über angebliche Konfliktverteidigung, wo es in Wirklichkeit um die Wahrnehmung elementarer Rechte geht.<sup>67</sup> Wer Beweisanträge auf Vernehmung weiterer Zeugen und Sachverständigen und deren bohrende Befragung als unredliche Konfliktverteidigung brandmarkt und zu unterbinden trachtet, ist als Leiter einer Hauptverhandlung in Strafsachen aus meiner Sicht ungeeignet.

Konfliktverteidigung ist nicht das Problem unseres modernen Strafprozesses. Ich bin ein leidenschaftlicher Gegner einer zu starken Beschneidung der vom Verteidiger ausgehenden Gegenwehr unter dem Segel der »Missbrauchsabwehr«, die nur allzu leicht in den Missbrauch der Missbrauchsabwehr münden kann. M.E. ist die Grenze zulässiger Verteidigung erst dann überschritten, wenn der Verteidi-

65 S. nur unlängst BGH StV 2019, 164 mit Bespr. *Beulke*, StV 2019, 205; *Bockemühl*, NStZ 2019, 100; *Jäger*, JA 2019, 154; *Nestler*, Jura 2019, 345 und *Mitsch*, NJW 2018, 3264.

66 *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rz. 53.

67 Siehe nur *J. Heinrich*, Konfliktverteidigung im Strafprozess, 2. Aufl., 2016; zum Konflikttrichter: *Sommer*, StV 2019, 352.

ger zur »Prozesssabotage« übergeht.<sup>68</sup> Das ist statistisch gesehen eine sicherlich zu vernachlässigende Größe. Ich habe eine solche Grenzverletzung noch nie erlebt, weder bei mir (ich hoffe ich bin genug selbstkritisch!) noch bei mitverteidigenden Kolleginnen oder Kollegen. Eine Totalleugnung auch dieser Schranken hielte ich allerdings für einen Fehler – gerade im Lichte der Verfahrenspsychologie.

Wir bekennen uns zur Einhaltung unserer beruflichen Standards, über die wir auch schon auf früheren Verteidigertagen intensiv gerungen haben.

Wer mich kennt, wird sich über meine fünfte Zwischenbilanz nicht wundern:

Im Interesse der Wahrheitsfindung sind die Verteidiger bereit, die eingeräumten Verfahrensrechte nicht zu missbrauchen. Das bedingt vor allem die Akzeptanz hinsichtlich eines Lügenverbots. Hinzu kommt die selbstverständliche Pflicht des Verteidigers, auch jenseits des § 258 StGB alle Strafgesetze zu beachten.

## VI. ZUR GEWANDELTEN ROLLE DER STRAFVERTEIDIGUNG

Lassen Sie mich in einem weiteren Abschnitt zur inzwischen gewandelten Rolle des Strafverteidigers kommen. Vernehmlich sind die Klagen aus unseren Reihen über zunehmende Einschränkungen durch immer neue Verfahrensregelungen im Interesse eines schlanken Strafprozesses, bei dem der Verteidiger eigentlich nur stört.

Leider ist da viel Wahres dran, wie ich ja bereits im Zusammenhang mit Einschnitten beim Beweisantragsrecht hervorgehoben habe. Andererseits geben auch kritische Verteidiger im privaten Gespräch häufig zu, wie relativ gut es uns im Vergleich zu dem, was man im Ausland erlebt, doch noch geht. Im demokratischen Rechtsstaat unserer Prägung geht es Gott sei Dank nicht nur ständig bergab, sondern manchmal auch bergauf und das sollte man dann auch nicht unter den Teppich kehren.

Auch wenn im Jahre 2017 der Schwerpunkt der Reformen in einer Effizienzsteigerung des Strafverfahrens mit schmerzlicher Beschneidung von Verteidigerrechten lag, sollte nicht kleingeredet

<sup>68</sup> Vert. *Beulke*, Amelung-FS, S. 543, 563; *Beulke/Swoboda*, (Fn. 2), Rn. 126.

werden, dass wir zugleich einen partiellen Ausbau von Beschuldigten- und Verteidigerrechten erfahren haben, so z.B. bei dem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung (§ 163a Abs. 4 StPO) und dem Recht des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren einen Pflichtverteidiger auch ohne Antrag des Staatsanwalts zu bestellen, sofern die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der richterlichen Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint (§ 141 Abs. 3 S. 4 StPO).<sup>69</sup> Das sind zwar nur kleine Trippelschritte in Kautschukqualität, aber immerhin bewegt sich etwas und noch dazu in die richtige Richtung.

Ferner hat sich die politisch so viel gescholtene europäische Zusammenarbeit gerade in jüngster Zeit auch als Reformmotor entwickelt.<sup>70</sup> Ich erinnere nur an den weiteren Ausbau der Pflichtverteidigung nach den Vorgaben der Europäischen Richtlinie 2016/1919 Prozesskostenhilfe – Legal Aid, auf die ich noch näher eingehen werde. Wichtige Impulse gehen auch vom EGMR aus – als Stichworte seien nur die *Furcht*-Rechtsprechung zur rechtsstaatswidrigen Tatprovokation<sup>71</sup> sowie die Entscheidung *Schatschaschwili gegen BRD* zum Konfrontationsrecht des Beschuldigten mit dem Hauptbelastungszeugen genannt.<sup>72</sup> Auch wenn es derzeit mit der konkreten Umsetzung in Deutschland leider noch »hapert«, <sup>73</sup> langfristig wird das peu à peu zu positiven Veränderungen führen.

Noch wichtiger als legislatorische und europabedingte Fortschritte ist aus meiner Sicht jedoch noch ein ganz anderer Aspekt, nämlich der insgesamt gewonnene Machtzuwachs des Verteidigers.

Auch wenn ich bei vielen von Ihnen auf Skepsis stoßen werde,

69 Dazu *Burhoff*, StraFo 2018, 405.

70 Zu dieser Rechtsentwicklung s. bereits *Schünemann* (Hrsg./Ed.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

71 *Furcht* vers. BRD EGMR StV 2015, 405m. Anm. *Pauly*.

72 *Schatschaschwili* vers. BRD StV 2017, 213; s. dazu BGH NStZ 2018, 51.

73 Zur derzeitigen mangelhaften Rezeption der EMRK-Rspr. in Deutschland s. insbes. BGHSt 60, 276 = StV 2016, 70 einerseits sowie BGH NStZ 2018, 355 m. Anm. *Esser* sowie BGH StraFo 2019, 17 andererseits; dazu auch die skeptische Darstellung von *Conen*, StV 2019, 358; vert. *Beulke/Swoboda*, (Fn.2), Rn. 124, 171, 288, 424; *Eisenberg*, NJW 2016, 98; *MüKo-StPO-Gaede*, Band 3/2, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 270; *Jahn/Kudlich*, JR 2016, 54; *Swoboda*, Eisenberg-FS (II), 2019, S. 539.



sehe ich mich verpflichtet, eine aus meiner Sicht wichtige Beobachtung zu Protokoll zu geben: Vergleiche ich die Lage der Strafverteidigung zu Beginn meiner Berufslaufbahn vor rund 30 Jahren mit der heutigen, so liegen Welten dazwischen.

*Werner Holtfort* gründete Ende der 70er Jahre den Republikanischen Anwaltsverein, 1977 wurde in Hannover der erste Strafverteidigertag organisiert. Obwohl *Holtfort* selbst mit den politischen Terroristenprozessen der damaligen Zeit nichts zu tun hatte, sah er die Strafverteidigung vor allem aus politischer Perspektive und skizzierte sie als Gegenmacht gegen die herrschende Klasse. Die Mehrheit der Juristen konnte schon damals damit nicht viel anfangen. Solche Positionen nährten eher die weit verbreitete Skepsis gegenüber den in Strafverfahren tätigen Anwälten. *Schmidt-Leichner*, einer der ganz großen Starverteidiger der damaligen Zeit, zog sogar sein Angebot zurück, das Eröffnungsreferat des ersten Strafverteidigertages zu halten – vielleicht weil ihm das politische Umfeld des Strafverteidigertages damals noch zu dubios vorkam? Verteidiger hatten jedenfalls seinerzeit einen schweren Stand.<sup>74</sup> *Heinrich Hannover* hat noch im Jahre 2012 auf dem 36. Strafverteidigertag rückblickend erklärt, welchen Schikanen er erst in den Kommunistenprozessen und später in den Terrorismusverfahren ausgesetzt war.<sup>75</sup> Es waren heiße Zeiten.<sup>76</sup>

Natürlich ist Strafrecht immer ein Mittel zur Machterhaltung der Herrschenden, aber unser Tagesgeschäft ist nicht durch politische Aktivitäten nach dem Muster katalanischer Separatistenprozesse geprägt, sondern vom Streit über Normabweichungen in einem zumeist von allen Akteuren anerkannten System, und zwar für jeden Beschuldigten, gleichgültig wie schwer der Tatvorwurf wiegt und wo

74 S. auch die Diskussion auf dem 3. Strafverteidigertag 27.-29. April 1979 in Berlin, Schriftenreihe der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. mit Referaten von *Grünwald* (S. 13 ff) und *Peters* (S. 25 ff).

75 *Heinrich Hannover*, Strafverteidigung im Konflikt mit dem Zeitgeist, 36. Strafverteidigertag Hannover, 16.-18. März 2012, Alternativen zur Freiheitsstrafe, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 36, 2013, S. 255.

76 S. auch *Schily/Ströbele*, Plädoyers im Strafprozess gegen Horst Mahler, in: Rote Hilfe Westberlin (Hrsg.), *Schily/Ströbele*, Plädoyers einer politischen Verteidigung, Reden und Mitschriften aus dem Mahler-Prozess, 1973; Internationale Marxistische Diskussion, Arbeitspapiere No. 11, S. 15, 106: »Um Mißverständnissen vorzubeugen: Aufgabe der Verteidiger kann es nicht sein, als Kritiker oder als Befürworter der von ihrem Mandanten vertretenen politischen Auffassungen aufzutreten«.

der Beschuldigte politisch steht. Es ist einzig und allein der Mandantenwille, der darüber zu entscheiden hat, wieviel Systemkritik in seine Gegenwehr gegen den staatlichen Strafanspruch einfließen darf und soll, selbstverständlich – worauf ich bereits hingewiesen habe – unter Achtung aller Strafrechtsnormen. Dem Anwalt steht es frei, seinerseits Mandate abzulehnen, die er im Sinne der Political Correctness nicht glaubt vertreten zu können.

Trotz vieler Irrungen und Wirrungen und trotz manch restriktiver neuer Verfahrensregeln, die auf die politischen Ereignisse reagierten, haben unser Land und unsere Justiz die mit den Terrorismusprozessen verbundenen Herausforderungen letztlich nicht im Wege des Totalitarismus gelöst. Rückblickend war aus meiner Sicht gerade diese Repressionsphase der erstaunliche Anfang einer ganz neuen Verteidigungskultur bis hin zur Gründung liberaler Verteidigerzusammenschlüsse. Dann kamen liberale Publikationsforen hinzu wie z.B. die Zeitschriften ›STRAFVERTEIDIGER‹, ›STRAFRECHTSFORUM‹ und ›HRRS‹ und der Beck-Verlag zog später mit der ›NStZ‹ nach – um nur die bekanntesten zu nennen. Anfangs waren das aus der Not gebo-rene Initialzündungen, aber sie entfalteten Langzeitwirkung. Heute versammeln sich auf dem Strafverteidigertag von Regensburg mehrere hundert hochmotivierte und praxiserfahrene Anwältinnen und Anwälte – weitgehend ausgebildet zu Fachanwälten ›Strafverteidiger‹. Es werden kaum noch zu zählende Fachtagungen angeboten und inzwischen sind ganze Bibliotheken mit vorbildlichen Werken zur Fortbildung der Verteidigerzunft gefüllt. Ferner arbeiten viele Anwälte – ganz im Gegensatz zu früheren Jahrzehnten – nicht mehr als Generalisten, sondern innerhalb des weiten Bereichs der Strafverteidigung nur in abgegrenzten Sparten, und mit ihrem speziellen Know-how können sie besonderen Staatsanwaltschaften und Gerichten bestens Paroli bieten. Wenn das keine Aufwärtsentwicklung ist!

Wir werden auf diesem Strafverteidigertag intensiv das Selbstbild und das Fremdbild des Verteidigers beleuchten und darüber diskutieren, ob wir bereits von einem neuen Typus des Strafverteidigers sprechen können; sozusagen in Anknüpfung an die Beobachtungen von *Hanack*, der schon vor 30 Jahren von einem solchen sprach.<sup>77</sup>

<sup>77</sup> *Hanack*, StV 1987, 500; vert. *Arnold*, ZIS 2017, 621; *Bernsmann*, StV 2006, 342, 345.

*König*<sup>78</sup> nennt ihn den »alten Neuen«, der ihm aber viel zu konsensual gestrickt war. Dem stellt er den »neuen Neuen«, kämpferischeren gegenüber. Ob diese Kontraste wirklich bestehen? Natürlich ist mit dem »neuen Neuen« vorrangig der jenseits aller politischen Theorie für die Sache seines Mandanten kämpfende Anwalt gemeint. Aber ist hier wirklich ein echter Generationenwechsel erkennbar? Ist hier ein neuer Phönix aus der Asche emporgestiegen, der die alten unterwürfigen ›Liebediener‹ verdrängt hat? Ich habe da meine Zweifel. Ich erlebe nämlich den Verteidiger, der – wenn es erforderlich ist – keinen Konflikt scheut, nicht selten in Personalunion mit dem ›Verhandler‹, wenn dies im konkreten Fall gerade die Strategie ist, die dem Mandanten am meisten nutzt.

Die Klammer all unserer Aktivitäten liegt in der Einseitigkeit als Gegengewicht zu den vielfältigen Kräften, die auf die Verurteilung eines Schuldigen hinwirken. Die Notwendigkeit einer so verstandenen ›kämpferischen‹ Verteidigung wird meiner Beobachtung nach zunehmend auch seitens der Strafverfolgungsorgane anerkannt, wobei ich eine größere Toleranz vor allem in den Reihen der Richterschaft ausmache. Das hat etwas mit dem unterschiedlichen Rollenverständnis der verschiedenen Justizsparten zu tun. Selbst in Systemen – wie dem bayerischen –, in denen die Richter und Staatsanwälte, sofern sie Karriere machen wollen, hin- und hergeschoben werden, gehen mit der Versetzung nicht selten die erstaunlichsten Persönlichkeitsveränderungen einher.

Wenn ich über das verbesserte Image der Strafverteidigung spreche, muss ich auch an die ganz auf dieser Linie liegende Geldwäscheentscheidung des BVerfG<sup>79</sup> erinnern, die eine fundamentale Veränderung gegenüber der früher herrschenden Skepsis gegenüber Strafverteidigern zur Folge gehabt hat. In beeindruckender Klarheit betont das BVerfG nochmals den Vertrauensvorschuss zugunsten des Verteidigers und legt dar, dass eine uneingeschränkte Anwendung des § 261 StGB den Verteidiger, den man im Gesamtinteresse benötige, an seiner Berufsausübung hindern würde, und es beschränkt deshalb die Möglichkeit der Geldwäsche durch Entgegennahme des

<sup>78</sup> *König*, StV 2017, 188.

<sup>79</sup> BVerfGE 110, 226; s. auch EGMR, Sommer vers. BRD, StraFo 2018, 15.

Verteidigerhonorars auf Fälle direkten Vorsatzes. Für das Ansehen der Strafverteidigung stellte diese BVerfG-Entscheidung einen Quantensprung dar.

In ganz besonderem Maße sehe ich einen Machtzuwachs der Verteidigung, wenn Verständigungsgespräche geführt werden. Der sphinxmäßig thronende Richter ist schon in der herkömmlichen Strafverhandlung Gott sei Dank seltener geworden, kommt es aber zu Absprachen, muss er diese Attitüde endgültig an den Nagel hängen. Im Rahmen solcher Verhandlungen helfen nicht nur gute Argumente und rechtliches Wissen, sondern auch Menschenkenntnis im Umgang mit anderen. Verständigungsgespräche können dann Ausdruck einer Verhandlung zwischen Ankläger, Gericht und Verteidiger auf Augenhöhe sein – natürlich gebremst durch die Letztentscheidungsmacht des Richters, und nur wenn der Verteidiger niemals seinen Mandanten verrät.

Strafverfahren mit und ohne Beteiligung eines Verteidigers bilden – worauf *Kudlich/Knauer* zutreffend hinweisen – fast schon unterschiedliche Kategorien von Strafprozessen.<sup>80</sup> Das zähle ich zu den elementaren Erkenntnissen der Psychologie unseres heutigen Strafverfahrens und der neuen Rolle der Verteidigung. Wenn sich der Verteidiger wirklich einbringt und mit dem Gericht und der Staatsanwaltschaft um das Ergebnis ringt, dann wandelt sich damit das ganze Verfahren.

Umso bedrückender erscheint mir, in welchem Ausmaß bei uns Strafverfahren ohne Verteidiger stattfinden, bei denen der Beschuldigte im Regelfall den Strafverfolgungsbehörden auf Gedeih und Verderben ausgeliefert ist. Wehe dem Beschuldigten, der auf Hardliner stößt.

Ich halte als sechstes Zwischenergebnis fest:

Trotz aller Steine, die auch dem Verteidiger in den Weg gelegt werden, sehe ich auf unserer Seite einen zunehmenden »Ausgleich der Machtasymmetrie«.<sup>81</sup> Die Verteidigerinnen und Verteidiger ha-

<sup>80</sup> *Kudlich/Knauer*, in: Handbuch des Strafrechts, Band 1, Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 16, Rn. 2.

<sup>81</sup> Vgl. *Theile*, Rengier-FS, 2018, S. 363, 370.

ben an Einfluss auf das Verfahrensergebnis gewonnen, wenn auch bei weitem noch nicht in dem von uns gewünschten Ausmaß!

## VII. WO DER SCHUH BESONDERS DRÜCKT

Damit Sie mich nicht missverstehen: Vor lauter Altersmilde ist mir der Blick für Fehlentwicklungen und Verbesserungswünsche nicht gänzlich abhandengekommen! Die Liste aktueller Klagen ist lang. Alles was gelebt und entschieden wird gehört für mich zur Psychologie des Strafverfahrens. Jede noch so kleine Stellschraube ist für das Endprodukt bedeutsam und wie bei einem impressionistischen Maler verändert jeder einzelne, isoliert erscheinende Pinselstrich aus der erforderlichen Distanz betrachtet das Gesamtbild.

Wo drückt uns/mich der Schuh also besonders? Ich gebe eine kleine Kostprobe meiner Sorgen- und Wunschliste:

1. Zunehmendes Sicherheitsdenken, mit dem wir uns auch schon auf früheren Strafverteidigertagen intensiv befasst haben,<sup>82</sup> führt zu permanenten Veränderungen, ganz überwiegend zulasten des Bürgers und zwar sowohl im materiellen als auch im Prozessrecht. Dass insoweit noch lange nicht das Ende der Fahnenstange erreicht ist, liegt auf der Hand. Zu schaffen macht uns in diesem Zusammenhang auch der permanente Ausbau der Vorfeldkriminalität. Hier müssen wir an den Gesetzgeber appellieren, die Daumenschrauben nicht immer weiter anzuziehen, denn das gefährdet den Charakter unserer liberalen Demokratie.

2. Die in den letzten Jahren zu verzeichnenden Einbußen des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung haben exorbitante Zuwächse erfahren – teils bedingt durch gesetzlich geschaffene, neue einschlägige Zwangsmaßnahmen (Stichwort: Quellen-TKÜ/Online Durchsuchung), teils durch nicht staatlich gesteuerte Einflüsse der elektronischen Medien.

Hier dürfte eines der ganz großen Schlachtfelder der näheren und fernerer Zukunft im gesamtgesellschaftlichen Bereich – aber eben auch auf dem Felde des Strafprozessrechts – liegen. Der Strafprozess ist

82 S. insbes. *Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, Eröffnungsvortrag des 29. Strafverteidigertages, Aachen, 2005.

ein Spiegel unserer Bürgerfreiheiten. In welchem Ausmaß insoweit der *nemo tenetur*-Grundsatz wie ein Schweizer Käse durchlöchert wird, verschlägt mir immer wieder den Atem. Teils ohne, teils mit Willen der Nutzer werden die intimsten Daten gespeichert, die im Falle des Strafverfahrens plötzlich wie ein Phönix aus der Asche auftauchen und dem Beschuldigten das Genick brechen können. Das beginnt bei Facebook, Twitter, Instagram, YouTube und vergleichbaren Plattformen, geht über den gesamten, eigentlich geheimen E-Mail-Verkehr, ferner über privat oder staatlicherseits installierte Dash- oder Überwachungskameras an Autos oder öffentlichen Plätzen und hört bei der wahrscheinlich in absehbarer Zeit zu erwartenden Gesichtserkennung aller Bürger auf Flughäfen, Bahnhöfen oder in Fußballstadien noch lange nicht auf – *George Orwells* ›Big Brother‹ lässt grüßen.<sup>83</sup>

Zugriffsmöglichkeiten auf unsere Personal Computer begründen nicht nur Beschlagnahmegefahren, vielmehr darf nunmehr weitergesucht werden, z.B. in den Clouds, wo nahezu jeder Informationswunsch der Strafverfolger leicht erfüllt werden kann. *Sabine Gless* hat uns vor Augen geführt, welch ›Buch ohne Siegel‹ die Nutzer von Digitalen Sprachassistenten sind, wenn die Strafverfolgungsbehörden nach dem Knacken des Zugangscodes – für Experten wohl eine der leichteren Übungen – die in den Rechenzentren des jeweiligen Anbieters gespeicherten Daten zum Zweck der Strafverfolgung auswerten.<sup>84</sup>

Auch wenn es um den Schutz der Schwachen, der Kinder oder der Intimsphäre geht, wollen wir keine Verurteilung um jeden Preis – auch keine Vorverurteilung durch Medien. Wenn die Binnenkräfte der Justiz kein ausreichendes Gegengewicht zu Presse, Funk und Fernsehen sowie zu den sozialen Medien schaffen können, bleibt vielleicht nur noch der Appell an den Gesetzgeber. Hier könnten vom Strafverteidigertag einschlägige Impulse ausgehen.

3. Neue Zwangsmittel wie die Online-Durchsuchung oder die Quellen-TKÜ werden von uns selbstverständlich nicht in Bausch und Bogen verdammt. Das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung zu verspotten wäre Dummheit, denn dann fiele die nächste Stufe restaurativer

<sup>83</sup> *George Orwell*, 1984, London 1949.

<sup>84</sup> *Gless*, StV 2018, 671; s. auch *Grözinger*, StV 2019, 406 und *Szesny*, WjJ 2012, Ausgabe 4, 228.

Reformen nur umso drastischer aus. Wir sind nicht gegen Verbrechenaufklärung, sondern zählen sie – in Übereinstimmung mit der Mehrheit der Bevölkerung – zu den Fundamenten unserer Freiheit, nur eben nicht um jeden Preis. Je weniger Freiraum dem Bürger verbleibt, desto stärker müssen auch seine Abwehrmöglichkeiten ausgebaut werden. Dabei bedarf es klarer Beweisverwertungsverbote ohne die Halbherzigkeiten der Beweiswürdigungs- oder Strafzumessungslösungen, die die derzeitige Praxis so gerne als Rückzugsgebiet nutzt. Gerade hier muss Umgehungsstrategien ein Riegel vorgeschoben werden.

4. Als besonders dramatisch empfinde ich die Verwischung der Grenzen von Polizei- und Strafverfahrensrecht, die die jüngste Rechtsprechung des BGH zur legierten Kontrolle kennzeichnet.<sup>85</sup>

Konkret ging es bei der BGH-Entscheidung um einen Tatverdächtigen aus der Rauschgiftszene. Um nicht die Mittäter zu warnen, wurde eine Verkehrskontrolle auf der Autobahn inszeniert, bei der dann – erwartungsgemäß – im Kofferraum des Pkw Rauschgift gefunden wurde. Nach der neuen Ansicht des BGH darf die Polizei die Rechtsgrundlage für ihr Eingreifen nach eigenem Gusto wählen, was von großer Bedeutung ist, wenn die Eingriffsvoraussetzungen unterschiedlich sind (Stichwort: Richtervorbehalt bei repressiven Maßnahmen – Selbstdefinition der Gefahrenlage auf Basis des Polizeirechts).

Während früher die Schwerpunktformel eine Umgehung der Eingriffsvoraussetzungen der StPO verhinderte,<sup>86</sup> können die polizeilichen Ermittlungsorgane heute de facto frei wählen, ob sie für ihre Kontrolle den Ermittlungsrichter bemühen wollen oder nicht. Das nenne ich dem Zeitgeist hinterherlaufen, der es nicht versteht, dass formale Schranken auch zur rechtsstaatlich ausgerichteten Wahrheitsermittlung gehören.

5. Ärgerliches gibt es m.E. auch über den Erstkontakt zwischen Beschuldigtem und Polizei zu berichten. Üblich ist nach wie vor die schriftliche Ladung zur polizeilichen Erstvernehmung mittels eines

<sup>85</sup> BGHSt 62, 123 = NSTZ 2017, 651; dazu *Albrecht*, Rogall-FS, 2018, S. 435; *Krehl*, StraFo 2018, 265; *Zöller*, im vorliegenden Band, S. 2, abgedruckt auch in StV 2019, 419.

<sup>86</sup> S. *Beulke/Swoboda*, (Fn. 2), Rn. 103; *S/S/W-StPO-Ziegler*, (Fn. 3), § 161 Rn. 28.

Standardschreibens, das den falschen Anschein erweckt, als gäbe es für den Beschuldigten eine Erscheinungspflicht bei der Polizei, die es selbst nach dem ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹ aus dem Jahre 2017 nur für Zeugen gibt (§ 163 Abs. 3 S. 1 StPO).

6. Wenig Freude kommt auch auf, wenn ich an manch eigene Erfahrung über die Gewährung des Akteneinsichtsrechts in Ermittlungsverfahren denke. Da noch nicht einmal zehn Prozent aller eingeleiteten Strafverfahren in einer Hauptverhandlung enden,<sup>87</sup> spielt im Ermittlungsverfahren die Musik. Will der Verteidiger mitsingen, bedarf es aber der Noten-/Aktenkenntnis. Von § 147 Abs. 2 S. 1 StPO, wonach die Einsicht in die Akten versagt werden kann, sofern der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt ist und dies den Untersuchungszweck gefährden kann, wird nach wie vor gerne – und m.E. zu oft – Gebrauch gemacht.

Hier fühle ich mich häufig wie ein Opernsänger ohne Partitur. Ein sehr berühmter, inzwischen pensionierter Wirtschaftstaten-Chefankläger aus Stuttgart hat im Jahre 2017 auf der WisteV-Neujahrstagung gerügt, die Verteidiger würden sich im Ermittlungsverfahren viel zu wenig einbringen. Die Botschaft habe ich sehr wohl vernommen, doch mir fehlt der Glaube an eine sachgerechte Lösung. Wie soll ich auf der Bühne agieren, wenn ich nicht einmal weiß, welche Oper überhaupt auf dem Spielplan steht?

Lediglich im seltenen Fall der Verhängung von U-Haft müssen die Staatsanwaltschaften den Schleier etwas stärker lüften (§ 147 Abs. 2 S. 2 StPO), aber das sind Ausnahmefälle, und auch hier erleben wir bei der Präsentation des selektierten Materials manchmal anscheinend skandalöse, einseitige Materialunterdrückungen.<sup>88</sup>

Auch jenseits solcher im Rampenlicht der Öffentlichkeit stehender Prozesse erlebt man Trauriges. So habe ich in einem Wirtschaftsstrafverfahren zunächst einen eineinhalbjährigen Kampf um die Akteneinsicht ausgefochten, der darin mündete, dass ich im letzten Sommer endlich den großen Karton mit den Unterlagen erhielt,

<sup>87</sup> Heinz, Beulke-FS, 2015, S. 1141 ff; s. a. Pollähne StV 2015, 784.

<sup>88</sup> S. Bockemühl, StV 2019, Heft 3 I editorial.



die ich innerhalb der vorgegebenen Frist von drei Tagen fotokopieren ließ. Noch am Tage der Rücksendung an die Staatsanwaltschaft schaue ich in meinen Postkasten und dort flattert mir die Anklageschrift auf den Tisch. »Teilhabe am Diskurs«, »Wertschätzung der Anwaltschaft«, »Hinhören auf die Argumente der Gegenseite« hatte ich mir etwas anders vorgestellt!

7. In der Hauptverhandlung konstatieren wir aus Verteidigersicht inzwischen leider eine problematische Ausuferung der Nebenklage<sup>89</sup> sowie der Akteneinsichtsrechte der Verletzten. Niemand von uns will zur alten Marginalisierung des Opfers im Strafprozess früherer Jahrhunderte zurückkehren. Wir dürfen aber auch nicht aus den Augen verlieren, dass die Anerkennung des Opferstatus eigentlich erst das Ergebnis des rechtsstaatlichen Verfahrens und nicht sein Ausgangspunkt sein sollte. Die Genugtuung für das Opfer ist inzwischen zu einem anerkannten Strafzweck avanciert, umso verantwortungsvoller muss jedoch mit dem Grundsatz umgegangen werden, dass es keine Vorverurteilungen geben darf und bei allem Opferschutz im Falle der Unaufklärbarkeit in dubio pro reo freizusprechen ist.

8. Bei Beweisverwertungsverböten empfinde ich die von der Rechtsprechung favorisierte Abwägungslehre<sup>90</sup> immer wieder als relativ willkürlich. De facto führt sie dazu, dass bei Strafverfahren mit geringerem Tatvorwurf durchaus ein Freispruch in Kauf genommen wird, weil die zur Verfügung stehenden Beweise nicht genutzt werden dürfen. Bei schweren Straftaten, bei denen es auch für den Beschuldigten um viel geht, überwiegt hingegen stets das Strafverfolgungsinteresse.<sup>91</sup> Aber das ist ein weites Feld, das heute nicht auch noch beackert werden kann.

9. Unter dem Aspekt der Verfahrenspsychologie bedarf die von der Rechtsprechung bei vielen Beweisverwertungsverböten vertretene Widerspruchslösung noch unserer besonderen Aufmerksamkeit. Ich bin ein leidenschaftlicher Gegner dieser höchstrichterlichen Rechtschöpfung, weil sie das Kräfteverhältnis zwischen Gericht und

<sup>89</sup> Dazu *Berger*, NStZ 2019, 251.

<sup>90</sup> Einzelheiten bei S/S/W-StPO-*Beulke*, (Fn.3), Einleitung Rn. 259 ff, 269.

<sup>91</sup> Ebenso *Ransiek*, StV 2019, 160, 161; nachdenklich deshalb *Greco*, Rogall-FS, 2018, S. 485.

Verteidigung erheblich verzerrt.<sup>92</sup> Die Verantwortung für Rechtsverstöße liegt allein bei den Strafverfolgungsorganen. Wieso sollten der Beschuldigte und sein Beistand aufpassen müssen, dass die Gegenseite keine Fehler macht? Mittels des Erfordernisses eines Widerspruchs werden gerichtliche Aufklärungs- und Fürsorgepflichten in bedenklicher Weise auf die Verteidigung abgewälzt. Dass Unterlassungssünden des Beistands dem Beschuldigten zugerechnet werden, ist mit der aus der Organstellung resultierenden Unabhängigkeit des Verteidigers vom Mandantenwillen unvereinbar.<sup>93</sup> Eine weitere Konsequenz dieser verfehlten Ansicht liegt darin, dass bis zum Widerspruchszeitpunkt rechtswidrig erlangte Beweismittel, die dem Anwendungsbereich der Widerspruchslösung unterworfen werden, ›schwebend‹ berücksichtigungspflichtig sind.<sup>94</sup> Hier wird mit der Brechstange in ein austariertes System von Verantwortung und Gegenwehr eingegriffen, und zwar auch bei einer Verschiebung des Problems in den Bereich des § 238 Abs. 2 StPO.<sup>95</sup>

10. Paralleles gilt für die Rügepräklusion, also für das Abwürgen der Revisionsmöglichkeit, wenn der vom Vorsitzenden begangene Verfahrensfehler nicht gem. § 238 Abs. 2 StPO gerügt wurde. Aus einem Untätigbleiben kann doch aber auf keinen Verzicht des Rügerechts geschlossen werden! Ich sehe auch keinen Wegfall eines Rechtsschutzinteresses, der neuerdings im Anschluss an *Mosbacher*<sup>96</sup> und *Schneider*<sup>97</sup> als Quelle der Rügepflicht ausgemacht wird. Zur Begründung führen sie an, dass sich kein Beteiligter, also weder Staatsanwalt noch Verteidiger, Rügen für die Revisionsinstanz aufbewahren dürfe. Auch dieser Notanker, den die aus der Richterschaft stammenden Kommentatoren natürlich dankbar rezipiert haben,<sup>98</sup> kann nicht vertuschen, dass so de facto die Verantwortung für den Rechtsbruch

92 S/S/W-StPO-Beulke, (Fn. 3), Einleitung Rn. 275; S/S/W-StPO-Eschelbach, (Fn. 3), § 136 Rn. 99 ff.

93 Kudlich, Beulke-FS, 2015, S. 831.

94 LR-Beulke, § 152 Rn. 26; LR-Erb, § 160 Rn. 39a; HK/Julius/Schiemann, § 143 Rn. 10; MüKo-StPO-Köbel, (Fn. 33), § 160 Rn. 37; KMR/Kulhanek, 2018, § 152 Rn. 20; Schlothauer, Lüderssen-FS, 2002, S. 761, 768; anders insoweit MüKo-StPO-Wenske, (Fn. 33), § 203 Rn. 30.

95 Zutreffend Rode, StraFo 2018, 336 gegen Berg, StraFo 2018, 327.

96 Mosbacher, Widmaier-FS, 2008, S. 339; ders., NStZ 2011, 606, 608.

97 KK-Schneider, (Fn. 27) § 238 Rn. 34.

98 MüKo-StPO-Arnoldi, (Fn. 33), § 238 Rn. 40.

und die Möglichkeit einer sofortigen Korrektur auf Staatsanwaltschaft und Verteidigung verlagert werden.

Psychologisch sind allerdings insoweit die Welten von Staatsanwaltschaft und Verteidigung nicht miteinander vergleichbar. Wenn der Staatsanwalt sich durch eine Rüge gem. § 238 Abs. 2 StPO den Unwillen des Vorsitzenden zuzieht, beeinträchtigt das allenfalls die Justiz-Kaffeerunden der nächsten 14 Tage, wenn sich hingegen der Verteidiger den Gerichtszorn zuzieht, muss das u.U. der Mandant bei der Strafzumessung in Form eines nicht unbeträchtlichen ›Zusatzpakets‹ ausbaden. Der Einfluss des Vorsitzenden auf das Ergebnis ist auch bei Kollegialgerichten überwältigend, schließlich hängt der berufliche Aufstieg der Beisitzer von seiner positiven Beurteilung ab. Für die Verteidigung ist die Gerichtsanhörung ein Tanz auf dem Vulkan, wenn nicht gar auf der Rasierklinge. Wer die volle Gestaltungsmacht besitzt wie unsere Richter, sollte hingegen auch die Verantwortung für deren korrekte Handhabung tragen.

11. Vorrangig brennt uns die Reform der notwendigen und der Pflichtverteidigung unter den Nägeln. Es geht um die bis Mai 2019 vorgeschriebene Umsetzung der Richtlinie EU 2016/1919 »über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls« in nationales Recht. Derzeit steht der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 11.10.2018 zur Diskussion.<sup>99</sup>

Welcher Nachholbedarf in Deutschland besteht, zeigt allein schon der Fall ›Peggy‹. Nach der Vorgeschichte ist es unfassbar, dass Polizeibeamte den nunmehr x-ten des Mordes Verdächtigen stundenlang ohne Beisein eines Verteidigers vernommen haben – angeblich

<sup>99</sup> Dazu statt aller: *Bahns/Burkert/Guthke/Kitlikoglu/Scherzberg*, Neuordnung der Pflichtverteidigung, Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen, Mai 2018, online abrufbar unter: [https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/PP\\_Pflicht\\_web%20Kopie.pdf](https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/PP_Pflicht_web%20Kopie.pdf); *Bundesrechtsanwaltskammer*, Eckpunktepapier der BRAK vom Oktober 2018, BRAK-Stellungnahme-Nr. 34/2018; *Jahn/Zink*, Graf-Schlicker-FS, 2018, S. 475; *Schlothauer*, StV 2018, 169; *ders.*, KriPoZ 2019, 3; *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, Heft 2, S. 55; *Schoeller*, StV 2019, 190; zum Jugendstrafverfahren: *Vorstand des DVJJ*, ZJJ 2019, 71; zur späteren gesetzlichen Neuregelung s. BGBl I 2019, S. 2128

habe er auf die angebotene Hinzuziehung eines Anwalts verzichtet. Es übersteigt meine Vorstellungskraft, welch rechtsstaatlich lauterer Gedanke diesen Vernehmungsbeamten getrieben haben könnte, einem solchen Verzicht stattzugeben, obwohl die Brisanz einer solchen Vernehmung für jeden Polizeischüler in den ersten Ausbildungstagen erkennbar war. Wieso leuchten in einem solchen Jahrhundertfall beim Vernehmungsbeamten nicht alle Warnleuchten auf? Sollte er etwa doch gehofft haben, ohne Anwalt bessere (Vernehmungs-)Karten zu haben? Die Beiziehung eines ›Verteidigers der ersten Stunde‹ gehört zum Kernbereich dessen, was in Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK als Menschenrecht garantiert wird. Ohne Hinzuziehung eines Verteidigers sollte es de lege ferenda<sup>100</sup> – jedenfalls dann, wenn es sich erkennbar um einen Fall der notwendigen Verteidigung handelt – überhaupt keine polizeiliche Vernehmung geben.

Hier müssen wir Kante zeigen. Ausnahmeklauseln, dass seitens der Polizei auch in Zukunft ohne Anwesenheit eines Verteidigers vernommen werden darf, »soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens zwingend geboten ist« (§ 141 Abs. 3 Ziff. 2 StPORegE) ist eine eindeutige Absage zu erteilen. Erst recht sollten wir das skandalöse Vorgehen der Bundesländer brandmarken, die unter dem scheinheiligen Vorwand, die Umsetzung des Entwurfs würde das deutsche Strafverfahren unnötig »verkomplizieren und verlängern«,<sup>101</sup> in Wirklichkeit aber allein aus Kostengründen den Status Quo aufrechterhalten wollen. Damit wird nur das Desaster à la Peggy-Fall mit einem ersten polizeilichen Verhör ohne Anwalt tradiert.

Entsprechendes gilt für die Regelung bei Gegenüberstellungen im Ermittlungsverfahren.

12. Außerdem ist zu fordern – wie das unlängst u.a. auch *Schlothauer* getan hat<sup>102</sup> –, dass ein Fall notwendiger Verteidigung bereits bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von 6 Monaten (Regierungsentwurf: 1 Jahr, § 141 Abs. 1 Ziff. 3) vorliegt. Eine noch darüber hinausgehende

100 Zur späteren Diskussion s. *Beulke*, NStZ 2019, Heft 10 Editorial, S/S/W-StPO-*Beulke*, (Fn. 3), § 140 Rn. 1 ff., § 141 Rn. 50 ff., § 141a Rn. 1 ff., § 142 Rn. 46 ff.

101 *Gottschalk*, STUTTGAERTER-ZEITUNG.DE vom 22. Januar 2019, 00:00 Uhr.

102 *Schlothauer*, KriPoZ 2019, 3, 16.

– aus meiner Sicht durchaus sinnvolle – Pflicht zur Verteidigermitwirkung, sofern überhaupt Freiheitsstrafe verhängt wird, also nach dem Muster des Strafbefehlsverfahrens (§ 407 Abs. 2 S. 2 StPO), wird wohl für immer eine Utopie bleiben.

Zumindest sollte sich aber in der Praxis eine sehr großzügige Handhabung des § 140 Abs. 2 StPO in der Variante der fehlenden eigenen Verteidigungsfähigkeit durchsetzen, die – als Ausgleich zur nicht eingeführten generellen Legal Aid – in verstärktem Maße die soziale Inkompetenz von sozial gehandicapten Mitbürgern als Fallgruppe notwendiger Verteidigung einstuft (s. dazu bereits oben).

13. Schließlich bedarf es auch einer Kompetenzverlagerung hinsichtlich der Auswahl des Pflichtverteidigers. Das geltende Recht, das in den meisten Fällen demjenigen die Auswahlkompetenz zuschanzt, der später von dem Auserwählten kontrolliert werden soll, hat sich m. E. nun wirklich nicht bewährt. Die Versuchung der Liebedienerei im Interesse eigener Zukunftssicherung ist zu groß, als dass ihr alle flächendeckend widerstehen könnten. Als vorzugswürdige Alternative bleibt für die Fallgruppe, dass der Beschuldigte niemanden benennt, m.E. nur die Verlagerung der Auswahl, weg vom erkennenden Richter und hin zur Rechtsanwaltskammer (*Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen*).<sup>103</sup> Natürlich hat das auch wiederum Nachteile, z.B. wenn dadurch eher weniger engagierte Anwälte auserwählt werden sollten.

Damit sei meine Liste der aktuellen, aus meiner Sicht dringendsten Wünsche zunächst einmal abgeschlossen. Es handelt sich nur um einen – der Zeitnot geschuldet – winzigen Ausschnitt. Das Ende der Fahnenstange ist damit natürlich bei weitem noch nicht erreicht.

Als siebte Zwischenbilanz halte ich fest:

In vielen Punkten entspricht das, was wir im Tageskampf erleben, nicht unseren Wunschvorstellungen eines fairen Strafprozesses. Wir haben viele Verbesserungsvorschläge.

103 S. Fn. 99; vert. *Schlothauer*, KriPoZ 2019, 3, 13.

## AUSBLICK

Unser gesamter Berufsalltag ist geronnene Psychologie des Strafverfahrens. In den Arbeitskreisen des 43. Strafverteidigertages werden wir uns mit den psychologischen Koordinaten der Wahrheitsfindung befassen, angefangen mit der Hinterfragung des Wahrheitsbegriffs, über die Bedeutung der internen Kommunikation mit den Strafverfolgungsorganen i.S. eines verstärkten Diskurses, über die Aussagepsychologie, die gerade im Umgang mit Opferzeugen wichtig ist, den Gegensteuerungsmöglichkeiten gegen äußere Beeinflussung durch Medien und soziale Netzwerke bis hin zu der Bestellung eines Verteidigers der ersten Stunde, um nur die wichtigsten Punkte nochmals Revue passieren zu lassen.

Am Ende unseres Treffens sollten wir Saldo ziehen und uns nach außen vernehmlich positionieren, um so die Fangarme der uns alle umschließenden Krake zu lockern, deren Konterfei mich auf dem Leitplakat zu unserer Tagung so beeindruckt hat.

Ohne sachkundige Hilfe ist jedenfalls der durchschnittliche Beschuldigte hoffnungslos verloren. Er bedarf der Unterstützung durch einen kompetenten juristischen Beistand.<sup>104</sup> Ohne ihn – ohne uns – wirkt er wie ein auf dem Rücken liegender Käfer.

Mit nicht geringerem Ethos als die Strafverfolgungsorgane garantieren auch die Verteidigerinnen und Verteidiger die Einhaltung des Rechtsstaatsgebots.

Das mag pathetisch klingen, ist aber ernst gemeint.

## 10 THESEN

1. Ziel des Strafverfahrens ist Wahrheitssuche i.S. der Verurteilung der Schuldigen aber – neben Rechtsfrieden und Opferschutz – eben auch Rechtsstaatlichkeit und Ernstnehmen der Unschuldsvermutung.

2. Die Kommunikation in der Hauptverhandlung ist zwar keine zwanglose Sprechgemeinschaft, gleichwohl ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses. Die Wahrheit kann gefunden werden,

<sup>104</sup> Kudlich/Knauer, Handb. (Fn. 80) § 16 Rn. 31.

wenn an die Stelle der Freiheit die Regeln des Verfahrensrechts treten und diese Regeln jedem Beteiligten eine faire Chance der Beeinflussung des Ergebnisses gewähren (z.B. Opening Statement/Beweisantragsrecht/Absprachen zwischen den Beteiligten auf Augenhöhe). Die Verteidiger\*innen dürfen dabei jedoch niemals Interessen des Mandanten auf dem Altar effektiver Strafverfolgung oder eigener Vorteile bzgl. der zukünftigen Zusammenarbeit mit der StA und den Gerichten opfern.

3. Erkenntnisse der Aussagepsychologie (Zeugenaussagen/Qualitätsbeurteilung von Sachverständigengutachten) sowie der Vernehmungslern gehören zum festen Bestandteil jeder effektiven Verteidigung. Dazu zählt vor allem auch der Umgang mit Opferzeugen.

4. Die Verteidiger\*innen müssen nicht die ganze Wahrheit sagen, aber alles was sie sagen, muss wahr sein (*Dahs*). Ihre Stellung verlangt von ihnen das Unterlassen bestimmter Gegenwehrmaßnahmen (Lüge/Verwischen der Spuren etc.), aber niemals eine positive Mitwirkung bei der Strafverfolgung. ›Konflikte‹ zu bewältigen ist die ureigenste Aufgabe der Verteidigung.

5. Die Verteidiger\*innen sollten vor dem Hintergrund eines erheblichen eigenen Machtzuwachses in den letzten Jahrzehnten selbstbewusst den weiteren Ausbau der Verteidigerrechte fordern.

6. Der Ausweitung der Vorfeldkriminalität, dem zunehmenden Sicherheitsdenken und dem stetigen Ausbau der geheimen Ermittlungsmethoden ohne ausreichende rechtsstaatliche Kontrolle ist entgegenzutreten.

7. Zu kritisieren sind Einbußen des Rechts zur informationellen Selbstbestimmung und Einschränkungen des nemo tenetur-Grundsatzes durch soziale Medien (Facebook, WhatsApp, Überwachungskameras etc.) und nahezu unbegrenzte Zugriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsorgane und Dritter auf diese Daten. Hier bedarf es notfalls Einschränkungen durch den Gesetzgeber.

8. Ein Ausbau des Opferschutzes, der Nebenklage, des Akteneinsichtsrechts seitens des Opfers darf nicht zunehmend zulasten der Beschuldigtenrechte gehen.

9. Die Neuregelung der notwendigen Verteidigung/Pflichtverteidigung muss insbesondere das Problem des ›Verteidigers der ersten Stunde‹ rechtsstaatskonform lösen. In Fällen notwendiger Verteidigung muss bereits bei der Erstvernehmung durch die StA und ihre Ermittlungspersonen ein(e) Verteidiger\*in mitwirken. Einen wirksamen Verzicht des Beschuldigten auf die Hinzuziehung eines Verteidigers/einer Verteidigerin darf es nicht geben. Entsprechende Regelungen sind hinsichtlich von Gegenüberstellungen im Ermittlungsverfahren zu treffen;

10. Die Auswahl des Pflichtverteidigers/der Pflichtverteidigerin sollte auf die Rechtsanwaltskammern verlagert werden.



Prof. Dr. Stefan König

## ÜBER SELBSTBILD UND FREMDBILD VON STRAFVERTEIDIGUNG

### I.

Ich soll aus Verteidigersicht über das Selbstbild der Strafverteidigung sprechen. Nach kritischer Selbstreflexion ist gefragt. Da bieten sich verschiedene Ansätze.

Es kann angesetzt werden gewissermaßen am Hochplateau idealtypischer Verteidigung, an dem, was Stefan *Barton* die »Lichtseite« der Strafverteidigung genannt hat, also bei dieser Figur, die mit zahlreichen positiven, kämpferischen, verantwortungsbewussten, empathischen, rechtskundigen Konnotaten versehen der Verteidigungstätigkeit als Leitbild, gleichsam als Idol vorangestellt wird, dem wir in den Untiefen unseres Alltags mehr oder weniger erfolgreich nahezu kommen versuchen. Soll eine solche Lichtgestalt beschrieben werden, wird sehr schnell deutlich, dass ihre verschiedenen Facetten viel zu unterschiedlich, ja widersprüchlich sind, als dass sie sich gleichsam als einheitlicher Maximalstandard beschreiben ließen. Die einen favorisieren den kämpferischen, die offene Konfrontration mit den Organen der staatlichen Justiz suchenden Typ, andere sehen den idealen Verteidiger in der Persönlichkeit verkörpert, die, eher zurückhaltend agierend, der Anklage den entscheidenden Stoß mit einem in kühler Präzision platzierten Antrag versetzt. Es gibt den wissenschaftlich argumentierenden genauso wie denjenigen, der ohne große Durchdringung der Sache aus der Dynamik der Hauptverhandlung heraus mit sicherem Instinkt für den richtigen Moment zur rechten Zeit die richtige Frage stellt, die richtige Erklärung abgibt, den Angeklagten zur Äußerung veranlasst. Es gibt eine Fülle von Verteidigerinnen- und Verteidigerpersönlichkeiten, die auf unterschiedliche Weise kunstvoll und vorbildhaft agieren. Den oder die ideale/n Verteidiger/in, der oder die alle Elemente in sich vereint, gibt es nicht.

Aus dem facettenreichen Bild vorbildlicher Verteidigung lässt sich eigentlich nur ableiten, dass es keine bestimmten Regeln geben kann und auch nicht geben darf, wie eine Verteidigung einzig richtig zu führen ist. Und dass ihr das Recht bleiben muss, sie aus eigener Verantwortung mit dem Mandanten zu gestalten.

## II.

Ergiebiger mag die Frage sein: Gibt es Grenzen, die nicht über- oder unterschritten werden dürfen?

Es gibt natürlich die Grenzen der Strafbarkeit, die Verteidigung beachten muss. Das will ich hier nicht vertiefen.

Kann es, muss es aber jenseits dessen, also innerhalb des weiten Feldes zulässigen Verteidigerhandelns Leitbilder von Strafverteidigung geben, von Standards, die sie sich um ihrer Wirkung willen setzt.

Können sich – eine wichtige, aber heikle Frage – z.B. Verteidiger auf das Verbot der Lüge verständigen? Ich habe gestern in Frankfurt an einem Symposium teilgenommen, das zum 80. Geburtstag von Franz Salditt veranstaltet wurde. Da ging es auch um diese Frage. Für ihn ist es eigentlich keine: Verteidiger dürfen nicht lügen. Denn wenn Verteidigung gegenüber Richtern und Staatsanwälten nicht die Autorität besitzt, dass auf ihr Wort etwas zu geben ist, dann verliert sie ein wesentliches Momentum ihrer Wirkung. Letzteres trifft zu. Aber das ist eine Frage der persönlichen Integrität, die Verteidiger erwerben und besitzen sollten, kein berufsständisches Gütesiegel. Zwar hat – jedenfalls nach meinem Verständnis – der Angeklagte kein *Recht* zu lügen. Aber er kann für die Lüge nicht bestraft werden. Muss dann nicht seiner Verteidigung das Recht konzidiert werden, ihm etwa bei der Formulierung einer Einlassung beizustehen, von der sie weiß, dass sie, sei es auch nur in Teilen, nicht wahr ist? Sind nicht die Grenzen hier fließend, wenn z.B. der Verteidiger den Mandanten vielsagend fragt, ob es nicht vielleicht auch so oder so gewesen sein könne? Daher halte ich hier nichts von verbindlichen Standards im Sinne eines Grundkonsens der Verteidigung. Dass ich das für mich selbst so halten will, ist meine eigene Sache.

Muss es aber jenseits solcher berufsethischen Fragen nicht zumindest professionelle *Mindeststandards* geben, die nicht unterschritten werden dürfen, ohne dass Verteidigung aufhört noch Verteidigung zu sein?

Mit der Frage hat sich erst vor wenigen Jahren eine Arbeitsgruppe eines Strafverteidigertages – 2016 in Frankfurt am Main – beschäftigt. Er wurde unter dem Generalthema »Bild und Selbstbild der Strafverteidigung« veranstaltet, was jetzt ja das Thema dieser Arbeitsgruppe ist.

Die Frankfurter Arbeitsgruppe hat seinerzeit fünf Mindeststandards formuliert – (1) umfassende Aktenkenntnis und vollständige Einarbeitung in den Verfahrensstand, (2) umfassende Information des Mandanten und erschöpfendes Mandantengespräch, (3) gemeinsame Ziel- und Strategiebesprechung mit dem Mandanten, (4) Teilnahme an Beschuldigtenvernehmungen des Mandanten sowie (5) das Verbot der Übernahme (oder Fortführung) eines »Pflichtmandats« gegen den Willen des Mandanten, durch andere Verteidiger seines Vertrauens verteidigt zu werden.<sup>1</sup> Das war nicht abschließend gemeint und ist vielleicht auch im Detail diskutabel.

Ich will das nicht vertiefen. Denn interessanter ist für meine weiteren Überlegungen ein anderes Ergebnis dieser Arbeitsgruppe, das wie folgt formuliert wurde:

»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.«

Und weiter heißt es, für mein Empfinden etwas kryptisch:

»Die Gewährleistung von Mindeststandards ist Aufgabe der Selbstkontrolle der Anwaltschaft. Wo Selbstkontrolle versagt, erwächst das Bedürfnis nach Fremdkontrolle.«<sup>2</sup>

1 Bild und Selbstbild der Strafverteidigung. Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertages Frankfurt/M., 4.- 6.03.2016, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 40, 2016, S. 392.

2 Ergebnisband des 40. Strafverteidigertages a.a.O.

Mit dem ersten Teil des eben zitierten Ergebnisses der Arbeitsgruppe befanden sich ihre Mitglieder weitgehend in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs. Sie halten den Tatrichter regelmäßig *nicht* für verpflichtet, »die Tätigkeit eines Verteidigers daraufhin zu überwachen, ob er seine Verteidigertätigkeit ordnungsgemäß erfüllt«.<sup>3</sup>

Lediglich in einem »etwaigen Extremfall«,<sup>4</sup> also dann, so der 5. Strafsenat des BGH,<sup>5</sup> wenn »unverzichtbare Mindeststandards« nicht eingehalten werden, kann etwas anderes gelten. Die Mindeststandards nach der Vorstellung des BGH werden nicht beschrieben.

In einer anderen Entscheidung ist davon die Rede, dass klar erkennbar sein müsse, dass der Verteidiger »nicht fähig ist, den Angeklagten sachgerecht zu verteidigen oder wenn er in der Hauptverhandlung zwar anwesend ist, aber untätig bleibt, obwohl seine Tätigkeit geboten wäre«. Schließlich auch dann, wenn sich dem Prozessverhalten des Verteidigers eine Einschätzung der Sach- und Rechtslage entnehmen lasse, die evident interessenwidrig sei und daher eine effektive Verteidigung unter keinem Gesichtspunkt mehr gewährleistet wäre.<sup>6</sup>

Das entspricht den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung zu § 145 StPO entwickelt wurden.<sup>7</sup> Danach besteht die Befugnis des Vorsitzenden, Pflichtverteidigerin oder -verteidiger auszuwechseln, wenn diese sich weigern, die Verteidigung zu führen.

Es liegt auch nahe, dass zwischen den Vorschriften der §§ 145 und 338 Nr. 5 StPO insoweit ein inhaltlicher Konnex besteht. Denn es kann einem Gericht nicht zugemutet werden, das Verhalten einer Verteidigung hinzunehmen, das den Bestand des Urteils gefährdet. Hier zeigt, sich, dass das vom 40. Strafverteidigertag formulierte Tabu zumindest an den Rändern löchrig ist.

Für den Moment ist lediglich festzuhalten, dass eine Verfahrensrüge – sei sie auf § 338 Nr.5 oder 337 StPO gestützt – nur in

<sup>3</sup> so der erste Strafsenat des BGH in einer Entscheidung vom 27.07.2006, BGH 1 StR 147/06

<sup>4</sup> BGH vom 05.04.2001, 5 StR 495/00

<sup>5</sup> BGH vom 30.09.2008, 5 StR 251/08, StraFo 2009, 107

<sup>6</sup> Nachweise bei Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung, in: Ergebnisband des 40. Strafverteidigertages, S. 328

<sup>7</sup> Vgl. dazu Meyer-Goßner/*Schmitt*, 61.A., § 145 Rn. 7.

Extremfällen, also fast nie, Erfolg verspricht.

Allerdings geht die jüngere Rechtsprechung des EGMR in eine andere Richtung, etwa in der Entscheidung i.S. *Czekalla* ./ Portugal (38830/97) vom 10.10.2002. Dort fordert der Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 3 c EMRK eine stärkere Inpflichtnahme der Strafgerichte für die Gewährleistung einer zumindest nicht völlig ineffektiven Verteidigung. *Meyer* spricht in der EMRK-Kommentierung von *Karpenstein/Mayer* von einer zunehmenden »Adversarisierung« des Verfahrens und der »fortwährenden Schaffung von Mitwirkungspflichten«, die ein erhebliches Schutzbedürfnis gegenüber dem eigenen Verteidiger generiere.<sup>8</sup> *Knauer* und *Kudlich* gehen im Münchener Kommentar zur StPO einen Schritt weiter und unterbreiten den Vorschlag einer »Rüge der Schlechtverteidigung als Ausgleich für die zahlreichen Rügepräklusionen.«<sup>9</sup> Und *Schmitt* plädiert im Meyer-Goßner in seiner Kommentierung von § 338 StPO vor dem Hintergrund der *Czekalla*-Entscheidung des EGMR immerhin für die Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in entsprechender Anwendung des § 45 Abs. 2 S. 2 StPO für den Fall dass dem Angeklagten durch die eindeutige Missachtung einer reinen Formvorschrift ein Nachteil entsteht.<sup>10</sup> Inwieweit das auch bei einem den Zulässigkeitsanforderungen nicht entsprechenden Vortrag einer Verfahrensrüge gelten kann, ist ungeklärt.

Das ist eine Entwicklung, die wohl alle hier anwesenden Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger begrüßen können, denn Eingriffe in die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Verteidigung sind insoweit kaum zu befürchten.

Anders als in den Fällen, in denen ein Tatgericht durch gravierende Fehlleistungen der Verteidigung den Bestand seines Urteils befürchten muss. Da kann dann auch die Auswechslung des Pflichtverteidigers oder die Beiordnung eines (Zwangs?)Verteidigers neben dem Wahlverteidiger notwendig werden.

<sup>8</sup> *Meyer* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK, 2.A., Art. 6 Rn. 196.

<sup>9</sup> *Knauer/Kudlich* in *MK-StPO*, 1.A., 2019, § 338 Rn. 108.

<sup>10</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, 61.A., § 338 Rn. 41.

Die Abstinenz der Rechtsprechung von der Korrektur von Verteidigungsfehlern ist übrigens kein Spezifikum eines von inquisitorischen Elementen geprägten Verfahrens wie dem unsrigen. Sie ist Resultat der von den Anwaltsverbänden eingeforderten und auch vom EGMR respektierten Anerkennung der Unabhängigkeit der Verteidigung. Auch ein Blick über den Atlantik in das – adversatorische – US-amerikanische Strafverfahren bestätigt das. Dort gelten in der Rechtsprechung des Supreme Court noch immer die sog. »Strickland Standards« aus dem Urteil Strickland gegen Washington.<sup>11</sup> Danach ist das Gebot effektiver Verteidigung erst dann verletzt und damit ein Einschreiten des Gerichts erforderlich, wenn der Verteidiger so gravierende Fehler begeht, dass er nicht länger als Anwalt agiert bzw. wenn seine Fehler den Anspruch des Angeklagten auf einen fairen Prozess vereiteln. Die Kritiker dieser Entscheidung sprechen insoweit vom »Foggy Mirror Test«, was bedeutet: Verteidigung ist solange effektiv, wie ein Spiegel, der vor das Gesicht des Verteidigers gehalten wird, noch beschlägt. Dabei zeigen Untersuchungen der Ursachen von Fehlurteilen in den USA – wie sie etwa auf der Homepage des »National Registry of Exonerations« nachlesbar sind – einen erheblichen Anteil von Verteidigungsfehlern daran. Die Begründer des »Innocence Projects«, die Rechtsanwälte Scheck und Neufeld, gleichfalls Kritiker des »Foggy Mirror Tests«, treten in einer Publikation aber nicht in erster Linie gegen diese Rechtsprechung an sondern fordern eine bessere Ausstattung der Pflichtverteidigerbüros.<sup>12</sup>

Welche Rolle anwaltliche Selbstkontrolle bei der Gewährleistung von Qualitätsstandards der Strafverteidigung spielt oder spielen kann, ist mir unklar. Von den Anwaltsgerichten ist mir eine solche Standards formulierende und sanktionierende Rechtsprechung nicht bekannt. Sie ist mir auch schwer vorstellbar. Auch die Vorstände der Anwaltskammern intervenieren selten bei Bekanntwerden von Schlechtverteidigung. Es bleibt also nur das Feld der Fortbildung und des berufsethischen Diskurses. Ob das ausreicht, mag diskutiert werden. Zur Mitwirkung der Anwaltschaft bei der Bestellung von Pflichtverteidigern sogleich.

11 Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 687 [1984]

12 Scheck/Neufeld/Dwyer, *Actual Innocence*, 2003.

### III.

Das Programm der Arbeitsgruppe sieht vor, aus der kritischen Selbstreflexion, die hier stattfinden soll, Verbesserungsmöglichkeiten von Verteidigung zu entwickeln. Qualitätssicherung und -verbesserung seien nicht zuletzt mit Blick auf die EU-Richtlinie 2016/1919 von entscheidender Bedeutung. Solche Qualitätssicherungen lassen sich durch die Formulierung von Qualitätsstandards und deren Überwachung aus den eben ausgeführten Gründen allenfalls in Grenzbereichen finden. Im Übrigen hängt die Qualität von Verteidigung in erster Linie davon ab, welche Rechte ihr im Verfahren gewährt sind, wie die Träger dieser Rechte ihre Anwendung beherrschen – und wie sie damit verantwortungsvoll umgehen. Letzteres ist – wie gesagt – Gegenstand von Ausbildung und Fortbildung, im Übrigen des Erfahrungsaustauschs und des berufsethischen Diskurses.

Die Richtlinie (2016/1919) enthält in ihrem Art. 7 Regeln zur Sicherung der Qualität von mit Prozesskostenhilfe im Strafverfahren, also bei uns mit Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistungen und der Schulung. Eine andere Gruppe dieses Strafverteidigertages beschäftigt sich näher mit dem bereits vorliegenden Entwurf für ihre Umsetzung in nationales Recht.

Für unser Thema reicht es aus, darauf hinzuweisen, dass nach dem Entwurf aus dem BMJV die Anforderungen an Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die zu Pflichtverteidigern bestellt werden, erhöht werden sollen. Das betrifft allerdings in erster Linie die formalen Voraussetzungen ihrer Beiordnung. Künftig dürfen nur noch Fachanwälte für Strafrecht oder solche Anwälte bestellt werden, die mindestens ein Jahr zur Anwaltschaft zugelassen sind und sich zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereit erklärt haben.<sup>13</sup> Der Versuch verschiedener Anwalts- bzw. Strafverteidigerorganisationen und auch einzelner Autoren, die Bestellung von Pflichtverteidigern den Vorständen der Rechtsanwaltskammer zu übertragen, hat im Entwurf kein Gehör gefunden.

<sup>13</sup> In der inzwischen geltenden Neufassung des § 142 soll beigeordnet werden »*entweder ein Fachanwalt für Strafrecht oder ein anderer Rechtsanwalt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat und für die Übernahme der Verteidigung geeignet ist*« (§ 142 Abs.6 S.2 StPO)

Der Entwurf enthält allerdings den Vorschlag der Einführung eines § 143a StPO, mit dem der Wechsel des Pflichtverteidigers geregelt und unter bestimmten Voraussetzungen im Verhältnis zu § 145 StPO (der bestehen bleibt) erleichtert werden soll (§ 143a Abs. 2 StPO E.). Die Aufhebung der Bestellung eines Pflichtverteidigers und die Beordnung eines neuen soll danach u.a. dann möglich sein, wenn »aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist.«<sup>14</sup> Zu letzterem Regelungsvorschlag heißt es in der Begründung des Entwurfs:

(Es) »soll der Fall ausdrücklich geregelt werden, in dem ein Verteidigerwechsel aus Gründen der Verfahrensfairness geboten ist. Damit sollen grobe Verstöße des Verteidigers gegen eine ordnungsgemäße Wahrnehmung seiner Aufgaben erfasst werden, die eine angemessene Verteidigung des Mandanten ersichtlich gefährden, etwa wenn ein Verteidiger in einer Haftsache den Mandanten monatelang nicht aufsucht und auch sonst völlig untätig bleibt. Die Auswechslung des Pflichtverteidigers kann in diesem Fall unabhängig vom Willen des Beschuldigten erfolgen, der jedoch vorher anzuhören ist.«<sup>15</sup>

Das knüpft ersichtlich an Art. 6 der EMRK an, freilich ohne ihn oder die dazu ergangene Rechtsprechung zu erwähnen. Im Übrigen schmeckt es nach »Foggy Mirror Test«. Das mag beruhigend sein – oder auch Anlass zur Besorgnis, wie man es eben sieht.

Der Entwurf kodifiziere lediglich eine Normierung der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung, heißt es weiter. Das scheint mir ein wenig listig. Denn es erschließt sich dann nicht, warum es nicht auch bei der gesetzlichen Regelung des § 145 sein Bewenden haben kann. In Fällen seiner Anwendung hat es die Rechtsprechung nämlich ausreichen lassen, dass der Verteidiger untätig bleibt, obwohl ein Tätigwerden nach den Umständen geboten wäre.<sup>16</sup> Dauern die Ungebühr soll hierfür nicht ausreichen. Ob das unter der Herrschaft der Neuregelung anders gesehen wird, wird sich noch zeigen. Angesichts dieser Ambivalenz habe ich es nicht verstanden, dass der Strafrechtsausschuss des DEUTSCHEN ANWALTVEREINS die Aufnahme

<sup>14</sup> So der inzwischen geltende § 143a Abs.2 Nr.3 2. Alt.

<sup>15</sup> BT- Drucksache 19/13829, S. 48

<sup>16</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, 61.A., § 145 Rn. 7



eines Entpflichtungsgrundes wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen, die, wie es in seiner Stellungnahme heißt, die Gewährleistung einer rechtsstaatlich zu garantierenden Mindestverteidigerleistung gefährden, »uneingeschränkt« begrüßt hat.<sup>17</sup> Über das vom 40. Strafverteidigertag formulierte Tabu geht diese Regelung jedenfalls hinaus und sie öffnet eine Tür, von der wir noch nicht wissen, was dahinter hervorkommen wird.

Es ließe sich jetzt auch noch etwas sagen zu der in dem Entwurf vorgesehenen Kodifikation des dort sog. Sicherungsverweigerers, also der Möglichkeit einer, wie es zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, wohl aber in der Begründung des Entwurfs heißt, »vom Willen des Beschuldigten unabhängigen Bestellung weiterer Pflichtverteidiger«, wenn – so der Gesetzestext im Entwurf – »dies zur Sicherung der zügigen Durchführung des Verfahrens, insbesondere wegen dessen Umfang und Schwierigkeit erforderlich ist.«<sup>18</sup> Aber ich überlasse das der zuständigen Arbeitsgruppe.

#### IV.

Vielleicht halten manche von Ihnen meine skeptischen Anmerkungen zu dem Entwurf für eine Umsetzung der Richtlinie 2016/1919, insbesondere zu den darin vorgesehenen §§ 143a (Wechsel des PV) und 144 (Zusätzliche Pflichtverteidiger) StPO für etwas überzogen, möglicherweise für geradezu idiosynkratisch. Zu meiner Verteidigung will ich ein weiteres Stichwort aus der Ankündigung der Arbeitsgruppe aufgreifen: Verteidigung als »Störfaktor«. Und damit bin ich beim Fremdbild von Strafverteidigung. Ob sie in den Augen der Öffentlichkeit und der Gerichte, mit denen wir es alltäglich zu tun haben, wirklich ein »Störfaktor« ist, mag für mich dahinstehen. Das können Berufenere auf diesem Panel beantworten. Ich will auch nicht die Frage vertiefen, ob darin durchaus etwas von unserem eigenen Selbstverständnis mitschwingt, sehen wir unsere Aufgabe doch gerne darin (mit den bekannten Worten von *Alsberg*), den hochgemuten, voreiligen Griff des

17 S. 17 der Stellungnahme Nr. 58/2018 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht zum Referentenentwurf des BMJV zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/1919 von November 2018

18 Jetzt § 144 StPO »Zusätzliche Pflichtverteidiger«

Gerichts nach der Wahrheit zu hemmen – also die reibungslose Verwandlung vom Vorurteil in ein Urteil zu stören. Da müssen wir damit leben, gelegentlich als lästig empfunden zu werden. Und das können wir ja auch.

Aber so ist es wohl nicht gemeint. Vielmehr in dem Sinne, dass Verteidigung, jedenfalls mit den Rechten, die sie hat, gelegentlich als ein tendenziell überflüssiger, den Gang der Gerechtigkeit bloß hindernder Appendix des Strafprozesses gesehen wird, der zum allgemeinen Frommen an straffere Zügel gelegt werden sollte.

Diese Wahrnehmung hat, jedenfalls für das Stadium der Hauptverhandlung, im System unseres Strafverfahrens liegende Gründe. Dort tragen Richterinnen oder Richter die Verantwortung für die Aufklärung des Sachverhalts. Sie vernehmen selbst Angeklagte, Zeugen und Sachverständige und erheben auch die übrigen Beweise. Sie sind obendrein für die Dokumentation der Ergebnisse dieses Bemühens zuständig, indem sie alles selbst mitschreiben. Ihnen obliegt die Sitzungspolizei. Neuerdings müssen sie sich auch mit zivilrechtlichen Ansprüchen herumschlagen, müssen Erträge aus Straftaten ermitteln und errechnen und überdies immer selbstbewusster und damit konfliktbereiter auftretende Vertreter/innen der Nebenklage bändigen. Das alles unter einer mit der Ausweitung des materiellen Strafrechts wachsenden Arbeitsbelastung. Dass diese Aufgaben sie die Verteidigung gelegentlich oder sogar tendenziell als Störfaktor wahrnehmen lässt, die sich mit Anträgen, ausführlichen Zeugenbefragungen, Erklärungen und Widersprüchen bemerkbar macht und damit weitere Arbeit produziert, ist nicht unbedingt Ausdruck persönlicher Aversion oder Geringschätzung advokatorischer Aufgaben, sondern liegt jedenfalls auch im schlechten System, das die Richterinnen und Richter tendenziell überlastet.

Problematisch wird das dort, wo sich diese Notlage rechtspolitisch Luft macht. Wir können, gottlob, sagen, dass die Zeiten vorbei sind, in denen umfangreiche, mehr oder weniger aus dem Ruder gelaufene Prozesse zum Gradmesser der Notwendigkeit gemacht wurden, Rechte der Verteidigung einzuschränken, namentlich das Beweisantragsrecht, das ja in erster Linie ein von der Verteidigung wahrgenommenes Recht ist. Auch die Debatten über einen dem

Strafverfahrensrecht ungeschrieben innewohnenden allgemeinen Missbrauchsvorbehalt bei der Ausübung von Verfahrensrechten – eine ihrerseits missbrauchsanfällige Idee – scheinen verstummt. Das ist wesentlich das Resultat, um nicht zu sagen: das Verdienst, einer Hinwendung der Rechtspolitik zu den Tatsachen, den rechtstatsächlichen Befunden. Die Untersuchung von *Dölling, Feltes* und anderen über »Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten« aus dem Jahr 2000<sup>19</sup> hat das Zerrbild des Strafprozesses als einer Bühne fortwährender Gemetzel (verbaler Raufereien) diametral umgekehrt, eher in Richtung einer Veranstaltung, die fast als gemütliches Beisammensein erscheint, in dem von Verfahrensrechten in einem geradezu beunruhigend bescheidenen Umfang Gebrauch gemacht wird. Nach Vorliegen dieser Befunde hat die Rechtspolitik zumindest zeitweise eine andere Richtung genommen. Es kamen die Eckpunkte und der Diskussionsentwurf für die Reform des Strafverfahrens, die gesetzliche Regelung der Verständigung. Weitere Einzelheiten, auch dazu, wie es weiterging, erspare ich Ihnen. Sie sind bekannt.

Die Untersuchung von *Dölling* u.a. liegt nun fast zehn Jahre zurück. Da ist es an der Zeit, ihre Befunde zu aktualisieren. Einen zumindest in diese Richtung gehenden, wenn auch durchaus interessegeleiteten Versuch haben die Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs unternommen. Darauf will ich zum Schluss noch einen Blick werfen. Sie haben Daten aus dem Zeitraum 2009 bis 2014 von einer Reihe von Landgerichten erhoben. Die Anzahl schwankte zwischen zwölf im Jahr 2014 und 22 in den Jahren 2011 und 2013. Insoweit ist die Datenbasis wesentlich breiter als die von *Dölling* u.a., die lediglich vier Landgerichtsbezirke erfasst hat. Andererseits sind die angelegten Auswertungsraster der von den Gerichtspräsidenten veranlassten Untersuchung gröber als bei der *Dölling* u.a.-Studie. Die Ergebnisse sind veröffentlicht worden 2017 von Sabine *Ferber* im sog. »Strafkammerbericht«.<sup>20</sup> Für meine Ausführungen sind lediglich zwei Teilaspekte von Interesse, nämlich die folgenden:

19 *Dölling/Feltes/Dittmann/Laue/Törnig*, Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten, Köln 2000

20 Sabine *Ferber*, Strafkammerbericht, Fakten und Folgen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung landgerichtlicher Strafverfahren (2009-2014), hrsg. vom OLG Celle, Baden-Baden 2017.

1.

Untersucht wurde die Anzahl von Befangenheitsanträgen in den und ihre Verteilung auf die einzelnen betrachteten Gerichte.<sup>21</sup> Die Studie befasst sich in erster Linie mit Befangenheitsanträgen in Haft-sachen.

Danach ergibt sich, dass in den allermeisten Strafverfahren vor allgemeinen Strafkammern und Schwurgerichten kein einziger Befangenheitsantrag gestellt wurde. Im Jahre 2009 war das in 95,8 Prozent der Verfahren so, im Jahr 2014 waren es in 97,0 Prozent der Verfahren. Ein bis drei Anträge wurden im Jahre 2009 in 3,3 Prozent der Verfahren gestellt, im Jahr 2014 1,8 Prozent. Vier bis zehn Anträge waren es 2009 in 0,2 Prozent der Verfahren, in 2014 in 0,7 Prozent der Verfahren.

Über zehn Anträge wurden 2009 in 0,7 Prozent der Verfahren gestellt. Im Jahre 2014 waren es noch 0,5 Prozent. Für die gesondert betrachteten Jugendkammern ergibt sich kein wesentlich anderes Bild. Bei den Wirtschaftsstrafkammern waren die Zahlen von Verfahren, in denen gar keine Befangenheitsanträge gestellt wurden, etwas geringer als bei den allgemeinen Strafkammern und Schwurgerichten. Eine dramatische Situation, die Änderungen des Ablehnungsrechts in der StPO nahelegten würde, lässt das nicht erkennen.

Die Untersuchung von *Dölling, Feltes* u.a. hatte ähnliche Ergebnisse erbracht.<sup>22</sup>

Vergleicht man die einzelnen Landgerichte, wandelt sich das Bild etwas.<sup>23</sup> So gibt es an den 22 untersuchten Landgerichten immerhin zwei, in denen in über 10 Prozent der Verfahren Befangenheitsanträge gestellt wurden. Welche Landgerichte das gewesen sind, wird nicht gesagt. Aus diesem Phänomen wird im rechtspolitischen Teil von den Gerichtspräsident/innen die Notwendigkeit geschlussfolgert, das Recht der Befangenheitsanträge zu ändern. Einzelheiten dessen sollen hier mal dahinstehen. Interessant ist allerdings die in der Untersuchung mitgeteilte Feststellung, dass bei den Gerichten mit

<sup>21</sup> *Ferber*, S. 89.

<sup>22</sup> *Dölling* u.a. S. 155.

<sup>23</sup> *Ferber*, S. 91.

dem höchsten Anteil der Befangenheitsanträge, auch der Anteil von Haftsachen an den insgesamt erledigten Verfahren besonders hoch ist.<sup>24</sup> Dazu sogleich.

2.

Die Untersuchung befasst sich auch mit der Anzahl sonstiger Anträge pro Verfahren, wobei wieder solche mit U-Haft untersucht wurden.<sup>25</sup> Dabei geht es nicht allein um Beweisanträge, sondern um alle sonstigen Verfahrensanträge (außer Befangenheitsanträge) – also etwa Unterbrechungsanträge, Anträge auf Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung etc.. Insgesamt wird festgestellt, dass der Anteil der Verfahren, in denen überhaupt kein Antrag gestellt wird, zwischen 51 Prozent und 55,5 Prozent liegt. Bis zu 20 Anträgen (das ist die nächste Stufe) sind es in 41,9 bis 46,4 Prozent der Fälle. Der Anteil der Verfahren, in denen über 20 Anträge gestellt werden, bewegt sich zwischen 2,3 und 3 Prozent. Bestätigt sieht die Verfasserin das Ergebnis der Untersuchung von *Dölling* u.a., »dass Prozesse in denen die Verteidigung eine große Zahl von Beweisanträgen oder sonstigen Anträgen stellt, nur eine kleine Minderheit der Verfahren bildet«.<sup>26</sup> Es fällt allerdings auf, dass sie – obschon eine Differenzierung zwischen Beweisanträgen und sonstigen Anträgen nicht vorgenommen wird – in ihrer Zusammenfassung zu diesem Punkt zu dem Ergebnis gelangt, der Anteil von Verfahren, in den mehr als 20 *Beweisanträge* gestellt werden, liege in den Haftsachen vor der allgemeinen Strafkammer und im Schwurgericht zwischen 2,3 Prozent und 3 Prozent, bei der Jugendkammer etwas darüber.<sup>27</sup>

3.

Dem Strafkammerbericht lässt sich auch der rechtspolitische Umgang der Präsidentinnen und Präsidenten der Obergerichte mit diesen Befunden entnehmen. Es wird mitgeteilt, dass eine von ihnen eingesetzte Arbeitsgruppe »Zukunft des Strafverfahrens« den bundesweiten Strafkammertag einberufen hat als Gegengewicht zu der von

<sup>24</sup> *Ferber*, S. 92.

<sup>25</sup> *Ferber*, S. 110.

<sup>26</sup> *Ferber*, S.115 u.Verw. auf *Dölling* u.a. S. 284.

<sup>27</sup> *Ferber*, S. 116.

BMJV eingesetzten Expertenkommission, in der nach ihrer Auffassung zu wenige Richter/innen vertreten waren. Was die zwei Strafkammertage, die inzwischen veranstaltet wurden, an rechtspolitischen Vorschlägen vorgelegt haben, dürfte den meisten von Ihnen bekannt sein. Die im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung enthaltenen Pläne zur Änderung des Strafverfahrensrechts greifen mit den sog. »4 B« – Befangenheitsrecht, Besetzungsrüge, Beweisantragsrecht, Bündelung der Nebenklage – einige ihrer Vorstellungen auf.

Für unser Thema erwähne ich das aus folgendem Grund:

Die Ergebnisse der Untersuchung beispielsweise zur Anzahl von Befangenheitsanträgen und ihrer Verteilung auf die verschiedenen Landgerichte lassen – und zwar aus meiner Sicht naheliegenderweise – ganz andere Schlüsse zu, als sie die Gerichtspräsidenten sowie der Strafkammertag gezogen haben. Es besteht offenbar eine direkte Korrelation zwischen der Häufigkeit von Verhaftungen von Beschuldigten und dem Stellen von Befangenheitsanträgen. Das überrascht auch nicht. Denn wenn es Gerichte gibt, die in einem sogar deutlich über dem Durchschnitt liegenden Umfang Haftbefehle erlassen, dann liegt die in den gestellten Befangenheitsanträgen zum Ausdruck kommende Befürchtung, sie stünden den jeweils Beschuldigten nicht objektiv gegenüber, zumindest nicht fern. Das wäre zumindest einer näheren Betrachtung wert, lässt aber nicht den Schluss zu, es gäbe eine Notwendigkeit, das Befangenheitsrecht, wie nun geplant – zu Lasten der hiervon betroffenen Verfahrensbeteiligten – zu verändern. Auf diese Idee kann nur kommen, wer Verteidiger grundsätzlich als Störfaktoren betrachtet

Bei der Untersuchung der Häufigkeit und Verteilung von – wie es im Bericht zunächst heißt – sonstigen Anträgen, ergibt sich ein ähnliches Bild. Es erstaunt bereits, dass anfangs die Anzahl sämtlicher Anträge, die nicht Befangenheitsanträge sind, untersucht werden, um sodann Schlussfolgerungen aus der vermeintlichen Anzahl allein bei Beweisanträgen zu präsentieren. Wenn schließlich aus dem Untersuchungsergebnis, wonach bei einzelnen Gerichten in bis zu etwa 10 Prozent der Verfahren mehr als 20 Anträge gestellt werden, eine – weitere – Beschränkung des *Beweisantragsrechts* verlangt wird, offenbart sich das gleiche Vorurteil von der Verteidigung als zumindest potentiell Störfaktor.

4.

Dabei ließen sich die Probleme der Strafjustiz – fokussiert man sich nicht stets auf den »Störfaktor« Verteidigung – als vermeintliche Ursache für alle Malaisen, ganz anders lösen. Abgesehen von notwendigen Änderungen des materiellen Strafrechts – Entkriminalisierung und Umkehr der Entwicklung, gerade im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts immer weitere Straftatbestände zu schaffen, die obendrein kompliziert zu ermitteln und schwierig zu entscheiden sind – bietet sich eine Änderung des Verfahrens in der Richtung an, die Konfliktquellen zu reduzieren, die aus der darin angelegten Überforderung der Richterinnen und Richter resultieren. Sie müssten von konfliktträchtigen Aufgaben entlastet werden, um sich auf die genuine richterliche Aufgabe des Zuhörens, Abwägens und Entscheidens konzentrieren zu können.

Dabei kommt z.B. eine Änderung des Fragerechts in Betracht – entweder durch eine Reform des § 239 StPO (Kreuzverhör) in der Richtung, dass es eines übereinstimmenden Antrags als Voraussetzung des Kreuzverhörs nicht mehr bedarf, sondern dass das entweder in allen Fällen des § 239 Abs. 1 StPO durchzuführen ist oder jedenfalls auf Antrag von Staatsanwaltschaft oder Verteidigung. Dem Gericht bliebe das Recht, am Ende der Befragung durch die »Parteien« eigene, ergänzende Fragen zu stellen. Ein solches Verfahren brächte Richterinnen und Richter stärker in die Position der zuhörenden, prüfenden und abwägenden Entscheider, die mit der Richterrolle besser vereinbar ist als diejenige des Inquirenten. Es würde andererseits auch die Position der Verteidigung aufwerten und sie ein Stück aus der Wahrnehmung als »Störfaktor« emanzipieren.

Eine Entlastung von Richterinnen und Richtern mit gleichem Effekt brächte auch die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren und auch der Hauptverhandlung. Die vielfach erhobenen Einwände in Hinblick auf die Revision haben sich als nicht stichhaltig erwiesen.

Schließlich empfiehlt sich als das Verfahren entlastende Maßnahme die stärkere Konturierung der Regeln offener Kommunikation. Es ist hier nicht der Ort, das en détail auszuführen.

Ich will es hier bei der These belassen, dass die verunglückte Überfrachtung des Richteramtes mit Aufgaben in der Hauptverhandlung die rechtspolitische Wahrnehmung der Verteidigung als Störfaktor – namentlich bei den Ländern – befördert, die dann wiederum zum Anlass genommen wird, Verteidigungsrechte weiter zu beschränken. Die Entwicklung geht seit Jahren in diese – falsche – Richtung. Die geplanten Änderungen scheinen, soweit bekannt, nicht dramatisch. Auch für die Gerichtspräsidenten und ihre Strafkammertage, die viel weitergehende Reformen wollen, wachsen die Bäume rechtspolitisch nicht in den Himmel. Es ist aber nicht sinnvoll, immer wieder an den Rechten der Verteidigung herumzuzwickeln. Wir brauchen eine grundlegende Modernisierung des Strafverfahrens. Und die muss in eine andere Richtung gehen.



Dr. Manfred Dauster

# SELBSTBILD UND FREMDBILD DER STRAFVERTEIDIGUNG IM STRAFPROZESS

## I. EINLEITENDE BEMERKUNGEN

Das Statistische Jahrbuch 2018 der Bundesrepublik Deutschland weist bei den Strafgerichten aller Instanzen rund 750.000 neu eingegangene Strafverfahren im Jahr 2016 aus. Die Erledigungszahlen bewegen sich ebenfalls in dieser Größenordnung. Das ist das Niveau der ungefähren gerichtlichen Belastung in Strafsachen über die Jahre hinweg. Statistisch nicht ausgewiesen ist, in wie vielen Strafverfahren Verteidiger aufgetreten sind. Im Großteil der Verfahren waren die Angeklagten sicherlich verteidigt. Schon die Zahlen legen es nahe, sich mit dem Verhältnis zwischen Richter und Verteidiger näher zu beschäftigen. Das Verhältnis zwischen hat aber auch ganz grundsätzlich nichts Banales, das übergangen werden kann. Verteidigt zu sein, ist zweifelsohne Menschenrecht. Ausgehend von dieser im Strafverfahren einzig entscheidenden Erkenntnis kann es den ›guten‹ und den ›schlechten‹ Verteidiger nicht geben. Mag dies auch banal klingen, ist dies doch von Bedeutung. Ist der Verteidiger etwa nur dann ›gut‹, wenn er nach dem Verständnis des Gerichts ›funktioniert‹, d.h. keinen Sand in das richterlich vorbestimmte Getriebe des Verfahrensablaufs bringt? Ist er dann ›fähig‹ oder nur liebedienerisch? Ist der nicht oder nicht hinreichend dem Vorstellungsbild des Richters gerecht werdende Verteidiger etwa ›schlecht‹, wenn er Beweisanträge stellt und damit möglicherweise eine Wende im Beweisergebnis und am Ende eines vielleicht mühseligen Prozessgeschehens einen Freispruch erzielt? So ›unfähig‹ kann er nicht gewesen sein? Die Antwort auf die Frage nach

›gut‹ und ›schlecht‹, bei der der eigene sozio-kulturelle und professionelle Horizont des Richters häufig Maßstab ist, lässt sich nicht völlig von dem sehr viel menschlicheren Hintergrund von persönlicher Sympathie lösen. Niemand, auch nicht der Richter oder der Verteidiger, kann sich vollständig von seinen emotionalen Empfindungen lösen. Im Bewusstsein dessen ist es Verpflichtung beruflicher Ethik im Richteramt, diese Empfindungen auf niedrigster Schwelle zu halten. Das gelingt dem Richter, aber auch dem Verteidiger nicht immer. Dem verfahrensrechtlichen Zusammenwirken tut dies nicht gut. Auf diese und ähnliche Fragestellungen wird zurückzukommen sein.

Die Rolle von Verteidigern im Strafverfahren und ihr Eindruck auf den Richter werden unabhängig von den schon hier angeführten Aspekten zum Gesprächsthema jedenfalls dann, wenn bestimmte Verfahren aus der werktäglichen Routine des Gerichts fallen – sei es wegen der Person des Angeklagten, der Besonderheiten im Tatgeschehen oder wegen des Verteidigungsverhaltens. Entsprechende Schlagzeilen oder Gespräche drehen sich dann um als schwierig empfundene oder so dargestellte Verteidiger. Diese Art der – nennen wir es: ›schwierigen‹ – Verfahren prägen häufig das Bild, das sich Nichtbeteiligte – Öffentlichkeit wie Kollegen – machen. Wenn sich mein Blick auf das »Fremdbild« des Strafverteidigers richtet, fokussiere ich mich auf diese ›schwierigen‹ Verfahren. Die anderen, ›routinemäßig‹ verlaufenden Strafverfahren sollten wir dabei nicht völlig aus dem Blick verlieren. Leider nimmt die Öffentlichkeit sie nicht in ihrer Vielzahl wahr. Denn auch in ihnen können sich einige der mit dem »Fremdbild« zusammenhängenden Fragestellungen wiederfinden.

## II. NICHT UNMITTELBAR PROZESSRECHTLICHE SICHTDETERMINANTEN

### 1. Aspekte des Zwischenmenschlichen

Zwar bestimmen die Verfahrensordnungen und andere rechtliche Normen, bei den Rechtsanwältinnen etwa berufsrechtliche Regelungen, wie sie sich vor Richtern (und den anderen Verfahrensbeteiligten) zu verhalten haben. Das Verfahrensrecht (aber auch u.a. das Dienstrecht der Richter) regelt natürlich auch das Auftreten des Richters. Darauf wird im Folgenden noch einzugehen sein. Alle am Strafprozess Beteiligten sind Menschen und folgen innerhalb der gesetzlichen

Rahmenbedingungen auch ihren sozio-kulturellen Prägungen. Sie können Einfluss auf die Sichtweise von Richtern auf die bei ihnen auftretenden Rechtsanwälte haben und nehmen nicht selten die Gestalt auch von Vorurteilen an. Das hat etwas Banales, aber nicht zu Leugnendes. Zwar erwerben mit dem erfolgreichen Zweiten Juristischen Staatsexamen alle, auch die Rechtsanwälte, die Befähigung zum Richteramt (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 BRAO), nicht jeder aber erlangt ein solches Amt. Das hängt mit persönlichen Lebensentscheidungen zusammen, aber auch mit der staatlichen Richterauslese nach Staatsnoten. Auf die Staatsnote mag sich die Hoffnung gründen, den besseren Juristen und damit vielleicht auch den guten Richter zu erwerben. Eine Garantie hierfür ist sie nicht. Bei unsicheren Richtern nicht nur am Anfang der Karriere verführt das Amt zu einer gewissen Abgehobenheit, die Rechtsanwälte durchaus auch als Arroganz empfinden können. Umgekehrt gilt dies für einen erfahrenen Verteidiger im Verhältnis zu unsicheren Richtern und Staatsanwälten auch. Gut ist das für ein auskömmliches Strafverfahren nicht – eher für imminentes Konfliktstoff. Die daraus erwachsenden konkreten Probleme in einem laufenden Verfahren gibt es in anderen Rechtskulturen nicht. Unabhängig von der anderen Prozesskultur setzt etwa das Richteramt in England und Wales eine zum Teil lange anwaltliche Berufslaufbahn voraus, in der sich der Anwärter auf ein Richteramt bewährt haben muss. Ob dies der Fall ist, wird von der englischen und walisischen Justizverwaltung gründlich hinterfragt. Die Bar Associations reden bei den richterlichen Personalentscheidungen ein gewichtiges Wort mit. In diesem Zusammenhang bestätigen englische Richterkollegen, dass sie das im Anwaltsstand erworbene Ansehen ins Richteramt mitnehmen. Es hülfe in Deutschland jedenfalls schon sehr, würde auf die menschlichen Determinanten im Strafverfahren mehr Bedacht genommen werden. Die Staatsnoten-Inhaber werden zwar zunehmend berufsbeleitend geschult und nicht mehr nur auf die Menschheit losgelassen. Soweit es zu überblicken ist, nimmt die Thematik des Anwalt-Richter-Verhältnisses dabei aber keinen breiten Raum ein.

## 2. Richterliche Einsichten in die anwaltlichen Zwänge im und außerhalb des Strafverfahrens

Wenn sich Frontstellungen von Richtern gegenüber den Verteidigern bilden, kann es bei deren Auflösung helfen, wenn Gerichte sich mit dem Leistungsbild von Verteidigern, von dem auch sie profitieren, näher beschäftigen. § 2 BRAO umschreibt den Rechtsanwalt als freiberuflich tätig, ohne dass er ein Gewerbe ausübt. Obwohl dies auch unter Richtern Allgemeingut ist, sind es die daraus zu ziehenden Konsequenzen nicht immer. Zwar werden in der Regel Hauptverhandlungstermine nicht mehr einseitig bestimmt, sondern insbesondere bei umfangreicheren Verfahren abgesprochen. Bei Pflichtverteidiger-Bestellungen in Umfangsverfahren sollte sich dem die Beiordnung anordnenden Vorsitzenden schon aus Gründen der Rücksichtnahme die Frage aufdrängen, ob ein Pflichtverteidiger je Angeklagtem das Verfahren abdecken kann. Die Gerichte beantworten die Frage meistens nur unter dem Blickwinkel der Verfahrenssicherung und ordnen einen zweiten Pflichtverteidiger – selten einen dritten – dann bei, wenn die avisierte Verfahrensdauer und die Zahl der in Rechnung gestellten Sitzungstage die Präsenz des einen bestellten Verteidigers fraglich erscheinen lassen. Dieser Blickwinkel erscheint verengt und nur auf die eigenen an fiskalisch determinierten Belangen fokussiert. Das Menschenrecht auf Verteidigung und die Fairness des Verfahrens zielen in der jeweiligen Verfahrenssituation auf bestmögliche Verteidigung ab. Deshalb sollte sich der Blickwinkel darauf erweitern, ob ein einzelner Pflichtverteidiger das dem Richter vorliegende Tatsachenmaterial in mit Blick auf die Freiberuflichkeit zumutbarer Weise allein zeitnah bewältigen kann. Erklärt sich ein Pflichtverteidiger gegenüber dem Gericht in entsprechender nachvollziehbarer Weise, wird es der Beiordnung eines weiteren Verteidigers näher treten müssen.

Vor diesem Hintergrund soll eine weitere Blickwinkelerweiterung aufgezeigt werden. Jeder an einem Strafverfahren Beteiligte steht mit anderen Beteiligten einerseits und dem Gericht andererseits in einem Beziehungsgeflecht, das verfahrensrechtlich determiniert ist. Über dieses Geflecht hinaus ist die Verteidigung aber Teil eines weiteren Netzwerks, welches nicht unbedingt auch strafprozessual gefärbt ist. Von den Tätigkeiten des Verteidigers in diesem Netzwerk können

die Gerichte profitieren, weil sie sie entlasten oder – für oder gegen den Mandanten – Auswirkungen auf die Beweisführung haben. In Haftsa-chen steht der Verteidiger zwischen Mandant und Angehörigen einer-seits und Gericht andererseits. Die Unterrichtung der Angehörigen und deren Aufklärung über den Verlauf der Haft und des Verfahrens führt in aller Regel zu Entlastungen der Richter und verhindert am Verfahrensende tumultartige Szenen zusammenbrechender Familienangehöriger im Gerichtssaal, wie sie etwa in Aufzeichnungen aus Strafverfahren vor US-Gerichten häufig anzutreffen sind. Gerichte übersehen dies leicht, weil die Verteidigertätigkeit insoweit nicht auf offener Bühne stattfindet. Den Entlastungseffekt sollten Richter nicht hoch genug schätzen. Bei Verfahren insbesondere wegen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder Sexualdelikten sind der Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a StGB und bei Staatsschutzdelikten nach § 120 GVG die Aufklärungshilfe nach § 46b StGB Aufgabenbereiche, die ohne den Verteidiger nicht zu bewältigen sind. Kommt der Täter-Opfer-Ausgleich zustande oder wird die Aufklärungshilfe geleistet, ist das darin eingebettete Geständnis Faktor der Verfahrensverkürzung und im Übrigen Juwel des Opferschutzes. Den Verletzten werden Re-Traumatisierungen durch wiederholte Vernehmungen erspart. In Wirtschaftsstrafverfahren ist der Verteidiger das Scharnier zwischen seinem Mandanten und seinem (geschädigten [früheren]) Arbeitge-ber und dessen (anwaltlichen) Vertretern. Die Auseinandersetzungen zwischen diesen können verfahrenerschwerend sein. Gelingt es, sie vom Strafverfahren fernzuhalten, liegt die Entlastung auf der Hand.

### III. DIE GESETZLICHEN RAHMENVORSTELLUNGEN

Das richterliche Bild von den (>schwierigen<) Verteidigern ist in gewisser, aber nicht vollständiger Weise gesetzlich prädeterniert. Zum einen ist festzuhalten, dass sich nicht nur das deutsche Strafver-fahren einer Aufgabenbeschreibung enthält, was die Verteidigerauf-gaben im Einzelnen sind, sondern weitgehend auch die berufsrecht-lichen Regelungen der BRAO und der BORA. Die Aufgaben sind nämlich so vielfältig, dass sie sich nicht enumerativ auflisten oder all-gemein definieren lassen. Zum anderen beschäftigt sich die Strafpro-zessordnung naheliegender Weise eher mit den Aufgaben des Rich-ters, was dieser tun muss oder darf, und ist insoweit wieder mit Blick

auf das Urteil ergebnisorientiert: Denn der Richter hat das bei ihm anhängige Verfahren durch Urteil abzuschließen. Im Zusammenhang mit dieser Zielvorgabe ist es eine Besonderheit des deutschen Strafverfahrens, dass das Urteil von einem *inquisitorischen* Richter gesprochen wird, welcher nach § 244 Abs. 2 StPO von Amts wegen gehalten ist, den ihm durch die Anklageschrift unterbreiteten Sachverhalt auf der Suche nach der Wahrheit zu erforschen. Ergänzende Vorschriften, etwa die Beweiserhebung im Zwischenverfahren nach § 202 StPO, können für unsere Betrachtung trotz ihrer nicht immer wertgeschätzten und daher in der Praxis nicht immer umgesetzten Bedeutung vernachlässigt werden. Nicht ohne Einfluss auf das Richter-Verteidiger-Verhältnis ist der Umstand, dass die Richter im Zwischenverfahren in aller Regel personenidentisch mit den Richtern sind, die in der Hauptverhandlung über Schuld- und Straffrage entscheiden. Ob die Anklageschrift die Hauptverhandlung erreicht, entscheidet der Richter durch Eröffnungsbeschluss nach §§ 199 Abs. 1; 203; 207 StPO. Dazu wird vertreten, dass sich ein Gericht, wenn es die Eröffnungsvoraussetzungen bejaht, von dem hierbei gewonnenen (vorläufigen) Verdachtsbild kaum noch lösen könne und das Gericht insoweit auch gegenüber der Verteidigung festgelegt sei. Das mag im Einzelfall unter Umständen auch als Ergebnis unterlassener Beweisantragsstellungen nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO so sein. Generell aber enthält die Eröffnungsentscheidung keine unverrückbare Vorfestlegung, wie sich auch an der Quote gleichwohl erfolgter Freisprüche zeigt.<sup>12</sup> Dem Vorsitzenden misst die Strafprozessordnung bei der Sachverhaltsuntersuchung besondere Bedeutung bei. Er bestimmt Termine (§ 213 Abs. 1 StPO), lädt (§ 214 Abs. 1 Satz 1 StPO) und schafft die Beweismittel herbei (§ 221 StPO). Er leitet die Verhandlung (§ 238 Abs. 1 StPO), befragt Zeugen und Sachverständige und entscheidet über die Zulässigkeit von Fragen der übrigen Verfahrensbeteiligten (§ 241 Abs.

1 Die Quote der Freisprüche dürfte bei ca. 5 % liegen; genauere Zahlen liegen nicht vor (Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick, 2015, S. 14). Die Quote wird von der Anklagepraxis der Landesstaatsanwaltschaften beeinflusst (für die Einzelheiten wieder Statistisches Bundesamt, Justiz auf einen Blick, 2015, S. 12 f.).

2 In anderen Ländern ist die Eröffnungszuständigkeit funktionell von der Zuständigkeit des Gerichts in der Hauptverhandlung getrennt, etwa nach Art. 228 der Strafprozessordnung von Bosnien und Herzegowina (andere Staaten des westlichen Balkans sind diesem Beispiel gefolgt).

2 StPO) oder über den Entzug des Fragerechts (§ 241 Abs. 1 StPO). Verteidiger, Nebenklagevertreter und Staatsanwaltschaft werden vom Gesetz, wenn sie Einfluss nehmen wollen, auf die Antragstellung verwiesen. Dies folgt mittelbar aus den Regelungen über die Ablehnung von Beweisanträgen (§ 244 Abs. 3, 4 und 5; § 245 Abs. 2 Sätze 2 und 3 StPO; § 246 Abs. 2 StPO). Bei präsenten, vom Angeklagten herbeigeschafften Beweismitteln stellt § 245 Abs. 2 Satz 1 StPO das Erfordernis des Beweisantrags klar wie für das Zwischenverfahren § 219 Abs. 1 StPO. Im Übrigen sind die Verfahrensbeteiligten auf den Widerspruch gegen Vorsitzendenverfügungen, auf Anträge auf gerichtliche Entscheidung (§ 238 Abs. 2 StPO; § 242 StPO) oder auf Erklärungen zu erhobenen Beweisen (§ 257 Abs. 1 und Abs. 2 StPO) verwiesen. Verständigungselemente verbunden mit anderen Kommunikationsformen nach §§ 202a StPO; 212 StPO; 257b StPO; 257c StPO, aber auch nach §§ 153 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 153a Abs. 2 Satz 1 StPO sind Durchbrechungen des Untersuchungsgrundsatzes und der Kommunikation durch Antragstellung / Widerspruch / Erklärung einerseits und gerichtliche Entscheidung andererseits. Nur am Rande zu den nun gesetzlich beachtlichen Kommunikationsformen der §§ 202a; 212; 257b und 257c StGB: Die Verständigung im Strafverfahren soll transparent sein; den als suspekt empfundenen Vereinbarungen quasi im Beratungszimmer oder auf den Gerichtsfluren sollte ein Riegel vorgeschoben werden. Ob das Ziel erreicht worden ist, mag man hinterfragen. Schlimmer Wildwuchs, wie ihn die Zeit vor diesen Regelungen hervorbrachte, ist nach meinem Eindruck beseitigt. Insbesondere der mit den Regelungen verbundene Protokollierungsaufwand erschwert jedoch als Last und steht unverfänglicher Kommunikation häufig im Wege. Manche Gerichte, wenn sie die Verständigung schon nicht grundsätzlich ablehnen, nehmen Abstand von ›ungezwungener‹ Konversation. Der Gewinn an Transparenz im Strafverfahren geht einher mit einem Verlust an ›unverbindlicher‹ Flexibilität.

Indem die Strafprozessordnung die Rollen von Gericht und Verfahrensbeteiligten – wie vorangestellt – verteilt, ergibt sich daraus auch die Sicht des Gerichts auf Verteidiger und zunehmend im Lichte der gestärkten Stellung des Verletzten auch auf Nebenklagevertreter. Das Gericht ist in der Pflicht, die zur Sachaufklärung erforderlichen Feststellungen zu treffen, und steht hierbei auch unter

menschenrechtlichen Zwängen. Denn Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK begründet die gerichtliche Pflicht, über Anklagevorwürfe innerhalb angemessener Frist zu verhandeln. In Haftsachen verschärft § 121 Abs. 1 StPO diese Verpflichtung, wenn die angeordnete Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus andauern soll. In einem solchen Fall bedarf es objektiver Gründe, warum das Strafverfahren nicht vor Ablauf von sechs Monaten durch Urteil abgeschlossen werden konnte. Unabhängig vom Beschleunigungsgebot nach § 121 Abs. 1 StPO darf die Untersuchungshaft trotz begonnener, aber nicht abgeschlossener Hauptverhandlung nie die Grenze zur Unverhältnismäßigkeit (§ 112 Abs. 1 Satz 2 StPO) überschreiten. Zwar hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz immer nur die Freiheitsentziehung im Auge, mittelbar wirkt er aber auch gestaltend auf den Gang einer Hauptverhandlung.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich für das erkennende Gericht ein als solcher empfundener *Erledigungsdruck*, dem sich prima Vista nachvollziehbar ein Richter nicht entziehen kann und soll, wenn er den Eindruck von Wurstigkeit oder Gleichgültigkeit nicht aufkommen lassen will. Gerade aber in Umfangsverfahren, in welchen die Beweisstofffülle Zügigkeit im Sinne von Schnelligkeit nicht erlaubt, bewirken antragstellende, widersprechende und sich erklärende ›schwierige‹ Verteidiger, dass der gerichtliche Ablaufplan einer Hauptverhandlung in Schiefelage geraten kann. Je nach der Zahl der gestellten Anträge, erhobenen Widersprüche oder Erklärungen nach § 257 Abs. 1 und Abs. 2 StPO ergeben sich hieraus Konfliktlagen für Richter, wenn sie dem Verteidigungsverhalten einerseits und ihren Pflichten zur Verfahrensförderung andererseits gerecht werden wollen, wozu sie verpflichtet sind. Denn Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hält sie nicht nur zur Verfahrenserledigung in angemessener Zeit, sondern auch zur *fairen Verfahrensgestaltung* an. Wenn das deutsche Verfahrensrecht in Strafsachen die Einflussmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten auf den Ausgang der Hauptverhandlung in der geschilderten Weise gestaltet, ist die Ausübung der Antrags-, Widerspruchs- und Erklärungsrechte Ausdruck eben dieser Fairness des Verfahrens, die ein Richter hinzunehmen hat. Der Vorsitzende kann allenfalls aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit über den Zeitpunkt der Antragstellung, Erklärung oder des Widerspruchs entscheiden.



Damit ist es vornehmste Aufgabe des Richters, zwischen den Erfordernissen der zeitnahen, gegebenenfalls beschleunigten Sachverhaltsaufklärung und der Fairness des Verfahrens einen Ausgleich zu finden. Die aufgezeigten kommunikativen Verständigungsmöglichkeiten nach § 257b StPO mögen hierbei eine Hilfestellung bieten, deren Wirkungsgrad bei »schwierigen« Verteidigern allerdings kritisch gesehen werden muss. Umfängliche Wirtschaftsstrafverfahren bieten Verteidigungsstrategien eine Fülle von Angriffsflächen, insbesondere wenn Auslandsbezüge vorliegen. Ähnlich sieht es unter bestimmten Voraussetzungen in Verfahren vor den Schwurgerichten aus, wenn die Beweisführung auf Indizien gegründet ist. Insbesondere aber Verfahren, die Delikte nach §§ 129 bis 129b StGB; §§ 89a bis 89e StGB oder nach dem Völkerstrafgesetzbuch zum Gegenstand haben, sind aus der Natur der Sache heraus schwierig zu gestalten. Es ist in weiten Teilen des sogenannten »politischen« Strafrechts eine Tatsache, dass Verteidiger und/oder Vertreter der Nebenklage die gleiche oder eine vergleichbare Vorprägung haben wie ihre Mandanten. Nennen wir diese anwaltlichen Berufsvertreter – wie es landläufig häufig auch der Fall ist – »Szene-Anwälte«. Ihre Vorprägung beeinflusst die Art der Mandantenvertretung und die (Verteidigungs-) Strategien. Klagt der Generalbundesanwalt mehrere Mitglieder einer nach §§ 129 bis 129b StGB oder §§ 89a bis 89e StGB verdächtigen Organisation an, können »Szene-Anwälte« sich untereinander und intern zu einer sogenannten Sockel-Verteidigung zusammenschließen und sich bei der Umsetzung von Verteidigungsstrategien auf arbeitsteiliges Vorgehen verabreden. Trotz des Verbots der Mehrfachvertretung (§ 146 StPO) ist gegen eine Sockel-Verteidigung grundsätzlich nichts zu erinnern. Das Überschreiten von Grenzbereichen zu § 146 StPO ist hierbei eine Nachweisfrage, die ein Gericht nicht leisten kann, wenn es sich auf seine eigentliche Aufgabe der inquisitorischen Sachaufklärung konzentriert.

»Konflikt«-Verteidigung gepaart mit arbeitsteilig vorgehenden Sockel-Verteidigern hat einen nachhaltigen Einfluss auf den Gang der gerichtlich organisierten Hauptverhandlung. Es ist müßig, an dieser Stelle über die sogenannten »Fünf vor neun-Anträge« zu Beginn der Hauptverhandlung oder über Antrags-, Erklärungs- und Widerspruchsfloten zu reden. Eine phänotypische Hauptverhandlung dieser Art steht allen vor Augen. Das geltende Strafverfahrensrecht gibt

dem Gericht, das an einer Umsetzung seiner Hauptverhandlungsplanung interessiert sein muss, kaum bis keine Möglichkeiten der Einwirkung. Bei – nennen wir es beim Namen – ideologisch festgelegten Verteidigern helfen die kommunikativen Elemente nach §§ 202a; 212; 257a StPO kaum weiter. Zwar mag das Gericht offen legen, wie es den Verfahrensstand und die -entwicklung sieht. Die damit notgedrungen korrespondierende Bereitschaft von Verteidigern, ihre Karten offen zu legen, besteht jedoch nicht oder nicht wirklich. Bleiben am Ende nur die wenigen, auch von Richtern nur ungern angewandten Zuchtmittel: Nichtzulassung von Fragen, Wortentzug im Rahmen der Verhandlungsleitung und am Ende der sanktionierte Vorwurf der prozessrechtswidrigen Verschleppung etwa nach § § 244 Abs. 6 Sätze 2 bis 4 StPO. Die prozessualen Wege sind steinig, (zeit-) aufwändig und möglicherweise nicht sonderlich effektiv. Dies ist allseits bekannt. Erfahrungswerte gerade mit der 2017 eingeführten Regelung des § 244 Abs. 6 Sätze 2 bis 4 StPO liegen noch nicht vor.

#### IV. REFORMBEDÜRFNISSE?

›Gestörte‹ Hauptverhandlungen sind nicht Justizalltag. Justizalltag ist allerdings geworden, dass Strafverfahren im ersten Rechtszug vor den Land- und den Oberlandesgerichten zum Teil erheblich länger dauern. Das liegt weniger an ihren »Störungen« durch Verteidiger, eher in der Natur der Sache. Wirtschaftsstrafverfahren mit internationalen Bezügen sind die Regel. In Staatsschutzverfahren muss über terroristische Taten an Orten verhandelt werden, bei deren Verortung im Ausland es ohne GoogleMap nicht geht. So kannten die deutschen Gerichte das Ausland früher nur in Strafverfahren, in welchen es um Kokainlieferungen aus Südamerika ging. Das Völkerstrafgesetzbuch brachte dem strafrechtlichen Alltag nicht nur neue Delikte und Teilnahmeformen, sondern auch Tatgeschehen, deren Feststellung einen nicht gekannten Ermittlungs- und Beweisbeschaffungsaufwand im bzw. aus dem Ausland nach sich ziehen. Die gerechtfertigten Bemühungen des Gesetzgebers um einen stärkeren Opferschutz haben die Nebenklage wieder belebt. Mit ihrer Wiederbelebung sind nicht nur Raumprobleme verbunden. Je nach Zahl der anschlussberechtigten Nebenkläger wird es in deutschen Gerichtssälen sehr eng. Übersetzungsprobleme gehen damit einher, wenn nichtdeutsche Täter

und ihre ausländischen Opfer sich in großer Zahl in einem deutschen Gerichtssaal wiederfinden. Wenn Reformüberlegungen bei ›gestörten‹ Hauptverhandlungen angestellt werden, haben sie in der Regel einen einzelfallbezogenen Hintergrund, etwa dass nach mehreren Hundert Sitzungstagen eine von Beweisanträgen und anderen verzögernden Prozesshandlungen gekennzeichnete Hauptverhandlung ausgesetzt wird, weil der Vorsitzende das – gesetzlich zwingende – Pensionsalter erreicht. Entsprechende Berichte in den Medien schrecken dann die Rechtspolitiker auf. Legislatischer Aktionismus ist dann häufig die Folge. Bevor dem strukturellen Grundproblem des Richter-Anwalts-Verhältnisses Aufmerksamkeit geschenkt wird, sollen Teilaspekte dieses Verhältnisses aufgegriffen werden, welche immer mal wieder diskutiert, dann aber nicht mehr weiterverfolgt werden.

#### 1. Die Anordnungscompetenz des Vorsitzenden und die Beordnungskriterien; der »actus contrarius«

Nach § 141 StPO bedarf es zur Bestellung eines Pflichtverteidigers einer richterlichen Entscheidung durch den Vorsitzenden des Tatgerichts oder des mit der Sache im Ermittlungsverfahren befassen Amtsgerichts. Einzelheiten der Zuständigkeitsregelung ergeben sich aus § 141 Abs. 4 StPO. Das richterliche Entscheidungsmonopol stört manche; vorgeschlagen wird unter anderem insoweit, es durch eine Entscheidung der Rechtsanwaltskammern zu ersetzen. Das sieht nach Ausfluss von Selbstverwaltung und –organisation der betroffenen Rechtsanwälte aus, wird sich in der Praxis aber nicht umsetzen lassen. Ohne den Rechtsanwaltskammern nahe treten zu wollen: Nahe an den Strafverfahren sind die Selbstverwaltungsinstitutionen nicht. Ob sie die bundesweit und über das Jahr in Massen zu entscheidenden Beordnungen überhaupt, und zwar in Eilfällen des amtsgerichtlichen Bereitschaftsdienstes auch am Wochenende zu leisten imstande sind, ist die weitere Frage. Zudem ist, was den Aufgabenbereich der Kammern anbelangt, die Beordnung von Pflichtverteidigern (und auch der notwendigen Beistände für Nebenkläger) sachfremd. In anderen Ländern stehen eigens eingerichtete Behörden zur Verfügung, die sich dann allerdings nur mit Pflichtverteidiger-Beordnungen und den damit zusammenhängenden Fragen befassen. Deutschland hat sich für den Weg entschieden, den § 141 StPO vorzeichnet. Die hinter der Diskussion stehende Frage ist allerdings nicht die, wer entscheidet, sondern nach

welchen Kriterien über die Beordnung entschieden wird. Die Frage nach der Entscheidungskompetenz wird virulent aber dann, wenn es um die Abberufung eines bestellten Pflichtverteidigers geht.

Die Strafprozessordnung nennt – bis auf das Verbot der Mehrfachverteidigung nach § 146 StPO – keine objektiven Auswahlkriterien. § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO gibt dem Betroffenen ein Mitspracherecht, der vor Beordnung anzuhören ist. Darin liegt zugleich ein Auswahlrecht. Seiner Auswahl hat das Gericht zu entsprechen, wenn nicht wichtige Gründe gegen die Beordnung des ausgewählten Pflichtverteidigers sprechen (§ 142 Abs. 1 Satz 2 StPO). Mit dem Auswahlrecht des Beschuldigten sind Bedenken gegen die richterliche Beordnungsentscheidung, die darauf gründeten, dass diese weitgehend intransparent war, weitgehend ausgeräumt. Hinsichtlich der wichtigen Gründe nach § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO hat sich eine Kasuistik in der Rechtsprechung entwickelt, die als bekannt vorausgesetzt werden kann<sup>3</sup>. Unter diesen ist fragwürdig, ob nur derjenige beigeordnet werden kann, der die erforderlichen Spezialkenntnisse aufweist<sup>4</sup> oder sonst die Gewähr für »sachgerechte Verteidigung« bietet<sup>5</sup>. Diese beiden Beispiele drängen danach, das Anforderungsprofil gesetzlich zu umschreiben. Es ist schon fraglich, ob Fachanwälte für Strafrecht im Verhältnis zu »gewöhnlichen Rechtsanwälten« immer die Gewähr für »sachgerechte Verteidigung« bieten. Welche Spezialkenntnisse sind in welchem Verfahren erforderlich? Wie, wer immer die Beordnung anordnet, sollen die Spezialkenntnisse oder die Eignung zur »sachgerechten Verteidigung« in Erfahrung gebracht werden? Und im Übrigen: Möchten die betroffenen Rechtsanwälte überhaupt, dass sie einer »Fach«- oder Eignungsprüfung unterzogen werden?

Die Frage nach den fehlenden Kriterien für die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger verschärft sich, wenn es um die Frage nach der Abberufung eines beigeordneten Verteidigers geht. Die Abberufungsgründe ergeben sich de lege lata aus §§ 143; 145; 146 StPO. Erweist es sich insbesondere während einer andauernden, längeren Hauptverhandlung, dass der Pflichtverteidiger den Anforderungen

<sup>3</sup> vgl. Meyer-Goßner/Schmitt StPO 61. Aufl. Rn. 13, 13a

<sup>4</sup> Schleswig StV 1987 478/479

<sup>5</sup> KG JR 1987 524

einer (sachgerechten) Verteidigung nicht gewachsen ist und/oder der Angeklagte dies geltend macht, drängt sich ein Handlungsbedarf auf. Er wird im Zweifel und schon deshalb zur Beiordnung eines weiteren Pflichtverteidigers führen, um eine Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 145 Abs. 1 Satz 2; Abs. 3 StPO<sup>6</sup> zu vermeiden, wenn sich der neue hinzutretende Pflichtverteidiger auf eine Fortsetzung der Hauptverhandlung einlässt. Er wird es im Zweifel nur tun, wenn das Gericht ihm eine (weitere) Verfahrensgestaltung zusichert, die ihm die Einarbeitung in den Prozessstoff erlaubt. Die Frage, ob ein Angeklagter durch den beigeordneten Pflichtverteidiger überhaupt ›verteidigt‹ ist, vermögen nur diejenigen zu beantworten, die an der Hauptverhandlung teilnehmen. Stellen außerhalb des erkennenden Gerichts sind dazu nicht in der Lage oder müssten erst durch aufwändigen Informationsaustausch in eine solche Lage versetzt werden. In der Sache selbst sind denkbare Fälle einer Abberufung eines versagenden Pflichtverteidigers die absolute Ausnahme, und das ist gut so. Verteidigung findet sichtbar zwar im Gerichtssaal statt, erschöpft sich darin aber nicht. Mindestens genauso wichtig sind die Beratungsgespräche zwischen Verteidiger und Angeklagtem. Kein Richter wird es darauf anlegen, bei der Beurteilung der Verteidigung als ›sachgerecht‹ oder ›sachfremd‹ in dieses Vertrauensverhältnis einzudringen. Hält sich der Angeklagte für nicht ›verteidigt‹ oder sieht er das Vertrauensverhältnis zu seinem Pflichtverteidiger als »gestört« an, kommt er nicht umhin, entsprechende Tatsachen dem Gericht zu unterbreiten. Insgesamt gilt auch hier, dass wie bei den Bestellungskriterien ein Handlungsbedarf nicht besteht. Die Rechtsanwälte müssen sich auch hier fragen lassen, ob sie einen gesetzlich normierten Katalog von Abberufungsgründen über die bisher geregelten Konstellationen hinaus wirklich wollen.

6 § 229 StPO regelt die Unterbrechung einer Hauptverhandlung, nimmt aber weder auf die Erkrankung des Pflichtverteidigers noch auf den Verteidigerwechsel keinen Bedacht. Eine entsprechende Anwendung von § 229 Abs. 3 StPO auf diese Fallkonstellationen kommt nicht in Betracht (Meyer-Goßner/Schmitt StPO 61. Aufl. § 229 Rdn. 6a).

## 2. Die Kernfrage: Legen wir Hand an die Untersuchungs-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsätze

Blickt man auf das Ausland oder werden Kollegen aus fremden Rechtskulturen angesprochen, nimmt es sie Wunder, wenn an Hand von Begriffen wie »Konfliktverteidigung« oder wie »gestörten Hauptverhandlungen« Deutsche über Strafverfahren reden, die Jahre dauern. Es bedarf eines erheblichen Erklärungsaufwands, um zu verdeutlichen, was in deutschen Gerichtssälen vor sich geht. Die Dispositionsbefugnis etwa niederländischer Staatsanwälte ist im Ermittlungsverfahren ungleich größer als die der deutschen Kollegen. Anklagen in England und Wales werden von der Polizei erhoben. Staatsanwälte sind dort nicht die Regel. Englische Barrister können durchaus auch in die Rolle der Staatsanwälte schlüpfen und bei Gericht Anklagevertreter sein. In Frankreich sind die Hauptverhandlungen von mehr Schriftlichkeit gekennzeichnet. Richter in England und Wales sehen ihre Bestimmung eher darin, unter Beachtung von Beweisregeln die Fairness des Verfahrens zu garantieren. Im Übrigen sind – wie auch in den USA – die »Parteien« des Verfahrens weitgehend frei, über den jeweiligen Prozessgegenstand und ihre Beweismittel zu disponieren. Die Disposition ist der Willkür der Verfahrensparteien nicht überlassen. Sie sind prozessual oder berufsrechtlich angehalten, rechtzeitig vor Beginn von Hauptverhandlungsplanungen ihre Beweismittel zu präsentieren und dadurch auch ihre Verteidigungsstrategien offen zu legen. Die Beispiele lassen sich vermehren. In keinem mir bekannten Land kommt es zu Frontstellungen, wie wir sie in Deutschland durchaus sehen, zwar nicht als Regel, aber in bestimmten Verfahrensarten häufiger.

Die ›Richterlastigkeit‹ deutscher Strafverfahren folgt aus wenigen prozessrechtlichen Grundsätzen, nämlich der Amtsermittlungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO sowie dem Unmittelbarkeits- und dem Mündlichkeitsgrundsatz nach § 250 StPO. Die Unmittelbarkeit und die Mündlichkeit stehen in engem Zusammenhang mit der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, die Amtsermittlungspflicht kann ohne den Legalitätsgrundsatz kaum gedacht werden. Wenn über Verbesserungen im Verhältnis von Gericht und Verteidigung gesprochen wird, sollten diese Grundsätze einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

Die Amtsermittlungspflicht hängt der Idee der Wahrheitsfindung an. Es ist fast Häresie, insoweit Änderungen zu wünschen, auch wenn alle in Strafverfahren Erfahrene zu wissen glauben, dass Strafurteile nach Ausschöpfung der prozessualen Erkenntnisquellen nur Sachverhalte feststellen. Wie »wahr« diese Sachverhalte sind, ist dann schon fast eine philosophische oder theologische Frage. Einschränkungen oder Änderungen der Amtsermittlungspflicht münden in einer Stärkung der Verfügungsgewalt der Verfahrensbeteiligten über den Prozessgegenstand und die Beweismittel. Dem hochkomplexen Beweisanspruchsrecht der deutschen Strafprozessordnung wird damit weitgehend der Boden entzogen, die revisionsrechtlich erheblichen Fehlerquellen schwinden. Änderungen am Inquisitionsgrundsatz mit der Richtungsänderung zu mehr parteiischer Disposition verlangten zudem nach mehr Zwang zur Transparenz, und zwar auf allen Seiten der Verfahrensbeteiligten. Ob Rechtsanwälte diese Transparenz wollen, die sie zwänge, in einem frühen Stadium nach Anklageerhebung ihre Verteidigungsstrategie offen zu legen, ist mir fragwürdig. Reizvoll daran ist unter anderem, dass hierdurch auch klar gestellt wäre, welche Tatsachen aus Verteidigersicht überhaupt beweisbedürftig und welche sozusagen »unstreitig« sind. Der Schritt weg von der Amtsermittlung, der nach beinahe eineinhalb Jahrhunderten der Geltung der Strafprozessordnung den Strafprozess völlig veränderte, sollte wohl überlegt werden. Wollen wir einen Richter, der nur noch über die Zulässigkeit von Parteibeweisen entscheidet, im Übrigen aber dem Verfahrensgeschehen schweigend beiwohnt? Verfahren dieser Art haben die Schwäche der Disparität der Mittel. Auch dessen möge man sich bewusst sein. Staatsanwälte verfügen über den Polizeiapparat, Rechtsanwälte sind oft nur Einzelkämpfer. Rechtspolitisch halte ich es für ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber diese Axt an die Wurzel des Strafverfahrens legt.

Mündlichkeit und Unmittelbarkeit lassen eher Änderungen zu. Vor dem Hintergrund der Regelungen nach §§ 249 Abs. 2; 256 StPO oder nach § 251 StPO gelten beide Grundsätze schon de lege lata nicht mehr uneingeschränkt. Es wäre eine Erleichterung in der Hauptverhandlung, wenn das Erklärungs- und Antragswesen stärker verschriftlicht wird. Mit § 26 Abs. 1 Satz 2 StPO ist ein erster Schritt in diese Richtung getan. Das Verfahren ist mit stärkerer Schriftlichkeit

notgedrungen weniger ›öffentlich‹. Auch wenn dadurch die Verteidiger ein Darstellungsforum verlieren, ist die Verschriftlichung nicht weniger rechtsstaatlich. Zum Rechtsstaat gehört es jedenfalls nicht, über Stunden die ›Befangenheitssünden‹ des Gerichts herunter zu beten, um zum Beispiel in politischen Verfahren etwaigen Sympathisanten im Gerichtssaal zu demonstrieren, wie engagiert der Ablehnende verteidigt ist. Die geringere ›Verfahrensöffentlichkeit‹ ist hinnehmbar, weil das Gericht die schriftlich gestellten Anträge verbescheiden muss und sich aus den Beschlussgründen zu ergeben hat, was das Petikum der Antragsteller war. Ein befürchteter Bedeutungsverlust der Erklärungsrechte nach § 257 StPO wird durch größere zeitliche Effizienz ausgeglichen. Denn auch im Gewande solcher Erklärungen wird zeitaufwändig versucht darzustellen, dass und wie ein Gericht insbesondere bei Straftaten mit politischem Hintergrund durch die erhobenen Beweise auf einen Schuldspruch ›hinarbeitet‹. Das Beweisantragsrecht enthält die Kronjuwelen der Verteidigung. Ein Verteidiger unter dem derzeit geltenden Regime des Amtsermittlungsgrundsatzes hat auch kaum andere Möglichkeiten, auf ein Beweisergebnis in seinem Sinne hinzuarbeiten und sich zugleich die Option revisionsrechtlicher Rügen in der nächsten Instanz zu schaffen. Weitere Verschärfungen der Ablehnungsgründe bergen die Gefahr der ›Verkümmerng‹ dieser Kronjuwelen. Solche Verschärfungen kratzen an der Fairness des Verfahrens deutschen Zuschnitts. Indessen bleiben die Antragsrechte unbeschadet, wenn die Verteidiger zur Antragsbegründung auf die Schriftform verwiesen werden. Die Begründungen zu Beweisanträgen enthalten nicht nur zusammenfassende Würdigungen des bisherigen Beweisergebnisses, sondern zudem auch zeitaufwändig zu verlesende Wiedergaben von Akteninhalten.

Auf den Verlust des öffentlichen Verfahrensforums habe ich schon hingewiesen. Wenn der Zusammenhang von mehr Schriftlichkeit und Öffentlichkeit angesprochen wird, darf der Blick auf die Wirklichkeit in Gerichtssälen, in welchen über Monate hin Umfungsverfahren gestaltet werden, nicht verstellt werden. In der Regel sind nach dem Beginn der Hauptverhandlung die Zuschauerbänke und die Sitze der Medienvertreter leer. Sie füllen sich frühestens wieder, wenn die Schlussvorträge anstehen oder das Urteil verkündet wird. Bei mehr Schriftlichkeit von Anträgen/Erklärungen wird in Hinsicht



auf Gerichte mit Beteiligung von Laienrichtern gerne die Befürchtung geäußert, dass es bei ihnen zu laienrichterlichen Informationsdefiziten kommt. Beweisanträge müssen indessen vom Gericht unter Einschluss der Schöffen verbeschieden werden. Das können sie aber nur bei gleichem Informationsstand. Erklärungen nach § 257 StPO müssen nicht verbeschieden werden. Zwar ist es kaum vorstellbar, dass Spruchkörper gegenüber ihren Laienrichtern schriftlich abgefasste Erklärungen zurückhalten. In Anlehnung an § 249 Abs. 2 StPO kann aber gewährleistet werden, dass die Schöffen vor Schluss der Beweisaufnahme die schriftlichen Erklärungen zu Beweiserhebungen zur Kenntnis erhalten haben.

## V. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Wesentliche Punkte im Beziehungsgeflecht zwischen Richtern und Verteidigern sind angesprochen. Ein Vollständigkeitsanspruch wird schon nicht erhoben. Zusammenfassend meine ich sagen zu können, es mangelt über weite Strecken am Diskurs, insbesondere auch außerhalb konkreter Strafverfahren. Diese Feststellung möge als Appell an beide Seiten gesehen werden. Bei Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen, die das Beziehungsgeflecht prägen, ist eher Skepsis angesagt. Große Würfe verlangen Nachhaltigkeit im Denken über die Legislaturperioden hinaus. Das ist – leider – nicht Trend der Zeit. Die rechtspolitische Handlungsbilanz, die sowie so niemand durchschaut, sieht doch ganz gut aus, selbst wenn immer nur nach Vorgabe europarechtlicher Richtlinien an einzelnen Schrauben gedreht wird.



PD Dr. Daniel Effer-Uhe  
Dipl.-Psych. Alica Mohnert, Mag. iur., LL.M. (CUPL)

# URTEILSHEURISTIKEN, URTEILSVERZERRUNGEN UND URTEILSFEHLER<sup>1</sup>

## I. EINLEITUNG

In der Theorie ist das Strafverfahren getragen von Rationalität. Die Praxis zeigt allerdings, dass das längst nicht immer zutrifft, gelegentlich zugunsten des Angeklagten, oftmals zu seinen Lasten. Die folgenden Ausführungen sollen etwas Ordnung in das Dickicht der verschiedenen Urteilsverzerrungen bringen, die im Strafverfahren von Bedeutung sind. (Soweit im Folgenden von Urteilen im Allgemeinen und nicht von richterlichen Urteilen oder Strafurteilen im Besonderen die Rede ist, ist damit nicht das Urteil im Sinne der gerichtlichen Entscheidung gemeint, sondern das Urteil im psychologischen Sinne: eine deskriptive Aussage über wahrgenommene oder erschlossene kognitive Sachverhalte, also in Abgrenzung zu wertenden Entscheidungen.) Vielen Juristen fehlen tiefgreifende psychologische Kenntnisse, obwohl sie – wie im Folgenden exemplarisch anhand von Urteilsheuristiken dargelegt wird – die juristische Tätigkeit tiefgreifend beeinflussen. Einschlägige Lehrveranstaltungen, wie sie z.B. von den Verfassern dieses Beitrags an den Universitäten Frankfurt/Main, Köln, Leipzig und Düsseldorf bereits als Grundlagen-, Schlüsselqualifikations- oder Schwerpunktbereichsveranstaltungen angeboten wurden, stellen im universitären Curriculum eine Ausnahme dar, und auch die Referendarausbildung geht in den meisten Bundesländern – wenn überhaupt – nicht über wenige Grundlagen zur Zeugenvernehmung

<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen basieren in wesentlichen Teilen auf dem von den Autoren dieses Beitrags im Februar 2019 bei Nomos erschienenen Lehrbuch ›Psychologie für Juristen‹. Einige Abschnitte sind – mit freundlicher Genehmigung des Verlags – wörtlich aus dem Lehrbuch übernommen.

und Beweiswürdigung hinaus. Unter Strafverteidigern scheinen entsprechende Grundkenntnisse nach unserem Eindruck zumindest etwas verbreiteter zu sein, zumal sie in manchen Praktikerwerken<sup>2</sup> berücksichtigt werden – auf dieses Fundament lohnt es sich aufzubauen und die entsprechenden Kenntnisse zu vertiefen.

## II. WAS SIND URTEILSHEURISTIKEN?

Tagtäglich im ganz normalen Alltag stellt sich die Herausforderung, zu kognitiven Urteilen zu gelangen. Um ein solches kognitives Urteil schnell und hinreichend genau fällen zu können, bedienen sich Menschen häufig sogenannter Urteilsheuristiken, einfacher Faustregeln, die komplexe Entscheidungen vereinfachen.<sup>3</sup> Diese ›mentalen Abkürzungen‹ sind effizient und kommen ohne vollständige Information und Informationsauswertung aus, sind dabei jedoch auch verzerrungs- und fehleranfällig.<sup>4</sup> Aufgrund ihrer umfassenden und fundamentalen Natur können sich Urteilsheuristiken auch auf Urteile im Sinne einer juristischen Entscheidung wie beispielsweise auf ein Strafurteil auswirken. Wer Urteilsheuristiken kennt und versteht, kann einige Fehlertypen vermeiden.<sup>5</sup>

## III. BEDEUTUNG DER REIHENFOLGE VON INFORMATIONEN: VERFÜGBARKEITSHURISTIK, BESTÄTIGUNGSFEHLER, KOGNITIVE DISSONANZ

### 1. Verfügbarkeitsheuristik

Viele Urteilsheuristiken basieren auf der Reihenfolge, in der Informationen dargeboten werden. Zunächst die Verfügbarkeitsheuristik; unter ihr versteht man, dass wir unsere Urteile bevorzugt auf Informationen gründen, die im Gedächtnis leicht verfügbar sind, d.h. an die wir uns mühelos erinnern, beispielsweise auf Sachverhalte, mit

<sup>2</sup> Positiv z.B. *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016.

<sup>3</sup> *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 2.

<sup>4</sup> *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 74 f.

<sup>5</sup> *Gerrig*, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 368.

denen wir kurz zuvor konfrontiert wurden.<sup>6</sup> Ereignisse, bei denen es leicht fällt, sich an ähnliche Ereignisse zu erinnern, werden intuitiv als wahrscheinlicher eingeschätzt als Ereignisse, bei denen das schwerer fällt.<sup>7</sup> Diese Heuristik führt in der Regel zu brauchbaren Ergebnissen, denn an häufige Ereignisse kann man sich üblicherweise auch besser erinnern, sie sind also leicht verfügbar.<sup>8</sup> Die Verfügbarkeitsheuristik führt allerdings zu Problemen, wenn durch die Gedächtnisprozesse eine verzerrte Informationsstichprobe zustande kommt oder die im Gedächtnis gespeicherte Information nicht korrekt ist.<sup>9</sup> So kann die Erinnerung an ein besonders anschauliches oder eindringliches Erlebnis leichter verfügbar sein, ebenso wie die an ein Ereignis, von dem man schon oft (oder erst wenige Sekunden zuvor) gehört hat.<sup>10</sup>

Zwar ist es naheliegend, dass typische Informationen gerade aufgrund ihrer Häufigkeit besonders leicht kognitiv verfügbar sind. Nichtsdestotrotz können aber auch atypische Informationen einer Person zum relevanten Zeitpunkt sehr präsent sein, z. B. weil sie diese Informationen unmittelbar zuvor aufgenommen hat. Das bedeutet, dass die Typizität nicht allein die Verfügbarkeit einer Information bestimmt. Dass man sich nicht immer zwingend an das am leichtesten erinnert, was typisch für das Gesamtbild ist, kann daher zu Fehlschlüssen führen.<sup>11</sup>

Bei Gericht tritt eine Ausprägung der Verfügbarkeitsheuristik auf, die die Reihenfolge der in einer Akte abgelegten Blätter betrifft. Aus einer Liste gelernter Informationen sind die ersten (Primacy-Effekt) und die letzten (Recency-Effekt) gut abrufbar, weil diese besonders gut von anderen Informationen zu unterscheiden sind.<sup>12</sup> Das

6 Gerrig, *Psychologie*, 21. Aufl. 2018, S. 369; Aronson/Wilson/Akert, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl. 2014, S. 75; vgl. Tversky/Kahneman, Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability, in: *Cognitive Psychology* 5 (1973), S. 207, 211.

7 Pfister/Jungermann/Fischer, *Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung*, 4. Aufl. 2017, S. 137.

8 Pfister/Jungermann/Fischer, *Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung*, 4. Aufl. 2017, S. 137.

9 Gerrig/Zimbardo, *Psychologie*, 18. Aufl. 2008, S. 313.

10 Pfister/Jungermann/Fischer, *Die Psychologie der Entscheidung – Eine Einführung*, 4. Aufl. 2017, S. 137.

11 Aronson/Wilson/Akert, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl. 2014, S. 76.

12 Gerrig, *Psychologie*, 21. Aufl. 2018, S. 271 f.

bedeutet, dass die Informationen zum Sachverhalt auf den ersten und den letzten Blättern einer Akte für den Richter tendenziell mental leichter verfügbar sind und – ohne Gegensteuerung – die Gefahr besteht, dass sie dadurch stärker gewichtet werden. Dass sie juristisch bedeutsamer sind als Informationen, die sich irgendwo in der Mitte der Akte befinden und dementsprechend weniger präsent sind, ist damit aber naturgemäß nicht gesagt.

## 2. Bestätigungsfehler

Hat sich durch das Aktenstudium eine erste Ausgangshypothese aus den (möglicherweise bereits fehlerhaft gewichteten) Informationen gebildet, droht der Bestätigungsfehler (auch: Affirmation/Confirmation Bias<sup>13</sup>). Darunter versteht man den Effekt, dass Informationen, die für eine zumindest in Betracht gezogene oder gar für wahrscheinlich gehaltene Hypothese sprechen, besser wahrgenommen, stärker gewichtet und besser erinnert werden als Informationen, die den geprüften Hypothesen widersprechen.<sup>14</sup> Rein konfirmatorisches Hypothesentesten birgt so die Gefahr, dass sich ein bereits bestehender Verdacht selbst bestätigt.<sup>15</sup> Demgegenüber neigt man zu einer Abwertung von Informationen, wenn sie den Erwartungen, die man sich aufgrund früherer Informationen gebildet hat, widersprechen.<sup>16</sup> Hinweise werden z. B. dann als bedeutsamer eingestuft, wenn sie dem Bild entsprechen, das sich der Richter bereits aufgrund der Aktenlage gemacht hatte.<sup>17</sup>

13 Aussprache in IPA: /'bæɪəs/ (Singular) und /'bæɪəsz/ (Plural).

14 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 547; *Mendel u.a.*, Confirmation Bias: Why Psychiatrists Stick to Wrong Preliminary Diagnoses, in: *Psychological Medicine* 41 (2011), S. 2651.

15 *Steller*, Falsche Geständnisse bei Kapitaldelikten: Praxis – Der Fall Pascal, in: Müller (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 213, 217. In einer Untersuchung von *Mendel u.a.* (Confirmation Bias: Why Psychiatrists Stick to Wrong Preliminary Diagnoses, in: *Psychological Medicine* 41 (2011), S. 2651, 2655) änderten 73 % der Psychiater, die am Anfang einen falschen Verdacht geäußert hatten, ihre Diagnose, wenn sie falsifikatorisch testeten, aber nur 30 % der Psychiater, die konfirmatorisch testeten, schwenkten auf die zutreffende Diagnose um.

16 *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, in: Volbert/Steller (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 477, 480.

17 *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, in: Volbert/Steller (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 477, 480.

*Schweizer*<sup>18</sup> identifiziert drei mögliche Quellen für Bestätigungstendenzen, die das Urteil verzerren können:

1. von vornherein eine Präferenz für eher solche Informationsquellen, von denen man bestätigende Informationen erwartet,
2. Wahrnehmung mehrdeutiger Informationen konsequent als bestätigend sowie
3. Übergewichtung bestätigender Informationen gegenüber den sonstig aufgenommenen widersprechenden Informationen.

Insbesondere dann, wenn die vorhandenen Informationen mit mehreren Theorien vereinbar sind (beispielsweise die Aussagen der Zeugen sowohl mit der Sachverhaltskonstruktion der Staatsanwaltschaft als auch mit einer alternativen Sachverhaltserzählung der Verteidigung), besteht eine Tendenz, dass die Entscheidung zugunsten der Hypothese ausfällt, von der der Richter von Anfang an ausgegangen ist.<sup>19</sup> Diese Tendenz kann zwar durch die Beweislastverteilung – im Strafrecht also in *dubio pro reo* – abgemildert werden, bleibt aber problematisch.

### 3. Kognitive Dissonanz

Insbesondere dann, wenn eine Person ihrer Hypothese bereits stark zugeneigt ist, fallen Bestätigungstendenzen oft stärker aus – das lässt sich mit der Theorie der kognitiven Dissonanz erklären.<sup>20</sup> Darunter versteht man den Konfliktzustand, in dem sich eine Person befindet, nachdem sie eine Entscheidung getroffen, eine Handlung vorgenommen oder mit Informationen in Berührung gekommen ist, die in Widerspruch zu ihren Überzeugungen, Gefühlen und Werten steht.<sup>21</sup> Bei einem solchen Widerspruch erlebt die Person einen unangenehmen Zustand, da ihre Handlung oder ihr Zustand ihrem Selbstkonzept

18 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 550.

19 Vgl. *Koehler*, Explanation, Imagination, and Confidence in Judgment, in: *Psychological Bulletin* 110 (1991), S. 499, 510 f., 513.

20 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 558.

21 *Festinger*, A theory of cognitive dissonance, 1957, S. 3 ff.; *Gerrig/Zimbardo*, *Psychologie*, 18. Aufl. 2008, S. 649.

zuwiderläuft,<sup>22</sup> so dass sie die Dissonanz reduzieren möchte.<sup>23</sup>

Prinzipiell stehen zur Verringerung des Unwohlseins drei Möglichkeiten zur Verfügung:<sup>24</sup>

1. eine Änderung des Verhaltens oder der Einstellung zur Anpassung an die dissonante Kognition,
2. eine Änderung der dissonanten Kognition, um das Verhalten zu rechtfertigen bzw. an der Einstellung festhalten zu können oder
3. Hinzufügen neuer Kognitionen zwecks Rechtfertigung.

Für die meisten Menschen ist es am naheliegendsten, nachdem sie eine Handlung vorgenommen haben, die mit ihren eigenen Einstellungen in Widerspruch steht, ihr Verhalten zu rechtfertigen; das kann sowohl im Wege einer Einstellungsänderung als auch durch eine konsistente Kognition erfolgen.<sup>25</sup> Ein Beispiel für eine Änderung der Kognition lässt sich an starken Rauchern beobachten, die regelmäßig die Gefahren des Rauchens in ihrer Wahrnehmung verharmlosen.<sup>26</sup> Der Prozess der Dissonanzreduktion läuft weitgehend unbewusst ab.<sup>27</sup>

Hat sich ein Richter aufgrund einer ersten zum Thema präsentierten Information, die für ihn plausibel erscheint und nicht schon bestehenden Wertungen und Einstellungen widerspricht, eine Hypothese über das Geschehene zur Ausgangsbasis gemacht, begründet er nun seine Einstellung zum Sachverhalt darauf. Er ist nun geneigt, neue Informationen verzerrt wahrzunehmen, um diese Position zu bestätigen.<sup>28</sup> Dieses erste Bild ist allerdings dominiert von der Klage- bzw. Ankla-

22 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 181.

23 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 673; Wood, Attitude Change: Persuasion and Social Influence, in: Annual Review of Psychology 51 (2000), S. 539, 546 f.

24 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 181.

25 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 673; Festinger/Carlsmith, Cognitive Consequences of Forced Compliance, in: Journal of Abnormal and Social Psychology 58 (1959), S. 203, 209.

26 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 181; Gibbons/Eggleston/Benthin, Cognitive Reactions to Smoking Relapse: The Reciprocal Relation Between Dissonance and Self-Esteem, in: Journal of Personality and Social Psychology 72 (1997), S. 184, 187 ff.

27 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 183.

28 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 185 f.; Hart u.a., Feeling Validated Versus Being Correct: A Meta-Analysis of Selective Exposure to Information, in: Psychological Bulletin 135 (2009), S. 555, 579 ff.



geschrift, während Alternativhypothesen sich als eher fernliegend darstellen.<sup>29</sup> Richter bilden sich schon vor der Verhandlung eine erste Auffassung zum Rechtsstreit. Diese Auffassung dann ins Wanken zu bringen, ist schwer, weil z. B. Zeugenaussagen im Licht der vorgefassten Meinung verzerrt werden. Informationen, die mit der ersten Hypothese nicht in Einklang stehen, werden tendenziell abgewertet, bestätigende Informationen aufgewertet. Denn gute Argumente gegen die eigene Ansicht erzeugen Dissonanz, weswegen sie weniger stark erinnert werden; dasselbe gilt im Übrigen auch für unsinnige Argumente *für* die eigene Position.<sup>30</sup> Problematisch ist insofern insbesondere die Vorbefassung des erstinstanzlichen Strafrichters durch den Eröffnungsbeschluss, der zur Folge hat, dass der Richter, der ihn erlassen hat, automatisch eine erste Auffassung zugunsten der Strafbarkeit und zugunsten des tatsächlichen Vorliegens des angeklagten Sachverhalts hat. Schon die Präsentation der Ermittlungsakte, die ja – gerade auf den vorderen Blättern – meist durch Informationen mit Belastungstendenz geprägt ist, hat einen großen Einfluss auf den ersten Eindruck des Richters. Um dagegen anzukämpfen, ist es Aufgabe des Verteidigers, schon in einem möglichst frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens tätig zu werden und alternative Erklärungen aktenkundig zu machen.

Wenn bei der Beweisaufnahme in der strafrechtlichen Hauptverhandlung zunächst das staatsanwaltliche Beweisprogramm abgearbeitet wird (beispielsweise als erster Zeuge der die Ermittlungen führende Polizeibeamte vernommen wird), kommt es zu einer weiteren Verfestigung des ersten Bildes, das ja ohnehin von der Darstellung der Anklagebehörde maßgeblich beeinflusst ist. Aufgrund der kognitiven Dissonanz wird es dann schwer für den Verteidiger, mit Gegenbeweismitteln durchzudringen.<sup>31</sup>

Für den Richter, der eine solche Verzerrung verringern will, empfiehlt es sich, schon in einem frühen Verfahrensstadium auch entlastende Beweise zu erheben. Der Effekt kann zusätzlich reduziert werden, wenn der Verteidiger möglichst frühzeitig Zweifel weckt, beispielsweise

29 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 259 Rn. 367 f.

30 *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 185; *Hart u.a.*, Feeling Validated Versus Being Correct: A Meta-Analysis of Selective Exposure to Information, in: *Psychological Bulletin* 135 (2009), S. 555, 556 f.

31 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 187 Rn. 115; S. 259 Rn. 367 f.

Zweifel schon im Ermittlungsverfahren aktenkundig macht und seine »Geschichte« vom Tatablauf in die Akten bringt, so dass der Richter sie schon im Rahmen der Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses zur Kenntnis nimmt.<sup>32</sup> Das Plädoyer selbst kommt dagegen regelmäßig zu spät, um noch einen nennenswerten Einfluss auf die Überzeugungsbildung zu haben.<sup>33</sup> Überdies genügt es für einen Verteidiger nicht, Zweifel an der Version der Staatsanwaltschaft zu säen, vielmehr ist es Aufgabe der Verteidigung, plausible Alternativgeschichten einzubringen.<sup>34</sup> Denn nach dem empirisch zumindest für englische Geschworenenentscheidungen belegten »story-model« versuchen Entscheider, eine möglichst plausible Geschichte des Falls zu konstruieren, und wählen regelmäßig die Entscheidungsalternative, die am besten zur plausibelsten Geschichte passt.<sup>35</sup> Die Alternativgeschichte kann sich sowohl auf einzelne Sachverhaltselemente als auch global auf den kompletten Sachverhalt beziehen; die globale Geschichte birgt aber die Gefahr, dass die Widerlegung dieser Version beim Richter zur Akzeptanz der gegnerischen Version als einzig verbliebener Alternativgeschichte führt.<sup>36</sup> Als Richter wiederum sollte man sich immer deutlich vor Augen halten, dass die Ablehnung einer Version nicht automatisch dazu führen kann, die gegnerische Version zu bejahen. Generell besteht die Gefahr, dass eine stimmige Geschichte einer schlecht strukturierten Geschichte vorgezogen wird, auch wenn die Beweismittel eher für die schlechter strukturierte Geschichte sprechen.<sup>37</sup>

32 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 260 Rn. 369.

33 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 261 Rn. 375.

34 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 262 f. Rn. 381, 384.

35 *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 477, 482; *Pennington/Hastie*, Practical Implications of Psychological Research on Juror and Jury Decision Making, in: *Personality and Social Psychology Bulletin* 16 (1990), S. 90, 94 f. Vgl. zu derartigen Modellen im Hinblick auf die Beweiswürdigung *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 2015, S. 273 ff.

36 *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, S. 263 Rn. 386.

37 *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, 2015, S. 274.

#### IV. ANKEREFFEKT

Der Ankereffekt kommt dann zum Tragen, wenn ein numerisches Urteil getroffen werden soll, ohne dass von vornherein ein »richtiges« Ergebnis ersichtlich wäre, das Urteil also unter ungewissen Umständen gefällt wird. Unter solchen Umständen neigen Menschen dazu, sich in ihrem Urteil an einem vorgegebenen Vergleichswert (»Anker«) – also einer Zahlenvorgabe – zu orientieren.<sup>38</sup> Wenn man einen Wert anhand eines Ausgangswerts abschätzt, dient dieser Ausgangswert als Anker und wird regelmäßig unzureichend angepasst.<sup>39</sup> Der Effekt erklärt sich am einfachsten an einem Beispiel: Stellt man einer Gruppe von Probanden die Frage, ob nach ihrer Meinung die Stadt Frankfurt am Main mehr oder weniger als 2,5 Mio. Einwohner (hoher Anker) hat,<sup>40</sup> werden die meisten angeben, die Einwohnerzahl sei geringer. Fragt man eine andere Gruppe, ob nach ihrer Meinung die Stadt Frankfurt am Main mehr oder weniger als 100.000 Einwohner (niedriger Anker) hat, werden die meisten die Einwohnerzahl für höher halten. Fragt man, nachdem man in den beiden Gruppen zunächst durch diese erste Frage einen Ankerwert gesetzt hat, konkret, wie viele Einwohner Frankfurt denn tatsächlich habe, lässt also frei schätzen, wird die Gruppe mit dem hohen Anker signifikant höher schätzen als die Gruppe mit dem niedrigen Anker.

Selbst wenn die Information offensichtlich keinen oder nur geringen Wert hat, besteht die Neigung, sich von einem Anker beeinflussen zu lassen. Beispielsweise sollten Probanden in einem Experiment von *Wilson* und Kollegen die Anzahl der Ärzte in der Stadt schätzen, nachdem sie eine vierstellige Identifikationsnummer zwischen 1928 und 1935 auf ihren Fragebogen übertragen hatten und sie gewarnt worden waren, dass die Identifikationsnummer die Schätzung beeinflussen könnte. Das durchschnittliche Ergebnis der Schätzung waren 539 Ärzte, während die Kontrollgruppe der Probanden, die keine

38 *Englich*, Urteileinflüsse vor Gericht, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 486, 489.

39 *Gerrig*, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 372.

40 Tatsächlich hat Frankfurt übrigens etwas mehr als 700.000 Einwohner – aber darauf kommt es für den Effekt gar nicht an.

Identifikationsnummer zu übertragen hatten, durchschnittlich eine Ärzteanzahl von gerade einmal 219 Ärzten schätzte.<sup>41</sup>

Gerade die Festlegung eines Strafmaßes im Strafprozess ist von einem hohen Maß an Ungewissheit geprägt. Das ist natürlich nicht in jedem Strafprozess so: Wenn beim Strafrichter am Amtsgericht die Verurteilung eines Ersttätlers wegen Trunkenheit im Verkehr ansteht, hat der Richter eine ziemlich genaue Vorstellung davon, welche Strafe es für dieses Delikt bei ihm üblicherweise gibt. Das kann zwar im Einzelfall durchaus um zehn oder auch einmal zwanzig Tagessätze schwanken, die Schwankungsbreite ist jedoch sehr überschaubar. Anders ist es bei Straftaten mit sehr individueller Prägung: Wenn das Schwurgericht über einen Totschlag im minder schweren Fall durch einen vermindert Schuldfähigen unter Drogeneinfluss, der vom Opfer hartnäckig auf das Übelste provoziert wurde, zu entscheiden hat, dann wird die auszurteilende Strafe von vornherein sehr viel weniger gewiss sein. Die Festlegung der »angemessenen Strafe« kann daher in einem solchen Fall starker Ungewissheit sehr vom Ankereffekt beeinflusst werden. Einen effektiven Anker kann beispielsweise der Hinweis auf eine milde Beurteilung in einem vergleichbaren Fall setzen.

Beeindruckende Evidenz für die Bedeutung des Ankers für das Strafmaß liefern Experimente, in denen erfahrenen Richtern und Staatsanwälten eine fiktive Sexualstraftat anhand von Aktenauszügen vorgelegt wurde, die sich nur im Strafantrag der Staatsanwaltschaft unterschieden. Hatte die Staatsanwaltschaft zwei Monate Freiheitsstrafe gefordert, war das von den Probanden empfohlene Strafmaß im Durchschnitt um acht bis zehn Monate niedriger, als wenn der Strafantrag auf 34 Monate lautete; lagen die Anträge weniger weit auseinander, reduzierte sich auch der Unterschied im empfohlenen Strafmaß.<sup>42</sup>

Auch Ereignisse, die mit der Sache offensichtlich nichts zu tun haben, können als Anker das Urteil beeinflussen. So zeitigten beispielsweise von den Probanden selbst erworfene staatsanwaltliche

41 *Wilson* u. a., A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and Its Antecedents, in: *Journal of Experimental Psychology: General* 125 (1996), S. 387, 398.

42 *Englich/Mussweiler*, Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom, in: *Journal of Applied Social Psychology* 31 (2001), S. 1535, 1540 ff.

Strafforderungen oder parteiische Zwischenrufe während der Verhandlung deutliche Ankereffekte für die Strafzumessung.<sup>43</sup>

Den Ankereffekt kann sich der Strafverteidiger in der Praxis nutzbar machen, indem er eine eigene Vorstellung über das Strafmaß zu einem möglichst frühen Zeitpunkt in das Verfahren einbringt. Das Plädoyer ist dafür möglicherweise der falsche Zeitpunkt, da dann spätestens der zuerst plädierende Staatsanwalt bereits einen Anker gesetzt hat, der dann die Strafmaßfestsetzung dominieren kann.<sup>44</sup> Tatsächlich gibt es Untersuchungen, nach denen es sogar so ist, dass das vom Ankläger geforderte Strafmaß einen effektiven Anker für die Gegenforderung der Verteidigung setzt.<sup>45</sup> Es sollte also das Bestreben der Verteidigung – jedenfalls, wenn ihre Prozesstaktik nicht auf einen Freispruch ausgerichtet ist, sondern eine Strafmaßverteidigung beabsichtigt ist –, dahin gehen, zu einem frühen Zeitpunkt ein niedriges Strafmaß in den Raum zu stellen. Eine Gelegenheit dafür könnte ein Rechtsgespräch zwischen Richter, Staatsanwaltschaft und Verteidigung sein, das mit dem Ziel geführt wird, einen Deal auszuhandeln. Eine völlig unrealistische Strafmaßvorstellung erscheint allerdings nicht empfehlenswert; seine Aufgabe als Anker kann zwar durchaus auch ein unrealistischer Anker erfüllen.<sup>46</sup> Allerdings könnte eine völlig unrealistische Strafmaßforderung die Gefahr für den Verteidiger bergen, vom Richter in der Folge nicht mehr ausreichend ernstgenommen zu werden.

Die Frage, wie genau sich der Ankereffekt bei der Strafzumessung auswirkt, ist allerdings nicht annähernd so gut untersucht, wie es wünschenswert wäre. Immerhin besteht ja die Besonderheit, dass im Strafprozess sowohl der Staatsanwalt als auch der Verteidiger einen Anker setzt. Oft wird angenommen, dass der erste Anker hier die stärkere Wirkung habe, da der Richter schon über diesen Anker

43 *English/Mussweiler/Strack*, Playing Dice with Criminal Sentences – The Influence of irrelevant Anchors on Experts: Judicial Decision Making, in: *Personality and Social Psychology Bulletin* 32 (2006), S. 188, 191; *English*, »Geben Sie ihm doch einfach fünf Jahre!«, in: *Zeitschrift für Sozialpsychologie* 36 (2005), S. 215, 221 f.

44 Vgl. *Hupfeld-Heinemann/Oswald*, Richterliche Urteilsbildung: Strafsentscheid und Strafzumessung, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 477, 484.

45 *English*, Urteileinflüsse vor Gericht, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 486, 491.

46 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 194.

nachdenkt und sich seine Meinung bildet, bevor der zweite Anker gesetzt wird. Allerdings zeigen empirische Untersuchungen aus dem Zivilrecht zu Schmerzensgeldforderungen, dass sich bei mehreren Ankern der Effekt ungefähr mittig zwischen dem Effekt nur des hohen und dem Effekt nur des niedrigen Ankers einpendelt.<sup>47</sup> Demnach wäre es gut denkbar, dass die Reihenfolge der Plädoyers nicht zwingend ein Nachteil für den Angeklagten ist. Ein Nachteil kann sich zwar auch dann immer noch daraus ergeben, dass der erste Antrag als Anker auch den zweiten Antrag beeinflussen kann, dass also der Verteidiger auf eine sehr hohe Strafforderung des Staatsanwalts geneigt ist, seinen eigenen Antrag auch noch nach oben anzupassen. Allerdings dürften die meisten Verteidiger ihren Antrag in der Praxis regelmäßig bereits festlegen, bevor sie das staatsanwaltliche Plädoyer gehört haben. Wenn sie dann an diesem Antrag festhalten, auch wenn die staatsanwaltliche Strafmaßforderung überraschend hoch ausfällt, wäre das Problem, dass schon die Verteidigerforderung von der staatsanwaltlichen Forderung beeinflusst ist, umgangen. Generell wäre jedenfalls zu empfehlen, die Strafmaßforderung bereits vor dem Plädoyer der Gegenseite festzulegen und an ihr festzuhalten.

Solange noch kein Akteur seine Strafmaßforderung festgelegt hat, besteht dagegen noch Raum für den Ankereffekt. Das kann sich die Verteidigung zunutze machen, indem sie eine eigene Strafmaßforderung schon zu einem Zeitpunkt artikuliert, zu dem Richter und Staatsanwalt sich noch keine ernsthaften Gedanken über das Strafmaß gemacht haben. Gelingt es dem Verteidiger dann mit Hilfe des Ankereffekts, den Strafantrag der Staatsanwaltschaft nach unten zu ziehen, kann das die Wirkung des eigenen Antrags der Verteidigung auf den Richter zusätzlich verstärken. Vor diesem Hintergrund wäre sogar denkbar (wenn auch unkonventionell), schon im Ermittlungsverfahren eine Strafmaßvorstellung aktenkundig zu machen, sofern die bevorstehende Anklageerhebung sicher abzusehen ist und eine Strafmaßverteidigung angestrebt wird. So wäre sichergestellt, dass der Richter diese Strafmaßvorstellung schon in einem sehr frühen Zeitpunkt zu Gesicht bekommt, und auch der Sitzungsvertreter der

<sup>47</sup> Eine entsprechende - noch nicht publizierte - Untersuchung haben die Autoren dieses Beitrags vor Kurzem an hessischen Landgerichten durchgeführt.

Staatsanwaltschaft wird – jedenfalls in wichtigeren Verfahren, in denen die Handakte nicht nur aus dünnen Kopien ganz weniger Blätter besteht –, schon von diesem Anker beeinflusst.

Der Ankereffekt zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass er ausgesprochen robust ist. So führt erfahrungsgemäß die Kenntnis des Effekts kaum zu einer Abmilderung.<sup>48</sup> Immerhin gibt es Hinweise darauf, dass eine ganz gezielte Suche nach Gegengründen gegen einen besonders hohen oder besonders niedrigen Ankerwert den Effekt etwas verringern kann.<sup>49</sup>

## V. STATISTISCHE FEHLSCHLÜSSE IM STRAFVERFAHREN: PROSECUTOR'S FALLACY, DEFENCE ATTORNEY'S FALLACY, INVERSE FALLACY

### 1. Prosecutor's Fallacy

In universitären Lehrveranstaltungen stellen wir unseren Studenten regelmäßig folgenden Fall vor: Im März 2014 kommt es in San Francisco zu einem Mord, bei dem DNA-Spuren des Täters gefunden werden. 2016 wird in New York durch Zufall ein Mann ermittelt, dessen DNA-Profil mit den DNA-Spuren aus San Francisco übereinstimmt. Weitere Indizien dafür, dass der Mann aus New York die Tat in San Francisco begangen hat, bestehen nicht; ob er zur Tatzeit in San Francisco war, lässt sich nicht mehr feststellen. Ein von der Staatsanwaltschaft bestellter Sachverständiger stellt fest, dass das gefundene DNA-Profil nur bei einem von 10 Mio. Menschen vorkommt. Der Staatsanwalt fragt nach, wie hoch denn die Wahrscheinlichkeit ist, dass die ermittelte Person der Täter ist.

Die überwiegende Mehrzahl der Studenten kommt zu dem intuitiven (und falschen) Ergebnis, die Antwort müsse »10 Mio. zu 1« sein; auch die Teilnehmer des Strafverteidigertages, die im Rahmen unseres Vortrags diese Frage in einer Online-Umfrage beantworten sollten, schnitten nicht erheblich besser ab. Dass die Antwort nicht richtig sein kann, zeigt sich schon, wenn man sich überlegt, dass die USA etwa 322 Mio.

<sup>48</sup> *Englich*, Urteilseinflüsse vor Gericht, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 486, 489.

<sup>49</sup> *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 223.

Einwohner haben. Statistisch sollten also etwa 32 bis 33 Menschen allein in den USA das gesuchte DNA-Profil aufweisen – und die Möglichkeit, dass der Täter nicht aus den USA stammt, besteht ja auch noch.

Das Problem liegt schon in der Fragestellung: Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person der Täter ist, kann nicht anhand eines Indizes bestimmt werden. Vielmehr kann ein Indiz nur dazu führen, dass sich eine vorher gegebene A-priori-Wahrscheinlichkeit verändert. Der Staatsanwalt hätte also dem Sachverständigen eine Anfangswahrscheinlichkeit nennen müssen, damit seine Frage sinnvoll zu beantworten gewesen wäre. Also z. B. »Wenn 322 Mio. Menschen als mögliche Täter in Betracht kommen, wie hoch ist dann die Wahrscheinlichkeit, dass gerade die ermittelte Person der Täter ist?« Die richtige Antwort lautet dann »etwa 1:32« (oder »etwa 1:33«), nicht »etwa 10 Millionen:1«.

Der Fall ist ein typisches Beispiel für den sogenannten »Fehlschluss des Anklägers« (»Prosecutor's Fallacy«):<sup>50</sup> Wenn vom Täter einer Straftat bekannt ist, dass er bestimmte Merkmale hat, die in dieser Kombination nur bei einem sehr geringen Bevölkerungsanteil vorkommen, dann legt das für viele Menschen die Annahme nahe, dass ein Tatverdächtiger, der genau diese Merkmalskombination aufweist, schon aufgrund dieser Merkmale mit einer hohen Wahrscheinlichkeit schuldig ist.

## 2. Defence Attorney's Fallacy

Neben dem Fehlschluss des Anklägers, bei dem die Täterwahrscheinlichkeit systematisch überschätzt wird, gibt es auch den »Fehlschluss des Verteidigers« (»Defence Attorney's Fallacy«), bei dem umgekehrt die Täterwahrscheinlichkeit systematisch *unterschätzt* wird.<sup>51</sup> So könnte im gerade besprochenen Fall die Verteidigung auf die Idee kommen, dass das DNA-Profil nur zeige, dass der Verdächtige zu einer immer noch recht großen Gruppe von gut 30 Amerikanern gehört, so dass es also kein allzu belastendes Indiz sei. (Bei einer DNA-Spur kommt man intuitiv wohl eher nicht auf diese Idee, weil allgemein

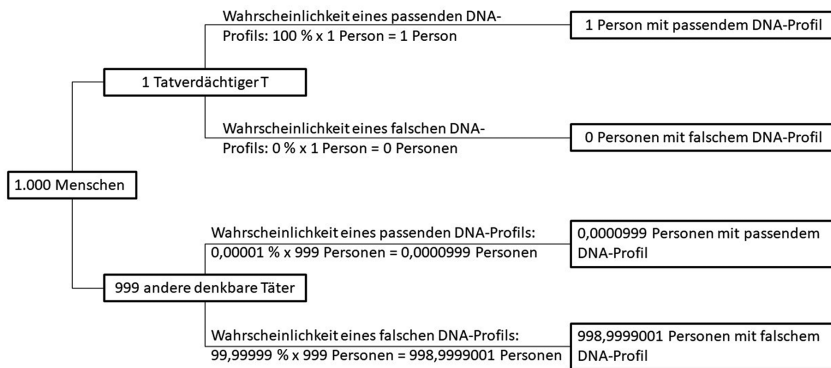
<sup>50</sup> Vgl. dazu *Thompson/Schumann*, in: *Law and Human Behaviour* 11 (1987), S. 167 ff., insbesondere S. 170 f.; *Balding/Donnelly*, in: *Nature* 368, S. 285 f.

<sup>51</sup> Vgl. *Hüttmann*, Übersicht über die häufigsten der für die richterliche Beweiswürdigung relevanten statistischen Fehlschlüsse, in: *GVRZ* 2018, S. 9, Gliederungspunkt II. 6.



bekannt ist, dass DNA-Übereinstimmungen mit Tatortspuren stark belastend sind, aber bei anderen Beweismitteln können sich parallele Überlegungen durchaus ernsthafter stellen.)

Tatsächlich begrenzt das Indiz die Zahl der Verdächtigen sehr stark, ohne dass der Angeklagte dadurch ausgeschlossen wird. Es handelt sich also um ein ziemlich stark belastendes Indiz. Es reicht aber für sich genommen nicht zu einer Verurteilung aus, wenn keine weiteren Anhaltspunkte vorliegen. Wenn die Anfangswahrscheinlichkeit 1:320 Mio. war, ist die Endwahrscheinlichkeit zwar immer noch 1:33. Schon das stellt aber eine extreme Verkleinerung des Verdächtigenkreises bzw. eine ganz extreme Erhöhung der Täterwahrscheinlichkeit um den Faktor 10 Mio. dar. Verdeutlichen wir uns das, indem wir den Tatort von New York auf ein Kreuzfahrtschiff verlegen, auf dem sich exakt 1.000 Personen befinden, von denen eine unser Mörder sein muss: Die Täterwahrscheinlichkeit für den Verdächtigen steigt durch die DNA-Übereinstimmung von 1:1.000 (0,1 %) auf 1:1,0000999 (ca. 99,99 %). Die Berechnung ist anhand des sogenannten Bayes-Theorems möglich, das aufgrund seiner auf den ersten Blick sperrigen Formel auf viele Juristen ungewohnt mathematisch wirkt.<sup>52</sup> Einfacher und weniger fehleranfällig kann man die Berechnung aber ohnehin anhand eines Häufigkeitsbaums angehen, der für das Kreuzfahrtschiff-Beispiel wie folgt aussehen könnte:



<sup>52</sup> Vgl. einführend dazu *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019, Rn. 84 ff.

Unter den 1.000 Menschen auf dem Kreuzfahrtschiff gibt es neben unserem Tatverdächtigen noch 999 andere denkbare Täter. Angesichts der Seltenheit der entsprechenden DNA-Merkmale ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich unter diesen Menschen noch eine weitere Person mit passendem DNA-Profil befindet, aber verschwindend gering: Im Durchschnitt sind das nur  $999 \text{ Personen} \times 1/10.000.000 = 0,0000999$  Personen – also praktisch niemand. Die Täterwahrscheinlichkeit unseres Passagiers lässt sich nun berechnen, indem man sich ansieht, wie hoch der Anteil des Tatverdächtigen unter allen hypothetischen Passagieren mit passendem DNA-Profil ist:  $1 : (1+0,0000999) \approx 99,99 \%$ <sup>53</sup>. (Das Ergebnis würde natürlich anders ausfallen, wenn sich unter den Passagieren z. B. ein eineiiger Zwilling unseres Tatverdächtigen befände.)

### 3. Inverse Fallacy

Ein anderer typischer Fehlschluss ist die sogenannte »Inverse Fallacy« (auch »umgekehrter Fehler« oder »Vertauschungsfehler«). Ihn begeht man, wenn man die Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte der Täter ist, *falls das gerade untersuchte Indiz vorliegt*, mit der Wahrscheinlichkeit verwechselt, dass das Indiz vorliegt, *wenn der Angeklagte der Täter ist*.<sup>54</sup> Das sei an einem Beispiel<sup>55</sup> verdeutlicht:

Der American-Football-Spieler O. J. Simpson stand im Verdacht, seine Frau umgebracht zu haben. Es stellte sich heraus, dass er sie in der Vergangenheit bereits mehrfach geschlagen hatte. Ein Berater der Verteidigung war der Auffassung, dass nur sehr wenige Männer, die ihre Frau schlagen, diese auch umbringen. Das Indiz, dass Simpson seine Frau geschlagen hatte, dürfe also nicht als belastend gewertet werden.

Trifft das zu? Das Argument lässt sich dahingehend umformulieren, dass es sehr selten sei, dass ein schlagender Mann seine Frau

<sup>53</sup> Hier wird die absolute Zahl, die sich am Ende des oberen (ersten) Astes des Häufigkeitsbaums ergibt, durch die Summe aller Passagiere mit passendem DNA-Profil geteilt (also durch die Summe aus dem ersten Ast – 1 Person – und dem dritten Ast – praktisch niemand, nämlich nur durchschnittlich 0,0000999 Personen). Ausführlicher dazu *Effer-Uhel Mohnert*, Psychologie für Juristen, 2019, Rn. 79 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Hüttmann*, Übersicht über die häufigsten der für die richterliche Beweiswürdigung relevanten statistischen Fehlschlüsse, in: GVRZ 2018, S. 9, Gliederungspunkt II. 4.

<sup>55</sup> Schilderung nach *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 412 ff.

auch umbringe, so dass »Umbringen« nicht repräsentativ oder typisch für »Schlagen« sei. Genau hier liegt die Vertauschung: Entscheidend ist nicht, ob Umbringen typisch für Schlagen ist, sondern ob Schlagen typisch für Umbringen ist!

Nehmen wir einmal an, dass jährlich eine von 10.000 Frauen *von irgendjemandem* umgebracht wird.<sup>56</sup> (Diese Zahlen sind frei erfunden und beruhen nicht auf deutschen Kriminalitätsstatistiken!) Nehmen wir weiter an, dass einer von 10.000 Männern, die ihre Frau schlagen, diese auch tötet. Was heißt das? Das heißt, wenn eine Frau, die von ihrem Mann geschlagen wurde, getötet wird, und wir uns vorstellen, dass sie zu einer Gruppe von 10.000 Frauen gehört hat, die von ihren Männern geschlagen wurden, würde statistisch in demselben Jahr noch etwa eine der restlichen 9.999 Frauen (von irgendjemandem!) umgebracht. Die Wahrscheinlichkeit, dass der konkrete schlagende Mann seine Frau umgebracht hätte, läge also bei Zugrundelegung der angenommenen Wahrscheinlichkeiten bei etwa 50 %.<sup>57</sup>

Die Frage, ob ein Indiz belastend oder entlastend wirkt, lässt sich anhand dreier Fragen beantworten:<sup>58</sup>

1. Wie häufig kommt das Indiz bei der Haupttatsache vor?
2. Wie häufig kommt das Indiz (auch) bei der Nicht-Haupttatsache vor?
3. Wo kommt das Indiz häufiger vor, bei der Gruppe »Haupttatsache« oder bei der Gruppe »Nicht-Haupttatsache«?

Übertragen auf den Simpson-Prozess bedeutet das:

1. Welcher Anteil der Ehefrauenmörder (Haupttatsache) hat zuvor seine Frau geschlagen?
2. Welcher Anteil der Ehemänner, die ihre Ehefrau nicht töten, schlägt seine Frau?

<sup>56</sup> Zum Folgenden *Gigerenzer*, *Ecological Intelligence – An Adaption for Frequencies*, in: *Delarosa Cummins/Allen* (Hrsg.), *The Evolution of Mind*, 1998, S. 9, 19 f.

<sup>57</sup> Möglicherweise liegt die Wahrscheinlichkeit doch zumindest etwas höher, denn die statistisch weitere getötete Frau könnte ja ebenfalls von einem schlagenden Ehemann umgebracht worden sein.

<sup>58</sup> *Bender/Nack/Treuer*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4. Aufl. 2014, Rn. 568; *Geipel*, *Handbuch der Beweiswürdigung*, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 50.

### 3. In welcher Gruppe schlägt ein größerer Anteil der Ehemänner seine Frauen, bei den Ehefrauenmördern oder bei den Nicht-Mördern?

Die ersten beiden Fragen lassen sich wohl nur schätzungsweise beantworten. Aber erst diese Schätzung ermöglicht die Beantwortung der letzten Frage, und erst daraus ergibt sich die Antwort auf die Frage, ob das Indiz belastend ist. Wenn z. B. 70 % der Ehefrauenmörder ihre Frau vorher geschlagen hätten, aber 5 % der Ehemänner, die ihre Frau nicht töten, wäre die Tatsache, dass Simpson seine Frau geschlagen hat, als belastendes Indiz zu werten. Das heißt: Zwar töten auch schlagende Männer ihre Frauen nur sehr selten. Aber nicht schlagende Männer töten ihre Frauen noch erheblich seltener, und genau deswegen kann die Tatsache, dass O. J. Simpson seine Frau geschlagen hatte, sehr wohl als belastendes Indiz betrachtet werden: Ermorden ist zwar nicht typisch für Schlagen, aber Schlagen ist typisch für Ermorden, und darauf kommt es an.

## VI. HINDSIGHT BIAS

Als Rückschaufehler (Hindsight Bias) bezeichnet man die Tatsache, dass das Wissen um den tatsächlichen Ausgang eines Geschehens ex post die Einschätzung seiner Vorhersehbarkeit ex ante verzerrt.<sup>59</sup> Menschen neigen dazu, systematisch zu überschätzen, inwieweit sie ein Ereignis hätten voraussehen können, nachdem sie erfahren haben, dass es eingetreten ist.<sup>60</sup> Diese Gefahr besteht regelmäßig in Gerichtsverfahren, weil das Gericht normalerweise vor der Aufgabe steht, einen Sachverhalt ex post zu würdigen – zu einem Zeitpunkt, zu dem seine Folgen bekannt sind.<sup>61</sup> Ein Bereich, der anfällig für Rückschaufehler ist, ist die nachträgliche Beurteilung von risikobehafteten Entscheidungen, beispielsweise unternehmerischen Entscheidungen in Kapitalgesell-

<sup>59</sup> *Goetzenjan/Oeberst*, Aus Schaden wird man klug? Die Bedeutung des Rückschaufehlers (Hindsight Bias) für die Strafrechtsanwendung, in: R&P 34 (2016), S. 27.

<sup>60</sup> *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 27; *Fischhoff*, An Early History of Hindsight Research, in: *Social Cognition* 25 (2007), S. 10, 11 f.; *Nestler/Blank/Egloff*, Hindsight ≠ Hindsight: Experimentally Induced Dissociations Between Hindsight Components, in: *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 36 (2010), S. 1399.

<sup>61</sup> *Goetzenjan/Oeberst*, Aus Schaden wird man klug? Die Bedeutung des Rückschaufehlers (Hindsight Bias) für die Strafrechtsanwendung, in: R&P 34 (2016), S. 27.

schaften: Von vornherein wohnt manchen Entscheidungen ein gewisses Risiko inne, und wenn sich dieses Risiko dann realisiert hat, steht im Nachhinein schnell der Vorwurf im Raum, das Risiko sei unterschätzt worden. Aber darüber hinausgehend kann man generell bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen dem Rückschaufehler unterliegen. So wird ein Fahrlässigkeitsurteil durch ein Gericht zwar mit Ex-post-Wissen gefällt, das Gericht soll aber die Fahrlässigkeit aus einer Ex-ante-Perspektive beurteilen.<sup>62</sup> Geht das ohne Weiteres? Die juristische Lehre ist da in der Theorie zuversichtlich (oder beschäftigt sich nicht allzu sehr mit den praktischen Problemen), für die Praxis stimmt die psychologische Forschung dagegen eher pessimistisch. So konfrontierten Kamin und Rachlinski<sup>63</sup> ihre Probanden mit der Frage, ob eine Stadt, die eine Zugbrücke baut, einen Brückenwärter einstellen muss, weil bei Eis und Geröll ein Damm entstehen und zu einer Überflutung führen könnte, was allerdings sehr unwahrscheinlich sei. Ein Teil der Probandengruppe hatte das aus einer Ex-ante-Perspektive zu entscheiden (nämlich aus der Sicht des städtischen Planungsausschusses), ein anderer Teil aus einer Ex-post-Perspektive (aus Sicht eines Gerichts, das nach einer Überschwemmung über Schadensersatzansprüche zu entscheiden hatte). Dabei ging es für beide Gruppen um die Frage, ob mit den zur Zeit der Planung zur Verfügung stehenden Informationen, also aus einer Ex-ante-Perspektive, ein Brückenwärter hätte eingestellt werden müssen. Im Ergebnis entschied sich in der Voraussicht-Gruppe nur etwa ein Viertel der Probanden für die Einstellung des Brückenwärters, während in der Rückschau-Gruppe deutlich mehr als die Hälfte der Meinung war, dass die Einstellung des Brückenwärters angezeigt gewesen wäre.<sup>64</sup>

Probanden neigen dazu, in Konstellationen, in denen der Ausgang eines Sachverhalts bekannt ist, den mit diesem Ausgang konsistenten Informationen von vornherein eine besondere Relevanz

62 Vgl. für das Zivilrecht *Schaub*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck-OGK BGB, Stand: 1.9.2018, § 276 Rn. 56; für das Strafrecht *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 185.

63 *Kamin/Rachlinski*, Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, in: *Law and Human Behavior* 19 (1995), S. 89 ff.

64 *Kamin/Rachlinski*, Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, in: *Law and Human Behavior* 19 (1995), S. 89, 98 f.

beizumessen – bei demselben Sachverhalt hielt also eine Probandengruppe, der von einem Ausgang berichtet wurde, andere Informationen für von Anfang an besonders relevant als eine Gruppe, der von einem abweichenden Ausgang berichtet wurde.<sup>65</sup> Der Rückschaufehler lässt sich sowohl in einem sogenannten »hypothetischen Design« (die Einschätzung von Probanden, die den Ausgang kennen, wird mit der Einschätzung von Probanden ohne Ausgangskenntnis verglichen) als auch in einem »Gedächtnisdesign« (dieselben Probanden werden vor und nach Kenntnis des Ausgangs nach dessen Vorhersehbarkeit befragt) feststellen.<sup>66</sup> Teilweise wird der Rückschaufehler auch in drei verschiedene Urteilsverzerrungen unterteilt: die Verzerrung des Gedächtnisses hinsichtlich der eigenen früheren Einschätzung, die Verzerrung des Urteils über die Vorhersehbarkeit und die Verzerrung des Urteils über die Notwendigkeit eines Kausalverlaufs.<sup>67</sup>

Ein Richter, der dem Angeklagten bzw. der Partei des Zivilprozesses einen Fahrlässigkeitsvorwurf wegen Vorhersehbarkeit der Folge macht, sollte sich daher sehr genau fragen, ob er diese möglichen Folgen selbst vorhergesehen hätte, wenn er in der Situation des Betroffenen gewesen wäre und nichts von dem späteren Eintritt dieser Folgen gewusst hätte. Die bisherige Forschung zu Möglichkeiten, dem Rückschaufehler entgegenzuwirken, stimmt allerdings eher pessimistisch. So haben explizite Warnungen vor dem Rückschaufehler ihn nicht verhindern können; hinsichtlich anderer Strategien wie der expliziten Aufforderung an Probanden, auch alternative Geschehensabläufe zu bedenken, sind die Ergebnisse uneinheitlich.<sup>68</sup> Effektiv verhindern ließe sich der Rückschaufehler allenfalls, wenn man dem Entscheidenden die Informationen zum Geschehensausgang vorenthalten könnte. Zumindes *de lege lata* ist das allerdings in Gerichts- und insbesondere Strafgerichtsverfahren nicht möglich und auch *de lege ferenda* schwer vorstellbar.

65 Vgl. *Fischhoff*, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty, in: *Quality and Safety in Health Care* 12 (2003), S. 304, 306 f.

66 *Goekenjan/Oeberst*, Aus Schaden wird man klug? Die Bedeutung des Rückschaufehlers (Hindsight Bias) für die Strafrechtsanwendung, in: *R&P* 34 (2016), S. 27, 29: Sogar die Erinnerung an die eigene frühere Einschätzung der Wahrscheinlichkeit wird durch die Ausgangskenntnis verzerrt.

67 *Blank* u. a., How many Hindsight Biases are there?, in: *Cognition* 106 (2008), S. 1408, 1410 ff.

68 Vgl. *Goekenjan/Oeberst*, Aus Schaden wird man klug? Die Bedeutung des Rückschaufehlers (Hindsight Bias) für die Strafrechtsanwendung, in: *R&P* 34 (2016), S. 27, 31.

## VII. HALO-EFFEKT

Unter dem Haloeffekt (oder Hofeffekt) versteht man die Neigung, Eigenschaften, die faktisch voneinander unabhängig oder nur mäßig korreliert sind, fälschlicherweise als zusammenhängend wahrzunehmen.<sup>69</sup> Man neigt beispielsweise generell dazu, gutaussehenden Menschen auch in Bereichen, die nichts mit ihrem Äußeren zu tun haben, positive Eigenschaften zuzuordnen (sogenanntes »Was schön ist, ist gut«-Stereotyp).<sup>70</sup> Vor Gericht besteht daher die Gefahr, dass besonders attraktive oder unattraktive Menschen aufgrund ihres Aussehens ungerechtfertigt gut oder schlecht behandelt werden.

Studien legen nahe, dass es hinsichtlich des Halo-Effekts kulturelle Unterschiede gibt. So führte *Schweizer*<sup>71</sup> ein Experiment durch, in dem schweizerische Richter gebeten wurden, den Grad des Verschuldens einer Person auf einer Skala von 1 bis 7 zu bewerten und einen Vorschlag für das Strafmaß zu machen. Den Probanden wurde dabei unter anderem ein Foto der Angeklagten gezeigt. In der einen Gruppe handelte es sich um eine ausgesprochen gutaussehende Frau, in der anderen Gruppe um eine Frau von allenfalls mittelmäßigem Aussehen (vorher auf einer Website getestet, auf der man sein Foto von Besuchern bewerten lassen kann – jeweils mehr als 200 Bewertungen, einmal Durchschnittsbewertung über 7/10, einmal unter 3/10.) Tatsächlich gelangten die Probanden im Durchschnitt zu einem stärkeren Schuldvorwurf und zu höheren Strafen bei der weniger gutaussehenden Angeklagten, die Unterschiede waren aber sehr gering und bei einem 5%-Signifikanzniveau noch nicht statistisch signifikant.

In den USA kamen ähnliche Untersuchungen zu deutlicheren Ergebnissen.<sup>72</sup> Dort scheint also das Aussehen einer Person eine größere Ausstrahlungswirkung zu haben. Möglicherweise beruht das auf einer Kultur, die insgesamt der Attraktivität eines Menschen eine höhere Bedeutung zumisst. Ein Grund könnte auch im dortigen Jurysys-

69 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 694 Aussprache in IPA: /'heiləʊ/.

70 *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 362; *Ashmore/Longo*, Accuracy of Stereotypes: What Research on Physical Attractiveness Can Teach Us, in *Lee/Jussim/McCauley* (Hrsg.), Stereotype Accuracy: Toward Appreciating Group Difference, 1995, S. 63, 68.

71 *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, Rn. 735 f.

72 Vgl. zum Folgenden *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 361 f.

tem liegen, da für die amerikanischen Untersuchungen als Probanden keine Juristen ausgewählt wurden, sondern Nicht-Juristen, die auch als Jury-Mitglieder in Betracht kämen. Es besteht also bei Untersuchungen US-amerikanischer Provenienz immer die Frage, inwieweit die Ergebnisse auf unsere Verhältnisse übertragen werden können. In einer Welt mit unendlichen Forschungsmitteln wäre es ideal, wenn man die ganzen US-amerikanischen Untersuchungen mit deutschen Richtern als Probanden replizieren könnte. Was man jedenfalls derzeit sicher sagen kann, ist, dass die Auswirkung des Haloeffekts auf die Strafzumessung noch nicht hinreichend geklärt ist.

So gibt es durchaus auch Experimente, die nicht zu einem signifikanten Einfluss der physischen Attraktivität gelangen.<sup>73</sup> Teilweise wurden umgekehrte Effekte festgestellt, wenn die Probanden explizit gebeten wurden, ihren persönlichen Eindruck von der Attraktivität des Angeklagten außer Betracht zu lassen.<sup>74</sup> In einigen Studien traten Geschlechtereffekte auf, teilweise wirkte sich der Haloeffekt bei weiblichen Probanden, teilweise bei männlichen Probanden stärker aus.<sup>75</sup> Vereinzelt hingen die Ergebnisse anscheinend davon ab, ob das Tatgeschehen selbst mit der Attraktivität des Täters zu tun hatte<sup>76</sup> oder ob besonders schwere Tatfolgen eingetreten waren<sup>77</sup>. Der Heiratsschwindler hatte also eher eine höhere Strafe zu erwarten, wenn er sich seine physische Attraktivität zunutze gemacht hatte.

Zusammenfassend kann man wohl sagen, dass die physische Attraktivität eines Angeklagten sich auf die Strafzumessung und auch

73 Z.B. *Burke* u. a., Effects of Victim's and Defendant's Physical Attractiveness on the Perception of Responsibility in an Ambiguous Domestic Violence Case, in: *Journal of Family Violence* 5 (1990), S. 199 ff.

74 *Friend/Vinson*, Leaning Over Backwards: Jurors' Responses to Defendants' Attractiveness, in: *Journal of Communication* 24 (1974), S. 124, 127.

75 Vgl. einerseits *Efran*, The Effect of Physical Appearance on the Judgment of Guilt, Interpersonal Attraction, and Severity of Recommended Punishment in a Simulated Jury Task, in: *Journal of Research in Personality* 8 (1974), S. 45, 50, andererseits *Wuensch/Castellon/Moore*, Effects of Defendant Attractiveness and Type of Crime on Juridic Judgment, in: *Journal of Social Behavior and Personality* 6 (1991), S. 713, 721 f.

76 *Sigall/Ostrove*, Beautiful but Dangerous: Effects of Offender Attractiveness and Nature of Crime on Juridic Judgment, in: *Journal of Personality and Social Psychology* 31 (1975), S. 410, 413.

77 *Piehl*, Integration of Information in the »Courts«: Influence of Physical Attractiveness on Amount of Punishment for a Traffic Offender, in: *Psychological Reports* 41 (1977), S. 551 ff.



schon die Verurteilungswahrscheinlichkeit auswirken kann, dass es aber noch nicht hinreichend erforscht ist, unter welchen Bedingungen genau und in welche Richtung sie sich auswirkt.

### VIII. FUNDAMENTALER UND ULTIMATIVER ATTRIBUTIONSFEHLER

Juristen im Allgemeinen und Strafrichter im Besonderen müssen sich oft mit der Frage auseinandersetzen, wie ein bestimmtes Verhalten motiviert ist. Die tatsächliche Motivation für ein Verhalten ist allerdings längst nicht immer identisch mit der Motivation, die ein Beobachter – im Fall des Strafverfahrens: der Richter – für dieses Verhalten ausmacht. Mit der Art und Weise, wie wahrgenommene Informationen genutzt werden, um zu kausalen Erklärungen für das Verhalten eines Menschen zu gelangen, beschäftigt sich in der Psychologie die Attributionstheorie.<sup>78</sup> Zentrale Fragen der Attributionstheorie sind, ob die Ursache des Verhaltens in einer Person (internale oder dispositionale Kausalität) oder einer Situation (externale oder situative Kausalität) liegt und wer für das Ergebnis verantwortlich ist.<sup>79</sup> Für Juristen spielen diese Fragen beispielsweise im Rahmen der Strafzumessung eine bedeutende Rolle, rechtfertigt doch der Vorwurf, ein Fehlverhalten wurzele in der persönlichen Disposition, im Grundsatz eine schwerere Strafe als eine externale Attribution.

Generell werden Kausalattributionen meist unter Bedingungen der Unsicherheit vorgenommen, da man selten sichere Informationen darüber hat, was jemanden zu einem Verhalten veranlasst hat. Auch der Strafrichter kann meist nur aus äußeren Indizien auf die Motivation des Täters schließen. Selbst ein Geständnis kann diese Unsicherheit manchmal nicht völlig ausschließen.

Beim Versuch, das Verhalten anderer Menschen zu erklären, sind zwei grundsätzlich unterschiedliche Attributionsarten denkbar: Bei der internalen (oder dispositionalen) Attribution wird die Ursache des Verhaltens bei der Person selbst gesucht (z. B. Charakter, Einstellungen, Persönlichkeit), bei der externalen (oder situativen) Attribution

<sup>78</sup> *Stürmer*, Sozialpsychologie, 2016, S. 37 f.; *Aronson/Wilson/Akert*, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 114.

<sup>79</sup> *Gerrig*, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 650.

wird die Ursache in der Situation gesehen.<sup>80</sup> Generell besteht eine Tendenz, eher dispositional als situativ zu attribuieren.<sup>81</sup> Die soziale Situation, in der ein Verhalten auftritt, ist aber regelmäßig eine wichtige Determinante des Verhaltens, die oft die Persönlichkeit, Werte und Erfahrungen aus der Vergangenheit dominiert.<sup>82</sup> Die Tendenz, dispositionale Faktoren überzubewerten und die prägende Kraft situationsbedingter Einflüsse zu unterschätzen, bezeichnet man als »fundamentalen Attributionsfehler«.<sup>83</sup> Ein Grund für den fundamentalen Attributionsfehler liegt darin, dass wir uns üblicherweise auf die Person, deren Verhalten wir erklären wollen, konzentrieren statt auf ihre Umgebung.<sup>84</sup> Hinzu kommt, dass Informationen über situationsbedingte Ursachen oft schwer zu interpretieren und keineswegs immer verfügbar sind.<sup>85</sup> Selbst nebensächlich erscheinende Aspekte der sozialen Situation können bedeutsamer sein als Persönlichkeitsunterschiede zwischen verschiedenen Personen.<sup>86</sup> Da situative Kräfte nicht immer sichtbar sind, ist es zur Vermeidung des fundamentalen Attributionsfehlers bei Vornahme negativer dispositionaler Attributionen (z. B. im Rahmen eines Strafurteils) sinnvoll, sich sehr intensiv mit der Frage zu beschäftigen, ob etwas an der Situation das Verhalten ausgelöst haben könnte.<sup>87</sup>

Verblüffenderweise kann der fundamentale Attributionsfehler sogar dann greifen, wenn der Attribuierende positiv weiß, dass etwas situativ bedingt ist. Jones und Harris<sup>88</sup> ließen Studenten Aufsätze über Fidel Castro lesen, in denen die Politik Castros entweder verteidigt

80 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 115.

81 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 651–652; Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 119; Ross/Nisbett, The Person and the Situation: Perspectives of social psychology, 1991, S. 79.

82 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 655.

83 Ross, The Intuitive Psychologist and his Shortcomings: Distorsions in the Attribution Process, in: Berkowitz (Hrsg.), Advances in Experimental Social Psychology, Bd. 10, 1977, S. 173, 184.

84 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 120.

85 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 120; Gilbert/Malone, The Correspondence Bias, in: Psychological Bulletin 117 (1995), S. 21, 25.

86 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 11.

87 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 651 f.

88 Jones/Harris, The Attribution of Attitudes, in: Journal of Experimental Social Psychology 3 (1967), S. 1 ff.

oder kritisiert wurde. Einem Teil der Studenten wurde gesagt, dass der Aufsatz von einem Studenten geschrieben wurde, der sich aussuchen konnte, welchen Standpunkt er vertritt, während einem anderen Teil gesagt wurde, dass die im Aufsatz zu vertretende Haltung vorgegeben wurde. Die Probanden sollten im Anschluss beurteilen, ob der Schreiber der Aufsätze persönlich hinter dem von ihm vertretenen Standpunkt steht, indem sie bei verschiedenen Aussagen zu Kuba auf einer Skala von 1 bis 7 angeben sollten, wie sehr der Schreiber der Aussage zustimmen dürfte. Sowohl bei den Castro verteidigenden Aufsätzen als auch bei den castrokritischen Aufsätzen ging eine sehr deutliche Mehrheit der Probanden davon aus, der Schreibende stünde persönlich hinter dem von ihm vertretenen Standpunkt. Das galt in statistisch signifikanter Weise sogar für die Probanden, die davon ausgingen, dass die einzunehmende Position dem Autor des Aufsatzes vorgegeben war, selbst bei den Pro-Castro-Aufsätzen, obwohl eine castrofreundliche Haltung zu dieser Zeit in den USA ausgesprochen ungewöhnlich war, die Basisrate an castrofreundlichen Amerikanern also denkbar gering war.<sup>89</sup> Trotz Kenntnis über die situativen Faktoren, die die zu vertretende Haltung vorgaben, wurde demnach sehr stark dispositional attribuiert.

Bei der Strafzumessung führt eine Unterschätzung der situativen Faktoren bei der Begehung der Straftat regelmäßig zu einem stärkeren Schuldvorwurf, da stärker an die »Persönlichkeit« des Delinquenten angeknüpft wird. Im Normalfall wird allerdings auch eine Auslösung der Tat durch situative Faktoren allenfalls zu einem etwas geringeren Schuldvorwurf führen, diesen aber nicht komplett entfallen lassen. Aber auch letzteres ist möglich, insbesondere in Notwehr- und Notstandssituationen. Gerade bei schweigenden Angeklagten wird in der Praxis oft nicht genügend erwogen, ob eine Notwehr- oder Notstandssituation vorgelegen haben könnte. Dabei fordert der Grundsatz »in dubio pro reo« auch bei diesen Angeklagten für eine Verurteilung, dass der Richter zu der positiven Überzeugung gelangt, dass das Verhalten nicht gerechtfertigt oder entschuldigt ist. Allein, dass der Angeklagte sich nicht einlässt und auf eine Notwehr- oder Notstandssituation

89 *Jones/Harris*, *The Attribution of Attitudes*, in: *Journal of Experimental Social Psychology* 3 (1967), S. 1, 5.

nicht von sich aus hinweist, ändert nichts an der zu seinen Gunsten geregelten Beweislast! Auch bei der für die Strafaussetzung zur Bewährung wichtigen Prognose erneuter Strafbarkeit können derartige Attributionsfehler relevant werden: Wenn das Verhalten Folge spezifischer Umstände war und gleiche Umstände auch eine andere Person zu einem vergleichbaren strafbaren Verhalten gebracht hätten, spricht das eher gegen die Erwartung erneuter Straffälligkeit, insbesondere, wenn mit einer Wiederholung entsprechender Umstände nicht zu rechnen ist. Wenn dagegen die Gründe für das Verhalten gerade in der Person zu suchen sind, dann ist eher von einer Wiederholungsgefahr auszugehen.

Generell erfolgt die Attribution in zwei Stufen: Zunächst erfolgt regelmäßig eine internale Attribution, die dann in einem zweiten Schritt daraufhin überprüft wird, ob sie durch eine externale Attribution zu ersetzen ist; der zweite Schritt wird aber oft nicht in ausreichendem Maße durchgeführt.<sup>90</sup> Insbesondere wenn wir beschäftigt oder abgelenkt sind, kann der zweite Schritt auch ganz entfallen.<sup>91</sup> Eine Richterin sollte daher, wenn sie internal attribuiert, bewusst innehalten und ihre Attribution überdenken.

Der fundamentale Attributionsfehler kann noch zum sogenannten »ultimativen Attributionsfehler« gesteigert werden, wenn er auf der Grundlage von Stereotypen gleich eine ganze Gruppe von Menschen trifft. Unter Stereotypen versteht man Generalisierungen über eine Gruppe von Personen, bei denen allen Mitgliedern dieser Gruppe die gleichen Merkmale zugewiesen werden.<sup>92</sup> Stereotype tragen zur jeweils eigenen Konstruktion der sozialen Realität bei, indem sie wirksam Erwartungen enkodieren; fehlende Daten werden häufig mit »Informationen« aus dem Stereotyp ausgefüllt.<sup>93</sup> Informationen,

90 Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 121; Krull, Does the Grist Change the Mill? The Effect of the Perceiver's Inferential Goal on the Process of Social Inference, Personality and Social Psychology Bulletin, 19 (1993), S. 340 f.

91 Gilbert/Hixon, The Trouble of Thinking: Activation and Application of Stereotypic Biases, in: Journal of Personality and Social Psychology 60 (1991), S. 509 ff.; Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 122.

92 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 679.

93 Gerrig, Psychologie, 21. Aufl. 2018, S. 679.

die den eigenen Stereotypen widersprechen, werden häufig ab-, bestätigende Informationen aufgewertet.<sup>94</sup>

Es handelt sich beim ultimativen Attributionsfehler um die Neigung, dispositionale Attributionen bezüglich Menschen, die zu einer bestimmten Gruppe gehören, vorzunehmen und dann auf ihre gesamte (z. B. ethnisch oder religiös definierte) Gruppe zu verallgemeinern.<sup>95</sup> So befanden amerikanische Probanden, die die Rolle eines Geschworenen in einem fingierten Gerichtsverfahren spielten, einen Angeklagten eher für schuldig, wenn er einen hispanisch klingenden Nachnamen hatte.<sup>96</sup> Auch wurden Informationen, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, bei dunkelhäutigen Angeklagten häufiger doch beachtet als bei weißen, während der Einfluss der unzulässigen Beweise von den Richtern stärker unterschätzt wurde.<sup>97</sup> Verhalten sich Menschen einem Stereotyp entsprechend, neigen wir dazu, die Ursache dafür in einem Persönlichkeitsmerkmal bzw. in ihrer Disposition zu sehen und nicht in der Situation oder den Lebensumständen nach den Gründen zu suchen.<sup>98</sup>

## IX. FAZIT

Es zeigt sich, dass die vorgeblich rationale Juristentätigkeit auch in der Strafjustiz von einer Reihe von Urteilsverzerrungen geprägt ist, die die Qualität und Rationalität von Strafurteilen und vorgelagerten Entscheidungen negativ beeinflussen können und damit eine Gefahr für die Rechtspflege im Allgemeinen und den Angeklagten im Besonderen darstellen. Vielen dieser Urteilsverzerrungen kann man nicht entgehen – aber die Kenntnis der zugrundeliegenden Mechanismen

94 *Munro/Ditto*, Biased Assimilation, Attitude Polarization, and Affect in Reactions to Stereotype-Relevant Scientific Information, in: *Personality and Social Psychology Bulletin* 23 (1997), S. 636, 650 f.; *Gerrig*, *Psychologie*, 21. Aufl. 2018, S. 679–680

95 *Aronson/Wilson/Akert*, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl. 2014, S. 498; *Pettigrew*, The Ultimate Attribution Error: Extending Allport's Cognitive Analysis of Prejudice, in: *Personality and Social Psychology Bulletin* 5 (1979), S. 461, 464.

96 *Aronson/Wilson/Akert*, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl. 2014, S. 498 f.; *Bodenhausen*, Stereotypic Biases in Social Decision Making and Memory: Testing Process Models of Stereotype Use, in: *Journal of Personality and Social Psychology*, 55 (1988), S. 726, 730.

97 *Englich*, Urteilseinflüsse vor Gericht, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 486, 488.

98 *Aronson/Wilson/Akert*, *Sozialpsychologie*, 8. Aufl. 2014, S. 499.

ermöglicht es dem Rechtsanwender zumindest bei einigen der Verzerrungen, ihren Einfluss zu mindern oder ihnen entgegenzuwirken. Für den Juristen in der Rolle des Richters, der unparteiisch zu sein hat, sollte es eine Selbstverständlichkeit sein, dass er sich bemüht, die Einflüsse sachfremder Urteilsverzerrungen möglichst gering zu halten. Für den Rechtsanwalt als Parteivertreter stellt sich zusätzlich die Frage, inwieweit er Urteilsverzerrungen zugunsten seines Mandanten ausnutzen kann und will. Aber egal, in welcher Rolle ein Jurist an der Rechtsfindung teilnimmt – fundierte psychologische Kenntnisse sind in jedem Fall hilfreich. Ein erfreulicher Schritt in die richtige Richtung ist insoweit der Appell des Regensburger Strafverteidigertages: »Es ist für die juristische Ausbildung zu fordern, dass Rechtspsychologie als Teil der Juristenausbildung Pflichtfach wird.«<sup>99</sup>

<sup>99</sup> So die Ergebnisse des 43. Strafverteidigertages, Regensburg, 22.-24. März 2019 unter Ziffer 2 (»Interaktion im Strafverfahren«), abzurufen unter <https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Material%20Strafverteidigertage/ergebnisse%2043.pdf> (Datum des letzten Abrufs: 22.05.2019).

Andrea Groß-Bölting

## NOTFALLKOFFER UND CO. ALS INTERAKTIONSVERHINDERER

*ODER*

### WENN DER NOTFALLKOFFER DEN NOTFALL AUSLÖST

Montag, 9.27 Uhr, in einem Gerichtssaal in NRW. Die strafrechtliche Hauptverhandlung beginnt wegen der Vorführung der Angeklagten fast 30 Minuten später als terminiert. Der Kammer mit drei Berufsrichter\*innen, zwei Schöff\*innen und zwei Ergänzungsschöff\*innen sitzen zwei Sitzungsvertreter\*innen der Staatsanwaltschaft und mehr als zehn Angeklagte mit mehr als 20 Verteidiger\*innen gegenüber. Nach der Belehrung der erschienenen Öffentlichkeit, dass das Gericht keine Störungen dulde und im Fall der Fälle Ordnungsgelder und Ordnungshaft verhängen werde, geht es los. Schon nach den ersten Worten des Vorsitzenden ist klar: Hier herrscht der ›Notfallkoffer‹.<sup>1</sup>

Nun wäre interessant zu erfahren, wie bei einer Umfrage unter Richter\*innen einerseits und unter Verteidiger\*innen andererseits nach dieser Einleitung der Fortgang des Verfahrens eingeschätzt wird und warum nach der Einschätzung der Befragten der Fortgang so erwartet wird. Vermutlich wären die Einschätzungen zum Fortgang in beiden Gruppen gar nicht so unterschiedlich. Wahrscheinlich die Angaben zu den Ursachen schon.

<sup>1</sup> Die ursprüngliche Richterfortbildung, zu der ein Skript mit Musterbeschlüssen, Mustertexten zu Anordnungen und Fundstellen aus der Rechtsprechung ausgegeben wurde, das verkürzt »Notfallkoffer« genannt wird, lief unter dem Titel »Große Strafverfahren - Konfliktverteidigung«. Im Untertitel hieß es »Notfallkoffer für die Hauptverhandlung«. Diese Richterfortbildung ist zwischenzeitlich »beerbt« worden von Fortbildungen zu »Konfliktverteidigung«, die sich nach meinem Eindruck zwar fortentwickelt haben, aber ähnliches richterliches Handeln empfehlen.

Zurück in den Gerichtssaal in NRW. Dort folgen im Laufe des Tages Anordnungen und Beschlüsse u.a. mit folgendem Wortlaut:

*»Derzeit wird das Wort – ausgenommen für die Beanstandung dieser Vorsitzendenanordnung – nicht erteilt, da zur sofortigen Worterteilung keine prozessuale Veranlassung besteht.*

*Gelegenheit dazu wird zu einem späteren Zeitpunkt gegeben.*

*Beabsichtigt ist zunächst*

*a)..., b)..., c)..., d)..., e)..., f)..., g)...*

*Eine ordnungsgemäße Verteidigung wird dadurch nicht beeinträchtigt.«*

*»Die Beanstandung der Frage des Vorsitzenden an den Zeugen Z durch RA B wird zurückgewiesen. Die Frage ist nicht unzulässig (§ 242 StPO).«  
(keine Gründe)*

*»Die Anordnung des Vorsitzenden wird bestätigt. Sie ist zulässig und sachgerecht.« (keine Gründe)*

*»Derzeit wird das Wort zur Anbringung eines Befangenheitsgesuchs nicht erteilt. Ihnen wird ohne Rechtsverlust am Ende des heutigen Sitzungstages Gelegenheit gegeben werden, ein Ablehnungsgesuch anzubringen (vgl. Drees NStZ 2005, 184).«*

Die Erfahrenen unter den Verteidiger\*innen können die Anordnungstexte und Beschlussinhalte schon mitsprechen. Begegnen sie ihnen doch mehrfach im Monat, wenn nicht mehrfach pro Woche.

Warum ist das so? Warum nimmt die Nutzung solcher Formularbeschlüsse nach der Wahrnehmung der Verteider\*innen zu? Und ist es tatsächlich so, dass eine ordnungsgemäße Verteidigung nicht beeinträchtigt wird, wenn sie von 9.35 Uhr bis 16.05 Uhr an diesem Sitzungstag das Wort nicht erteilt bekommt?

## 1. RICHTERLICHES BEDÜRFNIS NACH FORMULAREN UND HANDLUNGSANLEITUNGEN GEGEN KONFLIKTVERTEIDIGUNG?

Das Angebot der Richterakademien für Fortbildungen von Richtern, die sich zukünftig effektiv gegen Konfliktverteidigung wehren können wollen, ist groß, der Bedarf scheinbar auch. Woher kommt das? Und was ist diese Konfliktverteidigung, gegen die eine Art Notwehrrecht bestehen soll?



Betrachtet man die Situation unserer oben dargestellten Hauptverhandlung, ist für jeden leicht nachvollziehbar, dass sich das Gericht in einer Art unterlegenen Position fühlen kann, dass es befürchtet, das Verfahren mit einer derart personenstarken Verteidigung nicht in einer dem Erledigungsdruck entsprechenden Zeit bewältigen zu können.

Weiter ist nachvollziehbar, dass sich Richter\*innen wünschen, für die Hauptverhandlung gewappnet zu sein, Herr im Haus zu bleiben, die Sachleitungsbefugnis nicht aus der Hand zu geben und am liebsten eine Art Drehbuch zu haben, nach dem das Verfahren geordnet durchgeführt werden kann. Das ist nur allzu menschlich.

Dem persönlichen Gefühl der Überlastung, möglicherweise der Überforderung und der Unterlegenheit folgt scheinbar selten die ruhige Analyse, woran das liegt und was gegen die tatsächlichen Ursachen zu tun sein könnte, sondern viel eher die blitzartige Bemühung, diesen Zustand wirksam und schnell abzustellen. So erschließt sich, dass Wege gesucht werden, wie die Probleme einer überlasteten Justiz mit zu vielen Verfahren, die nicht so schnell und nicht so einfach wie nötig oder wie politisch-medial erwartet geführt werden können, zu lösen sind. Als größtes Problem wird der ›Konfliktverteidiger‹ ausgemacht, den es nun wirksam zu bekämpfen gilt.

Gestatten Sie mir, zunächst den Schritt zurück zu gehen und den Versuch einer Analyse, woran die Überlastung liegt, zu wagen.

Die Politik hat seit Jahrzehnten das Strafrecht als sozial- und gesellschaftspolitisches Allheilmittel entdeckt. Keine Berichterstattung über ein Ermittlungsverfahren kommt ohne öffentliche Stellungnahme von Politikern aus, die erweiterte und härtere Strafen für dies oder das fordern. Die Medien haben das Strafrecht als Marketingstrategie entdeckt. Nicht nur ›Sex sells‹, sondern auch Crime. Der Grusel, der Schauer des Schreckens, die Gänsehaut des Entsetzens beim Konsumenten wirken zuverlässig. Hinzu kommt die moralische Differenzierung in gut (der Leser, Fernsehzuschauer, ich) und böse (der Syrer, der Täter, DER), die stabilisierend für das Selbstbild wirkt und über viele echte Probleme im Land hinweg zu gruseln hilft.

Tatsächlich sind die Folgen von immer mehr Gesetzesänderungen zu immer neuen Straftatbeständen, immer höheren Mindest- und Höchststrafen und die Forderungen nach null Toleranz nicht – wie es in vielen Gesetzesentwürfen steht – kostenneutral, also ohne Folgekosten zu haben. Wer einen § 89a StGB schafft und damit die Strafbarkeit weit ins Vorfeld der Versuchsstrafbarkeit verlagert, darf nicht wirklich überrascht sein, wenn die Staatsstutzsenate der Oberlandesgerichte und die Staatsschutzkammern der Landgerichte überschwemmt werden mit Verfahren, in denen Menschen aus Deutschland nach Syrien ausgereist sind, und die dann auch verhandelt werden müssen. Hierzu sind Gerichte, Ressourcen und Personal nötig.

Wer die Eingriffsbefugnisse der Polizeibehörden kontinuierlich erweitert, immer wieder neue technische Mittel der Überwachung und Ermittlung erlaubt, darf sich doch nicht wundern, wenn diese genutzt werden und immer größere Aktenmengen in Ermittlungsverfahren und jeweils einen immer größeren Verfahrensumfang produzieren.

Wer die Justiz durch betriebswirtschaftlich denkende Consultingunternehmen auf Ressourceneinsparungen untersuchen lässt und in der Justiz personell Einsparungen wie in privatwirtschaftlichen Dienstleistungsunternehmen nach dem Vorschlag der Consultingunternehmen umsetzt, darf sich nicht wundern, wenn Ökonomie und rechtsstaatliche Aufgaben sich nicht als zu 100 Prozent deckungsgleich erweisen.

Von der Idee eines Strafens als ultima ratio, vom Grundgedanken eines fragmentarischen Strafrechts wagt man gar nicht mehr zu sprechen.

Die Probleme einer überlasteten Justiz sind also bereits da, bevor der Angeklagte und seine Verteidigerin den Sitzungssaal überhaupt betreten haben. Es wundert mich, dass über die strukturellen Ursachen für die Überlastung der Justiz so wenig diskutiert wird. Oftmals wünsche ich mir, dass Richter ihre richterliche Unabhängigkeit gegen die Zumutungen der Politik und des Gesetzgebers einsetzen würden. Statt dessen wird der kontinuierlich gestiegene Druck auf die Justiz stets nach unten weitergegeben – an den Angeklagten. Deswegen prozessuale Rechte sollen beschränkt, seine Möglichkeiten zur

Verteidigung verringert werden, um den schlanken Prozess führen zu können, den wir uns noch leisten wollen und den der drohende Kollaps des Justizsystems erfordert. Rechtsstaat nur noch im Rahmen des ökonomisch Machbaren. Und da lassen die Bundesländer nicht viel Spielraum.

Ich verstehe also durchaus das Bedürfnis nach einer Entlastung, erst recht das richterliche Bedürfnis, sich nicht ohnmächtig und an der Erfüllung der eigenen Aufgaben gehindert zu fühlen. Als Verteidiger\*in kennt man dieses Gefühl nur zu gut. Aber ich möchte die Frage aufwerfen, ob es legitim ist, diesem Gefühl dadurch Herr zu werden, dass mit Formularbeschlüssen die Hauptverhandlung in ihrem Wesen verändert wird.

## 2. DER KONFLIKTVERTEIDIGER

Und nun betritt die Konfliktverteidigerin/der Konfliktverteidiger die Bühne. Die Projektionsfigur für all das Knirschende, Störende, Belastende, Überfordernde im Strafprozess.

Unverschämt wie sie/er ist, will sie/er Akteneinsicht in alle 120 Leitzordner Ermittlungsakte, will die Asservate mit 2,3 TB Datenvolumen sichten und sogar die fremdsprachigen Texte verstehen können, die sich darunter befinden. Nach nur dreieinhalb Jahren Ermittlungsverfahren möchte er/sie mehr als zwei Wochen Zeit haben, um sich in die erst jetzt vollständig zur Akteneinsicht übersandte Ermittlungsakte einarbeiten zu können. Und Zeit, um die Verteidigungslinie mit dem Mandanten zu besprechen will sie/er auch noch!

Damit steht schon vor Beginn der Hauptverhandlung fest, mit wem das Gericht es zu tun haben wird. Die/der wird Ärger machen. Das wird nicht leicht. Und das gerade jetzt, wo die Zeit drängt, die Hauptverhandlung dringend terminiert und begonnen werden muss, weil der Angeklagte schon ein Jahr in Untersuchungshaft sitzt.

Die Konfliktverteidigerin/der Konfliktverteidiger enttarnt sich aber auch in kleineren Verfahren. Das Hauptmerkmal der Konfliktverteidigung ist das Stellen von Anträgen aller Art, das permanente Verlangen nach Mitwirkung, rechtlichem Gehör und Einflussnahme auf das Verfahren.

Der BGH hat in 3 StR 445/04 eine Definition der Konfliktverteidigung versucht. Der BGH führt aus:

»Die Möglichkeiten der Strafjustiz müssen aber auf Dauer an ihre Grenzen stoßen, wenn die Verteidigung in Strafverfahren, wie der Senat zunehmend beobachtet, zwar formal korrekt und im Rahmen des Standesrechts geführt wird, sich aber dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozeßordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet fühlt und die weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozeßordnung in einer Weise nutzt, die mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozeßordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären ist (vgl. BVerfG NStZ 1997, 35; 2004, 259, 260; Hanack StV 1987, 500, 501).«

Nun ließe sich fragen:

- Welche konkreten Verfahren hatte der Senat im Blick, die eine »zunehmende« Beobachtung des Senats zur gewandelten Auffassung der Verteidigung ergaben?
- Handelt es sich bei der Beobachtung um valide, statistisch verlässliche Zahlen? Also: Lässt sich das Gefühl mit Fakten untermauern?
- Was ist der konkrete Vorwurf an eine Verteidigung, die sich formal und berufsrechtlich korrekt, also rechtmäßig verhält?
- Was macht den Unterschied zwischen dem traditionellen Ziel des Strafprozesses und dem formal und berufsrechtlich korrekten Verhalten der Verteidigung aus?
- Gibt es ein Ziel des Strafprozesses jenseits der Rechtmäßigkeit?
- Kann in dem Nutzen der »weiten und äußersten« Möglichkeiten des geschriebenen Rechts in einem Verfahren, in dem es um die schärfsten Eingriffe in Grundrechte von Betroffenen geht, die der Staat vornehmen kann, gewohnheitsrechtliche oder sozial erwünschte Grenzen geben, die nicht der Gesetzgeber vorzugeben hat?

Der Verteidiger\*innen-Typ, den der BGH beschreibt, agiert mittels sinnloser Destruktion des Strafverfahrens. Das mag es geben,

aber ist das tatsächlich ein ubiquitäres Problem? Ist das DIE Ursache für die Überlastung der Justiz?

Wie soll sich aus der Sicht unserer Verfassungsrechtsprechung ein(e) Verteidiger\*in verhalten, deren/dessen gesetzliche Aufgabe es ist, den Angeklagten vor dem vorschnellen Zugriff des Staates zu bewahren? Soll oder muss er/sie nicht, die zulässigen Mittel ausschöpfen? Ist es außerdem möglich, dass es eine Wechselwirkung zwischen dem Maß der Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Angeklagten bereits zu Beginn des Verfahrens und dem Maß der Verteidigungsaktivitäten gibt?

Und: Wie soll die Verteidigung handeln, wenn Sie persönlich angeklagt wären, aber gar nicht oder nicht so wie angeklagt schuldig wären? Hätten Sie lieber die Verteidiger\*innen, die schweigend neben Ihnen sitzen, nichts einwenden, keine Anträge stellen und zum Schluss im Plädoyer eine milde Strafe fordern oder hätten Sie gerne Verteidiger\*innen, die die gesetzlichen Mitwirkungsmöglichkeiten ausschöpfen und in Kauf nehmen, das Gericht zu nerven, indem sie nicht aufhören, Argumente vorzubringen?

Zum ehrlichen Umgang mit der ›Konfliktverteidigung‹ gehört, dass das Gesetz will, dass Verteidigung den reibungslosen Ablauf stört. Das ist ihre Kernaufgabe. Verteidigung soll Sand im Getriebe sein, Rechtfertigungs- und Argumentationsdruck für das Gericht aufbauen. Verteidigung soll den Konflikt nicht scheuen, der sich bereits allein aus den gegensätzlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten ergeben kann. Das Gericht mag einen schnellen, schlanken Prozess wollen, weil sowieso alles klar zu sein scheint. Der Angeklagte mag eine ausführliche Beweisaufnahme wünschen, weil viel zu einseitig nur einer Sachverhaltshypothese bei den Ermittlungen nachgegangen wurde. Die StPO hat die Verteidigung als Gegengewicht zur Macht des Gerichts, zum Amtsaufklärungsgrundsatz, als zweiten Säule des rechtsstaatlichen Verfahrens konzipiert.

### 3. INHALTE UND WIRKUNGEN DES NOTFALLKOFFERS

Der Notfallkoffer und andere Beschlussvorlagen und Handlungsanweisungen schlagen – da sie ja den konkreten Fall und die konkrete Prozesssituation (noch) nicht kennen – allgemeine Formulierungen oder Regieanweisungen vor, die auf eine Vielzahl ähnlicher Lebenssituationen Anwendung finden können. Sie geben Tipps zum Umgang mit der Öffentlichkeit, zum Umgang mit den Angeklagten und mit den von diesem ausgehenden möglichen Störungen, zum Umgang mit der Verteidigung, zum Inhalt von Beschlüssen und Anordnungen und bemühen sich um möglichst vollständige Antizipation aller denkbaren Anträge, Fragen, Anregungen und (sonstigen) Störungen.

Die Fortbildungsinhalte erlauben es den Richtern, vorab eine Art Drehbuch für den anstehenden Prozess oder auch alle kommenden Prozesse vorzubereiten. Dieses Drehbuch kann dann konkret in Lückentexten bestehen, in die nur noch die notwendigsten konkreten Fakten dieses Falls eingefügt werden müssen, oder in Mustertexten, die wegen ihrer Allgemeingültigkeit gar keiner Ergänzung mehr bedürfen.

Auf Seiten des Gerichts mag dieses Drehbuch zu einem Gefühl der Sicherheit, des Gerüstetseins für alle Eventualitäten führen. Es mag die Strukturierung der Hauptverhandlung erlauben, die Arbeit minimieren, die Verbescheidung von Anträgen erleichtern und die Möglichkeiten erfolgreicher revisionsrechtlicher Angriffe des späteren Urteils verringern.

Der Notfallkoffer kann allerdings von seinen Inhalten und seiner Konzeption nicht nur gegen Konfliktverteidiger\*innen eingesetzt werden, die sich schon daneben benommen haben, sondern bereits bei nur erwarteter Konfliktverteidigung oder auch bei jeder Anwesenheit eines Verteidigers oder gar in jeder Hauptverhandlung – auch bei Angeklagten ohne Verteidiger.

Auf Seiten des Angeklagten und der Verteidigung ist die Erkenntnis: »Dieses Gericht wendet den Notfallkoffer an«, nicht selten der Auftakt zu einer Gegenreaktion, zu einer Konfliktstrategie. Verstehen Sie mich bitte nicht falsch. Ich möchte hier nicht die Entscheidung treffen, was zuerst da war – die Henne oder das Ei –, sondern einen Blick auf beide Seiten wagen.

In jedem Fall hinterlässt ein Beschluss: »Die Anordnung des Vorsitzenden wird bestätigt. Sie ist zulässig und sachgerecht«, ohne dass eine weitere Begründung gegeben wird, das verständliche Gefühl bei dem Angeklagten und der Verteidigung, ihr Argument werde nicht gehört und ihre Einwendung werde nur formal abgehandelt. Auf Seiten des Angeklagten und der Verteidigung macht sich der Eindruck des geschmeidigen Ins-Leere-Laufen-Lassen breit. Das Substanzielle des rechtlichen Gehörs, nämlich das Eingehen auf das Argument und dessen tatsächliche Erwägung, scheint akut bedroht, wenn nicht gar ausgehebelt.

Es erschließt sich für jeden denkenden Menschen, dass es einen Unterschied macht, ob der Angeklagte und sein(e) Verteidiger\*in das Wort erhalten, um auf jeden Akt der Beweiserhebung zu reagieren, oder erst am Nachmittag unter dem Zeitdruck des wachtmeisterlichen Dienstschlusses um 16 Uhr, um sodann zu den zehn Beweiserhebungen des ganzen Tages gemeinsam Stellung zu nehmen. Die Formulierung »Eine ordnungsgemäße Verteidigung wird dadurch nicht beeinträchtigt« ist inhaltlich unrichtig. Dies würde jeder Psychologe, jeder Kommunikationswissenschaftler und wahrscheinlich auch jeder gutwillige Jurist sagen.

Der/die Vorsitzende hat die Macht anzuordnen, dass den Verfahrensbeteiligten erst am Ende des Sitzungstages das Wort wieder erteilt wird. Das Gericht hat die Macht, diese Anordnung ohne inhaltliche Bezugnahme auf die dagegen vorgebrachten Argumente zu bestätigen. Aber wir sollten ehrlich bleiben und beim Namen nennen, was hierbei geschieht. Es ist eine Machtdemonstration des Gerichts, gegen die sich die Verfahrensbeteiligten nur bedingt wehren können und die dennoch atmosphärisch und motivational nicht ohne Wirkung bleiben wird. Wer Machtdemonstrationen säht, wird Machtproben ernten.

Der Notfallkoffer und alle vorbereiteten Drehbücher berühren den Strafprozess an seiner Achillesferse und stellen die Gretchenfrage: Wie hältst du es mit dem substanziellen rechtlichen Gehör?

Vorbereitete Formularbeschlüsse konsequent und ohne Abweichung vom Drehbuch angewandt bewirken eine erhebliche Beschränkung des rechtlichen Gehörs, des Austauschs von Argumenten, des

Abwägens und Beantwortens von Anträgen, Einwendungen und Anregungen. Sie haben die Ohnmachtsgefühle auf Seiten des Angeklagten und der Verteidigung zur Folge, die der/die Vorsitzende bzw. das Gericht für sich vermeiden wollte.

Dies kann selten zu einem gelingenden Strafprozess führen, sondern birgt die konkrete Gefahr, dass die Verteidigung nun den Konflikt suchen und ihre prozessualen Mittel umfassend nutzen wird. Wenn es bis hierher keine Konfliktverteidigung gab, ist der Beschluss

*»Derzeit wird das Wort- ausgenommen für die Beanstandung dieser Vorsitzendenanordnung - nicht erteilt, da zur sofortigen Worterteilung keine prozessuale Veranlassung besteht.*

*Gelegenheit dazu wird zu einem späteren Zeitpunkt gegeben.*

*Beabsichtigt ist zunächst*

*a)...., b)...., c)...., d)...., e)...., f)...., g)...*

*Eine ordnungsgemäße Verteidigung wird dadurch nicht beeinträchtigt«*

der vorhersehbare Brandbeschleuniger.

Nach meiner Wahrnehmung tragen daher Notfallkoffer und Co. gerade dazu bei, eine Konfliktverteidigung hervorzurufen, welche die Fortbildungen für Richter gerade leichter handhabbar zu machen versprechen.

#### 4. INTERAKTION UND KOMMUNIKATION ALS ALTERNATIVMODELL

Gibt es also keine Hoffnung? Oder könnte ein Verzicht auf den Notfallkoffer die paradoxe Wirkung haben, dass die Konfliktverteidigung ausstirbt?

Wenn wir zurückgehen in den Sitzungssaal in NRW, wäre auch ein anderer Start in den Tag und die Hauptverhandlung möglich. Der/die Vorsitzende könnte allen Anwesenden mitteilen, dass die Verhandlung mit zehn Angeklagten und 20 Verteidigern eine Herausforderung für alle Verfahrensbeteiligten darstellen wird, weil jeder Angeklagte mit seinem Verteidigungsteam seine Interessen wahrnehmen und schützen dürfe. Um dieser organisatorischen und inhaltlichen Herausforderung möglichst gut entsprechen zu können, schlage das Gericht zunächst einmal folgendes Vorgehen vor ..., sei aber auch offen für Anregungen und Kritik, innerhalb und außerhalb der



Hauptverhandlung, wenn sich der Vorschlag als nicht gut erweisen sollte. Für das Gericht sei zunächst wichtig, die Anklage verlesen zu lassen, die Verfahrensbeteiligten könnten nun aber gerne mitteilen, ob fristgebundene Anträge heute gestellt werden sollen. Das Gericht werde dies dann zeitlich berücksichtigen und rechtzeitig Gelegenheit zur Anbringung bieten... Die Öffentlichkeit werde gebeten, keine Störungen der Verhandlung zu bewirken, weil die Situation schon schwierig genug sei und das Gericht den Angeklagten und den Verletzten nur gerecht werden könne, wenn es in Ruhe arbeiten könne...

Nun wäre wiederum interessant zu erfahren, wie bei einer Umfrage unter Richter\*innen einerseits und unter VerteidigerInnen andererseits nach dieser Einleitung der Fortgang des Verfahrens eingeschätzt wird und warum nach der Einschätzung der Befragten der Fortgang so erwartet wird. Vermutlich wären die Einschätzungen zum Fortgang in beiden Gruppen gar nicht so unterschiedlich. Wären die Befürchtungen unter Richtern groß, die ›Lufthoheit‹ im Verfahren zu verlieren?

Das Beispiel oben ist ein Türöffner für Kommunikation. Ein Angebot von Teilhabe, ohne die jeweiligen Rollen im Verfahren zu negieren, aber auch ohne Machtdemonstration. Der/die Vorsitzende könnte führen, ohne die Mitwirkung zu unterbinden.

Anstatt die unglückliche Situation, mit zehn Angeklagten und 20 Verteidiger\*innen verhandeln zu müssen, dadurch zu bewältigen, dass das Gericht die Angeklagten und ihre Verteidigung mit »klaren Ansagen« beschneidet, was eine Gegenwehr hervorrufen muss, könnte von der Erfahrung aller Verfahrensbeteiligter profitiert und ein Kommunikationsprozess über den richtigen Weg des Umgangs mit der ungünstigen Grundsituation eingeleitet werden. Ist auszuschließen, dass eine(r) der 20 Verteidiger\*innen eine gute Idee dazu hat?

Ich halte es für möglich, auch in dieser Situation einen Konsens darüber zu erzielen, was notwendig und unverzichtbar in einem derartigen Verfahren ist. Ein aufgeschlossenes Gericht wird verstehen, dass die zehn Angeklagten und ihre Verteidigungsteams nicht als Einheit begriffen und behandelt werden können, dass es keine ›Pool-Lösungen‹ geben kann, sondern individuelle Interessen verfolgt werden. Das braucht Zeit, die eingeplant werden muss bei der Vorbereitung

und Strukturierung der Hauptverhandlung. Aufgeschlossene Verteidiger\*innen (und hier darf auch auf eine Gruppendynamik gehofft werden) werden verstehen, dass nicht jeder immer sofort zu allem in den Saal hereinrufen kann, sondern dass es geordnete Bahnen geben muss, in denen kommuniziert werden kann.

Es geht also darum, eigene Interessen mitzuteilen und erkennbar zu machen und andererseits die Interessen der anderen wahrzunehmen und zu berücksichtigen. Wenn es Grenzen gibt, die eine Berücksichtigung der Interessen des anderen verbieten, kann auch das kommuniziert werden. Unter Profis im Strafverfahren müsste das leistbar sein.

Sicherlich würde sich auch dieser Umgang mit einander atmosphärisch und motivational auf den Verteidigungsstil auswirken. Es wäre einen Versuch wert, den Notfallkoffer und alle anderen Drehbücher für die Hauptverhandlung auf diese Weise überflüssig zu machen.

Lars Bachler

## WAS IST EIN NOTFALL?

KURZE GEDANKEN ZUM NOTFALLKOFFER UND

ERGÄNZUNGEN ZU *GROSS-BÖLTING* »NOTFALLKOFFER

UND CO. ALS INTERAKTIONSVERHINDERER«

Zunächst einmal: Manche Strafverfahren laufen gut, andere schlecht. Was bedeutet das überhaupt? Läuft ein Strafverfahren gut, wenn es reibungslos über die Bühne gebracht wird? Oder eher, wenn sein reibungsloser Ablauf verhindert oder gestört wird? Oder knüpft der gute Ablauf an die Verurteilung des Angeklagten um jeden Preis an? Oder seinen Freispruch um jeden Preis?

Das Strafverfahren ist ein justizförmiges Verfahren zur Feststellung einer Tat und ihrer Ahndung.<sup>1</sup> Nicht mehr, nicht weniger. Ob dieses Verfahren gut oder schlecht, gelungen oder misslungen oder irgendetwas dazwischen ist, bemisst sich allein danach, ob das Verfahren dazu gedient hat, diesen Zweck zu erreichen, zu fördern oder jedenfalls nicht zu erschweren.

Welche Rolle kann ein ›Notfallkoffer‹ in einem solchen Verfahren spielen? Sehen wir uns zunächst seinen Inhalt an, über den *Gross-Bölting* einen Überblick gibt: Der ›Koffer‹ enthält Beschlussvorlagen und Handlungsanweisungen, die allgemein für verschiedene zu erwartende – oder zu befürchtende – Prozesssituationen Hilfestellungen anbieten. So enthält er Entwürfe für Anordnungen oder Beschlüsse, mit denen das Gericht auf Anregungen und Anträge jedenfalls dann reagieren kann, wenn es ihnen, aus welchen Gründen auch immer, nicht nachkommen will. Der ›Notfallkoffer‹ dient also im Rahmen der obigen Definition dazu, das ›Justizförmige‹ des Verfahrens zu sichern, indem er Möglichkeiten aufzeigt, auf prozessual zulässige Anträge prozessordnungsgemäß zu reagieren.

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Fischer* in KK-StPO, 8. Auflage, Einl. Rn. 3.

Was aber ist sein Einfluss auf den beherrschenden Zweck des Strafverfahrens, die Erforschung der Wahrheit? Kann dabei ein ›Notfallkoffer‹ helfen oder schadet er eher? Wer hätte erwartet, dass die Antwort – wie so oft – »es kommt darauf an« lautet? Doch ich meine, dass das tatsächlich die richtige Antwort ist. Der ›Notfallkoffer‹ kann jedenfalls mittelbar dazu dienen, das Ziel des Strafverfahrens zu fördern. Tut er das, ist sein Einsatz gut; tut er das nicht, ist sein Einsatz verfehlt.

Was bedeutet das?

*Groß-Bölting* beschreibt den ›Notfallkoffer‹, zutreffender als der (alte) Name erwarten lässt, als »Drehbuch« für Prozesse, als Sammlung von Vorschlägen und Tipps, die naturgemäß – niemand kennt den konkreten Prozessablauf im Voraus – allgemein formuliert sind und der Vervollständigung harren. Das führt nach ihrer – von mir geteilten – Ansicht zu einem Gefühl der Sicherheit und des Gerüstetseins für alle Eventualitäten.

Ist das negativ? Kann der Richter den Fall, die Anklage, die Einlassung, die Beweisaufnahme und die Erklärungen der Beteiligten sachgerechter würdigen, wenn er im Verfahren ›schwimmt‹, wenn er sein gesamtes Augenmerk darauf richten muss, keine vorgeschriebene Verfahrenshandlung zu vergessen, nichts falsch zu machen und wenn ihm der Schweiß rinnt, sobald das Wort »Antrag« fällt? Ich fürchte, nicht. Nun mag man einwenden, der solchermaßen schwimmende Richter werde auch sonst sein Ziel, die richtige Entscheidung in der Sache, eher verfehlen. Das mag sein. Aber sicher scheint mir, dass derjenige, der verfahrensrechtlich gerade mal mit der Nase über Wasser ist, den Hafen schwerlich sehen kann. Ein Rettungsring kann da nicht schaden. Oder eben ein Koffer, an den man sich halten kann, um nicht seine ganze Energie darauf zu verwenden, nicht unterzugehen. Übersetzt: Ein Gefühl von Sicherheit im Verfahren und die auch sonst bei Juristen als maßgeblich geschätzte Kenntnis der Stelle, wo man nachschauen muss, wenn man es braucht, hilft, den Blick auf das Wesentliche konzentrieren zu können.

Halten wir fest: Der Wahrheitsfindung steht ein ›Drehbuch‹ für die Hauptverhandlung für sich genommen nicht im Weg. Hinzu kommt, dass das ›Drehbuch‹ keine Vorschläge enthalten kann, die

dem Prozessrecht widersprechen, also rechtswidrig sind. Wäre das der Fall, führte mithin die ›Regieanweisung‹ auf direktem Weg in die erfolgreiche Revisionsrüge, wäre sie kein Hilfsmittel, sondern das Gegenteil. Stattdessen darf das ›Drehbuch‹ allein einen gangbaren, das heißt rechtmäßigen Weg aufzeigen, einen Prozessablauf zu gestalten und Verfahrensrecht richtig anzuwenden. Dass die Gestaltung des rechtmäßigen und die Sache fördernden Ablaufs des Verfahrens in erster Linie dem Gericht und dessen Vorsitzenden als vom Gesetz<sup>2</sup> übertragene Aufgabe zusteht, ist vielleicht nicht jedermanns erste Wahl, aber hinzunehmen.

Warum also die Kritik, könnte man fragen. Warum die Beschreibung unfreundlicher Prozessszenen, Übergangener oder jedenfalls zurückgestellter Wortmeldungen und einsilbiger Gerichtsentscheidungen? Warum die Beschwerde über unnahbare und wortkarge Richter, die bei der ersten Gelegenheit in die Formularsammlung greifen und alles ablehnen, was da kreucht und fleucht? Zugespitzt: Wie kann eine zutreffende Anwendung strafprozessualer Vorschriften und die Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener Aufgaben Anlass für Kritik geben, die obendrein auch noch übersieht, dass damit der Freiraum für das Wesentliche, die Wahrheitsfindung, geschaffen wird?

Aber so einfach ist es dann doch nicht. Denn auch das Strafverfahren in seiner gesetzlichen Ausgestaltung enthält kommunikative Elemente;<sup>3</sup> die Bedeutung eines kommunikativen Prozesses zwischen den Verfahrensbeteiligten dürfte anerkannt sein.<sup>4</sup> Es bleibt daher die Frage, ob ein ›Drehbuch‹ diese kommunikativen Elemente zerstören oder so sehr niederhalten kann, dass sie zur bloßen Randerscheinung, zur Formalie werden.

Dass es Szenen, wie die von *Groß-Bölting* beschriebenen gibt, wird wohl niemand leugnen, der schon häufiger mit Beteiligten eines Strafverfahrens, gleich in welcher prozessualen Rolle, gesprochen

<sup>2</sup> Der Hinweis auf § 238 Abs. 1, 2 StPO ist zwar abgegriffen, aber zutreffend.

<sup>3</sup> Etwa § 243 Abs. 5 S. 3, §§ 257b, 265 StPO.

<sup>4</sup> Siehe nur Punkt 12 des Berichts der ›Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens‹, BMJV, 2015.

hat. Die Differenzen in der Wahrnehmung liegen allerdings nicht so sehr in einer unterschiedlichen Beschreibung des Phänomens, als vielmehr in der Feststellung, wer für diese Situation verantwortlich zu machen ist. Dass das – naturgemäß – in der Regel der jeweils andere ist, überrascht nicht.

Bleiben wir beim ›Notfallkoffer‹, um wieder diesen Begriff zu verwenden: Ist seine Verwendung durch das Gericht der Auslöser solcher Szenen? Läge das nicht nahe, da es doch schließlich das Gericht selbst ist, das zu den kommunikationshemmenden Formularen und Vorstücken greift? Doch auch hier ist die Sache nicht so einfach, die Verantwortlichkeit nicht so leicht zugewiesen. Vielmehr kommt es aus meiner Sicht darauf an, ob der ›Koffer‹ richtig, das heißt situationsgerecht und seiner Bestimmung nach, angewendet wird oder nicht. Sehen wir uns dazu die Begrifflichkeit näher an. Von Interesse ist nicht unbedingt der ›Koffer‹ als Wortbestandteil; tatsächlich findet sich – moderne Zeiten! – auch eher ein ggf. noch unterteilter Dateiordner, je nach der Akribie und Ordnungsliebe seines Nutzers.

Wichtiger ist der erste Wortteil, der ›Notfall‹. Laut Duden handelt es sich dabei um eine »Situation, in der dringend Hilfe benötigt wird« oder eine »Lage, Situation, in der etwas Bestimmtes nötig ist, gebraucht oder notwendig wird«.<sup>5</sup> Es fehlt beim Notfall also an etwas, beim strafprozessualen mithin die Idee, die Vorlage, wie mit einer bestimmten Prozesssituation umzugehen ist. In diesen Fällen soll der ›Notfallkoffer‹ helfen, indem er einen Vorschlag an die Hand gibt, die Situation zu meistern. Wann Hilfe erforderlich ist oder eine Situation vorliegt, die zum Gebrauch eines bestimmten Mittels nötig ist, ist zwar einer objektiven Betrachtung zugänglich (»Dem Menschen muss geholfen werden!«), aber jedenfalls dann, wenn der Hilfsbedürftige selbst, durch eigenes Handeln Abhilfe schaffen kann, vornehmlich subjektiv zu bestimmen (»Jetzt helfe ich mir selbst!«). Da der ›Notfallkoffer‹ zur Disposition des ihn nutzenden Richters steht, bestimmt dieser auch, wann die Zeit reif ist, ihn zu öffnen.

Liegt nicht im Ergebnis gerade – und nur – hier das Problem? Der eine Richter sieht sich auch durch die heftigste Sturmflut passender oder weniger passender Anträge nicht aus der Ruhe gebracht, ergreift

<sup>5</sup> [www.duden.de/rechtschreibung/Notfall](http://www.duden.de/rechtschreibung/Notfall)

die jeweils notwendigen und prozessfördernden Maßnahmen und behält das Ziel, die Wahrheit zu finden, stets im Blick. Der andere fühlt sich schon dann einem Konflikt ausgesetzt, wenn der Verteidiger nicht freundlich genug »Guten Morgen« gesagt hat, sodass jeder seiner folgenden Regungen mit einem entsprechenden Formular begegnet werden »muss«. Und dazwischen liegen alle anderen Fälle, sicher die mit Abstand größte Gruppe.

Hängt es also allein von der jeweiligen Konstitution des Gerichts ab, ob der »Notfallkoffer« eingesetzt wird und ob er schlimmstenfalls jeden Ansatz einer Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten unterbindet? Ich denke, nicht. Zwar spielt Psychologie auch bei dieser Frage eine gewichtige Rolle. Aber in welchem Strafverfahren wäre das nicht der Fall? Es ist in den meisten Verfahren meines Erachtens weder vorherbestimmt noch unabänderlich, ob und in welchem Umfang ein »Notfallkoffer« herangezogen wird und ob es – auch ganz unabhängig davon – zu einem kommunikativen Prozess kommt. Und damit meine ich sicher nicht die Situation, dass die Verteidigung keine Anträge mehr stellen sollte.

Auch Konstitutionen oder eher ihre tatsächlichen Auswirkungen im Einzelfall sind relativ. Sie bestehen nicht unabhängig von Situationen und Umständen, in denen sie zur Geltung kommen. Situationen aber sind beeinflussbar, in der Regel von allen Seiten. Stehen die Zeichen von Beginn an auf Sturm, wird der Einsatz eines »Notfallkoffers« und damit die – zumindest – Formalisierung der Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten wahrscheinlicher. Erkennt das Gericht, dass sachgerechte Verteidigung betrieben wird, ohne dass der Verteidiger auch gleich die Verhandlungsführung an sich reißen, gleichsam in den »Kernbereich« der richterlichen Aufgabe wie auch seiner Selbstachtung vordringen will, wird eine »praktische Konkordanz« des vom Gericht geplanten Ablaufs und den Belangen der Verteidigung leichter hergestellt werden können. Das mag nach einer Binsenweisheit klingen. Aber genauso mag es – egal, auf welcher Seite – auch manchmal helfen, sich Binsenweisheiten vor Augen zu führen, wenn das Verhandlungsbarometer im Keller ist. Jedenfalls eher, als weiter zu eskalieren und anschließend die Schuld allein dem Anderen zuzuweisen.

Ein Schlüssel scheint mir Empathie zu sein. Um ein weiteres Mal den Duden heranzuziehen: Die Bereitschaft und Fähigkeit, sich in die Einstellungen anderer Menschen einzufühlen.<sup>6</sup> Denn in aller Regel sind Prozesssituationen und der Umgang mit ihnen eben nicht so vorherbestimmt, dass jede Tragödie einfach nur ihren Lauf nehmen muss, ohne dass irgendjemand sie aufhalten könnte. Ein Aufhalten und Einwirken ist aber vor allem dann möglich und erfolgversprechend, wenn man nicht nur in der Lage, sondern auch bereit ist, sich in die Lage – und Rolle – des Anderen hineinzusetzen. Es hilft, ab und an kurz inne zu halten und sich zu fragen, warum der Andere gerade so handelt, wie er es tut. Das funktioniert nicht immer, gewiss. Die Welt besteht nicht nur aus netten Menschen. Aber so schlimm, wie es manchmal auf den ersten Blick scheinen mag, sind die allermeisten dann eben doch nicht.

<sup>6</sup> [www.duden.de/rechtschreibung/Empathie](http://www.duden.de/rechtschreibung/Empathie).



Prof. Dr. Michaela Pfundmair

## WIE INNERE HYPOTHESEN DIE WAHRNEHMUNG DETERMINIEREN

Harold Kelley führte 1950 folgende Studie durch: Er erzählte Studierenden verschiedener Klassen einer Wirtschaftsschule, dass an diesem Tag ein Gastdozent lehren würde. Den Studenten wurde eine Kurzbiografie dieses Gastdozenten vorgelegt, in der der Werdegang des Dozenten und dessen Persönlichkeit skizziert wurde. Von dieser Biografie existierten jedoch zwei Versionen, die bis auf ein Wort identisch waren: In Version 1 wurde der Dozent als *kühle* Persönlichkeit beschrieben, in Version 2 als *warmherzige* Persönlichkeit. Im Anschluss an den 20minütigen Vortrag des Gastdozenten wurden die Eindrücke und das Verhalten der Studierenden untersucht. Obwohl die Studierenden dieselbe Person erlebt hatten, zeigten sich Unterschiede in den Reaktionen der Studierenden, die davon abhängig waren, welche Version sie vorab gelesen hatten: Studierende mit Version 1 gaben dem Dozenten eine schlechtere Bewertung und beteiligten sich weniger an der anschließenden Diskussion als Studierende, die Version 2 erhalten hatten.

Wie ist dieser Unterschied zu erklären? Die Studierenden unterlagen in diesem Experiment einer Wahrnehmungsverzerrung: Sie nahmen verstärkt die Informationen wahr, die ihre innere Hypothese stützten, und vernachlässigten die, die dagegen sprachen. Psychologen fassen diesen Prozess unter der Hypothesentheorie der sozialen Wahrnehmung.

## DIE HYPOTHESENTHEORIE DER SOZIALEN WAHRNEHMUNG

Folgt man den Annahmen der Theorie, so beginnt jeder Wahrnehmungsvorgang mit einer Hypothese. Hypothesen sind Annahmen oder Vermutungen, die eine Person über sich oder ihre Umwelt aufrechterhält. Diese Hypothesen determinieren bis zum einen gewissen Grad unsere Wahrnehmung.<sup>1</sup> Das Sprichwort »Zwei hören die gleiche Sinfonie, doch das Gleiche nie« versinnbildlicht diesen Prozess: Denn selbst wenn Personen derselben Situation ausgesetzt sind, nehmen sie je nach Ausgestaltung ihrer inneren Hypothesen ihre Umwelt wahr. Eine Hypothese kann sogar eine stärkere Determinante von Wahrnehmung sein, als die Situation selbst.<sup>2</sup> Das passiert, wenn Menschen Dinge wahrnehmen, die eigentlich nicht existieren, aber ihren Hypothesen entsprechen.

Wie entstehen innere Hypothesen? Hypothesen können einer Persönlichkeit oder genetischen Grundlagen entspringen. Sie können auch aus Lernprozessen – Konditionieren, Modell- oder Gruppenlernen – generiert werden. Zudem werden sie durch eigene Erfahrungen geprägt. Diese Selbsterfahrung folgt in der Regel drei Schritten:<sup>3</sup> (1) Eine Person hat eine bestimmte Hypothese über ein Ereignis. (2) Sie nimmt Informationen über den Gegenstand dieser Hypothese wahr. (3) Sie gleicht ihre Wahrnehmung mit ihrer Hypothese ab. Der Vorgang ist abgeschlossen, wenn die innere Hypothese bestätigt wurde. Aber: Eine Initialhypothese kann sich auch ändern oder anpassen, wenn widersprechende Reizinformationen vorliegen.

Im Folgenden sollen die beschriebenen Prozesse am Beispiel eines einer Hauptverhandlung vorsitzenden Richters vertieft werden. Es sollte jedoch bedacht werden, dass diese Prozesse in (nahezu) allen Menschen verankert sind und täglich in verschiedensten Kontexten geschehen.

1 vgl. Lilli, W. & Frey, D.: Die Hypothesentheorie der sozialen Wahrnehmung. In D. Frey & M. Irle (Eds.), *Theorien der Sozialpsychologie. Band 1: Kognitive Theorien* (S. 49-78). Bern: Huber, 1993.

2 vgl. Allport, G. W. & Postman, L. J.: *The psychology of rumor*. New York: Holt, Rinehart & Wilson, 1947.

3 Bruner, J. S.: Personality dynamics and the process of perceiving. In R. R. Blake & G. V. Ramsey (Hrsg.), *Perception: An approach to personality* (S. 121-147). New York: The Roland Press, 1951.

Kommt ein Richter nun mit einer bestimmten Hypothese in die Hauptverhandlung, ist davon auszugehen, dass er vor allem – oder vielleicht sogar nur – die Aspekte sieht, die diese Hypothese validieren: zum Beispiel die noch nicht bewiesene Schuld des Angeklagten. Unspezifische Äußerungen und nonverbales Verhalten des Angeklagten könnten vom Richter in Richtung seiner Schuldhaftigkeit interpretiert werden. Aber die Hypothese des Richters könnte auch korrigiert werden, wenn von den weiteren Verfahrensbeteiligten widersprechende Informationen dargeboten werden.

#### HYPOTHESENSTÄRKE ALS ZENTRALES KONSTRUKT

Wie gut kann sich eine Hypothese durchsetzen? Die Hypothesenstärke entscheidet, wie sehr die eigene Wahrnehmung durch eine Hypothese determiniert ist. Dabei gelten folgende Prinzipien:<sup>4</sup> (1) Je stärker eine Hypothese ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie aktiviert wird. (2) Je stärker eine Hypothese ist, desto weniger umfassend müssen die Reizinformationen sein, die zu ihrer Bestätigung notwendig sind. Und (3) je stärker eine Hypothese ist, desto umfassender müssen die Reizinformationen sein, um sie zu widerlegen. Folglich sind starke Hypothesen besonders änderungsresistent. Eine Änderung ist nur möglich, wenn wiederholt widersprechende Informationen zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Situationen auftreten.

Für das Beispiel des Richters würde dies Folgendes bedeuten: Hat unser Richter eine starke innere Hypothese über die Schuld des Angeklagten, wird er diese mit Sicherheit in der Hauptverhandlung aktivieren. Er wird sich durch entsprechende Wahrnehmungen schneller bestätigt fühlen. Widersprechende Informationen werden weniger wahrscheinlich dazu führen, dass er seine Hypothese verwirft. Um eine solche Hypothese auszuhebeln, bedarf es von den weiteren Verfahrensbeteiligten vieler und häufiger starker ›Gegenbeweise‹.

<sup>4</sup> *Lilli & Frey, 1993, a.a.O.*

## DETERMINANTEN DER HYPOTHESENSTÄRKE

Was bedingt aber nun die Stärke einer Hypothese? Dies kann von fünf Faktoren abhängig sein.<sup>5</sup> Zum einen von der Häufigkeit früherer Bestätigungen: Eine Hypothese ist umso stärker, je häufiger sie in der Vergangenheit bestätigt wurde. Dies scheint plausibel, denn wenn sich Wahrnehmungsvorgänge im Lebenslauf eines Beobachters wiederholen, bildet sich ein System bewährter Hypothesen aus. Zum Zweiten bedingt die Stärke einer Hypothese ihre Monopolität. Die stärkste Hypothese ist immer die einzelne, konkurrenzlose, die sog. Monopolhypothese. Je mehr Hypothesen verfügbar sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine davon zum Zug kommt. Denn dadurch verlängert sich die Entscheidungszeit und die Entscheidungssicherheit nimmt ab; ein Perspektiven- und Strategienwechsel ist dann wahrscheinlicher. Zum Dritten ist die Stärke einer Hypothese von ihren kognitiven Konsequenzen abhängig. Je mehr eine Hypothese im kognitiven System eingebettet ist, desto stärker ist sie. Die Änderung einer Hypothese, die zu vielen anderen Informationen in Beziehung steht, fällt schwerer, da in der Folge auch andere Informationen geändert werden müssten. Viertens bedingt die Stärke einer Hypothese ihre motivationalen Konsequenzen. Je stärker die motivationale Unterstützung für eine Hypothese ist – zum Beispiel, weil deren Anwendung mit Belohnungen verbunden ist –, desto stärker ist sie. Fünftens spielen bei der Hypothesenstärke auch soziale Konsequenzen eine Rolle. Denn eine Hypothese kann auch bestätigt werden, wenn man mit anderen übereinstimmt, selbst dann, wenn passende Reizinformationen an sich nicht vorhanden sind. Soziale Unterstützung kann explizit im Rahmen einer ganz konkreten menschlichen Begegnung stattfinden, aber auch durch geteilte kulturelle oder gesellschaftliche Vorstellungen implizit vorhanden sein.

In unserem Beispiel der Hauptverhandlung hieße das, dass das Vorbringen von Alternativhypothesen den Richter leichter von seiner inneren Hypothese der Schuld des Angeklagten lösen könnte. Neue widersprechende Informationen könnten sein kognitives System erweitern und so das Verwerfen der Initialhypothese erleichtern.

<sup>5</sup> Bruner, 1951, a.a.O.

Auch der Entzug sozialer Unterstützung könnte förderlich sein. Dazu könnte nicht nur die Beharrlichkeit der weiteren Verfahrensbeteiligten in der Darstellung von ›Gegenbeweisen‹ hilfreich sein, sondern auch die Präsentation von Gegenbeispielen aus anderen Verfahren, um implizite Vorstellungen sozialer Unterstützung aufzubrechen.

#### DER ›PFERDEFUSS‹ BEIM AUSHEBELN BESTEHENDER HYPOTHESEN: DIE REAKTANZ

Ein zu hoher Druck beim Aushebeln bestehender Hypothesen durch widersprechende Informationen kann allerdings das Gegenteil erreichen. Denn hierdurch kann Reaktanz entstehen, eine ›Trotzreaktion‹, die darauf abzielt, eine verlorene oder bedrohte Freiheit wiederherzustellen.<sup>6</sup> Ein plastisches Beispiel dieses Effekts stellt die Studie von *Pennebaker* und *Sanders* (1976) dar.<sup>7</sup> Die Forscher brachten an den Türen öffentlicher Toiletten zwei verschiedene Schilder an, um Geschmiere an den Wänden zu verhindern: »Schreiben Sie unter gar keinen Umständen an diese Wände« und »Schreiben Sie bitte nicht an diese Wände«. Zwei Wochen später wurde ausgezählt, wie viele Graffiti an den Wänden zwischenzeitlich entstanden waren. Beim härteren Verbot wurden deutlich mehr Graffiti vorgefunden als beim milden Verbot. Menschen, die starken Ermahnungen ausgesetzt sind, neigen folglich dazu, genau das Gegenteil zu tun, um ihre Gefühle von persönlicher Freiheit und eigenen Entscheidungsmöglichkeiten wiederherzustellen. Die Stärke der Reaktanz ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Sie ist höher, wenn ein Mensch die Überzeugung hat, einen Freiheitsspielraum zu besitzen, wenn ihm die eingeengte Freiheit wichtig ist, wenn die Einengung ein hohes Ausmaß annimmt und wenn die eigenen Kompetenzen als hoch erlebt werden.<sup>8</sup>

Verfahrensbeteiligte, die in unserem Beispiel die innere Hypothese des Richters aushebeln möchten, müssen, wie ausgeführt, ›widerspenstig‹ sein. Aber sie dürfen nicht so widerspenstig sein, dass

6 vgl. *Brehm, J. W.: A theory of psychological reactance.* New York: Academic Press, 1966.

7 *Pennebaker, J. W. & Sanders, D. Y.: American graffiti: Effects of authority and reactance arousal. Personality and Social Psychology Bulletin, 2(3), 1976, 264-267.*

8 vgl. *Brehm, S. S. & Brehm, J. W.: Psychological reactance: A theory of freedom and control.* New York: Academic Press, 1981; *Clee, M. A. & Wicklund, R. A.: Consumer behavior and psychological reactance. Journal of Consumer Research, 6(4), 1980, 389-405.*

sie im Richter Reaktanz auslösen, denn dies wird im schlechtesten Fall das Gegenteil bewirken. Dass dies im Gerichtssaal passiert, ist wahrscheinlich, denn Richter haben in der Regel einen relativ großen Freiheitsspielraum und hohe Kompetenzen zu selbstständigen Entscheidungen. Um nun Reaktanz im Richter zu vermeiden, sollten die weiteren Verfahrensbeteiligten widersprechende Informationen so übermitteln, dass sie nicht als illegitime Freiheitseinschränkung empfunden werden. Ferner könnte hilfreich sein, dem Richter seine Kompetenzen einzugestehen.

#### AUSWIRKUNGEN INNERER HYPOTHESEN: DER HALO-EFFEKT

Der Halo- oder auch Heiligenschein-Effekt ist eine unbewusste Urteilsverzerrung, die daraus besteht, dass ein einzelnes, bekanntes Merkmal auf die Bewertung weiterer unbekannter Merkmale abfärbt<sup>9</sup> – somit eine bestimmte Hypothese die Wahrnehmung spezifisch beeinflusst. Eine der bekanntesten Facetten dieses Effekts ist das ›What is beautiful is good‹-Stereotyp. Demnach werden gutaussenden Menschen automatisch positive Eigenschaften zugeschrieben, z.B. eine höhere Intelligenz, Freundlichkeit oder Ehrlichkeit.<sup>10</sup> Studien im juristischen Kontext zeigen, dass die innere Hypothese über den Zusammenhang zwischen Attraktivität und positiven Attributen auch dazu führen kann, attraktive Angeklagte weniger wahrscheinlich und weniger schwer zu bestrafen.<sup>11</sup> Dieser Effekt verringert sich allerdings, je schwerer ein Tatbestand einzuschätzen ist.<sup>12</sup>

Es können jedoch nicht nur positive Attribute die Wahrnehmung ›überstrahlen‹, sondern auch negative. Dies wird ›Devil‹ oder auch ›Teufelshörner-Effekt‹ genannt. Studien zeigen beispielsweise,

9 vgl. *Thorndike, E. L.*: A constant error in psychological ratings. *Journal of Applied Psychology*, 4(1), 1920, 25-29.

10 vgl. *Dion, K., Berscheid, E. & Walster, E.*: What is beautiful is good. *Journal of Personality and Social Psychology*, 24(3), 1972, 285-290.

11 vgl. *Darby, B. W. & Jeffers, D.*: The effects of defendant and juror attractiveness on simulated courtroom trial decisions. *Social Behavior and Personality*, 16(1), 1988, 39-50; *Leventhal, G. & Kratochwill, R.*: Physical attractiveness and severity of sentencing. *Psychological Reports*, 40(1), 1977, 315-318.

12 vgl. *Piehl, J.*: Integration of information in the »courts« Influence of physical attractiveness on amount of punishment for a traffic offender. *Psychological Reports*, 41(2), 1977, 551-556.

dass Menschen zu den bloßen Begrifflichkeiten »Kinder« und »Sex« konkrete negative Vorstellungen haben. Obwohl sich verschiedenste Straftatbestände dahinter verbergen könnten, assoziieren sie damit abartige, gewalttätige Persönlichkeiten und wünschen sie Höchststrafen bis hin zum Tode.<sup>13</sup> Dieser Effekt zeigt sich auch darin, dass Menschen in der Regel nicht zwischen Sexualtätern und Menschen mit pädophilen Neigungen unterscheiden; allein das Vorhandensein pädophiler Gedanken empfinden viele als Straftat.<sup>14</sup>

Was bedeuten diese Befunde für das Beispiel unseres Richters in der Hauptverhandlung? In Menschen sind häufig ähnliche Hypothesen verankert, zum Beispiel dass Attraktivität mit positiven Eigenschaften einhergeht und die Kombination von Kindern und Sexualität mit höchst negativen; möglicherweise auch im Richter unseres Beispiels. Ein Verfahrensbeteiligter könnte sich solche bekannten Hypothesen zunutze machen. Zum Beispiel könnte ein gepflegter Eindruck des Angeklagten helfen, eine solche Hypothese im Richter zu aktivieren, um im besten Fall ein geringeres Strafmaß zu erreichen. Aber es könnte auch sinnvoll sein, die Aktivierung einer solchen Hypothese zu vermeiden. Zum Beispiel könnten kritische Tatbestände eher deskriptiv benannt werden, um ein hohes Strafmaß zu verhindern.

#### AUSWIRKUNGEN INNERER HYPOTHESEN: DIE SELBSTERFÜLLENDE PROPHEZEIUNG

*Rosenthal* und *Jacobson* führten 1968 mit Kindern einer Grundschule einen IQ-Test durch.<sup>15</sup> Im Anschluss wurde in den Köpfen der Lehrer eine spezifische Hypothese generiert: Ihnen wurden gefälschte Rückmeldungen über den IQ ihrer Schüler mitgeteilt. Nach einem Schuljahr wurde erneut der IQ-Test an den Kindern durchgeführt.

13 vgl. *Pfundmair, M.*: The devil effect of the terms »child« and »sex«. *Manuscript in preparation*, 2019.

14 vgl. *Jahnke, S., Imhoff, R. & Hoyer, J.*: Stigmatization of people with pedophilia: Two comparative surveys. *Archives of Sexual Behavior*, 44(1), 2015, 21-34; *Wurtele, S. K.*: University students' perceptions of child sexual offenders: Impact of classroom instruction. *Journal of Child Sexual Abuse*, 27(3), 2018, 276-291.

15 *Rosenthal, R. & Jacobson, L.*: Pygmalion in the classroom. *The Urban Review*, 3(1), 1968, 16-20.

Hierbei zeigte sich ein überraschendes Ereignis: Die IQ-Werte der Kinder hatten sich der Hypothese ihrer Lehrer angepasst – deren Hypothese war somit zwischenzeitlich zur Realität geworden. Weshalb geschah dies? Die Lehrer hatten den ›guten‹ Schülern während des Schuljahres ein wärmeres emotionales Klima geschafft, ihnen mehr zu lernen gegeben, mehr Feedback übermittelt und ihnen mehr Möglichkeiten der Unterrichtsbeteiligung verschafft.<sup>16</sup> Dieser Prozess der selbsterfüllenden Prophezeiung – auch ›Rosenthal-Effekt‹ genannt – verläuft dreistufig: (1) Ein Mensch hat eine gewisse Hypothese über eine andere Person und ihr Verhalten. (2) Diese beeinflusst das eigene Verhalten gegenüber der Person. Und (3) die Person verhält sich dadurch konsistent gegenüber der Hypothese. Innere Hypothesen können somit Wirklichkeit werden. Der Effekt der selbsterfüllenden Prophezeiung wurde in verschiedensten Bereichen repliziert, auch im juristischen Kontext.<sup>17</sup>

In unserem Beispiel könnte die selbsterfüllende Prophezeiung ebenfalls eine Rolle spielen. Durch einen entsprechenden Umgang mit dem Angeklagten könnte dieser unbewusst sein Verhalten an die richterliche Hypothese anpassen. Die Hypothese des Richters über die Schuld des Angeklagten könnte somit letzten Endes dazu führen, dass sich dieser selbst schuldig verhält.

#### WAS TUN GEGEN INNERE HYPOTHESEN?

Alle Menschen gehen also mit gewissen Hypothesen durch die Welt, die ihre Wahrnehmung mehr oder weniger determinieren. Diese können jedoch unter gewissen Umständen ausgehebelt werden. Könnte anstelle des Aushebels ungünstiger bestehender Hypothesen einfach vermieden werden, überhaupt Hypothesen zu aktivieren? Innere Hypothesen sind Teil des jedem innewohnenden automatischen Denkens, das hilfreich ist, um schnell und effizient die Umwelt einzuschätzen, aber eben auch Verzerrungen fördert. Das automatische Denken kann allerdings abgelöst werden durch die kontrollierte

<sup>16</sup> vgl. Brophy, J.: Research on the self-fulfilling prophecy and teacher expectations. *Journal of Educational Psychology*, 75(5), 1983, 631-661.

<sup>17</sup> vgl. Farrell, R. A. & Swigert, V. L.: Prior offense record as a self-fulfilling prophecy. *Law and Society Review*, 12, 1978, 437-453.



soziale Kognition. Diese ist bewusst, absichtlich und freiwillig, aber auch mit mentaler Energie verbunden. In der Regel übernimmt das kontrollierte Denken nur bei ungewöhnlichen Vorkommnissen. Um es zu aktivieren, sind Motivation und mentale Kapazitäten notwendig.<sup>18</sup> Mit bewusstem Wollen und Können ist es also möglich, innere Hypothesen gänzlich zu vermeiden.

18 vgl. Petty, R. E. & Wegener, D. T.: The elaboration likelihood model: Current status and controversies. In S. Chaiken & Y. Trope (Hrsg.), *Dual-process theories in social psychology* (S. 41-72). New York: Guilford Press, 1999; Trope, Y. & Liberman, A.: Social hypothesis testing: Cognitive and motivational mechanisms. In E. T. Higgins & A. W. Kruglanski (Hrsg.), *Social psychology: Handbook of basic principles* (S. 239-270). New York: Guilford Press, 1996.



Wiebke Ramm

## WAS STRAFVERTEIDIGER TUN KÖNNEN, UM DIE QUALITÄT DER GERICHTSBERICHTERSTATTUNG ZU VERBESSERN. EIN PRAXISBERICHT.

### I.

Verehrte Damen, meine Herren, es ist mir tatsächlich eine Freude, heute mit Ihnen diskutieren zu dürfen. Und ich bin mir sicher, dass es eine kontroverse Diskussion werden wird. Sie gestehen mir zu, dass es mir allerdings eine noch etwas größere Freude ist, Ihnen zunächst ein paar Takte erzählen zu dürfen, ohne dass Sie die Chance haben, mir sofort zu widersprechen.

Denn, auch wenn es in der Arbeitsgruppenbeschreibung so deutlich nicht formuliert ist, liegt die Annahme doch nahe, dass manche von Ihnen eine konkrete Vorstellung davon haben, wer *eigentlich* an den Pranger gehört. Nämlich wir, die Gerichtsberichterstatter, die Journalisten oder schlicht: die Medien. Es ist also eine Verteidigungsrede, die Sie nun von mir zu hören bekommen, ein Plädoyer für ein besonnenes Miteinander von Journalisten und Strafverteidigern.

Denn – um das vorwegzunehmen – wenn es darum geht, die Errungenschaften des Rechtsstaates zu schützen und damit notwendigerweise den Bürger oder die Gesellschaft wieder und wieder über dessen Funktion und Funktionieren aufzuklären, dann hilft es nicht, wenn Sie die Medien am liebsten an den Pranger stellen, Sie beschimpfen und nichts mit Ihnen zu tun haben möchten. Es sichert weder den Rechtsstaat noch verbessert es die Qualität der Gerichtsberichterstattung, wenn Sie dem Gespräch mit Journalisten aus dem Weg gehen.

Ein Strafverteidiger, der das Gespräch mit Journalisten meidet, tut das vermutlich aus guten Gründen. Weil er schlechte Erfahrungen gemacht hat. Weil er seinen Mandanten schützen will. Weil er es nicht als seine Aufgabe betrachtet, inkompetenten Gesprächspartnern Nachhilfe in Jura zu geben.

Ein Strafverteidiger, der das Gespräch mit Journalisten meidet, tut aber – ich wiederhole mich – auch nichts dafür, die Qualität der Gerichtsberichterstattung zu verbessern. Er lässt auch eine Chance für seinen Mandanten aus und kann sich hinterher nicht beklagen, dass wieder nur die andere Seite in der Presse stattfindet. Er verpasst zudem die Möglichkeit, nicht nur zu diesem einen Medienvertreter zu sprechen, sondern mit ihm gleichsam zur ganzen Gesellschaft.

Wenn Sie für den Rechtsstaat kämpfen wollen – und ich gehe fest davon aus, dass Sie das tun wollen –, dann sollten Sie uns Multiplikatoren nicht davonlaufen. Stattdessen sollten Sie sich ein Bild davon machen, ob der Journalist, der gerade über Ihr Verfahren berichtet, es nicht doch wert ist, dass Sie – im Interesse Ihres Mandanten – mit ihm sprechen.

Strafprozesse geschehen in der Regel nicht hinter verschlossenen Türen, sondern in der Öffentlichkeit. Und die Arbeit von Gerichtsberichterstellern dient der Sicherung eines fairen Verfahrens und der Aufklärung und Sensibilisierung der Bürger über die Funktion und das Funktionieren des Rechtsstaates. Trotzdem werden Journalisten von manchen Verteidigern per se als Störfaktor im Gerichtssaal wahrgenommen. Und da ich das ändern und für eine differenziertere Betrachtung meiner Branche werben möchte, werde ich nun versuchen, Ihnen die Arbeit von Journalisten etwas näherzubringen.

## II.

»Wie sehen Sie die Möglichkeiten einer Zusammenarbeit von Verteidigung und Medien?«, so lautete in der Vorbereitung eine Frage von Ihnen, verehrter Herr Moos, an mich. Ich muss gestehen, dass ich bei dem Wort »Zusammenarbeit« etwas zusammengezuckt bin. Das wird den meisten von Ihnen vermutlich genauso gehen. Denn, um es in der Sprache von FACEBOOK auszudrücken, der Beziehungsstatus zwischen Journalisten und Strafverteidigern lautet: Es ist kompliziert.

Im Materialheft für diesen Strafverteidigertag finden Sie einen Aufsatz von *Wolfgang Kubicki* aus der Festschrift für Thomas Fischer,<sup>1</sup> er stammt aus dem Jahr 2018. *Kubicki* zitiert darin aus dem ›Handbuch des Strafverteidigers‹ von Hans Dahs. Das Zitat lautet: »Der Umgang mit Presse ist ebenso aufregend und gefährlich wie der Umgang mit schönen Frauen und Pferden. Man muss ständig aufpassen, dass sie nicht durchgehen.«<sup>2</sup>

Eines kann ich Ihnen versichern, wenn Sie uns tatsächlich als Tiere betrachten, die es zu dressieren gilt, dann wird das wirklich nichts mit uns. Und das sage ich Ihnen als Journalistin und als Frau.

Während Herr *Kubicki* diese Sätze offenbar immer noch für treffend hält, sind sie in der aktuellen Auflage des ›Handbuchs des Strafverteidigers‹ immerhin gestrichen. Dort heißt es nun: »Der Umgang mit den Medien ist ebenso verführerisch wie gefährlich.«<sup>3</sup> Nichts mehr von Pferden, nichts mehr von schönen Frauen. Aber die Verführung ist offenbar noch da und die Gefahr scheint nicht gebannt. Aber lassen Sie uns das Ganze etwas sachlicher betrachten.

Dass das Verhältnis zwischen Journalisten und Verteidigern kein einfaches ist, liegt auch am gesellschaftlichen Zustand, der sich aus Ihrer Sicht möglicherweise wie folgt beschreiben lässt.

Es passt auf ungute Weise alles zusammen: der Ruf nach immer härteren Strafen und immer neuen Gesetzen, die Forderung nach der Beschneidung von Angeklagtenrechten und der Ausweitung von Nebenklagebefugnissen. Dazu die Medien, die von Jura keine Ahnung haben, aus jedem Angeklagten ein Monster machen, die Unschuldsvermutung mit Füßen treten und damit der Empörung in den sogenannten sozialen Netzwerken noch Vorschub leisten, die dann in Morddrohungen gegen Verteidiger gipfelt. Der Rechtsstaat droht den Bach runter zu gehen – und die Medien tragen ihren Teil dazu bei.

Aber stimmt diese Zustandsbeschreibung tatsächlich? Es lohnt ein genauerer Blick.

<sup>1</sup> *Kubicki, Wolfgang*: Das Verhältnis von Justiz und Medien, in: Festschrift für Thomas Fischer, C.H.Beck; 1. Aufl. 2018, S. 1145 ff.

<sup>2</sup> *Dahs, Hans*: Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl. 1999, Rn. 201.

<sup>3</sup> *Dahs, Hans*: Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 100.

### III.

Man muss immer den konkreten Einzelfall betrachten. Diese Weisheit ist nicht nur unter Juristen, sie ist auch unter Psychologen verbreitet. Sie ist richtig. Und sie gilt auch für die Medien. Von *den Medien* zu sprechen, ist genauso falsch, wie von *den Anwälten* oder *den Strafverteidigern* zu reden.

Unter Ihnen, verehrte Damen und Herren, gibt es – nur als Beispiel – diejenigen, die niemals eine Nebenklagevertretung machen werden. Es gibt auch diejenigen, die es – ausnahmsweise oder aus Überzeugung – doch hin und wieder tun, im Gespräch aber betonen, dass sie eigentlich Verteidiger sind. Es gibt gute Strafverteidiger, es gibt schlechte. So ist es auch mit Gerichtsreportern.

Es gibt diejenigen, die sich auf Gerichtsberichterstattung spezialisiert haben. Es gibt diejenigen, die nur manchmal über Strafprozesse schreiben. Es gibt kompetente, es gibt inkompetente, es gibt skrupellose und besonnene.

Auch die Bedingungen, unter denen Journalisten arbeiten, sind vielfältig. DPA arbeitet anders als die HANNOVERSCHE ALLGEMEINE ZEITUNG. Die HANNOVERSCHE ALLGEMEINE ZEITUNG anders als SPIEGEL ONLINE. SPIEGEL ONLINE anders als die SÜDDEUTSCHE ZEITUNG. Die SÜDDEUTSCHE ZEITUNG anders als DER SPIEGEL. Und alle Genannten anders als die BILD. Zu der viel und zu Recht beklagten Medienkrise gehört, dass sich die Arbeitsbedingungen von Journalisten verschlechtert haben. In den meisten Redaktionen werden immer mehr Stellen gestrichen, was zu einer Verdichtung von Arbeit führt.

Mein Weg führte mich von der HANNOVERSCHEN ALLGEMEINE ZEITUNG irgendwann über die SÜDDEUTSCHE ZEITUNG zu SPIEGEL ONLINE und damit zu einem Haus mit einer langen Tradition in der Gerichtsberichterstattung.

DER SPIEGEL weiß, dass seriöse Gerichtsberichterstattung Zeit und Geld kostet. Und er leistet es sich. Denn wer nur zum Auftakt und zum Urteil, vielleicht noch zu den Plädoyers im Gerichtssaal vorbeischaut, kann dem Leser den Prozessstoff nicht erklären. Er kann es nicht, weil er ihn gar nicht mitbekommt. Er kann Richter, Verteidiger und Staatsanwälte auch nicht kritisieren, wenn es etwas zu kritisieren gibt.

Aus diesem Grund ähneln viele Gerichtsberichte Kriminalberichten. Im Vordergrund der Berichterstattung steht, was der Angeklagte wo mit wem wieso gemacht haben soll. In den Hintergrund gerät, ob zum Beispiel Gutachter ihr Handwerk verstehen oder die Ermittler bei der Vernehmung die Rechte des Beschuldigten gewahrt haben.

#### IV.

»Sagen, was ist« – dieser journalistische Leitspruch des SPIEGEL hat – trotz Relotius – Gültigkeit. Dieser prägnante Satz, der im Foyer des SPIEGEL in großen Lettern an der Wand hängt, sagt alles und lässt doch vieles offen.

Schaut ein Journalist auf einen Strafprozess, kann er die Frage »Was ist?« ganz unterschiedlich beantworten. Denn was er dort zu erleben meint, hängt auch davon ab, wonach er sucht. Mein Verständnis von Gerichtsberichterstattung ist im Wortsinn eine Prozessberichterstattung. Mich interessiert der Umgang der Gesellschaft mit Normbrüchen.

Jemand gerät in den Verdacht, ein Verbrechen begangen zu haben, wird angeklagt und gerät in einen – im Foucault 'schen Sinne – Disziplinierungsapparat, dessen Regeln er nicht kennt und dessen Sprache er nicht versteht. Der Angeklagte ist faktisch nicht länger handelndes Subjekt, sondern dem Rat und den Fähigkeiten seiner Verteidiger ausgeliefert. Er kann in aller Regel keine Beweisanträge stellen, kann keine Fragen beanstanden, keine Verfügungen oder Beschlüsse fordern, schon weil ihm schlicht die Kenntnis dazu fehlt. Er wird sich nicht einmal äußern, wenn er sich äußern will, weil ihm aus guten Gründen zum Schweigen geraten wird. Die persönliche Katastrophe des Angeklagten gerät in fremde Hände und wird vor Gericht einer streng geregelten Ordnung unterworfen. Ein höchstspannender Vorgang, wie ich finde. Mein Interesse an der Frisur, der Kleidung eines Angeklagten hält sich ehrlich gesagt in Grenzen.

Auch nicht die Anklage und das Urteil sind die allein spannenden Dinge, sondern es ist die Beweisaufnahme, in der das Eigentliche passiert. Wie viel Mühe macht sich der Rechtsstaat mit einem Angeklagten?

Wie fair arbeiten Ermittler? Wie engagiert kämpfen Verteidiger? Wie souverän agieren die Richter? Wie überzeugend sind Gutachter? Darum geht es.

Für Gerichtsreporter besteht die Herausforderung darin, unter immensem Zeitdruck komplexe Sachverhalte so aufzuschreiben, dass der juristisch gebildete Leser nicht die Nase rümpft, aber auch der juristische Laie die Texte versteht und beide sie im Idealfall gerne lesen. Juristen, weil sie ihnen zum Beispiel einen Eindruck von der Arbeit anderer Verteidiger, Richter, Staatsanwälte vermitteln. Laien, weil – schlagwortartig formuliert – »Sex & Crime« immer interessant ist, sie im besten Fall aber auch etwas über die Gesellschaft und sich selbst erfahren.

## V.

Dass Gerichtsberichterstattung in der journalistischen Ausbildung nicht oder nur rudimentär vorkommt, ist bereits vielfach beklagt worden. Richtig ist, dass eine juristische Vorbildung von Vorteil ist. Die Frage aber ist: Können wirklich nur Juristen gute Gerichtsberichterstatter sein?

Regelmäßig werde ich gefragt, ob ich Jura studiert habe. Ich bekenne: Nein, das habe ich nicht. Ich habe Psychologie mit Schwerpunkt Rechtspsychologie am Institut für Forensische Psychiatrie der Berliner Charité studiert. Ich habe mir also bereits im Studium Gedanken über die Glaubhaftigkeit von Aussagen, die Schuldfähigkeit von Angeklagten und die Möglichkeiten und Grenzen einer Prognosebeurteilung gemacht. Und deswegen erlauben Sie mir als Antwort auf die Frage, ob nur Juristen gute Gerichtsberichterstatter sein können, bitte folgenden Vergleich.

Selbstverständlich verlassen Sie, werte Juristen, nicht den Gerichtssaal, wenn der Sachverständige sein Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Opferzeugin erstattet. Sie sagen nicht: Tut mir leid, ich habe zwar Jura, aber nicht Psychologie studiert und sehe mich deshalb nicht in der Lage, zu den Ausführungen des Sachverständigen kompetent Stellung zu beziehen. Sie lehnen auch nicht das Mandat im Ku ´damm-Raser-Fall ab, wenn Sie keine Ahnung von Autos, Bremswegberechnungen oder der Ampelschaltung am



Kurfürstendamm haben. Sie übernehmen die Verteidigung von Niels Högel auch dann, wenn Sie bis dato noch nie etwas von Gilurymal gehört haben und nicht wissen, wann dieses Herzmedikament Patienten hilft und wann es sie tötet. Sie übernehmen auch die Verteidigung einer Frau, die reihenweise ihre Neugeborenen getötet hat, ohne je von dem Begriff Neonatizid und den damit einhergehenden Verteidigungsmöglichkeiten gehört zu haben.

Sie werden die jeweiligen Gutachten trotzdem kritisch auseinandernehmen. Sie werden, wenn nötig, Fachliteratur lesen, Sie werden Experten kontaktieren und Sie werden den Sachverständigen im Gerichtssaal fragen, fragen, fragen. Und darin, wer Strafrechtler, ähneln sich unsere Berufe doch sehr.

## VI.

Journalisten sind auf Informationen angewiesen. Wir brauchen ein Netzwerk an Fachleuten. Wir brauchen sachkundige Menschen, die mit uns reden und uns unsere Fragen beantworten. Nichts ist schlimmer als ein Journalist, der keine Fragen mehr stellt, weil er meint, schon alles zu wissen. Möglicherweise haben Sie einen anderen Eindruck, aber glauben Sie mir: Journalisten, auch Gerichtsreporter, wollen, das stimmt, was in den Texten steht, über denen ihr Name prangt. Wenn wir Fehler machen, lässt sich das nicht verheimlichen. Wenn wir Fehler machen, tun wir das in aller Öffentlichkeit.

Letztlich geht es um die eigene Professionalität. Wenn ich mich als Gerichtsreporterin verstehe, darf ich nicht Revision mit Berufung, nicht schwere mit gefährlicher Körperverletzung, nicht Kammer mit Senat verwechseln, um die Klassiker zu nennen. Selbst wenn es der Redaktion einmal nicht auffallen sollte, Ihnen wird das sicher nicht entgehen. Besonders dann nicht, wenn es Ihr Prozess ist, um den es geht.

Natürlich gibt es Schöneres, als auf Fehler aufmerksam gemacht zu werden. Sie sollten trotzdem das Gespräch mit dem Journalisten suchen, wenn etwas falsch ist. Selbst wenn dessen erste Reaktion reserviert ausfallen mag, ich bin mir sicher, er wird sich über den Fehler ärgern und ihn nicht noch einmal machen wollen. Wenn Sie stattdessen nur über die dummen Journalisten schimpfen, ist niemandem geholfen.

## VII.

Nun ist der Regelfall nicht, dass wir als Journalisten darauf warten, dass Sie sich melden. Sondern wir gehen auf Sie zu. Und, ja, natürlich möchte auch ich von Ihnen am liebsten Wissen bekommen, das mich in die Lage versetzt, SPIEGEL ONLINE eine Exklusivmeldung zu bescheren. Aber ehrlich gesagt ist die Gerichtsberichterstattung nicht das Genre, in dem sich üblicherweise Exklusivmeldung an Exklusivmeldung reiht.

Trotzdem werde ich Sie ansprechen. Nicht selten mache ich die Erfahrung, dass Verteidiger, von denen ich mir zu Beginn einer Hauptverhandlung eine Abfuhr geholt habe, irgendwann doch mit mir reden, wenn sie ein paar Texte von mir gelesen und einen Eindruck davon bekommen haben, wie ich Prozessberichterstattung verstehe. Ein Vorgehen, für das ich durchaus Verständnis habe. Denn es geht um Vertrauen. Beidseitig.

Ein Journalist, der Texte schreibt, in denen er sich vor allem am vermeintlich Bösen in Gestalt des Angeklagten ergötzt und an dessen öffentlicher Hinrichtung mitwirkt, wird Ihr Vertrauen eher nicht erlangen. Und bevor Sie mir vielleicht auch Dinge erzählen, die nicht zur Veröffentlichung bestimmt sind, die mir aber helfen, Sachverhalte richtig einzuordnen, müssen Sie darauf vertrauen, dass ich es verstehe, mit Informationen verantwortungsvoll umzugehen. Andererseits muss auch ich den Eindruck gewonnen haben, dass Sie mir nicht nur die halbe Wahrheit erzählen. Sie dürfen mich gerne von etwas überzeugen. Nur mich aufs Glatteis führen wollen, das sollten Sie nicht tun. Denn dann disqualifizieren Sie sich für mich als Gesprächspartner.

Journalisten sind, ich wiederhole mich, auf Informationen angewiesen. Und je größer das Wissen, umso geringer die Gefahr instrumentalisiert zu werden. Von welcher Seite auch immer. Denn es ist ein schmaler Grat zwischen journalistischem Coup und größtmöglicher Blamage.

## VIII.

Zurück zum Pranger. Und damit zu dem Moment, wenn Fotografen und Kameraleute sich vor der Anklagebank drängen, um den Angeklagten zu fotografieren und zu filmen. Bilder sind aus der Berichterstattung nicht mehr wegzudenken. Für die Kollegen vom Fernsehen käme ein Film- und Fotografierverbot einem Berichterstattungsverbot gleich. Denn ohne Bilder kann das Fernsehen nicht berichten. Nicht nur nicht boulevardesk, sondern auch nicht seriös. Gar nicht.

Sie, liebe Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, haben dabei durchaus Einfluss auf die Ausgestaltung dieses tatsächlich schwierigen Moments der Belagerung. Denn wie bedrängend diese Situation gestaltet ist, liegt, wie Sie wissen, an der sitzungspolizeilichen Verfügung des Vorsitzenden Richters. Und da gibt es durchaus Spielraum. Wann, wie häufig, wie lange, auch von wie vielen und in welchem Abstand zur Anklagebank fotografiert und gefilmt werden darf, kann sehr unterschiedlich geregelt werden.

Nach Intervention der Verteidigung galt im NSU-Prozess die Regel: nur noch zweimal im Monat. Allerdings jeweils bevor der Senat den Saal betrat. Wären auch die Richter regelmäßig schon im Saal gewesen, hätte auch das zu einer Entlastung der Angeklagten geführt, weil zumindest zwischendurch auch der Senat in den Fokus der Kameras gerückt wäre.

Üblich ist auch die sogenannte ›Pool-Lösung‹. Das bedeutet, dass das Gericht nur eine Handvoll Fotografen und Kameraleute in den Saal lässt. Diese haben sich zuvor verpflichtet, ihre Aufnahmen auch anderen Medienhäusern zur Verfügung zu stellen.

Und auch darauf, wie sich die Angeklagten präsentieren, haben Sie Einfluss. Die schlichte Aktenmappe vor dem Gesicht ist der Klassiker. Manchmal gibt es aber auch Botschaften. Ein Angeklagter im Berliner Prozess um den Diebstahl der Goldmünze aus dem Bode-Museum hielt sich eine Zeitschrift vors Gesicht. Die Zeitschrift hat den schönen Titel ›Wissen & Staunen‹. Die Botschaft aber steckte in der Schlagzeile auf der Titelseite. Die Titelzeile lautete: ›Vorsicht, gehen Sie keinem Besserwisser auf den Leim!‹ Kurz darauf verlas der

Staatsanwalt die Anklage. Ich sah da einen gewissen Zusammenhang.<sup>4</sup>

Was meiner Ansicht nach nicht geht, ist die eher neue Idee, den Mandanten als Litfaßsäule zu missbrauchen, indem der Angeklagte sein Gesicht mit Werbung oder gar mit einer Stellenanzeige für Ihre Kanzlei verdeckt.<sup>5</sup> Denn das, was Sie uns vorwerfen, tun Sie auf diese Weise selbst: Sie degradieren Ihren Mandanten zum Objekt.

Eine elegante Lösung war hingegen vor Kurzem vor dem Kammergericht, also in Berlin, zu sehen. Ein Angeklagter verbarg sein Gesicht hinter einer Ausgabe der FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG. Sie kennen den Werbeslogan der Zeitung? Er lautet: »Dahinter steckt immer ein kluger Kopf«. Meine Redaktion inspirierte das Foto zu einer wunderbaren Bild-Überschrift-Kombination, die auch noch die Unschuldsvermutung gleich im Titel transportierte. Über dem Foto des Angeklagten hinter der FRANKFURTER ALLGEMEINEN ZEITUNG stand die Überschrift: »Was für ein Kopf steckt dahinter?«<sup>6</sup>

## IX.

Der Wahrnehmung, alles wird immer schlimmer, was im Umkehrschluss bedeutete, früher war alles besser, ist, fürchte ich, eine Verklärung des Vergangenen. Man könnte sagen: Es war schon immer schlimm. Oder man stellt fest: Es gab früher und es gibt heute sowohl besonnene als auch skandalöse Berichterstattung. Es gibt schlechten Journalismus und ahnungslose Berichterstatter. Es gibt allerdings auch Berichterstattung ohne jeden Skrupel, Berichterstattung, die meiner Ansicht nach mit Journalismus nicht mehr viel zu tun.

Im Mai 2013 titelte BILD gleich zu Beginn des NSU-Prozesses: »Der Teufel hat sich schick gemacht.«<sup>7</sup> Dazu ein Foto von Beate Zschäpe. BILD verstieß die Angeklagte also aus der Gesellschaft und warf sie den Lesern als Monster zum Fraß vor. Das Oberlandesgericht

4 <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-gestohlene-goldmuenze-wie-die-angeklagten-sich-vor-gericht-verhalten-a-1247444.html> (abgerufen am 28. Mai 2019)

5 [https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/osnabrueck\\_emsland/Buerokraft-gesucht-Mordprozess-als-Job-Plattform,osnabrueck5330.html](https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/osnabrueck_emsland/Buerokraft-gesucht-Mordprozess-als-Job-Plattform,osnabrueck5330.html) (abgerufen am 28. Mai 2019)

6 <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-prozess-gegen-mutmassliche-is-terroristen-hat-begonnen-a-1239930.html> (abgerufen am 28. Mai 2019)

7 BILD, 7. Mai 2013, Seite 1.

München brauchte zu dem Zeitpunkt noch mehr als fünf Jahre, um im NSU-Prozess zu einem Urteil zu kommen, BILD brauchte nicht einmal einen Tag.

Ähnliches gab es auch schon ein halbes Jahrhundert früher. 1966 schrieb die Düsseldorfer Boulevardzeitung DER MITTAG (auch Springer) über den Serienmörder Jürgen Bartsch: »Der Teufel in Menschengestalt«. In derselben Zeit gab es zum selben Fall aber auch schon ganz andere Töne. 1967 schrieb *Gerhard Mauz* im SPIEGEL einen wunderbaren Satz, der das Gegenteil einer Dämonisierung darstellt. *Mauz* schrieb:

»Der Fall Bartsch ist der Fall der totalen Blindheit der Sozietät für eines ihrer Mitglieder, der Blindheit einer Welt, in der jeder zunehmend mit sich selbst beschäftigt ist.«<sup>8</sup>

Und auch Morddrohungen gegen Verteidiger sind kein neues Phänomen. 1971 schrieb ein Dr. F. über den Verteidiger von Jürgen Bartsch folgende Zeilen: »Der Verteidiger Bossi gehört ebenfalls aufgehängt am nächsten Baum. Dass er für eine solche Bestie, eine solche Missgeburt die Verteidigung übernimmt. Hier in diesem Fall ist Verbrecher und Verteidiger gleichwertig, gehören ausgerottet.«<sup>9</sup>

Auch die RAF-Verteidiger werden, ich bin mir sicher, Morddrohungen erhalten haben, ebenso wie 40 Jahre später die Verteidiger im NSU-Prozess bedroht wurden.

Was sich geändert hat, ist, dass Beleidigungen oder Bedrohungen uns heutzutage nicht nur per Brief, sondern auch via TWITTER und FACEBOOK erreichen. Der Briefeschreiber musste sich immerhin noch Mühe machen. Er musste ein Blatt in die Schreibmaschine spannen, tippen, den Brief in den Umschlag stecken, eine Briefmarke kaufen und zum Briefkasten laufen. Das barg zumindest die Möglichkeit, bei frischer Luft wieder zur Besinnung oder zumindest zu den Grundformen der Höflichkeit zurückzufinden. Heute muss er seine Beschimpfungen bloß in den Computer oder ins Smartphone tippen, vor denen die meisten Menschen ohnehin permanent sitzen. Das

<sup>8</sup> DER SPIEGEL, Nr. 51/1967, Seite 51.

<sup>9</sup> *Brückweh, Kerstin*: Mordlust. Serienmorde, Gewalt und Emotionen im 20. Jahrhundert. Frankfurt/ M., New York 2006, Seite 303.

geschieht dann auch gerne – so mein Eindruck – nachts um halb eins nach sechs Bier. Die Empörung, der Hass, auch der Irrsinn erreichen uns dadurch unmittelbarer. Denn es ist etwas anderes, wenn ein wirrer Brief morgens im Büro auf dem Schreibtisch liegt oder abstruse Bestrafungsfantasien abends oder nachts zu Hause auf dem Handy erscheinen. Viele von Ihnen werden wissen, wovon ich spreche.

Und wie es so ist mit der Rolle des Boten, müssen auch wir Journalisten einiges aushalten. Es gehört mittlerweile zum journalistischen Alltag, beleidigt zu werden. Nicht bloß anonym, sondern ohne jede Zurückhaltung.

Auf SPIEGEL ONLINE ist die Kommentarfunktion unter Gerichtstexten deaktiviert. Auf TWITTER geht trotzdem der Punk ab. Ich bekomme auch schon mal eine Mail, in der meine Kinder bedroht werden. Was insofern beruhigend ist, weil ich gar keine Kinder habe.

Ich fürchte, wir müssen all das aushalten.

## X.

Nicht die Betroffenen einer Tat richten über Angeklagte, sondern Menschen, die eine schwarze Robe tragen, unter der alle Emotionen verschwinden sollen. Richter sollen frei von Abscheu, auch frei von Sympathie vollkommen unbefangen und objektiv zu einem Urteil kommen. Nicht Gefühle, allein die prozessrechtlichen Vorschriften sollen das Geschehen vor Gericht bestimmen.

Zur Prozessrealität gehören aber auch die Nebenkläger und ihre Vertreter. Allgemein lässt sich sagen: Den Medien kommt auch im Umgang mit Betroffenen, gerade solchen von Gewalttaten, eine große Verantwortung zu. Denn es kommt vor, dass Journalisten zu den Ersten gehören, mit denen es Verletzte zu tun bekommen. Und nicht immer geht das gut.

Journalisten stehen im Tagesgeschäft unter enormem Zeitdruck. Wir wollen die Nachricht, die Geschichte möglichst schnell und möglichst als Erste vermelden. Und am Anfang steht immer die Frage: Was ist passiert? Diese Frage können natürlich am besten diejenigen beantworten, die dabei waren, also die Betroffenen. Und doch weiß jeder, der schon einmal selbst zum Thema in den Medien wurde, dass man sich im Gespräch mit der netten Journalistin vielleicht gut gefühlt

hat, es aber etwas ganz anderes ist, seine Worte am nächsten Tag mit Foto in der Zeitung zu sehen.

Als Gerichtsreporterin gehöre ich nicht zu den Journalisten, die in den ersten Minuten des Schreckens auf die Betroffenen treffen. Ich treffe erst Monate nach der Tat im Gerichtssaal auf sie. Trotzdem vermeide ich es auch dann, sie direkt anzusprechen.

Opfer von Gewalt, Verletzte eines Anschlags, Angehörige von Ermordeten sind meist weder gerichtserfahren noch haben sie Erfahrung im Umgang mit Journalisten. Sie können die Folgen einer Berichterstattung nicht überblicken. Ich wende mich daher in der Regel an ihre Anwälte. In der Annahme, dass diese medienerfahrener sind und die Interessen ihrer Mandanten vertreten.

Und doch tue ich mich noch immer schwer damit, die Nebenklage in meinem Verständnis einer Prozessberichterstattung unterzubringen. Ja, zu Prozessbeginn und nach dem Urteil gehört es zum Gesamtbild, die Stimme der Nebenklage einzufangen. Mit welchen Gefühlen, mit welchen Erwartungen gehen sie in den Prozess? Was halten sie von dem Urteil? Das halte ich für legitime Fragen. Nur: Was ist dazwischen?

Im NSU-Prozess haben Nebenkläger und Nebenklagevertreter die Beweisaufnahme mitgestaltet, waren also aktive Prozessteilnehmer, über deren Handlungen auch entsprechend berichtet werden konnte. Doch in den allermeisten Prozessen, die ich verfolge, bleiben sie stumm, stellen keine Anträge, selten Fragen.

Das war auch im Oldenburger Prozess gegen den serienmordenden Krankenpfleger Niels Högel so. 117 Nebenkläger mit 17 Nebenklagevertretern nahmen an dem Prozess teil, weswegen die Hauptverhandlung nicht im Gerichtsgebäude, sondern in der Weser-Ems-Halle stattfand. Der Vorsitzende Richter richtete regelmäßig das Wort an die Nebenkläger und erklärte immer wieder sein Handeln. Gleich zu Beginn erklärte er, wer im Saal welche Funktion hat. Er sagte auch, was ein Strafprozess leisten kann und was nicht. Dann sagte er, die Nebenkläger mögen gut auf sich acht geben, sie dürften auch jederzeit den Saal verlassen und in einen geschützten Raum gehen, wo sich Mitarbeiter des Weißen Rings und der Opferhilfe um sie kümmerten. Schließlich rief er alle im Saal auf, sich für eine Schweigeminute zu erheben. Er

sagte: »Alle Verstorbenen haben es verdient, dass wir uns auf sie besinnen. Es sind zu viele, als dass ich sie alle beim Namen nennen könnte.«

Der Richter brachte den Angeklagten und die Verteidigung damit in eine schwierige Situation. Ich rechnete mit einer Intervention der Verteidigung. Doch die Verteidigung entschied sich im doppelten Sinn fürs Schweigen. Högel und seine Anwältinnen blieben stumm, erhoben sich von den Plätzen, senkten die Köpfe und beteiligten sich an der Gedenkminute.

Selbst die Pressesprecherin des Gerichts zeigte sich irritiert von dem Verhandlungsstil des Vorsitzenden. So deute ich jedenfalls ihre Sätze, die in der Folge eines Podcasts der SÜDDEUTSCHEN ZEITUNG zu hören sind. Dort sagte sie: »Der Strafprozess ist ja sehr Angeklagten zentriert und konzentriert sich sehr, sehr wenig auf das Opfer, üblicherweise. Und das verschiebt sich so ein bisschen in diesem Verfahren. Das merkt man auch an dem Verhandlungsstil des Vorsitzenden, der immer wieder auf die Nebenkläger eingeht, sie anspricht oder auch bestimmte Verfahrensschritte erläutert. Das ist ein Vorgehen, das eher unüblich ist, und in üblichen Strafprozessen nicht zu beobachten.«<sup>10</sup>

In diesem Strafprozess waren es tatsächlich nicht die Medien, die die Opfer in den Vordergrund rückten. Es war das Gericht.

## XI.

Meine Damen und Herren, bevor Sie mir nun in dem einen oder anderen Punkt widersprechen, möchte ich zum Schluss meinen Appell an Sie wiederholen: Sprechen Sie mit Journalisten! Finden Sie heraus, mit wem Sie vertrauensvoll Hintergrundgespräche führen können! Laden Sie Medienvertreter zur Teilnahme an Veranstaltungen wie diesem Strafverteidigertag ein! Bieten Sie in Ihren regionalen Strafverteidigervereinigungen Fortbildungen für Journalisten an!

Nicht alle Journalisten sind sensationslüsterne Halunken. Mit gar nicht so wenigen lohnt das Gespräch. Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

<sup>10</sup> SÜDDEUTSCHE ZEITUNG, Podcast: Das Thema, Folge 67: Serienmörder Högel: Das Böse unter uns.



Wolfgang Kronthaler

(MÖGLICHKEITEN DES)  
UMGANG(S) DER STRAFJUSTIZ MIT  
›ÖFFENTLICHEM DRUCK‹

I. ZUM PHÄNOMEN ›ÖFFENTLICHER DRUCK‹ UND SEINEN  
EINFLUSSMÖGLICHKEITEN AUF STRAFRICHTERLICHE TÄTIGKEIT

1. Zum Phänomen ›öffentlicher Druck‹ im Allgemeinen<sup>1</sup>

Wenn man von öffentlichem Druck spricht, hat man zumeist den Aspekt ›medialen Drucks‹ im Blick. Öffentlicher Druck geht aber bereits sehr viel früher los. Er entsteht überall dort, wo Menschen sozial miteinander agieren, sich gegenseitig beobachten. Überall dort, wo man durch andere beobachtet wird, steht man unter öffentlichem Druck.

Insofern ist öffentlicher Druck objektiv (im Fachjargon: intersubjektiv) messbar, wird er subjektiv auch unterschiedlich wahrgenommen (Stichwort: Druckresilienz).

Wesentlich dafür, dass das Beobachtetsein durch Andere Druck ausübt und der Einzelne diesen Druck auch empfindet, ist folgendes soziale Phänomen: Es liegt in der Natur eines jeden Menschen, geliebt werden zu wollen, für sein Handeln anerkannt zu werden, gut und sozial integriert dazustehen.

Aus dieser an sich banalen Erkenntnis ergibt sich, dass der Mensch durch Druck beeinflussbar ist, und zwar in zweierlei Hinsicht (Stichwort: Janusköpfigkeit öffentlichen Drucks).

<sup>1</sup> Vgl. insbesondere *Weichselbaum*, Öffentlicher Druck auf politisches Handeln und Entscheiden: eine theoretische Konzeptualisierung, in: Henn/Frieß, Politische Online-Kommunikation: Voraussetzungen und Folgen des strukturellen Wandels der politischen Kommunikation, S. 219 ff. m.w.N.

Einerseits vermag er, den Menschen insofern negativ zu beeinflussen, als er ihn in seinem Handlungs- und Entscheidungsspielraum einschränkt, in zeitlicher wie in inhaltlicher Hinsicht. Andererseits kann er – in ansprechender Form ausgeübt – auch motivieren oder – gerade wegen seiner einschränkenden Wirkungen – kreatives Handeln auslösen. Die Einflussmöglichkeiten öffentlichen Drucks sind dabei umso größer, je mehr er auf Entscheidungsmöglichkeiten der dem Druck ausgesetzten Person einwirkt. Auf der reinen funktionalen Handlungsebene sind die Einflussmöglichkeiten von Druck hingegen regelmäßig geringer. Druck kann dabei sowohl von Vorgesetzten im beruflichen Umfeld, vom unmittelbaren privaten Umfeld als auch insbesondere von den Medien ausgeübt werden, die wiederum auch Einfluss auf das Meinungsbild und die Erwartungshaltung der anderen Protagonisten haben.

Bereits allein insofern spielen tatsächlich Medien und die von ihnen vermittelten Inhalte eine wesentliche Rolle. Medien üben nicht nur im unmittelbaren Kontakt, sondern auch mittelbar öffentlichen Druck aus. Ihre Wirkmöglichkeiten sind ungleich größer als die des Einzelnen. Das Maß medialen Drucks ist dabei umso höher, je mehr die Medien sowohl dem Umfang als auch der Anzahl nach ein bestimmtes Problem thematisieren und je stärker sie eine bestimmte Erwartungshaltung/Ergebniserwartung kommunizieren und in welcher Frequenz sie diese Erwartungshaltung kommunizieren.

Meines Erachtens kommt zu dieser allgemeinen Analyse in der neueren Zeit, bedingt auch durch die ›neuen Medien‹ wie Telemediendienste und Netzdienste ein weiterer Faktor hinzu, der öffentlichen Druck in seiner Variante medialen Drucks faktisch erheblich verstärkt. Auch die klassischen Medien stehen zunehmend unter Druck, nämlich unter wirtschaftlichem Druck. Exklusivität, Schnelligkeit der Information und Sensationelles spielen eine immer größer werdende Rolle, will man nicht den Anschluss verlieren und seine Existenz gefährden. Dies führt aber dazu, dass ein weiterer wesentlicher medialer Druckfaktor neben der Thematisierung eines Gegenstands immer größere Bedeutung erlangt, nämlich das Zeichnen eines unvollständigen, unzureichenden, sachlich verfälschten Bildes. Dies ist insofern von zentraler Bedeutung, als auch ein solches Bild einerseits einen vollständigen Thematisierungsdruck bzw. Problemdruck aufbaut, an-

dererseits Emotionen im Sinne von Ärger, Wut etc. bei der von der Berichterstattung betroffenen und – zumeist – mit Sachkenntnis ausgestatteten Person auslösen, ohne dass die sich stets dagegen wehren könnte. Zugleich wird der öffentliche Druck der Straße umso größer, je einfacher und weniger komplex und dem Schein nach umso alternativer eine Nachricht auf den fachlich ungebildeten Empfänger einwirkt. Im Übrigen bauen die neuen Medien auch aus sich selbst heraus insofern einen höheren Druck als die klassischen Medien auf, als gerade Netzmedien häufig nicht journalistisch professionell organisiert sind und andererseits ein größeres Potential haben – in Echtzeit – ein noch breiteres Publikum zu erreichen. Auch hier kommt es wiederum zu Wechselwirkungen zwischen den klassischen Medien und den Netzmedien, was man unter anderem daran erkennt, dass in den klassischen Medien zunehmend Kommentare aus den Netzmedien wie etwa Twitternachrichten zitiert werden.

## 2. Zur Bedeutung des Phänomens ›öffentlicher Druck‹ hinsichtlich der Strafgerichtsbarkeit

Was bedeutet das nun alles für die Strafjustiz bzw. für den einzelnen Strafrichter, der ein Verfahren zu verhandeln hat und ein im Sinne der Strafgesetze ›richtiges‹ Urteil zu fällen hat?

Ganz einfach: Wenngleich gerade von der Strafjustiz – ähnlich wie man dies vielleicht noch von ›der Kirche‹ erwartet – ein absolut fehlerfreies, übermenschliches Verhalten erwartet wird, so ist doch ein jeder Strafrichter auch ein Mensch und damit den Gesetzen der Logik entsprechend stets auch öffentlichem Druck ausgesetzt, sobald er sozial interagiert bzw. durch andere beobachtet wird. Und das tut er bzw. wird er in gewissem Maße bereits im Austausch mit Freunden, Kollegen oder der Gerichtsverwaltung, in höherem Maße in öffentlicher Verhandlung und in höchstem Maße bei Verhandlungen von Verfahren, die im medialen Fokus stehen.

Hinzu kommt, dass – aus welchen Gründen auch immer – in ›unseren‹ Zeiten des Friedens, die eher von Gewaltlosigkeit, denn von Gewalt geprägt sind, Straftaten und insbesondere Gewalttaten einerseits eine starke Faszination auszuüben scheinen und andererseits ein enormes Skandalpotential haben. Mithin wird in Zeiten, in denen

täglich eine Vielzahl an Krimis o.ä. im Rundfunk laufen und auch der Literaturmarkt mit Krimis nahezu überflutet wird, zunehmend auch gerne und interessiert über »echte Krimis« berichtet. Kaum ein Verfahren sowohl in den Strafkammern beim Landgericht wie auch am Schöffengericht, in dem nicht mindestens ein Medienvertreter im Publikum sitzt, dessen Enttäuschung regelmäßig seinem Gesicht abzulesen ist, wenn sich der Fall wider Erwarten bzw. wider die Hoffnung des jeweiligen Journalisten als langweilig entpuppen sollte.

Dass es Langeweile in der Berichterstattung zu vermeiden gilt, dürfte im Übrigen neben dem Umstand, dass die meisten Journalisten nicht Jura studiert haben, dazu führen, dass gerade auch Berichte über Strafverfahren häufig von Fehlern gespickt sind, ja, mancher Richter gar manchmal meint, einer anderen Verhandlung beigewohnt zu haben, als diejenige über die berichtet wird. Zugleich war mir – etwa in meiner Zeit als Vorsitzender des Schöffengerichts – immer klar, was ich wie sagen muss, wenn ich unbedingt will, dass es veröffentlicht wird – wurden meine Sätze im folgenden Zeitungsbericht dann auch manchmal dem Staatsanwalt in den Mund gelegt, wenn dies gerade besser passte. Insofern sind im Übrigen auch Medien manipulierbar. Dies zeigte sich mir auch in der Vorbereitung bestimmter Presseerklärungen. Ein Gericht kann durchaus mit einer schnell, im besten Falle vorab veröffentlichten Presseerklärung die anschließende mediale Berichterstattung lenken, indem bestimmte Informationen betont werden, bestimmte Umstände nicht thematisiert werden etc.

Aber nun wieder zurück zum Thema: *Die Auswirkungen öffentlichen Drucks auf die Strafjustiz*. Ausgangspunkt obiger Überlegungen war, dass auch ein Richter ein Mensch ist und als solcher selbstverständlich auch durch öffentlichen Druck beeinflussbar ist. Weiter gilt entsprechend obigen Maßgaben zum allgemeinen Phänomen öffentlicher Druck, dass die Gefahr der Beeinflussbarkeit umso mehr steigt, je mehr öffentlicher, medialer Druck ausgeübt wird. Letzterer wiederum wird umso mehr ausgeübt werden, je mehr der zu verhandelnde Fall im öffentlichen Interesse steht, sei es dass die Taten besonders grausam sind, sei es, dass bestimmte Formen von Delinquenz gerade im Zentrum der öffentlichen politischen Aufmerksamkeit stehen, sei es dass es sich bei Täter oder Opfer um eine prominente Person handelt.

Wie eine auf anonyme Befragungen von 447 Richtern und 271 Staatsanwälten basierende Studie aus dem Jahre 2009<sup>2</sup> aufgezeigt hat, gibt eine Mehrzahl der Richter zwischenzeitlich auch zu, dass öffentlicher Druck einen Einfluss auf sie ausüben kann. Interessant dabei ist, dass dieses Zugeständnis v.a. bzw. allein bezüglich des Strafmaßes, nicht aber bezüglich der Sachverhaltsfeststellungen und des Schuldspruchs gegeben wird.

Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund interessant, dass die publizistische Wissenschaft im Allgemeinen von größeren Einflussmöglichkeiten öffentlichen Drucks in denjenigen Bereichen ausgeht, wo Entscheidungen (mit entsprechenden Spielräumen) getroffen werden, und von geringeren Einflussmöglichkeiten im Bereich bloßer Handlungen<sup>3</sup>. Das Ergebnis der Richterbefragung erscheint vor dem Hintergrund, dass bei der Strafzumessung die sogenannte Spielraumtheorie gilt, mithin geradezu zwingend.

Allerdings gibt es durchaus noch andere Bereiche strafrichterlichen Handelns, die durch das Treffen von Entscheidungen geprägt sind, in denen Entscheidungsspielräume bestehen. Insofern kann man durchaus berechtigter Weise bezweifeln, dass sich öffentlicher Druck nur auf das Strafmaß auswirken kann. So etwa bedarf es keiner Gewissheit einer schuldhaften Handlung, sondern nur einer richterlichen Überzeugung hiervon. Auch sind manche prozessuale Maßnahmen wie etwa der Ausschluss der Öffentlichkeit oder auch so manche materiell-rechtliche Anordnungen wie etwa in bestimmten Konstellationen die Anordnung der Sicherungsverwahrung unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zu treffen.

Freilich dürfte im Grundsatz wohl auch bezüglich der strafrichterlichen Tätigkeit gelten, dass je mehr prozessuale und materiell-rechtliche Vorgaben dem Richter gegeben sind und je mehr sich sein Tun mithin auf die bloße Anwendung dieser Regeln beschränkt, den Einflussmöglichkeiten öffentlichen Drucks Grenzen gesetzt sind.

<sup>2</sup> *Kepplinger/Zerback*, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte. Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte, in: *Publizistik* (54) 2009, S. 216

<sup>3</sup> S. *Weichselbaum*, a.a.O.

Eine wichtige prozessuale Grenze ist in diesem Sinne im Übrigen auch der ›in dubio pro reo‹-Grundsatz. Bedarf es auch lediglich einer richterlichen Überzeugung und keiner Gewissheit von der schuldhaften Begehung einer Tat, so bewirkt allein der Umstand, dass ein Strafrichter sich dieses Grundsatzes stets bewusst sein muss – will er nicht in der Rechtsmittelinstanz wegen Begründungsmängel aufgehoben worden –, dass er sich unbeschadet öffentlichen Drucks nochmals vergewissert, ob nicht doch berechtigte Zweifel an der Schuld bestehen. In besonderem Maße gilt dies bei Aussage gegen Aussage Konstellationen, in denen der Bundesgerichtshof strenge Regeln an die Beweiswürdigung vorgegeben hat.

Eine weitere wichtige Grenze der Einflussmöglichkeiten öffentlichen Drucks ist die verfassungsrechtlich verbürgte richterliche Unabhängigkeit. Allerdings sollte diese Grenze nicht allzu hoch eingeschätzt werden. Kann ein Richter auch nicht sein Amt verlieren, weil er sich anders entscheidet als die Öffentlichkeit dies erwartet, so ändert die richterliche Unabhängigkeit nichts daran, dass auch ein Richter ein Mensch ist, der nicht nur nicht seinen ›Job‹ verlieren will, sondern auch für sein Tun Anerkennung erlangen will.

Im Grunde bleibt es daher dabei, dass öffentlicher Druck, insbesondere medial vermittelter öffentlicher Druck auf den Strafrichter einzuwirken vermag und ihn potentiell in seinen Entscheidungen zu beeinflussen vermag, und dieser Effekt umso mehr aufzutreten vermag, je mehr Spielraum der Strafrichter bei der einzelnen Entscheidung hat und je größer die öffentliche/mediale Aufmerksamkeit im einzelnen Fall ist; wobei auch der unterschiedlichen Druckresilienz des Einzelnen Bedeutung zukommt. Hinsichtlich letzteren Aspekts bewirkt im Übrigen auch das Kammerprinzip eine gewisse Grenze der Einflussmöglichkeit öffentlichen Drucks.

Da es nunmehr aus anderen Gründen, deren Erörterung die zeitlichen Grenzen des Vortrags sprengen würden, verheerend wäre, den einzelnen Strafgerichtsbarkeiten keine Entscheidungsspielräume zu gewähren (Stichworte: Einzelfallgerechtigkeit, Relativität der Wahrheit), ist es von wesentlichem Belang, wie die Strafgerichtsbarkeit mit öffentlichem Druck umgeht, welche Methoden sie anwendet, um öffentlichem Druck wirksam zu begegnen, in welchem Maße sie andererseits

auch öffentlichen Druck zur Kenntnis nimmt und sich hinterfragt, ob eine bestimmte Erwartungshaltung nicht zu Recht bestehen könnte und bestimmte eingeschliffene Entscheidungsmuster nicht tatsächlich überdacht werden müssen; wobei auch der ›Zeitgeist‹ zumindest ernst genommen werden sollte, will die Strafjustiz weiterhin ihre gesellschaftliche Bedeutung erfüllen und selbst ernst genommen werden. Ein zugegeben mitunter zuweilen schwieriger Spagat.

## II. MÖGLICHKEITEN DES UMGANGS DER STRAFJUSTIZ MIT ÖFFENTLICHEM DRUCK

Ausgehend von obigen Betrachtungen gibt es zwei mögliche Ansatzpunkte, den Gefahren öffentlichen Drucks für die Strafgerichtsbarkeit vorzubeugen. Zum einen denjenigen, das Maß des objektiven öffentlichen Drucks fallbezogen weitergehend zu begrenzen, zum anderen die subjektive Druckresilienz zu stärken, ohne den Blick für die berechtigten Belange öffentlichen Drucks und seine auch positiven Seiten zu verlieren.

### 1. Mittel, dem objektiven Maß öffentlichen Drucks entgegenzuwirken

#### a. Sitzungspolizeiliche Verfügungen

Die von der Strafprozessordnung vorgesehene Möglichkeit, das objektive Maß öffentlichen Drucks zu beherrschen, sind die sitzungspolizeilichen Verfügungen der Vorsitzenden.

Gemäß § 238 StPO sind die Vorsitzenden die Damen bzw. Herren im Hause. Ihnen steht die Möglichkeit zu, einzelne Personen aber auch Medien, die den ordnungsgemäßen Ablauf der Verhandlung stören, aus dem Sitzungssaal zu entfernen und/oder mit einem Ordnungsgeld zu belegen. Der Ausschluss der Öffentlichkeit insgesamt dient freilich weniger dem Schutz der Strafjustiz als vielmehr dem Schutz der Verfahrensbeteiligten, mag er zugegeben in Verfahren von großem Medieninteresse auch mal den angenehmen Nebeneffekt haben, sich in Ruhe auf eine Zeugenvernehmung oder sonstiges konzentrieren zu können, ohne ständig beobachtet zu werden. Entsprechend sind auch Plädoyers der Verfahrensbeteiligten regelmäßig wesentlich entspannter, wenn die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist. Die zunehmenden,

geradezu schauspielerischen Plädoyers nach Art der amerikanischen Filmkunst finden dann erstaunlicherweise kaum statt.

Mit den sitzungspolizeilichen Verfügungen lassen sich gerade aber auch die Medien insofern kontrollieren, als diesen unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Maßgaben vorgegeben werden kann, ob, wann und in welchem Umfange sie Bildaufnahmen machen und verbreiten dürfen, dass aus dem Sitzungssaal heraus keine Berichte ins Netz gestellt werden dürfen, etc.

Letzteres hat etwa im sogenannten Dreisam-Mord-Verfahren insofern eine Rolle gespielt, als die BADISCHE ZEITUNG begonnen hat, einen sogenannten »Live-Ticker« ins Netz zu stellen und manche Zeugen, bevor sie den Sitzungssaal betraten, wussten, was der Zeuge zuvor gesagt hat. Das Verbot, keine Berichte aus dem Sitzungssaal ins Netz zu stellen, hat einer der anwesenden Medienvertreter der BADISCHEN ZEITUNG dabei damit umgangen, vor Absenden des im Sitzungssaal verfassten Berichts diesen kurz zu verlassen und auf den Senden-Button zu drücken. Kritik seitens des Landgerichts an diesem Vorgehen wurde seitens der Chefredaktion unmittelbar medial gekontert.

Unabhängig hiervon: Mehr als einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf vermögen sitzungspolizeiliche Maßnahmen nicht zu gewährleisten. Gewährleisten sie dabei auch eine weitgehend ruhige Verhandlungsatmosphäre, so lenken sie – außerhalb der Verhandlung – doch von der eigentlichen Befassung mit dem Verfahrensgegenstand ab und sind »lästige Zeitfresser«.

#### b. Gut vorbereitete Presseerklärungen

Eine weitere Möglichkeit, von dem erkennenden Gericht Druck zu nehmen, sind gut vorbereitete Presseerklärungen. Sie beugen insbesondere verfälschenden Berichterstattungen vor bzw. treten diesen entgegen und bewahren somit zumindest – gefühlt – einen Teil der Deutungshoheit.

Dies ist vor allem insofern von Belang, als gerade fehlerhafte, unvollständige Berichterstattungen nach obigen Maßgaben ein erhebliches Druckpotential bedeuten, da sie – wie bereits oben ausgeführt – zum einen Ärger bei den erkennenden Richtern hervorrufen, die die Berichte über ihr eigenes Verfahren lesen und zum anderen regelmäßig auch ein »wie kann man nur« der Bevölkerung befeuern.



### c. Abschottung der erkennenden Kammern?

Eine weitere Möglichkeit, die Einflussmöglichkeiten objektiven Drucks zu begrenzen, wäre schließlich, die erkennenden Kammern/Richter vergleichbar den Geschworenenprozessen in den USA während des laufenden Verfahrens in einem geeigneten Hotel o.ä. komplett von der Außenwelt abzuschotten. Diese Möglichkeit wird m.E. aber in der Bundesrepublik Deutschland zu Recht nicht praktiziert. Zum einen ist dies für die Masse der Fälle kaum praktikabel und bei den zumeist rechtlich wenig komplexen Schwurgerichtsprozessen unter Gesichtspunkten der Vorbeugung von Einflussmöglichkeiten häufig gar nicht vonnöten, zum anderen werden damit auch die potentiellen positiven Effekte öffentlichen Drucks minimiert.

## 2. Mittel, dem subjektiven Maß öffentlichen Drucks entgegenzuwirken

### a. Richterauswahl

Ein nicht zu vernachlässigendes Mittel, dem subjektiven Ausmaß öffentlichen Drucks entgegenzuwirken, ist die Auswahl der Berufsrichter durch die Justizministerien. Pflichtbewusstsein, gute Rechtskenntnisse und Charakterstärke bei gleichzeitig vorhandener sozialer Empathie im Wissen um die Bedeutung der Sache schützen auch vor den negativen Einflüssen öffentlichen Drucks. Umso wichtiger erscheint es mir, dass es den Justizministerien weiterhin gelingt, entsprechende Persönlichkeiten anzuwerben. Ähnliches gilt für die Auswahl der Schöffen. Da deren Votum gleich viel zählt wie das der Berufsrichter sollte – unbeschadet dessen, dass in bestimmten Fragestellungen Schöffen de facto nicht die gleiche Überzeugungskraft wie die Berufsrichter haben mögen – auch bei deren Auswahl eine gewisse Sorgfalt herrschen. Um geeignete Schöffen gewinnen zu können, gilt es mithin auch insoweit, dieses Ehrenamt hinreichend attraktiv zu gestalten/erhalten.

### b. Kollegialer Austausch

Das in der konkreten Verhandlungssituation tatsächlich wohl am meisten praktizierte Mittel, öffentlichem Druck entgegenzuwirken, ist der kollegiale Austausch, gerade in Kammern, aber auch beim Strafrichter. Das gemeinsame Besprechen enervierender Ereignisse,

der fachliche Austausch bei problematischen Konstellationen gewährleistet in gewissem Maße psychische Gesundheit der Entscheidenden und fachliche Richtigkeit der Entscheidungen. Gerade Kollegen, die selbst nicht am Verfahren beteiligt sind, vermögen es oft, zu beruhigen, zu ordnen und den unter Stress subjektivierten Blick zu objektivieren.

Seine Grenze findet der kollegiale Austausch freilich im Beratungsgeheimnis. Besteht dann auch noch innerhalb des Spruchkörpers Uneinigkeit, finden die genannten positiven Effekte nur eingeschränkt statt.

### c. Supervision / psychologische Hilfe

In einer derartigen Konstellation erheblicher Spannungen innerhalb der Kammer, aber auch in allen anderen Konstellationen, in denen ein Richter an die Grenzen seiner Druckresilienz kommt, erschiene es naheliegend, die Möglichkeit einer Supervision in Anspruch zu nehmen. Dies wird zwar zunehmend angeboten, nach meiner Erfahrung jedoch erstaunlicherweise wenig praktiziert.

Hintergrund hierfür dürfte zum einen das Selbstbildnis des Strafrichters als von zahlreichen Verhandlungen abgehärtetes, charakterstarkes, unabhängiges Organ der Rechtspflege und zum anderen der Umstand sein, dass sich in einem laufenden Verfahren Supervision allenfalls in Teilbelangen anbietet. So mag man mit dem Supervisor zwar darüber reden, was einen im Verfahren belastet, weshalb die Presse »nervt« o.ä., über den nicht bereits öffentlich verhandelten Inhalt und insbesondere über diejenigen Umstände, die dem Beratungsgeheimnis unterliegen, kann man sich mit einem Supervisor im Strafverfahren aber aus rechtlichen Gründen nicht austauschen, mag dieser auch selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet sein.

Mir erscheint Supervision alles in allem daher eher geeignet, außerhalb konkreter Verfahren durchgeführt zu werden, und so unterstützend und vorbeugend zu wirken. Ganz absprechen mag ich den Nutzen von Supervision freilich auch im laufenden Verfahren insofern nicht, als ein im Publikum sitzender Supervisor einem etwa widerspiegeln kann, wie bestimmtes Agieren ankommt, ohne sich inhaltlich zum Verfahren zu äußern. Eine derartige Unterstützung mag in gewissem Umfang auch im Hinblick auf die Gefahren öffentlichen Drucks stabilisierend wirken.

Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Supervision ist freilich das Eingeständnis persönlicher Schwächen, Überforderung o.ä.. Wesentlich erscheint mir zudem, dass Supervision nicht nur im akuten Notfall angeboten wird, sondern die Möglichkeit generell flankierend zur Seite steht, so dass ein jeder Kollege, eine jede Kollegin, jede Kammer darauf zugreifen kann, wenn sie selbst es für erforderlich hält. Werden einem derartige Maßnahmen hingegen in öffentlichkeitswirksamen Verfahren quasi aufgedrängt, lenkt dies von der eigentlichen Aufgabe eher wieder ab, als es nützt.

Entsprechendes gilt für die seitens der Justizministerien inzwischen auch vereinzelt angebotene psychologischen Hilfestellungen. Freilich wird psychologische Hilfe eher bei spezifischen psychischen Problemen eines Kollegen oder einer Kollegin angebracht sein, Supervision eher bei der Art und Weise der Ausübung der richterlichen Tätigkeit. Auch dürften sich konkrete psychologische Hilfestellungen eher für einzelne Mitglieder eignen, wohingegen Supervision gerade auch für Gruppen/Kammern geeignet sein kann.

Nichtsdestoweniger erscheinen mir spezifische psychologische Angebote begrüßenswert, da gerade vor dem Hintergrund der spezifischen Anforderungen an die Tätigkeit eines Strafrichters zumindest ein vereinzelt Auftreten von psychischen Problemen im Laufe eines Berufslebens nicht die absolute Ausnahme sein dürfte und frühzeitige einzelne Gespräche bei einem Psychologen ernsthaften psychischen Erkrankungen, Burn-out-Syndromen o.ä. vorzubeugen vermögen.

#### d. Freizeitverhalten

Nicht unterschätzt werden sollte schließlich ein adäquates Freizeitverhalten. Wer unter öffentlichem Druck steht, muss diesen auch außerhalb spezifischer Hilfestellungen regelmäßig verarbeiten.

Bereits bezüglich des objektiven Maßes öffentlichen Drucks spielt das Freizeitverhalten im Übrigen insofern eine Rolle, als der Druck umso größer ist, je mehr Medien die Mitglieder des einzelnen Spruchkörpers über das gerade laufende eigene Verfahren konsumieren. Und wie die oben genannten Befragungen von *Kepplinger/Zerback* zeigen, interessieren sich Richter regelmäßig und in der deutlichen Mehrzahl für die Berichterstattung über das eigene Verfahren und konsumieren dabei auch Medien, einschließlich der Online-Kom-

mentare, die sie normalerweise nicht konsumieren.

Meines Erachtens bedarf es hier eines maßvollen Umgangs. Wer zu viel über sich liest, verliert leicht den Blick fürs Wesentliche und lädt Emotionen auf sich. Wer gar nichts über das konkrete Verfahren oder andere Strafverfahren liest, verliert schnell den Blick auf die Gesellschaft, deren wesentlicher Teil die Justiz ist und sein sollte.

Unabhängig hiervon sollte, so wie jeder Mensch, ein unter öffentlichem Druck stehender Richter Freizeitaktivitäten entfalten, die ihm guttun. Er soll und muss sich auch mal etwas gönnen und das Verfahren vergessen dürfen.

Vor diesem Hintergrund erscheint mir im Übrigen auch die Bemessung der Arbeitslast nach Pebbßy unvollständig zu sein, da diese schlichtweg die zur psychischen Verarbeitung der zumeist ohnehin belastenden Materie und unter öffentlichem Druck in besonderem Maße belastenden Materie notwendigen Pausen völlig außer Acht lässt. Gemessen wird nur, wieviel Zeit welcher Arbeitsschritt braucht, nicht aber die psychische Belastung und wieviel Zeit – auch im Laufe des Arbeitstages – deren Verarbeitung durch Gespräche, kurze Pausen etc. bedarf.

### III. ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Strafrichter öffentlichem Druck regelmäßig in besonderem Maße ausgesetzt sind, Gefahren der Beeinflussung der erkennenden Gerichte durch öffentlichen Druck durchaus bestehen und die erkennenden Gerichte sich dieser Gefahren bewusst sein sollten, wenn sie ihren Aufgaben gerecht werden und damit zugleich das Ansehen in der Justiz erhalten wollen.

Beugen die von den Justizministerien praktizierte Auswahl geeigneter Richterpersönlichkeiten, die Förmlichkeit des Verfahrens und die prozessuale Möglichkeit sitzungspolizeilicher Verfügungen den Gefahren öffentlichen Drucks auch in gewissem, möglicherweise zumeist sogar ausreichendem Umfang vor, so sollten meines Erachtens insbesondere die Pressestellen der Gerichte weiter gestärkt werden, um die erkennenden Richter gerade in schwierigen, öffentlichkeitswirksamen Verfahren zu entlasten und es ihnen zu ermöglichen, sich – unbeschadet des öffentlichen Drucks – auf die Aufgaben der

Wahrheitsfindung und der Findung einer schuldangemessen Strafe zu konzentrieren. Ein flankierendes, generelles Anbieten von Supervision und psychologischen Hilfestellungen erscheint zudem sinnvoll.

Nimmt ein Verteidiger in laufender Verhandlung wahr, dass das erkennende Gericht unter (enormem) öffentlichem Druck steht, so sollte er seine Stellungnahmemöglichkeiten im Opening Statement, insbesondere aber im Schlussplädoyer ausschöpfen, um dem Gericht dies nochmals vor Augen zu führen, ehe es sich zur Beratung zurückzieht.



Prof. Dr. Ulrich Sommer

# NEUE HERAUSFORDERUNGEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG DURCH PRESSEBERICHTERSTATTUNGEN ÜBER LAUFENDE STRAFPROZESSE<sup>1</sup>

## I. PRESSEARBEIT ALS VERTEIDIGERAUFGABE

Einst war das Aktionsfeld von Strafverteidigung allein der Gerichtssaal. Mittlerweile sind die dort erkennbaren Mechanismen des strafprozessualen Geschehens nur noch der Atomkern des den Beschuldigten bedrohenden Szenarios. Weichenstellungen für das Schicksal des beschuldigten Individuums erfolgen häufig längst vor einer Anklageerhebung. Andererseits finden Vernichtungen sozialer Existenzen erst nach einem Urteil mit tolerablen Sanktionen statt, wenn anderweitig gesellschaftliche Institutionen mit Schadensersatzforderungen, Kündigungen, Abschiebungen oder faktischen Berufsverboten an diese Entscheidung anknüpfen. Der Schutzauftrag der Verteidigung ist entsprechend komplexer geworden.

Beschränkte sich die Konzentration der Überzeugungsarbeit der Verteidigung traditionell auf das Geschehen im Gerichtssaal – begleitet vom anwesenden Publikum –, hat die Beobachtung des Prozesses durch die Öffentlichkeit angesichts der veränderten Möglichkeiten einer enormen Präsenz der nichtpräsenten Gesellschaft die Bedeutung der überkommenen Prozessmaxime erheblich verschoben. Die Öffentlichkeit übt nicht allein mehr Kontrolle über das Gerichtsgeschehen aus, sie beeinflusst das Geschehen. In Aufsehen erregenden Verfahren kommt es in Presse und sozialen Medien zu ›Parallelprozessen‹.

<sup>1</sup> Vortrag gehalten auf dem 43. Strafverteidigertag am 23.3.2019 in Regensburg.

Medien sind auf Justizereignisse ebenso angewiesen wie die um Anerkennung beim Publikum buhlende Rechtspflege.<sup>2</sup> Printmedien, zahllose Fernsehsender und das Internet spiegeln das Interesse der Allgemeinheit an Strafverfahren mit einer nie gekannten Wucht wider. Nicht nur die besonders skandalträchtigen und prominent besetzten Strafverfahren interessieren die Öffentlichkeit. Die Verteidiger sehen sich zunehmend auch mit Berichterstattungen in unspektakulären Fällen konfrontiert; die Reportagen in der Rubrik »Neues aus dem Gerichtssaal« fordern täglichen Lesestoff. Ob und wie diese Berichte die Verteidigungsstrategie beeinflussen können und müssen und wie hierauf zu reagieren ist, ist damit eine Fragestellung, der die Verteidigung nicht ausweichen kann.

Die Nutzung der Medien für das Strafverfahren hat die Staatsanwaltschaft in den letzten Jahren längst entschieden. Sie beruft sich auf eine Rechtsprechung, die es ihr erlaubt, über ihre Ermittlungen angesichts eines Verdachts gegen den Beschuldigten dann zu berichten, wenn ein berechtigtes öffentliches Interesse besteht.<sup>3</sup> Großzügig wird dabei seitens der Rechtsprechung ein allgemeiner Informationsanspruch der Öffentlichkeit insbesondere über die Pressegesetze bejaht und schwerwiegende Rufschädigungen des Beschuldigten hingenommen. Die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, unter besonderer Wahrung der Unschuldsvermutung auch als der Entlastung dienende Ermittlungsbehörde in Erscheinung zu treten, gerät ins Hintertreffen. Dass – auch ohne ausdrücklich geäußertes Interesse der Presse – unter dem Deckmantel der Information Verfahrensstrategien verfolgt werden können, hat die Staatsanwaltschaft längst für sich entdeckt.

Gegenüber Pressemeldungen von Staatsanwaltschaften und Gerichten hat die Verteidigung die hierfür höchst eingeschränkten Ermächtigungsgrundlagen der Landespressegesetze kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls die Rechtsmittel des Verwaltungsrechtswegs

<sup>2</sup> *Jung* (Straf-)Justiz und Medien – eine unendliche Geschichte GA 2014, 257, 263; s. zum Verhältnis allg. auch *Vismann* Medien der Rechtsprechung, 2011, oder *Danziger* Die Medialisierung des Strafprozesses, 2009.

<sup>3</sup> BGHZ 143, 199; *Hohmann* Verdachtsberichterstattung und Strafverteidigung – Anwaltsstrategien im Umgang mit den Medien, NJW 2009, 881 ff.; kritischer *Rodenbeck* Rechtliche Anforderungen an die staatliche Öffentlichkeitsarbeit in Strafsachen, StV 2018, 255 ff.; *Leeser* Der ewige Kampf gegen Vorverurteilungen – präventive presserechtliche Vertretung bei Ermittlungsverfahren, confront 2018, 4 ff.



zu ergreifen. Die Nennung des Namens des Mandanten oder lediglich seine Identifizierbarkeit in den staatlich veranlassten Meldungen wird nur in Ausnahmefällen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht.<sup>4</sup> Selbst die Formulierung der Meldung hat das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten ebenso zu wahren wie das Prinzip der Unschuldsvermutung, so dass herabsetzende Begriffe wie »betrügerisch« oder »Tätergruppe« nicht von der Ermächtigung gedeckt sind.<sup>5</sup> »Der Staat hat dafür zu sorgen, dass eine Bestrafung mit dem Schuldspruch erfolgt, nicht aber medial; insbesondere ist der öffentliche Pranger keines der in §§ 38 ff. StGB vorgesehenen Sanktionsmittel.«<sup>6</sup> Die Rechtsprechung gibt daneben zumindest Chancen, einer Berichterstattung der Presse zu Lasten des Mandanten entgegenzuwirken.<sup>7</sup>

Dass Presse die Öffentlichkeit beeinflussen will und ihr dies auch effektiv gelingt, ist ebenso banale Erkenntnis wie die Tatsache, dass auch die justiziellen Entscheidungsträger Teil dieser Öffentlichkeit sind.<sup>8</sup> Nur wenige Richter geben dies offen zu:

»Entscheiden wir Richter in spektakulären Verfahren so und nicht anders, weil wir aus der Höhe der Richterbank unseren Blick nur auf den Angeklagten unter uns richten, oder schielen wir nicht insgeheim auch in die oberen Stockwerke der Bürohochhäuser, wo in den Redaktionsstuben in einem außergerichtlichen Parallelverfahren Journalisten über denselben Angeklagten zeitgleich zu Gericht sitzen?«<sup>9</sup>

Dass und welche Wirkungen die Wahrnehmung von Berichterstattungen über das Verfahren auf die Entscheidungsträger in der deutschen Justiz hat, wird von diesen gerne verdrängt, ist angesichts der bekannten präjudizierenden psychologischen Effekte jedoch

4 VGH BW, StV 2018, 210.

5 OVG NRW, StV 2018, 210.

6 Rodenbeck StV 2018, 255, 260.

7 Leiser Der ewige Kampf gegen Vorverurteilungen – präventive presserechtliche Vertretung bei Ermittlungsverfahren, confront 2018, 4 – 22.

8 Zu den Parallelschlachten der Presse im sog. »Kachelmann-Verfahren« und ihre Auswirkungen auf justizielles Verhalten und Verteidigung s. z.B. Friedrichsen Strafverteidigung im Wandel, StV 2012, 631 ff.; Rückert Der Gerichtsreporter – Chronist oder Wächter, StV 2012, 378 ff.

9 Benno Hurt in SZ 09.07.2011 »Im Namen des Volkes« V2/3.

unbestreitbar.<sup>10</sup> Richter verarbeiten das Presseecho auf ihren Prozess, und sei es, um durch ein besonders hartes Urteil ihre Unbeeinflussbarkeit gegenüber einer Freispruch-Kampagne der Presse zu zelebrieren.<sup>11</sup> Ihr Handeln ist und bleibt Reaktion auf die Veröffentlichung.

Der evidente Einfluss von Presseberichterstattung ließe sich minimieren, wenn das Gesetz – wie im angelsächsischen Recht – dem Gericht bewusst die Lektüre von Berichterstattungen vorenthalten, Medienberichterstattungen als unzulässige Beeinträchtigung der gerichtlichen Wahrheitssuche strafrechtlich sanktionieren<sup>12</sup> oder sogar angesichts medialer Vorverurteilung die Konsequenz der Einstellung eines Verfahrens nicht scheuen würde.<sup>13</sup> Noch vor kurzem wurde die Welt bei einem australischen Prozess gegen einen des sexuellen Missbrauchs angeklagten Bischof Zeuge von einem derartig radikalen Informationsverbot. Mit unseren Vorstellungen von Presse- und Meinungsfreiheit ist dies kaum zu vereinbaren. Die aktuelle strafprozessuale Situation in Deutschland nimmt dieses Beeinflussungsszenario im Übrigen hin, und greift auch bei der Bewertung von Befangenhheitskriterien auf das Idealbild eines Richters zurück, von dem auch ein verständiger Angeklagter erwarten kann, dass es für diesen stets ausschließlich auf das Ergebnis der gerichtlichen Beweisaufnahme, nicht aber auf die Medienberichterstattung ankomme.<sup>14</sup>

Kann Verteidigung die medialen Wirkungen nicht verhindern, hat sie mit ihnen umzugehen und sie in seine Verteidigungsstrategie einzubeziehen. Die presserechtlichen Möglichkeiten decken hier

10 *Kepplingen/Zerback* Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte. Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte, Publizistik 2009, S. 216 ff.; *Gerhardt* Die Richter und das Medienklima. Welchen Einfluss hat die Gerichtsberichterstattung in den Medien auf das Strafverfahren und das Urteil?, ZRP 2009, 247 ff.; *Hamm* Große Prozesse und die Macht der Medien 1997; beeindruckend schilderte der Co-Referent auf dem Strafverteidigertag RiLG Kronthaler, dass und wie Richter den medialen Druck während eines laufenden Prozesses wahrnehmen.

11 Zu einem Beispiel s. *Hamm* Vom Umgang der Strafverteidiger mit Journalisten, FS AG Strafrecht 2009, S. 139 ff., 149 f.; Beispiele für die Dokumentation der richterlichen Unabhängigkeit gegenüber vor-verurteilenden Medien finden sich demgegenüber nicht.

12 S. *Huber* Die angelsächsische Variante des Verhältnisses der Presse zur Strafjustiz, StV 2005, 181 ff.

13 *Wohlens* Prozessuale Konsequenzen präjudizierender Medienberichterstattung, StV 2005, 186, 189.

14 S. schon: *Arzt* Der befangene Strafrichter 1969, S. 113 f.

nur den geringeren Teil des Aktionsfeldes ab. Auch rechtlich nicht zu beanstandende Presseberichte können der Verteidigung abträgliche Effekte haben. Die Konsequenz einer effektiven Verteidigung kann zumeist nur darin bestehen, selbst Einfluss auf die medialen Mechanismen zu nehmen. Presseerklärungen, Interviews, Gespräche vor und hinter den Kulissen mit Journalisten zählen mittlerweile zum Handwerkszeug guter Verteidigung.

Allein: Keine Verteidigerin und kein Verteidiger hat gelernt, Wirkungen von Öffentlichkeitsarbeit zu analysieren und sie konsequent strategisch einzusetzen. Die Analyse der Verteidigungsaufgabe der Öffentlichkeitsarbeit – das sei vorweggenommen – vermittelt uns leider keine klaren Strukturen, aus denen sich mechanisch Handlungsweisen ableiten ließen. Wir sehen die Lawine, die abseits des Gerichtssaals unseren Mandanten ins Verderben reißt; wir verfügen aber nur allzu selten über die Mittel, sie zu stoppen. Um hier etwas zu ändern, sollten wir wenigstens Ideen über diese unseren Mandanten bedrohenden Mechanismen entwickeln.

## II. DER REZIPIENT DER BERICHTERSTATTUNG

Einen ersten Zugang zu dieser Problematik eröffnet ein Blick auf die psychischen Konstellationen des Rezipienten von Presstexten zu strafrechtlichen Verfahren. Die Kognition solcher Informationen trifft auf ein weitgehend fest verankertes mentales Umfeld. Unsere Gehirnstrukturen reflektieren den Menschen als soziales Wesen; in diesem Umfeld sind wir neuronal geprägt durch Vorstellungen von Fairness und Gerechtigkeit im Zusammenleben. Wir fühlen, was gerecht ist, und wir fühlen, dass der gegen Regeln Verstoßende bestraft werden muss. Schon Kinder entwickeln reflexartige Reaktionen auf das unsoziale Verhalten anderer, das insbesondere auch von einem Sanktionsbedürfnis begleitet wird.

Der grundsätzliche Wille zu strafen, das Gespür hierdurch einen gerechten Ausgleich zu schaffen, ist ein durch die Neuro- und Psychowissenschaften immer weiter erforschtes Phänomen. In einem weltweit bekannt gewordenen Versuch haben niederländische Wissenschaftler Details derartig ungesteuerter Gehirnaktivitäten auch

unter dem Einsatz von Hirnscannern weiter erforscht.<sup>15</sup> Die derart messbaren Belohnungszentren im Gehirn wurden in außerordentlicher Weise aktiviert, wenn in einem simulierten Spiel ein Betrüger nicht nur entlarvt, sondern darüber hinaus auch sanktioniert wurde. Strafe befriedigt den sozial agierenden Menschen.<sup>16</sup>

Strafe – so das Fazit dieser Untersuchung – hat im Kontext der gefühlten Fairness sogar eine überragende Bedeutung. So wurden die Probanden bei Aufdeckung des betrügerischen Verhaltens eines Spielers vor die Alternative gestellt, ob dieser bestraft werden oder ob der geschädigte Spieler einen Ausgleich für seinen Verlust erhalten sollte. Das Ergebnis war eindeutig: Die Strafe wird vom menschlichen Gehirn als weitaus befriedigender empfunden.

Auch das Ausmaß der als gerecht empfundenen Strafe erscheint den Wissenschaftlern messbar. Hier waren entscheidende individuelle Unterschiede festzustellen. War der Proband durch das Handeln des Täters selbst betroffen, schalteten sich die emotionalen Zentren der Amygdala in besonderer Weise ein; eine hohe Strafe wurde hier sehr viel eher als gerecht empfunden als bei denjenigen Probanden, die sich lediglich als Zuschauer und Richter des Geschehens fühlten. Dass auch eine Fairness gegenüber dem Täter bei der Strafzumessung ein wichtiger Faktor für den sozialen Zusammenhalt ist, eröffnet sich dem Menschen offensichtlich nur dann in ungezwungener Form, wenn er selbst nicht Opfer des unfairen Handelns ist.

Dem durch die Presse gefilterten Beobachter wird regelmäßig nicht nur ein sozialwidriges Geschehen präsentiert, das sein intuitives Strafbedürfnis auslöst. Auch die personale Zuordnung dieses Geschehens wird unwillkürlich von neuronalen Zwangsläufigkeiten gesteuert.

Handlungen erfahren Menschen als Ursache dessen, was sich danach entwickelt. Ursache-Wirkungsbeziehungen sind der Motor, mit

15 *Mirre Stallen u.a.* Neurobiological Mechanisms of Responding to Injustice, *The Journal of Neuroscience*, Jan. 2018. Zu früheren Untersuchungen: *Pedersen/Kurzban/Mccullough* Do humans really punish altruistically? A closer look. *Proc R Soc B* 280:1–8 (2013) *Fehr/Fischbacher* Third-party punishment and social norms. *Evol Hum Behav* 25:63–87 (2004); *Chavez/Bicchieri* Third-party sanctioning and compensation behavior: Findings from the ultimatum game. *J Econ Psychol* 39: 268–277 (2013).

16 *Rodriguez Horcajo* Menschliches Verhalten und staatliche Strafe: Abschreckung, Kooperation und Verteilungsgerechtigkeit, GA 2018, 609 ff, insbes. 611 zu älteren Untersuchungen menschlichen Strafbedürfnisses.

dem es gelingt, Zusammenhänge entweder zu beeinflussen oder zu erklären. Dass nichts ohne Grund geschieht, findet sich als tragendes Denkprinzip bereits bei Aristoteles. Die Suche nach der Ursache ist ein derart verankertes Denkprinzip, dass Menschen sich angesichts eines Geschehnisses erst zufrieden geben, wenn eine Ursache genannt wird.

Der Drang zur Kausalitätserklärung ist eng gekoppelt mit Negativerlebnissen. Funktioniert das Leben takt- und plangemäß, drängen sich Kausalitätsfragen nicht auf. Demgegenüber erheben sich mentale Zwangsgewalten, wenn es darum geht, einen Sündenbock für einen Unfall, eine persönliche Katastrophe oder ein verlorenes Fußballspiel zu suchen. Auch bei minimalen Anhaltspunkten ist das Gehirn bereit, böse menschliche Absicht als Ursache eines negativen Erlebnisses auszumachen. Verschwörungstheorien kursieren dort, wo Erklärungen für das Schlechte in der Welt gesucht werden. In einer klassischen Studie<sup>17</sup> wurde Probanden das Ergebnis offeriert, wonach sich die Umwelt nach der Änderung einer Produktionsstrategie eines Unternehmens positiv verändert hatte. Befragt, ob das wohl die Absicht des Unternehmensvorstandes war, verneinten dies die meisten der Befragten. Wenn in einer Alternative eine Schädigung der Umwelt durch den Konzern angeführt wurde, waren die meisten Befragten bereit, dem Vorstand böse Absichten zu unterstellen.

Extreme sozialwidrige Ergebnisse, wie sie insbesondere in Straftaten fixiert sind, verlangen damit schon intuitiv nach der Aufdeckung der Kausalkette und damit der Benennung eines Täters.

Letztlich überdeckt wird jegliche Wahrnehmung von Gerichtsberichterstattung über Verbrechen angesichts der bedrohlichen Szenarien durch ein weiteres intuitives Element. Das Angstgefühl ist für das menschliche Wesen unabdingbar, es ist wesentliche Voraussetzung des Überlebensreflexes. Verborgene Mentalgebilde leidvoller Erfahrungen werden durch präsente Bedrohungen aktualisiert. Moderne Medien haben den Effekt, durch ausführliche Berichterstattungen

<sup>17</sup> *Knobe/Cohen* Acting intentionally and the side-effect: »Theory of mind« and moral judgment. *Psychological Science*, 17, 421-427, 2006; s. auch die Forschungen von *Buechel/Zhang/Morewedge* Impact bias or understimation? Outcome specifications predict the direction of affective forecasting errors, *Journal of Experimental Psychology, General*, 146 (5), 746-761, 2017.

über Verbrechen im entferntesten Winkel der Welt diese mit nie dagewesener Intensität zu aktualisieren. Sie ist verbunden mit der unvermeidlichen Assoziation des Lesers, er selbst könne Verbrechenopfer werden. Jede Präsentation sozialwidrigen Geschehens ist geeignet, Angstgefühle und ihm folgend verstärktes Schutzbedürfnis beim Rezipienten hervorzurufen.

Wer auch immer eine Zeitung aufschlägt, um den Bericht über ein Gerichtsverfahren zu lesen, rezipiert dies auf der Basis sowohl des mentalen Angst-, Straf- als auch des Kausalitätsbedürfnisses, ohne dass er hierauf zunächst einen bewussten Zugriff hätte. Dass diese Konstellation weit entfernt ist von Ideen der Unschuldsvermutung und des Zweifelsatzes ist eine erste, für die Verteidigung zumeist erschreckende Erkenntnis.

### III. DIE PRESSEAKTEURE

Juristen sehen in aktuellen Gerichtsreportagen vornehmlich ein Qualitätsproblem. Fachkundige Berichte sind in der Realität des deutschen Journalismus die absolute Seltenheit. *Frauke Höbermann*, die langjährige Geschäftsführerin des Deutschen Journalistenverbandes, beschrieb die Gerichtsreporter in den meisten Großstädten als die letzten Rädchen im Getriebe einer Lokalredaktion, die gerne einseitige und simple Geschichte der Anklage in den Mittelpunkt ihrer Berichterstattung rücken.

»Ungeschulte Anfänger neigen dazu, Staatsanwälte und vor allem Richter als omnipotente Vaterfiguren und Angeklagte in Strafprozessen als miese Charaktere zu sehen. Anfänger erliegen dem aktenstaubigen und zugleich einschüchternden Ambiente eines Gerichts (...). Angeklagte werden oft mit abfälligen, herablassenden, diskriminierenden Formulierungen bedacht – und sie sind verstockt, wollen nichts einsehen und leugnen alles hartnäckig ab. Angeklagte werden verbal bereits verurteilt, bevor das Gericht entschieden hat.«<sup>18</sup>

<sup>18</sup> *Höbermann* Der Gerichtsreporter als »Vierte Gewalt?«, 25. Strafverteidigertag 2002, S. 227; *Weimann/Leppert/Höbermann* Gerichtsreporter: Praxis der Berichterstattung 2005.

*Gustav Radbruch* schrieb schon:

»Die Zeit liegt noch nicht weit zurück, da unter der Rubrik ›Aus dem Gerichtssaal‹ unter neckischen Überschriften – ›Ein sauberes Früchtchen‹, ›Wer andern eine Grube gräbt‹, usw. Reportage minderwertigster Art betrieben wurde und der Gehalt an tragischer Menschlichkeit, der Reichtum ethischer Kasuistik, die Fülle der Einsichten in Mängel des Rechts und seiner Handhabung, die sich im Gerichtssaal entfalten, an stumpfen Ohren ungehört vorüber zog.«<sup>19</sup>

Aktuell meint *Fischer*:

»Viele Journalisten haben auch nach vielen Jahren der Kriminalberichterstattung kaum Kenntnisse von grundlegenden Verfahrensregeln oder Begriffen des materiellen Strafrechts, verstehen daher den Gang und die Schwerpunkte von Strafverfahren nur unzureichend und beschränken die Berichterstattung auf recht oberflächliche, nicht selten auch schlicht unzutreffende Fragestellungen... Wer im Fernsehen zum Elfmeter ›Freistoß‹ sagt, kann die Sportreporter-Karriere vergessen. Wer in sieben Kommentaren ›Berufung‹ zur Revision sagt, kann immer noch behaupten, er verbitte sich kleinkarierte Kritik an Nebensächlichkeiten... es löst sich in ihnen alles in Emotionen über ›Gerechtigkeit‹ und Betroffenheit auf, wie bei Rheuma-Patienten alles in Schmerz und Bestrahlung.«<sup>20</sup>

Die Kritik der Juristen ist gleichermaßen von Überheblichkeit und Naivität getragen. Zum einen kann die Aufgabe der Presse nicht darin bestehen, Fachkunde ungefiltert und damit unverständlich an das Publikum weiter zu reichen. Zum anderen ignoriert die Kritik ökonomische Zwänge. Chefredakteure fühlen sich nicht einem funktionierenden Rechtsstaat verpflichtet, sondern der Höhe ihrer Auflage. Es ist nicht die Unschuldsvermutung, die das Interesse der Leser weckt, sondern die Schuldvermutung. Es ist nicht der distanzierte Verdacht, der fasziniert, sondern die anschauliche Darstellung praller Realität. Maßstab der Berichterstattung ist die Skandalisierung eines

<sup>19</sup> Zitiert bei *Leyendecker* Die Verfahrensbeteiligten aus der Perspektive der Medien, StV 2005, 179 ff.

<sup>20</sup> *Fischer* Über das Strafen, 2018, 92, 93.

Sachverhalts, nicht die Bewahrung von Prozessrechten.<sup>21</sup>

Journalisten kennen das beschriebene Straf- und Kausalitätsbedürfnis ihrer Leser, zumal sie diesen mentalen Mechanismen regelmäßig selbst erliegen dürften. Ein prägnantes Beispiel gab ein Reporter in der renommierten ZDF Sendung HEUTE-JOURNAL in dieser Woche ab. In der Moderation zu dem Prozessbeginn wegen einer Aufsehen erregenden Messerattacke in Chemnitz äußerte er angesichts der von allen Experten als sehr dürftig angesehenen Beweislage gegen den Angeklagten, er wisse nicht, wie die Gesellschaft damit klarkommen könne, wenn wegen dieser Tat der Angeklagte nicht verurteilt werde. Der Wunsch, abseits aller juristischen Kriterien das Verfahren mit der Schuldigsprechung einer Person beendet zu sehen, war unüberhörbar.

Wie jeder Kommunikator orientiert sich der Journalist auch an Erwartungshaltungen seiner Leser. Die Projektionsfläche bei Berichten über Strafverfahren enthält noch weitere Schattierungen: Verbrechen verunsichern, sie produzieren Ängste, indem sie die Fantasie stimulieren, selbst möglicherweise Opfer eines strafbaren Geschehens zu werden. Auch wenn objektiv seit Jahren die Kriminalitätsrate sinkt, wird die persönliche Verunsicherung durch nahezu globale Berichterstattung über Kriminalität gesteigert. Ausufernde Berichte über das Schicksal von Opfern bedienen diesen nationalen Trend.

Die Lust der Presse an der Ausnutzung des Unterhaltungswerts von Gerichtsfällen sollte auch für Verteidigung nachvollziehbar sein. Dass dies selbst im sogenannten Qualitätsjournalismus der maßgebliche Orientierungspunkt ist, hat nicht zuletzt der jüngste Fall des SPIEGEL-Reporters Claas Relotius vor Augen geführt. Dass er in seinen Reportagen erfolgreich vorgab, Fakten zu präsentieren, während tatsächlich seine eigene Fantasie Grundlage war, begründet sich maßgeblich auch in dem Erzählduktus, der die ihm bekannte Erwartungshaltung seiner Leser bediente. Verfügt der Journalist über das notwendige sprachliche Handwerkszeug der Suggestion plausibler Sachverhaltsschilderung, verströmt die Lektüre beim Leser das berauschende

<sup>21</sup> Hamm Vom Umgang der Strafverteidiger mit Journalisten, FS AG Strafrecht 2009, S. 139, 141: »In der Normwelt der Journalisten gibt es keine Verwertungsverbote, keine Belehrungspflichten [...] und nicht einmal die Unschuldsvermutung.«.



Gefühl, dass man die Geschichte so – wenn auch nicht mit so schönen Worten und Details – selbst erzählen könnte.<sup>22</sup>

Vergleichbare Mechanismen kommen in einer Fernsehdokumentation dieses Jahres zum tragen, in der ›Menschen hautnah‹ den Zuschauern angeblich authentisch präsentiert werden, obwohl die Produktion tatsächlich mit Schauspielern und gestellten Szenen erfolgte. Die Realität war für die beteiligten Journalisten eine flexible Knetmasse, die maßgeblich der eigenen Vorstellung der möglichen Realität entsprechen musste. Dass das journalistische Produkt letztlich eine einzige Inszenierung ist, wird nicht als störend empfunden. Dem Juristen ist aus einem Strafurteil der Begriff der Wahrheit als schlichte Konstruktion, als vereinbarte Konvention, geläufig. Dass Berichterstattung in der Presse ebenfalls nur konstruiert ist, aus der Vorstellungswelt des Journalisten und der von ihm erwarteten Vorstellungswelt des Lesers zusammengesetzt wird, hat er noch zu lernen.

Wer in der Logik dieser Grundkomponenten in der Berichterstattung über ein Strafverfahren ein Manifest sprachlicher Zurückhaltung und differenzierter Kognition einer Beweisaufnahme erwartet, muss zwangsläufig enttäuscht werden.

#### IV. DIE BEFANGENHEIT DER VERTEIDIGUNG

Das Selbstverständnis von Verteidigung ist durch die Rolle in der Hauptverhandlung geprägt. Einseitig zugunsten des der Staatsgewalt ausgesetzten Angeklagten gilt es, die Rechte auf Gehör und Mitgestaltung des Verfahrens effektiv umzusetzen, sowie penibel darauf zu achten, dass schützende Formalien durch das Gericht ebenso eingehalten werden wie die inhaltlichen Vorgaben der distanziert skeptischen Rezeption der Ergebnisse der Beweisaufnahme. Verteidiger sind die Apologeten der Unschuldsvermutung, des Zweifelssatzes und der strengen Justizförmigkeit des Verfahrens.

Der Fokus der Öffentlichkeit ist ein anderer. Hier geht es um Schuld und Sühne, Täter und Bestrafung; gefordert wird für die anständigen Bürger ein effektiver Kampf gegen Kriminalität. Der nörgelnde Bedenkenträger findet hier keinen Resonanzboden. Orientiert

<sup>22</sup> *Drescher/Gotterbarm/König*, Sagen, was ist und was sein soll – Die Rhetorik der Reportage und der Fall Claas Relotius, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung, 13.1.2019, S.43.

sich Verteidigung in ihrer Öffentlichkeitsarbeit an der genuinen gesetzlichen Aufgabe und ihren Zielen und Methoden aus der Hauptverhandlung, ist ein Scheitern vorprogrammiert.

Den Grundregeln der Kommunikation folgend bietet sich statt des besserwisserischen Dozierens über juristeninterne Geheimnisse der Prozessmaximen eine Orientierung am Verständnishorizont des Botschaftsempfängers an. Das Eingehen beispielsweise auf unreflektierte Strafinstinkte ist Verteidigern jedoch aus guten Gründen zuwider. Der kulturelle Quantensprung unserer modernen Gesellschaft wird gerade in der Überwindung des Emotionalen als Richtschnur des Handelns gesehen. Recht fordert den Ausschluss des Triebhaften, die Akzeptanz von Werten und die Befolgung von Regeln. Die Anwendung von Strafrecht sollte sich gerade durch die Distanzierung von Angst-, Wut- und Racheinstinkten auszeichnen. Strafrecht sollte die an rationalen Maßstäben orientierte und der Würde und des Respekts des Menschen folgende zivilisierte Reaktion auf sozialwidriges Verhalten sein.

Ist dieser ideale Zustand schon manchem Strafrichter unserer Zeit nicht ausreichend zu vermitteln, werden wir unbeteiligte Beobachter der Justizszene niemals erreichen.

Dass die Komplexheit unseres Strafprozesses auch nach Jahrhunderten ihrer Existenz einem Bürger nicht im Kern zu vermitteln ist, zeigt bereits das simple Beispiel der Legitimierung dessen, was wir täglich tun – der Strafverteidigung. Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen erscheinen auf den ersten Blick für den Beobachter nicht sonderlich anständig und fair. Im Prozess der verantwortungsvollen Wahrheitssuche auf dem Weg zur gerechten Bestrafung eines Täters sind sie mit dem Aufbau von Barrikaden beschäftigt. Sie kultivieren nörgelnde Skepsis. Sie widersprechen und stellen Anträge. Sie helfen einem möglichen Verbrecher bei dreisten Lügen gegenüber dem ehrenwerten Gericht und behalten die besseren Erkenntnisse zum Tatverlauf für sich. In dieser dem Prozessziel der Wahrheitsfindung wenig förderlichen Rolle rühmen sie sich noch, gegen jeden anerkannten Anspruch der Objektivität wider jede Gefahr der Verfälschung nur einseitig handeln zu wollen. Soll Verteidigung am Ziel der Fairness und Gerechtigkeit mitwirken, orientiert sich die ihr zugedachte Rolle

vordergründig aber an Maßstäben der Unfairness, kann nur der von außen kaum leistbare Blick auf die Struktur des Strafprozesses den rechtsstaatlichen Wert von Verteidigung begreiflich machen. Das gelingt uns nur in den seltenen Fällen.

Wir sollten auch realisieren, dass unsere Plädoyers zu Sinn und Unsinn des Strafens aus guten Gründen in der außerjuristischen Welt verhalten müssen. Der juristisch elaborierte und angeblich logischen Maßstäben folgende Umgang mit den gesetzlichen Strafzwecken hat auch nach Jahrhunderten nur wenig Distanz zu vorkulturellen menschlichen Instinkten gewonnen. Spezial- oder Generalprävention als angeblich transparente rechtsstaatliche Leitlinien des Strafens führen in der Praxis ein verstecktes, zeitweilig sprunghaftes Dasein. Die Wissenschaft hat die Rache als unveränderte Triebfeder des Strafens wiederentdeckt und kultiviert sie unter dem Deckmantel neo-philosophischer Wortgebilde.<sup>23</sup> Die obskuren Zusammenhänge von Verbrechen und Strafe deckt auch unser angeblich aufgeklärter Rechtsstaat nicht auf.<sup>24</sup> Es verbleibt das Fazit, das vor mehr als 100 Jahren bereits *Friedrich Nietzsche* angesichts wirrer Diskussionsstränge gezogen hatte: »Es ist heute unmöglich zu sagen, warum eigentlich gestraft wird.«<sup>25</sup>

Eine weitere Überlegung sollte uns davon abhalten, allein gesetzliche Strukturen des Strafprozesses in den Mittelpunkt unseres Kommunikationsziels zu stellen: Die gerichtliche Realität wird nicht nur durch Gesetze, sondern vor allem durch richterliche Vorstellungen von einem funktionalen Strafprozess geformt. Dazu gehört, dass manche Rechtsinstitute wie Wiederaufnahme, Klageerzwingungsverfahren oder Ablehnung von Berufsrichtern faktisch abgeschafft werden. Dazu gehört die Erfindung von Verfahrenshürden, wie die Fristsetzung bei Beweisanträgen. Dazu gehört auch der alltägliche Rechtsbruch, der beispielsweise in Haftfragen Beschuldigten trotz besseren richterlichen Wissens eine nicht begründbare Fluchtgefahr

<sup>23</sup> *Rodríguez Horcajo* GA 2018, 609 ff, 614 zu »empirisch orientierten« modernen Versionen der Vergeltungstheorie; s. auch die Analyse *MK/Joecks* StGB 3.Aufl., 2017, Einl. Rn. 71 ff., der auf die tragenden Begriffe der »Einübung der Rechtstreue«, der »Stabilisierung der Normerwartung« oder die »Integrationsprävention« in der Diskussion hinweist, die letztlich den Willen zur Vergeltung nur ummänteln.

<sup>24</sup> S. zuletzt umfassend *Fassin* Der Wille zum Strafen, 2018.

<sup>25</sup> *Nietzsche* Zur Genealogie der Moral, 1887.

unterstellt und Menschen in unserer Gesellschaft trotz formaler Geltung der Unschuldsvermutung wie Tiere einsperrt. Das soziale Phänomen des Strafprozesses ist hiernach nicht – allein – mit dem Blick ins Gesetzbuch erklärbar.

Die Rolle von Verteidigung im Pressespiegel muss – aus Innen- und Außensicht – volatil sein. Wir werden in unserer individuellen Beistandsarbeit respektiert wie ein Seelsorger oder ein Palliativhelfer. Inhaltlich wird Verteidigung in der modernen Diskussion um Verbrechensbekämpfung mit dem Rekurs auf traditionelle rechtsstaatliche Werte oft selbstgefällig und rückwärtsgewandt wahrgenommen.

## V. DIE KONSEQUENZEN

Das Handlungsrepertoire ist auszuweiten. Wer den Mandanten schützende Effekte außerhalb des Gerichtssaals erreichen will, muss alle Kommunikationswege nutzen.

Dazu gehört zunächst, dass das im Gerichtssaal Gesagte mit der notwendigen Deutlichkeit auch außerhalb des Gerichtssaals ankommt. Pointierte Stellungnahmen gegenüber dem Gericht können daher schriftlich vorbereitet und vervielfältigt werden, um sie anschließend in einer Pause an die Pressevertreter zu verteilen.

Zu den Abwehrmechanismen gegenüber allzu dreister Presse gehören selbstverständlich die presserechtlichen Mittel. Sie kommen zwar zu spät, können aber für die Zukunft disziplinieren. Allerdings: Der betroffene Journalist nimmt sich anschließend eher als Gegner des Verteidigungsanliegens wahr. Ebenso freundliche wie bestimmte Anschreiben jenseits der formalen Rechtsbehelfe können möglicherweise dieselben Effekte erzielen. Werden sie nicht von der Verteidigung selbst, sondern von einem beauftragten anerkannten Presse-rechtler aus der Anwaltschaft vorgebracht, werden persönliche Vorbehalte für die zukünftige Kommunikation minimiert.

So hat beispielsweise kürzlich für mich ein presserechtlich versierter Kollege den Pressesprecher der Staatsanwaltschaft ohne jede Androhung irgendwelcher Konsequenzen gebeten, Begriffsverwendungen in zukünftigen Presseerklärungen nochmals zu überdenken. Man hatte zuvor wegen des massiven Vorwurfs der Manipulation von Spielautomaten allein aus der Tatsache, dass mehrere Spielhallen un-

terschiedlichen Angehörigen einer türkischen Familie gehörten, die Behauptung der Kriminalität eines »Clans« abgeleitet. Das ist journalistisch modisch und erreicht zumeist den Zweck beim Leser, eine abgeschottete, der gesellschaftlichen Integration nicht würdige kriminogene Szene mit familiärem Zusammenhalt zu assoziieren. Die Erkenntnis unzulässiger Pauschalierung war der Staatsanwaltschaft schon auf diesem kurzen Wege zu vermitteln.

Stereotype sind bereits in der richterlichen Beweiswürdigung das größte Hindernis für Erkenntnisgewinn. In der öffentlichen Meinung sind sie der Motor für vordergründig logische Deutungen und im Ergebnis vorschnelle Schuldzuweisungen gegenüber dem Angeklagten. Hier mag Verteidigung verzweifeln, weil sie sich ohne Chance auf grundsätzliche Beeinflussung einbetonierter Vorstellungswelten gegenüber sieht: Für jeden syrischen Flüchtling ist unser gesellschaftlicher Umgang mit Sexualität gleichbedeutend mit der Einladung, jede deutsche Frau zu vergewaltigen. Jeder rumänische Zigeuner kann nur überleben, wenn er mindestens einmal monatlich in ein Einfamilienhaus eingebrochen ist. Jeder Vorstandsvorsitzende eines deutschen DAX-Konzerns hat mindestens ein Schwarzgeldkonto in der Schweiz oder in Dubai. Jeder langhaarige Motorradfahrer hat stets ein kleines Drogenpaket unter dem Sitz seiner Harley.

An solche festgefügtten Vorstellungsbilder wird Verteidigung auch durch Presseerklärungen nicht rütteln können; sie sind unentbehrlich, um sich in seinem eigenen überschaubaren sozialen Raum mit der notwendigen Sicherheit orientieren zu können. Das Ziel von Verteidigung muss es hier – auch bei einem schweigenden Angeklagten – sein, zumindest so viel konkrete Informationen über das dem Leser unbekanntes Leben der ihm fremden sozialen Gruppe zu vermitteln, um den naheliegenden Rückschluss von der Zugehörigkeit einer Gruppe auf die Durchführung der vorgeworfenen Tat zu erschüttern. Geschichten über den Respekt und hohen Wert der Frau in der islamisch geprägten modernen syrischen Gesellschaft haben hier die von Journalisten selbst stets angestrebte ›stopping power‹ wie Darstellungen der staatlichen Unterdrückung von Sinti und Roma in Rumänien.

Wenn in der Analyse der Verteidigung die Dekontextualisierung und damit Simplifizierung eines Sachverhalts entscheidend für den nachteiligen schnellen Rückschluss in der Öffentlichkeit ist, kann die Aufgabe der Verteidigung nur in einer Aufbesserung der Kontextualisierung verstanden werden.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass mit solchen Informationsverschiebungen letztlich die Entscheidungsdominanz unbewusster Stereotype beseitigt werden sollen. Diese Methode funktioniert nicht, wenn in einem besonders öffentlichkeitswirksamen Prozess das Geschehen und der Angeklagte symbolträchtig für allgemeine gesellschaftliche Konflikte stehen. Hier sind die Stereotype bewusste Parallelwertungen der Öffentlichkeit, der Prozess ist lediglich Projektionsfläche. Niemand hätte im sogenannten Kachelmann-Prozess Alice Schwarzer durch eine noch so ausgeklügelte Informationspolitik davon abhalten können, in der angeblich vergewaltigten Frau das Symbol des klassischen Opfers in unserer Männer-Gesellschaft zu sehen. Der aktuelle ›Chemnitz Prozess‹ zu einer Messerattacke, die zu prompten politischen Demonstrationen mit völlig entgegengesetzten Zielen geführt hatte, wird von den politischen Gruppen allein und bewusst durch die eigene einseitige politische Brille gefiltert und interpretiert. Hier hat Verteidigung zumeist keine andere Wahl, als diese Funktionalisierung eines Verfahrens anzuprangern.

Einer der wesentlichen Punkte einer effektiven Pressearbeit ist aus meiner Sicht das Überdenken der sprachlichen Strategie der Verteidigung. Die durch Gesetz verordnete sprachliche Zügelung der Formulierung der staatsanwaltschaftlichen Anklage entfaltet in den Köpfen eines Zeitungslesers zumeist keine Wirkung. Wenn in der Anklage ein Einleitungssatz relativieren soll, dass dem Angeschuldigten nunmehr bestimmte Handlungen lediglich vorgeworfen werden, dominiert in der Vorstellungswelt des Zuhörers und Lesers die anschauliche Darstellung eines historischen Geschehens. Letztlich produziert die Anklage das nur schwer verrückbare plastische Bild einer geschehenen Tat. Die Festsetzung dieses Bildes lässt sich nur durch eine mit drastischen Worten formulierte Alternativdarstellung verhindern. Verteidiger, die mit vorsichtigen Worten die Plausibilität einer Anklagegeschichte in Frage stellen oder den in Zweifel getränkten verbalen Zeigefinger erheben, verdienen sich akademischen Applaus, haben

den Kampf um die öffentliche Meinung aber bereits weitgehend verloren. Einerseits die Würde der Verteidigung zu bewahren und andererseits mit für jedermann verständlicher sprachlicher Deutlichkeit zu agieren, ist ein Balanceakt, den kein Anwalt je erlernt hat.

Wer Rache und Angst als maßgebliche Katalysatoren der Wahrnehmung von Prozessberichterstattung erkannt hat, muss als Maßgabe der eigenen Darstellung die Individualität des angeklagten Geschehens in den Vordergrund rücken. Soll der eigene Mandant nicht für die Enttäuschung diffuser Angst- und Sicherheitsgefühle der Allgemeinheit büßen, müssen die Besonderheiten des verhandelten Geschehens herausgestrichen werden. Orientierung ist dabei nicht die dem Plädoyer vorbehaltene Auflistung von Strafzumessungserwägungen des § 46 StGB, sondern eine Analyse der die Gesellschaft beeinflussenden angsteinflößenden Faktoren. Gelingt es, das allenfalls Schicksalhafte eines Tathergangs zu vermitteln, verblasst die Selbstbezogenheit in der Bewertung des Lesers und macht Platz für den rationalen Blick auf das mögliche Fehlverhalten des Angeklagten.

Die größte Herausforderung für die Verteidigung ist der Versuch, Verständnis für die schützenden Formalien des Strafprozesses zu vermitteln. Das rechtsstaatliche Anliegen von Verteidigern und Verteidigerinnen ist uralte, die »Narrative« haben sich aktuellen Umständen anzupassen. Wenn trotz stetig steigender staatlicher Regulierungen und Polarisierung in der Gesellschaft die Staatsmacht nicht mehr primär als Leviathan wahrgenommen wird, ist das abstrakte Bild schwer vermittelbar, dass die strenge Justizförmigkeit eines Verfahrens unverzichtbares Regulativ für willkürliches staatliches Verhalten ist. Den Wert dieser schützenden Form erkennt nicht der Zuschauer, wohl aber der Betroffene. Wer einen Polizisten als Angeklagten verteidigt hat, wird regelmäßig erleben, wie ein bedingungsloser Strafverfolger plötzlich zum glühenden Verehrer formalisierter Schutznormen des Prozesses wird.

Die Darstellung hat den Perspektivenwechsel zum Ziel, der dem Betrachter die Rolle des Betroffenen näher bringt. »Jetzt stellen Sie sich vor, Sie werden plötzlich aus heiterem Himmel beschuldigt, die Polizei nimmt Sie mit, lässt Sie keinen Anwalt anrufen und hält Ihnen andauernd vor, dass Leugnen zwecklos ist...«, ist ein Vorhalt im Pressegespräch,

der eine bedrückende Geschichte auch dem Journalisten und seinem Leser deutlich machen kann. Gelingt es der Verteidigung auch emotional nachvollziehbar die Bedeutung bestimmter prozessualer Rechte zu vermitteln, ist der erste Schritt getan, dass die Einhaltung des formalen Prozessgeschehens durch die Justiz auch von der Öffentlichkeit kritischer beobachtet wird.

Die wenigen Beispiele helfen möglicherweise weniger in Einzelfällen, als dass sie die unerforschten Dimensionen der Problematik aufzeigen. Wenn hierdurch zumindest der Ehrgeiz von Verteidigung entfacht wurde, Pressearbeit zugunsten des eigenen Mandanten zu optimieren, war die Analyse nicht vollends vergebens.



Dr. Oliver Harry Gerson

WAHRHEIT, WAHRHEITSFINDUNG,  
WIRKLICHKEIT  
– STRAFVERFAHREN ZWISCHEN »SEIN«  
UND »SOLLEN« –

I. MESSEN UND FINDEN VON WAHRHEIT(EN) – PROLOG

1. Vom fehlenden Messgerät

Stellen Sie sich bitte Folgendes vor:

Sie sind Naturwissenschaftler. Vor Ihnen steht ein Bottich, gefüllt mit 15 Litern Wasser. Die Ihnen obliegende Aufgabe besteht darin, die Temperatur, die das Wasser im Bottich *vor 10 min* hatte, so exakt wie möglich zu bestimmen. Wie gehen Sie vor?

Sie haben zumindest einen »dicken Daumen« zur Hand. Diesen können Sie in das Wasser tauchen, um ein erstes Gefühl für die Temperatur zu entwickeln: »eher kalt«, »eher warm«, »eher heiß« oder sogar: »zu heiß«. Falls Ihnen diese Herangehensweise zu ungenau erscheint, können Sie sich stattdessen eines artifiziellen Messgeräts bedienen. Geeignet hierfür ist ein Thermometer. Dieses führen Sie in das Wasser ein, warten einige Augenblicke und lesen – beispielsweise – »53,2 °C« von der Anzeige ab. Doch Vorsicht! Wenn Sie genau arbeiten, erkennen Sie, dass der gefundene Wert als Antwort auf die gestellte Aufgabe *falsch* und zudem *verfälscht* ist. *Falsch*, weil der gemessene Temperaturwert nur einen extrem kurzen Zustand korrekt beschreibt. Da das Wasser im Bottich kontinuierlich abkühlt,<sup>1</sup> Sie mithilfe des einen, gerade gemessenen Werts jedoch keine Aussage über die Geschwindigkeit dieser Abkühlung treffen können, wissen Sie

<sup>1</sup> Newton'sches Abkühlungsgesetz: Hat ein Körper eine Temperatur, die höher ist als die der Umgebung, gleichen sich die Temperaturen mit Zeitablauf durch Wärmestrahlung, Konvektion, und/oder Wärmeleitung aus. Für eine exakte Bestimmung müssen entweder die Lufttemperatur oder ein zweiter, zeitlich versetzter Messwert bekannt sein.

schlicht nicht, welche Temperatur das Wasser *vor 10 min* hatte. Ebenso können Sie nicht exakt vorhersagen, wie lange der gemessene Temperaturwert von 53,2 °C bestehen bleiben wird. Bereits während der Messung wurde das Ergebnis zudem *verfälscht*, da das Messgerät einige Augenblicke benötigte, um einen Wert zu generieren. Überdies hat das Thermometer eine Eigentemperatur, die beim Einbringen ins Wasser dessen Temperatur verändert hat, noch bevor das Thermometer die veränderte Temperatur des Wassers selbst bemessen konnte. Um eine exakte Aussage über die Wassertemperatur *vor 10 min* treffen zu können, müssen Sie also die Abkühlungsmatrix der Flüssigkeit definieren, die Eigentemperatur des Messgerätes mitbedenken und die Wechselwirkungen aus Zeitablauf des Messvorgangs, Vermischungstemperatur und Kalibrierung des Messgerätes in ihren abgelesenen Wert hinein- bzw. herausrechnen. Nur so bleibt die Fehlerkurve möglichst flach.

Als versiertem Naturwissenschaftler sind Ihnen diese Einbruchstellen für Messfehler<sup>2</sup> bekannt. Sie wissen, *wo* diese auftreten, *ob* und *wie* sie zu berücksichtigen sind und sind sich bewusst, wie sehr die Richtigkeit des Ergebnisses von der zugrunde gelegten Methode der Ergebnisfindung abhängt.

Nun sind wir Juristen (genauer: Strafrechtler). Uns liegt ein – noch nicht abschließend aufgeklärter – Lebenssachverhalt vor, der strafrechtlich erhebliche Fragestellungen aufwirft. Unsere Aufgabe besteht darin, herauszufinden, wie sich der Sachverhalt – der regelmäßig länger als 10 min zurück liegt – exakt zugetragen hat, ob und wie sich die involvierten Personen strafbar gemacht haben und welche Strafe hierfür gegebenenfalls zu verhängen ist.

Was also tun? Stecken wir den »dicken Daumen« hinein? Folgern wir daraus »ein bisschen zugeschlagen«, somit »ein bisschen Körperverletzung« und daher »ein bisschen strafbar«? Haben wir ein Messgerät zur Hand, eine Art »Thermometer« für die Bemessung von Lebenssachverhalten und Rechtsfragen? Wenn ja – wie lange und wo muss es messen? Hat das Gerät eine Eigentemperatur?

Als versierten Strafrechtlern sind uns diese Einbruchstellen für Messfehler bekannt. Wir wissen, *wo* diese auftreten können, *ob* und

<sup>2</sup> Messfehler sind qualifizierbar als absolute / relative sowie systematische / zufällige.

wie sie zu berücksichtigen sind und sind uns bewusst, wie sehr die Richtigkeit des Ergebnisses von der zugrunde gelegten Methode der Ergebnisfindung abhängt. So halten wir die Fehlerkurve möglichst flach.

Oder etwa nicht?!

## 2. Von der Wahrheitssuche

Ganz unbedarft sind wir selbstredend nicht ans Werk gegangen. Der Jurist hat »Messgeräte«, um seine Arbeit zu erfüllen: seine Sprache und seine Erkenntniskraft. Beide konstituieren Wirklichkeit; beide sind fehleranfällig: Sprache ist vage, interpretierbar, manipulativ; Erkenntniskraft ist subjektiv, verzerrungsanfällig, abnutzbar. Bei Lichte besehen mutet es abenteuerlich an, mit dermaßen stumpfem Werkzeug seine Aufgabe erfüllen zu wollen.

Hinzu kommt, dass das erwünschte »Messergebnis« der strafverfahrensrechtlichen Bemühungen kommunikativ-emotional deformiert ist: es geht um *Wahrheit*. Die dem Gericht nach § 244 Abs. 2 StPO auferlegte Pflicht zur »Erforschung der Wahrheit« ist nach überwiegender Auffassung eines der zentralen Anliegen des Strafprozesses und in Hinblick auf das materielle Schuldprinzip nicht verhandelbar.<sup>3</sup> Der Gesetzgeber hat eine Struktur des Strafprozesses erdacht, in der die Hauptverhandlung auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angelegt und auf die Ermittlung aller erheblichen objektiven und subjektiven Tatsachen gerichtet ist:<sup>4</sup>

3 BVerfGE 57, 250, 275 (faïres Verfahren und Aufklärungspflicht); 63, 45, 61 (Zugriff auf Spurenakten und Waffengleichheit); BVerfG NJW 2003, 2444 ff. (Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung), hierzu auch *Jahn*, GA 2014, 588 ff.; vgl. auch BVerfGE 86, 288, 317 = NJW 1992, 2947; 107, 104, 118 f. = NJW 2003, 2004 (Ausschluss der Eltern im Jugendstrafverfahren); 115, 166, 192 = NJW 2006, 976 (Telekommunikationsüberwachung); 118, 212, 230 f, 233 = NJW 2007, 2977 (Prozess der Straffindung nur anhand eines lückenlosen, wahrheitsorientiert ermittelten und aktuellen Strafzumessungssachverhalts); 122, 248, 270 = NJW 2009, 1469 (Rügeverkümmung); NJW 2012, 907, 909 (Al Quaida); vgl. auch BGHSt 1, 94, 96; § 244 Abs. 2 als »beherrschender Grundsatz«; BGHSt 23, 176, 187; Meyer-Goßner/*Schmitt*, 62. Aufl. (2019), § 244 Rn. 11; MüKo-StPO/*Trüg/Habetha* (2016), § 244 Rn. 4; LR-StPO/*Becker*, 27. Aufl. (2019), § 244 Rn. 39; KK-StPO/*Krehl* 8. Aufl. (2019), § 244 Rn. 28; *Eisenberg*, Beweisrecht, 10. Aufl. (2017), Rn. 1; *Börner*, Legitimation durch Strafverfahren (2014), S. 98 ff.

4 BVerfGE 74, 358, 372 = NJW 1987, 2427 ff.

»Die Regeln für die Hauptverhandlung sind so ausgestaltet, daß sie die größtmögliche Gewähr für die Erforschung der Wahrheit ebenso wie für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bieten.«<sup>5</sup>

Es wird demnach nach Wahrheit gesucht; wenn diese gefunden ist, scheinen auch Gerechtigkeit und Rechtsfrieden nicht mehr weit.<sup>6</sup>

»Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege, die zum Schutz der Bürger den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren in gleichförmiger Weise durchsetzen soll.«<sup>7</sup>

Der Zweck des Strafprozesses ist mithin »komplexer Art«; es geht um »die materiell richtige, prozessordnungsmäßig zustande kommende, Rechtsfrieden schaffende Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten«.<sup>8</sup>

Unweigerlich flackert der »strafprozessuale Zielkonflikt«<sup>9</sup> (Wahrheit, Gerechtigkeit, Rechtsfriede) auf: Wahrheit »diene« der Gerechtigkeit,<sup>10</sup> die wiederum den Boden für den Rechtsfrieden bereite. Das ist – zumindest in dieser Verknüpfung – unterkomplex. Zum einen existiert »die eine« Gerechtigkeit ebenso wenig wie »die eine« Wahrheit;<sup>11</sup> zum anderen stehen Wahrheit und Gerechtigkeit

5 BVerfG, Beschl. v. 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88, Rn. 98 = BVerfGE 86, 288, 317.

6 So zumindest bei MüKo-StPO/Miebach (2016), § 261 Rn. 1; ähnlich Graf-StPO/Eschelbach, 3. Aufl. (2018), § 261 Rn. 6: ohne Wahrheit keine Gerechtigkeit; Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 28: Dienerin der Gerechtigkeit; zur Verwirklichung des Rechtsfriedens Trentmann, ReWi 2018, 332 ff. und Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren (1989), S. 207 ff.

7 BVerfGE 107, 104, 118 f. = NJW 2003, 2004; ebenso 115, 166, 192 = NJW 2006, 976.

8 Roxin / Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 1 Rn. 3; eine vertiefte Diskussion denkbare Zwecke des Verfahrens bei Börner (Fn. 3), S. 27 ff.

9 Vert. Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 5. Aufl. (2019), S. 33 ff.

10 Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 28; Trüg, ZStW 120 (2008), 331, 335.

11 Stöhr, Rechtstheorie 2014, 159, 162 f.; Gerson, GVRZ 2020, 9 Rn. 5 ff.

nicht in symmetrischer Beziehung.<sup>12</sup> Abstrakte Ideale zu stilisieren kann zwar Orientierung bieten, zeigt aber keine Lösungsmatrix auf.<sup>13</sup> Aus der Kräftetrias lässt sich wenig Honig saugen.

Die Mehrheitsmeinung innerhalb der Mehrheitsmeinung konkretisiert die zu suchende Wahrheit überdies zu einer »materiellen / objektiven«<sup>14</sup> bzw. »absoluten.«<sup>15</sup> Dies geschieht, obwohl zumindest in den Leitentscheidungen des BVerfG davon nicht so häufig (wie behauptet) die Rede ist. Dort wird das Prädikat »materiell« üblicherweise auf das Schuldprinzip und nicht auf die Wahrheit bezogen.<sup>16</sup>

Außerdem stimmt nicht jeder in das Loblied von der Wahrheitsuche ein. Bereits das Reichsgericht hatte das Dilemma erkannt:

*»Objektive Wahrheit ist nur gedanklich vorstellbar, [i]hr Nachweis durch menschliche Erforschung und Erkenntnis ist begrifflich unmöglich, weil diese als an die erkennende Person gebunden von Natur subjektiv, also relativ sind. Das gilt auf allen Gebieten menschlichen Wissens und Erkennens. Auch dem Richter ist deshalb die Findung absoluter Wahrheit verschlossen; auch er vermag sich nur [...] zu einer für sein richterliches Gewissen gültigen, also*

12 So auch *Theile*, NSTz 2012, 666 in Fn. 1 m.w.N.; *Thommen*, recht 2014, 264, 270; *Salas*, Kritik des strafprozessualen Denkens (2005), S. 275 ff.; instruktiv *Jahn*, Konzeptionen für ein gerechteres Strafverfahren: Konsens und Partizipation, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren. Loccumer Protokoll 09/11 (2011), S. 117, 119 ff.; *Fischer*, Warum lässt das Revisionsrecht Fehlerurteile zu?, in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), »Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit«. Fehlerurteile im Strafprozess (2018), S. 253, 256.

13 Zu den verschleiernenden Effekten von Idealen *Stübinger*, Das »idealisierte« Strafrecht (2008), S. 33 ff.; *Gerson*, Die Welt in (k)eine »gute Ordnung« bringen. Zum Verhältnis der Philosophie zur nichtidealen menschenrechtlichen Wirklichkeit, in: Mürbe/Weiß (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte in Theorie und Praxis (2018), S. 101, 104 ff.

14 *Eisenberg*, Beweisrecht (2017), Rn. 2; KK-StPO/*Fischer*, 6. Aufl. (2008), § 244 Rn. 28.

15 Vgl. nur *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 21.

16 BVerfGE 57, 250, 275; ebenso fehlt es am Zusatz des »materiellen« in BVerfG 63, 45, 61; 86, 288, 317; 107, 104, 118; 115, 166, 192; 118, 212, 230 f., 233 (»wahrheitsorientiert«); anders BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, Rn. 82 (BVerfGE 122, 248 ff.). Zum Teil wird die »materielle« Wahrheit dem Strafverfahren auch von anderen Gerichtsbarkeiten (insb. Zivilgerichten) zugeschrieben, vgl. nur HansOLG Bremen, NJW 1964, 1286; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.09.1964 – III ZR 215/63, Rn. 10; OLG Zweibrücken, Urt. v. 29.08.1995 – 5 UF 147/94, Rn. 2. Dass immer wieder von »materieller Wahrheit« gesprochen wird, bestätigt *Fischer* (Fn. 12), S. 253, 255; erneut *Fischer*, Anmerkungen zum Beweis subjektiver Tatsachen, in: *Fischer* (Hrsg.), Beweis (2019), S. 219.

*subjektiven oder relativen Wahrheit, nämlich zur richterlichen Überzeugung durchzuringen.*«<sup>17</sup>

Ergo: Das Thema »Wahrheitssuche im Strafverfahren« ist in der Sache weiterhin umstritten. In meinen Ausführungen möchte ich den Finger in offene Wunden legen:

1. Was ist eigentlich gemeint, wenn von »Wahrheitssuche« die Rede ist? (dazu II.)
2. Sind wir auf einem guten Weg, diese »Wahrheit« zu »finden«? Oder trifft vielmehr die Einschätzung vom »Abschied« zu?<sup>18</sup> (dazu III.)
3. Ist Strafverfahren auch ohne »Wahrheitssuche« denkbar? (dazu IV.)

## II. DIE »WAHRHEIT« HINTER DER WAHRHEITSSUCHE: »WAHRHEITSVERSTÄNDNISSE«, »WAHRHEITSBEGRIFFE« UND »WAHRHEITS(-FINDUNGS-)METHODEN

Der Diskurs über »Wahrheit« zeichnet sich durch seine Unübersichtlichkeit aus. Zum besseren Verständnis ist zunächst eine anschlussfähige Systematisierung darzulegen. Dazu soll zwischen »Wahrheitsverständnissen«, »Wahrheitsbegriffen« und »Wahrheits(-findungs-)methoden unterschieden werden.<sup>19</sup>

### 1. Die vielen Namen der »einen Wahrheit«

#### a. Wahrheitsverständnisse: Korrespondenz und Pragmatismus

Namen für Wahrheit(en) gibt es viele,<sup>20</sup> Verständnisse von Wahrheit – im Grunde – nur zwei: korrespondenztheoretische/substanziell-

17 RGSt 66, 163, 164 f.; zu weiteren Formulierungen des RG vgl. *Stübinger* (Fn. 13), S. 516 ff.; Noch harschere Töne von *Müller*, *Leviathan* 1977, 522, 533: »Damit ist deutlich, daß die ‚materielle Wahrheit‘, die der deutsche Inquisitionsprozeß angeblich verbürgt, vor allem dazu dient, die Mißachtung von Rechten zu legitimieren.« [...] »Der vorgeblich hohe Wert der ‚materiellen Wahrheit‘ [...] degradiert den Beschuldigten so zum Objekt staatlicher Verbrechenverfolgung.«

18 Vgl. den Titel der AG 5 des 43. Strafverteidigtages Regensburg und das Gesamthema des 35. Strafverteidigtages Berlin.

19 Das ist keineswegs zwingend, schafft aber Handhabbarkeit für die vorliegenden Zwecke; eine vergleichbare, lediglich begrifflich nuancierte Systematisierung findet sich bei *Gutmann*, *Wahrheit*, in: *Fischer* (Hrsg.), *Beweis* (2019), S. 10, 18 ff. m.w.N.

20 Überblick m.w.N. bei *Gerson*, *Das Recht auf Beschuldigung* (2016), S. 684 ff.

le<sup>21</sup> und pragmatische / deflationistische.<sup>22</sup>

aa) Korrespondenztheorie

Die Korrespondenztheorie und deren Spielarten<sup>23</sup> postulieren, dass subjektive Aussagen genau dann wahr sind, wenn sie mit den objektiven Tatsachen der Welt übereinstimmen. Ein Satz ist demnach wahr, wenn die von ihm aufgestellte Behauptung einer Situation (Sachverhalt) in der Realität entspricht. Vertreter der Korrespondenztheorie verstehen Wahrheit damit als eine Relation zwischen (mindestens) zwei Bezugspunkten, was als »Übereinstimmung«, »Entsprechung«, »Adäquation« oder »Übereinkunft« bezeichnet wird (*adaequatio rei et intellectus*). Für Anhänger korrespondenztheoretischer Wahrheitsverständnisse ist die Bestimmung der Wahrheit *substanziell*, da Wahrheit einen Schlüsselbegriff für weitere Erkenntnis bildet.

Die Korrespondenztheorie liefert zwar eine griffige Definition, führt für die Frage nach der Suche nach der Wahrheit aber nicht weiter, weil sie allenfalls statuiert, was Wahrheit *ist*, nicht hingegen, wie sie *gefunden* werden kann.<sup>24</sup> In Schwierigkeiten gerät die Korrespondenztheorie, wenn sie negative Behauptungen beurteilen soll: Womit soll verglichen werden, wenn etwas *nicht ist*? Trotz gewichtiger Ansätze der

21 Als »Urväter« werden *Aristoteles*, *Thomas von Aquin* und *Kant* genannt (str.); ein Überblick zur »religiösen« Wahrheit bei *Stübinge*r (Fn. 13), S. 391 ff. m.w.N.

22 Eine Zuordnung in Konstruktivisten, Systemtheoretiker und Diskurstheoretiker soll der Einfachheit halber unterbleiben; ebenso inwieweit sich die einzelnen »Strömungen« voneinander unterscheiden; eine Verknüpfung (normativ) pragmatischer Wahrheitsverständnisse mit der juristischen Entscheidungsfindung zeigt *Schulz*, ZIS 2007, 353, 354 ff. auf; vert. auch *Schulz*, Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von Charles Sanders Peirce (1988); *Stübinge*r (Fn. 13), S. 416 ff. m.w.N. *Gärditz*, Schuld und Postmoderne, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld (2017), S. 269, 272 fasst einige der Ableger unter »Postmoderne«. Eine Sonderstellung im Wahrheitsdiskurs nimmt *Nietzsche* ein, der Wahrheit einerseits als »Produktion« versteht, andererseits als (moralische) »Illusion«, die der Stabilisierung von Macht und zur Selbstabsicherung ihres Anwenders diene; instruktiv *Stübinge*r (Fn. 13), S. 393 ff.

23 Die opponierende Kohärenztheorie versteht Wahrheit als Übereinstimmung von Aussagen mit Aussagensystemen, vgl. *Russel*, Wahrheit und Falschheit (1912), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), Wahrheitstheorien, S. 63, 65; die Kohärenztheorie versage aber, weil es keinen Beweis dafür gäbe, dass nur ein einziges mögliches Erklärungsmodell oder kohärentes System existiert (das Leben könnte auch ein einziger langer Traum sein, an dessen Ende man plötzlich aufwacht). Damit sei Kohärenz nicht gleichbedeutend mit Wahrheit, aber wichtiger Gradmesser; s.a. *Hempel*, Zur Wahrheitstheorie des logischen Positivismus (1930), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), S. 96: Die Wahrheitstheorie des logischen Positivismus habe sich von einer Korrespondenz- zu einer »eingeschränkten Kohärenztheorie« entwickelt.

24 Vgl. auch *Gutmann* (Fn. 19), S. 10, 20; *Paulus*, FS Spindel (1992), S. 687 ff. arbeitet die Korrespondenztheorie als für das Strafverfahren logisch untauglich heraus.

Psychologie und der Soziologie,<sup>25</sup> die den Glauben an die Befähigung des menschlichen Geistes zur Objektivität und Neutralität widerlegen (müssten...), bleiben bis heute viele Akteure der »Korrespondenztheorie der Wahrheit« treu.<sup>26</sup> Angesichts der fortschreitenden »Entzauberung« unseres Geistes und seiner mentalen Abläufe durch die Psycho- und Neurowissenschaften wird sich die Haltung zu Wahrheits- und Aufklärungsansprüchen dieser Art jedoch reformieren müssen.<sup>27</sup>

#### bb) Pragmatismus

Pragmatische / Deflationistische Wahrheitsverständnisse<sup>28</sup> definieren Wahrheit als Produkt von Interaktionsprozessen. Das gemeinsam Gefundene könne so lange »als wahr gelten«, wie es als unwiderlegt oder tauglich bestimmt und daher aufrechterhalten werde. Für

25 Zu Beginn des 20. Jahrhunderts intendierte *Edmund Husserl*, Erkenntnisse der Psychologie (vor allem *Franz Clemens Brentanos*) nutzbar zu machen, um die Anschauung von Dingen vom »verzerrenden Filtern« zu befreien. Er bildete so eine »Evidenztheorie« der Wahrheit aus. Wahrheit meinte für *Husserl* die Übereinstimmung von Gemeintem und Gegebenem, d.h. die Richtigkeit der Intention (Urteilsrichtigkeit). Durch perzeptive Abschattung und eidetische Reduktion des Erkannten sei das »Ding an sich« auffindbar. Mittels intentionalen Erkennens und »Urteilsenthaltung« (Epoché) entblättere sich das »Wesen der Sache« (Ergebnis der eidetischen Reduktion). Intentionalität sei dabei keine Eigenschaft des Verhaltens, sondern eine Kategorie der Interpretation des Verhaltens, vgl. *Husserl: Das Ideal der Adäquation. Evidenz der Wahrheit* (1901), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, S. 402 ff., 407. Das hat etwas für sich, denn Intentionalität ist erst durch Sprache fass- und verhandelbar, vgl. *Harras: Mord, Totschlag & Handlung. Verursachung und Verantwortung in der Handlungssprache*, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.), *Sprache und Recht* (2002), S. 54. Gleichwohl dient die Phänomenologie mehr als Hilfe zur Selbstreflexion als zur Definition von Wahrheit: zu erkennen, dass man Umwelt durch Filter erkennt, entfernt diese nicht.

26 Vgl. nur *Tarski*, Die semantische Konzeption der Wahrheit und die Grundlagen der Semantik (1944), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, S. 140 ff.; *Heidegger*, Dasein, Erschlossenheit und Wahrheit (1927), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, S. 413 ff., 417 ff. (Wahrheit als »entdeckend-sein und seiendes Entdecktsein«). Diese Vorstellung prägte noch den frühen *Wittgenstein*, der in der Abbildtheorie des *Tractatus* nur wenige der konstruktivistischen Ansätze späterer Überlegungen der »Philosophischen Untersuchungen« ausformulierte. Die Korrespondenztheorie bestätigt für das Verwaltungsverfahren nach der VwGO bei Schoch/Schneider/Bier/Dawin, 37. ErgzL. (2019), § 108 Rn. 48; für das Strafverfahren u.a. *Radtke*, FS Schreiber (2003), 378 ff.

27 Ebenso *Thommen*, recht 2014, 264, 269 f.; nach *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne (2016), S. 254 hat die »Durchwissenschaftlichung« nahezu aller gesellschaftlichen Lebensbereiche die »Entzauberung der Welt« (ursprünglich nach *Max Weber*) bereits eingeläutet.

28 Zu denen auch die »Konsensustheorien der Wahrheit« (Vertreter u.a.: *Karl-Otto Apel*, *Jürgen Habermas*, *Paul Lorenzen*) zählt. Für das Strafverfahren fruchtbar gemacht von *Jahn*, vgl. u.a. § 128 - Strafprozess, in: Kube/Mellinghoff (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts. Festschrift für Paul Kirchhof* (2013), S. 1391 ff.; *Jahn* (Fn. 12), S. 117 ff. und *Theile*, NSz 2012, 666 ff.



Pragmatiker ist der Wert der Wahrheit aus ihrer Funktion zu bemessen: wo sie keinen sinnstiftenden Zweck erfüllt, könne sie verworfen werden.

Für Pragmatiker ist Wahrheit damit keine statische Beziehung. Erkennbar werde Wahrheit nur im Wechsel, d.h. in den Dispositionen: Intervalle der Betätigung bekräftigten ihren Gehalt.<sup>29</sup> *Wahre* Vorstellungen seien – nach einem der prominentesten Vertreter des Pragmatismus, *William James*,<sup>30</sup> – solche, die wir uns aneignen, die wir geltend machen, in Kraft setzen und verifizieren können. *Falsche* Vorstellungen seien solche, bei denen dies alles nicht gegeben sei.<sup>31</sup> Die Kenntlichmachung des Wahren erfolge durch »Veri-Fikation«, »Wahr-Werdung«, d.h. durch »Sich-Geltend-Machen«. Gedanken und Überzeugungen »gelten«, solange ihnen nichts widerspreche. Dadurch lebe »die Wahrheit größtenteils vom Kredit«. Das »Übereinstimmen« von Wahrheit und Wirklichkeit könne mit dem Akt des »Führens« verglichen werden.<sup>32</sup> Angenommene Wahrheiten seien wie »Führungen, die lohnten«. Die für die Wahrheit konstitutiven Überzeugungen der Menschen seien die Summe verdichteter Erfahrung. Wahrheit leite sich daraus ab, sei quasi die Funktion unserer Urteile, die in den Tatsachen entstehen und enden.<sup>33</sup> Dadurch entstehe »Wirklichkeit« als Masse aller Wahrheiten, die wir bereits kennen.<sup>34</sup> Als Katalysator diene Kommunikation: Wahrheit werde in Worten aufgebaut, konstituiert und vermittelt.<sup>37</sup>

29 *James*, Der Wahrheitsbegriff des Pragmatismus (1907), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), Wahrheitstheorien, S. 38, 49.

30 Grundlegend *James*, Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking (1907); weitere Vertreter (mit Schattierungen im Detail) sind *Charles Sanders Peirce*, *John Dewey*, *George Herbert Mead*; aus neuerer Zeit u.a. *Richard Rorty*, *Hilary Putnam*, *Robert Brandom*. Überblick bei *Hellmann*, Pragmatismus, in: Masala/Sauer/Wilhelm (Hrsg.): Handbuch Internationale Politik (2009), 145 ff.

31 *James* (Fn. 29), S. 38.

32 *James* (Fn. 29), S. 41.

33 *James* (Fn. 29), S. 45.

34 *James* (Fn. 29), S. 47.

35 *James* (Fn. 29), S. 51.

36 *James* (Fn. 29), S. 43.

37 *James* (Fn. 29), S. 44.

Nicht jeder kann sich mit dieser Sichtweise anfreunden: *Russel* beispielsweise nennt den Pragmatismus »subjektivistischen Wahnsinn«. <sup>38</sup> *James* und andere Vertreter pragmatischer Wahrheitsverständnisse seien nach *Russel* mehr an Religion und Moral als an wissenschaftlicher Methode interessiert. <sup>39</sup> Wahrheit dürfe jedoch niemals mit »Glauben« vermengt werden, denn der Glaube sei stets »wahr« und die Falschheit würde als Gegenwort unnütz. <sup>40</sup> Eine Hypothese dürfe nach *Russel* insbesondere nicht nur deshalb »wahr« sein, weil sie gute Wirkungen nach sich ziehe, denn weder sei klar, was »gut« bedeute, noch was »Wirkungen« seien. <sup>41</sup> Das Gegenteil der Erkenntnis von Wahrheit sei indes der Irrtum; wir erkennen Dinge, oder eben nicht. Es existiere schlicht kein Zustand der »irrtümlichen Erkenntnis von Dingen«. <sup>42</sup> Alles, was bekannt sei, müsse auch so sein; man ziehe aus dieser Bekanntschaft womöglich die falschen Schlüsse, doch die Bekanntschaft selbst könne einen nicht täuschen. <sup>43</sup> Das Bewusstsein »erschaffe« daher »Wahrheit« und »Falschheit« nicht, sondern bringe Urteile und Meinungen darüber hervor. Diese seien »wahr« oder »falsch«, wenn es eine Tatsache gibt, die außerhalb des Bewusstseins liegt, und das Urteil/die Meinung bestätige oder widerlege. <sup>44</sup> Damit hänge zwar die Existenz von Meinungen vom Bewusstsein ab, nicht jedoch ihre Wahrheit. <sup>45</sup>

cc) Kein Streitentscheid möglich

Die Ansichten stehen sich unversöhnlich gegenüber. Nach diesem kursorischen Einblick möchte ich die »Wahrheitsverständnisse« wieder verlassen, denn der Streit »um die Wahrheit« ist auf Ebene der »Verständnisse« nicht zu lösen.

38 *Russel*, William James (1946 – Auszug), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, S. 59, 62.

39 *Russel* (Fn. 38), S. 59.

40 So wie das z.B. Redundanztheorien der Wahrheit (u.a. *Alfred Jules Ayer*, *Frank Plumpton Ramsey*, *Willard Van Orman Quine*; str. bei *Gottlob Frege*) propagieren.

41 *Russel* (Fn. 38), S. 59, 60; vgl. S. 61: Dass »der Weihnachtsmann existiert« befriedige und sei nützlich, dadurch aber noch lange nicht wahr.

42 Inwieweit diese Vorstellung zur Konzeption der §§ 16, 17 StGB passt, soll hier offen bleiben.

43 *Russel*, *Wahrheit und Falschheit* (1912), in: Skirbekk, Gunnar (Hrsg.), *Wahrheitstheorien*, S. 63.

44 *Russel* (Fn. 38), S. 72; in diese Richtung auch *Engisch*, *Wahrheit und Gerechtigkeit im juristischen Denken* (1963), S. 5 ff.

45 *Russel* (Fn. 38), S. 71

## b. Wahrheitsbegriffe: Adäquation und Konstruktion

Aus den unterschiedlichen Verständnissen von Wahrheit lassen sich Prädikate für und über die Wahrheit ableiten.

Wahrheitsbegriffe, die der Korrespondenzidee nahe stehen – sich demnach auf eine Übereinstimmung des Erfahrbaren mit dem Wirklichen berufen – werden u.a. als ontologische,<sup>46</sup> objektive,<sup>47</sup> materielle,<sup>48</sup> juristische<sup>49</sup> oder historische<sup>50</sup> bezeichnet.<sup>51</sup> Pragmatische Auffassungen, die Wahrheit als Interaktionsprodukt oder Konstruktion verstehen, stellen auf formelle,<sup>52</sup> prozessuale,<sup>53</sup> forensische<sup>54</sup>, funktionale,<sup>55</sup> relative,<sup>56</sup> dialogische,<sup>57</sup> konsensuale,<sup>58</sup> praktische,<sup>59</sup> personale,<sup>60</sup> empirische,<sup>61</sup> justizielle,<sup>62</sup> prozedurale<sup>63</sup> oder viable<sup>64</sup> Wahrheitsbegriffe ab.

Vollends unübersichtlich wird es, wenn man dem Wortursprung nachgeht: »Wahrheit« hat lateinische (*verus*) und indogermanische

46 Weßlau, FS Schünemann (2014), S. 995, 1002 m.w.N.; Weßlau, ZIS 2014, 558, 561.

47 Botke, Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat (1991), S. 36.

48 Vgl. oben I.2. und die Nachweise in Fn. 14-16.

49 Meyer, ZStW 119 (2007), 631, 643.

50 Bedeutsam insbesondere im Völkerstrafrecht, vgl. Babucke, ZIS 2017, 782, 789.

51 Englisch, Wahrheit und Gerechtigkeit im juristischen Denken (1963), S. 6.

52 Thomas/Putzo/Seiler, 40. Aufl. (2019), Einl I Rn. 1 ff.; Brand, NJW 2017, 3558, 3561 m.w.N.

53 Kühne, GA 2008, 361, 364.

54 Meyer-Goßner/Schmitt (2019), § 261 Rn. 1; Neumann, Wahrheit im Recht, in: Fischer (Hrsg.), Beweis (2019), S. 27, 34; Graf-StPO/Eschelbach (2018), § 261 Rn. 6; Börner (Fn. 3), S. 99, 102 m.w.N.

55 Krauß, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß, in: Jäger (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozeß (1980), S. 65, 80 f.; Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren (2002), S. 20.

56 Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 20; Müller, Leviathan 1977, 522, 523.

57 Botke (Fn. 47), S. 36.

58 Theile, NSTZ 2012, 666, 667 f.; zum Wahrheitsbegriff der Konsenstheorie vgl. Stübinger (Fn. 13), S. 486 ff.

59 Schild, ZStW 94 (1982), 37, 40.

60 Preuß, KJ 1981, 109, 116.

61 Lautmann, Justiz – die stille Gewalt (2011), S. 97.

62 Duttge, ZStW 115 (2006), 539, 544.

63 Jahn, GA 2004, 272, 284; Ambos, ZStW 115 (2003), 583, 618.

64 Dazu noch unten IV.2.a; vgl. auch die Aufzählung bei Albrecht, NSTZ 1983, 486.

(*ware*) Wurzeln.<sup>65</sup> In »verus« verbirgt sich »ver«, welches »eine Gunst / eine Freundlichkeit erweisen« meint. Das mittelhochdeutsche »ware« bezeichnet »Vertrag« bzw. »Treue«. »Wahrheit« bedeutet somit – aus etymologischer Sicht – »aus Freundschaft zugestandene Gunst bzw. Treuevertrag«, sprich: Konsens (!). Das dürfte zur weiteren Verwirrung beitragen.

c. Wahrheits(-findungs-)methoden: Reduktion von Komplexität

Unterschiedliche Worte für die – womöglich – identische Sache müssen stutzig machen. Wie konnte es zu diesen Sprachverhexungen kommen? Die Gründe hierfür schürfen tief. Der Streit »um die Wahrheit« wird sprachlich und methodisch ungenau geführt: sehr oft wird über die Existenz von Wahrheit diskutiert, kaum über ihre Erfahrbarkeit und Umsetzbarkeit. Der Streit über Begriffe ist dabei mehr als semantisches Geplänkel: Hinter jeder Wahrheitsbezeichnung verbirgt sich eine erkenntnistheoretische Prämisse. Die Wahrheitsverständnisse der Korrespondenz und der Pragmatik arbeiten jedoch auf unterschiedlichen kategorialen Ebenen.

aa) Komplexitätsreduktion der »wirklichen Wirklichkeit«

Insbesondere die Anhänger pragmatischer Wahrheitsbegriffe unterliegen einer semantischen Finte (oder nutzen diese bewusst), wenn sie »ihrer« Wahrheit eigene Namen verleihen. Denn die »ontologische Realität« existiert; ohne diese gäbe es nichts, was wir *wahrnehmen* können. Hinter den Sinneswahrnehmungen liegt ein Desiderat unverfälschten Seins, ein »Ding an sich«. Das »Problem« daran ist nicht seine Existenz,<sup>66</sup> sondern seine *Erfahrbarkeit*. Erlebte Wirklichkeit ist einmalig, unwiederholbar, unübertragbar: »Wir erzeugen [...] die Welt, in der wir leben, indem wir sie leben.«<sup>67</sup> Die »absolute

65 Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, abrufbar unter <https://www.dwds.de/wb/Wahrheit>; *Strauch*, JZ 2000, 1020, 1026.

66 Die *Existenz* der Wirklichkeit zu bestreiten führte in den solipsistischen Elfenbeinturm.

67 *Maturana*, Erkennen. Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit (1985), S. 269; weiterführend zum Radikalen Konstruktivismus im Sinne von *Glaserfelds* vgl. *Gerson* (Fn. 20), S. 374 m.w.N.; *Strauch*, JZ 2000, 1020 ff.; zum sozialen Konstruktivismus *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit (1969); erhebliche Kritik der konstruktivistischen Erklärungsmodelle bei *Boghossian*, Angst vor der Wahrheit: Ein Plädoyer gegen Relativismus und Konstruktivismus (2013); kritisch auch *Gärditz*, Schuld und Postmoderne, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld (2017), S. 269, 280 ff. und *Neumann* (Fn. 54), S. 27, 28 ff.

Wahrheit« ist dem Individuum durch die subjekthaften Konstruktion »seiner« Wirklichkeit entweder nur erschwert oder überhaupt nicht zugänglich. Sprich: Es gibt eine »absolute Wahrheit« – nur kennt sie niemand.

Damit noch nicht genug: Lebenswelt zeichnet sich durch dynamisch-komplexe Beziehungen mit hoher Kontingenz aus. Komplexität meint, dass ein Ding (auch: eine Sache, eine Sachrelation) mehr Möglichkeiten bietet, als vom Einzelmenschen sinnstiftend aktualisiert werden können.<sup>6869</sup> Zugleich sind Interaktionen zwischen Menschen stets kontingent,<sup>70</sup> d.h. es herrscht zu keinem Zeitpunkt absolute Gewissheit über das Verhalten des Gegenübers. Das bewirkt, dass sich Erwartungen, deren Erfüllung und ihre jeweils korrespondierende Enttäuschung die Waage halten. Diese Überpräsenz des Möglichen überfordert. Daher wird die Komplexität dauerhaft und auf verschiedenen Ebenen reduziert:

*Biologisch* erfolgt dies durch die (evolutionär beabsichtigte) Fehlerbehaftung unserer Sinnesorgane: Wir sehen, hören, schmecken, riechen und fühlen nur Bruchteile dessen, was es »wirklich« zu erfahren gäbe. Die körperliche Brechung von Umweltinformationen wirkt unmittelbar und gleicht in ihrer Kalibrierung einer semi-permeablen Membran. *Mental* wirken wir dem »*information overkill*« entgegen, indem wir Umwelteinflüsse selektieren, d.h. mit Erlebtem, Erlerntem und Erwartetem abgleichen und filtern.<sup>71</sup> Das hilft beim Einsortieren des Einstömenden, verfälscht dabei aber dessen Reinheitsgrad. *Sozial* schließlich transformieren wir das biologisch Eingedampfte, selektiv Rezipierte und mental Heruntergebrochene zu miteinander verklebten Inhaltsfetzen, indem wir mit anderen »darüber« reden. In dem Augenblick, in dem das andere Individuum in unseren subjektiven Prozess der Wirklichkeiterschaffung eintritt, werden die bereits bestehenden Verzerrungen erheblich potenziert. Erwartungen des Verhaltens des Kommunikationspartners an uns, unsere Erwartungen an

68 Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1978), S. 41.

69 Luhmann, Rechtssoziologie (1983), S. 31; hierzu auch Börner (Fn. 3), S. 48 ff.

70 Luhmann (Fn. 69), S. 31; Berger/Luckmann (Fn. 67), S. 32 sprechen von »Flexibilität«.

71 Zur *bottom-up* und *top-down* Verarbeitung Jäncke, Lehrbuch Kognitive Neurowissenschaften (2013), S. 218 ff.; Solso/Reiss, Kognitive Psychologie (2005), S. 106 ff.

ihn, Erwartungen von Erwartungen an kontingente Handlungsstränge usw.<sup>72</sup> führen dazu, dass die Verarbeitung der Lebenswelt in eine ko-konstruktive Erschaffung kollektiver Wirklichkeit übergeht.<sup>73</sup>

#### bb) Rechtswissenschaftliche Perspektive als Komplexitätsgrad

Dem kann sich niemand entziehen, auch nicht der Jurist. Dieser arbeitet noch mehr als andere unter dem Joch der Sprache. Das Wesen der juristischen Arbeit besteht in der Entscheidung von Bedeutungskonflikten zur »Festlegung auf Sprachnormen«.<sup>74</sup> Das Recht vermittelt und kommuniziert seine Verbindlichkeiten durch Worte, denn »Recht lebt in Sprache und durch Sprache«<sup>75</sup> Sprache – und deren psycho-soziale Wechselbezüge<sup>76</sup> – wird in ihren Wirkungen für das Strafverfahren traditionell unterschätzt und dadurch zu einem »gefährlichen Werkzeug« verformt.<sup>77</sup> Doch hat der Jurist überhaupt die »Kompetenzkompetenz« dafür inne, durch semantische Instrumentalisierung Deutungsschemata für soziale Handlungen bereit zu stellen?<sup>78</sup>

72 Instruktiv *Luhmann* (Fn. 69), S. 31 ff.: »Wer fremde Erwartungen erwarten kann [...], kann eine möglichkeitsreichere Umwelt haben und trotzdem enttäuschungsfreier leben. Er kann höhere Komplexität und höhere Kontingenz auf abstrakterem Niveau bewältigen.«; zu kognitiven und normativen Erwartungen S. 40 ff.; dazu auch *Stübinger* (Fn. 13), S. 455 ff.

73 Zum Ganzen auch *Berger/Luckmann* (Fn. 67), S. 31 ff.

74 *Christensen/Sokolowski*, Wie normativ ist Sprache? Der Richter zwischen Sprechautomat und Sprachgesetzgeber, in: *Haß-Zumkehr* (Hrsg.), *Sprache und Recht* (2002), S. 64.

75 *Paul Kirchhof*: Rechtsprechen ist mehr als Nachsprechen von Vorgeschriebenem, in: *Haß-Zumkehr* (Hrsg.), *Sprache und Recht* (2002), S. S. 119, 131.

76 Seit langem bekannte Verzerrungsmechanismen wie Priming, Heuristiken, Inertia-Effekt, Perseveranz, kognitive Dissonanz etc. sind eng bis untrennbar mit Sprache verbunden; vgl. dazu *Gerson* (Fn. 20), S. 153 ff. und *Sommer*, *Effektive Strafverteidigung*, 3. Aufl. (2016), S. 162 ff.

77 Die Sprache im Strafverfahren ist so gefährlich, weil der tradierte Ablauf der Verschriftlichung der Ermittlungsergebnisse bereits im Vorverfahren dazu führt, dass die hermeneutische Rechtssprache in hermetische Texte verbaut wird. Dieser »Überzeugungsduktus« ist geeignet, den Beschuldigten kommunikativ zu entmündigen und wehrlos zu stellen, vgl. dazu *Gerson*, Wahrnehmungslenkende Funktion der Sprache im Strafprozess, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), *Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess* (2018), S. 153, 162 ff.

78 Bejahend *Neumann*, Juristische Fachsprache und Umgangssprache, in: *Grewendorf* (Hrsg.), *Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Sprachanalyse* (1992), S. 110, 119.

In der überwiegend vertretenen Sprachtheorie der Juristen werden Vernunft und Natur gerne durch Sprache ersetzt.<sup>79</sup> Dabei tut man so,<sup>80</sup> als hätten sprachliche Ausdrücke eine originäre Bedeutung *an sich*. Sprache ist aber nicht ohne Praxis denkbar.<sup>81</sup> Die Bedeutung eines Wortes ist *gerade* sein Gebrauch in der Sprache.<sup>82</sup> Sprachliche Formulierungen treten innerhalb juristischer Verfahren daher in einer Doppelrolle auf: Ereignisse, die den Sachverhalt bilden, müssen Formulierungen aus Erzählkontexten heranziehen. In diesen Narrativen werden kulturelle Gewohnheiten wirksam.<sup>83</sup> Der rechtliche Rahmen wird bedient, während sich die Originalität des Streitgegenständlichen Falles realisiert.<sup>84</sup> Erst die Wahrnehmung der sprachlich eingebetteten Handlungen in der mündlichen Verhandlung ermöglicht es, Vergangenheit »erzählbar« zu machen.<sup>85</sup>

cc) Wirklichkeitskonstruktion statt Wahrheitssuche

Pflegen wir ontologische (materielle / objektive) Wahrheit in die dargelegten Prozesse der Wirklichkeiterschaffung durch Komplexitätsreduktion ein, so steht die »materielle Wahrheit« in diesem Wechselspiel für generöse Komplexität. Sie bildet alles Erfahrbare und Vorstellbare ab. Diesen nicht mehr steigerbaren Grad an Möglichkeitsvielfalt zu suchen, zu finden – und zu ertragen – widerspricht unserer biologischen Prägung, unserer mentalen Struktur und unserem sozialen Wesen. Das »Erträgliche« an der Wahrheit sind ihre abgeschwächten Abwandlungen. Genau aus diesem Grund ist die Namensvielfalt der pragmatischen Wahrheitsverständnisse nur ein Kunstgriff: Die »eine absolute Wahrheit« (die »wirkliche Wirklichkeit«) ist *stets* und *nur* die »materielle«, »objektive« oder »ontologische«. Alle anderen »Wahrheiten« – insbesondere die »formellen«,

79 Christensen/Sokolowski (Fn. 74), S. 66; die Dekonstruktion dieser Gleichsetzung durch die Postmoderne zeigt Becker, Was bleibt? (2014), S. 19 ff. auf.

80 Zu weiteren dieser Fiktionen »als ob« unten III.2.b.

81 Christensen/Sokolowski (Fn. 74), S. 67.

82 Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 43; zur Bedeutungstheorie Wittgensteins vertiefend Becker, Was bleibt? (2014), S. 27 ff.

83 Sauer, Vom Großen im Kleinen. Über kulturelle Ressourcen juristischer Interaktion und Darstellungen, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht (2002), S. 100, 106.

84 Sauer (Fn. 83), S. 100, 102.

85 Sauer (Fn. 83), S. 110; nicht zu unterschätzen ist zugleich der zeremonielle / rituelle Charakter juristischer Verfahren, vgl. Börner (Fn. 3), S. 37 ff.

»forensischen« und »kommunikativen« Spielarten – bezeichnen nicht »andere Wahrheiten«, sondern andere *Methoden zur Findung bzw. Erzeugung* derselben.

Anders formuliert: Die absolute, objektive, ontologische Wahrheit existiert, sie *ist*. Die forensische, formelle, kommunikative, funktionale Wahrheit wird erzeugt, sie *entsteht*. Wahrheits(-findungs-)methoden<sup>86</sup> knüpfen daher an anderer Stelle an als Wahrheitsbegriffe: Sofern sie nicht bis zur absoluten Wahrheit (der »wirklichen Wirklichkeit«) vordringen, *erschaffen* sie Nebenprodukte: *Wirklichkeitskonstruktionen*.

## 2. Zwischenfazit: Eine Wahrheit, unzählige Wirklichkeiten

Der Weg zur »einen Wahrheit« ist gesäumt von einer unendlichen Anzahl an Wirklichkeiten. Die entscheidende Frage bei der »Wahrheitssuche« ist daher nicht, ob wir nach objektiver / materieller / ontologischer / absoluter Wahrheit suchen *sollen*. Entscheidend ist vielmehr, mit welcher Wirklichkeit wir uns zufriedengeben, d.h. wie weit wir den *Weg zur Wahrheit* unter Zuhilfenahme welcher »Findungsmethode«<sup>87</sup> beschreiten *können*.

### III. DIE WAHRHEITSFINDUNG IM STRAFVERFAHREN NACH DER STPO

#### 1. Das »*law in the books*«: Wahrheit in der StPO

Wie kann es sein, dass im heutigen Strafverfahren weiterhin nach »der« Wahrheit gesucht wird?<sup>88</sup> Womöglich irrt man – erneut – über Begriffe. Es wird (wohl) nicht nach dem »Ding an sich« gesucht,

86 Zutreffend zur Fokussierung auf die Methode der Wahrheitsermittlung Bömer (Fn. 3), S. 102.

87 Methode (griech: *metá hodós* = »Weg zu etwas hin«).

88 Insbesondere wenn man bedenkt, dass die Gründe für das Erstarken der Wahrheitssuche und der Wortlaut des § 244 Abs. 2 StPO (welche in dieser Form in der RStPO nicht zu finden war) sich aus vermehrt freiheitsfeindlichen und völkischen Motiven ergaben, vgl. Müller, *Leviathan* 1977, 522, 526 ff. m.w.N. und Verweis auf das »Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28. 6. 1935 (RGB1 I, S. 844)« sowie die Leitsätze der NSDAP zur Strafrechtsreform (zurückzuführen auf *Hans Frank*), *Völkischer Beobachter* v. 05. 06. 1935. »*Im nationalsozialistischen Strafrecht kann es kein formales Recht oder Unrecht, sondern nur den Gedanken der materiellen Wahrheit geben*«; vgl. auch Niethammer, *Das Reichsgericht als Schrittmacher der Entwicklung des Strafverfahrens nach geltendem Recht und in Zukunft, Deutsches Strafrecht, 1937*, S. 136.



sondern nach der *Möglichkeit* der Erkenntnis einer tauglichen Wirklichkeit. Das Spannungsfeld ist mit Händen zu greifen und zeigt sich besonders anschaulich im Verhältnis von § 244 Abs. 2 StPO und § 261 StPO.<sup>89</sup>

a. Das Wechselspiel aus § 244 Abs. 2 und 261 StPO

Maßgeblicher Ausdruck der dem Gericht nach § 244 Abs. 2 StPO auferlegten »Wahrheitserforschungspflicht« ist die erschöpfende<sup>90</sup> (»optimale«<sup>91</sup>) Stoffsammlung<sup>92</sup> (sog. Untersuchungsgrundsatz<sup>93</sup> / Inquisitionsprinzip<sup>94</sup> / Instruktionsmaxime<sup>95</sup>) in *Hinblick auf die angeklagte Tat*.<sup>96</sup> Normiert wird dadurch eine »Pflicht bestmöglicher Sachaufklärung.«<sup>97</sup> Der Untersuchungsgrundsatz überantwortet dem Richter, sich der Wahrheit »im Rahmen des von Recht und Gesetz eingeräumten Spielraums«<sup>98</sup> möglichst exakt anzunähern, d.h. sich eine Erkenntnisgrundlage zu schaffen, anhand derer »in rechtsstaatlich

89 So auch KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 29.

90 Vgl. vor allem *Fezer StV* 1995, 95; *Eisenberg*, Beweisrecht (2017), Rn. 11 f.; zudem nach SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. (2015), § 244 Rn. 15: Ausschöpfung der erhobenen Beweise.

91 So zumindest KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 36; a.A. noch KK-StPO/*Fischer* (2008), § 244 Rn. 36; sachnähere Beweismittel und das höherwertige Beweisverfahren sind vorrangig, wenn und solange die angemessenen Bemühungen zur Aufklärung nicht erschöpft sind, vgl. auch BVerfGE 57, 250, 277; BGHSt 9, 230, 232; 33, 83, 89 f. = NJW 1985, 984; 46, 73, 79 = NJW 2000, 2517, 2518; BGH NStZ 1984, 179; 1985, 466; 2004, 50; SK-StPO/*Frister* (2015), § 244 Rn. 13; AnwK-StPO/*Sommer*, 2. Aufl. (2010), § 244 Rn. 27 ff.

92 KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 28; zur Genese dieser Vorschrift MüKO-StPO/*Trüg/Habetha* (2016), § 244 Rn. 1 m.w.N. und SK-StPO/*Frister* (2015), § 244 Rn. 1-8.

93 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht (2018), Rn. 21, 406; für das Ermittlungsverfahren in §§ 155 Abs. 2 und 160 Abs. 2 StPO verankert.

94 SK-StPO/*Frister* (2015), § 244 Rn. 10; *Müller*, *Leviathan* 1977, 522, 523.

95 LR-StPO/*Becker* (2019), § 244 Rn. 1, 39.

96 LR-StPO/*Becker* (2019), § 244 Rn. 40; Graf-StPO/*Bachler*, 3. Aufl. (2018), § 244 Rn. 11; *Eisenberg*, Beweisrecht (2017), Rn. 6, 10 (Kognitionspflicht); AnwK-StPO/*Sommer* (2010), § 244 Rn. 22; Rn. 24 ff.: ausreichende Qualitätsbasis für die zu treffenden Entscheidungen unter Anlegung eines »dynamischen Horizonts«; ebenso *Sommer* (Fn. 76), S. 524 Rn. 1323; SSW-StPO/*Sättle*, 4. Aufl. (2018), § 244 Rn. 33 ff.; jedenfalls in Hinblick auf alle für die Schuldfrage und die Rechtsfolgen erheblichen Tatsachen, so SK-StPO/*Frister* (2015), § 244 Rn. 12 m.w.N.

97 LR-StPO/*Becker* (2019), § 244 Rn. 52; anders *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht (2018), Rn. 21: Gebot einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung; dazu auch *Jahn*, GA 2014, 588 ff.

98 KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 28.

verantwortlicher Weise«<sup>99</sup> entschieden wird.<sup>100</sup> Zu ermitteln sind »Tatsachen« (Haupt-, Indiz-, und Hilfstatsachen<sup>101</sup>), d.h. vergangene und fortbestehende (sowohl äußere als auch innerpersonale) Geschehnisse und Zustände.<sup>102</sup> Der Untersuchungsgrundsatz steht dabei nicht zur Disposition der anderen Verfahrensbeteiligten und ist von deren Anregungen und Wünschen unabhängig.<sup>103</sup> Überschießende Aufklärungen, die weder zur Schuldfrage, zum Rechtsfolgenausspruch oder zu Verfahrensfragen erhebliche Tatsachen liefern, sind zu unterlassen.<sup>104</sup> Gleiches gilt, wenn Tatsachen zu Fragen erhoben werden sollen, die aus rechtsstaatlichen Erwägungen heraus ausgeschlossen sind.<sup>105</sup> Eine Wahrheitsermittlung »um jeden Preis« ist weder gewollt, noch rechtstaatlich zulässig.<sup>106</sup>

Das Füllstück zur Wahrheitssuche bildet § 261 StPO. Trotz der »erfrischenden Kürze« wird darin eine der grundlegenden Vorschriften für Wesen und Gang des Strafverfahrens normiert.<sup>107</sup> Das Gericht hat nach seiner »freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung« über das Ergebnis der Beweisaufnahme

99 AnwK-StPO/Sommer (2010), § 244 Rn. 21.

100 Zum Streit über die (notwendige) Beweisantizipation bei der Vorauswahl der Beweismittel SK-StPO/Frister (2015), § 244 Rn. 18 ff. m.w.N.: i.E. Antizipation der Beweisergebnisse: ja, hypothetische Würdigung: nein; ähnlich LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 49.

101 Vert. LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 7; Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 8 ff.; KK-StPO/Fischer (2008), § 244 Rn. 4 ff.; Graf-StPO/Bachler (2018), § 244 Rn. 2 ff.

102 Vgl. nur BGH NSTZ 2006, 585, 586 (Beweisantrag gerichtet auf Zeugenvernehmung für das Nicht-Wiedererkennen des Angeklagten); LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 5; Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 6; SSW-StPO/Sättle (2020), § 244 Rn. 9 ff.; KK-StPO/Fischer (2008), § 244 Rn. 3.

103 Dritte sind andere Spruchkörper, Verteidiger, Zeugen etc., vgl. BGHSt 34, 209, 210; BGH NJW 1967, 299; NSTZ 2012, 523 (Anwendung von Zwangsmitteln, um Zeugen zu Aussage zu bewegen); Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 4; SK-StPO/Frister (2015), § 244 Rn. 10; LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 50; AnwK-StPO/Sommer (2010), § 244 Rn. 21; diff. SSW-StPO/Sättle (2020), § 244 Rn. 1: zumindest durch die Abs. 3 bis 5 des § 244 StPO werde ein Anspruch der Beteiligten begründet, die Aufklärungspflicht auch auf Umstände zu erweitern, die das Gericht nicht für erforderlich erachte.

104 BGHSt NSTZ 1994, 247 f.; Meyer-Goßner/Schmitt (2019), § 244 Rn. 13; Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 14; LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 43 m.w.N.

105 Gemeint sind u.a. Beweisverwertungsverbote und/oder Verfahrenshindernisse.

106 Vgl. statt vieler BGHSt 14, 358, 365; 31, 304, 309; Stampf, Die Wahrheit im Strafverfahren (1998), S. 84 ff. m.w.N.; Theile, NSTZ 2012, 666; Albrecht, NSTZ 1983, 486, 487.

107 SSW-StPO/Schluckebier, 4. Aufl. (2020), § 261 Rn. 1; Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 89; ebenso LR-StPO/Sander, 26. Aufl. (2013), § 261 Rn. 1; Graf-StPO/Eschelbach (2018), § 261 Rn. 1: knapp und kategorisch, aber problematisch.

zu entscheiden. »Überzeugung« meint die persönliche, subjektive Gewissheit des Richters von der objektiven Wahrheit der entscheidungserheblichen Tatsachen.<sup>108</sup> Es handelt sich um eine höchstpersönliche Einschätzung. Im Kollegialgericht wird diese aus dem gemeinsamen Erleben der Hauptverhandlung gespeist.<sup>109</sup> Subjektive Gewissheit sei ein »auf Menschenkenntnis und Einfühlungsvermögen des Richters aufbauendes Korrektiv der rationalen Beweiswürdigung«.<sup>110</sup> Nach Ansicht des BVerfG bedeutet dies zugleich, dass die richterliche Überzeugung, die auf einer tatsächengestützten und rationalen Beweisführung gründe, eine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit des Beweisergebnisses nach sich ziehe.<sup>111</sup> Anders formuliert heißt das, dass in »Zweifelsstufen« argumentiert werden muss: Für die »Gewissheit« genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt.<sup>112</sup> *Ott*<sup>113</sup> statuiert zutreffend: »Der Begriff der Überzeugung schließt die Möglichkeit eines anderen, auch gegenteiligen Sachverhalts nicht aus.«<sup>114</sup> »Keine Zweifel mehr hegen«

108 *Lampe*, FS Pfeiffer (1988), S. 353, 367 ff.; vgl. auch KK-StPO/*Ott*, 8. Aufl. (2019), § 261 Rn. 2 m.w.N.: »bestimmte, aus dem Inbegriff der Verhandlung erwachsene innere Stellungnahme des Richters zum Gegenstand der Untersuchung, die nicht nur vom logisch geschulten Verstand getragen, sondern auch vom Gefühl beeinflusst ist.«; ebenso Graf-StPO/*Eschelbach* (2018), § 261 Rn. 34, 45; LR-StPO/*Sander* (2013), § 261 Rn. 7; AnwK-StPO/*Sommer* (2010), § 261 Rn. 4.

109 LR-StPO/*Sander* (2013), § 261 Rn. 12.

110 LR-StPO/*Sander* (2013), § 261 Rn. 13.

111 BVerfG NJW 2003, 2444, 2445 m.w.N.; kritisch KK-StPO/*Ott* (2019), § 261 Rn. 2: Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit ist nicht identisch mit der Überzeugung von der Wahrheit; ebenso LR-StPO/*Sander* (2013), § 261 Rn. 9 m.w.N. zur Rspr.; *Baur*, ZIS 2019, 119, 121 ff. zeigt Grundlagen und Schranken des Wechselspiels aus objektiver Wahrscheinlichkeit und subjektiver Gewissheit abgeleitet aus dem materiellem Recht und dem Prozessrecht auf.

112 St. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 27.07.1994 – 3 StR 225/94, Rn. 3 = StV 1994, 580 f.; NStZ-RR 1999, 332, 333; NStZ 2012, 110, 111; LR-StPO/*Sander* (2013), § 261 Rn. 8; Meyer-Goßner/*Schmitt* (2019), § 261 Rn. 2; AnwK-StPO/*Sommer* (2010), § 261 Rn. 4; zum nahezu identischen Verständnis im Zivilverfahrensrecht in § 286 ZPO vgl. Thomas/*Putzo/Reichold* (2019), § 286 Rn. 2 ff. m.w.N. der st. Rspr.: »für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.« Überblick der Entwicklungslinie bei *Stübinger* (Fn. 13), S. 519 ff.

113 KK-StPO/*Ott* (2019), § 261 Rn. 2.

114 Ebenso die st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 1998, 2753, 2756; BGH, Beschl. v. 07.12.2011 – 4 StR 517/11, Rn. 4 mit der Ergänzung: »Getroffene Feststellungen sind erst dann rechtsfehlerhaft, wenn sie sich von einer festen Tatsachengrundlage sehr entfernen, dass sie letztlich bloße Vermutungen sind und deshalb keine objektiv hohe Wahrscheinlichkeit mehr für ihre Richtigkeit besteht.«; entsprechend für die VwGO Schoch/Schneider/*Bier/Dawin* (2019), § 108 Rn. 48 f..

und »für überwiegend wahrscheinlich halten« weisen Schnittmengen auf, sind aber nicht deckungsgleich.<sup>115</sup>

Die Rolle der Strafverteidigung im Prozess der Wahrheitsfindung ist janusköpfig. Sie muss den Spagat aus »Hilfe bei der Aufklärung« und »Schutz des Beschuldigten« vollziehen, sich nach § 1 BRAO als »Organ der Rechtspflege« zur Mithilfe bei der Wahrheitsuche bekennen und als »unabhängiger Beistand« den Parteiinteressen dienen.<sup>116</sup> Einerseits wirkt der Verteidiger durch seine Interventionsrechte als Störfaktor der Amtsermittlung, andererseits als Garant eines regelkonformen Ablaufs.<sup>117</sup> Dieses »*role taking*«<sup>118</sup> führt zu »professioneller Distanz«<sup>119</sup> der staatlichen Organe untereinander und kann bei Verteidigern zum Teil widersprüchliches Verhalten bedingen.

#### b. Wahrheitssuche in der StPO als Wahrheitsfindungsmethode

Das Aufklärungsgebot des § 244 Abs. 2 StPO scheint im Widerspruch zu § 261 StPO zu stehen, der nicht von »Wahrheit«, sondern von »Überzeugung« spricht.<sup>120</sup> Man könnte einerseits annehmen, dass § 244 Abs. 2 StPO den tatsächlichen Rahmen setzt, innerhalb dessen Leitplanken auf rationaler Grundlage vom Gericht »Überzeugungen« gebildet werden.<sup>121</sup> Beweiswürdigung, d.h. Beurteilungen von Sachumständen nach ihrer Bedeutung, ist schließlich die »ureigen(st)e Aufgabe«

115 Differenzierend auch *Frisch*, ZIS 2016, 707, 709 ff.; *Albrecht*, NSTZ 1983, 486, 488.

116 Zu dieser Grundfrage des Selbstverständnisses der Strafverteidigung statt vieler SSW-StPO/*Beulke*, 4. Aufl. (2020), Einl. Rn. 166; LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 26. Aufl. (2007), Vor § 137 StPO Rn. 33 ff. m.w.N.

117 Aufgezeigt von *Sommer* (Fn. 76), S. 1 Rn. 1 ff., S. 46 Rn. 131 ff.

118 »*Role taking*« bezeichnet die Übernahme einer Rolle, »*role making*« die Art, wie das Individuum diese Rolle ausfüllt. Mit »*role set*« wird die Summe aller an ein Individuum herangetragenen und ausgefüllten Rollen umschrieben. Der Umgang des Individuums mit und in seinem »*role set*« wirkt konstitutiv für die Identitätsdefinition, vgl. *Krappmann*, Soziologische Dimensionen der Identität (2010), S. 97 ff.; zur Einbindung des Rollenbewusstseins in die gesellschaftliche Wirklichkeitskonstruktion *Berger/Luckmann* (Fn. 67), S. 76 ff.

119 *Sommer* (Fn. 76), S. 31 Rn. 67 ff.; harsch *Müller*, Leviathan 1977, 522, 524.

120 KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 29; a.A. KK-StPO/*Ott* (2019), § 261 Rn. 1: Nebeneinanderstehen.

121 So BVerfG, Beschl. v. 30.04.2003 – 2 BvR 2045/02, Rn. 35 = NJW 2003, 2444; KK-StPO/*Krehl* (2019), § 244 Rn. 29; KK-StPO/*Ott* (2019), § 261 Rn. 1, 7 leitet diesen Umstand aus dem »Inbegriff« ab; vgl. auch BGHSt 6, 292, 296 = NJW 1954, 1656; 19, 193 = NJW 1964, 31; AnwK-StPO/*Sommer* (2010), § 261 Rn. 2; SSW-StPO/*Sättele* (2020), § 244 Rn. 5; LR-StPO/*Becker* (2019), § 244 Rn. 3, 46.

des Tatrichters.<sup>122</sup> »Freie Beweiswürdigung« heißt dabei nur, dass der Richter keine mathematische Gewichtung der einzelnen Beweise vornehmen muss, nicht hingegen, dass er völlig losgelöst der Tatsachengrundlage oder gar willkürlich entscheiden darf.<sup>123</sup> Gegenteilig kann es auch der § 261 StPO sein, der die nutzbare Erkenntnisgrundlage auf den »Inbegriff der Hauptverhandlung« limitiert und dabei als Garant des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG das Unmittelbarkeits- und das Mündlichkeitsprinzip fixiert:<sup>124</sup> nur das, was zum »Inbegriff« gehört, ist verwertbar; wird verwertet, was nicht zum »Inbegriff« gehört, liegt ein Verfahrensfehler vor.<sup>125</sup>

Was lässt sich daraus für die Wahrheitssuche ableiten? Im Strafverfahrensrecht, wie es sich aus dem *law in the books* ergibt, wird nur diffus und apriorisch über Wahrheit gesprochen: In § 152 Abs. 2 StPO bedarf es »tatsächlicher Anhaltspunkte«, in § 160 Abs. 2 StPO müssen »Umstände« ermittelt werden. Ausdrücklich genannt wird die Wahrheit in § 244 Abs. 2 StPO, wonach sie »erforscht« werden muss, um sich daraus ein Urteil über die Schuldfrage zu bilden. Dadurch wird das Problem trefflich umkreist, aber ohne nähere Handreichung als »gelöst« fingiert: Der Amtsermittlungsgrundsatz setzt die Wahrheitssuche

122 Vgl. nur BGHSt 8, 130, 131 (Glaubwürdigkeit einer Zeugin in den Wechseljahren über geschlechtliche Erlebnisse); 29, 18, 20 (Identitätsüberprüfung bei Foto aus Radarfalle); MüKo-StPO/Miebach (2016), § 261 Rn. 4; SSW-StPO/Schluckebier (2020), § 261 Rn. 14; Meyer-Goßner/Schmitt (2019), § 261 Rn. 3.; Fischer, NSZ 1994, 1.

123 SSW-StPO/Schluckebier (2020), § 261 Rn. 14; Graf-StPO/Eschelbach (2018), § 261 Rn. 3.2; dennoch sei die Würdigung ein »Akt der Logik«, so KK-StPO/Ott (2019), § 261 Rn. 3, 9; ebenso MüKo-StPO/Miebach (2016), § 261 Rn. 4: rational nachvollziehbare, in sich schlüssige Würdigung der Beweisergebnisse aufgrund logischer Schlussfolgerungen; ebenso Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 97; Meyer-Goßner/Schmitt (2019), § 261 Rn. 2: Würdigung muss rationaler Argumentation standhalten; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht (2018), Rn. 491: klar, folgerichtig und frei von Widersprüchen; für Kühne, GA 2008, 361, 364 garantiere die Einhaltung des Strengbeweisverfahrens die weitgehende Annäherung der prozessualen an die historische Wahrheit; zur Genese der »freien Beweiswürdigung« Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen (1967), S. 214 ff.

124 LR-StPO/Sander (2013), § 261 Rn. 2; Eisenberg, Beweisrecht (2017), Rn. 63 ff.; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht (2018), Rn. 407.

125 So SSW-StPO/Schluckebier (2020), § 261 Rn. 1; genauer zum Umfang des »Inbegriffs der Hauptverhandlung« Rn. 3 f.; Graf-StPO/Eschelbach (2018), § 261 Rn. 23 ff.; vgl. auch noch KK-StPO/Schoreit, 6. Aufl. (2008), § 261 Rn. 52; dagegen LR-StPO/Becker (2019), § 244 Rn. 46: Für § 261 StPO sei erst Raum, wenn alle erkennbaren und erreichbaren Erkenntnisquellen ausgeschöpft sind; ähnlich LR-StPO/Sander (2013), § 261 Rn. 5.

voraus, er definiert die zu erforschende Wahrheit nicht.<sup>126</sup> Die Suche selbst erfolgt nach den Vorgaben des Strafverfahrensrechts. Konfiguriert wird dadurch eine »Wahrheitsfindungsmethode«, sprich: eine »prozessuale Wahrheit«. Diese ist zugleich *funktional*: Die »Erforschung der Wahrheit« dient der Abdichtung der zu findenden Entscheidung (§ 264 Abs. 1 StPO) durch das Gericht. Durch diesen hermeneutischen »*reality check*« wird die Ungewissheit des Gerichts entkräftet und die selbst geschaffene Wirklichkeitsauffassung stabilisiert.<sup>127</sup> Die prozessuale Wahrheit des Strafverfahrens entspricht einer »privaten Wahrheit« des Gerichts:<sup>128</sup> es geht um »Bilder im Kopf«<sup>129</sup> der zur Entscheidung Berufenen. *Sommer*<sup>130</sup> fasst zusammen: »*Wahrheit ist das Ergebnis der subjektiven richterlichen Überzeugung nach Ritual und Diskurs einer Hauptverhandlung.*«

Was fehlt, ist der hinreichende Grund, weshalb »materielle« Wahrheit gesucht werden muss. Der Rekurs, dass nur dann der Gerechtigkeit, dem Rechtsfrieden und dem Schuldprinzip gedient sei, stützt sich auf eine These, die selbst erst zu belegen ist. Zwar hat insbesondere in Bezug auf das materielle Schuldprinzip<sup>131</sup> die Bindung an das »wirklich Richtige« seine Berechtigung. Es muss eine »bewiesene Lebenswelt« geben, auf deren Grundlage der Schuldpruch ergeht. Das ist rechtsstaatlich verbürgt (Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG sowie Art. 6 Abs. 2 EMRK) und im Ergebnis zutreffend.<sup>132</sup> Eine Strafe darf nur verhängt werden, wenn die Tat dem Täter zum Vorwurf gemacht werden kann. Grundlage des *schuldangemessenen* Strafmaßes ist – denknotwendig – die *Schuld* des Täters, § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, wobei diese alle

126 *Albrecht*, NSTZ 1983, 486; *Malek*, Abschied von der Wahrheitssuche, in: Abschied von der Wahrheitssuche, Texte und Ergebnisse des 35. Strafverteidigtages Berlin (2012), S. 9, 14; zur Vereinbarkeit von § 257c StPO und »Wahrheitssuche« *Gruner*, Der Jurist 2019, 61 ff. m.w.N. zum Streitstand.

127 Treffend *Trentmann*, ReWi 2018, 332, 347.

128 *Schünemann*, FS Kühne (2013), S. 361, 367.

129 *Sommer* (Fn. 76), S. 21 Rn. 25.

130 *Sommer* (Fn. 76), S. 22 Rn. 29.

131 Dazu bereits I.2. und vertiefend MüKo-StPO/*Trüg/Habetha* (2016), § 244 Rn. 4 m.w.N.; auch das Beweisantragsrecht sei verfahrensrechtliche Ausprägung des materiellen Schuldprinzips, vgl. Rn. 7.

132 Ähnlich *Thommen*, recht 2014, 264, 269; ausführlich zur Genese der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung *Krehl*, Schuld und Verfassung, in: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld (2017), S. 123 ff.

Elemente des verübten Unrechts umfassen muss.<sup>133</sup> Die erheblichen Strafzumessungstatsachen müssen dazu *festgestellt* werden. Strafzumessung ist schließlich Rechtsanwendung.<sup>134</sup> Die Feststellung ebenjener »Schuldparameter« erfolgt jedoch nicht unmittelbar *aufgrund materieller Wahrheit*, sondern *aufgrund der* Überzeugung des Gerichts *von der Wahrheit* und konstruiert auf diese Weise erst die Schuld des Angeklagten.<sup>135</sup> Diese subjektive Gewissheit ergeht aus der von widerstreitenden Zweifeln (weitgehend) unbefleckten Plausibilitätsprüfung der das Verfahren strukturierenden Vorwürfe.

## 2. Zur Unfähigkeit des »*law in action*«, materielle Wahrheit zu finden

Wie soll man suchen müssen, was man nicht finden kann? Wenn nicht zu klären ist, ob die Feststellungen des Gerichts die »reine, ganze, wirkliche Wahrheit« sind, darf man sich dann stattdessen mit einem »Weniger« oder einem »Aliud« zufriedengeben? Aus diskursiver Sicht lassen sich diese Unzulänglichkeiten als »Distanzen« und »Fiktionen«<sup>136</sup> bezeichnen:

### a. Distanzen des Strafverfahrens

(1) Juristische Verfahren sind durch zeitlich-räumliche Distanz zum streiterheblichen Ereignis geprägt. Die Akteure, die über den Sachverhalt zu entscheiden haben, sind bei diesen selbst nicht dabei gewesen. Daher können sie nicht *unmittelbar* erfahren, was sich tatsächlich zugetragen hat. Sie bleiben auf ihre Vorstellungskräfte beschränkt. Die Rekonstruktion von Vergangenen<sup>137</sup> erfolgt durch Komprimieren und Umdeuten. Würde man die Vergangenheit tatsächlich »eins zu eins« wiedererleben (wollen), säße man in einer nie

133 BGHSt (GS) 2, 194, 200; umfassend zum Schuldgrundsatz *Christmann*, Strafrechtliche Schuld und gesellschaftliche Wirklichkeit (2002), S. 39 ff.

134 *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 46 Rn. 146.

135 So bereits *Albrecht*, NStZ 1983, 486, 487; vgl. auch *Thommen*, recht 2014, 264, 272.

136 Instruktiv *Hoffmann*, Rechtsdiskurse zwischen Normalität und Normativität, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht (2002), S. 80 ff.

137 *Kühne*, GA 2008, 361, 364 spricht von »Reproduktion«.



endenden Zeitschleife der Erinnerung(en)<sup>138</sup> fest. Notgedrungen ist Vergangenheitsrekonstruktion<sup>139</sup> dadurch Wirklichkeitsverfälschung – und sei es aufgrund der Kunst des Weglassens.<sup>140</sup>

(2) Eine weitere Distanz ergibt sich aus der anzuwendenden Rechtsnorm und deren Auslegung. Das ist nicht primär auf unterschiedliche dogmatische Interpretationen zurückzuführen, sondern auf die strukturellen Unwägbarkeiten der Hermeneutik.<sup>141</sup> Die Rechtswissenschaft erschafft im Akt der Subsumtion des materiellen Rechts eine Interpretationsvariante des Denkbaren. Ergebnis einer Subsumtion kann ausschließlich eine *Konstruktion der Wirklichkeit sein*, d.h. eine Vorstufe zur Wahrheit, nie deren Abbild.<sup>142</sup> Ein Rückbezug, Vorbezug oder eine Transzendenz sind der Rechtswissenschaft nicht möglich, da Zuschreibung im Präsens stattfindet: Die Wirklichkeitsauffassung besteht ausschließlich im Hier und Jetzt. Die Rechtswissenschaft schreibt dadurch Wahrheiten zu, sie erkennt sie nicht.<sup>143</sup>

(3) Eine weitere Distanz besteht zwischen den Beteiligten, ihren Interessen und ihrer jeweiligen Befähigung, diese effektiv geltend zu machen. Das wirkt banal, ist aber Ursprung und Triebfeder jedes rechtlichen Konflikts: schließlich wird nur dann ein echter *Rechtsstreit* ausgefochten, wenn mindestens zwei Akteure in ihren subjektiven Ansichten nicht übereinkommen.

138 So auch *Fischer* (Fn. 16), S. 219, 220. Zum Phänomen der »Scheinerinnerung« gerade bei autobiographischen Erlebnissen *Steller*, Die Entdeckung der Scheinerinnerung. Aussagepsychologische Begutachtung bei später Erinnerung an Traumata, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (2018), S. 71 ff. Erklärungsansätze sind u.a. die Hypothese des destruktiven Aktualisierens, die Koexistenzhypothese und die Hypothese sozialer Antworttendenzen. Zudem wirken Verzerrungsmechanismen wie Suggestion und Autoritätshörigkeit in das Phänomen hinein.

139 Diese ist Ziel der Beweisaufnahme, so *Eisenberg*, Beweisrecht (2017), Rn. 63.

140 Ob bewusst oder unbewusst; gerade die Gedächtnisleistung schwankt, wobei es weder »das Gedächtnis« gibt, noch ein statisches Modell seine Funktionsweise treffend beschreibt, dazu auch *Rohmann*, Erlebnis und Gedächtnis. Charakteristika – Mängel – forensische Bedeutung, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (2018), S. 97, 101.

141 Hermeneutik in der wissenschaftlichen Methode kann als »Kunst des Verstehens und Technik der richtigen Auslegung« zusammengefasst werden, vert. *Gadamer*, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (1972).

142 *Gerson* (Fn. 20), S. 694.

143 *Sommer* (Fn. 76), S. 22 Rn. 28 f.; ebenso *Gutmann* (Fn. 19), S. 10, 11.



## b. Fiktionen des Strafverfahrens

Juristische Verfahren – und insbesondere das Strafverfahren – sind aufgrund dieser Distanzen extrem vulnerabel. Zur Stabilisierung flüchten sie sich in sinnstiftende Illusionen, die sich als Fiktionen »als ob«<sup>144</sup> kennzeichnen lassen:

(1) Zunächst als Fiktion des Zugangs zum Vergangenen durch Sprache: Die Näherung an die Vergangenheit bedient sich mentaler Strukturen der Teilnehmer. Diese bringen sich durch Erinnern, Vorstellen, und (Re-)Arrangieren ein und fixieren auf diese Weise ihre Eindrücke.<sup>145</sup> Obwohl diese Rekonstruktion fehlerbehaftet, die Erfahrbarkeit lediglich mittelbar und die Erkenntniskraft begrenzt ist, wird so getan, »als ob« das *Procedere* die Vergangenheit in die Gegenwart holen kann.

(2) Zudem die Fiktion der Absorption von Interessengegensätzen durch Verfahren: In Anbetracht eines Mangels an Alternativen wird so getan, »als ob« das juristische Verfahren geeignet ist, gesellschaftlich gewollte Wirkungen zu erzeugen.

(3) Damit verbunden die Fiktion der Überbrückbarkeit von Wissensdifferenzen durch Partizipation: Es wird so getan, »als ob« Teilhabe den eigentlichen Schmierstoff für die Richtigkeit des Ergebnisses (= sichere Kenntnis) ersetzt.<sup>146</sup>

(4) Zuletzt die Fiktion der Abgrenzbarkeit des Verfahrens vom »normalen Leben«. Formale Rahmen sollen ein »Mehr« generieren. Deutlich wird dies in den Vermutungen, den Richter als grundsätzlich »unbefangen« vorauszusetzen oder so zu tun, »als ob« menschliche Entscheidungen grundsätzlich »rational« getroffen werden. Weder im Leben noch im Verfahren sind diese Unterstellungen zutreffend.

144 *Vaihinger*, Die Philosophie des Als Ob (1922): Wo es pragmatisch und nützlich sei, einen Umstand zu fingieren, sei erkenntnistheoretisch so vorzugehen, »als ob« die streitige Prämisse vorhanden bzw. gegeben ist. Ziel *Vaihingers* war es, eine Methode zu entwickeln, die richtige Ergebnisse trotz falscher Annahmen erzeugt.

145 *Hoffmann* (Fn. 136), S. 82.

146 Teilhabe erhöht das subjektive Gefühl, »gerecht behandelt« worden zu sein. Das hat die *Procedural-Justice-Forschung* ermittelt, vgl. nur *Lind*, The social psychology of procedural justice (1988); als »Regelgerechtigkeit« eng mit *John Rawls* verknüpft; vertiefend *Gerson*, GVRZ 2020, 9 Rn. 10 ff.

### 3. Zwischenfazit: Strafverfahren gibt lediglich die Methode vor

»Wahrheit« taucht auf in der StPO.<sup>147</sup> Sie wird durch Rechtsprechung und Lehre mehrheitlich als gewichtig erachtet und zum Grund- und Schlussstein des Verfahrens emporgehoben. Das Verfahrensrecht schreibt jedoch lediglich eine Wahrheits(-findungs-)methode vor, es definiert die Wahrheit nicht.

## IV. IST STRAFVERFAHREN AUCH OHNE WAHRHEITSSUCHE DENKBAR?

Ob angesichts des Vorgesagten »Ernüchterung« eintreten sollte, hängt davon ab, ob sich durch diese Eingeständnisse etwas Entscheidendes bewegt hat. Hilfreich bei dieser Bewertung können ein geweiteter Blick auf die soziologische Wirkung des Strafverfahrens und ein Perspektivenwechsel bezüglich der Entstehung von Wahrheit sein.

### 1. Zur Wirkung des Prozesses: Legitimation durch Verfahren?

Eine besonders prominente Untersuchung des Verfahrens ohne Rekurs auf den »Zielkonflikt«<sup>148</sup> ist die »Legitimation durch Verfahren« von *Niklas Luhmann*:

*Luhmann* geht davon aus, dass sich die Befriedigungwiderstreitender Interessen nur in einem demokratisch legitimierten, rechtsstaatlichen Verfahren ergeben könne.<sup>149</sup> Ein solcher Rahmen reduziere die Komplexität der Umwelt und garantiere dadurch die gerechte Abhandlung der streitigen Umstände.<sup>150</sup> Der Prozess selbst sei, so *Luhmann*, ein Selektionsvorgang, der eigenen, tradierten Regeln folge und damit die Beteiligten in seine innere Logik einflechte. Gerade die Ungewissheit des Ausgangs des Verfahrens sei dabei die treibende Kraft, um derer selbst Willen das Verfahren betrieben werde.<sup>151</sup> *Luhmann* nimmt eine Legitimation von Entscheidungen eines Verfahrens an, wenn sich die Akteure eines Prozesses mit den gegebenen Regeln abfinden und sie tolerieren. Legitimation entstehe also durch die Erwartung umfassender

147 Sie ist auch im materiellen Recht ein geläufiger Topos, vgl. nur §§ 153 ff., 186 StGB usw.

148 Zu weiteren Konzeptionen von *Lesch* und *Grasnick* vgl. *Stübinger* (Fn. 13), S. 538 ff.

149 Eine für die Bedürfnisse des Strafverfahrens zugeschnittene Zusammenfassung der Theorie bei *Börner* (Fn. 3), S. 42 ff.

150 *Luhmann* (Fn. 68), S. 22.

151 *Luhmann* (Fn. 68), S. 51 ff.; 60 ff.; 116; dazu auch *Trentmann*, ReWi 2018, 332, 342 ff.

Akzeptanz Dritter gegenüber der im Verfahren gefundenen Entscheidungen.<sup>152</sup>

*Luhmann* konkretisiert weiter, dass die Konkurrenz der Meinungen noch nicht für deren Anerkennung ausreiche, da ansonsten durch das Verfahren völlig Beliebiges und Willkürliches hervorgeracht werden könnte, was den Aufwand eines Prozesses nicht mehr lohne.<sup>153</sup> Er konkludiert als »heimliche Theorie des Verfahrens«, dass man »durch die Verstrickung in ein Rollenspiel die Persönlichkeit einfangen, umbilden und zur Hinnahme von Entscheidungen motivieren« könne.<sup>154</sup> Funktion des Verfahrens sei die »Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten«. <sup>155</sup> Das Verfahren müsse daher die Möglichkeit für den Austausch unter den Beteiligten unter Aktivierung der ihnen zugewiesenen Rollen<sup>156</sup> bieten.

Welchen Stellenwert hat die »Wahrheit« im Theoriegebäude *Luhmanns*? Sie ist jedenfalls nicht Ziel des Verfahrens, dient aber zur Reduzierung von Komplexität.<sup>157</sup> Wahrheit sei ein Mechanismus der »Vorstellungsübertragung auf Grund intersubjektiv zwingender Gewissheit«. <sup>158</sup> Ohne Wahrheit als Korrektiv würde jedes Verfahren in Beliebigkeit verfallen. Das Verfahren erzeuge jedoch keine Wahrheit, sondern fördere nur die Richtigkeit der gefundenen Entscheidungen.<sup>159</sup> Ein Verfahren, das in einem Urteil (ebenso: Beschluss) enden müsse, könne aber nicht zugleich die Richtigkeit *aller* seiner Entscheidungen verbürgen.<sup>160</sup> Entweder müsse daher auf die Entscheidung mancher Probleme, oder – alternativ – auf die Garantie der Richtigkeit

152 *Luhmann* (Fn. 69), S. 261; vgl. weiterführend *Börner* (Fn. 3), S. 30 ff.

153 *Luhmann* (Fn. 68), S. 24.

154 *Luhmann* (Fn. 68), S. 87; 112 ff.

155 *Luhmann* (Fn. 68), S. 116.

156 Rollen werden nicht übernommen, sondern zugeschrieben, vgl. nur *Dahrendorf*, *Homo Sociologicus*, Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle (2016), S. 39; *Luhmann* (Fn. 69), S. 86 beschreibt sie leicht abweichend als »Erwartungsbündel«.

157 Zum Ganzen *Gerson* (Fn. 20), S. 719 ff. m.w.N.; vgl. auch *Salas* (Fn. 12), S. 157 ff.

158 *Luhmann* (Fn. 68), S. 24.

159 *Luhmann* (Fn. 68), S. 12.

160 *Luhmann* (Fn. 68), S. 21.

der getroffenen Entscheidung verzichtet werden.<sup>161</sup> Es bedürfe somit auch keines Verfahrens, um Wahrheit zu legitimieren, da sie, bei tatsächlicher Ermittlung, aus sich selbst heraus gelte. Möchte sich das Verfahren legitimieren, müsse es ein anderes Ziel verfolgen als die Erforschung eines Umstandes, der (so oder so) selbstevident sei und nicht erst durch ein Verfahren begründet werden müsse.<sup>162</sup>

Die Gedanken von *Luhmann* sind im Recht nicht wohl gelitten. Lediglich vereinzelt finden sich Anleihen.<sup>163</sup> Häufig wird von Kritikern moniert, *Luhmann* liefere keine Lösungen; er beschreibe nur, was ohnehin ersichtlich sei.<sup>164</sup> Deskription als methodischen Mangel zu werten steht einem Juristen jedoch nicht gut zu Gesicht.

## 2. Perspektiven der Entstehung: Wahrheit als »Viabilität« und als »Emergenz«?

Arrondierend möchte ich zwei Überlegungen zur »Qualität« der »aktuellen« Wahrheit im Strafverfahren skizzieren:

### a. Wahrheit als Viabilität

Die »Art« von Wahrheit, die das reformiert-inquisitorische Strafverfahren erzeugt, lässt sich als Ausfluss der *Viabilität* charakterisieren. Eine viable Konstruktion von Wirklichkeit ist gangbar, passend, brauchbar und funktional.<sup>165</sup> Solange sich diese im praktischen Handeln bewährt bzw. nützlich ist, bleibt sie erheblich. Damit findet sie sich im Schmelztiegel der pragmatischen Näherungen und beschreibt eine Wahrheits(-findungs-)methode. Stützen lässt sich diese Einschätzung auf die dogmatischen Einschränkungen, die die Wahrheitssuche im geltenden Prozessrecht erfährt: Zunächst umfassend ausgestaltete Maximen wie der Untersuchungsgrundsatz aus §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO werden durch die Anerkennung von Verfahrenshindernissen, Beweisverwertungsverböten, Beschuldigtenrechten

161 *Luhmann* (Fn. 68), S. 21.

162 *Luhmann* (Fn. 68), S. 22.

163 Vgl. z.B. *Fischer*, NSTZ 1994, 1, 4 f.; *Fischer* (Fn. 12), S. 253, 256 f.; erneut *Fischer* (Fn. 16), S. 219, 224.

164 Statt vieler *Salas* (Fn. 12), S. 161.

165 Das Konzept der Viabilität geht auf *Ernst von Glasersfeld* zurück und hat entscheidende Bedeutung für die Denkrichtung des (Radikalen) Konstruktivismus.

und der Unschuldsumsetzung domestiziert. Das Endergebnis (sprich: die »Überzeugung« des Gerichts) mag Schnittmengen mit »materieller« Wahrheit aufweisen, ist dem Grunde nach jedoch ein regelkonform geschliffenes *Kunstprodukt*, das den Schuldspruch trägt. Dafür ist es passend, brauchbar und funktional.<sup>166</sup>

#### b. Wahrheit als Emergenz

Ebenso kann eine Näherung über das Phänomen der Emergenz lohnen.<sup>167</sup> Emergenz (auch: Übersummativität / Fulguration) meint das Entstehen neuer Eigenschaften oder Strukturen eines Systems infolge des Zusammenspiels seiner Elemente.<sup>168</sup> Die emergenten Eigenschaften lassen nicht aus den ursprünglichen Eigenschaften der Elemente zurückführen, aus denen sie »emporgestiegen« sind. »Teile« können zum »Ganzen« entweder »identisch« sein, »verschieden aber ableitbar« oder aber »verschieden und nicht ableitbar«. Der dritte Fall beschreibt Emergenz,<sup>169</sup> d. h. Irreduzibilität unter dauerhafter Wechselwirkung. Da Kommunikation kontingent ist, d. h. nie ganz sicher ist, ob sie gelingt und was sie erzeugt, wird im Kommunikationsgeflecht Strafverfahren dauerhaft und unumkehrbar Ungewissheit verwaltet. Ergebnis der Bemühungen ist eine Entscheidung über als erheblich angesehene Rechtsfragen. Die »gesprochene Wahrheit« ist eine kollektive Konstruktion von Wirklichkeit, ein Heranholen des Vergangenen in ein Narrativ.<sup>170</sup> Wahrheit in »materieller« Form fällt allenfalls als Nebenprodukt ab.

166 In diese Richtung auch *Salas* (Fn. 12), S. 329; so im Grunde auch bei Meyer-Goßner/*Schmitt* (2019), Einl. Rn. 1: »Der Prozess ist ein rechtlich geordneter, von Lage zu Lage sich entwickelnder Vorgang zur Gewinnung einer richterlichen Entscheidung über ein materielles Rechtsverhältnis.« Einen Sonderfall bilden die Vorschriften über die Wiederaufnahme in den §§ 359 ff. StPO auch in Hinblick auf das zugrunde gelegte Wahrheitsverständnis, das einem »historischen ex-ante« gleicht; vgl. dazu *Neumann* (Fn. 54), S. 27, 31 ff.; kritisch zur Anwendbarkeit pragmatischer Theorien *Gutmann* (Fn. 19), S. 10, 25; ebenso ablehnend *Albrecht*, NStZ 1983, 486, 493.

167 Instruktiv zur Entwicklungsgeschichte *Hoyningen-Huene*, Zu Emergenz, Mikro- und Makrodetermination, in: Lübbe (Hrsg.), *Kausalität und Zurechnung* (1994), S. 165 ff. m.w.N. Er sieht das Konzept erstmals bei *John Stuart Mill*; vgl. auch *Stephan*, Emergenz. Von der Unvorhersagbarkeit zur Selbstorganisation (2005); *Markowitz*, Intention und Funktion, 2007, 21 ff.; *Lohse*, Zeitschrift für Soziologie 2011, 190 ff.

168 Dazu *Hartig-Perschke*, Anschluss und Emergenz (2009), S. 30, S. 44 ff.; ähnlich *Krohn/Küppers*, Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung (1992), S. 389.

169 *Hoyningen-Huene* (Fn. 167), S. 165, 183 f.

170 Das scheint der Funktionsweise des »episodischen Gedächtnisses« zu entsprechen, welches sich aus einer Vielzahl von Einzelfragmenten zusammensetzt und in der Summe ein »Mehr« generiert, vgl. *Rohmann* (Fn. 140), S. 97, 103.

### c. Zwischenfazit: Pragmatik oder Sinnkrise?

Aus dieser Kategorisierung würden diametrale Konsequenzen für das Verfahren ergehen: Während das »viable« Wahrheitsverständnis lediglich eine Spielart aus der Familie der »Wahrheitsfindungsmethoden« darstellt, das den status quo festigt, entspricht das »emergente« Verständnis dem »Abschied« von der Wahrheitssuche. Sollte Wahrheit tatsächlich unvorhersehbar, irreduzibel und kontextabhängig sein, wäre die »Suche« schlicht sinnlos. Das fasziniert und irritiert gleichermaßen.

## V. MESSEN UND FINDEN VON WAHRHEIT(EN) – EPILOG

Als Fazit die Thesen zur »Wahrheit im Strafverfahren« in Spiegelstrichen:

- Es kann zwischen Wahrheitsverständnissen, Wahrheitsbegriffen und Wahrheitsfindungsmethoden unterschieden werden.
- Zahlreiche epistemische und psycho-soziale Gründe verhindern, dass ontologische Wahrheit erkannt und *effektiv* für juristische Verfahren genutzt werden kann.
- Die StPO definiert die Wahrheit des Strafverfahrens nicht, sondern schreibt nur eine Methode vor, sich ihr zu nähern; die »Überzeugung« des Gerichts i.S.d. § 261 StPO entspricht einem subjektiv geprägten und damit *pragmatischen* Wahrheitsverständnis.
- Verfahren sind auch ohne Wahrheitssuche denkbar, müssen dann aber Substitute vorhalten, um nicht in Beliebigkeit zu verfallen.

Zurück zum Wasserbottich und zur betrüblichen Einsicht: Die Naturwissenschaften haben für viele Aufgaben die geeigneteren Messmethoden. Mit Sprache und Erkenntniskraft lässt sich bei der Temperaturbestimmung kein Mehrwert schaffen. Das ist allerdings nicht weiter tragisch, da die Funktion des Juristen im Rahmen der Wahrheitssuche eine andere ist: er ist der »*social engineer*«, um die richtigen (Anschluss-)Fragen zu stellen: »*Warum ist die Temperatur erheblich?*« Geht es darum, sich mit dem Wasser die Hände zu waschen, genügt es zu wissen, ob es nicht so heiß ist, dass schmerzhaftes Verbrühen

entstehen. Geht es darum, ein Getränk zu kühlen, kann das Wasser im Bottich gar nicht kalt genug sein. Es kommt demnach – wie so oft – darauf an.





Prof. Dr. Mark A. Zöller

# DIE ZWECKÄNDERNDE NUTZUNG VON PERSONENBEZOGENEN DATEN IM STRAFVERFAHREN – GEDANKEN ZU GEGENWART UND ZUKUNFT VON § 161 STPO<sup>1</sup>

## A. VORBEMERKUNGEN

Der britische Dichter *John Donne* hat bereits im Jahr 1624 einen bis heute viel zitierten Satz geprägt: »No man is an island«. Für die Strafverteidigung erscheint diese verkürzte und leicht aus dem Kontext gegriffene<sup>2</sup> Formulierung heute aktueller denn je. Sie bringt zum Ausdruck, dass jeder von uns immer nur Teil eines Ganzen ist. Das gilt auch für das deutsche Strafverfahren, das sich längst eingebettet in eine Gesamt-Sicherheitsarchitektur wiederfindet. Deren Rahmenbedingungen haben sich seit den symbolträchtigen Terroranschlägen vom 11. September 2001 und der konstanten Bedrohung durch den islamistisch geprägten Terrorismus erheblich verändert.<sup>3</sup> Schon die *Strafverfolgung*

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag stellt die mit Fußnoten versehene Textfassung des Vortrags dar, den der Verfasser am 23.03.2019 auf dem Deutschen Strafverteidigertag in Regensburg gehalten hat. Der Text ist angesichts seiner Aktualität auch in Heft 6/2019 der Zeitschrift »Der Strafverteidiger (StV)« erschienen (*Zöller, StV* 2019, 419 ff.). Für die Möglichkeit, den Vortragstext bereits vorab einem breiteren Leserkreis zugänglich zu machen, dankt der Verfasser den Strafverteidigervereinigungen herzlich.

<sup>2</sup> Der Satz ist ein Zitat aus dem Prosatext »Devotions Upon Emergent Occasions and Several Steps in my Sicknes – Meditation XVII« und lautet im Zusammenhang wie folgt: »No man is an island entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main; if a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as any manner of thy friends or of thine own were; any man's death diminishes me, because I am involved in mankind. And therefore never send to know for whom the bell tolls; it tolls for thee.«

<sup>3</sup> Zur Debatte über die Erscheinungsformen und das Bedürfnis nach einer neuen Sicherheitsarchitektur aus jüngerer Zeit etwa *Gusy VerwArch* 2010, 309 ff.; *Baldus Verw* 2014, 1 ff.; *Kugelman Verw* 2014, 25 ff.; *Löffelmann GSZ* 2018, 85 ff.; *Kipker*, Informationelle Freiheit und staatliche Sicherheit – Rechtliche Herausforderungen moderner Überwachungstechnologien, 2016, S. 107 ff.

ist letztlich nur *ein* Baustein in einem übergreifenden Sicherheitskonzept aus Prävention und Repression. Das spiegelt sich zwangsläufig auch auf der Seite der *Strafverteidigung* wider. Auch diese findet heute immer öfter in einer Gemengelage aus Polizeirecht, Strafprozessrecht und Nachrichtendienstrecht statt. Insbesondere, aber nicht nur bei der Bewältigung der Herausforderungen durch Terrorismus, politischen Extremismus und Organisierte Kriminalität fallen auch bei nachrichtendienstlicher Beobachtung oder polizeilichen Gefahrenabwehr personenbezogene Daten an, die entweder einen strafprozessualen Anfangsverdacht begründen oder wertvolles, in der Regel für den Beschuldigten belastendes Beweismaterial für ein bereits laufendes Strafverfahren liefern. Das daraus folgende Streben nach einer strafprozessualen Nutzung von Datenmaterial, das *außerhalb* des strafverfahrensrechtlichen Regelungskontextes gewonnen worden ist, muss dabei gar keinem übertriebenen Verfolgungswahn der Strafverfolgungsbehörden entsprechen. Schließlich gilt im Strafverfahren das *Legalitätsprinzip*. Und die damit zum Ausdruck gebrachte Verpflichtung, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts Ermittlungen aufzunehmen und bei Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts Anklage zu erheben,<sup>4</sup> kann selbstverständlich auch durch Informationen ausgelöst werden, die zunächst im Zuge *nachrichtendienstlicher Aufklärung* oder *polizeilicher Gefahrenabwehr* erhoben und dann den Strafverfolgungsbehörden durch Vertreter der Dienste oder der Präventivpolizei übermittelt werden. Zudem gilt im Rahmen des Strafverfahrensrechts auch der *Ermittlungsgrundsatz*, der gesetzlich besonders prominent in § 244 Abs. 2 StPO verankert ist.<sup>5</sup> Er statuiert gerade die Pflicht der Strafverfolgungsorgane, den Sachverhalt von Amts wegen bestmöglich zu erforschen und aufzuklären. Da nach dem im Strafverfahren geltenden Prinzip der materiellen Wahrheit nach Möglichkeit das wirkliche Geschehen festgestellt werden soll, können hierfür im Einzelfall auch Informationen essentiell sein, die durch *Gefahrenabwehr- oder Nachrichtendienstbehörden* auf der Grundlage ihrer jeweiligen spezialgesetzlichen Befugnisnormen erlangt worden sind. Man kann es auch unter negativen Vorzeichen formulieren: die Außerachtlassung von für die strafrechtliche Sachaufklärung relevanten

<sup>4</sup> Vgl. nur *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 17; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 14.

<sup>5</sup> Dazu etwa *Beulke/Swoboda* (Fn. 4), Rn. 21.

und praktisch verfügbaren Informationen, die außerhalb des strafprozessualen Regelungskontextes erlangt worden sind, kann bereits per se einen Rechtsfehler darstellen und revisionsrechtlich gedacht die Aufklärungsrüge begründen.<sup>6</sup>

Die rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit einer zweckändernden Nutzung von personenbezogenen Daten in Strafverfahren, die ursprünglich im *außerstrafprozessualen* Kontext erhoben worden sind, werden in einem sozialen wie rechtlichen Umfeld, in dem die Grenzen zwischen Gefahrenabwehrrecht, Strafverfahrensrecht und Nachrichtendienstrecht immer stärker verschwimmen, geradezu zwangsläufig an praktischer Bedeutung zunehmen. Von der Beantwortung der Frage, ob Beweismaterial, das auf polizeirechtlicher oder nachrichtendienstrechtlicher Grundlage gewonnen worden ist, legal in ein Strafverfahren gelangt und dort verwendbar und verwertbar ist, kann im Einzelfall der Ausgang des Strafverfahrens gegen die Mandantschaft entscheidend abhängen. Insofern besteht durchaus auch für die Strafverteidigung Anlass, sich den damit zusammenhängenden Fragen, die häufig als sehr formal und technisch empfunden werden, näher zu widmen.

## B. VERFASSUNGSRECHTLICHER RAHMEN

Mit Blick auf unser Grundgesetz stellt jede (zweckändernde) Nutzung von personenbezogenen Informationen jedenfalls einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner besonderen Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>7</sup> Schon seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts wissen wir, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die – aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende – Befugnis des Einzelnen enthält, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche

<sup>6</sup> Allg. zur Geltendmachung einer Verletzung der Amtsaufklärungspflicht mit der Aufklärungsrüge im Revisionsverfahren etwa SK-StPO/*Friester*, 5. Aufl. 2015, § 244 Rn. 243 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Je nach Art bzw. Herkunft der personenbezogenen Daten kann ein Schutz durch andere Grundrechte in Betracht kommen bzw. spezieller sein, etwa nach Art. 10 Abs. 1 GG bei Eingriffen in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, oder nach Art. 13 Abs. 1 GG bei Daten die durch Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung erlangt wurden; vgl. dazu nur *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 10 Rn. 2 u. Art. 13 Rn. 2, jew. m.w.N.

Lebenssachverhalte offenbart werden.<sup>8</sup> Vor diesem Hintergrund ist nicht nur der erstmalige Informationserhebungsakt, sondern sind auch die sich daran *anschließenden* Verarbeitungsschritte, insbesondere auch die *Datenübermittlung* an weitere Stellen, als eigenständige Grundrechtseingriffe anzusehen.<sup>9</sup>

Dabei bezieht sich der Begriff der »Übermittlung« nicht nur auf klassische technische Übertragungsvorgänge von einem informationstechnischen System zum anderen. In der Terminologie der JI-Richtlinie<sup>10</sup> (Art. 3 Nr. 2 RiLi) und der Datenschutz-Grundverordnung<sup>11</sup> (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) handelt es sich mittlerweile um einen Unterfall des weit gefassten Begriffs der »Verarbeitung«. Auch wenn dies praktisch häufig der Fall sein wird, müssen nicht zwangsläufig Datensätze von einem Speicher zu einem anderen transportiert werden. Gemeint ist vielmehr, dass neben der datenübermittelnden Behörde einer *zusätzlichen Stelle die Kenntnisnahme von den Daten ermöglicht* wird, die diese Daten zu einem anderen Zweck als die übermittelnde Stelle verwenden soll.<sup>12</sup> Datenübermittlungen erhöhen also faktisch immer die Zahl der datenverwendenden Stellen.<sup>13</sup> Eine Übermittlung liegt somit auch dann vor, wenn beispielsweise unter dem Dach derselben Polizeibehörde personenbezogene Informationen, die bislang zu Zwecken der Gefahrenabwehr erhoben und verarbeitet worden sind, nunmehr auch zu Strafverfolgungszwecken genutzt werden.

Der Sache nach handelt es sich bei solchen Übermittlungsvorgängen um *Zweckänderungen* hinsichtlich der weitergegebenen Daten. Insoweit erlangt der vom Bundesverfassungsgericht erstmals im Volks-

8 BVerfGE 65, 1 (42).

9 Vgl. BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (143); 84, 239 (279); *Voigt StV* 2017, 435.

10 Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. L 119, 89 v. 04.05.2016).

11 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119, 1 v. 4.5.2016).

12 *Zöller*, in: Roggan/Kutscha (Hrsg.), *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2. Aufl. 2006, S. 445 (449).

13 *Zöller*, in: Roggan/Kutscha (Fn. 12), S. 445 (450).

zählungsurteil<sup>14</sup> postulierte *Grundsatz der Zweckbindung von Daten* entscheidende Bedeutung. Nach diesem Zweckbindungsgrundsatz hat der Gesetzgeber den Verwendungszweck personenbezogener Daten bereichsspezifisch und präzise zu bestimmen und grundsätzlich einen amtshilfefesten Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabe- und Verwertungsverbote zu gewährleisten.<sup>15</sup> Der Grundsatz der Zweckbindung ist damit Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>16</sup> Dadurch hat das Bundesverfassungsgericht sowohl die Legislative als auch die Exekutive schon früh gezwungen, Abschied vom Wunschtraum eines gemeinsamen Informationsverbundes aller staatlichen Behörden zu nehmen. Die Kenntnis *einer* Behörde, beispielsweise einer Polizeibehörde, von personenbezogenen Daten bestimmter Bürger bedeutet danach gerade nicht, dass diese Informationen dann zwangsläufig auch *anderen staatlichen Stellen*, etwa einer Staatsanwaltschaft, zu ganz anderen Zwecken zur Verfügung stehen. Andererseits ist ein Informationsaustausch zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten aber auch nicht von vornherein ausgeschlossen. Das belegt schon die Existenz der immer zahlreicher werdenden Übermittlungsvorschriften in den jeweiligen Spezialgesetzen.<sup>17</sup> Jede Übermittlung personenbezogener Daten erfordert als Grundrechtseingriff eine *verfassungsrechtliche Rechtfertigung*. Um das Verdikt der Verfassungswidrigkeit zu vermeiden, ist hierzu eine verfassungsmäßige und bereichsspezifische gesetzliche Grundlage erforderlich, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der zweckändernden Nutzung von personenbezogenen Daten für den Bürger klar erkennbar ergibt.<sup>18</sup> Zudem muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein.<sup>19</sup>

14 BVerfGE 65, 1 (44, 54); seitdem st. Rspr., s. etwa BVerfGE 67, 100 (143); 78, 77 (85); 84, 239 (279 f.); 92, 191 (197); 115, 320 (344 f.).

15 BVerfGE 65, 1 (46).

16 *Denninger* KJ 1985, 215 (223); *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 72; *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 260.

17 Vgl. – insoweit jeweils *pars pro toto* – im Gefahrenabwehrrecht etwa die §§ 12 Abs. 2 bis 5, 23 Abs. 2 BKAG, 32 Abs. 2, 33 BPolG sowie im Nachrichtendienstrecht die §§ 19-21, 23 BVerfSchG.

18 BVerfGE 65, 1 (46); 92, 191 (197); 113, 348 (375); 120, 378 (408); 128, 1 (47); 130, 151 (202); 130, 1 (33).

19 BVerfGE 65, 1 (44); 84, 239 (280).

## C. RECHTSGRUNDLAGEN ZUR ZWECKÄNDERNDEN NUTZUNG VON DATEN IN DER STPO

### I. STRAFPROZESSUALE REGELUNGEN DE LEGE LATA

#### 1. § 161 Abs. 1 und 2 StPO

Eine explizite Befugnisnorm für die Übernahme von personenbezogenen Daten in den repressiven Bereich, die auf der Grundlage des Polizei- oder Nachrichtendienstrechts erhoben wurden, fehlt in der deutschen Strafprozessordnung bislang. Entsprechende Maßnahmen werden deshalb bislang auf die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 S. 1 StPO bzw. für die Polizei auf § 163 Abs. 1 S. 2 StPO gestützt.<sup>20</sup> Nach § 161 Abs. 1 StPO ist die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen eines Anfangsverdachts nicht nur befugt, Ermittlungen jeder Art selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen. Sie kann vielmehr auch von allen Behörden *Auskunft verlangen*. Zu den nach dem Gesetzeswortlaut nicht näher eingegrenzten Kreis von auskunftspflichtigen Behörden zählen auch Polizeibehörden, bei denen präventivpolizeilich erhobene Daten vorliegen,<sup>21</sup> sowie Nachrichtendienstbehörden, die Informationen über staatschutzrelevante Bestrebungen gesammelt haben.<sup>22</sup> Es sind somit die allgemeinen Ermittlungsgeneralklauseln, die nach vorherrschender Auffassung die Tür für außerstrafprozessual erhobene Daten zum Strafverfahren öffnen. Mindestvoraussetzung ist allerdings stets, dass die Informationen dort, d.h. im präventivpolizeilichen oder nachrichtendienstlichen Kontext, *rechtmäßig erhoben* worden sind.<sup>23</sup>

20 Zöller JZ 2007, 763 (771); Voigt StV 2017, 435 (436); Gazeas (Fn. 16), S. 495; a.A. König, Trennung und Zusammenarbeit von Polizei und Nachrichtendiensten, 2005, S. 285.

21 LR/Erb, 27. Aufl. 2018, § 161 Rn. 20; SK-StPO/Wohlers/Deiters, 5. Aufl. 2016, § 161 Rn. 21; HK-StPO/Zöller, 6. Aufl. 2019, § 161 Rn. 6; Schnarr StraFo 1998, 217 (222).

22 Gazeas (Fn. 16), S. 505; Rehbein, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011, S. 119.

23 HK-StPO/Zöller (Fn. 20), § 161 Rn. 3; MüKo-StPO/Köbel, 2016, § 161 Rn. 46; Wollweber NJW 2000, 3623 f.; Zöller, in: Roggan/Kutscha (Fn. 11), S. 445 (496 ff.); a.A. Brodersen NJW 2000, 2536 (2539).

Nach dem vom Bundesverfassungsgericht in seinem Bestandsdatenbeschluss vom 24. Januar 2012<sup>24</sup> konzipierten *Modell der doppelten Tür* ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich bei einer Datenübermittlung naturgemäß immer um einen *zweigliedrigen Vorgang* handelt. Die Übermittlungsbehörde bedarf einer Übermittlungsermächtigung, die Empfangsbehörde einer Empfangsermächtigung für die Daten.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber muss bei einem Datenaustausch bildlich gesprochen nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten.<sup>26</sup> Soweit derselbe Gesetzgeber für Übermittlungs- und Empfangsermächtigung zuständig ist, darf er auch beide Ermächtigungen in einer Norm zusammenfassen.

Vor diesem Hintergrund stellen sich die §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO nicht als zusammengefasste Regelungen sowohl für die Übermittlung als auch für den Empfang von personenbezogenen Daten dar.<sup>27</sup> Es handelt sich stattdessen nur um *Empfangsermächtigungen* für Daten, die beispielsweise auf der Grundlage von Polizeirecht oder Nachrichtendienstrecht erhoben worden sind, also nur um *eine* von zwei benötigten Türen. Die jeweils *zweite Tür*, also die Übermittlungsermächtigung, ist im jeweiligen Polizei- oder Nachrichtendienstgesetz zu suchen. Auf Einzelheiten der zahlreichen und vielgestaltigen, im dortigen Regelungskontext existierenden Übermittlungsvorschriften kann im vorliegenden Rahmen nicht einmal ansatzweise eingegangen werden. Insofern ist auf das einschlägige Spezialschrifttum zu verweisen. Die nachfolgenden Ausführungen müssen sich daher auf die »Tür zum Strafverfahren« beschränken.

24 BVerfGE 130, 151.

25 *Gazeas* (Fn. 16), S. 501.

26 BVerfGE 130, 151 (184).

27 *Gazeas* (Fn. 16), S. 496.

Keine »Tür«, sondern eher einen »Türriegel« stellt allerdings § 161 Abs. 2 S. 1 StPO dar. Entgegen einer häufig anzutreffenden Fehleinschätzung<sup>28</sup> handelt es sich hierbei nicht um eine *Ermächtigungsgrundlage* zum Datenempfang, sondern um eine Regelung zur *Beschränkung der Verwendbarkeit* von außerstrafprozessual erhobenen Daten im Strafverfahren. Sie folgt dem sog. *Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs*. Danach sollen Beweismittel trotz Verfahrensverstößen jedenfalls dann verwertet werden dürfen, wenn sie auch auf rechtmäßigem Wege hätten erlangt werden können.<sup>29</sup> Sofern die Erhebung von Daten durch strafprozessuale Maßnahmen nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist und personenbezogene Daten, die durch entsprechende hoheitliche Maßnahmen nach anderen Gesetzen, z.B. den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder oder den Nachrichtendienstgesetzen, erhoben wurden, in Strafverfahren verwendet werden sollen, ist diese Verwendung zu Beweis Zwecken gem. § 161 Abs. 2 S. 1 StPO nur zulässig, wenn sie zur Aufklärung einer Straftat dient, aufgrund derer einer solche Maßnahme auch nach der StPO angeordnet werden dürfte. Der hypothetische Ersatzeingriff soll eine unnötige »Förmelei« verhindern. Wenn beispielsweise personenbezogenen Daten nun schon einmal zufällig auf gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage zulässig erhoben worden sind, dann soll die Nutzung dieser Informationen als Beweismaterial im Strafverfahren nicht ausscheiden, wenn diese bei hypothetischer Betrachtung ohne Weiteres auch auf strafprozessualer Grundlage hätten erlangt werden können. Den Strafgerichten den Rückgriff auf solches Beweismaterial zu verwehren, ließe sich keinem juristischen Laien sinnvoll erklären. Andererseits bietet der hypothetische Ersatzeingriff auch Schutz. Mit seiner Hilfe soll verhindert werden, dass durch Rückgriff

28 Vgl. etwa BGHSt 62, 123: »Ob auf präventiv-polizeilicher Grundlage gewonnene Beweise im Strafverfahren verwendet werden dürfen, bestimmt sich nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO.«; BGH StV 2017, 435: »Ist eine Durchsuchung gefahrenabwehrrechtlich zulässig, können die darauf gewonnenen Erkenntnisse gem. § 161 Abs. 2 StPO auch im Strafverfahren gegen den Angeklagten verwendet werden.«; BGH NStZ 2018, 296: »Die Verwendung der aus einer solchen Maßnahme gewonnenen Beweismittel richtet sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO.«; BGH StraFo 2018, 348 (349): »Die Verwertbarkeit der dabei gewonnenen Beweismittel im Strafverfahren bestimmt sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO.«.

29 BGHSt 31, 304 (306); BGH NStZ 1989, 375 (376); vgl. auch BVerfG NStZ-RR 2005, 203 (204 f.); HK-StPO/Gercke (Fn. 20), Vor §§ 94 ff. Rn. 32; krit. hierzu etwa Fezer NStZ 2003, 625 (629); Bernsmann/Sotelsek StV 2004, 113 ff.



auf *außerstrafprozessuale* Eingriffsermächtigungen die – ggf. strengeren – strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen umgangen werden.

## 2. § 161 Abs. 3 StPO

Eine weitere *Verwendungsbegrenzung* für außerstrafprozessual erhobene, personenbezogene Daten findet sich in § 161 Abs. 3 StPO. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist allerdings äußerst schmal gehalten. Es geht hier lediglich um die strafprozessuale Nutzung von personenbezogenen Daten, die in oder aus einer Wohnung aus einem Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen *auf polizeirechtlicher Grundlage*, also etwa beim präventivpolizeilichen Einsatz Verdeckter Ermittler, erlangt worden sind. Für eine Verwendung derart erlangter Daten im Strafverfahren ist zunächst in materieller Hinsicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Daneben ist in formeller Hinsicht erforderlich, dass das nach § 162 StPO zuständige Amtsgericht die Rechtmäßigkeit der präventivpolizeilichen Maßnahme *vor* einer strafprozessualen Nutzung der dabei erlangten Daten festgestellt hat.<sup>30</sup>

## 3. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO

Speziell für die strafprozessuale Online-Durchsuchung nach § 100b StPO und die akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO findet sich schließlich seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017<sup>31</sup> eine spezielle Normierung des hypothetischen Ersatzeingriffs in § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO. Auch diese bezieht sich nur auf personenbezogene Daten, die *auf polizeigesetzlicher Grundlage* erlangt worden sind. Sofern diese aus einer präventivpolizeilichen Online-Durchsuchung oder akustischen Wohnraumüberwachung stammen, sind sie ohne Einwilligung der Betroffenen nur dann im Strafverfahren nutzbar, wenn es um die Aufklärung von Straftaten oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Beschuldigten einer

<sup>30</sup> HK-StPO/Zöller (Fn. 21), § 161 Rn. 34; Satzger/Schmitt/Widmaier/Ziegler, StPO, 3. Aufl. 2018, § 161 Rn. 30.

<sup>31</sup> BGBl. I S. 3202; in Kraft seit 24.08.2017.

Straftat geht, hinsichtlich derer auch eine *strafprozessuale* Online-Durchsuchung oder akustische Wohnraumüberwachung hätte angeordnet werden dürfen. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO ist damit ebenfalls keine Befugnisnorm zur zweckändernden Nutzung gefahrenabwehrrechtlich erhobener Daten, sondern wiederum nur eine *Eingrenzung des allgemeinen Auskunftsanspruchs* nach § 161 Abs. 1 S. 1 bzw. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO.

## II. PRAKTISCHE KONSEQUENZEN

Über die Sondernormen der §§ 161 Abs. 2 und 3, 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO hinaus sieht unsere Strafprozessordnung überraschenderweise *keine weiteren ausdrücklichen Einschränkungen* hinsichtlich der strafprozessualen Verwendbarkeit von auf präventivpolizeilicher oder nachrichtendienstrechtlicher Grundlage erhobenen Daten vor. Dabei ist es nicht so, als hätte darüber noch niemand nachgedacht. Vor rund 20 Jahren, im Regierungsentwurf zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, waren Beschränkungen der Verwertbarkeit auch für präventivpolizeilich erlangte Erkenntnisse vorgesehen, die durch Rasterfahndung, Einsatz technischer Mittel oder Verdeckter Ermittler gewonnen worden sind (§ 161 Abs. 2 StPO-E).<sup>32</sup> Dieser Filter ist jedoch damals im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden.<sup>33</sup> Im Umkehrschluss folgt daraus, dass aktuell keine generellen Verwendungsbeschränkungen für personenbezogene Informationen aus hoheitlichen Maßnahmen nicht-strafprozessualer Art bestehen, deren Anordnung nach der StPO *keinen Verdacht bezüglich bestimmter Straftaten voraussetzt*.<sup>34</sup>

Darüber hinaus muss man sehen, dass sich jedenfalls die Verwendungsbeschränkungen in § 161 StPO ausdrücklich nur auf die Verwendung »zu Beweis Zwecken« beziehen. Daraus wird im Umkehrschluss regelmäßig gefolgert, dass Informationen, die auf gefahrenabwehrrechtlicher oder nachrichtendienstrechtlicher Grundlage gewonnen wurden, im Strafverfahren als *Ermittlungs- bzw. Spurenansatz* zur Gewinnung weiterer Beweismittel ohne jede Einschränkung genutzt

<sup>32</sup> BT-Drs. 14/1484, S. 6.

<sup>33</sup> BT-Drs. 14/3525, S. 2.

<sup>34</sup> Vgl. Zöller, in: Roggan/Kutscha (Fn. 12), S. 445 (493).

werden dürfen.<sup>35</sup> Diese Ansicht, die sich durchaus auf den Wortlaut des Gesetzes und auf seine Entstehungsgeschichte<sup>36</sup> berufen kann, führt zu weitreichenden Konsequenzen für die Praxis. Sie erlaubt es den Strafverfolgungsbehörden, bei jedem auch noch so vagen und nicht näher belegten Hinweis von Seiten der Präventivpolizei oder der Dienste, strafrechtliche Ermittlungen aufzunehmen und durchzuführen. Ein bloßer Anruf bei den Strafverfolgungsbehörden genügt schon, etwa mit dem Hinweis »Genaueres können wir Euch im Moment nicht sagen, aber schaut Euch doch mal heute Nachmittag den X mit seinem Auto auf der A3 genauer an, der könnte Rauschgift dabeihaben.« Mit einer allzu unkritischen Zulassung der Verwendung als Spuren- bzw. Ermittlungsansatz wird aber übersehen, dass damit regelmäßig weitere, auch schwerwiegende Grundrechtseingriffe zwangsläufig verbunden sind. Um diese zu rechtfertigen, ist eine bereichsspezifische und normenklare ausdrückliche Ermächtigunggrundlage erforderlich. Dass diese Aufgabe von den allgemeinen Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 2 StPO erfüllt werden kann, darf getrost bezweifelt werden.<sup>37</sup>

Zumindest faktisch entschärft ist die Verwendung von auf polizeigesetzlicher Grundlage gewonnenen Daten als Spurenansatz im Strafverfahren bereits *de lege lata* in den Fällen des § 161 Abs. 3 StPO. Zwar bezieht sich die Verwendungsbeschränkung nach dem Gesetzeswortlaut auch hier auf die bloße Verwendung »zu Beweis Zwecken«. Allerdings handelt es sich bei § 161 Abs. 3 StPO um eine einfachgesetzliche Ausführungsnorm zur verfassungsrechtlichen Schrankenregelung zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 13 Abs. 5 S. 2 GG. Da letzterer eine Ausnahme zur Verwendung als Spurenansatz nicht vorsieht, kommt eine Differenzierung zwischen der Verwendung zu Beweis Zwecken und als Spurenansatz bei verfassungskonformer Auslegung

35 SK-StPO-Wohlens/Deiters (Fn. 21), § 161 Rn. 48; Müko-StPO-Kölbel (Fn. 23), § 161 Rn. 45; Satzger/Schmitt/Widmaier/Ziegler (Fn. 29), § 161 Rn. 27; Puschke/Singelstein NJW 2008, 113 (117); a.A. HK-StPO/Zöller (Fn. 20), § 161 Rn. 32; Radtke/Hohmann/Kretschmer, StPO, 2011, § 161 Rn. 14.

36 Vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 64.

37 So bereits Zöller, in: Roggan/Kutscha (Fn. 12), S. 445 (497 f.); krit. auch Singelstein ZStW 120 (2008), 854 (878); Voigt StV 2017, 435 (436); Gazeas (Fn. 16), S. 497 ff.

im Ergebnis nicht in Betracht.<sup>38</sup> Faktisch unterliegt damit auch die Verwendung auf polizeigesetzlicher Grundlage erlangter Erkenntnisse als Spurenansatz den Beschränkungen des § 161 Abs. 3 StPO.<sup>39</sup>

### III. VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER GELTENDEN RECHTSLAGE

Blickt man nach alledem auf das *Gesamtbild* der Rechtslage zur zweckändernden Nutzung von personenbezogenen Daten im Strafverfahren, so bestehen doch erhebliche Zweifel an deren Verfassungsmäßigkeit.<sup>40</sup> Faktisch ermöglicht § 161 StPO eine weitgehende *Durchbrechung* des Grundsatzes der Zweckbindung von Daten. Der Auskunftsanspruch nach § 161 Abs. 1 S. 1 StPO, der den Empfang der Daten im Strafverfahren faktisch voraussetzungslos zulässt, wird nur bei Ermittlungsmaßnahmen, die nach der StPO lediglich bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig sind, durch das Prinzip des hypothetischen Verdachtseingriffs begrenzt und selbst dann durch eine weitgehende Zulassung der Nutzung als Spurenansatz wieder entwertet. Bei vielen Standardmaßnahmen, deren Anordnung auf strafprozessualer Grundlage nicht an den Verdacht bestimmter Straftaten gebunden ist, beispielsweise die molekulargenetische Untersuchung (§§ 81e, 81f StPO), die Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) oder die Identitätsfeststellung (§ 163b StPO), ist die strafprozessuale Nutzung außerstrafprozessual erhobener Daten ohne jede Einschränkung zulässig. Diese Rechtslage widerspricht schon angesichts ihrer Pauschalität sowohl dem Bestimmtheitsgrundsatz als auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.<sup>41</sup> Es fehlt an klaren Kriterien für eine Eingrenzung, die den unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen von Polizeirecht, Strafprozessrecht und Nachrichtendienstrecht Rechnung trägt.

Denkbar wäre es z.B., die Verwendung von präventivpolizeilich oder nachrichtendienstlich erhobenen Informationen de lege ferenda nur dann zu repressiven Zwecken zu erlauben, wenn die zu verfolgende

38 HK-StPO/Zöller (Fn. 21), § 161 Rn. 35; Hilger NStZ 2000, 561 (564).

39 LR/Erb (Fn. 21), § 161 Rn. 72; SK-StPO/Wohlens/Deiters (Fn. 21), § 161 Rn. 55; HK-StPO/Zöller (Fn. 21), § 161 Rn. 35; Wolter, FS Hilger, 2003, S. 275 (281).

40 Krit. auch Hefendehl GA 2011, 209 (222 f.); vgl. im Übrigen die Nachw. in Fn. 36.

41 So bereits Zöller, in: Roggan/Kutscha (Fn. 11), S. 445 (497).

Straftat ein gewisses Gewicht besitzt.<sup>42</sup> Nach geltender Rechtslage ist erstaunlicherweise gerade bei der Verfolgung von Straftaten aus dem Bereich der leichten und mittleren Kriminalität (z.B. von Fahrrad- und Ladendiebstählen oder einfachen Internetbetrügereien) eine Übernahme von präventivpolizeilich oder nachrichtendienstrechtlich erlangten Daten in das Strafverfahren nahezu voraussetzungslos möglich, sofern die jeweilige Übermittlungsermächtigung im Gefahrenabwehr- oder Nachrichtendienstrecht nur weit genug formuliert ist. Damit bewegt man sich nur scheinbar auf verfassungsrechtlich sicherem Boden. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016 das von ihm als »hypothetischen Datenneuerhebung« bezeichnete Kriterium in Reinform nur auf die zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten aus *eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen* wie Online-Durchsuchungen und Wohnraumüberwachungen bezogen. Bei Daten, die durch andere Maßnahmen erlangt worden sind, sollen es Gesichtspunkte der Vereinfachung und der Praktikabilität rechtfertigen, dass nicht alle Einzelanforderungen, die für die *Datenerhebung* gelten, auch für die Übermittlung solcher Daten zu anderen Zwecken einzuhalten sind.<sup>43</sup> Diese Absenkung der Anforderungen betrifft aber nur den *Anlass der Datenerhebung*, also etwa den Konkretisierungsgrad für den strafprozessualen Anfangsverdacht oder die polizeirechtliche Gefahr.<sup>44</sup> Diese Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts ist schon deshalb wenig überzeugend, weil sie einer Beliebigkeit und Unbestimmtheit von bereichsspezifischen Empfangs- und Übermittlungsvorschriften für personenbezogene Daten im Sicherheitsrecht letztlich Tür und Tor öffnet.<sup>45</sup> Aber klar ist, dass auch Karlsruhe *keine voraussetzungslose* Zweckänderung von Daten zulassen wollte.

Infolgedessen spricht jedenfalls mit Blick auf die Zukunft Vieles dafür, das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs zum generellen Leitprinzip der Strafprozessordnung zu erheben, auch wenn sich die Strafverfolgungspraxis hiergegen mit Händen und Füßen wehren

42 Zöller, in: Roggan/Kutscha (Fn. 12), S. 445 (497).

43 Vgl. BVerfGE 141, 220 (328).

44 Vgl. BVerfGE 141, 220 (328).

45 Zöller, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2018, S. 185 (192 f.).

mag. Das würde bedeuten, dass man personenbezogene Daten, die auf gefahrenabwehrrechtlicher oder nachrichtendienstrechtlicher Grundlage erhoben wurden, ganz allgemein, und damit unabhängig von der Art und Schwere der zu verfolgenden Straftat, nur dann als Beweismaterial in Strafverfahren zulässt, wenn sie bei hypothetischer Betrachtung (ex post) rechtmäßig auch auf strafprozessualer Grundlage hätten erhoben werden können. Erkenntnisse aus einer präventivpolizeilichen Durchsuchungsmaßnahme dürften somit beispielsweise nur dann strafprozessual genutzt werden, wenn auch die Voraussetzungen für eine strafprozessuale Durchsuchung nach den §§ 102 ff. StPO vorgelegen haben. Und Erkenntnisse aus einer nachrichtendienstlichen Telekommunikationsüberwachung dürften nur dann ihren Weg in ein Strafverfahren finden, wenn auch eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO hätte angeordnet werden dürfen. Nur dann sind die Strafverfolgungsbehörden von vornherein gegen den Vorwurf gefeit, in Verfahrensordnungen auszuweichen, die ihnen die Informationserhebung erleichtern, etwa weil präventivpolizeiliche Maßnahmen keinen Richtervorbehalt vorsehen oder die nachrichtendienstliche Aufklärung nicht an die Eingriffsschwelle des strafprozessualen Anfangsverdachts gebunden ist. Und nur dann stellt sich im Strafverfahren von vornherein auch nicht die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot wegen bewusster Missachtung der Anordnungsvoraussetzungen für strafprozessuale Eingriffe.<sup>46</sup>

#### IV. ZUR REFORM DES § 161 STPO

##### 1. Aktueller Beratungsstand

An dieser Stelle wendet sich der Blick hoffnungsvoll auf die aktuellen Reformvorschläge für die bereichsspezifischen Datenschutzregelungen in der StPO. Konkret geht es um den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 1. Oktober 2018 zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung daten-

<sup>46</sup> Vgl. etwa zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Umgehung des Richtervorbehalts bei Durchsuchungsmaßnahmen BGH NStZ 2012, 104 (105); OLG Düsseldorf StraFo 2009, 280 (281); StV 2017, 12 (14 f.); AG Tiergarten StV 2015, 624 (625).

schutzrechtlicher Bestimmungen an die EU-Verordnung 2016/679<sup>47</sup>. Hiermit sollte das Strafverfahrensrecht an die JI-Richtlinie und die Datenschutz-Grundverordnung angepasst werden.<sup>48</sup> Und in diesem Rahmen sollte auch § 161 StPO neu gefasst werden. Zugleich wollten die Entwurfsverfasser die Sonderregelung für die Online-Durchsuchung und die akustische Wohnraumüberwachung aufheben und im Rahmen von § 161 StPO gebündelt regeln.<sup>49</sup> Dieser neue § 161 StPO sollte – soweit es um die zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten für Zwecke des Strafverfahrens geht – wie folgt lauten:

### § 161 StPO-E [Allgemeine Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft und Verwendungsbeschränkungen]

(1) Soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften die Befugnisse der Staatsanwaltschaft besonders regeln, ist sie zu den in § 160 bezeichneten Zwecken befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und sind in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen. Maßnahmen nach den Sätzen 1 und 2 sind unzulässig, soweit besondere bundesgesetzliche oder landesgesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. [...]

(3) Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so dürfen die auf Grund einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangten verwertbaren personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen im Strafverfahren verwendet werden

1. zur Aufklärung solcher Straftaten, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz jeweils angeordnet werden könnte, sowie zur Aufklärung jeweils vergleichbar bedeutender Straftaten oder

<sup>47</sup> BT-Drs. 19/4671.

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/4671, S. 1.

<sup>49</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4671, S. 61.

2. zur Ermittlung des Aufenthalts der einer in Nummer 1 genannten Straftat verdächtigen Person,

wenn sich den Daten im Einzelfall konkrete Ermittlungsansätze für die in den Nummern 1 und 2 genannten Zwecke entnehmen lassen.

(4) Sofern es sich um lediglich vergleichbar bedeutende Straftaten handelt (Absatz 3 Nummer 1), dürfen im Strafverfahren nicht verwendet werden

1. die in Absatz 3 genannten Daten zu Beweiszwecken und

2. Daten, die durch eine Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangt wurden, wenn diese Maßnahme einer der folgenden Maßnahmen entspricht:

a) Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c oder

b) Maßnahmen nach § 100g Absatz 2, auch in Verbindung mit § 100g Absatz 1 Satz 3 oder Absatz 3 Satz 2.

(5) In oder aus einer Wohnung erlangte personenbezogene Daten aus einem Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage dürfen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einem Strafverfahren nur verwendet werden (Artikel 13 Absatz 5 des Grundgesetzes), wenn das Amtsgericht (§ 162 Absatz 1), in dessen Bezirk die anordnende Stelle ihren Sitz hat, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme festgestellt hat; bei Gefahr im Verzug ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.«

Ergänzend hierzu soll in § 163 Abs. 1 StPO folgender Satz 3 angefügt werden:<sup>50</sup>

»§ 161 Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 bis 5 gilt entsprechend.«

## 2. BEWERTUNG

Dieser Entwurf enthielt, soweit er sich mit der zweckändernden Nutzung außerstrafprozessual erhobener Daten im Strafverfahren befasste, nur wenig Licht, dafür aber viel Schatten. Bedauerlich ist zunächst, dass die Chance vertan worden ist, eine bereichsspezifische und normenklare Ermächtigungsgrundlage für die zweckändernde

<sup>50</sup> BT-Drs. 19/4671, S. 10.



Nutzung außerstrafprozessual erhobener personenbezogener Daten zu schaffen. Nach § 161 Abs. 1 StPO-E, der im Vergleich zur bisherigen Gesetzeslage lediglich redaktionell leicht angepasst wurde, würden als Empfangsermächtigungen für präventivpolizeilich oder nachrichtendienstlich erhobene Daten im Strafverfahren auch in Zukunft die Ermittlungsgeneralklauseln fungieren. Nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser sollten lediglich neue Absätze 3 und 4 an die Stelle des bisherigen § 161 Abs. 2 S. 1 StPO treten und die allgemeinen Voraussetzungen der Verwendung von Daten regeln, die durch besonders eingriffsintensive nicht strafprozessuale Maßnahmen erhoben wurden, welche nach der StPO an das Vorliegen des Verdachts bestimmter Straftaten geknüpft sind.<sup>51</sup> Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage sollte die Formulierung »zu Beweis Zwecken« jedenfalls in § 161 Abs. 3 StPO-E gestrichen werden. Damit sollte auch die Verwendung als Ermittlungsansatz oder zur Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Verdächtigen beschränkt werden.<sup>52</sup> Entsprechendes gilt für § 161 Abs. 5 StPO-E, der an die Stelle des bisherigen § 161 Abs. 3 StPO treten sollte.<sup>53</sup>

Hoch problematisch erscheint jedoch eine gleichzeitige *Erweiterung* der Zulassung einer zweckändernden Nutzung außerstrafprozessual erhobener Daten, die ebenfalls unter formaler, aber inhaltlich fehlerhafter Berufung auf das BKAG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vorgenommen wird. Insofern sollte in Fällen, in denen eine Maßnahme nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist, die Verwendung gemäß § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E nicht mehr nur zur Aufklärung der in der StPO genannten Anlasstaten, sondern auch zur Aufklärung »jeweils vergleichbar bedeutender Straftaten« zugelassen werden. Das BVerfG wollte in der in Bezug genommenen Urteils passage<sup>54</sup> gerade einen mit besonders eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen gleichgewichtigen Rechtsgüterschutz sicherstellen und hat hierfür konkrete Ermittlungsansätze eingefordert. Infolgedessen wurde § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG a.F. für mit der Verfassung

51 BT-Drs. 19/4671, S. 63.

52 BT-Drs. 19/4671, S. 63.

53 Vgl. BT-Drs. 19/4671, S. 64.

54 BVerfGE 141, 220 (337).

unvereinbar erklärt. Das Gericht hat für die Neuregelung im bereichsspezifischen Datenschutzrecht aber gerade nicht erklärt, dass man bei Ermittlungsmaßnahmen, die mit Blick auf die Wichtigkeit des damit erstrebten Rechtsgüterschutzes an – teilweise sehr weite und heterogene (vgl. nur §§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 StPO) – Kataloge von Anlassstraftaten anknüpfen, eine zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten auch zur Aufklärung von Straftaten nutzen darf, die den explizit genannten Katalogtaten wertungsmäßig entsprechen. Insofern ist das in § 161 Abs. 3 StPO-E vorgeschlagene Regelungskonzept schon vom Ansatz her kurios. Denn um welche Straftaten soll es sich denn handeln, die der Gesetzgeber zwar nicht als Anlassstraftaten in den Straftatenkatalog der jeweiligen StPO-Norm aufgenommen hat, die aber dennoch »vergleichbar bedeutend« sein sollen? Das wirft nicht nur Bedenken im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung auf, wenn im Ergebnis die Strafgerichte zu entscheiden haben, was den Wertentscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers entspricht und was nicht. Faktisch dürften auf diese Weise z.B. Erkenntnisse aus Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen auch für die Verfolgung von Straftaten genutzt werden, die nicht im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO genannt sind.<sup>55</sup> Der Verweis auf das BKAG-Urteil des BVerfG in der Entwurfsbegründung<sup>56</sup> ist somit eine grobe Entstellung des verfassungsgerichtlichen Votums. Dieses vollkommen unbestimmte Merkmal erfuhr auch in den Gesetzgebungsmaterialien keinerlei Präzisierung und würde daher einer willkürlichen Ausdehnung der Nutzung von auf polizeirechtlicher und nachrichtendienstrechtlicher Grundlage erhobenen Daten im Strafverfahren Tür und Tor öffnen. Was vergleichbar ist und was nicht, bleibt ohne nähere Kriterien hierfür eine offene Wertungsfrage. Entsprechendes gilt auch für die damit nur pro forma einschränkende Formulierung, dass »sich den Daten im Einzelfall konkrete Ermittlungsansätze [...] entnehmen lassen« müssen, die weder von Seiten des BVerfG in der Entscheidung zum BKAG noch durch die Entwurfsverfasser näher konkretisiert wird.

55 Vgl. Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die EU-Verordnung 2016/679 v. 16.11.2018, S. 4.

56 BT-Drs. 4671, S. 63 f.

Dass die Entwurfsverfasser diesem Ansatz vor dem Hintergrund des Bestimmtheits- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes selbst nicht so recht über den Weg trauen, zeigt auch der ebenfalls weitgehend misslungene § 161 Abs. 4 StPO-E. Zum einen wird hier ohne jede Begründung für lediglich vergleichbar bedeutenden Straftaten i.S. des § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E der Zusatz »zu Beweis Zwecken« wieder eingefügt (§ 161 Abs. 4 Nr. 1 StPO-E). Das bedeutet im Klartext, dass man diesbezüglich die Nutzung als Spuren- bzw. Ermittlungsansatz offenbar wieder zulassen will und stellt einen erkennbaren Wertungswiderspruch zur Strafverfolgung der in der StPO konkret bestimmten Anlasstaten dar. Zudem dürfen nach § 161 Abs. 4 Nr. 2 StPO-E außerstrafprozessual erhobene Daten zur Aufklärung lediglich vergleichbar bedeutender Straftaten i.S. von § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E dann nicht verwendet werden, wenn die polizeirechtliche oder nachrichtendienstliche Maßnahme der strafprozessualen Online-Durchsuchung, akustischen Wohnraumüberwachung oder Verkehrsdatenauskunft entspricht. Das verstehe in dieser inhaltlichen Auswahl wer will. Und es stellt auch sprachlich ein Musterbeispiel für unverständlich formulierte Gesetze dar, ohne dass dies etwa durch zwingende Vorgaben der JI-Richtlinie vorgegeben wäre. Der gesamte Regelungsvorschlag war mit derart vielen inhaltlichen Widersprüchen und gesetzestechnischen Fehlern behaftet, dass er auf Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz<sup>57</sup> im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu Recht aufgegeben wurde. Das Gesetz zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die EU-Verordnung 2016/679 vom 20. November 2019<sup>58</sup>, sieht in Art. 1 Ziff. 13 für einen neuen § 161 StPO somit nur noch eine formale Anpassung des Gesetzestextes an das neue Datenschutzrecht ohne nennenswerte inhaltliche Änderungen vor. Das ist für eine derartig praxisrelevante und grundrechtssensible Materie deutlich zu wenig.

<sup>57</sup> vgl. BT-Drs. 19/11190, S. 3

<sup>58</sup> BGBl. I S. 1724

## D. VERDEUTLICHUNG AM BEISPIEL SOG. LEGENDIERTER KONTROLLEN

Was bedeutet nun all dies für die Praxis des Strafverfahrens und für die Strafverteidigung? Um dieser Frage nachzugehen, sollen die praktischen Probleme, die sich bei der zweckändernden Nutzung von außerstrafprozessual erhobenen Daten in Strafverfahren stellen, zum Abschluss an einer Fallgruppe verdeutlicht werden, die derzeit besonders stark diskutiert wird: Es geht um sog. *legendierte Kontrollen*.

### I. LEGENDIERTE KONTROLLEN

Diese erfreuen sich insbesondere im Zusammenhang mit der polizeilichen Bekämpfung der organisierten Betäubungsmittelkriminalität großer Beliebtheit.<sup>59</sup> Das Strickmuster ist immer dasselbe. Die deutschen Polizeibehörden erlangen, häufig in Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden im europäischen Ausland, im Zuge verdeckt erfolgreicher strafprozessualer Ermittlungen Informationen über bevorstehende Rauschgifttransporte in das Bundesgebiet. Infolgedessen will die Polizei die Betäubungsmittel aus dem Verkehr ziehen, um zu verhindern, dass große Mengen hiervon in den Umlauf gelangen. Zudem müssen natürlich die Beweise für das Strafverfahren gegen den Rauschgiftkurier gesichert werden. Man will aber regelmäßig auch an die »dicken Fische«, also die Hintermänner der Organisation herankommen. Diese würden durch die gezielte Festnahme des Transporteurs der Betäubungsmittel auf- und abgeschreckt werden, da sie davon ausgehen müssen, dass ihre Organisationsstrukturen »aufgeflogen« sind. Die sich häufig im Ausland aufhaltenden Hintermänner sollen sich stattdessen in Sicherheit zu wiegen, bis auch sie in die Bundesrepublik einreisen und die Aushebung der gesamten Organisation erfolgsversprechend erscheint. Vor diesem Hintergrund werden dann die allgemeinen Polizeibehörden vor Ort auf den Betäubungsmitteltransport aufmerksam gemacht. Diese sollen dann eine vermeintlich allgemeine, in Wirklichkeit natürlich gezielte und damit legendierte Verkehrskontrolle durchführen. Bei der anschließenden Durchsuchung des Fahrzeugs auf polizeigetzlicher Grundlage werden dann »rein zufällig« die transportierten Betäubungsmittel aufgefunden und sichergestellt.

<sup>59</sup> Lenk NVwZ 2018, 38 (39).

## II. DIE RECHTSPRECHUNG DES BGH

Der Bundesgerichtshof hatte bereits in verschiedenen Verfahren seit dem Jahr 2010 Gelegenheit, sich mit solchen vorgetäuschten allgemeinen Polizeikontrollen zu beschäftigen.<sup>60</sup> Zudem dürfte das Dunkelfeld der tatsächlichen Durchführung solcher Maßnahmen erheblich sein. Schließlich werden die dem vermeintlichen Zufallsfund vorausgegangenen Ermittlungen häufig weder bei den polizeilichen Vernehmungen noch bei der hafrichterlichen Anhörung erwähnt und finden somit keinen Niederschlag in der Akte. So schreibt etwa *Christoph Krehl*, Mitglied des 2. Strafsenats des BGH, zum Thema folgenden schönen Satz:<sup>61</sup>

»So häufig, wie man als Revisionsrichter in landgerichtlichen Entscheidungen von »allgemeinen Verkehrskontrollen« liest, ohne dass sich in den Urteilsgründen im Übrigen Hinweise auf ihren Ausgangspunkt finden, ist davon auszugehen, dass so manche »legendierte Kontrolle« gar nicht »enttarnt« worden ist.«

In den Fokus der strafrechtlichen Fachöffentlichkeit sind legendierte Kontrollen vor allem durch eine Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 26. April 2017<sup>62</sup> geraten. Hier hatte die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ein Ermittlungsverfahren gegen eine Tätergruppierung wegen des Verdachts von Betäubungsmittelstraftaten geführt. Im Zuge von durch den Frankfurter Ermittlungsrichter angeordneten, verdeckten Ermittlungsmaßnahmen ergab sich der Verdacht, dass der in die Niederlande ausgereiste Angeklagte Betäubungsmittel nach Deutschland einführen würde. Nachdem die Frankfurter Kriminalpolizei mit Hilfe eines Peilsenders festgestellt hatte, dass der Angeklagte nach Deutschland eingereist war, entschloss sie sich, die mitgeführten Betäubungsmittel sicherstellen zu lassen, um zu verhindern, dass diese in Umlauf kommen, und um Beweise zu sichern. Hierüber informierte sie die Verkehrspolizei in Wiesbaden mit dem Hinweis »es

<sup>60</sup> Vgl. BGH NStZ 2010, 294; BGH StraFo 2011, 358; BGH StV 2017, 435; zu untergerichtlichen Entscheidungen vgl. die Nachw. bei *Lenk StV* 2017, 692 (693).

<sup>61</sup> *Krehl StraFo* 2018, 265.

<sup>62</sup> BGHSt 62, 123; dazu *Albrecht HRRS* 2017, 446 ff.; *Brodowski JZ* 2017, 1124 ff.; *Kochheim KriPoZ* 2017, 316 ff.; *Lenk StV* 2017, 692 ff.; *Lange-Bertalot/Aßmann NZV* 2017, 572 ff.; *Löffelmann JR* 2017, 596 ff.; *Mitsch NJW* 2017, 3124 ff.; *Schiemann NStZ* 2017, 657; *Börner StraFo* 2018, 1 ff.; *Krehl StraFo* 2018, 265 ff.; *Roggan GSZ* 2018, 52 ff.

wäre schön, wenn sich für die Kontrolle ein Vorwand fände«. Es sollte verhindert werden, dass ein sich in Marokko aufhaltender Hintermann von den laufenden Ermittlungen erfuhre. Die Verkehrspolizei wurde an das Fahrzeug des Angeklagten herangeführt und kontrollierte es nach einer geringfügigen Geschwindigkeitsüberschreitung. Dabei wurden acht Kilogramm Kokain gefunden. Die Beamten der Verkehrspolizei informierten den damaligen Beschuldigten vor seiner Vernehmung nicht über die vorangegangenen verdeckten Ermittlungen und erwähnten sie auch nicht in ihrem schriftlichen Bericht, der für den Ergreifungs-ort zuständigen Kriminalpolizei zugeleitet wurde. So entstand der Eindruck einer zufälligen Verkehrskontrolle. Auch die Kriminalpolizei gab keinen Hinweis auf das Ermittlungsverfahren in Frankfurt am Main. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft erließ der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Limburg gegen den Beschuldigten Haftbefehl wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Einige Wochen später, nachdem der sich wieder in Deutschland aufhaltende Hintermann aufgrund eines Haftbefehls des Amtsgerichts Frankfurt am Main festgenommen worden war, übersandte die Kriminalpolizei Frankfurt einen Vermerk an ihre Kollegen in Limburg, der die Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Frankfurt zusammenfasste. Daraus ergab sich auch, dass die Fahrzeugkontrolle nicht zufällig durchgeführt worden war. Der Angeklagte erhielt diesen Bericht erst einige Wochen vor Anklageerhebung.

Der 2. Strafsenat des BGH hat diese Vorgehensweise der hessischen Polizei ausdrücklich gebilligt und die Revision des Angeklagten verworfen. Dabei betonte er, dass die Durchsuchung des Fahrzeugs ohne vorherige richterliche Anordnung nach hessischem Gefahrenabwehrrecht zulässig war.<sup>63</sup> Der polizeilichen Rechtmäßigkeit der Maßnahme stehe nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeugdurchsuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach den §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte.<sup>64</sup> Bei solchen doppelfunktionalen Maßnahmen gebe es weder einen allgemeinen Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht

63 BGHSt 62, 123 (128).

64 BGHSt 62, 123 (130).

noch umgekehrt.<sup>65</sup> Die Polizei könne deshalb auch während eines bereits laufenden Ermittlungsverfahrens aufgrund präventiver Ermächtigungsgrundlagen zum Zweck der Gefahrenabwehr tätig werden. Die Verwendung der auf präventivpolizeilicher Grundlage gewonnenen Beweise im Strafverfahren bestimme sich nach § 161 Abs. 2 S. 1 StPO und sei im vorliegenden Fall zulässig.<sup>66</sup> Eine den Rückgriff auf hypothetische Erwägungen hindernde rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme sei nicht ersichtlich.<sup>67</sup> Auch mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens ergebe sich daher kein Beweisverwertungsverbot.

Diese Rechtsprechungslinie hat der 2. Strafsenat seitdem in zwei weiteren, ähnlich gelagerten Fällen konsolidiert.<sup>68</sup> Sie wirft eine Reihe von Folgefragen auf, denen im vorliegenden Rahmen nicht näher nachgegangen werden kann. Dazu zählen etwa, inwiefern es mit dem aus dem Recht auf ein faires Verfahren folgenden Gebot der Aktewahrheit und Aktenvollständigkeit zu vereinbaren ist, die Hintergrundermittlungen nicht aktenkundig zu machen<sup>69</sup> oder ob bei der Beschuldigtenbelehrung einzelne Tatvorwürfe aus ermittlungstaktischen Gründen verschwiegen werden dürfen.<sup>70</sup> Stattdessen sollen abschließend zwei kritische Bemerkungen zur Rechtsprechung des 2. Strafsenats unter dem Blickwinkel der zweckändernden Nutzung von außerstrafprozessual erhobenen Daten im Strafverfahren folgen.

### III. ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN

#### 1. Bemerkung

Der 2. Strafsenat geht für die Beurteilung der Verwendbarkeit der auf der Grundlage des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit

65 BGHSt 62, 123 (133).

66 Vgl. BGHSt 62, 123 (136).

67 BGHSt 62, 123 (138).

68 Vgl. BGH NStZ 2018, 296 (zollrechtliche Kontrolle des Fahrzeugs nach § 10 ZollVG); BGH StraFo 2018, 348.

69 Dazu etwa *Krehl* StraFo 2018, 265 (270).

70 Albrecht HRRS 2017, 446 (453 ff.); *Brodowski* JZ 2017, 1124 (1128); *Lenk* StV 2017, 692 (698 f.); *Löffelmann* JR 2017, 596 (602); mit geradezu bemerkenswert »praxisfreundlicher« Tendenz *Nowrowsian* NStZ 2018, 254 ff.

und Ordnung erlangten Beweismaterials, also insbesondere der bei der Fahrzeugdurchsuchung aufgefundenen Betäubungsmittel, im Strafverfahren gegen den Angeklagten schon formal von der falschen Rechtsgrundlage aus. Die Ermächtigung zum Empfang der präventivpolizeilich erlangten, personenbezogenen Informationen folgt – ungeachtet der hiergegen vorzutragenden verfassungsrechtlichen Bedenken – wenn überhaupt, dann aus der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 S. 1 bzw. des § 163 Abs. 1 S. 2 StPO.<sup>71</sup> Für Erwägungen nach dem Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs auf der Grundlage des vom 2. Strafsenat herangezogenen § 161 Abs. 2 S. 1 StPO bestand vorliegend eigentlich kein Anlass. Nach der StPO ist die Anordnung einer Durchsuchungsmaßnahme gerade nicht auf den Verdacht bestimmter Straftaten beschränkt. Insofern kann aus § 161 Abs. 2 StPO von vornherein keine Verwendungsbeschränkung für das Strafverfahren folgen. Aber selbst wenn man die entsprechenden Ausführungen im Urteil so deutet, dass der 2. Strafsenat das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs *contra legem* zum generellen Maßstab für die zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten im Strafverfahren erheben will,<sup>72</sup> führt dies im konkreten Fall nicht zu einer Einschränkung. Vielmehr stellt das Gericht ausdrücklich fest, dass hier keine Zweifel daran bestehen, dass die Anordnung einer Durchsuchung auch auf strafprozessualer Grundlage möglich gewesen wäre.

## 2. Bemerkung

Die Feststellung des Senats, dass es keinen allgemeinen Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht gibt, klingt zwar außerordentlich schön, führt aber letztlich nicht weiter. Richtig ist, dass sich polizeiliche Einsatzsituationen in der Praxis ganz häufig als Gemengelagen von Prävention und Repression darstellen. Für sog. *doppelfunktionale Maßnahmen*,<sup>73</sup> mit denen sowohl Zwecke der Gefahrenabwehr als auch Strafverfolgungszwecke verfolgt werden,

71 Vgl. *Brodowski* JZ 2017, 1124 (1127); *Löffelmann* JR 2017, 596 (602); s. auch *Mitsch* NJW 2017, 3124 (3125).

72 So interpretiert von *Brodowski* JZ 2017, 1124 (1127).

73 Allg. hierzu etwa *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 2 Rn. 9 ff.; *Schoch* Jura 2013, 1115 ff.; *Danne* JuS 2018, 434 ff.; *Roggan* GSZ 2018, 52 ff.



hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>74</sup> die sog. »Schwerpunkttheorie« entwickelt. Entscheidend ist danach, ob die Maßnahme im Schwerpunkt gefahrenabwehrrechtlich geprägt war (dann ist sie insgesamt als präventiv einzustufen und nach § 40 Abs. 1 VwGO vor den Verwaltungsgerichten anzufechten), oder sich nach ihrer Zielrichtung und dem Gesamteindruck für einen verständigen Bürger als strafprozessuale Maßnahme darstellt (so dass sich der Rechtsweg nach den Regelungen der StPO oder nach § 23 EGGVG richtet). Hinter der verwaltungsrechtlichen Schwerpunkttheorie versteckt sich somit die praktisch höchst bedeutsame Frage der Rechtswegzuständigkeit. Der 2. Strafsenat schließt sich mit seinem Postulat vom Nebeneinander von Strafprozess- und Polizeirecht faktisch einer im polizeirechtlichen Schrifttum vertretene Mindermeinung<sup>75</sup> an, wonach der Betroffene bei doppeifunktionalen Maßnahmen der Polizei sowohl den Verwaltungsrechtsweg als auch den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten beschreiten müsse. Diese Auffassung, die letztlich möglichen Einschränkungen der Effektivität polizeilicher Aufgabenwahrnehmung begegnen will,<sup>76</sup> wird überwiegend zu Recht mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass das Nebeneinander zweier Gerichtszuständigkeiten für eine einheitliche polizeiliche Maßnahme weder zumutbar noch für die Klärung von Rechtsfragen zweckdienlich ist.<sup>77</sup>

Will man den Schwerpunkt der Maßnahme bestimmen, so lag dieser hier ohne Zweifel schon mit Blick auf das bereits laufende Ermittlungsverfahren und die zuvor auf strafprozessualer Grundlage angeordneten Überwachungsmaßnahmen auf dem Strafverfahren.<sup>78</sup> Dass daneben auch die Gefahren durch das Inumlaufbringen der konkreten Menge Kokain abgewehrt werden sollten, fällt daneben kaum ins Gewicht. Schließlich ist das geradezu ein typischer Nebeneffekt jeder

74 BVerwGE 47, 255 (264 f.); 121, 345 (348); OVG Berlin NJW 1971, 637; VGH München NVwZ 1986, 655; VGH Kassel NJW 1999, 3793; VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2014, 327 f.; HambOVG DÖV 2019, 37.

75 S. insbesondere *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 424; *ders.* NJW 2011, 2838 ff.

76 *Schenke* NJW 2011, 2838 (2842).

77 S. nur *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 483; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 61 ff.; *Lenk* NVwZ 2018, 38 (41).

78 Vgl. *Albrecht* HRRS 2017, 446 (449 f.); *Lenk* StV 2017, 692 (695).

strafrechtlichen Verfolgung von Betäubungsmittelkriminalität.<sup>79</sup> Das Ausweichen auf eine gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Durchsuchung des Fahrzeugs erfolgte auch nicht deshalb, weil es der Polizei vor allem um die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ging. Die legendierte allgemeine Verkehrskontrolle wird vielmehr nur aus ermittlungstaktischen Erwägungen durchgeführt, um das Ermittlungsverfahren gegen die Hintermänner nicht zu gefährden. Der Rückgriff auf das Gefahrenabwehrrecht ist damit nichts anderes als ein Etikettenschwindel. Dass eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen für eine strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, ist mittlerweile ein weitgehend anerkannter Grundsatz unseres Strafverfahrensrechts. Entgegen dem 2. Strafsenat liegt ein solcher Missbrauch aber nicht nur dann vor, wenn ein Ausweichen auf das Polizei- oder Nachrichtendienstrecht zur Informationserhebung bewusst das Nichtvorliegen der strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen umschiffen soll. Richtigerweise muss man auch die Fälle des Ausweichens aus sonstigen ermittlungstaktischen Erwägungen wie bei den legendierten Kontrollen entsprechend behandeln, also die Konsequenz eines Beweisverwertungsverbotes ziehen.<sup>80</sup> Jede Umgehung der StPO als gesamte Rechtsordnung ist per se Rechtsmissbrauch.<sup>81</sup> Wer das mit dem 2. Strafsenat anders sieht, vermengt Polizeirecht, Strafprozessrecht und Nachrichtendienstrecht mit ihren unterschiedlichen Zielsetzungen und Eingriffsschwellen faktisch zu einem »Einheitsbrei« eines allgemeinen Sicherheitsrechts, in dem die strafprozessualen Verfahrenssicherungen entwertet werden und alles dem kollektiven Interesse an effektiver Strafverfolgung untergeordnet ist.<sup>82</sup> In einem solchen Umfeld aus beliebigem Forum- und Befugnis-Shopping hätte auch die engagierteste Strafverteidigung nicht den Hauch einer Chance.

79 Eindeutig insoweit HambOVG DÖV 2019, 37: »Bei polizeilichen Maßnahmen, die nur deswegen auch präventiven Charakter besitzen, weil durch die Strafverfolgung ein entsprechender unselbständiger präventiver Nebeneffekt erzielt wird, ist das polizeiliche Vorgehen schon nach seiner alleinigen Zwecksetzung ausschließlich strafprozessualer Natur«.

80 *Gubitz* NStZ 2016, 128; *Albrecht* HRRS 2017, 446 (453); *Löffelmann* JR 2017, 596 (601).

81 *Mitsch* NJW 2017, 3124 (3125).

82 Ähnlich *Lenk* StV 2017, 692 (696); *Mitsch* NJW 2017, 3124 (3125); *Roggan* GSZ 2018, 52 (56).

Dr. Tobias Rudolph

# DIE BEDEUTUNG DES SEUERGEHEIMNISSES FÜR DAS STRAFRECHT<sup>1</sup>

## I. ALLGEMEIN

### 1. Steuergeheimnis und Nemo Tenetur

Das Steuergeheimnis ist in § 30 der Abgabenordnung (AO) geregelt. Man kann sich ihm auf zwei verschiedenen Wegen nähern:

(1) Man kann das Steuergeheimnis einerseits als Spezialfall des Datenschutzes verstehen. Es handelt sich hierbei um die älteste existierende Vorschrift zum Datenschutz. Sie wurde lange vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten informationellen Selbstbestimmung<sup>2</sup> eingeführt. Hintergrund ist die Tatsache, dass ein Finanzbeamter viele persönliche Informationen erfährt, die nicht jeden etwas angehen.

Bsp: Finanzbeamter F ist in seine Nachbarin N verliebt, die sich jedoch mehr für den Goldschmied G interessiert. F lässt der N die Information zukommen, dass G nur 1.000 Euro monatlich verdient, ein uneheliches Kind hat und Aids-Medikamente als außergewöhnliche Belastungen steuerlich geltend macht. Außerdem gehört er der Religionsgemeinschaft der Bahai an.

<sup>1</sup> Der folgende Text ist das Manuskript eines Vortrags, den der Verfasser am 23.03.2019 auf dem 43. Strafverteidiger-Tag in Regensburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>2</sup> Volkszählungsurteil, BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83

(2) Außerdem spielt das Steuergeheimnis eine wichtige Rolle als Ausgleich für die umfassenden Mitwirkungspflichten, die jeden Steuerpflichtigen treffen. Insbesondere ist man sogar verpflichtet, dem Finanzamt Auskünfte zu geben, wenn man dadurch Gefahr läuft, eine eigene Straftat zu offenbaren. Das folgt aus der Regelung des § 393 Abs. 1 AO, in der das Verhältnis zwischen Steuerrecht und Strafrecht skizziert wird.

Bsp: Profikiller P hat letzten Monat 50.000 Euro für die Durchführung eines Auftrags erhalten.

Gäbe es kein Steuergeheimnis, ließe sich die Verpflichtung zur umfassenden Auskunft gegenüber dem Staat verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund des sogenannten nemo-tenetur-Grundsatzes nicht rechtfertigen. Danach ist grundsätzlich niemand verpflichtet, eine von ihm begangene Straftat gegenüber den staatlichen Behörden zu offenbaren.

## 2. Abgrenzungen

Anders als das Steuergeheimnis ist das sog. Bankgeheimnis in Deutschland nicht gesetzlich geregelt. Letztlich ›gibt‹ es kein Bankgeheimnis in diesem Sinne. Es gibt lediglich eine zivilrechtliche Verpflichtung der Banken, Daten nur unter bestimmten Voraussetzungen weiterzugeben. Die Schwelle hierfür liegt niedrig. So ist es beispielsweise schon bei kleinen Kriminalvorwürfen und bei einem geringen Verdachtsgrad für die Polizei in der Regel unproblematisch möglich, Bankauskünfte kurzfristig zu erhalten.

Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte werden nicht durch das Steuergeheimnis, sondern durch die Verschwiegenheitspflicht zur Geheimniswahrung verpflichtet.

Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis ist in Artikel 10 Grundgesetz gesondert geschützt. Die Eingriffsschwellen hierfür (beispielsweise durch den sogenannten großen Lauschangriff, oder den »Bundestrojaner« im Rahmen einer Onlinedurchsuchung) liegen noch höher.

### 3. Gesetzliche Grundlagen

Das Steuergeheimnis hat seine Grundlage in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG<sup>3</sup> und im Eigentumsschutz des Art. 14 GG.<sup>4</sup> Das Steuergeheimnis ist kein eigenes Grundrecht. Es ist aber zumindest mittelbar verfassungsrechtlich geschützt.

Verstößt ein Finanzbeamter oder sonstiger Amtsträger gegen das Steuergeheimnis, macht er sich gemäß § 355 StGB strafbar. Ihm droht auch ein Disziplinarverfahren. Ein Steuerpflichtiger, der durch eine Verletzung des Steuergeheimnisses geschädigt ist, kann im Übrigen auch Schadensersatzansprüche und Unterlassung gegenüber dem rechtsbrüchigen Beamten geltend machen (§ 839 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 355 StGB, § 1004 BGB analog).

Bei dem Straftatbestand des § 355 StGB handelt es sich um eine Spezialregelung zu § 203 Abs. 2 StGB. Dort ist ebenfalls die Verletzung von Privatgeheimnissen unter Strafe gestellt, die von Amtsträgern begangen werden kann, die unbefugt Geheimnisse offenbaren.

Der Straftatbestand der Verletzung des Steuergeheimnisses nach § 355 StGB ist schon dann erfüllt, wenn ein Finanzbeamter in dem internen Datennetz Daten abrufen, die ihn ›nichts angehen‹. Dies wurde durch die Verordnung über den automatisierten Abruf von Steuerdaten (Steuerdaten-Abrufverordnung – StDAV), die seit 2005 in Kraft ist, geregelt. Als das Strafverfahren gegen Uli Hoeneß lief, sollen insgesamt 2.949 Beamte Zugriff auf dessen persönliche Steuerdaten genommen haben. Es bedarf nicht viel Phantasie, um sich vorzustellen, dass die meisten davon keine dienstlichen Gründe für den Zugriff hatten.

### 4. Steuerliche Hintergründe

Das Steuergeheimnis spielt oft im Steuerverfahren selbst eine Rolle. Es gilt der sogenannte Grundsatz der Neutralität des Steuerrechts (§ 40 AO). Das bedeutet, dass das Steuerrecht grundsätzlich keine Rücksicht darauf nimmt, ob Einkünfte aus legalen oder illegalen Erwerbsquellen stammen.

<sup>3</sup> BVerfG 27.06.1991, Az. 2 BvR 1493/89

<sup>4</sup> BVerfGE 67, 100

Ein Steuerpflichtiger selbst hat im Steuerfestsetzungsverfahren grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht.<sup>5</sup> Dies liegt aber – entgegen vieler Behauptungen von Finanzbeamten, wenn es zum Streit kommt – nicht am Steuergeheimnis. Denn natürlich steht das Steuergeheimnis der Einsichtnahme des Steuerpflichtigen selbst in seine eigenen Steuerakten nicht entgegen. Vielmehr beruht die Rechtsprechung über das fehlende Akteneinsichtsrecht darauf, dass es keine ausdrückliche Vorschrift für ein Akteneinsichtsrecht im Besteuerungsverfahren gibt (anders als beispielsweise § 147 StPO, der das Akteneinsichtsrecht im Strafrecht regelt).

Den Finanzbeamten wird jedoch ein Ermessen bei der Akteneinsicht zugebilligt. Dies steht im Widerspruch zu der Praxis, wonach fast nie Akteneinsichtsrecht während des Besteuerungsverfahrens gewährt wird. Meist muss man als Rechtsanwalt warten, bis es zu einem Gerichtsverfahren (oder Strafverfahren) kommt, um an die Originalakten der Steuerbehörden zu gelangen.

Häufig wird Akteneinsicht im Besteuerungsverfahren auch mit der Begründung verweigert, dass das Steuergeheimnis Dritter betroffen sein könnte. Dies ist unter anderem deshalb besonders ärgerlich, da es im Finanzgerichtsprozess keine Möglichkeit der Streitverkündung gibt. Die §§ 72 ff. ZPO gelten nicht.

## 5. Verwertungsverbot bei Verstoß

Verstößt ein Finanzbeamter gegen das Steuergeheimnis, führt dies noch nicht automatisch dazu, dass die Informationen in einem Strafverfahren unverwertbar werden. Insoweit orientiert sich die Rechtsprechung an den allgemeinen Grundsätzen, wonach nicht jedes rechtswidrig erlangte Beweismittel stets strafprozessual unverwertbar ist.

Für Disziplinarverfahren wird das teilweise anders gesehen. Der Wortlaut des § 30 Abs. 2 Nr. 2 (»oder verwertet«) spricht für diese Ansicht, die beispielsweise vom Verwaltungsgericht Saarlouis 07.02.2008, 7 K 131/07 vertreten wurde:

<sup>5</sup> Vgl. BFH, Beschluss vom 05.12.2016, VI B 37/16

»Eine Disziplinarverfügung, die unter Verstoß gegen das Steuergeheimnis zustande gekommen ist, ist rechtswidrig und verletzt den Beamten in seinen Rechten, sodass sie aufzuheben ist.«

Im Strafrecht liegt bei einem Verstoß das Steuergeheimnis jedoch ein Verwertungsverbot gemäß § 393 Abs. 2 AO nahe. Hierzu führte der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 11.09.2009, Az. 5 StR 253/03.

»Das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 AO soll es als prozessuale Ausgestaltung des Steuergeheimnisses nach § 30 AO dem Steuerpflichtigen ermöglichen, seiner Verpflichtung nachzukommen, alle steuerlich relevanten Tatsachen zu offenbaren, auch soweit sie auf strafbarem Verhalten beruhen.«

## II. ZUSAMMENSPIEL MIT NEMO TENETUR

Bei dem Steuergeheimnis nach § 30 AO handelt es sich in verfassungsrechtlicher Terminologie um ein sogenanntes »Offenbarungsverbot«. Das bedeutet, dass Informationen grundsätzlich die »sichere Burg« des Finanzamts nicht verlassen dürfen. Sowohl das Offenbarungsverbot des § 30 AO als auch das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 AO spielen eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlich garantierten nemo-tenetur-Grundsatz.<sup>6</sup>

### 1. Auskunftspflicht vs. Nemo Tenetur

Um sich die systematische Stellung der beiden Vorschriften (§ 30 AO und § 393 Abs. 2 AO) klar zu machen, ist es hilfreich, sich die verschiedenen Möglichkeiten vor Augen zu halten, die denkbar sind, um einen Konflikt zwischen einer Auskunftspflicht und dem Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, aufzulösen.

#### a. Suspendierung der Auskunftspflicht (z.B. § 55 StPO)

Wenn die Auskunftspflicht suspendiert wird, besteht schon gar kein Konflikt. So sieht beispielsweise § 55 StPO vor, dass im Strafrecht niemand sich selbst zu belasten braucht (das Recht zum Schweigen). Dieses Recht steht in einem Steuerstrafverfahren auch dem

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Rudolph*, *StraFo* 2017, 183 ff.

Steuerpflichtigen zu. Dieser ist jedoch gleichwohl zur Auskunft verpflichtet (vgl. § 391 Abs. 1 S. 1 AO). Der Gesetzgeber hat sich also *bewusst* dagegen entschieden dem Steuerpflichtigen diejenigen Rechte zu gewähren, die in anderen Strafverfahren selbstverständlich sind.

Insoweit stellt das Besteuerungsverfahren einen Sonderfall dar. Selbst im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren besteht ein Schweigerecht, wenn ein Betroffener durch eine Auskunft Gefahr laufen würde, eine von ihm selbst begangene Straftat nach § 266a StGB offenbaren zu müssen bzw. sich selbst zu belasten (vgl. § 98 Abs. 2 S. 3 SGB X).

#### b. Verzicht auf Vollstreckbarkeit

Eine Möglichkeit, den Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz zu lösen, wäre es, auf Zwangsmittel zu verzichten. Diese Möglichkeit sieht § 393 Abs. 1 S. 2 AO vor. Sie läuft darauf hinaus, dass ein Steuerpflichtiger *de facto* im Besteuerungsverfahren zwar nichts sagen muss, wenn ihm eine Bestrafung droht. Ihm droht dann jedoch eine Schätzung (§ 162 AO).

#### c. Selbstanzeige

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH in Steuerstrafsachen liegt jedenfalls dann keine Verletzung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes vor, wenn ein Steuerpflichtiger die Möglichkeit hat, durch eine Selbstanzeige eine Bestrafung abzuwenden. Diese Möglichkeit zur strafbefreienden Selbstanzeige sieht § 371 AO vor. Aufgrund der vielen Einschränkungen des Rechts der Selbstanzeige in den letzten Jahren hat dieses Instrument als Schutz vor dem Zwang, sich selbst belasten zu müssen, jedoch an Glanz verloren.

#### d. Offenbarungsverbot

Dies ist die Möglichkeit, die das Steuergeheimnis gemäß § 30 vorsieht. Im Idealfall verlässt eine Information gar nicht erst das Finanzamt. Die Frage, ob dann noch ein Strafverfahren eingeleitet werden darf oder muss, stellt sich folglich nicht. Wenn eine Weitergabe von Informationen ganz ausgeschlossen werden könnte, läge kein Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz vor. Denn der Betroffene bräuchte dann *de facto* keine Strafverfolgung zu befürchten. Allerdings ist das Steuergeheimnis derart löchrig, dass es alleine als Schutz vor dem Zwang, sich selbst zu belasten, nicht ausreicht.



#### e. Verwertungsverbot

Sich auf das Verwertungsverbot des § 393 Abs. 2 S. 1 AO zu berufen, ist oft der letzte Rettungsanker, den ein Steuerpflichtiger hat, wenn ihm ein Strafverfahren droht. Ein Beispiel:

Im Rahmen einer Betriebsprüfung fallen dem Prüfer Mahnschreiben auf, in denen auf die Erstattung von Umsatzsteuer Bezug genommen wird. Er nimmt zunächst an, dass es sich um einen Fall des § 14c UStG handelt, d.h. um Scheinrechnungen, bei denen die ausgewiesene Umsatzsteuer nicht ordnungsgemäß abgeführt wird. Er gibt daher den Fall an die Staatsanwaltschaft weiter. Diese stellt (zutreffend) fest, dass es sich bei den Schreiben zwar nicht um umsatzsteuerpflichtige Rechnungen im Sinne von § 14c UStG handelt. Die Staatsanwaltschaft stellt jedoch auch fest, dass die Mahnungen unberechtigt waren und nimmt daher einen Betrug (§ 263 StGB) an.

Hier ist schon fraglich, ob die Informationen das Finanzamt überhaupt verlassen hätten dürfen. Der Finanzbeamte ging jedenfalls subjektiv davon aus, dass die Weitergabe an die Staatsanwaltschaft gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 1 i.V.m. Nr. 1b AO gerechtfertigt war, d.h. der Durchführung eines Strafverfahrens diene. Dies war, wie sich jedoch später herausstellte, nicht der Fall. Gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 4 lit. a AO bestünde eigentlich das Verbot der Weitergabe. Denn die Informationen waren von dem Steuerpflichtigen während der laufenden Betriebsprüfung herausgegeben worden, und zwar noch bevor überhaupt ein Strafverfahren eingeleitet bzw. bekanntgegeben wurde. Geht man davon aus, dass kein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5 AO) für die Verfolgung des Betrages bestand, so dürfte gemäß § 393 Abs. 2 S. 1 AO die Staatsanwaltschaft aufgrund des bestehenden (umfassenden) Verwertungsverbots den Fall gar nicht weiter verfolgen.

Das Beispiel demonstriert nicht nur, wie schnell die Schutzmechanismen in der Praxis übersehen werden können. Es veranschaulicht auch, wie löchrig diese sind. Ein Staatsanwalt, der einmal den ›Fisch‹ wegen eines mutmaßlichen Betrages an der Angel hat, wird ihn kaum wieder ziehen lassen.

## 2. Verfassungsrechtlicher Mindeststandard

Schon in dem Gemeinschuldner-Beschluss aus dem Jahr 1981 hat das Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 13.01.1981, Az. 1 BvR 116/77) im Zusammenhang mit dem Insolvenzrecht klargestellt, dass die Gewährung eines strafrechtlichen Verwertungsverbotes den Mindeststandard darstellt, durch den ein Bürger, der gesetzlich gezwungen wird, Auskunft zu erteilen, vor einem Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz geschützt wird. Dies ist heute im Zusammenhang mit dem Insolvenzstrafrecht in § 97 InsO geregelt.

Die Frage, ob die Ausnahmevorschrift des § 393 Abs. 2 S. 2 AO verfassungsgemäß ist, ließ das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 27.04.2010 (Az. 2 BvL 13/07) (sog. Kükensortierer-Entscheidung) offen. In denjenigen Fällen, in denen es darauf ankommt (so wie in dem oben genannten Beispiel mit den betrügerischen Mahnschreiben), lohnt es sich, als Verteidiger weiter zu kämpfen.

### III. ANWENDUNGSBEREICH DES § 30 AO

Geschützt sind sämtliche persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die einem Finanzbeamten im Rahmen dessen Tätigkeit bekannt werden.

Dazu gehört auch die Tatsache, dass überhaupt ein Steuerfall vorliegt, dass eine Außenprüfung stattgefunden hat und wer für welche Anträge gestellt hat. Umstritten ist, ob ein Anzeigenerstatter, der den Hinweis auf eine Steuerhinterziehung gegeben hat, vom Steuergeheimnis umfasst ist. Dies wird zumindest von der Finanzverwaltung bejaht.

Immer wieder liest man, dass in skandinavischen Ländern wie Schweden oder Finnland kein Steuergeheimnis existiere. Dies ist insofern richtig, als dort ab einer gewissen Größenordnung das Einkommen und das Vermögen offengelegt werden muss. Das Steuergeheimnis dort ist allerdings nur durchbrochen. Es existiert auch in diesen Ländern. Hinsichtlich anderer Informationen, wie beispielsweise den Umstand, dass jemand Aids-Medikament als außergewöhnliche Belastungen steuerlich absetzt, besteht auch in diesen Ländern ein Steuergeheimnis.

## IV. DURCHBRECHUNGEN DES STEUERGEHEIMNISSES

### 1. Systematik

Soweit das Steuergeheimnis im Anwendungsbereich ist, so zahlreich sind die Durchbrechungen, die sich aus Abs. 4 bis 6 des § 30 AO ergeben. Liegt eine dieser gesetzlichen Ausnahmen vom Steuergeheimnis vor, hat die Finanzbehörde grundsätzlich ein Ermessen darüber, ob sie Auskünfte weitergibt.

Allerdings gibt es einige bedeutende Durchbrechungen des Steuergeheimnisses, die gleichzeitig eine *Verpflichtung* zur Offenbarung vorsehen. Im Strafrecht wird eine solche Auskunftspflicht aus § 161 StPO herausgelesen (freilich nur, wenn überhaupt ein Rechtfertigungstatbestand, z.B. nach § 30 Abs. 4 AO, vorliegt). Für Spezialfälle, wie beispielsweise bei der Verfolgung von Korruptionsstraftaten sieht § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG nicht nur eine Ausnahme vom Steuergeheimnis vor, sondern auch darüber hinaus auch eine *Pflicht* des Finanzamts, die Staatsanwaltschaften zu informieren. Die Steuerfahnder wurden seit der Einführung dieser Vorschrift vor einigen Jahren zu den erfolgreichsten und selbstbewusstesten Korruptionsermittlern in Deutschland.

Zu achten ist darauf, dass die Finanzbeamten nicht mehr Informationen preisgeben, als es für die Erfüllung der jeweiligen Zwecke gerechtfertigt ist. So kann es beispielsweise erlaubt und geboten sein, dem Gewerbeamt mitzuteilen, wenn ein Gastwirt Steuern hinterzogen hat. Eine solche Mitteilung bezieht sich aber nur auf die betrieblichen Steuern. Das Finanzamt darf folglich dem Gewerbeamt keine Einzelheiten über die privaten Steuern des Gastwirts mitteilen. Diese Einschränkungen, die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie aus dem Wortlaut des § 30 Abs. 4 (»soweit«) ergeben, werden in der Praxis häufig übersehen.

### 2. Rechtfertigungsgründe

Die Rechtfertigungsgründe im Einzelnen ergeben sich aus dem Gesetz. Stets zulässig ist die Weitergabe von Daten, wenn sie der Durchführung eines Besteuerungsverfahrens oder eines Steuerstrafverfahrens dient.

Wichtige gesetzliche Rechtfertigungsgründe ergeben sich für Korruptionsstraftaten aus § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG sowie für Geldwäsche bzw. die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen aus den §§ 31a und 31b AO.

Gemäß § 30 Abs. 5 dürfen vorsätzlich falsche Angaben des Betroffenen den Strafverfolgungsbehörden stets weitergegeben werden.

### 3. Allgemeine Strafverfahren

Wie anhand des oben genannten Beispiels mit den betrügerischen Rechnungen bereits dargelegt, ist die Offenbarung und Weitergabe von Angaben, die ein Steuerpflichtiger aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung (beispielsweise im Rahmen einer Betriebsprüfung) gemacht hat, beschränkt. Im Grundsatz dürfte aufgrund solcher Angaben eigentlich überhaupt kein Strafverfahren eingeleitet werden.

Die in § 30 Abs. 4 Nr. 4 AO geregelten Fälle dürften in der Praxis eher die Ausnahme sein. Gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. a AO ist lediglich die Weitergabe von Zufallsfunden zulässig, aber auch nur dann, wenn der Steuerpflichtige bereits über ein Aussageverweigerungsrecht belehrt wurde. Gemäß Abs. 4 Nr. 4 lit. b ist die Weitergabe von Informationen zulässig, die ein Steuerpflichtiger „versehentlich“ macht, obwohl er dazu gar nicht verpflichtet ist. Ein solcher Fall läge beispielsweise dann vor, wenn ein Steuerpflichtiger in einem Antrag auf Stundung der Steuern Angaben macht, die Hinweise auf eine Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) geben.

Die Tatsache, dass gleichwohl es immer wieder zur Einleitung von Strafverfahren wegen Allgemeindelikten aufgrund von Auskünften im Besteuerungsverfahren kommt, hängt vor allem an Abs. 4 Nr. 5 AO. Danach ist das Steuergeheimnis durchbrochen, wenn für die Weitergabe der Informationen ein sogenanntes »zwingendes öffentliches Interesse« besteht. Diese Generalklausel ist äußerst fragwürdig und sollte in der Praxis, insbesondere bei der Strafverteidigung, hinterfragt werden.

### 4. Zwingendes öffentliches Interesse

30 Abs. 4 Nr. 5 der Abgabenordnung stellt die »Achillesferse« des Steuergeheimnisses dar. Hier werden beispielsweise Verbrechen (§ 12 StGB) erfasst, oder erhebliche Straftaten aus dem Bereich des

Wirtschaftsstrafrechts. Grenzwerte, ab welcher Schadenssumme beispielsweise bei Wirtschaftsstraftaten ein zwingendes öffentliches Interesse angenommen wird, lassen sich in der Rechtsprechung nicht verlässlich finden.

## V. TYPISCHE KONFLIKTE DES STEUERGEHEIMNISSES MIT DEM STRAFRECHT

### 1. Parlamentarischer Untersuchungsausschuss

Die wenigen Fälle, bei denen sich Verfassungsgerichte mit dem Steuergeheimnis auseinandergesetzt haben, betrafen vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss (vgl. Art. 44 GG) das Recht hat, an Informationen zu gelangen, die dem Grunde nach dem Steuergeheimnis unterliegen.

Im sogenannten Flick-Urteil des Bundesgerichtsgerichts vom 17.07.1984 aus dem 1984 (Az. 2 BvE 11/83), wurde ein solches Recht des Untersuchungsausschusses bejaht. Dieses Recht wurde auf ein zwingendes öffentliches Interesse nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. c AO gestützt. Hintergrund war der Verdacht, dass dem Großindustriellen damals aus politischen Gründen Steuervergünstigungen gewährt wurden, die den Anschein einer Vetternwirtschaft aufkommen ließen.

Als es zu dem Steuerstrafverfahren gegen Uli Hoeneß kam, fordert die Fraktion der GRÜNEN im Bayerischen Landtag ebenfalls weitergehende Auskünfte über die steuerlichen Verhältnisse. Zu diesem Zweck wurde ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss eingesetzt. In diesem Fall hatte der Bayerische Verfassungsgerichtshof mit Entscheidung vom 11.09.2014 jedoch entschieden, dass das Steuergeheimnis vorgeht (Az. Vj. 67-Iva-13).

### 2. Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung

Streitig ist immer wieder, wie sich das Steuergeheimnis zu dem Grundsatz der Öffentlichkeit einer Gerichtsverhandlung gemäß § 169 GVG verhält. Bei § 169 GVG handelt es sich jedenfalls um keine gesetzliche Durchbrechung des Steuergeheimnisses im Sinne von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO. Wenn steuerliche Verhältnisse im Rahmen einer öffentlichen Gerichtsverhandlung zur Sprache gekommen sind, verlieren

sie daher nicht automatisch den Schutz des Steuergeheimnisses. Vgl. dazu BFH vom 14.04.2008, Az. VII B 266/07:

»Der Senat neigt zu der Rechtsauffassung, dass eine Tatsache, von der sich jedermann hat Kenntnis verschaffen können, etwa weil sie Gegenstand einer öffentlichen Erörterung z.B. in einer Gerichtsverhandlung gewesen ist, deshalb grundsätzlich noch nicht den Schutz einbüßt, den ihr § 30 Abs. 1 AO ggf. gewährt.«

Für Verteidiger lohnt es sich daher, gegebenenfalls einen Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit gemäß § 172 Nr. 2 GVG zu stellen, wenn in einer Hauptverhandlung Dinge zur Sprache kommen, die das Steuergeheimnis des Angeklagten berühren.

### 3. Akteneinsichtsrecht der Verteidigung

Immer wieder werden den Verteidigern in Strafverfahren einzelne Aktenbestandteile unter Hinweis auf das Steuergeheimnis versagt. Dies ist jedenfalls insoweit unzulässig, als es sich um eigene steuerliche Verhältnisse des Angeklagten handelt.

Aber auch soweit die steuerlichen Verhältnisse Dritter betroffen sind, kann nach richtiger Auffassung Akteneinsicht nicht versagt werden. Denn bei der Vorschrift des § 147 StPO, die im Grundsatz ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten gewährt, handelt es sich nach einer überzeugenden Auffassung um eine gesetzliche Befugnis im Sinne von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO.

### 4. Akteneinsichtsrecht des Verletzten

Umstritten ist, ob ein Verletzter Akteneinsicht in Unterlagen eines Beschuldigten verlangen kann, wenn hierin Dinge enthalten sind, die das Steuergeheimnis betreffen. Nach richtiger Auffassung handelt es sich bei der Vorschrift des § 406e StPO (im Gegensatz zu § 147 StPO) jedenfalls nicht um eine allgemeine gesetzliche Befugnis im Sinne von § 30 Abs. 4 Nr. 2 AO. Überwiegend geht man im Ergebnis davon aus, dass die Lösung über eine Abwägung im Einzelfall gesucht werden muss.

## 5. Steuerliche Selbstanzeige

Wenn ein Allgemeindelikt (beispielsweise eine Urkundenfälschung) in Tateinheit mit einer Steuerhinterziehung steht, ist die Weitergabe an die Staatsanwaltschaft in der Regel über § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO gerechtfertigt. Denn in diesen Fällen ist die Durchführung eines Steuerstrafverfahrens stets gerechtfertigt.

Der BGH löste den dadurch entstehenden Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz in der Vergangenheit dadurch, dass er davon ausging, dass es keine gesetzliche Pflicht zur Abgabe einer Selbstanzeige gibt.<sup>7</sup> Diese Argumentation greift allerdings nicht mehr, wenn beispielsweise eine Verpflichtung zur Korrektur besteht, wie sie in Fällen des *dolus eventualis* durch den BGH durch die Entscheidung vom 17.03.2009 (BGH v. 17.3.09, Az .1 StR 479/0) angenommen wurde.

Wird eine Selbstanzeige abgegeben und ergeben sich daraus Anhaltspunkte für ein Allgemeindelikt (»außersteuerliche Straftaten«), das mit der Steuerhinterziehung in *Tatmehrheit* steht, ist in der Regel eine Weitergabe an die Staatsanwaltschaft durch die Steuerbehörden ausgeschlossen. Eine solche ist insbesondere in der Regel nicht nach § 30 Abs. 4 Nr. 4 gerechtfertigt. Eine Weitergabe dürfte daher nur in den – eng auszulegenden! – Fällen des zwingenden öffentlichen Interesses gemäß § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO zulässig sein.

Neben der Frage, ob die Einleitung eines Strafverfahrens wegen eines Nicht-Steuerstrafverfahrens nach der Abgabe einer Selbstanzeige zulässig ist, stellt sich immer wieder auch die Frage, ob die Weitergabe der steuerlichen Informationen zu anderen Zwecken, insbesondere zur Verhängung disziplinarrechtlicher Sanktionen, zulässig ist.

Für Beamte und Richter ist dies gemäß den §§ 15 BBG, 49 BeamStG ausdrücklich erlaubt.

Auch bei Pflichtverletzungen durch Rechtsanwälte und Steuerberater sind die entsprechenden Kammern zu informieren, vgl. § 10 Abs. 1 StBerG.

Entsprechende Vorschriften für Ärzte, denen ein Strafverfahren vorgeworfen wird, finden sich nicht. Daher sollte hier sorgfältig darauf

<sup>7</sup> Vgl. BGH 5 StR 548/03

geachtet werden, ob ein Rechtfertigungsgrund nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 (zwingendes öffentliches Interesse) besteht.

Für Gewerbetreibende hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 29.07.2003 (Az. VII R 39/02) entschieden, dass die Weitergabe von Daten grundsätzlich zulässig ist, wenn das Finanzamt die Gewerbeaufsicht über steuerliche Vergehen der Bürger informiert.

## 6. Geldwäsche und Schwarzarbeit

Für Geldwäsche und Schwarzarbeit enthalten die §§ 31a und 31b AO Sonderregelungen. Es handelt sich hier um gesetzliche Rechtfertigungsgründe, die eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses erlauben.

## 7. Korruptionsfälle

Dasselbe gilt für Korruptionsfälle gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG. Finanzbeamte sind demnach nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, Verdachtsmomente (beispielsweise bei Schmiergeldzahlungen) der Staatsanwaltschaft zu melden.

## 8. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft

Bei der Zuständigkeitsverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Finanzbeamten kommt es darauf an, ob eine Steuerhinterziehung in Tateinheit mit einem Allgemeindelikt besteht, oder ob Tatmehrheit vorliegt.

In ersterem Fall, d.h. bei Tateinheit, ist stets die Staatsanwaltschaft für die weitere Verfolgung der Straftat zuständig, da Gegenstand der Verfolgung dann nicht mehr »ausschließlich eine Steuerstraftat« im Sinne von § 386 Abs. 2 Nr. 1 AO ist.

Bei Tatmehrheit zwischen einer Steuerhinterziehung und einem Allgemeindelikt bestehen folgende zwei Möglichkeiten:

- a. Das Finanzamt ermittelt alleine. Die Staatsanwaltschaft wird über den Verdacht eines zusätzlich verwirklichten Allgemeindelikts überhaupt nicht informiert. Dies entspricht dem gesetzlichen Regelfall. Das Finanzamt soll sich nur um Steuern kümmern, gleichzeitig aber den Schutz von vertraulichen Informationen sicherstellen.



- b. Nur in den Fällen, bei denen ein ausdrücklicher Rechtfertigungstatbestand, beispielsweise nach § 30 Abs. 4 Nr. 4 oder Nr. 5 AO vorliegt, ist die Staatsanwaltschaft zu informieren und wird dann regelmäßig die Strafverfolgung wegen des Verdachts eines Allgemeindelikts aufnehmen. In diesen Fällen hat sie gemäß § 386 Abs. 4 AO die Möglichkeit, das gesamte Verfahren an sich zu ziehen (sog. Evokationsrecht).

## VI. FAZIT

Im Regelfall wird das Steuergeheimnis von Finanzbeamten ernst genommen, da ein Verstoß dagegen strafbar ist. Eine statistische Aussage darüber, wie oft das Steuergeheimnis korrekt eingehalten wird, ist freilich nicht möglich. Denn diese Fälle erfährt idealerweise weder ein Staatsanwalt noch ein Verteidiger oder sonst jemand außerhalb des Finanzamts.

Kommt es zum Streit über Akteneinsichtsrechte bzw. Verteidigungsmöglichkeiten in einem Strafverfahren, wird das Steuergeheimnis manchmal durch Finanzbeamte als Kampfbegriff verwendet, um Akteneinsicht zu verweigern. Hiergegen kann und sollte sich ein Strafverteidiger wehren.

Stellt ein Verteidiger in einem Strafverfahren fest, dass eine Verletzung des Steuergeheimnisses vorlag, so hat er aktiv auf die Einhaltung des dann in der Regel Hand in Hand gehenden Verwertungsverbots gemäß § 393 Abs. 2 S. 1 AO hinzuwirken. Dieses wird häufig übersehen.



Lefter Kitlikoglu

## NECESSITY, NO LUXURY

Die Richtlinie EU 2016/1919 »über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls« vom 26. Oktober 2016 und ihre Transformation in das Recht der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung – Anmerkungen zu dem Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen und dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) vom Oktober 2018<sup>1</sup>

### I. »LAWYERS IN CRIMINAL COURTS ARE NECESSITIES NOT LUXURIES«<sup>2</sup>

Seit Jahrzehnten beklagen Strafverteidiger<sup>3</sup> und erhebliche Teile der Wissenschaft<sup>4</sup> mit guten Gründen das in der Strafprozessordnung geregelte Recht der notwendigen Verteidigung als mangelhaft und erheben die mehr als berechtigte Forderung nach dessen normativer Ausweitung sowie nach mehr Transparenz der Bestellungspraxis der Gerichte.

1 Gegenüber dem mündlichen Vortrag auf dem 43. Strafverteidigertag leicht geänderte und um Fußnoten erweiterte Fassung.

2 US Supreme Court, 18. März 1963 – Vol. 372, 335 (344) – Gideon vs. Wainwright zitiert nach MüKoStPO/Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 204 Fn. 609

3 In diesem Referat wird das generische Maskulinum verwendet. Dies geschieht aus Gründen der besseren Lesbarkeit und s ausdrücklich geschlechtsabstrahierend zu verstehen.

4 *Bemmann, Grünwald* u.a./AK Strafprozeßreform, Die Verteidigung (1979), 59 ff.; *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren (1980), 47 ff. und 247 ff.; *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990), 342 ff.; *AK-StPO/Stern* (1992), Vorbem. § 140 Rn. 5 ff.; *Hermann* StV 1996, 396 ff.; *Satzger*, Gutachten C zum 65. Dt. Juristentag Bonn (2004), C 89 ff.; *Kempf*, Schriftenreihe Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV) 29. Strafverteidigertag (2005), 273 ff.; *Deckers* StraFo 2009, 441 ff., 444; *Graalmann-Scheerer* StV 2011, 696 ff.; *Jahn* StraFo 2014, 177 ff., 194; *Kitlikoglu*, Notwendige Reform, Freispruch Heft 5 (2014), 11 f.; *Ahmed* StV 2015, 65 ff.; *Schlothauer/Weider/Nobis*, Untersuchungshaft, 5. Aufl. (2016), Rn. 288; *Schlothauer*, SchrStVV 40. Strafverteidigertag (2016), 59 ff.; *Jahn*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag (2017), 147 ff.; Ergebnisse AG 4, SchrStVV 41. Strafverteidigertag (2017), 340 ff. und Bremer Erklärung, ebenda, 347 ff.

Der Gesetzgeber nahm in den letzten Jahren begrüßenswerte Änderungen im Recht der notwendigen Verteidigung vor. Einige Beispiele:

- Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009<sup>5</sup> – Neufassung des § 140 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, Bestellung eines notwendigen Verteidigers für den in Untersuchungshaft oder in einstweiliger Unterbringung befindlichen Beschuldigten<sup>6</sup>
- StORMG vom 26. Juli 2013<sup>7</sup> – Anfügung der Ziff. 9 im § 140 Abs. 1 StPO, wenn dem Verletzten nach den §§ 397a, 406g Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor
- Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017<sup>8</sup> – Einfügung von § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO, das zuständige Gericht bestellt dem Beschuldigten für eine richterliche Vernehmung einen Verteidiger auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder auch von Amtswegen, wenn dessen Mitwirkung aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.

Auch hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte Beschuldigter im Strafverfahren vom 2. Juli 2013<sup>9</sup> § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4a StPO sowie § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO – jetzt Satz 5 – eingefügt und damit die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, den Beschuldigten auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung im Fall der notwendigen Verteidigung hinzuweisen. Anlass für diese gesetzlichen Vorschriften war die Umsetzung von Art. 3 Abs. 1b der Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012.<sup>10</sup>

5 BGBl. I, 2274, 2277

6 In diesem Referat wird i. d. R. der Begriff »Beschuldigter« verwendet. Die Begriffe »Angeschuldigter« und »Angeklagter« sind – soweit Ausführungen spätere Stadien des Strafverfahrens tangieren und dennoch der Begriff »Beschuldigter« Verwendung findet – mitgemeint.

7 BGBl. I, 1805

8 BGBl. I, 3202, 3208

9 BGBl. I, 1938/1939

10 Amtsblatt der Europäischen Union 2012, L 142/1

In einer solchen Situation befinden wir uns erneut, nämlich die europarechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie EU 2016/1919 »über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls« vom 26. Oktober 2016<sup>11</sup> – im Folgenden PKH-Richtlinie.

Ziel dieser Richtlinie ist, die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen innerhalb der EU zu erleichtern, wobei die EU den Mitgliedstaaten lediglich Mindeststandards vorgibt (Erwägungsgrund 2 der Richtlinie).<sup>12</sup> Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der PKH-Richtlinie i. V. m. der Berichtigung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 5. April 2017<sup>13</sup> ist diese bis zum 5. Mai 2019 in nationales Recht zu transformieren, sodass eine Neuregelung bzw. Anpassung des Rechts der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung durch Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat. Dieser Umstand war Anlass für die Strafverteidigervereinigungen, ein Policy Paper zur »Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung«<sup>14</sup> – im Folgenden »Policy Paper« – zu publizieren, welches zwingend vorzunehmende Änderungen der Strafprozessordnung formuliert und nachfolgend in Teilen unter Voranstellung des jeweiligen Gesetzesvorschlags dargestellt werden soll.

Auch werde ich mich mit dem Referentenentwurf des BMJV vom Oktober 2018<sup>15</sup> – im Folgenden »Referentenentwurf« – befassen (allerdings beschränkt auf die vorgesehenen Änderungen der StPO) und Kritik, wo diese erforderlich ist, anbringen.

11 Amtsblatt der Europäischen Union 2016, L 297/1

12 Erwägungsgrund 2 der Richtlinie (Fn. 11)

13 Amtsblatt der Europäischen Union 2017, L 91/40

14 *Bahns/Burkert/Guthke/Kitlikoglu/Scherzberg*, »Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung« Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen (2018)

15 Abrufbar unter [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_notwendige\\_Verteidigung.pdf;jsessionid=4879B39C9A26AAE5B192CE322AB4CA9A.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_notwendige_Verteidigung.pdf;jsessionid=4879B39C9A26AAE5B192CE322AB4CA9A.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2)

## II. DAS POLICY PAPER DER STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN ZUR NEUORDNUNG DER PFLICHTVERTEIDIGUNG

Die Kernforderungen der Strafverteidigervereinigungen lauten schlagwortartig wie folgt:

- Ausweitung der notwendigen Verteidigung
- Vorverlagerung des Zeitpunkts der Bestellung – «Verteidiger der ersten Stunde»
- Transparenz bei der Auswahlentscheidung und Qualitätsanforderungen an die Verteidigung
- Vereinfachung des Wechsels des notwendigen Verteidigers
- Bestellung eines weiteren bzw. weiterer Verteidiger
- Abschaffung der Kostentragungspflicht des bedürftigen Verurteilten.

Einzelne Regelungsvorschläge:

### 1. § 136 StPO

»(1) 1 Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. 2 Er ist darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. 3 Im Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass eine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf. 4 Er ist ferner darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. 5 In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf, dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.«<sup>16</sup>

Die PKH-Richtlinie schreibt in Art. 4 Abs. 5 u. a. vor, dass die Mitgliedstaaten die Bewilligung von »Legal Aid« – übersetzt mit Prozesskostenhilfe – für Verdächtige und beschuldigte Personen *unverzüglich und spätestens vor* einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde sicherstellen müssen.

<sup>16</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21

Die Bewilligung von »Legal Aid« kann von einer Bedürftigkeitsprüfung, einer Prüfung materieller Kriterien oder von beidem abhängig gemacht werden, wie sich aus Art. 4 Abs. 1 PKH-Richtlinie ergibt. Dem System der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung ist eine Bedürftigkeitsprüfung fremd, hier sind ausschließlich materielle Kriterien i.S. der Richtlinie<sup>17</sup> ausschlaggebend, also z.B. der Katalog des § 140 Abs. 1 StPO bzw. die Regelung in Abs. 2 dieser Vorschrift. An diesem paternalistischen System soll auch zukünftig festgehalten werden.

Nach der umzusetzenden PKH-Richtlinie ist in allen Fällen notwendiger Verteidigung die Mitwirkung eines Verteidigers *vor* der ersten polizeilichen Vernehmung erforderlich. Hieraus ergibt sich zwangsläufig das Bedürfnis einer Ergänzung der Belehrung in § 136 Abs. 1 StPO. Der Beschuldigte ist ausdrücklich zu belehren, dass im Falle notwendiger Verteidigung seine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf. Erst durch die unmissverständliche Belehrung wird er in die Lage versetzt, seine Rechte ausüben zu können. Auch § 58 Abs. 2 StPO wäre entsprechend an die Richtlinie anzupassen.

Die geltende Regelung in § 136 Abs. 1 Satz 5 letzter Halbsatz StPO, wonach der Beschuldigte auf die Kostenfolge des § 465 StPO hinzuweisen sei, soll entfallen.<sup>18</sup> Die derzeitige Belehrung, die § 136 Abs. 1 Satz 5 letzter Halbsatz StPO vorsieht, hat – gewollt oder ungewollt – den psychologischen Effekt, dass eine Vielzahl von Beschuldigten die vermeintliche Kostenfolge meiden und auf die Hinzuziehung eines Verteidigers – jedenfalls in diesem Verfahrensstadium – verzichten. Dies würde das Ziel der PKH-Richtlinie konterkarieren.

Darüberhinausgehend sollte – wie weiter unten auszuführen sein wird – ein Antragsrecht auf Befreiung von Verfahrenskosten eingeführt werden, wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach den Vorschriften in bürgerlichen Streitigkeiten vorliegen, und zwar unabhängig von § 6 JBeitrG.

<sup>17</sup> Art. 4 Abs. 4 Satz 1 Richtlinie (Fn. 11), »merits test«

<sup>18</sup> So auch *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* HRRS 2018, 62 und *Schlothauer* KriPoZ 2019, 10

Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO ist mit einem Beweis(verwertungs)verbot normativ zu sanktionieren.<sup>19</sup>

## 2. § 140 StPO

Der bisherige § 140 Abs. 1 und Abs. 2 StPO sowie die in weiteren Büchern und Abschnitten der Strafprozessordnung normierten Fälle notwendiger Verteidigung sind unzureichend. Die Rechtsprechung wendet deshalb konsequenterweise in den unregelmäßigten Fällen, in denen dennoch eine Verteidigung notwendig ist, Abs. 2 des § 140 StPO an, wobei eine positive Entscheidung hierbei dem Zufall überlassen bleibt, in welchem Gerichtssprengel das für die Entscheidung zuständige Gericht seinen Sitz hat. Die Strafverteidigervereinigungen haben aus diesem Grund einen Katalog entwickelt, der § 140 Abs. 1 StPO, wie nachfolgend dargelegt wird, ändern bzw. ergänzen soll. Dies soll gewährleisten, dass in diesen Fällen nicht der zufällige Sitz des zuständigen Gerichts über die Frage, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt oder nicht, entscheiden soll.

Weiterer Vorteil ist die Konzentration der jeweiligen in verschiedenen Büchern und Abschnitten der Strafprozessordnung lokalisierten Fälle der notwendigen Verteidigung in einer Vorschrift:

### § 140 StPO

»(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn

1. die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder dem Schöffengericht stattfindet;«<sup>20</sup>

§ 25 Nr. 2 GVG eröffnet die Zuständigkeit des Schöffengerichts ab einer Straferwartung von zwei Jahren Freiheitsstrafe. Nach der überwiegenden Rechtsprechung erfüllt eine Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe die Voraussetzung »Schwere der Tat« in § 140 Abs. 2 StPO<sup>21</sup>, sodass bei Zuständigkeit des Schöffengerichts stets ein Fall notwendiger Verteidigung anzunehmen ist.

<sup>19</sup> *Schlothauer/Weider* StV 2004, 504 ff., 515; *Rohne*, Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeurteilung im Ermittlungsverfahren (2011), 222 ff.; *MüKo-StPO/Schuh*, § 136 Rn. 62; *SK-StPO/Rogall*, 5. Aufl., § 136 Rn. 54

<sup>20</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

<sup>21</sup> *SK-StPO/Wohlers* (Fn. 19), § 140 Rn. 33 m. w. N. aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte



»4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a, die Hauptverhandlungshaft nach § 230 Abs. 2 oder die einstweilige Unterbringung nach § 126a oder 275a Abs. 6 vollstreckt wird;«<sup>22</sup>

Ziff. 4 soll die Haft nach § 230 Abs. 2 StPO einbeziehen. Der nach § 230 Abs. 2 StPO erlassene Haftbefehl entfaltet nach h. M. bis zum Ende der Hauptverhandlung Wirksamkeit.<sup>23</sup> Die Formulierung im Policy Paper ist etwas unglücklich, da der Begriff »Hauptverhandlungshaft« auch Haft nach § 127b StPO einbeziehen sollte. Die PKH-Richtlinie besagt, dass bei Haft in jedem Fall – also ausnahmslos – »Legal Aid« zu gewähren sei.

»5. der Beschuldigte sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt oder in polizeilichem Gewahrsam befindet;«<sup>24</sup>

Aus Ziff. 5 sollen die in der jetzigen Fassung enthaltenen Zeiträume entfallen – bereits mindestens drei Monate Aufenthalt und keine Entlassung mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung. Die gewählte Formulierung ist im Wesentlichen identisch mit der Formulierung im Referentenentwurf des BMJV »der Beschuldigte sich aufgrund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet«<sup>25</sup>, wobei das Policy Paper auch den Aufenthalt im polizeilichen Gewahrsam im Hinblick auf die jeweiligen Landespolizeigesetze klarstellend und ergänzend benennt.

»9. ein Mitangeklagter oder ein anderer Verfahrensbeteiligter verteidigt bzw. anwaltlich vertreten wird;«<sup>26</sup>

Notwendige Verteidigung anzunehmen in dem Fall, in dem ein Mitangeklagter verteidigt wird, ist angebracht, um Waffengleichheit herzustellen.<sup>27</sup> Zu denken ist z. B. daran, dass ein unverteidigter Angeklagter einen Mitangeklagten nicht direkt befragen darf, der Verteidiger schon (§ 240 Abs. 2 Satz 2 StPO).

<sup>22</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

<sup>23</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt*, 61. Aufl., § 230 Rn. 23; SK-StPO/Deiters (Fn. 19), § 230 Rn. 30

<sup>24</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

<sup>25</sup> Referentenentwurf (Fn. 15), 6

<sup>26</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

<sup>27</sup> *Graalmann-Scheerer StV* 2011, 698

Die bisherige Rechtslage in Ziff. 9 des § 140 Abs. 1 StPO sieht lediglich den Fall der Beiordnung eines Verletztenbeistandes als verpflichtende Bestimmungsvoraussetzung vor. Nachvollziehbar ist dies nicht, da ein vermeintlich Verletzter auch einen Rechtsanwalt im Wahlmandat beauftragen und die Fähigkeit des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen, auch in einem solchen Fall erheblich beeinträchtigt wäre.<sup>28</sup>

»10. es hinreichend wahrscheinlich ist, dass gegen den Beschuldigten eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen verhängt wird;«<sup>29</sup>

Ziff. 10 bezieht sich auf die Straferwartung, also das, was nach geltender Rechtslage unter Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO in vielen Fällen zur Bestellung eines Pflichtverteidigers führt. Die von der Rechtsprechung bis dato angenommene Straferwartung von einem Jahr ist jedoch unzureichend. In der Literatur mehren sich die Stimmen, wonach ein Fall notwendiger Verteidigung stets anzunehmen sei, wenn eine Freiheitsstrafe zu erwarten sei, und zwar auch dann, wenn diese zur Bewährung ausgesetzt werde.<sup>30</sup>

Die Strafverteidigervereinigungen vertreten die Auffassung, dass bereits die Verhängung einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen regelmäßig zu Nachteilen führt und Verteidigung notwendig macht. Hierauf werde ich bei der Kritik an den Regelungen des Referentenentwurfs des BMJV zurückkommen.<sup>31</sup>

»11. die Vorführung des Beschuldigten gemäß §§ 115, 115a, 128 StPO in Betracht kommt;«<sup>32</sup>

Angesichts der eklatanten Folgen, die eine Inhaftierung mit sich bringt, ist in den genannten Fällen zwingend von notwendiger Verteidigung auszugehen. Dies entspricht auch der Verpflichtung aus

<sup>28</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 23), § 140 Rn. 31 m. w. N. und unter Hinweis auf die uneinheitliche Beurteilung durch die Oberlandesgerichte

<sup>29</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

<sup>30</sup> *AK-StPO/Stern* (Fn. 4), § 140 Rn. 27; *LR-Lüderssen/Jahn*, 26. Aufl., § 140 Rn. 64; *SK-StPO/Wohlens* (Fn. 19), § 140 Rn. 33; *MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer*, § 140 Rn. 30; *SSW-Beulke, StPO*, 3. Aufl., § 140 Rn. 37; *Herrmann StV* 1996, 396, 400 und 402; *Kitlikoglu* (Fn. 4), 11

<sup>31</sup> Siehe weiter unten unter III. 1.

<sup>32</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

Art. 2 Abs. 4 Satz 2 und Art. 4 Abs. 4 Satz 2 a) der PKH-Richtlinie.

»12. eine Verhandlung ohne den Angeklagten nach § 231a StPO in Betracht kommt;«<sup>33</sup>

§ 231a Abs. 4 StPO sieht bereits die Bestellung eines Verteidigers vor, wenn eine Verhandlung ohne den Angeklagten bei Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit durch den Angeklagten in Betracht kommt. Dies als Ziff. 12 in § 141 Abs. 1 StPO aufzunehmen entspricht dem Anliegen der Strafverteidigervereinigungen, die Fälle notwendiger Verteidigung in der StPO in einer Vorschrift zu konzentrieren.

»13. gegen den Angeschuldigten Antrag auf Erlass eines Strafbefehls gestellt wurde und das Gericht diesem Antrag entsprechen will;«<sup>34</sup>

Auch dies entspricht dem Anliegen der Strafverteidigervereinigungen, die Fälle notwendiger Verteidigung in der StPO in einer Vorschrift zu konzentrieren. §§ 408b, 407 Abs. 2 Satz 2 StPO in der geltenden Fassung sehen notwendige Verteidigung bei Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr im Strafbefehlsverfahren vor. Die aktuelle Einschränkung der Straferwartung von einem Jahr sollte wegfallen. Das Strafbefehlsverfahren ist mit erheblichen rechtsstaatlichen Defiziten versehen. Ohne Hauptverhandlung und im Wesentlichen auch ohne Teilhabe des Betroffenen ergeht eine strafrichterliche Entscheidung ggf. mit einschneidenden Konsequenzen. Sicherlich ist das Strafbefehlsverfahren – für den Verteidigten! – unter Umständen die unter vielerlei Gesichtspunkten ökonomische Lösung, falls eine andere verfahrensbeendende Möglichkeit ohne Urteil nicht in Betracht kommt. Dies setzt allerdings auch Teilhabe an diesem Verfahren voraus, die jedoch – so die Erfahrungen – regelmäßig nicht gewährleistet bzw. nicht festzustellen ist. Die Strafverteidigervereinigungen melden bei der aktuellen Rechtslage erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung einer Vielzahl rechtsstaatlicher Grundsätze an. Zu benennen sind das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG und auf ein faires Verfahren, der Schuldgrundsatz, die Unschuldsvermutung und nicht

<sup>33</sup> ebenda

<sup>34</sup> ebenda

zuletzt das Recht auf effektive Verteidigung. Allein die Möglichkeit des Einspruchs gegen den Strafbefehl ist kein geeigneter Ausgleich, um den genannten Defiziten zu begegnen.<sup>35</sup>

Per Strafbefehl verhängte Geldstrafen enden zahlreich und gerade in den Fällen, die die PKH-Richtlinie im Blick hat – ökonomisch Schwache und Bedürftige –, in Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>36</sup>

»14. die Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil das Rechtsmittel einlegt;«<sup>37</sup>

Notwendige Verteidigung ist anzunehmen, wenn die Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil Rechtsmittel einlegt, sei es Berufung, sei es Revision. Diese Konstellation regelt die Rechtsprechung derzeit – allerdings einzelfallbezogen – über § 140 Abs. 2 StPO, z. B. in Fällen, in denen ein den Angeklagten freisprechendes Urteil angefochten wird oder die Staatsanwaltschaft mit dem Rechtsmittel die Verhängung einer Freiheitsstrafe anstatt einer Geldstrafe oder den Wegfall der Bewährung erstrebt.<sup>38</sup>

»15. im Verfahren über die Einziehung und Vermögensbeschlagnahme nach §§ 423, 433, 435 und 443.«<sup>39</sup>

Die Verfahren nach den genannten Vorschriften sind hoch kompliziert und ohne Verteidigung nicht sinnvoll zu behandeln – zumal sachgemäße Verteidigung hiergegen regelmäßig umfassende Akteneinsicht voraussetzt.

### 3. § 140a StPO

»Die Mitwirkung eines Verteidigers im Vollstreckungsverfahren ist notwendig, wenn

1. das Gericht die weitere Unterbringung nach § 67e StGB (alle Maßregelformen) überprüft;
2. ein Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB eingeleitet wird;

35 Ausführlich hierzu Policy Paper (Fn. 14), 11 ff »EXKURS: Kein Strafbefehlsverfahren ohne Verteidiger«

36 So auch Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3

37 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

38 Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 23); § 140 Rn. 26a m. w. N. aus der Rechtsprechung

39 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

3. im Verfahren über den Widerruf der Strafaussetzung einer Freiheitsstrafe;
4. im Verfahren über die Aussetzung des Strafrestes einer Freiheitsstrafe, wenn der Antrag nicht unzulässig ist;
5. im Verfahren über die Anordnung der Führungsaufsicht und im Verfahren über die nachträgliche Änderung oder Anordnung von Weisungen nach § 68d StGB.«<sup>40</sup>

Die Rechtsprechung wendet § 140 Abs. 2 StPO im Vollstreckungsverfahren analog – jedoch einschränkend und mehr als zurückhaltend – an.<sup>41</sup> Abgestellt wird hierbei auf die Schwere des Vollstreckungsfalles für den Verurteilten oder auf die besondere Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Vollstreckungsverfahren.<sup>42</sup> Da auch insoweit die Annahme notwendiger Verteidigung nicht von dem Zufall abhängig gemacht werden darf, welches Gericht in welchem Oberlandesgerichtsbezirk gerade zuständig ist, wollen die Strafverteidigervereinigungen ein einheitliches Vorgehen durch Rechtssetzung gewährleisten.

Ziff. 1. und 2. entsprechen dem bisherigen Stand der Rechtsprechung.<sup>43</sup> § 463 Abs. 8 StPO sieht die Bestellung eines Verteidigers lediglich in den Fällen der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vor.

Ziff. 3. bis 5. stellen ebenfalls Fälle notwendiger Verteidigung dar, da die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe einen gravierenden Einschnitt in die Lebenssituation des betreffenden Menschen darstellt. Aufgrund der Schwierigkeit der Sachlage und den sich aus der zu treffenden Gerichtsentscheidung ergebenden Konsequenzen für das Individuum – sowohl in den Fällen, in denen ein Bewährungswiderruf geprüft wird, als auch in den Fällen der Prüfung einer Reststrafenaussetzung – ist die Mitwirkung eines Verteidigers regelmäßig erforderlich. Dies gilt im Übrigen auch für das Verfahren über die Anordnung der Führungsaufsicht, insbesondere wenn beachtet wird,

40 Policy Paper (Fn. 14), 25

41 *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn.23), § 140 Rn. 33 m. w. N.

42 ebenda

43 *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn.23), § 140 Rn. 33a m. w. N.

dass Verstöße gegen Weisungen der Führungsaufsicht nach § 145a StGB strafbewährt sind.

#### 4. § 141 StPO

- »(1) Dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ist in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 2, 3, 5, 7, 10 und 11 ein Verteidiger zu bestellen, bevor er erstmals von der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht vernommen wird.
- (2) Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, ist dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger zu bestellen, nachdem er gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Die Bestellung hat zu erfolgen, bevor das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet.
- (3) Ergibt sich erst später, dass ein Verteidiger notwendig ist, so wird er sofort bestellt.
- (4) Auf Antrag des Beschuldigten oder der Staatsanwaltschaft ist ein Verteidiger schon während des Vorverfahrens zu bestellen, wenn die Voraussetzungen des § 140 StPO vorliegen und der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat.
- (5) Über die Notwendigkeit der Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist. Im Vorverfahren entscheidet das nach § 125 StPO zuständige Gericht.«<sup>44</sup>

Angesichts des Bedeutungsverlustes der Hauptverhandlung und des Bedeutungsgewinns des Ermittlungsverfahrens ist – ebenfalls seit Jahrzehnten – das berechtigte Begehren der Praktiker auf Verteidigerseite und Teilen der Wissenschaft zu vernehmen, die Teilnahme eines Verteidigers bereits im Ermittlungsverfahren zu implementieren, um dem Strukturwandel und der Schwerpunktverlagerung von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren effizient zu begegnen.<sup>45</sup> *Herrmann* spricht von der hauptverhandlungsgestaltenden

44 Policy Paper (Fn. 14), 25/26

45 *Richter* II StV 1985, 382 ff.; *Herrmann* StV 1996, 401 ff.; *Schlothauer/Weider* StV 2004, 504 ff.; *Satzger* (Fn. 4), C 17 ff.; *Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren (2006), 40 ff.; *Rohne* (Fn. 19), 169 ff., 232 ff

Wirkung des Vorverfahrens.<sup>46</sup> Die forensische Praxis lehrt, dass die Hauptverhandlung die Reproduktion der Beweise, die im vorbereitenden Verfahren gewonnen wurden, zum Gegenstand hat, sodass im Ermittlungsverfahren die Weichenstellung für Verurteilung oder Freispruch bzw. Verfahrenseinstellung erfolgt – und zwar in der Regel ohne Möglichkeit der Einflussnahme durch den Beschuldigten bzw. durch dessen Verteidigung in diesem Verfahrensstadium. Auch insofern ist »der Verteidiger der ersten Stunde« von – prozessentscheidender – Relevanz.

Die PKH-Richtlinie sieht in Art. 4 Abs. 4 vor, dass Verteidigung dann sicherzustellen sei, wenn Untersuchungshaft drohe, sodass spätestens dann, wenn ein Beschuldigter nach einer vorläufigen Festnahme einem zuständigen Gericht zur Entscheidung über die Haft vorgeführt wird, ein Verteidiger bestellt werden muss.<sup>47</sup> Darüber hinausgehend sieht die PKH-Richtlinie vor, dass »Legal Aid« unverzüglich, spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor Identifizierungsgegenüberstellung, Vernehmungsgegenüberstellung und Tatrekonstruktion bewilligt wird<sup>48</sup> – auf das deutsche Strafprozessrecht übertragen ein Verteidiger zu bestellen ist, falls kein Wahlverteidiger beauftragt wurde.

Dem wird in § 141 StPO des Vorschlages der Strafverteidigervereinigungen Rechnung getragen. Nach Abs. 1 ist in den dort genannten Fällen ein Verteidiger zu bestellen, bevor der Beschuldigte erstmals von der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht vernommen wird. Dies entspricht den Vorgaben der PKH-Richtlinie.

Abs. 2 des Vorschlages sieht vor, dass nach Erhebung der Anklageschrift die Bestellung eines Verteidigers so rechtzeitig zu erfolgen hat, dass dieser zur Anklageschrift noch Stellung nehmen kann, also bevor das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat. Die forensische Praxis lehrt im Falle eines unverteidigten

<sup>46</sup> Herrmann StV 1996, 401

<sup>47</sup> Bereits nach geltendem Recht dem zustimmend: LG Halle, Beschluss vom 26. März 2018, 10 a Qs 33/18; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 23), § 141 Rn. 5a ff.; SSW-StPO/Beulke (Fn. 30), § 141 Rn. 19; HK-Julius/Schiemann, 6. Aufl., § 141 Rn. 12; Krawczyk in Beck OK-StPO, § 141 Rn. 8; Schlothauer StV 2017, 557; Schiemann KriPoZ 2017, 344; Burhoff StRR 2018, 4

<sup>48</sup> Art. 4 Abs. 5 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 c Richtlinie (Fn. 11)

Angeschuldigten, dass die Bestellung eines Verteidigers nicht selten mit der Eröffnungsentscheidung erfolgt und somit in der Konsequenz das Zwischenverfahren für diesen Angeeschuldigten leerläuft.

Da in den Fällen notwendiger Verteidigung die Mitwirkung des Verteidigers bereits vor der ersten polizeilichen Vernehmung zu erfolgen hat, müssen selbstverständlich – wie oben bereits dargelegt – auch die Belehrungsvorschriften umgestaltet werden, und zwar dahingehend, dass der Beschuldigte darauf hingewiesen werden muss, dass eine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf, wie oben unter II. 1. dargelegt.

Verstöße sind per Beweis(verwertungs)verbot zu sanktionieren.<sup>49</sup>

## 5. § 142 StPO

»(1) Dem Beschuldigten ist ein Verteidiger seiner Wahl zu bestellen. Ihm ist zuvor Gelegenheit zu geben, innerhalb einer zu bestimmten Frist diese Wahl vorzunehmen. In den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 4, 11 und 12 StPO hat er diese Wahl unverzüglich vorzunehmen. In den anderen Fällen beträgt die ihm zu gewährende Frist mindestens eine Woche.

(2) Sofern der Beschuldigte keinen Verteidiger benennt, wird dieser vom Gericht auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammer bestellt. Die Rechtsanwaltskammer hat bei der Auswahl ausschließlich die erkennbaren Interessen des Beschuldigten zu berücksichtigen.«<sup>50</sup>

Die Gründe, weshalb der Bestellvorgang transparenter gestaltet werden muss, wurden in der Vergangenheit mannigfach dargestellt.<sup>51</sup> Jeder Praktiker kennt diese Problematik aus eigener Erfahrung mit der Justiz und den entsprechenden Kolleginnen und Kollegen.

a. Abs. 1 des Vorschlages der Strafverteidigervereinigungen räumt dem Beschuldigten bei der Auswahl der Person des Pflichtverteidigers

<sup>49</sup> *Schrepfer*, Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung (2001), 206 ff.; *Mehle* (Fn. 45), 321 ff., 412 f.; *Rohne* (Fn. 19), 197 ff., 233 ff.; *von Stetten* FS Beulke (2015), 1053 ff.

<sup>50</sup> Policy Paper (Fn. 14), 26 ff.

<sup>51</sup> *Hahn*, Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß (1975), 90/91; *Schlothauer* StV 1981, 443; *Jahn* StraFo 2014, 177 ff.; *Ahmed* StV 2015, 65 ff.; *Leitmeier*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag, 111 ff.; *Jahn*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag, 147 ff.



ein uneingeschränktes Auswahlrecht ein. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Als Beispiel sei die Entscheidung vom 25. September 2001 zu 2 BvR 1152/01 genannt, in der das Bundesverfassungsgericht folgendes ausführt:

»Durch die Beordnung eines Verteidigers soll der Beschuldigte nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich gleichen Rechtsschutz erhalten wie ein Beschuldigter, der sich auf eigene Kosten einen Verteidiger gewählt hat; dies gebietet bereits das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG), folgt aber auch aus Art. 6 Abs. 3 Buchstabe c MRK. Dem entspricht es, dass dem Beschuldigten der Anwalt seines Vertrauens als Pflichtverteidiger beizuordnen ist, wenn dem nicht wichtige Gründe entgegen stehen ...

Der verfassungsrechtliche Rang der Verteidigung durch den Anwalt des Vertrauens des Beschuldigten ist mithin der entscheidende Maßstab für die Auswahl eines Pflichtverteidigers, dem sich das Auswahlrecht des Gerichtsvorsitzenden, das seine Berechtigung aus einer Vorschrift einfachen Gesetzesrechts herleitet (§§ 141 Abs. 4, 142 Abs. 1 Satz 1 StPO), unterzuordnen hat. Mangelndes Vertrauen gibt grundsätzlich Veranlassung, von der Bestellung abzusehen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um die Bestellung des Erst- oder Zweitverteidigers handelt ... Denn die Aufgabe des zweiten Pflichtverteidigers kann – von Ausnahmefällen etwa zu befürchtenden Missbrauchs der Stellung des Erstverteidigers durch diesen oder den Beschuldigten abgesehen ... – nicht allein auf die Verfahrenssicherung beschränkt werden. Sie muss in gleicher Weise die sachgerechte Verteidigung des Beschuldigten gewährleisten. Wie wichtig die Vertrauensbasis auch auf dieser Ebene ist, wird insbesondere dann deutlich, wenn der erste Pflichtverteidiger verhindert ist und die Verteidigung allein von dem zweiten Pflichtverteidiger geführt werden muss.«<sup>52</sup>

Benennung des Vertrauens-»Wahl«-Pflichtverteidigers durch den Beschuldigten muss somit das ausschlaggebende Kriterium sein.<sup>53</sup> Folgende Argumente sind hierbei ausschlaggebend:

52 BVerfG NJW 2001, 3695, 3696; siehe auch OLG Frankfurt am Main, B. v. 17.03.2009 - 3 Ws 223/09 und OLG Brandenburg, B. v. 20.10.2014 - 1 Ws 162/14

53 Dafür Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 13 und Schoeller StV 2019, 197/198

aa. Die Ungleichbehandlung zwischen dem Beschuldigten, der sich einen Wahlanwalt finanziell leisten kann und demjenigen, dem dies aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist, wird vermieden.<sup>54</sup> Überspitzt formuliert könnte sich dies für den Beschuldigten, dem die Wahl seines Vertrauensanwalts als Pflichtverteidiger versagt wird so darstellen, dass der Reiche auswählen kann, der Arme das nehmen muss, was ihm angeboten wird.

bb. Die Subjektstellung des Beschuldigten wird hierbei beachtet und wertgeschätzt. Auch stellt die Vertrauensbasis, die zwischen dem Beschuldigten und dessen Verteidiger existiert, eine Notwendigkeit, die eine sachgerechte, effiziente und dem Interesse des Beschuldigten dienende Verteidigung gewährleistet, dar.<sup>55</sup> Dem autonomen Wunsch des Beschuldigten ist insoweit Vorrang zu geben.

cc. Darüber hinausgehend sollte auch an die Integrität der Anwaltschaft appelliert und auch auf diese vertraut werden. Es dürfte nicht weniger als eine Gewissensfrage sein, von einem Menschen, der einem erhebliches Vertrauen entgegenbringt, ein Mandat anzunehmen, wohl wissend, dieser Aufgabe tatsächlich nicht gewachsen zu sein. Der angefragte Rechtsanwalt hat sich selbstkritisch zu hinterfragen, ob er den Anforderungen des ihm angetragenen Verteidigungsmandats entsprechen kann, ob er effektive Verteidigung leisten kann. Kann er dies nicht und ist er dieser Aufgabe nicht gewachsen, so ist er – unabhängig von gesetzlichen Vorgaben – unter moralischen Gesichtspunkten verpflichtet, die Mandatsannahme und die Bestellung abzulehnen und ggf. die ihm vertrauende Person an einen geeigneten und fähigen Verteidiger weiterzuleiten bzw. entsprechende Empfehlung auszusprechen.

b. Die in der aktuellen Fassung vorhandene Einschränkung in § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO – Bestellung des Verteidigers nur dann, wenn kein wichtiger Grund entgegensteht – soll gestrichen werden, da die Auslegung dieses Rechtsbegriffs willkürliche Entscheidungen der Gerichte zulässt. Eine Notwendigkeit für diese Beschränkung ist nicht zu erkennen.

<sup>54</sup> *Schlothauer KriPoZ* 2019, 8

<sup>55</sup> *Schlothauer StV* 1981, 443 ff., 446; *Spaniol* (Fn. 4), 334; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 23), § 140 Rn. 9

Dem Beschuldigten ist eine Mindestfrist von einer Woche einzuräumen; Ausnahmen bilden die Fälle des § 140 Abs. 1 Nr. 4 – Untersuchungshaft oder anderweitige Unterbringung –, der Nr. 11 – Vorführung – und der Nr. 12 – Verhandlung ohne den Angeklagten nach § 231a StPO. Inhaftierung bringt die Problematik mit sich, dass der Beschuldigte Zeit benötigt, bis er tatsächlichen und persönlichen Kontakt zu dem von ihm gewünschten Verteidiger aufnehmen kann – der Beschuldigte bittet per Brief oder Karte den Verteidiger um einen Besuch, der Verteidiger muss unter Umständen eine Besuchserlaubnis für ein Anbahnungsgespräch beantragen, die Akte ist nicht greifbar, da auf dem Weg von der zuständigen Haftrichterabteilung zur Staatsanwaltschaft, der Verteidiger muss den Mandanten in der Justizvollzugsanstalt aufsuchen etc. Die Zeit vergeht, Fristablauf droht; deshalb die Mindestfrist von einer Woche in dem Vorschlag, realistisch sind eher zwei Wochen.<sup>56</sup>

Um den eingangs erwähnten Zuständen bei dem Vorgang der Pflichtverteidigerbestellung, die teilweise auch als Missstände zu bezeichnen sind, zu begegnen, wird im Policy Paper vorgeschlagen, dass in den Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Verteidiger benennt, die Auswahl des notwendigen Verteidigers durch die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer als Selbstverwaltungsorgan der Anwaltschaft erfolgt und der formelle Beststellungsakt dann durch das jeweils zuständige Gericht. Damit wird die Hoffnung einer durchgehend sachgerechten Auswahl verbunden, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des jeweiligen Interesses des Beschuldigten und frei von jeglicher justizieller Einflussnahme. Die Konsequenz: Das Auswahlverfahren wäre transparenter, das jeweilige Gremium der Rechtsanwaltskammer wäre zur Rechenschaft verpflichtet.

Der zuständigen Rechtsanwaltskammer sollten zumindest folgende Informationen zugehen:

- Angaben zu dem vorgeworfenen Straftatbestand, dem Geschlecht des Beschuldigten, dessen Alter und Wohnort und der Sprachkenntnisse, damit eine differenzierte Auswahl erfolgen kann sowie

<sup>56</sup> Gemeinsame Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen zur Praxis der Beiordnung... StV 2010, 109/110 zwei Wochen; *Jahn* StraFo 2014, 177 ff., 185/186; *MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer*, § 141 Rn. 24; *SK-StPO/Wohlers* (Fn. 19), § 141 Rn. 10

- eine kurze Sachverhaltsschilderung, die wiederum eine interessenspezifischere Auswahl ermöglichen würde.

Die Bundesrechtsanwaltsordnung müsste dementsprechend wie folgt ergänzt werden:

§ 37 (Auswahl von Pflichtverteidigern)

- »(1) Die Rechtsanwaltskammer ist für die in ihrem Bezirk vorzunehmende Auswahl an Pflichtverteidigern gemäß § 142 Abs. 2 StPO zuständig.
- (2) Die örtlich zuständige Rechtsanwaltskammer führt eine Liste von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die sich bereit erklärt haben, Pflichtvertretungen zu übernehmen und mindestens ein Jahr zugelassen sind und jährlich Fortbildungen im Umfang des § 15 FAO nachweisen können.
- (3) Die Liste ist mindestens jährlich zu aktualisieren.
- (4) Die Auswahl des Pflichtverteidigers erfolgt aus der nach Abs. 2 zu erstellenden Liste. Die Auswahl hat gleichmäßig zu erfolgen.«<sup>57</sup>

Abs. 2 des Vorschlages bezieht sich auf den Qualitätsstandard, den die PKH-Richtlinie in Art. 7 vorgibt. Der Nachweis jährlicher Fortbildung ist als Mindestqualifikationskriterium anzusehen.

Erforderlichenfalls müssten – falls nicht bereits vorhanden – Not-/Präsenzdienste etabliert werden, insbesondere zu Nachtzeiten und am Wochenende. Dies würde eine weitere Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung bedeuten, die wie folgt lauten könnte:

§ 38 (Präsenzdienste)

- »(1) Die Rechtsanwaltskammer richtet einen Not- und Präsenzdienst ein, der die notwendige Verteidigung insbesondere in den Fällen des § 141 Abs. 1 StPO sicherstellt.
- (2) Die Rechtsanwaltskammer kann die Erfüllung dieser Aufgaben an andere anwaltliche Organisationen delegieren.«<sup>58</sup>

Das Auswahlverfahren könnte alternativ auch als rollierendes System – ähnlich der Hilfsschöffenliste – ausgestaltet werden, wobei in jedem Fall Zugriffe u. ä. dokumentiert werden müssen.

<sup>57</sup> Policy Paper (Fn. 14), 33/34

<sup>58</sup> ebenda

## 6. § 143 StPO

- »(1) Die Bestellung ist zurückzunehmen, wenn ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt.
- (2) Auf Antrag des Beschuldigten ist diesem ein anderer als der zunächst bestellte Pflichtverteidiger zu bestellen. Für die Auswahl gelten die Vorschriften des § 142 Abs. 1, 2 StPO. Dieser Antrag kann im Verfahren nur einmal gestellt werden, es sei denn, dass bei weiteren Anträgen durch den Beschuldigten dargelegt wird, dass das Vertrauensverhältnis zu dem bestellten Verteidiger tiefgreifend erschüttert ist oder dass aus sonstigem wichtigen Grund eine Auswechslung zu erfolgen hat. Der Antrag ist spätestens eine Woche nach Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung zu stellen.«<sup>59</sup>

Undankbar und unschön sind Situationen, in denen sich ein von dem Beschuldigten gewählter Verteidiger meldet und der bereits durch das Gericht bestellte notwendige Verteidiger entpflichtet werden soll. Der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund ist in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen, jedoch nach herrschender Meinung und Praxis zulässig, wenn Umstände vorliegen, die den Zweck der Pflichtverteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährden.<sup>60</sup> So sollen grobe Pflichtverletzungen zum Widerruf berechtigen, pauschale, nicht näher belegte Vorwürfe gegen den Verteidiger rechtfertigen die Entpflichtung dagegen nicht.<sup>61</sup>

Nach geltender Rechtslage ist die Bestellung auch aufzuheben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger endgültig und nachhaltig erschüttert ist und deshalb zu besorgen sei, dass die Verteidigung objektiv nicht sachgerecht geführt werden könne.<sup>62</sup> Die ernsthafte Störung des Vertrauensverhältnisses hat der Beschuldigte oder/und der Verteidiger substantiiert darzulegen.<sup>63</sup> Dies hat nach herrschender Rechtsprechung in concreto die Offenlegung

<sup>59</sup> Policy Paper (Fn. 14), 29/30

<sup>60</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 23), § 143 Rn. 3 m. w. N.

<sup>61</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., Rn. 4 ff.

<sup>62</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, a. a. O., Rn. 5.

<sup>63</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, ebenda

von Mandatsinterna zur Folge. Um dem zu begegnen, soll nach dem Vorschlag im Policy Paper allein der Antrag des Beschuldigten, diesem einen anderen als den zunächst bestellten Verteidiger zu bestellen, ausreichen.

Um einem möglichen »Anwaltskarussell« vorzubeugen, kann ein solcher Antrag, der einer weiteren Begründung nicht bedarf, im Verfahren nur einmal gestellt werden – sog. »Freischussregelung«. Weitere Anträge müssen inhaltlich begründet werden und erfordern die Darlegung, dass das Vertrauensverhältnis zu dem bestellten Verteidiger tiefgreifend erschüttert sei oder dass aus sonstigem wichtigem Grunde eine Auswechslung zu erfolgen habe, allerdings sollte die Schwelle herabgesetzt werden.

## 7. § 144 StPO (Mehrere Pflichtverteidiger)

- »(1) In den Fällen der §§ 76 Abs. 2 Satz 3, 120, 120b GVG ist dem Beschuldigten auf Antrag ein zweiter Pflichtverteidiger zu bestellen.
- (2) Dem Beschuldigten ist auf seinen Antrag auch dann ein zweiter oder ein weiterer Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn dies aufgrund des Umfangs des Verfahrens oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten erscheint.«<sup>64</sup>

In Umfangsverfahren oder in besonders schwierigen Verfahren ist eine Verteidigung durch mehrere Verteidiger geboten. Die Rechtsprechung hat ausnahmsweise in Fällen unabweisbaren Bedürfnisses die Bestellung mehr als eines notwendigen Verteidigers angenommen.<sup>65</sup>

Erstinstanzliche Verfahren vor dem Oberlandesgericht (§§ 120, 120b GVG) oder Verfahren vor der großen Strafkammer in Besetzung mit drei Berufsrichtern nach § 76 Abs. 2 Satz 3 GVG sind als besonders umfangreich und/oder schwierig zu bezeichnen, sodass in diesen Fällen nach Abs. 1 des Vorschlages auf Antrag zwingend ein zweiter Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

Ein zweiter oder ein weiterer Pflichtverteidiger sind auf Antrag auch dann zu bestellen, wenn dies aufgrund des Umfangs des Verfahrens

<sup>64</sup> Policy Paper (Fn. 14), 30/31

<sup>65</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 23), § 141 Rn. 1a m. w. N.

oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten erscheint. Damit sind die Fälle gemeint, in denen mit einer besonders langen Hauptverhandlung zu rechnen ist oder ein besonderer Umfang oder eine besondere Schwierigkeit angenommen wird. Nicht selten erstreckt sich eine Hauptverhandlung in z. B. einer umfangreichen Wirtschaftsstrafsache über einen Zeitraum von mehreren Jahren; das Aktenvolumen beträgt mehrere Terabyte.

## 8. § 216 StPO

»(3) Der Angeklagte ist mit der Ladung auf die Vorlage der Nachweise nach § 465 Abs. 4 hinzuweisen.«<sup>66</sup>

### § 465 StPO

»(4) Das Gericht sieht auf Antrag des Angeklagten davon ab, diesem die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, wenn die Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach den Vorschriften in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorliegen. Der Angeklagte hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen auf Verlangen des Gerichts spätestens zum Zeitpunkt des § 258 Abs. 1 nachzuweisen.«<sup>67</sup>

Zwar regelt § 6 JBeitrG, dass für die Vollstreckung von Verfahrenskosten die Vorschriften der ZPO, insbesondere die Pfändungsschutzvorschriften gelten. Allerdings wird hierbei übersehen, dass die betreffende Person im Falle der Nichtbeitreibung und im Falle der Nichtvollstreckung der geltend gemachten Kosten zur Vermögensauskunft, mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen, verpflichtet werden kann. Der inhaftierte Verurteilte muss befürchten, dass mit Ausnahme des gesperrten Teils, der zur Aufstockung des Überbrückungsgeldes erforderlich ist, das Eigengeld grundsätzlich pfändbar bleibt und – wie die Praxis zeigt – auch gepfändet wird. §§ 850c ff. ZPO finden nach Ansicht des BGH keine Anwendung – auch keine entsprechende Anwendung.<sup>68</sup> Es besteht daher ein dringendes Bedürfnis, Verurteilte, die über die erforderlichen finanziellen Mittel

<sup>66</sup> Policy Paper (Fn. 14), 31

<sup>67</sup> Policy Paper (Fn. 14), 32

<sup>68</sup> BGH StV 2004, 558 ff.; BGH NJW 2013, 3312 f.; BGH NJW 2015, 2493 f.

zur Ausglei chung von Verfahrenskosten nicht verfügen, von der Kostenlast zu befreien.<sup>69</sup>

Die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht hochgehaltene *Maxime* »Resozialisierung als Vollzugsziel«<sup>70</sup> läuft in diesen Fällen leer oder wird zumindest erheblich beeinträchtigt. Es widerspricht in eklatanter Weise dem Resozialisierungsgedanken, den Verurteilten – insbesondere dem inhaftierten Verurteilten – die Wiedereingliederung durch die Verpflichtung, einen erheblichen Schuldenstand abzubauen – bei Umfungsverfahren kann sich die Kostenlast im sechsstelligen oder gar siebenstelligen Eurobereich bewegen–, zu erschweren oder gar unmöglich zu machen.<sup>71</sup> Dem gilt es zu begegnen.

Sieht das Gericht auf Antrag des Angeklagten davon ab, diesem die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, ist eine endgültige Regelung erreicht.

### III. DIE UMSETZUNG DER PKH-RICHTLINIE UND DER REFERENTENENTWURF – KRITIK HIERAN

Die Bundesrepublik ist verpflichtet, die PKH-Richtlinie bis zum 5. Mai 2019 normativ umzusetzen. Der vorliegende Referentenentwurf des BMJV geht dies an und nimmt die Umsetzungsverpflichtung zum Anlass, den

»nur punktuell geregelt und in erheblichen Teilen von Richterrecht geprägten Bereich«

der notwendigen Verteidigung und Pflichtverteidigung

»möglichst umfassend zu normieren und dabei systematisch klarer zu strukturieren, um die Verständlichkeit und Handhabbarkeit zu verbessern.«<sup>72</sup>

Hierbei soll die Umsetzung der PKH-Richtlinie unter

69 In diesem Sinne: *Bemann* u. a. (Fn. 4), 49 ff.; *Rieß* StV 1981, 460 ff., 464 (Rückgriff nur nach den Ratenzahlungsvorschriften der PKH zulässig); *Haffke* StV 1981 471 ff., 478 (Gewährung von PKH); *Spaniol* (Fn. 4), 346 (Endgültige Kostenbefreiung des mittellosen Beschuldigten); AK-StPO/*Stern* (Fn. 4), § 140 Rn. 32; *Kitlikoglu* (Fn. 4), 12

70 BVerfG, Beschlüsse v. 30. Juni 2015 - 2 BvR 1857/14 und v. 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17; *Kitlikoglu*, SchrStVV 27. Strafverteidigertag (2003), 57 ff.

71 so auch AK-StVollzG/*Galli*, 7. Aufl., Teil II § 56 LandesR Rn. 12

72 Referentenentwurf (Fn. 15), 1



»grundsätzlicher Beibehaltung des bewährten Systems der notwendigen Verteidigung erfolgen.«<sup>73</sup>

Ein Fall notwendiger Verteidigung soll nicht mehr erst – wie nach geltendem Recht – mit der Vollstreckung von Untersuchungshaft oder vorläufiger Unterbringung, sondern bereits mit einer Vorführung vor einem Richter vorliegen.<sup>74</sup> Darüber hinausgehend sollen die zeitlichen Beschränkungen des geltenden Rechts in sonstigen Fällen des Freiheitsentzuges gestrichen werden.<sup>75</sup> Um den Vorgaben der PKH-Richtlinie zur Berücksichtigung der Schwere der zu erwartenden Strafe auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR gerecht zu werden, soll ein Fall notwendiger Verteidigung

»allgemein ab einer Straferwartung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe gegeben sein.«<sup>76</sup>

Kurze Wiederholung: Art. 4 Abs. 5 der PKH-Richtlinie verpflichtet den deutschen Gesetzgeber »Legal Aid« unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor Durchführung von bestimmten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen zu bewilligen; Art. 7 verhält sich zu den Qualitätsanforderungen der mit der Gewährung von »Legal Aid« verbundenen Dienstleistungen; Art. 8 betrifft die Rechtsbeihilfe; Art. 9 besonders schutzbedürftige Personen.

Der Ansatz des BMJV, an dem bisherigen System der notwendigen Verteidigung der Strafprozessordnung festzuhalten, ist zu begrüßen. Darüberhinausgehend ist zu begrüßen, dass auch das BMJV der Erkenntnis der weichenstellenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für das weitere Verfahren folgend, eine zeitliche Vorverlagerung der notwendigen Verteidigung vorzunehmen beabsichtigt. Innerhalb des Katalogs des § 140 Abs. 1 StPO soll »ein Perspektivenwechsel vollzogen werden, weg von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren.«<sup>77</sup>

73 Referentenentwurf (Fn. 15), 2

74 ebenda

75 ebenda

76 ebenda; während weiter unten auf den Seiten 6 und 30 zu § 140 Abs. 1 Nr. 3 formuliert der RefE »eine Straferwartung von einem Jahr«

77 Referentenentwurf (Fn. 15), 28

Zu dem Referentenentwurf haben insbesondere Interessenverbände der Anwaltschaft Stellung genommen.<sup>78</sup> Auch wenn die grundsätzlichen Gedanken, die zu diesem Referentenentwurf geführt haben, und deren Umsetzung in großen Teilen zu begrüßen sind, bedürfen einige Vorschläge des Referentenentwurfs der Kritik. Im Einzelnen, wobei ich mich auf die wichtigsten Gesichtspunkte beschränke, gilt folgendes:

### 1. § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-RefE »Straferwartung von einem Jahr«

Der Referentenentwurf sieht bei einer Straferwartung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe einen Fall notwendiger Verteidigung vor. Dies stellt die Festschreibung der herrschenden Rechtsprechung dar, die bis dato diese Fälle unter § 140 Abs. 2 StPO »Schwere der Tat« subsumierte.<sup>79</sup> Der Referentenentwurf geht an anderer Stelle<sup>80</sup> davon aus, dass nach der Rechtsprechung des EGMR ein Fall notwendiger Verteidigung allgemein ab einer Straferwartung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe gegeben sei. Angesichts der Tatsache, dass jedoch bereits Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen eine Stigmatisierung des Betroffenen zur Folge haben – Aufnahme in das Führungszeugnis und damit Erschwernisse auf dem Arbeitsmarkt, Schwierigkeiten bei der Einbürgerung nach dem StAG (§ 12 a StAG)<sup>81</sup> –, ist ein Fall notwendiger Verteidigung anzunehmen, wenn diese Sanktion zu erwarten ist – und nicht ab einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe. Die Strafverteidigervereinigungen sehen bereits bei einer drohenden Sanktion von 90 Tagessätzen

78 Siehe z.B. Stellungnahmen der Strafverteidigervereinigungen 2.12.2018 ([https://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/SN\\_StVV\\_Eckpunkte2019.pdf](https://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/SN_StVV_Eckpunkte2019.pdf)); des RAV 30.11.2018 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018\\_Stellungnahme\\_RAV\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_RAV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2)); des DAV durch Ausschuss Strafrecht November 2018 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018\\_Stellungnahme\\_DAV\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018_Stellungnahme_DAV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=3)); der BRAK Januar 2019 (<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/maerz/stellungnahme-der-brak-2019-9.pdf9>); s. a. *Schlothauer* KriPoZ 2019, 1 ff. u. *Schoeller* StV 2019, 190 ff.

79 Siehe Fn. 21

80 Referentenentwurf (Fn. 15), 2

81 BVerwG, Urteil vom 20. März 2012 – 5 C 5.11

Geldstrafe einen Fall notwendiger Verteidigung<sup>82</sup>, der RAV<sup>83</sup> sieht prinzipiell eine Verteidigung als notwendig an, wenn überhaupt Freiheitsentzug droht. Die BRAK in ihrer Stellungnahme sieht es als geboten an, bereits ab einem zu erwartenden Gesamtstrafübel von sechs Monaten Freiheitsstrafe eine notwendige Verteidigung vorzusehen.<sup>84</sup>

Geldstrafen enden zahlreich, gerade in den Fällen, die die PKH-Richtlinie im Blick hat, in Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>85</sup> Ein Blick in die Strafverfolgungsstatistik führt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass gerade die Personengruppe, die diese Richtlinie schützen will – ökonomisch Schwache und Bedürftige –, die verhängte Geldstrafe nicht ausgleichen kann und die Staatsanwaltschaft den Weg der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe beschreitet. Jeweils zum Stichtag 31. August befanden sich im Jahr 2014 4042, im Jahr 2015 4135, im Jahr 2016 4421 und im Jahr 2017 4700 Menschen im Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>86</sup> Angesichts der relativ kurzen Vollzugsdauer ist auf das jeweilige Jahr gesehen eine weitaus höhere Gesamtzahl an Inhaftierten zum Zwecke der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe zu konstatieren.

Nach der Rechtsprechung des EGMR, die insoweit uneinheitlich ist und immer eine Gesamtbetrachtung des Verfahrens beinhaltet, erfordert, jedenfalls wenn Freiheitsentzug im Raum steht, das Interesse der Rechtspflege i. S. v. Art. 6 Abs. 3 c EMRK – »interests of justice« – grundsätzlich die Vertretung der betreffenden Person durch einen

82 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

83 Stellungnahme RAV (Fn. 78), 4

84 Stellungnahmen BRAK (Fn. 78), 8/9; so auch Stellungnahmen DAV (Fn. 78), 5 und NEUE RICHTERVEREINIGUNG 30.11.2018 ([https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018\\_Stellungnahme\\_NRV\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_NRV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2)), S. 2/3; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16; *Schoeller* StV 2019, 193

85 Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3

86 BTDrucksache 19/803 vom 20.02.2018, 2/3

Rechtsbeistand.<sup>87</sup>

## 2. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RefE »Richterliche Vernehmung«

Die Einschränkung, die auch im bisherigen § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO wiederzufinden ist, wonach ein Fall notwendiger Verteidigung bei der richterlichen Vernehmung nur dann vorliegen soll, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint, ist zu streichen. Richterliche Vernehmungen werden per se durchgeführt, wenn die zu erwartende Aussage von besonderer Bedeutung für das Verfahren ist (§§ 168c Abs. 1 und 2, 223 StPO).<sup>88</sup>

## 3. Es fehlen im Referentenentwurf:

- Regelung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Sicherstellung von Vermögenswerten (§§ 111b ff. StPO), das Verfahren ist komplex, wesentliche oder ganze Vermögenswerte des Beschuldigten und dessen Einkünfte werden bis zur Pfändungsfreigrenze blockiert, die Maßnahmen stellen einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG dar<sup>89</sup>,
- notwendige Verteidigung bei möglichem Widerruf von Bewährung/Bewahrungen, auch ein Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe ist bei dem Strafübel der drohenden Sanktion mit zu berücksichtigen<sup>90</sup>,

87 EGMR, 24.05.1991 – 12744/87 Quaranta/Schweiz: 6 Mon. Haft, Bewährungswiderruf, Höchststrafe 3 Jahre, Verhängung einer strengeren Strafe war keine Unmöglichkeit, kostenloser Rechtsbeistand hätte gewährt werden müssen; EGMR 10.06.1996 – 19380/92 Benham/Vereinigtes Königreich: Maximalstrafe von 3 Mon., tatsächlich 30 Tage inhaftiert, öffentliche Steuer/Abgaben, da diese nicht geleistet wurden Verurteilung durch das Magistrate's Court zu 30 Tagen Erzwingungshaft; EGMR 19.11.2015 – 46998/08 Mikhailova/Russland: Drohung v. 15 Tagen Verwaltungshaft, Verwaltungsstrafe/OWiVerfahren, letztendlich 500 Rubel Strafe; EGMR 17.03.2016 – 6287/10 Hammerton/Vereinigtes Königreich: 6 ½ Wochen Haft in familiengerichtlichem Verfahren, da Freiheitsentzug auf dem Spiel stand, erforderte dies grundsätzlich Rechtsbeistand.

88 Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 78), 6; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 6; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 15

89 Stellungnahme Strafverteidigervereinigungen (Fn. 78), 18; *Schoeller* StV 2019, 194; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16/17

90 *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16; Stellungnahme RAV (Fn. 78), 4; Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 9; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 5/6; Stellungnahme Neue Richtervereinigung (Fn. 84), 4

- notwendige Verteidigung, wenn sich der Verletzte eines ihm nicht beigeordneten, sondern eines frei finanzierten Rechtsanwalts bedient. Der Entwurf lässt die aktuelle Fassung des § 140 Abs. 1 Nr. 9 – ein Fall notwendiger Verteidigung liegt vor, wenn dem Verletzten nach den §§ 397a, 406h Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist – unverändert. Dies ist abzulehnen. Die Situation für einen unverteidigten Beschuldigten ändert sich nicht dadurch, ob die Justiz dem Verletzten einen Rechtsanwalt beordnet oder dieser sich auf eigene Kosten eines Rechtsanwalts bedient. Ein sachlicher Unterschied, der die im Referentenentwurf innewohnende Ungleichbehandlung rechtfertigen würde, ist nicht festzustellen.<sup>91</sup>
- Selbstverständlich ist auch für den Fall, dass ein Mitangeklagter verteidigt wird, notwendige Verteidigung anzunehmen.<sup>92</sup>
- Soweit im Referentenentwurf S. 2 aus dem Abs. 2 des § 140 entnommen und als Ziff. 11. in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO aufgenommen und dadurch klargestellt wird, dass zwingend ein Fall notwendiger Verteidigung bei einem seh-, hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten vorliegt, so ist dem zuzustimmen. Allerdings sollte dies auch für Menschen mit Behinderungen intellektueller oder psychischer Art und für Menschen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, da auch in diesen Fällen die Verteidigungsfähigkeit erheblich eingeschränkt ist, gelten.<sup>93</sup>
- Notwendige Verteidigung auch wenn
  - das Gericht einem Antrag auf Erlass eines Strafbefehls entsprechen will,
  - die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel zu Ungunsten des Angeklagten einlegt
 sowie
  - normative Festlegung notwendiger Verteidigung für das Bewährungswiderrufsprüfungs- und das Vollstreckungsverfahren.<sup>94</sup>

91 Policy Paper (Fn. 14), 21 und 23; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 6

92 Policy Paper, ebenda

93 Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3/ 4; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16

94 Policy Paper (Fn. 14) 21 ff.; Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3 und 4

#### 4. § 141 StPO-RefE »Bestellung eines Pflichtverteidigers«

§ 141 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs statuiert ein Antragsrecht des Beschuldigten bereits im Vorverfahren. Stellt der Beschuldigte einen solchen Antrag nicht und handelt es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung, wird nach dem Referentenentwurf zu prüfen sein, ob die Mitwirkung eines Verteidigers im Verfahren erforderlich ist. Drei Regelbeispiele werden genannt:

- Vernehmung des Beschuldigten oder Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten
- Vorführung zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung
- Aufforderung an den Angeschuldigten gem. § 201 StPO zur Erklärung über die Anklageschrift.

§ 140 Abs. 2 RefE beinhaltet die staatsanwaltschaftliche Verpflichtung, unverzüglich den Antrag auf Bestellung zu stellen. Da jedoch die ermittelnden Polizeibeamten den ersten Zugriff haben, sind diese zu verpflichten, unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu informieren, damit in Fällen notwendiger Verteidigung unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Bestellung erfolgen kann, und zwar von Amtswegen.

Ersatzlos zu streichen ist § 141 Abs. 3 RefE. Diese Vorschrift erlaubt Ausnahmen von der Verpflichtung aus Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1. – Vernehmung des Beschuldigten oder Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten unter Hinzuziehung eines Pflichtverteidigers –, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder die Freiheit einer Person dringend erforderlich oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens zwingend geboten sei.

Nota bene: Selbst in den im Entwurf vorgesehenen Ausnahmesituationen hat jeder Beschuldigte das rechtsstaatlich garantierte Recht, einen von ihm selbst gewählten Verteidiger zu befragen. Dies ist das erste und schlagende Gegenargument gegen die vorgesehene Regelung. Das weitere Argument ist, dass die PKH-Richtlinie derartige Ausnahmen nicht vorsieht. Der Referentenentwurf verweist auf Seite 36 auf Art. 3 Abs. 6 Buchstabe A und B der Richtlinie 2013/48/

EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand.<sup>95</sup> Die BRAK bemerkt zutreffend, dass Deutschland von der theoretischen Möglichkeit, entsprechend Art. 3 Abs. 6 Richtlinie 2013/48/EU das allgemeine Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand einzuschränken, keinen Gebrauch gemacht hat, sodass solche Ausnahmen europarechtlich auch nicht für den Pflichtverteidiger zulässig seien.<sup>96</sup> Hinterlegungsgrund 9 der PKH-Richtlinie regelt ausdrücklich, dass diesbezügliche Ausnahmen nur dann möglich wären, wenn Mitgliedstaaten Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 2013/48/EU anwenden.

Die Mitgliedstaaten sollen – so die zentrale Zielsetzung der PKH-Richtlinie – sicherstellen, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen, die nicht über ausreichende Mittel zur Finanzierung eines Rechtsbeistandes verfügen, Anspruch auf »Legal Aid« haben, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich sei. Es kann keinesfalls im Interesse der Rechtspflege sein, einem bedürftigen Menschen den frühestmöglichen Zugang zum Verteidiger zu verwehren, weil er keine finanziellen Mittel zur Verfügung hat. Gerade diesem Missstand will die Richtlinie entgegenwirken.

Im Übrigen fehlt in § 141 Abs. 3 StPO RefE ein gesetzlich festgeschriebenes Beweis(verwertungs)verbot.<sup>97</sup>

## 5. § 142 StPO-RefE »Zuständigkeit und Bestellungsverfahren«

Neu ist die Einführung einer Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft. Neu ist auch, dass für den Fall, dass der Beschuldigte keine eigene Wahl eines Pflichtverteidigers trifft, das Gericht – oder bei Eilbedürftigkeit die Staatsanwaltschaft – aus dem Gesamtverzeichnis der bei der BRAK eingetragenen Rechtsanwälte entweder einen Fachanwalt für Strafrecht oder einen anderen Rechtsanwalt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat und für die Übernahme der Verteidigung geeignet ist, auswählen soll.

Die Strafverteidigervereinigungen und andere Anwaltsorganisa-

<sup>95</sup> Amtsblatt der Europäischen Union 2013, L 294/1

<sup>96</sup> Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 11

<sup>97</sup> Siehe Fn. 49

tionen sowie Teile der Wissenschaft haben sich in einer Vielzahl von Publikationen<sup>98</sup> dafür ausgesprochen, das freie richterliche Ermessen bei der Auswahlentscheidung angemessen zu begrenzen. Im Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen wird der Vorschlag formuliert, die Auswahl des Pflichtverteidigers den Rechtsanwaltskammern zu übertragen, um zu gewährleisten, dass die Auswahlentscheidung von einer Institution getroffen wird, die keine eigenen Interessen in dem besagten Strafverfahren verfolgt und die ihren Mitgliedern gegenüber zu Transparenz und Gleichbehandlung verpflichtet sei.<sup>99</sup> Die Strafverteidigervereinigungen haben in ihrer Stellungnahme auch darauf hingewiesen, dass bspw. ein rotierendes System, auf das Gerichte Zugriff haben, eine Lösungsmöglichkeit wäre.

Abs. 4 des § 142 RefE verschafft bedauerlicherweise keine Abhilfe. Das Auswahlverfahren, das nunmehr auf den in dem Entwurf genannten Personenkreis beschränkt ist, bleibt nach wie vor intransparent und öffnet weiterhin möglichem Missbrauch Tür und Tor. Um einem möglichen Verdacht des Missbrauchs des Auswahlermessens durch die Justiz – Gericht oder entsprechend dem Referentenentwurf die Staatsanwaltschaft in Eilzuständigkeit – zu begegnen, ist es unabdingbar, die Auswahl des zu bestellenden notwendigen Verteidigers so weit wie möglich neutral und transparent zu gestalten.

Den Qualitätsanforderungen des Art. 7 Abs. 1 b PKH-Richtlinie dürfte es nicht entsprechen, in den Fällen, in denen mangels Auswahl durch den Beschuldigten seitens des Gerichts ein Pflichtverteidiger bestellt werden soll, diesen aus einer Liste von Rechtsanwälten zu entnehmen, die lediglich ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigung angezeigt haben. Jeder Rechtsanwalt, der nicht Fachanwalt für Strafrecht ist und in diese Liste aufgenommen werden möchte, sollte verpflichtet werden, eine jährliche Fortbildung auf dem Gebiet des Straf-/Strafprozessrechts entsprechend § 15 FAO nachzuweisen. Dies sollte zwingend ein zusätzliches Kriterium sein.

Der Staatsanwalt als »Notbesteller«, wie in § 142 Abs. 2 Satz 1 St-

98 Siehe Fn. 51

99 Policy Paper (Fn. 14), 33/34; siehe auch: *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* HRRS 2018, 69 ff.; Stellungnahme RAV (Fn.78), 5; Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 9 ff.; *Jahn/Zink* in FS Graf-Schlicker (2108), 475 ff.



PO-RefE vorgesehen, ist abzulehnen. Angesichts moderner Kommunikationsmittel stellt es keine Unmöglichkeit dar, auch außerhalb üblicher Dienstzeiten den jeweils zuständigen Richter zu erreichen. Jedenfalls sollte dies umsetzbar sein. Von dem »natürlichen« Gegner des Beschuldigten, dem die Ermittlungen führenden Staatsanwalt, den notwendigen Verteidiger bestellen zu lassen, zeugt von fehlendem Fingerspitzengefühl. Wie muss sich ein Beschuldigter fühlen, dem der – dann bestellte Verteidiger – eröffnet, »der StA hat mich als Ihren Verteidiger ausgesucht und bestellt«? Kann in einem solchen Fall eine für sachgerechte Verteidigung notwendige Vertrauensbasis zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger aufgebaut werden, wenn der Antagonist des Verteidigers die Bestellung des Verteidigers vorgenommen hat?

#### 6. § 143 StPO-RefE »Dauer und Aufhebung der Bestellung«

Zu begrüßen ist die in § 143 Abs. 1 RefE vorgesehene Regelung, wonach die Bestellung auch für das Verfahren über eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung und für das Verfahren über die isolierte Einziehungsentscheidung – auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens – wirksam bleibt.

Satz 3 in § 143 Abs. 2 RefE ist ersatzlos zu streichen. Es ist sachlich nicht zu begründen, weshalb der auf Grund eines Haftbefehls nach § 230 Abs. 2 oder § 329 Abs. 3 StPO Inhaftierte schlechter gestellt werden soll als der sich in Straf- oder Untersuchungshaft befindliche. Auch der in den genannten Fällen Inhaftierte ist in seinen Verteidigungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt. Die Begründung in dem Referentenentwurf, wonach das sich missbräuchliche Verschaffen eines Pflichtverteidigers unterbunden werden soll, erscheint realitätsfremd. Meinen die Verfasser des Referentenentwurfs ernsthaft, dass sich ein Mensch vorsätzlich und freiwillig in Haft nehmen lässt, um in den Genuss eines Pflichtverteidigers zu gelangen?

#### 7. § 143a StPO-RefE »Wechsel des Verteidigers«

Die vorgeschlagene Regelung ist nicht befriedigend. Abs. 2 Satz 1 des § 143a RefE handelt die Sachverhalte ab, in denen dem Beschuldigten ein anderer als der von ihm bezeichnete Verteidiger bestellt wurde oder dem Beschuldigten zur Auswahl des Verteidigers nur eine

kurze Frist gesetzt werden konnte. In diesen Fällen soll der Beschuldigte die Möglichkeit erhalten, innerhalb von zwei Wochen nach der Bestellung zu beantragen, ihm einen anderen, von ihm bezeichneten Verteidiger, zu bestellen. Die erste Alternative bezieht die Konstellation, dass die Auswahl des bestellten Verteidigers nicht durch den Beschuldigten, sondern durch die Justiz erfolgt ist, nicht ein. Die zweite vorgesehene Alternative ist unkonkret, mehr als auslegungsfähig und die Frist von zwei Wochen zu kurz bemessen. Innerhalb dieses Zeitraums wird es nicht möglich sein, Feststellungen zu treffen, ob zwischen Beschuldigtem und Verteidiger die erforderliche Vertrauensbasis aufgebaut werden kann bzw. besteht. Auch wird in diesem kurzen Zeitraum ein Verteidigungskonzept nicht wirklich erarbeitet werden können. Man denke beispielsweise an fehlende Akteneinsicht u.ä.

Nach dem Entwurf soll die Bestellung des notwendigen Verteidigers auch dann aufzuheben sein, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger endgültig zerstört oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet sei. Hier besteht die bekannte Problematik, dass Interna aus dem Mandatsverhältnis vorgetragen werden müssen, obwohl das Beschuldigten-/Verteidigerverhältnis besonderen Schutz genießt. Im Übrigen wird die vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Realität nicht gerecht, da unterhalb der von der Rechtsprechung geforderten Schwelle eines endgültig zerstörten Vertrauensverhältnisses Gründe existieren können, die die notwendige Vertrauensbeziehung nicht entstehen lassen.

Das Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen schlägt eine sog. »Freischussregelung« vor – auf Antrag des Beschuldigten ist diesem ein anderer als der zunächst bestellte Pflichtverteidiger zu bestellen. Ein solcher Antrag kann im Verfahren einmal ohne weitere Begründung gestellt werden.<sup>100</sup>

## 8. § 144 StPO-RefE »Sicherungsverteidiger«

Abgesehen davon, dass die Verwendung des Begriffs »Sicherungsverteidiger« eine mehr als unglückliche und unsensible Formulierung darstellt und an den Begriff »Zwangverteidiger« aus der blei-

<sup>100</sup> Policy Paper (Fn. 14), 29/30

ernen Zeit der Bundesrepublik erinnert, ist dem Entwurf zu entnehmen, dass der weitere Pflichtverteidiger in erster Linie dem Interesse der Justiz an der Durchführung des Verfahrens zu dienen bestimmt sein soll, also nicht im ausschließlichen Interesse des Beschuldigten, jedenfalls legt der Referentenentwurf dies nahe.

Der Schritt, die Bestellung weiterer Verteidiger normativ zu regeln, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist die beabsichtigte Regelung nicht befriedigend. Vorzuziehen ist eine Regelung, wonach in den Fällen der §§ 76 Abs. 2 Satz 3, 120, 120b GVG auf Antrag, der einer Begründung nicht bedarf, ein zweiter Pflichtverteidiger bestellt werden soll.<sup>101</sup> Verfahren der genannten Art sind per se schwierig und/oder umfangreich.

#### 9. § 304 Abs. 5 StPO-RefE »sofortige Beschwerde«

Die geltende Rechtslage erlaubt dem Beschuldigten, Entscheidungen im Rahmen der Bestellung eines Pflichtverteidigers mit der einfachen Beschwerde vom Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen. Das BMJV beabsichtigt nunmehr eine den Beschuldigten belastende Änderung, und zwar sollen gerichtliche Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers ausschließlich per sofortiger Beschwerde anfechtbar sein – so § 142 Abs. 5 Satz 1 StPO-RefE »Zuständigkeit und Bestellungsverfahren«, § 143 Abs. 3 StPO-RefE »Dauer und Aufhebung der Bestellung«, § 143a Abs. 3 StPO-RefE »Wechsel des Verteidigers« und § 144 Satz 3 StPO-RefE »Sicherungsverteidiger«.

Dies ist abzulehnen. Art. 8 der PKH-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, beschuldigten und gesuchten Personen bei Verletzung ihrer Rechte nach dieser Richtlinie einen wirksamen – also effektiven – Rechtsbehelf nach nationalem Recht einzuräumen. Die Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens als sofortige Beschwerde beschwert den Beschuldigten bereits durch die äußerst kurze Einlegungsfrist von einer Woche – so § 311 Abs. 2 StPO. Die Problematik kurzer Fristen – insbesondere bei inhaftierten Beschuldigten – sind bekannt, der notwendige Kontakt mit dem Verteidiger innerhalb einer Woche ist realistischweise nicht umsetzbar.

<sup>101</sup> Policy Paper (Fn. 14), 30/31; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 19; *Schlothauer KriPoZ* 2019, 15/16

Auch hat die Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens als sofortige Beschwerde zur Folge, dass Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gem. § 336 Satz 2 StPO als Gegenstand des Revisionsverfahrens ausgeschlossen wären – ein vom BMJV sicherlich einkalkulierter (Neben)Effekt.<sup>102</sup>

Die geplante Änderung widerspricht der Vorgabe der PKH-Richtlinie.

#### IV. AUSBLICK

##### 1.

Betrachten wir die Stellungnahme des DRB, dann müssen wir leider feststellen, dass Teile der Justiz viele Regelungen des Entwurfs nicht für erforderlich halten; insbesondere werde – nach Auffassung des DRB – die notwendige Verteidigung zu stark in das Ermittlungsverfahren hinein ausgeweitet, dies kollidiere mit dem Ziel, Strafverfahren zu straffen und zu vereinfachen.<sup>103</sup> Wenn dann noch, wie aus gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen zu hören war, seitens der Justizverwaltungen der Bundesländer Einwände erhoben werden – insbesondere bezüglich der Kosten –, dann steht zu befürchten, dass wesentliche Regelungen des Referentenentwurfs ein Veto erfahren dürften. Ich hoffe, dass mein Pessimismus eines Besseren belehrt wird.

##### 2.

Die PKH-Richtlinie wird trotz der europarechtlichen Vorgabe nicht bis zum 5. Mai 2019 umgesetzt werden können. Dies lässt das verbleibende Zeitfenster nicht zu. Deshalb einige Gedanken – die nicht weiter ausgeführt werden können, da dies den Rahmen dieses Referats sprengen würde –, welche Möglichkeiten der Verteidigung eröffnet werden, nach dem genannten Zeitpunkt auf die Rechtsprechung zur notwendigen Verteidigung im Sinne der PKH-Richtlinie Einfluss zu nehmen:

<sup>102</sup> *Schlothauer*, ebenda

<sup>103</sup> Stellungnahme DRB November 2018 abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018\\_Stellungnahme\\_DRB\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018_Stellungnahme_DRB_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2)

a. Den Bürger begünstigende Richtlinienbestimmungen können unter europarechtlichen Gesichtspunkten unmittelbar anwendbar sein, wenn die Vorgaben einer Richtlinie trotz Fristablaufs nicht oder nur unzulänglich in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden und von ihrem Inhalt her unbeding und hinreichend bestimmt sind. Inhaltlich unbeding ist die Richtlinie dann, wenn sie weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung versehen ist, hinreichend bestimmt ist sie, wenn sie allgemein und unzweideutig bestimmte Vorgaben zum sachlichen Regelungsgehalt, zum geschützten Personenkreis und zu den durch die Regelung verpflichteten Einrichtungen trifft. Unter diesen Voraussetzungen kommt – ausnahmsweise – eine unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen in Betracht, damit den Normen des Unionsrechts praktische Wirksamkeit verschafft wird. Außerdem soll verhindert werden, dass der Mitgliedstaat aus seiner Säumnis gegenüber dem von der Richtlinie Begünstigten Vorteile zieht.<sup>104</sup>

Ob diese Grundsätze zur unmittelbaren Anwendung der PKH-Richtlinie ab dem 6. Mai 2019 führen werden, kann und soll hier nicht weiter vertieft werden. Allerdings besteht die Möglichkeit der »richtlinienkonformen Auslegung«<sup>105</sup> bestehender Normen im Zeitfenster bis zur normativen Umsetzung der Richtlinie.

In Fällen der Haftvorführung sollten §§ 140 Abs. 2, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO richtlinienkonform im Sinne der PKH-Richtlinie ausgelegt werden. D. h. für diese Fälle, »Legal Aid« ist zu gewähren, notwendige Verteidigung liegt vor, und zwar unabhängig von der Frage, ob § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO nicht sowieso anwendbar wäre.<sup>106</sup> Art. 4 Abs. 4 der PKH-Richtlinie ist insoweit verpflichtend.

Dasselbe gilt nach Art. 4 Abs. 5 der PKH-Richtlinie – wenn die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen – für die Befragung durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht sowie nach Art. 4 Abs. 5 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 c für die dort

104 Zu den genannten Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung nicht umgesetzter EU-Richtlinien *Hecker* ZIS-online 2014, 47 ff., 50

105 *Strein*, EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 110 ff. zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts

106 Siehe Nachweise bei Fn. 47

genannten weiteren Ermittlungshandlungen – Gegenüberstellungen und Tatrekonstruktion. Die Regelungen sind eindeutig; vor einer der genannten Ermittlungshandlungen ist in Fällen notwendiger Verteidigung »Legal Aid« zu bewilligen.

b. In allen Fällen notwendiger Verteidigung, in denen ein Verteidiger bei der ersten Beschuldigtenvernehmung oder den genannten Ermittlungshandlungen oder gar bei der Haftrichtervorführung nicht anwesend war, wird ein Beweis(verwertungs)verbot geltend zu machen sein, wobei insoweit die Widerspruchslösung des BGH beachtet werden muss.<sup>107</sup> Dies hat selbstverständlich auch für die Fälle nicht erfolgter oder unzureichender Belehrung zu gelten.

<sup>107</sup> Bereits für das geltende Recht *Schrepfer* (Fn. 49), 206 ff.; *Mehle* (Fn. 45), 321 ff., 412 f.; *Rohne* (Fn. 19), 227 ff.: spricht sich gegen die Notwendigkeit eines Verwertungswiderspruchs aus; *von Stetten* in FS Graf-Schlicker (Fn. 49), 1053 ff.

Ulf Thiele

## PFLICHTVERTEIDIGERBESTELLUNG

Der NEUEN RICHTERVEREINIGUNG ist es ein Anliegen, neben einer unabhängigen und guten Richterschaft auch eine gute Strafverteidigung sicher zu stellen.

Die Fragestellung unserer Arbeitsgruppe war schon 2011 Gegenstand der Erörterungen auf dem Strafverteidigertag. Tatsächlich hat sich seitdem nicht viel verändert. Nun aber steht die Neuregelung der notwendigen Verteidigung an. Das ändert einiges und begründet erneuten Gesprächsbedarf!

A.

Zunächst sollen unsere wesentlichen Änderungsideen an dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung dargestellt werden:

Grundsätzlich begrüßt die NEUE RICHTERVEREINIGUNG die Zielrichtung des Entwurfes, das nationale Recht den europäischen Richtlinien anzupassen. Dies gilt uneingeschränkt für die Anpassung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) an die europäische Richtlinie, mit der dabei erfolgten erheblichen Ausdehnung der zu erwartenden Anzahl notwendiger Verteidigungen. Auch die angestrebte klarere Systematik und die deutliche Trennung der Fragen ›Vorliegen einer notwendigen Verteidigung‹, ›Zeitpunkt‹ und ›Zuständigkeit der Bestellung eines Verteidigers‹ ist sinnvoll und erfolgreich umgesetzt.

Die mit den vorgeschlagenen Änderungen in der StPO angestrebte zeitlich deutlich frühere Bestellung der notwendigen Verteidigung ist sinnvoll. Sie befördert angemessen, dass durch eine frühere Verteidigung der Beschuldigten nicht nur die Beschuldigtenrechte besser umgesetzt werden. Es wird dadurch auch ermöglicht, etwaiges

Verteidigungsvorbringen, das geeignet ist den Beschuldigtenverdacht wirksam zu entkräften, ressourcensparend früher im Ermittlungsverfahren zu berücksichtigen.

Um sicherzustellen, dass die frühe Bestellung eines Verteidigers auch sinnvollerweise zu früheren Aktivitäten des Verteidigers führen wird, regt die NEUE RICHTERVEREINIGUNG schon jetzt an, die Vergütungen von Verteidigern zu überprüfen. Durch geeignete erhöhende Anpassungen der bisherigen Vergütungsregelungen im Ermittlungsverfahren sollte angestrebt werden, dass eine engagierte Verteidigung im Ermittlungsverfahren für den Verteidiger auch finanziell so lukrativ ist, dass für ihn kein finanzieller Anreiz besteht, etwaige entlastende Umstände erst im Verlauf der Hauptverhandlung zu thematisieren.

Aus Sicht der NEUE RICHTERVEREINIGUNG könnte die Zielrichtung des Gesetzesentwurfes aber bei den vorgesehenen notwendigen Mindestvoraussetzungen im Bereich der StPO für einen Fall der notwendigen Verteidigung punktuell noch optimaler umgesetzt werden.

Im Einzelnen schlägt die Neue Richtervereinigung folgende Änderungen am Gesetzesentwurf vor:

a. Die Mindestvoraussetzung einer notwendigen Verteidigung ist von einem Jahr auf sechs Monate Freiheitsstrafe herabzusetzen. Die Erwartung einer Verurteilung auch zu einer Freiheitsstrafe von »nur« sechs Monaten bis zu einem Jahr ist aufgrund ihrer erheblichen Auswirkungen auf die Angeklagten so erheblich, dass sie eine notwendige Verteidigung auslösen sollte.

Bei dieser Forderung ist der NRV bewusst, dass bei den Strafverteidigern auch Überlegungen bestehen, die Schwelle für die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung auf nur 90 Tagessätze herabzusetzen. Die NRV folgt aber bei ihrer Entscheidung dem jetzigen Regelungsgehalt des § 47 StGB, wonach in der Regel diese Strafen nur als Geldstrafen ausgeurteilt werden sollten. Bei der Forderung einer niedrigeren Grenze als sechs Monaten für eine notwendige Verteidigung wird zudem nicht bedacht, dass eine notwendige Verteidigung potentiell auch mit nicht unerheblichen Mehrkosten für einen Verurteilten verbunden sein wird. So würde im Falle der Verurteilung eines ›Hartz IV‹-Empfängers die Geldstrafe von 160 Tagessätzen à 8 Euro



durch die Kosten der Pflichtverteidigung weit übertroffen werden.

Die NRV verkennt nicht, dass es auch bei zu erwartenden Strafen bis zu sechs Monaten für den Angeklagten sinnvoll sein könnte, sich verteidigen zu lassen. Da aber im bisherigen System der notwendigen Verteidigung eine Berücksichtigung des Wunsches des Angeklagten bislang nicht vorgesehen ist, wird eine weitere Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf Verfahren mit einer Straferwartung von unter sechs Monaten zurzeit nicht unterstützt.

Um der Überlegung Rechnung zu tragen, dass die zwangsweise Bestellung eines Verteidigers nicht immer dem nachvollziehbaren Interesse eines Beschuldigten entsprechen wird, sollte zudem für den Bereich von Strafen unterhalb eines Jahres auch ein Widerspruchsrecht des Beschuldigten gegen die Bestellung einer notwendigen Verteidigung ermöglicht werden.

b. Die notwendige Verteidigung sollte auch begründet sein, wenn erst durch die Bildung von Gesamtstrafen, von nachträglichen Gesamtstrafen oder auch durch Addition aller gegen den Beschuldigten verhängter Freiheitsstrafen, die Grenze der notwendigen Verteidigung von sechs Monaten (bzw. 1 Jahr) überschritten wird, sei es mit oder ohne Bewährung. Eine entsprechende Klarstellung im Gesetz sollte erfolgen.

c. Die Forderung einer Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf alle Fälle der Strafbefehle ist für die NRV keine geeignete Lösung, bestehende Probleme beim Strafbefehlsverfahren und insbesondere bei der Vollstreckung von nichtbezahlten Geldstrafen zu begegnen. Insbesondere würde damit die auch von vielen Verurteilten begrüßte einfachere und preiswertere Verfahrenserledigung durch einen Strafbefehl infolge der angemessenen Vergütung eines notwendigen Verteidigers erheblich und aus Sicht vieler Verurteilter auch unnötig kostenaufwändiger. In vielen Strafbefehlsverfahren würde die Bezahlung der notwendigen Verteidigung für den Verurteilten kostenaufwändiger sein, als die verhängte Geldstrafe.

d. Nicht bedacht werden im bisherigen Gesetzesentwurf die Verfahren zum Widerruf der Bewährung und insbesondere die Vollstreckungsverfahren. Dies gilt es zu ändern. Die NRV fordert zusätzlich stets auch eine notwendige Verteidigung, wenn der Widerruf einer

Freiheitsstrafe wegen Verstoß gegen Auflagen und Weisungen geprüft wird.

Im Falle eines Widerrufs aufgrund einer erneuten Straftat sollte zusätzlich aber nur dann ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegen, wenn im Verfahren, in dem die neue Straftat festgestellt wurde, die nun Anlass für den Widerruf geben soll, kein Verteidiger bei der Hauptverhandlung oder im Rahmen des Verfahrens oder bei der Abgabe des für den Widerruf wesentlichen richterlichen Geständnisses der neuen Straftat anwesend war.

B.

Nun komme ich zu einem Themenabschnitt in dem an sich bislang keine Änderungen vorgesehen sind, was sich aber Anbetracht der Anwaltslobby im Parlament vielleicht noch etwas ändern könnte. Es ist ein Thema dem in den letzten Jahren viele Beiträge von Strafverteidigern mit sehr stimmungsvollen Begrifflichkeiten gewidmet wurden: »Nepotismus«, »Korruption«, »Intransparenz«, »Mauscheleien«... Es geht also um die Beiordnungspraxis von Pflichtverteidigern, die laut dem geltenden Recht Richter vorzunehmen haben, wenn der Angeklagte oder der Beschuldigte sich selbst keinen Verteidiger auswählt.

Seit langem sage ich dazu: »Die richterliche Beiordnung eines Pflichtverteidigers ist nur ein Notnagel! Es ist höchste Zeit den Betroffenen durch bessere Information und Angebote einen einfacheren Zugang zu qualifizierten Verteidiger zu ebnen.« Ich halte die Beiordnung von Pflichtverteidigern für keine besonders attraktive Richtertätigkeit. Es wäre mir viel wichtiger dafür zu sorgen, dass die richterliche Beiordnung eines Pflichtverteidigers immer seltener nötig wird und durch bessere Information der Beschuldigten überflüssig wird. Die Beschuldigten sollten mehr und mehr motiviert und in die Lage versetzt werden, ihr eigenes Wahlrecht, einen Verteidiger zu bestimmen, auch wirklich auszuüben. Dazu sollten Sie sich, die Verteidiger und ihre Standesorganisationen, in erster Linie selbstkritisch reflektierend fragen, welche Gründe so viele Beschuldigte davon abhalten, eigenständig Kontakt zu ihnen zu finden und warum sich die Beschuldigten lieber einen Verteidiger durch Rich-

terpersonen vorsetzen lassen, als einen Verteidiger frei zu wählen. Wenn Sie als Verteidiger nicht glauben, dass die gute Qualität der richterlichen Beiordnung und das Vertrauen in die Richterschaft dafür ursächlich ist, dann sollten sie sich fragen: Wie können wir Strafverteidiger verstärkt eine Verteidigerwahl durch die Beschuldigten selbst erreichen?

Ich selbst habe in den letzten Jahren keine wesentlichen Verbesserungen bei den Informationsangeboten für Beschuldigte festgestellt, die eigenständig einen geeigneten Strafverteidiger per Telefon oder Internet finden möchten. Unternimmt man z.B. selbst den Versuch, einen geeigneten Verteidiger für einen Beschuldigten zu finden und macht eine entsprechende Eingabe im Internet oder auf der Seite einer der Strafverteidigerorganisationen, ›Suche Strafverteidiger‹, so findet man jedenfalls keine Angebote, bei denen man Strafverteidiger nach Qualitäten auswählen könnte. Die RA-Kammer verweigert in Hamburg jede Empfehlung und schlägt nach mehrfachem Klicken einem nur drei RA-Namen ohne nähere Hinweise vor. Ersatzweise wird man auf die gesamte Liste aller Pflichtverteidiger in Hamburg allein differenziert nach Sprachkenntnissen und Kanzleisitz verwiesen. Zudem wird auf eine Notdienstnummer hingewiesen. Ein immerhin löbliches Angebot, doch auch bei dieser Notrufnummer weiß der anrufende ›Kunde‹ nie, an welchen Qualitätsverteidiger er gerät und ob dieser überhaupt Zeit und Lust hat, den Anrufer auch auf einer abgelegenen Polizeidienststelle zu erreichen. Bislang gibt es jedenfalls keine nach inhaltlichen Qualitäten mögliche Verteidigerauswahl für einen Beschuldigten, keinerlei Auswahlkriterien werden für den Kunden beschrieben. Dies ist übrigens auch deshalb bemerkenswert, weil in ihrer Stellungnahme des Organisationsbüros des Strafverteidigertages vehement die Offenlegung der Auswahlkriterien gefordert wird, die durch die Richterschaft angewendet werden. Die NRV stellt jedenfalls fest, dass der bisherige Gesetzesentwurf die Regeln für das Bestellungsverfahren bei einer notwendigen Verteidigung durch die Gerichte unverändert lassen will. Damit könnte die NRV ›leben‹. Die NRV ist aber zu diesem Themenkomplex auch offen für einen weiteren intensiven Meinungsaustausch und für die Entwicklung einer tatsächlich besseren Lösung. Zurzeit erscheint

aber für die NRV nicht belegt, dass eine Bestellung der notwendigen Verteidiger z.B. auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammer oder durch die Verwendung rollierender Listen zu besseren Ergebnissen für die Beschuldigten führt. Es ist bislang nicht dargetan, wie die Rechtsanwaltskammer praktisch aus der Vielzahl an möglichen Verteidigern ohne detaillierte Aktenkenntnis den ›richtigen‹ besser auswählen will, als ein Richter mit Aktenkenntnis. Es ist weiter praktisch nicht dargetan, wie die Rechtsanwaltskammer mit der häufig auch eingeforderten gerechteren Verteilung aller notwendigen Verteidigungen auf alle interessierten unter gleichzeitiger Berücksichtigung des Interesses des Beschuldigten, den jeweils besten Verteidiger zu erhalten, besser umgehen kann, als die Richterschaft. Der teilweise scheinbar ernsthaft vertretende Vorschlag, nach einer elektronischen Liste alle Verteidiger zuzuteilen, erfüllte nicht die durch Art. 7 der EU-Richtlinie geforderte Sicherung einer angemessenen Qualität. Listen abzuhaken, dient nur einer zweckfremden Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Verteidiger, nicht aber den Beschuldigten. Diese möchten den jeweils für sie besten und nicht nur den nächsten Strafverteidiger haben.

Soweit Listen mit Informationen zur Qualifikation als Fachanwalt und mit Fortbildungsnachweisen angedacht werden, erscheint auch dies noch als zu dürftige Informationsgrundlage. Auch so werden nur formalisierte Kriterien angeboten, mit denen man der Besonderheit des einzelnen Falles nicht ausreichend gerecht wird. Jedenfalls nicht wie es Richter mit Aktenkenntnis könnten. Dennoch verschließt sich die NRV keinem Versuch, den notwendigen Verteidiger von der Rechtsanwaltskammer den anfragenden Beschuldigten und Gerichten vorgeschlagen zu lassen. Mag man den Kunden derartige inhaltsschwache Listen anbieten. Erst eine praktische Erprobung wird zeigen, ob unter den Gesichtspunkten einer möglichst schnellen Bestellung eines notwendigen Verteidigers, einer möglichst von Korruptionsvorwürfen freien Bestellung von notwendigen Verteidigern, einer qualitativ hochwertigen Verteidigung sowie einer unter Verteilungsgesichtspunkten gerechten Bestellung eine insgesamt bessere notwendige Verteidigung erreicht wird. Zurzeit ist die Neue Richtervereinigung aufgrund der eigenen gewonnenen Erfahrungen hiervon noch nicht überzeugt.

Zu bedenken gibt die NRV außerdem, dass durch den mit diesem Gesetzesvorhaben abgeänderten Bestellungszeitpunkt eines notwendigen Verteidigers auch Änderungen im Bestellungsverfahren verbunden sein werden, die ganz neue Probleme mit sich bringen können. Bei einer Umsetzung des Gesetzesentwurfes werden überwiegend notwendige Verteidiger zu einem Zeitpunkt gesucht werden, wenn mit dem Beschuldigten unmittelbar nur die Polizei befasst ist. Es wird also auch darauf ankommen, welchen Einfluss die Polizei auf das Bestellungsverfahren der notwendigen Verteidigung nehmen wird. Dabei wird schwer auszuschließen sein, dass diese Wahl aufgrund von Empfehlungen oder aufgrund von Visitenkarten erfolgt, die dem Beschuldigten durch Polizeibeamte ›hilfreich‹ und mit Hilfe besonders geschäftstüchtiger Verteidiger zur Verfügung gestellt werden. Um denkbaren Fehlentwicklungen vorzugreifen, wäre es deshalb sinnvoll im Gesetzesvorhaben klarzustellen, unter welchen Regularien Polizeidienststellen derartige Hilfe leisten dürfen.

### C.

Zudem einige Anmerkungen zum ›Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten in Jugendstrafverfahren‹, die auch die Fragen der notwendigen Verteidigung - in Jugendstrafverfahren - betreffen.

1. Trotz der Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf alle Verfahren vor dem Jugenderschöffengericht sieht der jetzige Gesetzesentwurf weiterhin durch Verweis auf § 140 Abs.1 Nr. 2 StPO-E eine notwendige Verteidigung für denjenigen Fall vor, dass Gegenstand der Anklage ein Verbrechenstatbestand ist. Dies sollte für den Geltungsbereich des JGG nicht weiter neben der notwendigen Verteidigung bei Jugenderschöffungsverfahren vorgesehen werden. Warum sollte eine notwendige Verteidigung erfolgen, wenn weder JGH, STA noch Gericht das Bestehen von schädlichen Neigungen oder das Vorliegen einer Schwere der Schuld nicht einmal für möglich halten? Eine andere Entscheidung des Gesetzgebers würde suggerieren, dass immer dann, wenn einem Jugendlichen ein Verbrechenstatbestand vorgeworfen wird, ein Fall der notwendigen Verteidigung – mithin eine Jugendstrafe – zu verhängen wäre. Wenn dies gewollt ist, so lehne

ich dies ab. Die Anforderungen der ›schädlichen Neigungen‹ und einer konkreten verwirklichten Schwere der Schuld sind viel geeigneter nach erzieherischen Gesichtspunkten auf den Jugendlichen zu reagieren und deshalb völlig ausreichend eine notwendige Verteidigung zu begründen.

2. Kurz festzustellen bleibt, dass Arrest natürlich Freiheitsentzug ist und es daher auch stets der Pflichtverteidigung bedarf, wenn ein Arrest in der Hauptverhandlung verhängt wird.

3. In Jugendstrafsachen sollten nur Verteidiger mit ›erzieherischer Befähigung‹ auftreten, entsprechend dem auf Richter und Staatsanwälte bezogenen § 37 JGG. Auch für Verteidiger sollte gem. Art.20 Abs. der EU Richtlinie eine Fortbildungspflicht gelten, wie für Jugendrichter und Jugendstaatsanwälte zumindest gesetzlich, am liebsten bei allen noch strenger kontrolliert! Die Verteidigung Jugendlicher erfolgt in mehrfacher Hinsicht unter anderen Prämissen als die nach allgemeinem Strafrecht: Ein Verteidiger kann, jedenfalls dann, wenn er als Wahlverteidiger von den Eltern oder Erziehungsberechtigten eines Jugendlichen bezahlt wird, unterschiedlichen Erwartungshaltungen ausgesetzt sein. Und auch die Interessen des Jugendlichen können in der oben dargestellten Weise ambivalent sein. Dies sollte ein Verteidiger ebenso berücksichtigen können, wie er sich selbstverständlich in dem Jugendstrafrecht seinem besonderen Sanktionskatalog auskennen sollte. Wünschenswert wären zudem, wenn Verteidiger über Kenntnisse der Kriminologie und der Entwicklungspsychologie verfügen würden.

4. Die Erörterung der sehr spannenden Frage, wie die schutzwürdigen Interesse des zu verteidigenden Jugendlichen zu definieren sind, möchte ich hier nur anreißen. Leider äußert sich weder die EU-Richtlinie noch der Gesetzesentwurf dazu.

Ich gehe davon aus, dass auch für die Verteidigung eines Jugendlichen der allgemeine Grundsatz einer Orientierung am Kindeswohl gilt. Die Verteidigung darf deshalb nicht unberücksichtigt lassen, dass ein Jugendlicher nicht nur Anspruch auf Schutz hat, sondern auch einen ›Anspruch‹ auf Erziehung und Grenzsetzung. Dies beinhaltet eine Betrachtung, die nicht nur an den kurzfristigen Konsequenzen

bestimmter Verhaltensweisen orientiert ist, sondern auch an den langfristigeren Folgen, insbesondere an dem, was ein Jugendlicher im Sinne von Sozialisation und Erziehung lernt.

Es wäre unter Berücksichtigung dessen sicher spannend zu klären, ob die schutzwürdigen Interessen des Jugendlichen unabhängig von der Beweislage nicht auch Geständnisse und Verurteilungen zu sinnvollen erzieherischen Reaktionen erfordern und ob nicht auch ein Strafverteidiger sich dafür einzusetzen hätte.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!





Prof. Dr. Matthias Jahn  
Dr. Sarah Zink

## »(WIE) WOLLE MER SE REILASSE?«: VERTEIDIGER DER ERSTEN STUNDE AUCH IN DEUTSCHLAND ANTE PORTAS

BEWERTUNG DER VORSCHLÄGE UND POSITIONEN  
ZUR REFORM DES RECHTS DER NOTWENDIGEN  
VERTEIDIGUNG IN DEUTSCHLAND UNTER  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN UND JUSTIZPOLITISCHEN  
ASPEKTEN<sup>1</sup>

### I. EINFÜHRUNG UND DIE RECHTSPOLITISCHE AUSGANGSLAGE IN EUROPA

»*Wolle mer se reilasse?*«: ein das Kommende bejahendes rheinländisches Motto, dem Leben ganz zugewandt, das als Titel dieses Beitrags aber noch nicht ganz passt.

Denn unsere Überlegungen werden darzustellen versuchen, dass sich die Frage so rechtlich überhaupt nicht mehr stellt. Es geht nicht darum, *ob* »mer se reilasse wolle«, sondern geklärt werden muss nur noch, *in welcher Gestalt* »mer se reilasse wolle«, unter welchen Kautelen der Verteidiger der ersten Stunde also in der Bundesrepublik Deutschland zukünftig praktisch tätig werden kann. Zu entscheiden

<sup>1</sup> Die ursprüngliche Fassung des Vortrags, den der *Erstverf.* am 23.3.2019 in Regensburg auf dem 43. Strafverteidigertag in der Arbeitsgruppe 8 (Pflichtverteidigerbestellung) gehalten hat, wurde durch Überlegungen zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 12.6.2019, BRats-Ds. 364/19 vom 9.8.2019 ergänzt, hier zitiert nach der online abrufbaren Fassung unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige\\_Verteidigung.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html), im Folgenden »BR<sub>Reg</sub>, RegE Notwendige Verteidigung« (zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 26.8.2019).

hat der deutsche Gesetzgeber nur noch, wie genau das Ziel der Richtlinie (EU) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls<sup>2</sup> nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist am 5.5.2019<sup>3</sup> nunmehr unverzüglich richtlinienkonform umzusetzen ist.

Den Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen markiert deshalb die Legal Aid-Richtlinie (EU) 2016/1919. Wir erwähnen das, weil die Leserin oder den Leser bei der Lektüre einiger aktueller rechtspolitischer Stellungnahmen aus Deutschland, vor allen aus einigen Bundesländern, das Gefühl beschleichen könnte, die Bundesrepublik habe bei der Verhandlung dieser Richtlinie in Brüssel im letzten Jahrzehnt kein rechtliches und politisches Gehör gewährt bekommen. Die Richtlinie ist indes im Oktober 2016 vom Europäischen Parlament verabschiedet worden; es hatte zum damaligen Zeitpunkt 677 stimmberechtigte Mitglieder. Von diesen haben sich 569, also eine überwältigende Mehrheit, für die Annahme der Richtlinie ausgesprochen.<sup>4</sup> Nach der Diskussion im Rat der Europäischen Union ist die Legal Aid-Richtlinie auch dort fast einstimmig angenommen worden; eine einzige Gegenstimme kam aus Polen.<sup>5</sup> Das zeigt zum einen eine politische Einigkeit, die für heutige europäische Verhältnisse bemerkenswert ist. Und zum anderen möchten wir damit markieren, dass die richtige Zeit für eine Fundamentalopposition gegen das Ziel dieser Richtlinie seit vielen Jahren abgelaufen ist.

Europa hat mit der Legal Aid-Richtlinie einen Ton gesetzt, für den es im strafrechtlichen Kontext lange nicht unbedingt bekannt

2 Abl. EU 2016 L 297 v. 3.11.2016, S. 1-8.

3 Korrigendum der Umsetzungsfrist ABI EU v. 5.4.2017, L 91 S. 40 (nicht erst, wie u.a. noch im Referentenentwurf Notwendige Verteidigung auf S. 1 angegeben, der 25.5.2019; abrufbar unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_notwendige\\_Verteidigung.pdf;jsessionid=5F2C6BCD7A67110290AD60EB93B1238A.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_notwendige_Verteidigung.pdf;jsessionid=5F2C6BCD7A67110290AD60EB93B1238A.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2), im Folgenden »BMJV, RefE Notwendige Verteidigung«). Zu den praktischen Folgen der nicht-fristgerechten Umsetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung der § 140 ff. StPO seit dem 6.5.2019 siehe *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (327 ff.).

4 Nachzulesen unter [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20161004+RES-VOT+DOC+PDF+V0//DE&language=DE](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20161004+RES-VOT+DOC+PDF+V0//DE&language=DE), Nr. 6.

5 Ratsdok. 13484/16.

war.<sup>6</sup> Europäisches Strafrecht stand aus Sicht einer kritischen deutschen Wissenschaft im materiellen Recht seit Jahrzehnten für ein Programm flächendeckender Kriminalisierung, insbesondere in allen Bereichen, die die – weit verstandenen – finanziellen Interessen der Europäischen Union betrafen.<sup>7</sup> Das Pendant im Verfahrensrecht war der Regelungsbürokratismus Brüsseler Prägung. Doch hat, wie es *Dominik Brodowski* im *Strafverteidiger* formuliert hat,<sup>8</sup> Europa mit der Legal Aid-Richtlinie für Viele überraschend »geliefert«. Der Kontext dieser wichtigen Sendung ist das Stockholmer Programm. Die Inhalte hätte sich die deutsche Ratspräsidentschaft gerne zugute gehalten, weil sie für starke Verfahrensrechte engagiert gestritten hat. Es war aber erst der nachfolgenden Präsidentschaft Schwedens in der zweiten Jahreshälfte 2009 vergönnt, das rechtspolitische Programm der Stärkung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten durchzusetzen. Dies alles geschah – auch dieser nüchtern-analytische Blick sei gestattet – natürlich nicht nur, um die originäre Bedürfnislage von Beschuldigten zu befriedigen, und schon gar nicht, um Verteidigerinnen und Verteidiger als *Stakeholder* besser in Szene zu setzen, sondern mit einer klaren funktionellen Mission: Um ein Mehr an Mindestvertrauen in Europa herbeizuführen, damit im justiziellen Kontext die gegenseitige Zusammenarbeit gestärkt würde und dadurch die europäische Rechtshilfe anzukurbeln – auch dies ist ein Aspekt des Themas.

Der Handlungsrahmen ändert indes nichts daran, dass das, was bewirkt wurde, für die Verteidigungsrechte in den letzten zehn Jahren in vielen Bereichen deutlich mehr ist, als das, was aus deutscher Rechtspolitik ohne europäischen Einfluss hätte herrühren können.<sup>9</sup> In diesen Kontext der begrüßenswerten Operationalisierung des Stockholmer Programms gehört insbesondere die Richtlinie (EU) 2013/48 über den Zugang zum Rechtsbeistand,<sup>10</sup> die zwei wichtige Rechtsände-

6 Siehe zum Nachfolgenden unter I.-III. bereits *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (319 f.).

7 Genauer dazu – je m.w.N. – *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (319 f.); *dies.*, Ist Vertrauen ein Qualitätsmerkmal notwendiger Verteidigung? Lehren und Belehrungen aus der Legal Aid-Richtlinie und ihrer Umsetzung im Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung, in: *Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton (im Erscheinen)*.

8 *Brodowski*, *StV* 8/2017, S. I (Editorial), [www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial\\_StV\\_2017\\_08.pdf](http://www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial_StV_2017_08.pdf).

9 Vgl. nochmals *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (323).

10 *Abl. EU* 2013, L 294 v. 6.11.2013, S. 1-12.

rungen nach sich gezogen hat, für die sich nicht nur Verteidigerinnen und Verteidiger hierzulande jahrzehntelang – erfolglos – engagiert hatten. Erst aus Brüssel konnten sie über die Transmissionswirkung des Instruments der Richtlinie machtvoll durchgesetzt werden. Dazu gehört der Hinweis auf die »Erste Hilfe« bei der Ermöglichung des Verteidigerkontakts und der Hinweis auf anwaltliche Notdienste in der Belehrung in § 136 Abs. 1 S. 3-4 StPO<sup>11</sup> – wenn auch derzeit noch nicht mit den revisionsrechtlichen gebotenen Konsequenzen bei den Beweisverwertungsverböten<sup>12</sup> – sowie das *Salduz*-Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung, das in der deutschen Rechtswissenschaft seit der Rechtsprechung des EGMR<sup>13</sup> ein Jahrzehnt lang stark geschrieben wurde – allerdings praktisch wirkungslos. Nun aber haben die Straßburger Impulse über ihre Umsetzung in der Brüsseler Richtlinie 2013/48 den Verweis in § 163a Abs. 4 S. 3 StPO n.F.<sup>14</sup> auf § 168c Abs. 1 und 5 StPO mit den entsprechenden Benachrichtigungspflichten endlich wirkmächtig werden lassen.

## II. DIE RECHTSPOLITISCHE AUSGANGSLAGE IN DEUTSCHLAND

Dies (und noch einiges mehr) ist schon auf der Habenseite zu verbuchen, während die Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie seit dem 5.5.2019 im Soll steht.<sup>15</sup> Die rechtspolitische Ausgangslage in Deutschland wird durch teilweise außergewöhnlich detailliert formulierte Gesetzentwürfe geprägt. Dazu gehören die Papiere der Arbeitsgruppe *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*,<sup>16</sup> das Policy Paper der *Strafverteidi-*

11 Eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.8.2017 (BGBl. I S. 3295), in Kraft getreten am 5.9.2017.

12 Vgl. BGH StV 2019, 159 m. abl. Anm. *Ransiek*; abl. – jedenfalls seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Legal Aid-Richtlinie am 5.5.2019 – auch Anm. *Ahlbrecht/Fleckenstein*, StV 2019, 661 und *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (328 f.).

13 EGMR Ur. v. 27.11.2008 – 36391/02 – *Salduz/Türkei*; vgl. dazu BT-Ds. 18/9534, S. 23.

14 Ebenfalls eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.8.2017 (BGBl. I S. 3295), in Kraft getreten am 5.9.2017.

15 Siehe zum Nachfolgenden nochmals *Jahn/Zink*, in: *Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton* (Fn. 7).

16 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 ff.

gerverscheinungen<sup>17</sup> sowie, natürlich, der Referentenentwurf des *BMJV*.<sup>18</sup> Zum RefE Notwendige Verteidigung ist seit dem 11.10.2018 eine Vielzahl an Stellungnahmen von Stakeholdern publiziert worden, die auf der Homepage des *BMJV*<sup>19</sup> übersichtlich zusammengestellt sind. Danach sind im Rahmen des in diesem Band dokumentierten 43. Strafverteidigertags 2019 noch die Regensburger Thesen entstanden, die sich auch mit der Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie befassen.<sup>20</sup> Seit dem 12.6.2019, also etwas mehr als einen Monat nach Ablauf der Umsetzungsfrist und fast drei Monate nach dem Regensburger Strafverteidigertag, liegt ein Regierungsentwurf vor,<sup>21</sup> dessen parlamentarische Behandlung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags und Umsetzung für die zweite Jahreshälfte 2019 ansteht, bis zum 44. Strafverteidigertag in Berlin also abgeschlossen sein *sollte*.

### III. KONSENSBEREICH BEI DER RICHTLINIEN-UMSETZUNG

Im Folgenden ist zunächst der Konsensbereich der Richtlinien-Umsetzung zu identifizieren.

Das ist zum einen die Streichung der Dreimonatsfrist bei der Anstaltsunterbringung nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO.<sup>22</sup>

Ebenso besteht dahingehend Konsens, dass es sich bei der Vernehmung, die nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO von besonderer Bedeutung zur Wahrung der Rechte der/des Beschuldigten ist, also insbesondere

17 *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung, [www.strafverteidigertag.de/Material/PP\\_Pflicht\\_web%20Kopie.pdf](http://www.strafverteidigertag.de/Material/PP_Pflicht_web%20Kopie.pdf).

18 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3).

19 Stellungnahmen des *Deutschen Anwaltvereins (DAV)*, *Deutschen Richterbunds*, der *Neuen Richtervereinigung (NRV)*, *Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV)*, der *Strafverteidigervereinigungen*, des *Deutsche Strafverteidiger e.V.* und der *Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)*, alle online abrufbar unter [www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige\\_Verteidigung.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html) (vgl. Fn. 1).

20 *Strafverteidigervereinigungen*, Regensburger Thesen zum Strafprozess, [www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Material%20Strafverteidigertage/regensburgerthesen.pdf](http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Material%20Strafverteidigertage/regensburgerthesen.pdf). Weitere Stellungnahmen aus der Wissenschaft sind nachgewiesen bei *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (323 f.).

21 *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1).

22 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 475 (486); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (63); *Schlothauer*, StV 2018, 169 (171); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 22; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 20, 28, 32; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 2, 17.

die haftrichterliche Vernehmung,<sup>23</sup> um ein materielles Kriterium handelt (»Warum« der notwendigen Verteidigung) und dieser Fall deshalb systematisch in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO transferiert werden sollte. Es geht hier nicht nur um den bloßen Zeitpunkt der Verteidigerbestellung (»Wann«), der in § 141 StPO geregelt wird.<sup>24</sup>

Ebenso in einem weiter verstandenen Konsensbereich liegt die zeitliche Vorverlagerung der Verteidigerbestellung, insbesondere im Sinne der *Salduz*-Rechtsprechung<sup>25</sup> auf den Zeitpunkt der ersten Befragung durch die Polizei nach § 163a Abs. 3 S. 4 StPO.<sup>26</sup> Hier gibt es nur kleineren Dissens im Randbereich zu Phänomenen wie der Tatortrekonstruktion, die etwa das *BMJV* und die *Bundesregierung* in ihren Entwürfen nicht berücksichtigen, die wir<sup>27</sup> aber von der Legal Aid-Richtlinie erfasst sehen, auch wenn das in der Praxis jedenfalls keine herausragende Bedeutung haben mag. Ebenso einhellig erfasst ist die zeitliche Vorverlagerung auf die Befragung durch die Staatsanwaltschaft nach § 163 Abs. 4 S. 2 StPO<sup>28</sup> sowie auf Identifizierungsgegenüberstellungen nach § 58 Abs. 2 StPO.<sup>29</sup>

23 *Meyer-Gößner/Schmitt-StPO*, 62. Aufl. 2019, § 141 Rn. 5a ff. im Anschluss an *Schlothauer*, StV 2017, 557 entgegen der aml. Begründung; a.A. *Tully/Wenske*, NStZ 2019, 183 ff.

24 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (63 f.); *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung in § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RefE (Fn. 3), S. 6. Zu dem – mit § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RegE (*BReg*, RegE Notwendige Verteidigung [Fn. 1, S. 2]) zunächst entschiedenen – Meinungsstreit bereits ausf. *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (324 Fn. 49).]

25 EGMR Urt. v. 27.11.2008 – 36391/02 – *Salduz/Türkei*. Zum europarechtlichen Kontext LR-StPO/*Jahn*, 27. Aufl. (*im Erscheinen*), § 137 Rn. 3.

26 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (490); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (58, 65); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 25; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 35; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 36.

27 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (482 ff.); zustimmend *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 20. Zu einer konventionskonformen bzw. objektiv-teleologischen Auslegung der Vorschriften über die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren vor Erlass der PKH-Richtlinie bereits *R. Hamm*, FS Lüderssen, 2002, S. 717 (725); *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 (827); *B. Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 263; *Rohne*, Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren, 2011, S. 58 f., 155 ff.

28 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (490); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (58); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 25.

29 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (481); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (57 f.); *Schlothauer*, StV 2018, 169 (172); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 20; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 35; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 36.

#### IV. DISSENS BEI DER RICHTLINIEN-UMSETZUNG

Dissens bezüglich des »Wie« der Umsetzung besteht insbesondere mit Blick auf die folgenden Aspekte, die im Anschluss näher beleuchtet werden sollen:

- Die anzusetzende Mindestgrenze in einer Neufassung des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO,
- die Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers bei Nutzung und/oder Nicht-Gebrauch des Bezeichnungsrechts der oder des Beschuldigten,
- den Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO in der Belehrung der oder des Beschuldigten,
- die Ausnahmen von der Verteidigerbestellung in § 141 Abs. 3 StPO-RefE bzw. § 141a StPO-RegE sowie
- einen Ausblick, den wir heraufziehenden Gefahren durch ein sog. »Verzichtsmodell« widmen möchten, da dies unserer Erwartung nach in den nächsten Monaten die rechtspolitische Diskussion beherrschen wird.

##### 1. Erweiterung des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO und konkretes Ausmaß der Erweiterung auf bestimmte Mindeststrafverurteilungen

Während Einigkeit besteht, jedenfalls im Sinne von Rechtssicherheit bestehen sollte,<sup>30</sup> dass in § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine Mindeststrafverurteilung als Fall notwendiger Verteidigung normiert werden soll, besteht Uneinigkeit darüber, welcher Schwellenwert festgelegt werden sollte. Dies geht so weit, dass sogar der letztjährige Referentenentwurf in sich unschlüssig war. Während das *BMJV* im einführenden Teil des Gesetzesentwurfs noch von einer Mindeststrafverurteilung von sechs Monaten sprach,<sup>31</sup> ist in der Gesetzesbegründung selbst von einer Mindeststrafverurteilung von einem Jahr die Rede.<sup>32</sup> Die

30 Nunmehr regelt der RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1) mit § 140 Abs. 1 StPO-RegE keine explizite Mindeststrafverurteilung mehr.

31 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 2.

32 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 6.

*BRAK*<sup>33</sup> fordert eine Mindeststraferwartung von sechs Monaten als Schwellenwert, ebenso wie die *Neue Richtervereinigung*.<sup>34</sup> Darunter liegt die Forderung des *Republikanischen Anwältinnen und Anwälte-Vereins*, der die Schwelle bei jeder Form einer zu erwartenden *Freiheitsstrafe* ansetzen will.<sup>35</sup> Unterboten wird der *RAV* nur noch von den *Strafverteidigervereinigungen*,<sup>36</sup> die bereits ab einer drohenden Straferwartung von mehr als 90 Tagessätzen einen Fall notwendiger Verteidigung normieren möchten.

Soweit im vorstehenden Zusammenhang mit EGMR-Rechtsprechung argumentiert wird, ist zunächst zu sehen, dass der EGMR in der Rechtssache *Mikhaylova vs. Russland* klargestellt hat, dass der EMRK ein konkreter Schwellenwert nicht zu entnehmen ist.<sup>37</sup> In der rechtspolitischen Debatte ist das deshalb relevant, weil es ein Leichtes ist, für diverse – sich widersprechende – Schwellenwerte jeweils Einzelfallentscheidungen des EGMR anzuführen.<sup>38</sup> Seinen Grund findet dies in dem eingeschränkten Prüfprogramm des EGMR, das Rücksicht auf die nationalstaatlichen Besonderheiten des zugrunde liegenden Falles nimmt (*margin of appreciation*).<sup>39</sup> Z.T. hat sich der EGMR zu Verfahren in Staaten positioniert, die Institute kennen, die dem deutschen System fremd sind, bspw. die sog. Präventiv- oder Erzwingungshaft, wie sie im Vereinigten Königreich existiert. Deshalb lassen sich aus solchen Einzelfallentscheidungen keine konkreten oder gar zwingenden Rückschlüsse auf die spezielle Frage der deutschen Pflichtverteidigerbestellung ableiten, weil der EGMR diese Fragen lediglich im Wege einer Gesamtbetrachtung der denkbaren Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als Unterausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einzelfall zu entscheiden hat.<sup>40</sup> Dies bedeutet für die hier im Zentrum stehende Frage, dass es

33 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 8 f.

34 *NRV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 2 f.

35 *RAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 4.

36 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 5.

37 EGMR Urt. v. 19.11.2015 – 4699888/08 – *Mikhalova/Russland*, Tz. 82.

38 Vgl. nur MüKo-StPO-EMRK/*Gaede*, Bd. 3/2, 2018, Art. 6 Rn. 210.

39 Hierzu näher *Esser*, StV 2005, 348 (352); *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (598, 603); *Maunz/Dürig-GG/Walter*, Stand 86. EL 1/2019; Art. 93 Rn. 176 f.

40 *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (592 f.); MüKo-StPO-EMRK/*Gaede* (Fn. 38), Art. 6 Rn. 209.



nicht nur auf die Dauer des Freiheitsentzugs als solche ankommt, sondern als weiteres Kriterium auch darauf, wie komplex der Fall ist. Aus diesen Einzelaspekten der Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass fast jedes Judikat des EGMR für einen der Schwellenwerte mobilisiert werden kann, weshalb davon abgesehen werden sollte, die genannten Schwellenwerte zu verabsolutieren. Dies gilt umso mehr, als die Entscheidungen nur *inter partes* wirken<sup>41</sup> und Deutschland in diesem Zusammenhang bisher nicht verurteilt wurde. Deshalb muss die Antwort auf die hier inmitten stehende Frage im deutschen rechtspolitischen Diskurs beantwortet werden. Die Rechtsprechung des EGMR wirkt hier allenfalls insoweit richtungsweisend, als dass Werte ab einer Mindeststrafverurteilung von sechs Monaten auch rechtspolitisch noch durchsetzbar erscheinen.

## 2. Differenzen mit Blick auf die Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers

Im Folgenden soll zunächst das den jeweiligen Vorschlägen immanente Grundmodell zum Mechanismus der Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers dargestellt werden, um anschließend auch hier eine Bewertung vornehmen zu können.<sup>42</sup>

### a. Gerichtszentriertes Modell: *BMJV*-Referenten- und Regierungsentwurf

Das *BMJV* orientiert seine Vorschläge an der richterzentrierten Regelungsmechanik der Reichsstrafprozessordnung des Jahres 1879. Daran schließt sich auch der Entwurf der *Bundesregierung* an. Die Bestellung der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers soll nach § 141 Abs. 3 StPO-RegE weiterhin durch das Gericht erfolgen. Bei besonderer Eilbedürftigkeit soll auch die Staatsanwaltschaft die Pflichtverteidigerin/den Pflichtverteidigerauswählen dürfen, § 142 Abs. 4 StPO-RegE. Nach § 142 Abs. 5 S. 1 StPO-RegE soll die/der Beschuldigte das seit 1987 positivierte Bezeichnungsrecht behalten. Außerdem sollen bestimmte Anforderungen an den bestellbaren Personenkreis

41 Vgl. nur MüKo-StPO-EMRK/*Gaede* (Fn. 38), Art. 1 Rn. 10; *Esser*, StV 2005, 348 (349); *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (596).

42 Siehe zum nachfolgenden Abschnitt IV.2. erneut bereits *Jahn/Zink*, in: Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton (Fn. 7).

an Anwältinnen und Anwälten gestellt werden, die allerdings nur für die Anwältin/den Anwalt gelten, die/den die/der Beschuldigte nicht selbst ausgesucht hat, § 142 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE. Bei den Anforderungen handelt es sich um die Führung des Fachanwaltstitels für Strafrecht oder um ein Interesse, das die Rechtsanwältin/der Rechtsanwalt an der Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten gegenüber der Rechtsanwaltskammer zu bekunden hat, bei gleichzeitig vorhandener »Geeignetheit« zur Übernahme der Verteidigung.

Da dieses gerichtszentrierte Modell auf eine denkbar lange Traditionslinie zurückgeht, kann erwartet werden, dass der geringste rechtspolitische Widerstand bei der Richtlinienumsetzung zu erwarten ist, was vermutlich auch als eine Triebfeder im Hintergrund des Vorschlags steht. Dies gilt umso mehr, als das fruchtlose Verstreichen der Umsetzungsfrist dem Vernehmen nach auf das engagierte Treiben einiger Bundesländer und bestimmter Ministerien hinter den rechtspolitischen Kulissen zurückzuführen ist.

#### b. Starres Listenmodell: *Deutscher Anwalt Verein*

Der *DAV* setzt hingegen auf ein Listenmodell, das insbesondere den Gesichtspunkt des Vertrauens der/des Beschuldigten zu ihrer/seiner (Pflicht-)Verteidigerin bzw. ihrem/seinem (Pflicht-)Verteidiger besonders valutiert. Die eigene Auswahl der Verteidigerin/des Verteidigers durch die/den Beschuldigten soll unabhängig von Einschränkungen mit Blick auf die Qualität der Verteidigung erfolgen können.<sup>43</sup>

Sie wird demnach ausdrücklich auch dann akzeptiert, wenn sie im Sinne objektiver Qualität – oder objektiver *Qualitätsversprechen* – »unvernünftig« ist. Das subjektive Vertrauen ersetzt insoweit objektive Qualitätskriterien. Damit zeigt sich dieser Vorschlag zugleich minimal interventionistisch wie auch minimal paternalistisch. Wenn die/der Beschuldigte also beispielsweise Vertrauen zu ihrem/seinem Mietrechtsspezialisten hat, der sie/ihn seit zwanzig Jahren immer wieder in schuldrechtlichen Angelegenheiten vertreten hat, kann sie/er mit diesem Anwalt als Strafverteidiger auch vor das Schwurgericht ziehen.

<sup>43</sup> *DAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 13 f.

Hinter dieser Idee von freier Verantwortlichkeit steht ein Menschenbild, das sich im Kern bereits in der Philosophie der griechischen Antike und in der idealistischen Philosophie des Mittelalters findet; ihren Höhepunkt findet es bei *Kant* in der Idee der Freiheit zur Selbstbestimmung. Dieser Gedanke durchzieht zudem die liberalrechtsstaatliche Linie der BVerfG-Rechtsprechung; in den eigenen Worten des *Gerichts*: »Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten«<sup>44</sup>. Die Herkunft dieses Zitats aus der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe deutet an, welche Ambivalenzen dem Topos innewohnen. Autonomer Freiheitsgebrauch und eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegen im Strafprozess häufig eng beieinander, so auch hier.

c. Vertrauensanwaltsmodell: *Strafverteidigervereinigungen*

Die *Strafverteidigervereinigungen* betonen ebenfalls die Vertrauensbeziehung zwischen Mandant(in) und Verteidiger(in), gehen aber sogar noch einen Schritt weiter. Deshalb fordern sie auch eine Streichung der Restriktion des »wichtigen Grundes« in § 142 Abs. 1 S. 2 StPO (jetzt § 142 Abs. 5 S. 3 StPO-RegE: »Ein von dem Beschuldigten innerhalb der Frist bezeichneter Verteidiger ist zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht; ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht«).<sup>45</sup>

Wenn keine Auswahl der Verteidigerin/des Verteidigers durch die/den Beschuldigten erfolgt, sprechen sich die *Strafverteidigervereinigungen* für eine Bestellung durch das Gericht auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammer aus, § 142 Abs. 2 StPO-RefE (jetzt: § 142 Abs. 6 S. 3 StPO-RegE).<sup>46</sup> Soweit mit nachvollziehbaren Gründen vorgebracht wird, dass eine Auswahl durch die Rechtsanwaltskammern bzw. deren Geschäftsführer(in) mit Blick auf eine ressourcenintensive Infrastruktur durch einen ständigen Bereitschaftsdienst insbesondere in

<sup>44</sup> BVerfGE 45, 187 (227).

<sup>45</sup> *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 26 f.

<sup>46</sup> *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 26.

ländlichen Bezirken der Flächenstaaten nur schwerlich geleistet werden kann, ziehen es die *Strafverteidigervereinigungen* als Alternative in Betracht, dass die Rechtsanwaltskammern stattdessen elektronische Listen zur Verfügung stellen, auf die Gerichte und Staatsanwaltschaften Zugriff haben. Die Listen sollten dann nach einem rollierenden System ähnlich der Hilfsschöffenlisten abgearbeitet werden.<sup>47</sup> Betont wird außerdem die in Zukunft zu erhöhende Transparenz der Auswahlentscheidung.<sup>48</sup> Soweit die Auswahl – entgegen der Vorschläge der *Strafverteidigervereinigungen* – doch bei den Gerichten verbleiben sollte, sei zumindest anzustreben, dass die Justizverwaltungen in Zukunft statistisch erfassen, welche Richterinnen und Richter – bzw. im Eilfall Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (§ 142 Abs. 4 S. 1 StPO-RegE) – welche Rechtsanwältin/welchen Rechtsanwalt wie oft beigeordnet haben. Dies ist eine nach jahrzehntelanger Erfahrung mit der Bestellungspraxis sicher berechnete Minimalforderung.<sup>49</sup>

Zuletzt haben sich die *Strafverteidigervereinigungen* in den Regensburger Thesen dafür ausgesprochen, die Aufnahme von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in die Listen der Rechtsanwaltskammern an den Erwerb des Fachanwaltstitels oder den jährlichen Fortbildungsnachweis im Straf- und Strafprozessrecht entsprechend § 15 FAO zu knüpfen.<sup>50</sup> Letzteres soll sicherstellen, dass insbesondere junge Anwältinnen und Anwälte von der Übernahme von Pflichtmandaten nicht in den ersten Jahren ihrer Tätigkeit ausgeschlossen werden.

#### d. Maximales Qualitätssicherungsmodell: Arbeitsgruppe *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski*

Die ursprünglich aus dem Zusammenhang des *Strafrechtsausschusses* der *Bundesrechtsanwaltskammer* heraus entstandene Freelancer-Arbeitsgruppe *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski* legt in ihrem elaborierten Gesetzesentwurf ganz besonderes Augenmerk darauf, dass bei der Auswahlentscheidung die Qualitätsanforderungen des Art. 7 der PKH-Richtlinie erfüllt sind.<sup>51</sup> Es besteht nach diesem Modell zwar die

47 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 12 f.

48 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 11 f.

49 Vgl. im Einzelnen *Jahm*, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2013, S. 175 ff.

50 *Strafverteidigervereinigungen*, Regensburger Thesen zum Strafprozess (Fn. 20), S. 16.

51 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (60 f.).

Möglichkeit für die Beschuldigte/den Beschuldigten, die Pflichtverteidigerin oder den Pflichtverteidiger selbst auszuwählen. Allerdings muss diese/dieser selbst dann noch gewissen inhaltlichen Anforderungen genügen: Sie oder er muss die Voraussetzungen des von der *Arbeitsgruppe* modifizierten § 49 BRAO-E erfüllen. Damit muss die gewählte Person Fachanwältin/Fachanwalt für Strafrecht sein oder eine Anwältin/ein Anwalt, der/dem die Berechtigung zur Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten durch die Rechtsanwaltskammern übertragen wurde; dies sind insbesondere Anwältinnen und Anwälte, die eine mindestens einjährige Zulassung besitzen und in einer im Anschluss in Präsenzform durchgeführten Fortbildungsveranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer zu den spezifisch mit dem Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte oder gesuchte Personen verbundenen Legal Aid-Dienstleistungen in einem Umfang von mindestens 16 Zeitstunden teilgenommen haben. Hilfsweise muss die Anwältin/der Anwalt einen vergleichbaren Kenntnisstand aufweisen, § 49 Abs. 4 BRAO-E.

Wenn keine Auswahl durch die Beschuldigte/den Beschuldigten selbst erfolgt, soll nach dem Gesetzesvorschlag die zuständige Geschäftsführerin/der zuständige Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer eine Person aus dem vorgenannten bestellbaren Kreis der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten auswählen (§ 91 Abs. 1 BRAO-E). Ausnahme ist das Verbot der Selbstmandatierung und eine Ausschlussklausel für Anwältinnen und Anwälte, die mit der die Auswahlentscheidung treffenden Person in gesellschafts- oder arbeitsvertraglicher Verbindung stehen. (Nur) für Eilfälle sieht der Gesetzesvorschlag vor, dass entweder die/der Beschuldigte selbst oder das Gericht eine Anwältin/einen Anwalt aus einer Notverteidigerliste aussucht, in der die Anwältinnen und Anwälte, die die oben genannten Qualitätsanforderungen erfüllen, alphabetisch aufgelistet sind und die ihren Sitz in dem jeweiligen Landgerichtsbezirk haben, mit Ausnahmebestimmungen für angrenzende Landgerichtsbezirke.

Der Gesichtspunkt des Vertrauens ersetzt demnach explizit nicht die objektiv nachweisbaren Qualitätsanforderungen.<sup>52</sup> Selbst die eigene Auswahl einer Pflichtverteidigerin/eines Pflichtverteidigers

<sup>52</sup> Ebenso ausdrücklich *Schlothauer*, KriPoZ. 2019, 3 (12).

des Vertrauens durch die Beschuldigte/den Beschuldigten wird zugunsten der streng formulierten »objektiven« Qualitätsanforderungen beschränkt. Diese Weichenstellung des Entwurfs steht in einem unübersehbaren Spannungsfeld zu der BVerfG-Judikatur,<sup>53</sup> die 1987 zur Einfügung von § 142 Abs. 1 StPO und damit der gesetzlichen Klarstellung zu dem von Verfassungs wegen bestehenden Auswahlrecht der/des Beschuldigten geführt hat.<sup>54</sup>

e. Zwischenfazit: Qualitätssicherung versus eigenverantwortliche, aber »unvernünftige« Ausübung des Wahlrechts der/des Beschuldigten als zentraler Konflikt

Im Vergleich der vorstehend skizzierten vier Vorschläge zur Richtlinienumsetzung wird der Konflikt deutlich, der sich zwischen dem Versuch der objektiven Qualitätssicherung und der Sicherung der subjektiven (und damit auch: »unvernünftigen«) Auswahl der Pflichtverteidigerin/des Pflichtverteidigers durch die Beschuldigte/den Beschuldigten abzeichnet. Dabei zeigt sich, dass das letztgenannte Modell der Arbeitsgruppe *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* von der Zielsetzung maximaler Qualitätssicherung motiviert ist. Die freiwillig (*DAV*, *Strafverteidigervereinigungen*) oder selbstverwaltend (*BRAK*) organisierte Anwaltschaft wie auch das *BMJV* verzichten demgegenüber auf die Zwischenschaltung weitergehender Qualitätskriterien, sobald die/der Beschuldigte selbst eine Wahl getroffen hat. Die *BRAK* hält neben einer Qualifikation als Fachanwältin/Fachanwalt den Nachweis einer Weiterbildung im Bereich Pflichtverteidigung mit einem Umfang von 15 Zeitstunden für ausreichend.<sup>55</sup> Das *BMJV* lässt sowohl im Referentenentwurf mit § 142 Abs. 4 StPO-RefE als auch im Regierungsentwurf mit § 142 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE den Fachanwaltstitel für Strafrecht ebenso genügen wie die schlichte Bekundung eines Interesses an der Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten. (Nur) eine nicht weiter ausformulierte Geeignetheitsklausel dient als einzelfallbezogenes Korrektiv für das Gericht, das nach der Gesetzesbegründung dann eingreifen soll,

53 Vgl. nur BVerfGE 9, 36 (37 ff.); 39, 238 (243).

54 Vgl. amlt. Begr. zum StVÄG 1987 (BGBl. I S. 475) als Reaktion auf die vorgenannte Rechtsprechung des BVerfG: BT-Drs. 10/1313, S. 15.

55 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 15.

wenn »ausnahmsweise (zum Beispiel in einem besonders schwierigen Fall) eine interessierte Rechtsanwältin oder ein interessierter Rechtsanwalt für die Übernahme der Pflichtverteidigung nicht geeignet erscheint (zum Beispiel[,] weil sie oder er noch sehr unerfahren ist)«<sup>56</sup>. Wie die Schwierigkeit des Falles im Einzelnen bestimmt werden soll – wer »unerfahren« ist, für den ist eigentlich jeder Fall erst einmal »besonders schwierig« – wird nicht weiter erklärt. Die *Strafverteidigervereinigungen* betonen, dass eine Beschränkung auf Fachanwältinnen und Fachanwälte für Strafrecht junge Anwältinnen und -kollegen benachteiligen würde und fordern in der Konsequenz nur die Teilnahme an einer jährlichen Fortbildungsveranstaltung in Entsprechung zu § 15 FAO.<sup>57</sup>

Fraglich ist damit, welches dieser Regelungsmodelle die Anforderungen der Legal Aid-Richtlinie erfüllt, ohne unverhältnismäßig die Selbstbestimmung der/des Beschuldigten als Prozesssubjekt zu beschränken. Nur dann kann sie den »Brüssel-Test« nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie (EU) 2016/1919 bestehen (»Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen – auch finanzieller Art –, um sicherzustellen, dass ... ein wirksames System der Prozesskostenhilfe von angemessener Qualität besteht ...«).

f. Qualitätssicherung vs. Wahlrecht der/des Beschuldigten:  
Was ist richtlinienrechtlich als Qualitätsmindeststandard gefordert?

Um zu beurteilen, wo die Mindeststandards für die Qualitätserfordernisse anzusiedeln sind, können Erkenntnisse aus dem Forschungsprojekt »Enhancing the Quality of Legal Aid: General Standards for Different Countries« herangezogen werden.

Dies ist ein Vorhaben, das von der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission initiiert wurde, um über die Arbeitsergebnisse der Projektpartnerinnen und -partner Qualitätsstandards der PKH-Richtlinienumsetzung paneuropäisch festzuzurren, um sie später überprüfbar zu machen. In einer Laufzeit von 24 Monaten haben fünf Partnerorganisationen aus verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten bis zum 31.12.2018 mit diesem Ziel zusammengearbeitet. So war die

<sup>56</sup> *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 42.

<sup>57</sup> *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 13.

anwaltliche Praxis vertreten durch die Rechtsanwaltskammer in Litauen, die Praxis der Organisation des Legal Aid-Systems eingebunden durch die Legal Aid-Behörden in Litauen und in den Niederlanden und die wissenschaftliche Perspektive repräsentiert durch das Law Institute von Litauen sowie die Goethe-Universität Frankfurt.<sup>58</sup> In diesem Rahmen haben die Partnerinnen und Partner als Ergebnis ihrer Untersuchungen einen Bericht veröffentlicht,<sup>59</sup> in dem allgemeine Standards für Anbieterinnen und Anbieter staatlich finanzierter Strafverteidigung festgelegt wurden, die als Richtschnur für die Überprüfung einer angemessenen Qualität von Legal Aid-Dienstleistungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der PKH-Richtlinie und damit prospektiv als Parameter für das nachgelagerte Monitoring-Verfahren der Richtlinienumsetzung nach Art. 10 der PKH-Richtlinie dienen sollen.<sup>60</sup>

Der Bericht verfährt methodisch nach dem Toolbox-Prinzip. Mit ihm wird Rücksicht auf die Besonderheiten des nationalen Legal-Aid-Systems bzw., in Deutschland, des funktionalen Äquivalents des Systems der notwendigen Verteidigung genommen:

58 Weitere Informationen finden sich auf der Projekt-Homepage <http://qualaid.vgtp.lt/en>.

59 Downloadbar über [www.jura.uni-frankfurt.de/RuPS](http://www.jura.uni-frankfurt.de/RuPS); dort S. 15.

60 Zum Ganzen bereits *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (477 f.).



Abb. 1: Das Toolbox-Prinzip zur Qualitätssicherung von Legal Aid-Dienstleistungen

Education:	Trainings and Qualification:	Evaluation of lawyers	Terms of Reference for an Audit of the Quality and Value of the Services provided by lawyers	Complaints	Choice of lawyer	Information of the beneficiaries	Procedural Safeguards	Special needs of fast Provision of Legal Aid in Detention Cases	Operating Principals	Payment and Costs
Minimum standards for legal formation	Requirement of Specialization	by means of peer review		Examination of complaints		List of lawyers	Requirement of agreement of the client regarding to loss of rights		Quotas of lawyers providing legal aid	
	Trainings for the lawyers/stakeholders	by means of client satisfactory survey						Establish a duty solicitor scheme	Create structures to insure that lawyers have enough time to prepare a case	Increase payment
	Meetings between different actors involved in the administration of criminal justice	by prosecutors and judges		Awareness building	Right to choose a lawyer		Requirement of documentation		Continuity of representation	
	Online-Trainings for lawyers					Complete information of the beneficiaries	Appeal procedure	Best practice standards	Simplify procedures (from the client's perspective) and make them more user-friendly	Distribute costs for proceedings due to the principle 'initiator pays'
							Defendant's right to participation / to check the quality of her / his lawyer		Provide first line legal aid	

In dem hier relevanten Tool zu Spezialisierung und Fortbildungsverpflichtung von Anwältinnen und Anwälten, wie sie bspw. auch in den Niederlanden gefordert werden, um sich dort beim Legal Aid Board registrieren und Legal Aid-Mandate im Strafrecht übernehmen zu können, wird auch im Projektbericht betont, dass unter Umständen Konflikte mit dem eigenen Auswahlrecht der/des Beschuldigten mit Blick auf die Anwältin/den Anwalt ihres oder seines Vertrauens entstehen können. Restriktionen des Auswahlrechts

sollten demnach nur bedingt normiert werden. Nur dann, wenn eine andere Institution als die/der Beschuldigte selbst für diese(n) die Auswahlentscheidung trifft, verhält es sich mit Rücksicht auf externe objektive Qualitätsanforderungen wie dem Erfordernis eines Fachanwaltstitels oder vergleichbarer Qualifikationen anders. Ebenso ist es in der Tat wichtig, dass nicht im Sinne eines *closed shop*-Denkens jungen Kolleginnen und Kollegen der Zugang zum Legal Aid-System bzw. -Äquivalent vollständig verwehrt wird.

Wenn man bedenkt, dass eine Evaluation der Tätigkeit von Legal Aid-Anwältinnen und -anwälten, etwa durch ein *peer review*-System wie derzeit im Vereinigten Königreich, *ex post* sehr kostspielig ist, ist es zweckmäßig, das Erfordernis einer objektivierbaren Spezialisierung bereits *ex ante* zu implementieren. Es ist damit kostensparend und grundsätzlich geeignet, eine richtlinienkonforme (Mindest-) Qualität der anwaltlichen Arbeit zu gewährleisten. Die Verpflichtung zu kontinuierlichen Fortbildungen ist auch dann wichtig, wenn nach langer Berufserfahrung die Ausbildung schon lange zurückliegt. Insbesondere in Mitgliedsländern, in denen groß Teile der Bevölkerung in Dörfern und kleineren Städten leben und die Infrastruktur nicht gut ausgebaut ist, arbeiten viele Anwältinnen und Anwälte als Generalist(inn)en. In diesen Konstellationen würde die Begrenzung auf spezialisierte Anwältinnen und Anwälte zu der untragbaren Situation führen, dass der/dem Beschuldigten nur noch wenig bis gar keine Auswahl mehr ermöglicht ist. Die Evaluation des Tools in einem europaweiten Survey hat zudem gezeigt, dass vielerorts durchgreifende Zweifel bestehen, ob durch die Limitierung auf spezialisierte Anwältinnen und Anwälte auch die Auswahl der/des Beschuldigten beschränkt werden darf. Dies ist nur dann weniger problematisch, wenn dadurch nur die Fälle beschränkt werden sollen, in denen nicht die/der Beschuldigte, sondern eine andere zuständige Institution (wie das Legal Aid-Board oder, in Deutschland, Gericht bzw. Staatsanwaltschaft) für sie oder ihn eine Verteidigerin oder einen Verteidiger auswählt.

Dies zeigt insgesamt, dass im europäischen Kontext nach den Erkenntnissen des Projektberichts dem Vertrauen zwischen Beschuldigten und ihren Pflichtverteidigerinnen/Pflichtverteidigern eine große Bedeutung beigemessen wird und sich dies auch weiterhin in der

deutschen Diskussion niederschlagen sollte.<sup>61</sup> Problematisch ist vor diesem Hintergrund das Maximal-Qualitätssicherungsmodell nach dem Vorschlag von *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski*, da hiernach auch die Auswahl der/des Beschuldigten selbst durch scharf gestellte Qualitätsstandards reguliert werden soll. Unterhalb dieses in europäischer Sicht kaum noch als erforderlich anzusehenden Maximalniveaus kommt es darauf an, welchen Stellenwert man dem subjektiven Vertrauen gegenüber der objektiven Qualitätssicherung beimisst, ob man also der Meinung ist, Vertrauen könne objektive Qualitätsanforderungen ersetzen.<sup>62</sup>

## 2. Sollte der Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO in der Belehrung der/des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 S. 5 StPO wieder gestrichen werden?

Der erst seit 2017 explizite Hinweis in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO auf die Folge der Kostenträgungsverpflichtung im Verurteilungsfalle, wie sie in § 465 StPO niedergelegt ist, wird aus den Reihen der Anwaltschaft, namentlich von *BRAK*<sup>63</sup> und *DAV*<sup>64</sup>, scharf kritisiert, weil er geeignet sei, Beschuldigte insbesondere im frühen Ermittlungsverfahren von der Stellung eines Antrags auf Beiordnung einer Pflichtverteidigerin/eines Pflichtverteidigers abzuhalten. Zudem entspreche die Kostenträgungsverpflichtung im Verurteilungsfalle in der dadurch suggerierten Pauschalität nicht der Realität, da nach einer Kostenabschätzung des *BMJV* lediglich 20 Prozent der zur Kostentragung verpflichteten Verurteilten die Pflichtverteidigungskosten tatsächlich zurückzahlen.<sup>65</sup> Ob diese Forderung im Einzelnen rechtspolitisch durchsetzbar ist, wird sich zeigen. Es gibt immerhin valide Argumente aus der Legal Aid-Richtlinie, dass solche negativ generalpräventiv motivierten Hinweise auf die Kostenträgungsverpflichtung im Verurteilungsfalle nicht ihrem Geist entsprechen.

61 Vgl. zur Bedeutung des Wahlrechts im System der notwendigen Verteidigung auch *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 171 ff.

62 Weitergehende Schlussfolgerungen werden bei *Jahn/Zink*, in: Strafverteidigung 2020 – Symposion für Stephan Barton (Fn. 7) gezogen.

63 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 8.

64 *DAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 20.

65 Vgl. die Mitteilung in ZAP 2018, 971.

### 3. Ausnahmen bei Vernehmungen der oder des Beschuldigten oder Gegenüberstellungen im Vorverfahren nach § 141 Abs. 3 StPO-RefE/§ 141a StPO-RegE

In § 141 Abs. 3 StPO-E in der Fassung des Referentenentwurfs und § 141a StPO-RegE sind Ausnahmen für die Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung vorgesehen, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person dringend erforderlich ist oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens zwingend geboten ist.<sup>66</sup>

Hier sind insbesondere die *Strafverteidigervereinigungen*<sup>67</sup> und die *BRAK*<sup>68</sup> mit ihren Stellungnahmen entgegengetreten und haben gemahnt, dass diese Ausnahmeregelung die Verteidigung der ersten Stunde zu unterlaufen droht. Dem ist zuzustimmen, verbunden mit dem Hinweis, dass mit der »Gefährdung eines Strafverfahrens« ein neues Rechtsgut in die Strafprozessordnung eingeführt werden soll, dessen Legitimität erst einmal nachgewiesen werden müsste.

### 4. Ausblick: Heraufziehende Gefahren für eine europarechtskonforme Umsetzung

Eingegangen wird zum Abschluss unserer Überlegungen auf die heraufziehenden Gefahren durch ein deutsches Legal Aid-»Verzichtsmodell«, da es aller Erwartung nach in der weiteren rechtspolitischen Diskussion des Regierungsentwurfs in der zweiten Jahreshälfte 2019 schon mit Blick auf die von den Bundesländern bemühten Kostengründe eine Rolle spielen könnte.<sup>69</sup>

Zuletzt hat die 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister auf ihrer Sitzung am 5./6.6.2019 auf eine »praxisgerechte« Umsetzung der Richtlinie gedrängt, die es nicht gebiete, »der Polizei

66 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 7; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 3.

67 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 9 f.

68 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 5, 11.

69 Das Folgende findet sich ausführlicher und m.w.N. in der Stellungnahme Nr. 9 aus dem März 2019 der BRAK (BE: *Brodowski/Jahn/Neuhaus/Matt*), [www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/maerz/stellungnahme-der-brak-2019-9.pdf](http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/maerz/stellungnahme-der-brak-2019-9.pdf), S. 5 ff.; s. auch bereits *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (325 ff.).

jede Beschuldigtenvernehmung auf freiwilliger Basis zu verbieten, nur weil noch kein Pflichtverteidiger beigeordnet ist«<sup>70</sup>. Gleichsinnig hat sich auch die Landesregierung in Baden-Württemberg geäußert, was dort bereits ein parlamentarisches Nachspiel gehabt hat.<sup>71</sup> Der Appell geht im Ganzen deshalb dahin, »das Ermittlungsverfahren vom aufwändigen und zeitintensiven Verfahren der Pflichtverteidigerbestellung insbesondere in solchen Fällen freizuhalten, in denen der nicht in Haft befindliche Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte bereit ist, Fragen auch ohne vorherigen anwaltlichen Rat zu beantworten«.<sup>72</sup>

Namentlich die sonst in Fragen der Strafprozessreform nicht in vorderster Linie stehende BILD-Zeitung<sup>73</sup> hat die Debatte schon kurz vor dem Jahreswechsel 2018/19 unter dem von ihr ersichtlich zustimmend zitierten Slogan »Schaden für den Rechtsstaat« mit der Behauptung, Steuergeld werde investiert, um frühe Geständnisse im Strafverfahren zu verhindern, unnötig emotionalisiert. Das in diesem Zuge propagierte gegenreformatorische Modell für die Richtlinienumsetzung ist getragen von der Idee einer Verzichtsmöglichkeit der oder des Beschuldigten auf die Verteidigung der ersten Stunde. Ausführlichere dogmatische Stellungnahmen, wie genau dieses Modell europarechtskonform ausgestaltet werden soll, finden sich allerdings bislang nicht. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten einer solchen dogmatischen Konstruktion deshalb grundsätzlicher dargelegt werden.

70 JuMiKo-Beschluss TOP II.18, [https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPII\\_18.html](https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPII_18.html).

71 Antwort des Ministeriums der Justiz und für Europa auf die Anfrage der FDP/DVP auf LT-Drucks Ba-Wü 16/5693 v. 4.2.2019, S. 3: Es »dürfte unter rechtsstaatlichen Aspekten eine Beteiligung eines bestellten Verteidigers an einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren jedenfalls dann nicht geboten sein, wenn der Beschuldigte selbst auf die Bestellung eines Verteidigers bzw. auf die Beteiligung eines bestellten Verteidigers verzichtet. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für das Institut des ‚Verteidigers der ersten Stunde‘, das durch § 141 Abs. 3 StPO-E des [BMJV-] RefE ... geregelt werden soll. Auch insofern bleibt jedoch festzustellen, dass es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht erforderlich erscheint, einem Beschuldigten in jedem Fall und gegebenenfalls auch gegen seinen Willen zwingend einen Verteidiger zu bestellen«.

72 Nochmals JuMiKo-Beschluss (Fn. 70), TOP II.18.

73 Abrufbar unter [www.bild.de/politik/inland/politik-inland/barley-will-prozesskosten-hilfe-massiv-ausweiten-59241390.bild.html](http://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/barley-will-prozesskosten-hilfe-massiv-ausweiten-59241390.bild.html).

a. Drei Pflichtverteidigungs-Verzichtsmodelle im weiteren Sinne

Eine Möglichkeit wäre ein »Verzicht« der oder des Beschuldigten auf die Bestellung einer Pflichtverteidigerin oder eines Pflichtverteidigers in bzw. vor der ersten polizeilichen Vernehmung. Ebenso denkbar wäre es, einen »Verzicht« auf Legal Aid-Dienstleistungen zum Abwägungskriterium bei der Entscheidung zu machen, ob überhaupt ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. In ein etwas anderes Gewand würde sich dieselbe Idee hüllen, wenn man die notwendige Verteidigung z.B. in der ersten polizeilichen Vernehmung grundsätzlich nur auf Antrag der oder des Beschuldigten – und nicht stets von Amts wegen – ausgestaltete.

Für das letztgenannte Modell hat sich nunmehr der Regierungsentwurf mit § 141 Abs. 1 und 2 StPO-RegE entschieden.<sup>74</sup> Dass das *Pflichtverteidigungsmodell* und ein *Regel-Antragerfordernis* quer zueinander liegen, ist schon begrifflich nicht zu übersehen. Noch vor wenigen Monaten hat der Bundesgesetzgeber das in der Begründung des Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung hinreichend deutlich gemacht. In der amtlichen Begründung der Neufassung des § 350 Abs. 3 StPO, der bis zum 1.1.2018<sup>75</sup> ein Antragsrecht des inhaftierten Angeklagten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers für die Revisionshauptverhandlung enthielt, hieß es, dass »diese Regelung ... innerhalb des Rechts der notwendigen Verteidigung einen Fremdkörper darstellt, ...«<sup>76</sup>. Dieser Fremdkörper wird nun plötzlich zum Prinzip erhoben.<sup>77</sup>

b. Das Antragsmodell bei der Pflichtverteidigung der ersten Stunde in § 141 Abs. 1 und 2 StPO-RegE

Dass zudem § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE mit einer Generalklausel für das Erfordernis der Bestellung von Amts wegen auf die

74 *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 3 als § 141 Abs. 1 StPO-E: »In den Fällen der notwendigen Verteidigung wird dem Beschuldigten, dem der Tatvorwurf eröffnet worden ist und der noch keinen Verteidiger hat, unverzüglich ein Pflichtverteidiger bestellt, wenn der Beschuldigte dies beantragt [...]« (*Hervorh. v. hier*).

75 Gesetz v. 5.7.2017 (BGBl. I, S. 2208), vgl. BeckOK-StPO/Wiedner, Ed. 33, Stand: 1.4.2019, § 350 Rn. 20.

76 BT-Drs. 19/4467, S. 24.

77 Vgl. zur Kompatibilität mit dem Modell notwendiger Verteidigung auch *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit (Fn. 61), S. 195 ff.

»Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten« abstellt, ist für die generelle Wirksamkeit der Regelung problematisch. Damit stellt sich die Frage, ob diese Regelung noch »wirksam« i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. a der Legal Aid-Richtlinie wäre. Obgleich es sich stets um einen Fall notwendiger Verteidigung handeln muss, der angesichts der Erheblichkeit des Vorwurfs prinzipiell die Schutzbedürftigkeit einer oder eines *jeden* Beschuldigten auszulösen geeignet erscheint, die/der sich diesem Vorwurf ausgesetzt sieht, wird die Schutzbedürftigkeit eigens als weiteres Merkmal extrahiert. Doch gerade die *besonders* handlungsinkompetenten Beschuldigten werden zusätzlich *besonders* benachteiligt, weil sie trotz rein formaler Belehrung nach § 114b Abs. 1 Nr. 4a StPO-RegE mit einiger Wahrscheinlichkeit dennoch keinen Antrag stellen werden, zumal angesichts des gleichzeitigen Hinweises auf die Kostenfolge des § 465 StPO im Verurteilungsfall (§ 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 StPO-RegE).<sup>78</sup> Hier liegt, ersichtlich unter Einfluss der Länder und der Innenseite entstanden und durch den Kabinettsbeschluss vom 12.6.2019 besiegelt, ein inhaltliches *Minimierungsmodell* bei der Pflichtverteidigung der ersten Stunde zugrunde.

Das wirft europarechtliche Fragen für die Pflichtverteidigung in Deutschland nach dem Stockholm-Prozess auf, denen noch nachzugehen sein wird. Auch muss sich erst klären, wie sich die Bundesländer im Bundesrat – es handelt sich um ein bloßes Einspruchsgesetz – und der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags nach einer allgemein erwarteten Expertenanhörung in der zweiten Jahreshälfte 2019 zum Regierungsentwurf positionieren werden.

### c. Zur Kritik des Verzichtsmodells

#### aa) Keine Erwähnung des Verzichts im Wortlaut der Legal Aid-Richtlinie

Alle drei vorgenannten Verzichtsmo-  
dell-Vorschläge liegen zudem quer zum Regelungssystem der notwendigen Verteidigung, wie es im deutschen Recht derzeit noch – maximal paternalistisch – installiert ist. Diese Mechanik würde auf sehr unglückliche Weise mit der eines rein *finanziellen* Prozesskostenhilfemodells vermischt, auf deren Inanspruchnahme man typischerweise tatsächlich verzichten kann.

<sup>78</sup> Vgl. oben IV.3.

Die Verzichtsmöglichkeit ist zudem im Wortlaut der Vorschriften der PKH-Richtlinie an keiner Stelle explizit genannt. Hinweise finden sich lediglich in den Erwägungsgründen. Diese sind dem eigentlichen Richtlinientext vorgelagert und geben häufig Aufschluss über die historische Entwicklung der Vorschriften, aber auch zugrundeliegende Rechtsprechungsimpulse aus Luxemburg oder Straßburg. In Erwägungsgrund 9 der PKH-Richtlinie ist die Verzichtsmöglichkeit zwar in der Tat erwähnt. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* kann »der verfügende Teil eines Rechtsakts nicht von seiner Begründung getrennt werden«<sup>79</sup>, so dass er zur Auslegung der Richtlinie auch heranzuziehen ist. Diese Vorgehensweise entspricht im Grunde der historisch-genetischen Auslegung, wie sie im deutschen Recht auch zur Konkretisierung von Vorschriften der Strafprozessordnung anerkannt ist.<sup>80</sup> Hier findet sich im Wortlaut der PKH-Richtlinie selbst jedoch überhaupt keine Andeutung einer Verzichtsmöglichkeit, so dass deren Erwähnung in Erwägungsgrund 9 auch nicht zur Auslegung dieser Bestimmung herangezogen werden kann. Es handelt sich somit um eine andere Konstellation als diejenige, die der *EuGH* in der eben zitierten Fundstelle meint.

bb) Systematisches Zusammenspiel der Zugangsrichtlinie 2013 und der Legal Aid-Richtlinie 2016

Ausgangspunkt der systematischen Auslegung muss vielmehr Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/1919 sein. Die gesamte Legal Aid-Richtlinie gilt mit der folgenden Maßgabe (*Hervorh. v. hier*):

»Die vorliegende Richtlinie findet Anwendung auf Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren, *die ein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach Maßgabe der Richtlinie 2013/48/EU haben ...*«.

Folgendes ist also zu bedenken: Wenn ein(e) Beschuldigte(r) auf Basis der Zugangs-Richtlinie 2013/48 verzichtet, besteht das Recht auf Legal Aid dennoch weiterhin fort. Es ist lediglich für die Dauer des Verzichts suspendiert. Auch hier sind Parallelen zur deutschen Verfassungsrechtsdogmatik erkennbar: Nach Art. 1 Abs. 2 GG handelt es

<sup>79</sup> *EuGH* Urt. v. 15.5.1997 – Rs. C-355/95 P – TWD ./ . Kommission, Slg. 1997, I-2549, Rn. 21.

<sup>80</sup> Vgl. LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 27. Aufl. 2016, Einl. M Rn. 40.



sich bei Grundrechten um »unveräußerliche« Rechte, die demnach unverzichtbar sind. Denkbar – und weithin anerkannt<sup>81</sup> – ist lediglich die Option jeder Grundrechtsträgerin und jedes Grundrechtsträgers, auf die schiere *Ausübung* des Grundrechts zu verzichten. Wenn ein(e) Beschuldigte(r) auf die Inanspruchnahme von Legal Aid verzichtet, übt sie/er ihr/sein Recht nicht aus. Es geht aber ihr/sein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach der Zugangs-Richtlinie nicht unter, so dass nach Art. 2 Abs. 1 die Legal Aid-Richtlinie weiterhin angewendet werden muss.

Bestätigt wird diese Überlegung durch den Wortlaut der Zugangs-Richtlinie 2013/48. Sie enthält in Art. 9 Abs. 3 folgende Bestimmung:

»Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen einen Verzicht jederzeit während des Strafverfahrens widerrufen können und dass sie über diese Möglichkeit informiert werden. Der Widerruf ist ab dem Zeitpunkt wirksam, zu dem er erfolgt.«

Dieser Wortlaut zeigt hier, dass das Recht, auf dessen Ausübung die/der Beschuldigte verzichtet hat, nicht untergegangen ist, weil der Verzicht mit *ex nunc*-Wirkung jederzeit frei widerruflich ist. Daraus ergibt sich, dass das Recht aus Legal Aid-Leistungen tatsächlich im Wortsinne unverzichtbar ist.

#### cc) Praktische Probleme der Verzichtbelehrung

Selbst dann, wenn man die hier entwickelte Argumentationslinie nicht teilte, sei ergänzend auf die praktisch kaum lösbaren Herausforderungen in der Umsetzung hingewiesen.

Denn jedenfalls wäre vorauszusetzen, dass der Verzicht nach den Anforderungen der Zugangs-Richtlinie *lege artis* erklärt wird. Dazu gehört eine »eindeutige und ausreichende« Belehrung über das Recht auf notwendige Verteidigung und »die möglichen Folgen eines Verzichts« (Art. 9 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2013/48/EU); zudem müsste eine »freiwillig[e] und unmissverständlich[e]« Verzichtserklärung erfolgen

81 *Jarass*, NJW 1989, 857 (860); *Hillgruber*, JÖR 54 (2006), 57 (72 f.); *Maunz/Dürig-GG/di Fabio* (Fn. 39), Art. 2 Abs. 1 Rn. 229; für die EMRK-Dogmatik ebenso *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 23.

(Art. 9 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2013/48/EU), wobei hier bereits zweifelhaft ist, ob es in den ersten Minuten und Stunden nach einer vorläufigen Festnahme angesichts der in aller Regel bestehenden psychischen Ausnahmesituation der/des Beschuldigten überhaupt denkbar ist, von einer hinreichend reflektierten und »freiwilligen« Entscheidung auszugehen. Dies gilt zumal bei vulnerablen Beschuldigten, denen nach der Legal Aid-Richtlinie besonderer Schutz zuteil werden soll (Art. 9 der Richtlinie 2016/1919/EU). Hier sind Streitigkeiten in der Hauptverhandlung bis in das Revisionsverfahren zu der Frage vorprogrammiert, ob in diesen Ausnahmesituationen ein »freiwilliger« Verzicht überhaupt denkbar. Zuletzt müssen der Verzicht sowie die Umstände des Verzichts auch noch schriftlich festgehalten werden (Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2013/48/EU).

Das »Verzichtsmodell« stellt nach alledem keine europarechtskonforme Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie dar. Es sollte in der Reformdebatte nicht weiter verfolgt werden.

Jan Gehlsen

ALFRED APFEL – DER GERICHTSSAAL  
REICHTE IHM NICHT

VON DER WELTBÜHNE ZU TIMOROUMENOS

Alfred Apfel hat kein wissenschaftliches Werk hinterlassen, aber die Art und Weise, wie er seine Arbeit als Strafverteidiger ständig publizistisch begleitet hat, ermöglicht einzigartige Einblicke in die Zusammenhänge zwischen Prozessgeschehen und politischer Entwicklung in den Jahren vor der NS-Diktatur. Meistens erschienen die Kommentare in Carl von Ossietzkys *Weltbühne*. Die im Pariser Exil verfasste zusammenfassende Darstellung »Hinter den Kulissen der deutschen Justiz« lag bis vor kurzem nur in französischer bzw. englischer Übersetzung des verlorenen deutschen Originals vor (Rückübertragung von Ursula und Jan Gehlsen, Berlin 2012).

Apfels Engagement erstreckte sich über die Einzelfälle hinaus, vor allem wo es um die Verteidigung der Freiheit des Wortes und der Kunst ging. Journalisten, Schriftsteller und Künstler gehörten in großer Zahl zu seinen Mandanten und zu seiner privaten Umgebung. Die Mitte der 1920er Jahre beginnende Beziehung zu Carl von Ossietzky entwickelte sich auch dahin, dass Apfel nicht nur die Prozessvertretungen übernahm, sondern kontinuierlich die Ausgaben der *Weltbühne* auf Rechtsrisiken überprüfte. Der Einfallsreichtum derjenigen, die das »Blättchen« mundtot machen wollten, war beträchtlich.

Apfels Wirken war von dem Bemühen geprägt, ideologische Gräben zu überwinden, die verhindern, dass die entscheidend wichtigen Ziele aussichtsreich verfolgt werden können. Ihm war der Streit um Reform versus Orthodoxie, Zionismus versus deutsch-patriotisches Judentum weniger wichtig als der einheitliche Auftritt aller Kräfte des Judentums, der aus der nur reagierenden Haltung eines Anti-Antisemitismus herausführen sollte. Später waren ihm die Differenzen zwischen Sozialdemokraten und Kommunisten weniger wichtig als die Bündelung aller Kräfte gegen den Nationalsozialismus.

Alfred Apfel beschreibt seinen Weg vom Mitglied einer schlagenden Studentenverbindung und ehrgeizigen Soldaten zum mit sozialistischen Ideen sympathisierenden pazifistischen Intellektuellen auch anhand der Einflüsse, die vor allem Gabriel Riesser, Maximilian Harden und Carl von Ossietzky auf ihn hatten.

Alfred Apfels Nähe zu Carl von Ossietzky, ihre übereinstimmende Befürwortung des gemeinsamen Kampfes gegen die Nationalsozialisten bei gleichzeitiger Distanz zu KPD wie SPD, hat eine angemessene Würdigung Apfels lange erschwert. Auch nachdem der Kalte Krieg nicht mehr verhinderte, dass Ossietzky gewürdigt wurde, hielten es die Biographen nur in geringem Maße für geboten, auch diejenigen zu erwähnen, die dazu beitrugen, dass die *Weltbühne* Woche für Woche erscheinen konnte. Unter ihnen war Alfred Apfel der wichtigste.

## EIN DEUTSCHER JUDE IN FRIEDEN UND KRIEG

Alfred Apfel wurde 1882 in Düren geboren, seine Schulzeit verbrachte er in Köln, wo sein Vater ein angesehener Arzt war. Bevor er 1903 zur Vorbereitung des Ersten Juristischen Staatsexamens nach Bonn ging, verbrachte er mehrere Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin, wo er Mitglied und zeitweilig Präsident der liberalen ›Freien Wissenschaftlichen Vereinigung‹ wurde, die viele jüdische Mitglieder hatte. Als liberal wurde damals bezeichnet, was nicht autoritär-konservativ war. Nur zwischen diesen Polen spielten sich die Auseinandersetzungen ab, wie Apfel später bedauernd feststellt, nachdem er sich der sozialen Frage zugewendet hatte.

Prägend wird für ihn die Begegnung mit Maximilian Harden, zunächst durch Lektüre der *Zukunft*, dann auch persönlich. An dem einflussreichen Kritiker des persönlichen Regiments von Wilhelm II. preist Apfel vor allem dessen Unabhängigkeit und Ablehnung der Zuordnung zu politischen Gruppierungen. »...Deutschland hat nie Männer ertragen können, die sich nicht entsprechend den üblichen Klischees einordnen ließen«, schrieb Apfel 1934/35 in seinen im Exil erschienenen Erinnerungen und meinte damit womöglich neben Harden auch Ossietzky und sich selber.

Vor Antritt des Referendariats musste Apfel 1903/4 den Militärdienst absolvieren. Er legte die Prüfungen, die Voraussetzung für die Ernennung zum Reserve-Offizier waren, mit überdurchschnittlichem Erfolg ab. Dass die Ernennung wegen durchsichtigster antisemitischer Schikanen ausblieb, verbitterte ihn zutiefst. Ein Dokument der Verzweiflung der ganzen Familie ist die Eingabe, die der Sanitätsrat Dr. Simon Apfel schließlich in der Angelegenheit seines ältesten Sohnes an den Kaiser richtet, auch sie ohne Erfolg.

In den Zusammenhang dieser Erfahrung gehört die Aufnahme der Tätigkeit Apfels für die jüdische Jugendarbeit, ein Engagement für die nächsten siebzehn Jahre. Anscheinend ließ ihm das Referendariat Zeit und Kraft, um 1906 den Kölner ›Jugendverein Gabriel Riesser‹ zu gründen.

Dass der Kölner Verein sich an dem Juristen Gabriel Riesser orientierte, war für Apfel entscheidend. Sein Hauptziel war Neutralität bei der Zulassung junger Juden, bald auch junger Jüdinnen jeglicher Orientierung. Zahlreiche Gründungen zuvor waren an einseitiger Festlegung, sei es religiöser, sei es politischer Art, sowie daran gescheitert, dass wohlmeinende Ältere den Jugendlichen die Richtung weisen wollten.

»Mein Vorschlag, dem neuen Verein den Namen Gabriel Riesers zu geben, war von den sieben Gründern einstimmig angenommen worden... Wenn ich den Verein auch nicht richtungsmäßig festlegen wollte, so bestand ich doch darauf, dass die vaterländische Note unzweideutig betont werde. In dieser Hinsicht bedeutete Gabriel Riesser ein Programm; aber neben dem Patriotismus, der den hervorragenden Abgeordneten der Frankfurter Paulskirche

ausgezeichnet hatte, war er gleichzeitig ein getreuer Anhänger der Religion seiner Väter und ein leidenschaftlicher Vorkämpfer für staatsbürgerliche Gleichberechtigung der Juden gewesen.«

Ähnlich groß wie der Erfolg des Riesser-Vereins war derjenige des 1909 ebenfalls von Apfel gegründeten Dachverbandes VJJD = Verband der jüdischen Jugendvereine Deutschlands. Ihm gehörten zeitweilig über 70 Vereine mit insgesamt über 30.000 Mitgliedern an. Der Dachverband hatte seinen Sitz in Berlin und dort ließ sich Alfred Apfel auch als Rechtsanwalt nieder.

Bei Ausbruch des Weltkriegs wurde Apfel alsbald als Soldat aktiviert. »Plötzlich kannte man keine Juden und keine Sozialisten mehr. In feierlichen Szenen gewährte man ihnen offiziell die Anerkennung... Ich merkte als einer der Ersten, wie trügerisch diese Hoffnung war.«

Nach Verletzungen und schwerer Erkrankung wurde Apfel im Frühjahr 1916 von der Front wegverlegt. Nach mühevollen Versuchen, seine darniederliegende Kanzlei wieder in Gang zu bringen, kam er dank persönlicher Beziehungen zu sehr lukrativen Mandaten im Rüstungsgeschäft. Von diesen zog er sich zurück, als der Widerspruch zwischen drohender Niederlage, hungernder Bevölkerung und skrupelloser Bereicherung in der Rüstungswirtschaft ihm unerträglich wurde. Ähnlich wie beim Verbindungswesen zeigt Apfel bei der Schilderung der Rüstungssyndikate, dass er neben juristisch-analytischer Schreibweise auch sehr lebendig und sarkastisch formulieren kann.

#### ANWALT UND AUTOR DER *WELTBÜHNE*

Die Liste von Apfels Mandanten und persönlichen Beziehungen liest sich wie ein ›Who is who‹ der linken und linksliberalen kulturellen Szene der mittleren bis späten Jahre der Weimarer Republik: Johannes R. Becher, Lion Feuchtwanger, George Grosz, Wieland Herzfelde, Berthold Jacob, Egon Erwin Kisch, Robert Musil, Erwin Piscator, Max Reinhardt, Friedrich Wolf. Gemeinsames Auftreten als Verteidiger verband ihn mit Max Alsberg, Felix Halle, Rudolf Olden und Kurt Rosenfeld. Robert Musil wohnte während seiner Berliner Zeit 1931-33 in demselben Hause wie Apfel und schrieb in ein Exemplar von *Der Mann ohne Eigenschaften* (Band II) die Widmung »Alfred Apfel in naher Nachbarschaft«.



Nach der Verurteilung. Carl von Ossietzky (Mitte) am 10. Mai 1932 beim Haftantritt vor der Strafanstalt in Berlin-Tegel nach dem Weltbühne-Prozess. Ihn begleitet unter anderem sein Rechtsanwalt Alfred Apfel (zweiter von rechts).

FOTO: PICTURE ALLIANCE / ULLSTEIN BILD

Auch wo weder Ossietzky noch die *Weltbühne* als Partei betroffen waren, waren sie als Teil der Prozessstrategie beteiligt. Apfels Prozessberichte waren willkommene Beiträge zur Aktualität des Wochenblatts und für Apfel bot seine Verbindung zur *Weltbühne* und ihrem leitenden Redakteur die Möglichkeit, seine neuartige Methode des Wirkens für die Reputation seiner Mandanten zu entwickeln. Eine Buchbesprechung Apfels aus der Exilzeit endet mit einem Satz, der über ihn vielleicht mehr aussagt, als von ihm beabsichtigt: »Schließlich ist des Autors Behauptung, dass der Verteidiger nur als technischer Handlanger im Dienste des die politische Verteidigung dirigierenden Angeklagten zu fungieren habe, unhaltbar, denn in vielen Fällen sind es ausschließlich die Verteidiger, die den politischen Prozess zum Rang großer Ereignisse gestalten.«

Viel Aufsehen erregte der Prozess gegen George Grosz und Wieland Herzfelde wegen Gotteslästerung, den der Verteidiger Apfel über drei Jahrgänge der *Weltbühne* verfolgte. Nach dem Schöffengericht waren je zweimal das Landgericht Berlin III und das Reichsgericht befasst. Die für die heutigen und die meisten damaligen Betrachter ausschließlich pazifistisch wirkenden Darstellungen, insbesondere der Christus mit der Gasmasken, wurden als Gotteslästerung verfolgt. Der mit Ausnahme dezidiert rechter Stimmen sehr begrüßte schließlich erfolgende Freispruch der Angeklagten konnte Apfel nicht zufrieden stellen: Das Reichsgericht hat im abschließenden Urteil seine Rechtsprechung zur Unbrauchbarmachung von Darstellungen dergestalt geändert, dass diese auch dann erfolgen kann, wenn dem Künstler kein Vorwurf gemacht werden kann. So geschah es mit dem Christus-Bild.

Mit weit über seine einzelnen Mandate hinausgehender Intensität hat sich Apfel des Themenkomplexes Familienplanung/Empfängnisverhütung/Abtreibung angenommen. Nach zwei Jahren und zwei Auflagen in Höhe von zusammen 100.000 Exemplaren hatte sich ein »Anstoßnehmer« gefunden gegen die im Internationalen Arbeiter-Verlag erschienene Broschüre *Abtreibung oder Verhütung* von Dr.med. Marta Ruben-Wolf, Umschlagzeichnung Käthe Kollwitz, Preis 10 Pfennig. Die Begründung des Beschlagnahmebeschlusses wurde auf Strichzeichnungen gestützt, mit denen das Funktionieren von Kondomen etc. anschaulich gemacht wurde: Anpreisung von Mitteln zu unzüchtigem Gebrauch. Da sich das Verfahren hinzuziehen drohte, empfahl Apfel, bei weiteren Auflagen auf die Zeichnungen zu verzichten, und schrieb ein Nachwort. Danach wurde die Beschlagnahme aufgehoben. Eine das ganze Reich bis hin zu Massenveranstaltungen bewegende Abtreibungsanklage war die gegen den Arzt und Schriftsteller Dr. Friedrich Wolf und die Ärztin Dr. Else Kienle in Stuttgart. Apfel wurde von Stuttgarter Kollegen eingeschaltet, vor allem um Frau Dr. Kienle aus der für sie nach einem Hungerstreik lebensgefährlichen U-Haft zu befreien. Sie war jeweils nach Indikationsstellung von Wolf tätig geworden, an den sich viele betroffene Frauen wandten, nachdem er mit seinem Theaterstück *Cyankali* bekannt geworden war. Apfels auf Gewinnung der öffentlichen Meinung gerichtete Verteidigungsstrategie bewährte sich.



Schon die Sache Hoelz, Apfels erste große politische Sache, hatte ihn die Erfahrung machen lassen, dass die rechtlichen Prozeduren nicht ausreichen, schon gar, wenn ein Betroffener so in Verruf ist wie Max Hoelz. Bei ihm war das nicht nur in der ganz überwiegend zur politischen Rechten neigenden Justiz der Fall, sondern auch in der liberalen Presse. In vier Ausgaben der *Weltbühne* hat Apfel, teils gemeinsam mit Felix Halle, den Fall Hoelz kommentiert, auch in der Erwartung, dass das in Blättern mit höherer Auflage zur Kenntnis genommen und zitiert würde.

Hoelz war 1921 wegen führender Beteiligung an Aufständen von einem Sondergericht in einem Schnellverfahren zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt worden. Der Verurteilung lag neben Hochverrat und Sprengstoffdelikten auch ein Totschlag zugrunde. Dafür dass Letzteres ein Fehlurteil war, gab es inzwischen Beweise. An den besonders schwerwiegenden Folgen änderte das nichts: Im Unterschied zu allen anderen Beteiligten kam Max Hoelz auch nach mehreren Jahren nicht in den Genuss von Amnestien. Angesichts der unüberwindlich hohen Hürden für ein Wiederaufnahmeverfahren lag der Akzent schließlich mehr auf der publizistischen Aktion, die schließlich erfolgreich war.

Streckenweise schrieben Apfel und Ossietzky im Dialog. Es schrieb nicht nur Apfel in der *Weltbühne* über rechtliche Aspekte von Prozessen und öffentlichen Auseinandersetzungen, Ossietzky kommentierte auch Vorgehensweisen von Apfel, so in der *Weltbühne* vom 17. Juli 1928. Dort zitiert Ossietzky in der allwöchentlichen Kolumne ›Antworten‹ einen von ihm erbetenen Brief Apfels, in dem der aktuelle Stand des Falles Hoelz für Laien verständlich zusammengefasst wurde, um dem »verehrten Schreiber« sodann zu attestieren, dass er politische Momente übergehe. »Denn die Amnestiefrage ist keine rein juristische Frage, sondern eine der politischen Aktion und erst die Aktionsunlust der Herren Politiker schiebt sie auf den ins Unendliche laufenden Schienenstrang der Juristerei.« So verteilten der Rechtsanwalt und der Publizist die Aufgaben untereinander.

Zu einer Art Rollenumkehrung kam es in Ossietzkys Artikel »Areopag« in der *Weltbühne* vom 11. Juni 1929. Ossietzky verteidigte neben sich selbst auch Alfred Apfel. In einem Artikel im *Vorwärts* war der Vorwurf erhoben worden, sie – als nichtkommunistische Mitglieder – hätten sich in dem Ausschuss zur Untersuchung der Vorgänge des »Blutmai« 1929 zu »Strohputzen« der KPD machen lassen. Der außerparlamentarische Ausschuss war gebildet worden, nachdem der Preußische Landtag zur Empörung Hugo Sinzheimers und vieler anderer über die Polizeieinsätze zur Durchsetzung eines Demonstrationsverbotes hinweggegangen war. Bei diesen Polizeieinsätzen hatte es 30 Tote und 70 Verletzte gegeben, darunter viele Unbeteiligte. Apfels Aufgabe war sicherzustellen, dass Beweiserhebungen unter Beachtung der Strafprozessordnung erfolgten.

#### KAMPF GEGEN DIE ILLEGALE AUFRÜSTUNG

Viel hatte Apfel damit zu tun, eines der großen Themen Ossietzkys und der *Weltbühne* rechtlich abzusichern: den Kampf gegen Aktionen des Militärs, die Deutschland auf der Grundlage des Versailler Vertrages verboten waren.

Neben dem nach dem Versailler Vertrag vorgesehenen 100.000-Mann-Heer gab es in beträchtlichem Umfang geheime Verbände, von Kritikern »Schwarze Reichswehr« genannt. Sie stellte ihre Geheimhaltung durch ein brutales System von Feme-Morden an »Verrätern« sicher. Das blieb lange ohne strafrechtliche Konsequenzen, bis Kritiker in der *Weltbühne* und anderwärts schließlich genug Material zusammengetragen hatten, um einen Mordprozess gegen den am meisten belasteten Täter unausweichlich zu machen. Wenige Tage vor Prozessbeginn erschien in der *Weltbühne* vom 22. März 1927 unter dem Titel »Plaidoyer für Schulz« ein Artikel aus der Feder von Berthold Jacob, auf den ersten Blick kurios, denn er nahm den Belasteten in Schutz. Der entscheidende Satz lautete: »(Der Richter) soll nicht außer Acht lassen, daß der Oberleutnant nur erteilte Befehle ausgeführt und daß man neben ihm auf die Anklagebank mindestens den Hauptmann Keiner und den Oberst von Bock, wahrscheinlich aber auch den Oberst von Schleicher und den General von Seeckt setzen müßte.« Reichswehrminister Geßler stellte Strafantrag wegen

Beleidigung der hohen Offiziere. Die Verteidigung der Ehre von Soldaten war neben den gravierenderen Vorwürfen von Hoch- und Landesverrat ein beliebtes Mittel, um gegen militärkritische Medien vorzugehen. Autor Jacob und der von Apfel verteidigte Ossietzky als verantwortlicher Redakteur wurden in erster Instanz zu Gefängnis-, in zweiter Instanz zu Geldstrafen verurteilt. Schließlich fiel das Ganze unter eine Amnestie, was aber nicht verhinderte, dass Ossietzky 1931 vom Reichsgericht auch insofern als vorbestraft behandelt wurde.

Der Prozess vor dem Reichsgericht bedarf näherer Betrachtung. Bei der Würdigung von bedeutenden Strafverteidigern werden meist Erfolge aneinander gereiht. Dass die Verteidigung im *Weltbühne*-Prozess nicht erfolgreich war, lag nicht daran, dass sie nicht denkbar sorgfältig vorbereitet und auf höchstem Niveau betrieben worden wäre. Apfel hatte mit Max Alsberg, Rudolf Olden und Kurt Rosenfeld ein Verteidiger-Quartett organisiert, bei dem unterschiedliche spezielle Qualifikationen aufeinander abgestimmt waren: Alsberg, der Starverteidiger, der die Rechtsprechung der einzelnen Senate des Reichsgerichts besser kannte als die Senate untereinander; Olden, der langjährige Leitartikler des ›Berliner Tageblatts‹, der Texte besonders gut historisch einordnen konnte; Kurt Rosenfeld, der als führendes Mitglied der Sozialistischen Arbeiterpartei (SAP) im Reichstag für die Einheitsfront gegen den Nationalsozialismus kämpfte.

Während Apfel, Olden und Rosenfeld einander und Ossietzky politisch nahestanden, u.a. über Mitgliedschaft in der Liga für Menschenrechte, bedurfte es besonderen Einsatzes von Apfel, um auch den erfolgsgewohnten Max Alsberg zu gewinnen. Selber seinen Beruf unpolitisch verstehend, fand dieser seine Mandanten überwiegend unter Wirtschaftsgrößen; auch rechts stehende Feinde der Republik hatte er vertreten. Das Ossietzky-Mandat passte überhaupt nicht zu Alsberg. Dass es dazu kam, ist wahrscheinlich damit zu erklären, dass Apfel ihm kurz vor der Verhandlung im *Weltbühne*-Prozess mit dem Artikel »Alsberg« in der *Weltbühne* vom 17. November 1931 einen Gefallen tun konnte. Alsberg befand sich im Jahre 1931 in einer misslichen Lage. Ihm wurde in skandalisierender Weise vorgeworfen, im Stinnes-Prozess in unlauterer Weise gesellschaftliche Verbindungen ausgenutzt zu haben, um auf das Gericht einzuwirken. Apfels Text

war – wie sich später herausstellen sollte, zutreffend – von der Überzeugung geprägt, dass Alsberg vollständig entlastet werden würde.

Noch weniger beruhte die Verurteilung darauf, dass die Angeklagten in einem auch nur durchschnittlichen Ansprüchen genügenden Verfahren strafwürdiger Taten überführt worden wären. Die amtierenden Justizorgane waren in einem künftige Entwicklungen vorwegnehmenden Ausmaße unter dem Bann militärischer Interessen, dass das Verfahren zur Farce wurde. Dazu gehörte auch der geheime Charakter des Verfahrens, der dadurch bewirkt wurde, dass nicht entsprechend der Landesverratsvorschrift des Strafgesetzbuchs angeklagt wurde, sondern gemäß § 1 des Gesetzes über den Verrat militärischer Geheimnisse aus den ersten Tagen des Weltkriegs. Der geheime Charakter ging so weit, dass den Verteidigern das schriftliche Urteil nur zur Lektüre überlassen wurde. Damit war ihnen auch die Möglichkeit genommen, das Urteil konkret publizistisch anzugreifen. Ossietzky war bewusst, dass die Chancen für die von den Verteidigern betriebene Begnadigung eher litten, als er das Urteil kommentierte:

»Der IV. Strafsenat des Reichsgerichts hat am 23. November den Schriftsteller Walter Kreiser und mich als verantwortlichen Leiter der ›Weltbühne‹ zu einer Gefängnisstrafe von anderthalb Jahren verurteilt wegen Verbrechens gegen § 1 Absatz 2 des Gesetzes über den Verrat militärischer Geheimnisse. Gegenstand der Anklage war der Artikel Kreisers vom 12. März 1929 ›Windiges aus der deutschen Luftfahrt‹. Zwischen dem Verbrechen und der Sühne liegt also ein Zeitraum von zweieinhalb Jahren. In dieser Zeit ist das Heft mit dem landesverräterischen Artikel nicht einen Tag beschlagnahmt gewesen. In dieser Zeit hielt sich Kreiser ... (unter Mitteilung seiner Anschrift)... beinahe ein Jahr in Amerika auf und ist schließlich in dem heitern aber unangebrachten Vertrauen zurückgekehrt, dass vor der Sagazität des höchsten Gerichts die Anklage wie eine Seifenblase zerplatzen würde.

(Vom Vorsitzenden Richter Baumgarten war bekannt, dass er Hitler als Zeugen in einem Strafprozess extrem aggressive Äußerungen hatte durchgehen lassen J.G.). Ich wollte also einen Ablehnungsantrag stellen. Unsere Anwälte jedoch rieten dringend ab. Nicht nur der formalen Schwierigkeiten halber, nein, wir hätten

reiches Material zur Verfügung, um den Tatbestand der Anklage zu erschüttern, genug Rechtsgründe, um ihren Geist niederzuzwingen. Wir wollten argumentieren, nicht demonstrieren. So zogen wir denn aus zur Hermannsschlacht: - zwei Angeklagte, vier Advokaten. Max Alsberg, Alfred Apfel, Rudolf Olden, Kurt Rosenfeld, vier Juristenköpfe, die eine schwer berechenbare Summe von Qualität verkörpern. Als wir am 23. November, nachmittags 13 Uhr 30 aus dem Gerichtssaal kamen, da wussten wirs: Der Angriff der Jurisprudenz auf den IV. Strafsenat war siegreich abgeschlagen...«

Juristische und publizistische Bemühungen, eine Begnadigung zu erreichen, blieben erfolglos. Von Mai bis Dezember 1932 saß Ossietzky in der Strafvollzugsanstalt Tegel. Die vollen 18 Monate wurden es wegen einer Weihnachtsamnestie nicht. Apfel betreute Ossietzky auch während der Haftzeit. Die Verbindung entwickelte sich bis ins sehr Persönliche. Ossietzky empfahl seiner Frau Maud, die unter der Situation sehr litt, sich von Apfel beim Finden eines geeigneten Nervenarztes helfen zu lassen.

Noch während Ossietzky im Gefängnis war, wurde er als verantwortlicher Redakteur wegen Beleidigung der Reichswehr angeklagt. Kurt Tucholsky (alias Ignaz Wrobel) hatte in einer Zuspitzung der Exhortatio des Papstes Benedikt XV. vom Juli 1915 festgestellt: »Soldaten sind Mörder«. Verteidiger waren Apfel und Rudolf Olden, das Verfahren endete mit Freispruch, weil nicht erkennbar war, dass die Aussage sich gegen die abgegrenzte Personengruppe der Soldaten der Reichswehr richtete. Der darauf bezogene sehr lesenswerte *Weltbühne*-Artikel »Ein guter Tag für die Justiz« trägt Sterne als Autorenangabe, es kann aber nur zweifelhaft sein, ob der Text von Apfel allein verfasst ist oder ob es sich um ein Gemeinschaftswerk mit Olden handelt.

Ebenfalls während Ossietzkys Haftzeit entstand eine prekäre Situation für ihn und Apfel. In der *Weltbühne* hatte Anfang des Jahres 1932 T. H. Tetens unter den Überschriften »System Reemtsma« und »Reemtsma kauft« über von der Finanzverwaltung geduldete, steuerrechtlich zweifelhafte Aktivitäten des Tabak-Konzerns berichtet. Der Beitrag enthielt berechtigte Vorwürfe, aber auch nicht Belegbares.

Neben dem Autor wurde gegen die *Weltbühne* und deren verantwortlichen Redakteur zivilrechtlich und auf Veranlassung des Reichsfinanzministeriums auch strafrechtlich vorgegangen. Zu den Bemühungen um die Begnadigung Ossietzkys passte dies gar nicht. Apfel verfasste ein Rechtsgutachten und bemühte sich, mit dem Ministerium und Reemtsma Erklärungen Ossietzkys auszuhandeln, die die rechtlichen Auseinandersetzungen beenden sollten. Für das Gutachten erhielt Apfel Geld aus der Tabakindustrie. Verständlicherweise war der Autor der Beiträge in der *Weltbühne* erbost und bezichtigte Apfel des Parteiverrats. Apfel hatte aber kein Mandat des Autors, und sein Vorgehen (einschließlich der Zahlung) war mit Ossietzky abgestimmt. Straf- und zivilrechtlich war die Angelegenheit bereinigt; ob sie auch nach anwaltlichem Standesrecht unbedenklich war, blieb ungeklärt. Sie war aber politisch bis in die nächste Umgebung Ossietzkys und Apfels umstritten. Gegen Alfred Apfel stand kurzzeitig sogar sein langjähriger Mitstreiter Rudolf Olden. Der Geldbetrag war in der für Ossietzky und Apfel auch finanziell sehr belastenden Situation des *Weltbühne*-Prozesses willkommen.

Ossietzky blieben nur zwei Monate in Freiheit, ehe er in der Nacht des Reichstagsbrandes 27./28. Februar 1933 inhaftiert wurde und erst als Sterbenskranker 1936 das KZ wieder verlassen durfte.

#### EXIL IN FRANKREICH — TOD IN MARSEILLE

Es fällt auf, wie vorsichtig und unter Verzicht auf Einzelheiten Alfred Apfel in seinem Erinnerungsbuch — verfasst 1933 in Paris — über den *Weltbühne*-Prozess berichtet. Seinem Mandanten Ossietzky, der sich zum Zeitpunkt der Abfassung des Buchs im KZ Sonnenburg befand, durfte auf keinen Fall geschadet werden. Über die Schutzpflichten hinausgehend, die jeder Rechtsanwalt gegenüber seinen Mandanten hat, musste Apfel hier besonders darauf achten, dass sein im Ausland erscheinendes Buch insofern keinen Schaden anrichtete. Ossietzky war nämlich durch andere Veröffentlichungen im Ausland schon außerordentlich geschadet worden. Sein Mitangeklagter Kreiser war alsbald nach dem Urteil nach Frankreich geflohen und hatte dort in einer Weise über die Aufrüstung in Deutschland berichtet, die die skandalösen Verurteilungen nachträglich zu rechtfertigen schien.

Dabei hatte ihm auch Apfels stenographische Mitschrift der mündlichen Urteilsbegründung des Reichsgerichts zur Verfügung gestanden, die dieser Mitschreibern gegen das Urteil überlassen hatte.

Mit der durch nichts zu relativierenden Verpflichtung des Rechtsanwalts, dem Mandanten nicht zu schaden, ist wohl auch zu erklären, dass Apfel sich im Zusammenhang mit den Bemühungen um den Friedensnobelpreis für Ossietzky eher zurückhielt. Ossietzky hatte ausdrücklich darum gebeten, dass die den Nazis verhassten Emigranten nicht nach außen zu seinen Gunsten in Erscheinung treten sollten. Er ahnte, dass das nur zu schärferen Repressalien gegen ihn führen würde. Man kann den Eindruck gewinnen, dass denjenigen, die sich für den Nobelpreis einsetzten, die symbolische, die Nazis diskreditierende Wirkung so wichtig war, dass sie mögliche konkrete Nachteile für Ossietzky verdrängten. Sie hofften in unrealistischer Weise, dass der Nobelpreis zur Freilassung Ossietzky führen würde. Apfel beschränkte sich darauf, eine Erklärung nach Art eines Leumundszeugnisses abzugeben, dass nämlich im Urteil des Reichsgerichts das Handeln Ossietzky's ausdrücklich als »nicht unehrenhaft« bezeichnet wurde. Das konnten nur die Anwälte wissen.

Apfel war den Nazis extrem verhasst. Er hatte Anzeige erstattet und war als Zeuge ausschlaggebend gewesen für die Verurteilung von SA-Leuten nach den pogromartigen Kurfürstendamm-Krawallen am jüdischen Neujahrsfest im September 1931. Und er hatte den Mann verteidigt, der den ständig weiter zum Nationalhelden stilisierten Horst Wessel erschossen hatte. Dabei hatte Apfel nach den Regeln der Kunst dessen als Zeugen auftretende Gesinnungsgenossen ins Verhör genommen.

Leicht hätte die Festnahme in der Nacht des Reichstagsbrandes für Apfel zu langer KZ-Haft mit tödlichem Ausgang führen können. Es erwies sich als glücklicher Umstand, dass im Ausland Apfels Tod gemeldet worden war und darauf bezogene Anfragen bei deutschen Botschaften eingingen. Für das noch nicht sicher etablierte Regime bot seine Freilassung eine willkommene Gelegenheit vorzuführen, wie falsch die Berichterstattung über Deutschland im Ausland sei.

Im April 1933 erhielt Apfel den Hinweis, dass seine erneute Festnahme bevorstehe. Ihm gelang die Flucht nach Frankreich. Sein Erinnerungsbuch endet mit den Worten: »Da ich keine Neigung hatte ›auf der Flucht‹ erschossen zu werden oder in einem Konzentrationslager dahinzuvegetieren, habe ich Deutschland verlassen.«

Apfel stand auf der ersten, vom 22. August 1933 datierenden Liste derjenigen, denen die deutsche Staatsbürgerschaft aberkannt wurde – gemeinsam mit führenden Gewerkschaftern, Sozialdemokraten und Kommunisten sowie den Publizisten und Schriftstellern Georg Bernhard, Lion Feuchtwanger, Helmuth von Gerlach, Alfred Kerr, Heinrich Mann, Leopold Schwarzschild, Ernst Toller und Kurt Tucholsky. Wegen des Anfangsbuchstabens lautet die Nr. 1 der Liste: »Dr. Apfel, Alfred, geb. 12. März 1882«.

Bei der Abfassung seines Buches »Hinter den Kulissen...«, das in Frankreich den Titel »Les dessous de la justice allemande« erhielt, arbeitete Apfel zeitweilig mit dem Dichter Yvan Goll zusammen, der aus Lothringen stammte und mit Werken in beiden Sprachen hervorgetreten ist. Über die Zusammenarbeit und ihr Scheitern hat Goll in Briefen an seine Frau, die Dichterin Claire Goll berichtet.

Im Jahre 1936 erschien in dem Pariser Kleinverlag EDITIONS LOGOS der Band »LA ROBE BRUNE – Trois années de justice national-socialiste, en matière civile et criminelle, d’après les jugements et arrêts des tribunaux allemands«. Der Autor verbarg sich hinter dem Pseudonym ›TIMOROUMENOS‹ und wird vom Vorwort-Autor Maître Henry Torrès als nach Frankreich geflüchteter deutscher Rechtsanwalt bezeichnet. Auch in einer Rezension der Redaktion in der ›Pariser Tageszeitung‹ vom 10. August 1936 bleibt das Pseudonym gewahrt.

In Paris hielt sich damals eine dreistellige Zahl deutscher Juristen auf, die aus Nazi-Deutschland hatten flüchten müssen. Ihnen war politische Betätigung verboten, weil die französische Regierung diplomatische Schwierigkeiten vermeiden wollte. Der Text von der braunen Robe ist eine harte Abrechnung mit dem Verkommen der deutschen Justiz in drei Jahren Nazi-Regime. Die Verwendung eines Pseudonyms war zwingend.



Im Jahre 2000 hat der französische Historiker Ives TERNON den TIMOROUMENOS-Text ausführlich gewürdigt.<sup>1</sup> TERNON charakterisiert den Text zutreffend als gelungene Mischung aus aktuellen Fakten, insbesondere den Nürnberger Gesetzen, und Analyse der Ersetzung der Gesetzesbindung durch Parteiprogrammatik. Überwältigend ist die Materialfülle: höchstrichterliche Entscheidungen ebenso wie solche von Amtsgerichten, Auswertung der gleichgeschalteten Fachliteratur und – fast noch ergiebiger – die Kommentierungen der allgemeinen Presse von der *Frankfurter Zeitung* bis zu Provinzblättern. Mit großer Klarheit liegen dort die Erkenntnisse schon vor, die in der Bundesrepublik lange auf sich haben warten lassen.

TERNON hat sich bemüht, das Pseudonym TIMOROUMENOS zu entschlüsseln. Mögliche sprachliche Deutungen gehen in Richtung »Der Rächer« und »Der Verteidiger«. TERNON akzentuiert die Bedeutung »Der Rächer« und bezieht das auf die von den Nazis ermordeten oder in Selbsttötung getriebenen Juristen, denen der Text gewidmet ist. Weiterführend ist vielleicht auch die Bedeutung »Der Verteidiger«. Deren möglichem Sinn ist TERNON nicht nachgegangen, sie könnte aber sehr wohl sinngesamt sein, wenn das Pseudonym darauf hinwies, dass der Autor Verteidiger im Sinne von Strafverteidiger sei. Das würde die Zahl der möglichen Autoren auf diejenigen im französischen Exil Lebenden konzentrieren, die in Deutschland einen Namen als Strafverteidiger hatten. Unter ihnen war Alfred APFEL der Prominenteste.

Einen wichtigeren Hinweis auf Alfred APFEL als Autor gibt der Name des französischen Rechtsanwalts Maître Henry TORRÈS, der das Vorwort beigesteuert hat. APFEL und TORRÈS waren Ende 1920er Jahre in Deutschland bzw. Frankreich aktive Betreiber der »Internationale juristische Vereinigung«/»Association juridique internationale«. Hinter der Vereinigung stand die kommunistisch gesteuerte »Rote Hilfe/Secours rouge«. Die neue Vereinigung sollte ins nicht parteigebundene linke Lager hineinwirken, zu dem auch APFEL zählte.

Für APFEL als TIMOROUMENOS spricht auch, dass er seit Mitte der 1920er Jahre in der *Weltbühne* Carl von Ossietzkys mit zahlreichen justizkritischen Beiträgen publizistisch hervorgetreten war. 1934

1 REVUE D'HISTOIRE DE LA SHOAH Nr. 170, S. 68 ff.

erschien in Paris sein Buch »Les dessous de la justice allemande«, das vor allem Apfels Erfahrungen als Verteidiger in politischen Strafsachen der 1920er Jahre zusammenfasst. An seine Tochter schrieb Apfel im Jahre 1935, dass er wieder schriftstellerisch tätig sei.

In einem Strafprozess hätte Apfel diese Indizien in der Luft zerrissen, für historische Plausibilität reichen sie aus – bis jemand eine bessere Idee hat.

Die Besetzung Frankreichs reduzierte Apfels Bewegungsraum auf den vom Vichy-Regime kontrollierten südlichen Teil. Alle Möglichkeiten, den Lebensunterhalt zu finanzieren, fielen weg. Nach dem Waffenstillstand vom 22. Juli 1940 war er höchst gefährdet, weil dem sog. Französischen Staat auferlegt worden war, jede vom Deutschen Reich benannte Person auszuliefern.

Zwei Dokumente belegen für den Fall Apfel den schicksalhaften Charakter des Exils. Im Nachlass seiner Tochter befindet sich ein verzweifelter Brief Apfels, den er am 26. August 1940 auf Französisch an die Tante seiner Frau richtete, der aber auch für die ebenfalls in den USA lebende Tochter bestimmt war. Apfel fleht um alle denkbaren Schritte, um ihm und seiner Ehefrau zu Einreisevisa in die USA zu verhelfen.

In Anna Seghers Roman *Transit* wird vor Augen geführt, was man außer Einreisevisa noch alles brauchte, um lebend aus Marseille herauszukommen. Was gefehlt hat, um dazu zu führen, dass Apfel im Februar 1941 immer noch dort war, wissen wir nicht.

In Marseille wirkte ab Sommer 1940 der europa- und sprachenkundige US-amerikanische Journalist Varian Fry für das »Emergency Rescue Committee« mit der Aufgabe, von Nazi-Deutschland bedrohten Künstlern und Intellektuellen herauszuhelfen. Er war in sehr vielen Fällen erfolgreich, aber nicht in allen. In seinen Erinnerungen beschreibt Fry den 14. Februar 1941 als einen besonders unglücklichen Tag. Von einer kurzen Reise zurückkehrend erfuhr er, dass während seiner Abwesenheit die französische Polizei die prominenten deutschen Sozialdemokraten Rudolf Breitscheid und Rudolf Hilferding zum Zwecke der Auslieferung nach Deutschland festgenommen hatte. Am selben Tag erhielt Fry Besuch von Apfel und sie erörterten das Risiko für Apfel. Alfred Apfel erlitt einen Herzanfall und starb kurze Zeit später.

Ein Trost für Apfel über das Grab hinaus: Seinen drei Ehefrauen gelang es, sich vor den Nazis nach England bzw. die USA in Sicherheit zu bringen.

Bis auf den jüngst ergänzten Abschnitt zu TIMOROU MENOS besteht der Text aus Auszügen aus: Jan Gehlsen, Alfred Apfel – Verteidigung im Gerichtssaal und in der *Weltbühne* in: Streitbare JuristInnen II, Baden-Baden 2016 – dort auch die Quellen nachweise. Dafür vor allem verwendete Literatur:

Alfred Apfel, Hinter den Kulissen der deutschen Justiz – Erinnerungen eines deutschen Rechtsanwalts 1882-1933, Aus der französischen und englischen Übersetzung rückübertragen von Jan und Ursula Gehlsen, Berlin 2013

Alfred Apfel, Sein Schriftwerk – Autobiografien/Publikationen, herausgegeben von Heinrich Schwing, Berlin 2014

Alfred Apfel, »Mein liebes Tierchen...In inniger Liebe Dein Alfred«, Briefe und Karten an seine Tochter Hannah Busoni, herausgegeben von Heinrich Schwing, Berlin 2014



### 43. Strafverteidigertag

## ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN

#### 1 : SELBSTBILD & FREMDBILD DER STRAFVERTEIDIGUNG IM STRAFPROZESS

Die AG 1 des 43. Strafverteidigertages tritt den Forderungen und den Umsetzungen des 2. Strafkammertages entschieden entgegen. Die Begründungen für die Forderungen halten einer kritischen Überprüfung nicht stand. Insbesondere beruhen diese nicht auf einer repräsentativen Evaluierung der Gerichtswirklichkeit. Die Arbeitsgruppe fordert eine entsprechende verlässliche, unabhängige Evaluierung. Dabei sollen die jeweiligen Verteidigertätigkeiten auch inhaltlich überprüft werden.

Beschneidungen des Beweisantragsrechts verhindern die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und schränken die Rechte des Angeklagten in unzulässiger Weise ein.

Kritisch sieht die Arbeitsgruppe die Aufgabe des Gerichts an, welche aufgrund der Amtsaufklärungspflicht, der Durchführung und Organisation der Hauptverhandlung etc., überfrachtet ist. Es sollte über eine generelle Reform und Veränderung des Strafprozesses mit der Überlegung hin zu einem Parteiprozess nachgedacht werden. Der Konflikt zwischen Gericht und Verteidiger ist systemimmanent, daher muss über eine andere Form des Strafprozesses, der Verteidiger nicht an den Rand drängt, diskutiert werden. Eine tatsächliche Waffengleichheit ist zur Zeit nicht vorhanden.

Die Arbeitsgruppe fordert die Dokumentation der Hauptverhandlung. Diese dient der Qualitätssicherung und der Entlastung der Gerichte.

Die Mindeststandards der Verteidigung müssen durch die Berufsverbände gewährleistet sein und überprüft werden. Einmischungen der Gerichte darf es nicht geben.

Die Öffentlichkeit kann durch Transparenz des Verteidigungsverhaltens für die Rechte des Angeklagten sensibilisiert werden.

## 2 : INTERAKTION IM STRAFVERFAHREN

Im Prozess der Protokollierung liegt notwendigerweise eine Vereinfachung von Komplexität.

Die soziologische Kommunikationsforschung liefert aber den Beweis, dass auch durch den Medienwechsel von persönlicher Begegnung und Kommunikation zum schriftlichen Protokoll Inhalte der Kommunikation verlorengehen, die Ansätze für Verteidigerhandeln bieten könnten. Aus der Forschung zur Interaktion ist daher eine audio-visuelle Aufzeichnung schon von polizeilichen Vernehmungen einschließlich etwaiger Vorgespräche zu fordern.

Wissenschaftliche psychologische Erkenntnisse belegen, dass Effekte wie z.B. der Ankereffekt, das Wahrnehmungserwartungsmodell (»Unsere Hypothese ist stärker als unsere Wahrnehmung«), kognitive Dissonanzen, der Halo-Effekt, die self-fulfilling prophecy etc. den Strafprozess prägen, ohne jemals für die Handelnden transparent zu sein. Es ist für die juristische Ausbildung zu fordern, dass Rechtspsychologie als Teil der Juristenausbildung Pflichtfach wird.

Aufgabe des Verteidigers ist es, durch Anträge »Gegenwirklichkeit« aufzubauen, um Urteilshypothesen in Frage zu stellen. Der Verteidiger muss dabei darauf achten, dass er keinen Reaktanz-Effekt (»Trotzreaktion«) erzeugt.

Die Gründe, aus denen Richter eine Art »prozessuales Notwehrrecht« für sich in Anspruch nehmen, sind tatsächlich in der Regel hausgemachte Organisationsprobleme der Justiz und nicht engagiertem Verteidigerverhalten geschuldet.

Die Anwendung des sog. »Notfallkoffers« oder anderer Formulare zur Behandlung prozessualer Situationen verhindert Kommunikation in der Verhandlung und dient daher nicht der Wahrheitsfindung.

## 4 : PRANGER 3.0

Die Arbeitsgruppe diskutierte die Entwicklungen des Strafverfahrens unter dem Einfluss der sich verstärkenden öffentlichen Meinung durch die neuen Medien und die Gerichtsberichterstattung, speziell auch im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Strafvertei-

digung. Thematisiert wurde dabei die Gefährdung des Rechtsstaates und dessen Verteidigung.

In Sexualstrafverfahren und in Verfahren mit ausländischen Beschuldigten ist der öffentliche Druck auf die Strafjustiz besonders hoch. Die Verteidiger sehen sich zunehmend massiven öffentlichen Anprangerungen ausgesetzt. Teilweise wird gefordert, den Zweifelsgrundsatz außer Kraft zu setzen und »in dubio pro victima« zu urteilen.

Zunehmend wird der öffentliche Druck durch die Polizei und die Staatsanwaltschaften bereits im Ermittlungsverfahren gezielt aufgebaut.

Aus Richtersicht wurde berichtet, dass sich die Gerichte dieses zunehmenden Drucks bewusst und auch nicht frei von Einflussnahme sind. Die Strafjustiz muss sich mit dieser durch die neuen Medien verschärften Situation auseinandersetzen.

Aus Sicht der Gerichtsberichterstattung erscheint ein verstärktes Miteinander von verantwortungsbewusstem Journalismus und Strafverteidigung wünschenswert.

Die Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger müssen sich im Interesse ihrer Mandantschaft je nach Einzelfall verstärkt offensiv in die Pressearbeit einbringen.

## 5 : ABSCHIED VON DER WAHRHEITSFINDUNG?

Ausufernde Straftatbestände unter dem Vorwand der »Terrorgefahr«, die Konzentration auf den subjektiven Tatbestand in Sexualstrafrecht (>Nein-heit-Nein!<), die Verwischung der Grenze von Polizeirecht und Strafrecht (BayPolAufgG), die Implementierung des »Deals« in das Prozessrecht, die Beschränkung von Rechtsmitteln sowie die fortschreitende Entwertung der Hauptverhandlung und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes sind Gift für die Wahrheitsfindung und beschneiden die Verteidigungsrechte des Angeklagten.

Hinzu kommt, dass der reaktionäre Zeitgeist grundlegende Errungenschaften des demokratischen Rechtsstaats in Zweifel zieht, während es für eine engagierte Verteidigung, die sich auf die Unschuldsvermutung stützt, immer schwerer wird, sich durchzusetzen.

Dem Bestätigungsdruck durch Vorurteile, der Einbeziehung der »Opferinteressen«, dem Einigungsdruck beim »Deal«, den ausufernden Verlesungen und dem den Unmittelbarkeitsgrundsatz verletzenden Selbstleseverfahren muss eine Stärkung der Hauptverhandlung und mehr Transparenz des Verfahrens entgegen gesetzt werden.

Die AG hat uns zudem gelehrt, dass der Wahrheitsbegriff gefährlichen Sprachwirrnissen unterliegt. Die Suche nach »der« Wahrheit darf nicht zum Kampfbegriff verkommen, der immer dann aktiviert wird, wenn es um die Beschneidung von Beschuldigtenrechten geht. Wahrheit meint nicht die »Wahrheit des Gerichts«, sondern ein kommunikatives Gesamtprojekt, um das im Rahmen des Verfahrens von allen Beteiligten unter Ausnutzung der ihnen zustehenden prozessualen Rechte gerungen wird. Der Wahrheitsbegriff muss daher entmythologisiert werden; es geht nicht um das Auffinden unerreichbarer Ideale, sondern den rechtstaatlichen und konfliktbefriedenden Weg zu einem gerechten Urteil. Strafverteidigung leistet ihren Beitrag als Wahrer der Beschuldigtenrechte und Sprachrohr des Beschuldigten, die seine Interessen effektiv artikuliert und das Gericht bei der Aufklärung zwar unterstützt, aber begrenzt.

Welche Konsequenzen hat diese Zustandsbeschreibung für unsere rechtspolitischen Forderungen?

Chancengleichheit und faires Verfahren:

- Verpflichtende Bestellung des Anwalts der ersten Stunde

Transparenz:

- Einzuführen ist die Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung sämtlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren; dies gilt ausdrücklich auch für ohnehin gesetzwidrige informatorische Vor- und Zwischengespräche.
- Auch die Hauptverhandlung ist vollständig zu dokumentieren.

Zudem:

- Verbot von heimlichen Ermittlungsmethoden; Verbot der VP und des NÖEP

Keine Bestätigungs-Hauptverhandlung:

- Die Sachnähe der Beweismittels zum jeweiligen Beweisthema



gibt grundsätzlich die Reihenfolge ihrer Erhebung in der Hauptverhandlung vor.

- Keine Einführung des wesentlichen Ermittlungsergebnisses nach Anklageverlesung durch den Ermittlungsführer
- Beschränkung des Selbstleseverfahrens
- Keine Beschneidung des Beweisantragsrecht
- Verlesungsmöglichkeiten für polizeiliche Vermerke einschränken

§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO ist allenfalls und ausschließlich auf absolute Routinehandlungen der Ermittlungsbehörden anzuwenden. Auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten sind die Verfasser von Vermerken als Zeugen zu laden.

## 7 : DATENSCHUTZ IM STRAFVERFAHREN

1. Die Durchbrechungstatbestände in § 30 Abs. 4 AO haben durch die Auslegung der Praxis eine (zu) große Reichweite erlangt. Im Gegenzug ist zum Schutze des nemo tenetur-Grundsatzes und des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ein gesetzliches Beweisverwendungsverbot zu fordern, das neben § 393 II 2 AO tritt und bei jeder Verletzung des Steuergeheimnisses des § 30 AO ohne Abwägung mit dem Strafverfolgungsinteresse zwingend Platz greift.

2. Wenn Strafverfolgungsbehörden um Zwecke der Strafverfolgung Daten generieren, so kann nachfolgend der Umgang mit diesen Daten nicht zu Lasten der Verteidigung beschränkt werden. Alles andere stellte einen evidenten Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens dar und steht einem Prozess, in dem sich Staatsanwalt und Verteidigung auf Augenhöhe gegenüberstehen, entgegen.

Umfassende Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Versagung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft sind einzuführen; Beschränkungen des § 147 Abs. 5 S. 2 StPO sind aufzuheben. Unbeschadet des Umstandes, dass es sich um Aktenbestandteile handelt, ist im Fall von Computerdateien, Ton- und Bildaufzeichnungen ein gesetzlicher Anspruch auf Herstellung amtlich gefertigter Kopien und Zurverfügungstellung der Bearbeitungssoftware der Strafverfolgungsbehörden zu schaffen.

3. Die Regelung der Online-Durchsuchung in der StPO ermöglicht nicht nur die aktuelle Quellen-TKÜ, sondern auch die lückenlose Auswertung der früheren Kommunikation der Zielperson soweit sie gespeichert ist. Der so erleichterte Einsatz von sogenannten Staats-trojanern missachtet die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für den Einsatz solcher Spähmittel. Unter anderem ist der Katalog der Straftaten, bei denen eine Online-Durchsuchung oder Quellen-TKÜ zur Anwendung kommt, viel zu umfangreich. Dieser geht deutlich über Situationen hinaus, in denen das Bundesverfassungsgericht den Einsatz von Trojanern gerechtfertigt sieht. Dazu muss eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen, was bei den wenigsten der in den Paragraphen 100a und 100b StPO aufgeführten Straftaten der Fall ist. Es kann nicht angehen, dass die Verwendungsmöglichkeiten bei der Aufklärung von Straftaten weitergehen als im Gefahrenabwehrrecht. Zudem werden Berufsgeheimnisträger unzureichend geschützt und die technischen Anforderungen an Überwachungssoftware keiner unabhängigen Prüfung unterzogen. Die Gesetzesänderung verletzt somit in mehreren Punkten das Grundrecht auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, welches das Bundesverfassungsgericht 2008 in einem Urteil entwickelte.

Wir fordern daher eine Beschränkung der Online Durchsuchung in der StPO auf die Verfolgung von überragend wichtigen Rechtsgütern.

Es muss zudem im Interesse der Cybersicherheit durch gesetzliche Regelung und Schaffung einer staatlichen Infrastruktur besser als bisher sichergestellt werden, dass die für die Entwicklung und Verwendung der Schnüffelsoftware unerlässlichen Sicherheitslücken vor einem Missbrauch durch Dritte geschützt werden. Die Einschaltung von Privatunternehmen bei der Beschaffung von Schnüffelsoftware darf es nicht geben.

4. § 161 StPO ist in seiner gegenwärtigen Form verfassungswidrig, weil er faktisch den für den Schutz des Informationellen Selbstbestimmungsrecht schlechthin konstitutiven Zweckbindungsgrundsatz aufhebt. Die geplante Neuregelung in § 161 III Nr. 1 StPO-E ist viel zu unbestimmt.

Ein Ansatz für eine Neuregelung könnte sein, die Verwendung von präventivpolizeilich oder nachrichtendienstlich gewonnenen Daten nur zu erlauben, wenn die zu verfolgende Straftat ein gewisses Gewicht hat und außerdem die Erhebung des hypothetischen Ersatzeingriffs zum generellen Prinzip der zweckändernden Verwendung außerstrafprozessual gewonnener Daten zur Strafverfolgung zu erheben.

## 8 : PFLICHTVERTEIDIGERBESTELLUNG: REFORM DES RECHTS DER PFLICHTVERTEIDIGUNG

Die Referentenentwürfe des BMJV werden dem Grunde nach als Schritt in die richtige Richtung begrüßt. Die Vorgaben der Richtlinien EU 2016/800 (Jugendstrafverfahren) und 2016/1919 (Legal Aid) werden allerdings nicht in allen notwendigen Punkten umgesetzt, so dass die in Aussicht genommenen Regelungen zum einen teilweise unionsrechtswidrig bleiben, zum anderen einige praktisch notwendige Änderungen außen vorlassen.

1. Prozesskostenhilfe im Strafverfahren soll weiterhin nach materiellen Gesichtspunkten, dem bisherigen System der notwendigen Verteidigung, gewährt werden.

2. Der Katalog des § 140 Abs. 1 StPO wird im Referentenentwurf zu Recht ausgeweitet und an die zu § 140 Abs. 2 StPO ergangene Rechtsprechung angepasst. Allerdings gehen die Anpassungen nicht weit genug.

3. Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt - hier gehen die Meinungen auseinander - immer schon dann vor, wenn eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen resp. eine Freiheitsstrafe generell resp. eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder mehr verhängt wird und immer dann, wenn der Beschuldigte unter laufender Bewährung steht. Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt auch vor, wenn Rechtsmittel zuungunsten des Angeklagten eingelegt wird und bei auch nur vorläufiger Sicherstellung von Vermögenswerten.

4. Die notwendige Verteidigung im Vollstreckungsverfahren ist gesetzlich zu regeln.

5. Uneingeschränkt begrüßt wird die konsequente Umsetzung der Richtlinie im Hinblick auf den Verteidiger der ersten Stunde. Auf

notwendige Verteidigung kann nicht verzichtet werden.

6. Akzeptabel ist das Festhalten des Referentenentwurfs daran, dass die Bestellung des notwendigen Verteidigers durch das Gericht vorgenommen wird.

Unabweisliche Bedingung dafür ist allerdings, dass kein Auswahlermessen mehr besteht, um Missbrauch vorzubeugen und Transparenz herzustellen. Das Gericht ist verpflichtet, dem Beschuldigten von ihm bezeichneten Verteidiger zu bestellen. Sofern der Beschuldigte keine Person benennt, hat die Auswahl aus einem von den örtlichen Rechtsanwaltskammern elektronisch geführten Verzeichnis zu erfolgen, das rollierend eine Person nach durch einen Algorithmus berechneten Kriterien wie Ort, Sprachkenntnisse, besondere Fachkenntnisse benennt.

7. Bei der Auswahl des Pflichtverteidigers in den Fällen, in denen der Beschuldigte davon keinen Gebrauch macht, sind Qualitätsstandards einzuhalten. Der Referentenentwurf sieht lediglich eine Interessensbekundung vor. Das reicht nicht aus. Neben Fachanwält\*innen für Strafrecht können auch Rechtsanwält\*innen berücksichtigt werden, die jährliche Fortbildungsnachweise auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts von 15 Stunden erbringen.

8. Jeder Betroffene hat das Recht, einmal ohne Begründung den Pflichtverteidiger zu wechseln.

9. Die Regelung der Bestellung mehrerer Pflichtverteidiger wird begrüßt. Die gesetzliche Bezeichnung als Sicherungsverteidiger wird allerdings abgelehnt, anzuknüpfen ist vielmehr an die Fälle der §§ 76 Abs. 2 S. 3, 120, 120b GVG.

10. Die Betroffenen können im Rahmen der Kostenentscheidung einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und damit auf Freistellung von der Kostentragungspflicht stellen.

11. Sofern die Legal-Aid-Richtlinie bis zum 25. Mai 2019 nicht gesetzlich umgesetzt werden sollte – was zu erwarten ist –, müssen deren Essentials im Rahmen der Bestellung nach § 140 Abs. 2 StPO berücksichtigt werden. Die Verteidigung ist gehalten, dies bei den Gerichten einzufordern.

# RESOLUTION ZUR STRAFVERFOLGUNG VON VERTEIDIGER\*INNEN IN DER TÜRKEI

angenommen durch das Plenum des 43. Strafverteidigertages  
am Sonntag, 24. März 2019

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des 43. Strafverteidigertages erklären sich solidarisch mit den 18 Strafverteidiger\*innen, die am 20. März 2019 in der Türkei wegen ihrer Berufsausübung zu langen Haftstrafen verurteilt wurden, und fordern ihre unverzügliche Freilassung.

Die 18 Kolleg\*innen wurden wegen angeblicher Terrorismusstraftaten von dem Gericht für Schwere Straftaten in Istanbul zu Haftstrafen zwischen 3 Jahren und 1 Monat und 18 Jahren und 9 Monaten verurteilt. Kriminalisiert wird ihre engagierte Verteidigung in politischen Verfahren und das konsequente Eintreten für die Freiheitsrechte ihrer Mandant\*innen.

Das Urteil ist das Ergebnis eines »Strafprozesses«, der von Beginn an willkürlich und unter eklatanter Missachtung jeglicher nach der türkischen Strafprozessordnung und der Menschenrechtskonvention garantierten Beschuldigten- und Verfahrensrechte geführt wurde. Die Entscheidung ist symptomatisch für den Zustand der türkischen Justiz: Die Abschaffung der noch verbliebenen rechtsstaatlichen Standards und die faktische Ausschaltung gerade der Berufsgruppe, die die Freiheit des Einzelnen gegen staatliche Willkür verteidigt.

Das Urteil wurde sowohl in Abwesenheit der angeklagten Kolleg\*innen als auch ihrer Verteidiger\*innen gesprochen. Und schon wenige Tage nach der Urteilsverkündung geraten nun die Verteidiger\*innen der verurteilten Anwalt\*innen in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden und sind massiver medialer Hetze ausgesetzt.

Diese eklatanten Rechtsverstöße und die grenzenlose Willkür seitens der Justiz machen deutlich, dass die zielgerichtete Strafverfolgung von Strafverteidiger\*innen eine neue Qualität erreicht hat. Darauf weisen die Anwaltskammern in der Türkei, die das Verfahren intensiv beobachtet haben, hin. In einer gemeinsamen Erklärung

vom 21. März 2019 ziehen 39 Anwaltskammern folgendes Fazit: »Wir können nicht einmal von einem Verstoß gegen ein faires Verfahren sprechen, weil es faktisch kein Verfahren gab.«

Mit der Resolution des 41. Strafverteidigertages 2017 in Bremen und des 42. Strafverteidigertages in Münster wurden Forderungen aufgestellt, die auch heute uneingeschränkt weiter gelten. Zwar ist der Ausnahmezustand in der Türkei 2018 beendet worden, die Eingriffe dauern jedoch in gleicher Weise fort, Rechtsunsicherheit ist allgegenwärtig.

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des 43. Strafverteidigertags fordern in Anknüpfung an die Resolution zur Lage in der Türkei der vergangenen Strafverteidigertage die sofortige Freilassung der inhaftierten Kolleg\*innen.

# REGENSBURGER THESEN ZUM STRAFPROZESS

## RECHTSPOLITISCHE FORDERUNGEN DES 43. STRAFVERTEIDIGERTAGES

Die vorliegenden Thesen zum Strafprozess wurden vom Plenum des 43. Strafverteidigertages beschlossen, der vom 22. bis 24. März 2019 in Regensburg beriet. An der Tagung nahmen mehr als 850 Strafverteidiger\*innen sowie Vertreter\*innen der Rechtswissenschaft und der Justiz teil.

### EINLEITUNG

»Mit der Art und Weise, Strafverfahren durchzuführen, hält sich ein Staat den Spiegel vor: Nirgendwo sonst werden – zumal gezielt – Einschränkungen der Grund- und Menschenrechte drastischer praktiziert und empfindlicher von den Betroffenen erfahren, als vor Gericht und hinter Gittern. Der Strafprozess ist somit die Probe auf das Exempel Rechtsstaat und damit ein Indikator für die Realisierung der Grund- und Menschenrechte.« (Sebastian Cobler)

Die (straf)rechtspolitische Entwicklung der vergangenen Jahre ist gekennzeichnet von einer gegensätzlichen Bewegung – dem steten Zuwachs materiellen Strafrechts einerseits und einem Abbau grundrechtssichernder strafprozessualer Normen andererseits. Während die Schaffung neuer Straftatbestände in den vergangenen Jahren ein zuvor nicht gekanntes Ausmaß erreicht hat, soll der viel beklagten ›Überlastung der Justiz‹ mit kürzeren und möglichst widerspruchsfreien Verfahren begegnet, störende d.h. das Verfahren verzögernde Elemente sollen abgeschliffen werden.

Strafprozessuale Normen, die dem Schutz der Beschuldigtenrechte dienen, sind aber kein überflüssiger Ballast. Die ›Form‹ des Verfahrens hat freiheitsschützende Aspekte: Strafprozessuale Regeln dienen dazu, die Suche nach einer ›materiellen Wahrheit‹ gegen die

Verzerrungen abzusichern, die das evidente Ungleichverhältnis zwischen Beschuldigten einerseits, Anklage- und Ermittlungsbehörden sowie Gericht andererseits zwangsläufig mit sich bringt. Beschuldigtenrechte sind kein Zugeständnis der Macht an den Ohnmächtigen, sondern eine funktionale Notwendigkeit zur Ermittlung der (notwendig beschränkten) strafprozessualen Wahrheit. Nur, wo der/die Beschuldigte über wirkungsvolle Rechte und effektive Möglichkeiten zur Gegenwehr verfügt, macht das Strafverfahren unter dem Vorzeichen der ›Wahrheitssuche‹ überhaupt Sinn; indem er seine Rechte wahrnimmt, sichert der Beschuldigte das gegen ihn geführte Verfahren. Ein Abbau dieser Rechte geht zwangsläufig einher mit der Delegitimierung des Anspruchs, eine materielle ›Wahrheit‹ mithilfe des Verfahrens zu ermitteln.

Für den Abbau von Beschuldigtenrechten im Strafverfahren müsste daher eigentlich gelten, was für die Schaffung materiell-rechtlicher Normen grundrechtlich gefordert ist: immer nur ultima ratio, also letztes verfügbares Mittel zu sein. Das aber ist es offenkundig nicht. Ausgerechnet die Richterschaft verschließt sich standhaft der Einsicht, die jedem Busfahrer, Drucker und Versandhaus-›Logistiker‹ ganz natürlich ist: dass gegen schlechte Arbeitsbedingungen und chronische Unterfinanzierung nur bessere Arbeitsbedingungen und ausreichende Finanzierung helfen. Dass ausgerechnet in der Strafjustiz, wo über die Freiheit und die soziale Existenz von Menschen verhandelt wird, eine hohe Fallbelastung (bspw. durch Bagatelldelikte) nicht mit arbeits- und verwaltungsrechtlichen Forderungen (wie einem besseren Personalschlüssel), sondern mit dem Abschleifen strafprozessualer Schutznormen beantwortet wird, ist besorgniserregend.

Dieser Tendenz stellt der Strafverteidigertag Thesen zum effektiven Schutz von Beschuldigtenrechten entgegen. Die ›Regensburger Thesen zum Strafprozess‹ konzentrieren sich dabei auf wenige wesentliche Aspekte und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Rechtspolitiker\*innen, welche die Sorge um den Rechtsstaat im Mund führen, sei angeraten, jenseits der Beschleunigung des Strafprozesses die Qualität seiner Ergebnisfindung in den Blick zu nehmen und zu sichern, denn über diese definiert sich letztlich die des Rechtsstaats.



## I. ERMITTLUNGSVERFAHREN

### 1. VERBOT DER STAATLICHEN TATPROVOKATION

Es soll gesetzlich geregelt werden, dass die staatliche Tatprovokation verboten ist und dass, sofern gegen dieses Verbot verstoßen wird, ein Verfahrenshindernis besteht.

Die staatliche Tatprovokation verbietet sich aus zwei Gründen:

1. Die Tatprovokation durch den Staat ist durch keine denkbare Funktion der Strafverfolgungsbehörden gedeckt. Diese besteht, soweit sie nicht praeter oder contra legem präventive Aufgaben wahrnehmen, ausschließlich in der Verfolgung bereits *begangener* Straftaten. Um solche handelt es sich bei provozierten Taten gerade nicht. In Wahrheit besteht der ›Sinn‹ der Tatprovokation ausschließlich darin, den Betroffenen zur Begehung von Taten zu verführen, um ihn wegen dieser erst noch zu begehenden Taten ersatzweise für vermeintlich bereits begangene, aber nicht nachweisbare Taten zu bestrafen.

Dies ist eines Rechtsstaats nicht würdig und schadet dem staatlichen Ansehen in den Augen seiner Bürger. Das Reichsgericht hat dies im Übrigen in einer Entscheidung aus dem Jahr 1912 (!) genau so gesehen:

Der Sachverhalt: Im Einverständnis mit ihren Vorgesetzten hatte eine Polizeibeamtin an eine wegen Abtreibung vorbestrafte Frau einen fingierten Brief geschrieben, in dem sie sich selbst als schwanger ausgab und um ›Hilfe‹ bat. Zum Gespräch mit der Zielperson schickte die Polizeibeamtin ihr Dienstmädchen. Die zur vermeintlichen Abtreibung bereite Frau wurde festgenommen und wegen versuchten Verstoßes gegen § 218 StGB verurteilt.

Das Reichsgericht hob ein Urteil, das sich ausschließlich auf die Angaben des Lockspitzels stützte, mit der Begründung auf, der Lockspitzeinsatz sei »vom *allgemeinen sittlichen Standpunkt*, den die Behörden der Strafrechtspflege ohne Rücksicht auf Erfolge einzunehmen haben, nicht zu billigen...«

Im Urteil heißt es weiter:

»Unter allen Umständen verbietet sich aber die Anwendung von solchen Scheinaufforderungen im Strafverfahren, denn es ist *unaufrechtig* und jedenfalls *mit dem Ansehen der Behörden der Strafrechtspflege unvereinbar*, wenn deren Beamte oder Beauftragte sich dazu hergeben, in gefährlicher Weise zum Verbrechen anzulocken, und auch, wenn Sie nur den Schein erwecken, als ob sie Täuschung oder sonstige unlautere Mittel in den Dienst der Strafrechtspflege stellen.«<sup>1</sup>

Wir sind der Meinung, dass die heutige Rechtswirklichkeit nicht hinter den Auffassungen eines kaiserlichen Gerichts von der Redlichkeit staatlicher Behörden zurückstehen sollte.

Anmerkung: Es ist niemandem in der VP-apologetischen Literatur gelungen, den Wegfall der Strafbarkeit des Lockspitzels, der tatbestandlich eine Anstiftung zur Haupttat darstellt, zu begründen. Das Argument, der Lockspitzel wolle die Rechtsgutverletzung nicht und handele deswegen straflos, müsste konsequenterweise dazu führen, dass jedermann, der es sich zur Aufgabe gestellt hat, von ihm angestiftete Täter auf frischer Tat der Polizei zuzuführen, straflos wäre.

2. Staatliche Tatprovokation (m.a.W. der Lockspitzeinsatz) ist in der Regel mit dem Einsatz von (privat agierenden) Vertrauenspersonen der Polizei (im Folgenden: VP) verbunden. Dieser ist im Verhältnis zum Einsatz Verdeckter Ermittler (VE) mit weniger Aufwand und mit weniger gesetzlicher Reglementierung verbunden.

Er ist allerdings, neben den grundsätzlichen Einwänden gegen die staatliche Tatprovokation, auch aus verfassungsrechtlichen Gründen rechtswidrig.

a. Von niemandem wird noch ernsthaft bezweifelt, dass es sich beim Einsatz von VPs der Polizei um Handlungen mit grundrechtseingreifendem Charakter handelt. Staatliche Behörden dürfen sich, auch da besteht in der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Literatur keinerlei Zweifel, nicht durch die Abgabe staatlicher Aufgaben an Private ihrer Gesetzesbindung entledigen.

b. Der Eingriff in Grundrechte bedarf einer Rechtsgrundlage. Anders sehen dies seit Jahrzehnten das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof. Zu nennen sind *pars pro toto* die Ent-

<sup>1</sup> RG Urt. vom 12. Januar 1912, abgedruckt in ZStW 33, 694, 695

scheidungen des BGH aus den frühen 1980er Jahren, in denen die angebliche Zulässigkeit des VP-Einsatzes unter völliger Ignoranz von Verfassungs- und Verwaltungsrecht nach dem Argumentationsmuster Notwendigkeit = Zulässigkeit begründet wurde, und bis heute gelten.

BGH, Urteil v. 15.4.1980, NStZ 1981, 18:

»Es ist einerseits feststehende, von der Wissenschaft ganz überwiegend gebilligte Rechtsprechung, dass im Rahmen der Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität, insbesondere auch der Rauschgiftkriminalität, auf den polizeilichen Lockspitzel (agent provocateur) nicht verzichtet werden kann... Andererseits steht außer Frage, dass es Grenzen tatprovokierenden Verhaltens des polizeilichen Lockspitzels geben muss...«

BGH, Urteil v. 6.2.1981, StV 1981, 392:

»Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist im Rahmen der Ermittlung und Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Straftaten, zu denen auch der Rauschgifthandel gehört, der Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Grundsatz geboten und rechtmäßig... Dies gilt aber nicht uneingeschränkt.«

BGH, Urteil v. 23.9.1983, NStZ 1984, 78:

»Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist der Einsatz von Lockspitzeln zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität zulässig. Ebenso ist anerkannt, dass tatprovokierendes Verhalten nur innerhalb der durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen zulässig ist.«

c. Eine Rechtsgrundlage existiert bis heute nicht. Sämtliche Versuche, eine solche herbei zu argumentieren, vom Staatnotstand analog § 34 StGB (das ist keine Ironie!) bis zur Ermittlungsgeneralklausel, sind gescheitert.

Die Konsequenz kann nur sein, dass der staatliche Lockspitzeinsatz untersagt wird und ein Verstoß entsprechend etwa § 136a StPO oder der rechtsgrundlosen Telekommunikationsüberwachung mit einem Verfahrenshindernis oder Verwertungsverbot sanktioniert wird.

## 2. VERBOT DER STAATLICHEN LÜGE BEI SOG. LEGENDIERTEN KONTROLLEN

Keine Täuschung und kein Belügen eines Beschuldigten über seinen Status bei gegen ihn gerichteten Ermittlungen! Verbot der staatlichen Lüge gelegentlich sog. legendierter Kontrollen!

Im Rahmen sogenannter legendierter Kontrollen werden Beschuldigte unter dem unzutreffenden Vorwand vermeintlich polizeirechtlich motivierter Maßnahmen durchsucht, um tatsächlich den strafrechtlichen Verdacht abzuklären, ohne diesen indes – wie strafprozessual eigentlich geboten – zu offenbaren. Damit wird der Beschuldigte über den tatsächlichen Verdacht und Tatvorwurf nicht aufgeklärt, sondern über selbigen getäuscht. Die Lüge wird zum staatlich tauglichen Ermittlungsmittel verklärt, die Täuschung des Beschuldigten legitimiert. Der Zweck heiligt die Mittel und dies setzt sich fort: Regelmäßig werden die Lügen in den Akten fortgeschrieben und der Grundsatz der Aktenwahrheit damit verletzt. Teils wird an der Lüge bis in das Hauptverfahren festgehalten.<sup>2</sup>

Die Lüge vergiftet das Verfahren. Sie legitimieren zu wollen bedeutet, den Zweck die Mittel heiligen zu lassen. Die Legitimation staatlicher Lügen zum Schutze von weitergehenden Ermittlungsinteressen wird sich verselbständigen und als Rechtfertigungstopos auch andere Unwahrheiten scheinlegitimieren, deren Entdeckung dem justiziellen Zufall überlassen bleiben wird. Die Lüge ist kein guter Ratgeber bei der Wahrheitssuche. Sie hat im Ermittlungsverfahren, wenn der Staat dem Bürger offen gegenübertritt keinen Platz und ist entsprechend dem Täuschungsverbot des § 136a StPO zu verbieten.

<sup>2</sup> vgl. hierzu etwa Berichte und Entscheidungen in StraFo 2013,435ff

### 3. AKTENEINSICHT

Umfassende Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Versagung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft sind einzuführen; Beschränkungen des § 147 Abs.5 S.2 StPO sind aufzuheben.

Unbeschadet des Umstandes, dass es sich um Aktenbestandteile handelt, ist im Fall von Computerdateien, Ton- und Bildaufzeichnungen ein gesetzlicher Anspruch auf Herstellung amtlich gefertigter Kopien und Zurverfügungstellung der Bearbeitungssoftware der Strafverfolgungsbehörden zu schaffen.

Wenn der Beschuldigte und seine Verteidigung nicht an Ermittlungshandlungen beteiligt sind, ist die erst nachträglich gewährte Akteneinsicht das einzige Mittel, die staatsanwaltschaftliche Ermittlungsführung zu kontrollieren. Macht die Staatsanwaltschaft jedoch von ihrem Recht Gebrauch, die Akteneinsicht sowie die Besichtigung der amtlich verwahrten Beweisgegenstände wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks zu versagen (§ 147 Abs. 2 Satz zwei StPO), ist eine gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung nur möglich, wenn der Beschuldigte sich nicht auf freiem Fuß befindet oder es um Aktenteile im Sinne des § 147 Abs. 3 StPO geht. In den übrigen Fällen hat der Beschuldigte keine Handhabe, eine gerichtliche Überprüfung der Versagung der Akteneinsicht zu verlangen. Damit wird der Beschuldigte schlechter gestellt als der Verletzte, dem von der Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht versagt wird. Denn dieser kann nach § 406e Abs. 4 Satz 2 StPO ohne jede Beschränkung gerichtliche Entscheidung gegen die Versagung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft beantragen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum dies dem Beschuldigten als Subjekt des Verfahrens nicht gestattet sein soll.

Im Fall von Computerdateien, Ton- und Bildaufzeichnungen wird der Verteidigung die Akteneinsicht durch manche Gerichte dadurch erschwert, dass diese als amtlich verwahrte Beweisstücke angesehen werden, mit der Folge, dass sie bei der Staatsanwaltschaft bzw. an

Gerichtsstelle zu besichtigen sind. Dies kann mit Blick auf die Bedeutung und den Umfang des Datenmaterials die Bearbeitung durch die Verteidigung und die Information des Beschuldigten unzumutbar beschränken. Aus diesem Grund bedarf es eines Anspruchs der Verteidigung auf Herstellung amtlich gefertigter Kopien dieses Datenmaterials. Dies ist technisch ohne weiteres möglich.

Die Praxis zeigt jedoch auch, dass die von den Ermittlungsbehörden zusammengetragenen Daten nur mithilfe spezieller Software ausgewertet werden können. Um ihrer Kontrollfunktion gerecht werden zu können, muss die Verteidigung daher Zugang zu der Auswertungssoftware der Strafverfolgungsbehörden erhalten. Denn nur auf diese Weise lässt sich nachvollziehen, ob die polizeiliche Datenauswertung vollständig und stichhaltig ist.

## II. HAUPTVERHANDLUNG

### 1. REIHENFOLGE DER BEWEISAUFNAHME

Die Sachnähe der Beweismittels zum jeweiligen Beweisthema gibt grundsätzlich die Reihenfolge ihrer Erhebung in der Hauptverhandlung vor.

Keine Einführung des wesentlichen Ermittlungsergebnisses nach Anklageverlesung durch den Ermittlungsführer der, wie es so gern heißt, »uns erstmal einleitend einen Überblick über die Ermittlungen geben soll«. Stattdessen ist gesetzlich zu verankern, dass grundsätzlich die Sachnähe der Beweismittel zum Beweisthema die Reihenfolge ihrer Erhebung in der Hauptverhandlung vorgibt.

In der Forschung ist anerkannt, dass das richterliche Vorverständnis durch die Akten und die mit der eröffneten Anklage einhergehende Hypothese wahrscheinlicher Verurteilung geprägt ist und diese Vorprägung dazu führt, bestätigende Fakten stärker zu gewichten,

als ihnen entgegenstehende.<sup>3</sup> Dieses in der Verfahrensstruktur angelegte Manko wird unnötig als Fehlerquelle perpetuiert, wenn auch die Beweisaufnahme in ihrer Reihenfolge und (mindestens mittelbarer) Interpretation der Beweiserhebungen zunächst den Ermittelnden das Wort gibt. Stattdessen ist entsprechend der historischen Konzeption der StPO eine eigene unabhängige richterliche Untersuchung des angeklagten Sachverhalts mittels der für die Sachverhaltsbeurteilung erheblichen Beweismittel auch dadurch zu sichern, dass diese nicht nur unmittelbar in der Hauptverhandlung, sondern in dieser auch zunächst erhoben werden.

## 2. ZUSTIMMUNGS- STATT WIDERSPRUCHSLÖSUNG

Beweise, die einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen dem Urteil nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden.

Wenn ein Verwertungsverbot geltend gemacht wird, ist dies vom Gericht unverzüglich zu bescheiden.

Unselbstständige Beweisverwertungsverbote sind in der Revision regelmäßig nur dann beachtlich, wenn unmittelbar nach der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung im Zeitpunkt des § 257 StPO ein Widerspruch angebracht wird, der zudem den Grund seiner Beanstandung exakt benennt (BGH StV 2015, 144). Unklar ist hierbei, ob – wie im Vordringen begriffen<sup>4</sup> – der von der Verteidigung geforderte Widerspruch sogar konstitutiv für die Begründung eines Verwertungsverbots sein soll oder ob mit diesem ›lediglich‹ eine in die Instanz verlagerte revisionsrechtliche Rügeobliegenheit gemeint sein soll.

Gleichviel welcher Ansatz für die vermeintlich dogmatische Legitimation des richterrechtlichen Ansatzes gewählt wird, bürdet die sog. Widerspruchslösung es der Verteidigung auf, Justizunformigkeiten zu rügen, da anderenfalls auch grobe Verstöße folgenlos,

<sup>3</sup> vgl. bereits *Schünemann* StV 2000, 159; s. a. *Schlothauer* StV 2016, 607

<sup>4</sup> etwa *Radtke* in FS Schlothauer 451ff. mwN

revisionsrechtlich gar unbeachtlich bleiben. Mit der Bindung eines beachtlichen Widerspruchs an den Zeitpunkt des § 257 StPO sowie dem Erfordernis der exakten Bestimmung seiner Angriffsrichtung, geht zudem eine unnötige, gleichsam rechtswegverkürzende zeitliche Beschränkung einher, welche angesichts der eigentlich vorgesehenen einmonatigen Begründungsfrist für Revisionsrügen als rein richterrechtliches Machtpostulat imponiert.

Damit trägt der Angeklagte nicht nur das Risiko seiner Schlechtverteidigung. Tatsächlich kann das Erfordernis, einen Widerspruch unmittelbar nach der Beweiserhebung geltend zu machen auch erfahrene Verteidiger überfordern. Damit, dass der Staat indes die Folgen gravierender staatlicher Rechtsverletzungen allein in die Hände der Verteidigung legt, entkleidet er sich als Garant eines justizförmigen Verfahrens und perpetuiert justiziell den Verfahrensverstoß, indem er sich dessen Früchte bei unterlassenem Widerspruch zu eigen macht, und zwar auch dann, wenn er durch die Auswahl des Pflichtverteidigers die Qualität der Verteidigung mittelbar selbst zu verantworten hat und dem Angeklagten gleichzeitig generell die Rüge seiner ›Schlechtverteidigung‹ verweigert. Dies tangiert die Verfahrensfairness insgesamt.

Statt gravierende Eingriffe in den Rechtskreis des Beschuldigten unter angeblicher Erweiterung seiner Dispositionsbefugnis bei fehlendem Widerspruch als quasi geheilt zu behandeln, fordert tatsächlicher Respekt vor dessen Autonomie, diese Rechtsverletzungen nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung als lässlich zu behandeln. Dies war bereits in einem Gesetzesvorschlag der BRAK (Stellungnahme 17/2012) ausgearbeitet, an den anzuknüpfen ist.

Daneben muss im Sinne des rechtlichen Gehörs das Gericht verpflichtet werden, für den Fall, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger ein Beweisverwertungsverbot geltend machen, dieses unmittelbar zu bescheiden. Mit der gegenwärtigen Frist zur Erhebung eines Widerspruchs gegen eine Beweisverwertung (§ 257 StPO) korrespondiert es in keiner Weise, dass das Gericht sich zu dessen Berechtigung nicht verhalten muss, sondern über die Begründetheit des Widerspruchs erst in der Schlussberatung und damit im Urteil befinden muss. Dieses allein richterrechtlich begründete Ungleichgewicht im prozessualen Dialog hat Folgen, welche die Subjektstellung des An-



geklagten betreffen. Ihm wird die normative Bewertung der Beweisgrundlage vorenthalten, indem das Gericht ihm die Auskunft verweigern kann, ob es ein Beweisverwertungsverbot annimmt oder nicht. Bei seiner Entscheidung, ob er eine Freispruchs- oder eine Strafmaßverteidigung führen will, wird er mit seinem Verteidiger von der Justiz, die ihm unmittelbares Handeln zur Geltendmachung des Beweisverwertungsverbots abverlangt, umgekehrt vollkommen im Dunkeln gelassen. Dies ist nicht hinnehmbar und zwar gleichviel ob unter dem Regime der Widerspruchs- oder der hier geforderten Zustimmungslösung.

### 3. VERLETZUNG DES KONFRONTATIONSRECHTS

Hatten im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger die Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, dürfen dessen unkonfrontierte Aussagen weder allein noch mitentscheidend für eine Verurteilung herangezogen werden.

Art 6 Abs. 3d EMRK bildet in seiner Ausprägung durch die Rechtsprechung des EGMR eine Mindestverfahrensgarantie. Nicht nur mit der stets fortschreitenden Ausweitung der heimlichen Ermittlungsbefugnisse ist die Verpolizeilichung des Strafverfahrens auf historisch wohl bislang unbekanntem Niveau. Während das Verhalten des Beschuldigten hierdurch umfassender denn je zuvor dokumentiert wird, fehlt es gänzlich an einer adäquaten Dokumentation der Beweiserhebung des fehleranfälligen Beweismittels – nämlich des Zeugen. Der Umstand unzureichender Dokumentation von Zeugeneinvernahmen kann auch angesichts der leicht zugänglichen technischen Möglichkeiten, für eine adäquate Dokumentation Sorge zu

tragen, nur als staatlich verschuldet angesehen werden. Bereits dies bietet hinreichend Anlass, lediglich mittelbar eingeführten, unzureichend dokumentierten Aussagen die Entscheidungserheblichkeit abzusprechen. Selbiges muss erst recht gelten, wenn weder für den Angeklagten noch seinen Verteidiger die Gelegenheit zu konfrontativer Befragung bestand.

Sowohl die Subjektstellung des Beschuldigten/Angeklagten als auch die Qualitätssicherung der Beweismittel, die nur durch eine den Zeugen examinierende Konfrontation zu gewährleisten ist, erfordern daher das zu kodifizierende Verbot, auf eine unkonfrontierte Aussage mitentscheidend eine Verurteilung zu stützen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der EGMR in jüngerer Rechtsprechung die Konventionswidrigkeit der Verwertung unkonfrontierter Aussagen unter einen Abwägungsvorbehalt gestellt hat (Al-Khawaja and Tahery vs UK; Schatschawili vs. Deutschland).

Zum einen sichern die EMRK und der EGMR lediglich einen Mindeststandard eines fairen Verfahrens aller 47 Länder des Europarats. Dieser Mindeststandard kann aber nicht Ziel und Maximalanspruch nationaler Gewährleistung und Sicherung eines rechtsstaatlichen Niveaus des fairen Verfahrens sein. Zumal sich gerade im nationalen Umgang mit dem Zeugenbeweis Defizite zeigen: Die StPO sieht zum einen keine Beteiligungsmöglichkeit der Verteidigung an Zeugenvernehmungen bei der Polizei (zu welcher Zeugen nunmehr ggfls. verpflichtet sind [s. § 163 Abs. 3 StPO]) vor. Zum anderen verpflichtet sie die Polizei für dieses Manko im Gegenzug noch nicht einmal kompensatorisch zu einem Mindeststandard adäquater Dokumentation. In einem als ›fair‹ zu bezeichnenden Verfahren ist dann aber kein Raum mehr, vom Angeklagten nicht konfrontierbare Aussagen zu einer entscheidungserheblichen Grundlage in einem gegen ihn ergehenden Urteil heranzuziehen, wie es die Rechtsprechung bereits exzessiv unter Hinweis auf eine mögliche ›Aufweichung‹ der EGMR-Rechtsprechung anzupeilen scheint (3 StR 323/16 = StV 2017, 776).

#### 4. VEREIDIGUNG

Keine Angst vorm Schwur – Vereidigung von Zeugen auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten!

Mit der Abschaffung der Regelvereidigung wurde nicht nur zugleich die Möglichkeit jedes Verfahrensbeteiligten entsorgt, Zeugen potentiell durch eine Vereidigung bzw. deren Inaussichtstellung zu disziplinieren. Vielmehr ist darüber hinaus der Wiederaufnahmegrund

des Meineids i.S.d. § 359 Abs. 2 StPO, der auf die objektive Unrichtigkeit der beeideten Aussage abstellt, faktisch entfallen, weil der Gesetzgeber der Verteidigung die Möglichkeit genommen hat, eine Verteidigung von Zeugen herbeizuführen.

Es ist kein legitimes Bedürfnis erkennbar, unrichtige Aussagen – gegen die der Angeklagte nur durch die Hoffnung, der Richter möge sie als solche erkennen, geschützt ist – gegen eine gesteigerte Überprüfungsmöglichkeit in der Wiederaufnahme zu immunisieren und das Risiko von Konsequenzen einer nicht nachweisbar bewusst getätigten falschen Zeugenaussage allein dem Angeklagten aufzuerlegen.

## 5. URKUNDSBEWEIS BEI POLIZEIZEUGEN

Wider die Quasiwahrunterstellung polizeilicher Vermerke! § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO ist allenfalls und ausschließlich auf absolute Routinehandlungen der Ermittlungsbehörden anzuwenden. Auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten sind Vermerksverfasser als Zeugen zu laden.

§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO unterstellt die Richtigkeit dessen, was es gerichtlich zu überprüfen gilt: die in polizeilichen Vermerken niedergelegten Annahmen, Beobachtungen und Auswertungen von Beweismitteln. Nr. 5 ist damit auch ein Fremdkörper im Kontext des § 256 StPO. Dieser regelt primär eine erleichterte Verlesung von Behördenzeugnissen und bestimmten sachverständigen Attestierungen, denen insofern ein privilegierter Anschein der Richtigkeit verliehen wird, als ihre Aussteller regelmäßig nicht vor Gericht zu erscheinen brauchen. Eine solche Richtigkeitsvermutung für Protokolle polizeilicher Ermittlertätigkeit kann es schon institutionell nicht geben. Ermittlungsergebnisse der Polizei sind insofern schon ein Aliud als – zu recht – im Sachverhalt für die Strafverfolgung ermittelnde Personen regelmäßig wegen Befangenheit als Sachverständige abgelehnt werden können.

Die Tatgerichte, aber auch die BGH-Rechtsprechung haben den Anwendungsbereich des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO mittlerweile weit jenseits der Routinehandlungen gesehen und sogar Observationsergebnisse für verlesbar erachtet (BGH NStZ 2016, 301). Eine Richtigkeitsvermutung für polizeiliche Ermittlungsergebnisse und Niederschriften beinhaltet aber nicht nur verfahrenspsychologisch die konkludente Aufgabe der Unschuldsvermutung. Tatsächlich ist – sofern das Gericht nicht seine Aufklärungspflicht aktualisiert sieht – auch die Verteidigung weitgehend abgeschnitten von Überprüfungsmöglichkeiten, da Beweisansprüche in diesem Zusammenhang regelmäßig u.a. mit Konnexitätserwägungen zurückgewiesen werden und mithin polizeilich behauptete, vermeintliche Fakten zur Urteilsgrundlage werden können, die nie ein Beamter unter Wahrheitspflicht im Verfahren stehend bekunden musste.

## 6. AUDIOVISUELLE DOKUMENTATION DER HAUPTVERHANDLUNG

Schluss mit der richterlicher Angst vor der Wahrheit der Beweisaufnahme! Die audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung ist einzuführen.

Die Forderung nach der Dokumentation der Hauptverhandlung ist so alt wie sie berechtigt ist. Die Einwände hiergegen erscheinen – erst recht in jüngerer Zeit – unvertretbar. Mit moderner Technik ist eine audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung unproblematisch und kostengünstig zu gewährleisten. Sie ist aber auch *geboten*. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zur Rügeverkümmern ausgeführt, dass das Revisionsgericht, auch was Verfahrenstatsachen angeht, der materiellen Wahrheit verpflichtet sei (BGHSt 51, 298). Das BVerfG hat ebenfalls mehrfach und nicht zuletzt in seiner Verständigungsentscheidung (BVerfGE 133 168 [199]) postuliert, dass unverzichtbares Ziel des Strafprozesses die materielle Wahrheit ist. Warum dann im Hauptforum der Wahrheitserforschung, der Hauptverhandlung, die Anknüpfungstatsachen für dieses anspruchsvolle Unterfangen nicht bestmöglich dokumentiert werden, bleibt unerklärt – und ist unerklärlich. Mit den auf Wahrheitserforschung

und bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung ausgerichteten verfassungsgerichtlichen und höchstrichterlichen prozessualen Aufträgen ist die Saumseligkeit einer undokumentiert abgehaltenen Hauptverhandlung jedenfalls auch normativ schon längst nicht mehr vereinbar. Letzteres im Übrigen auch deshalb nicht, weil im Falle etwa einer erfolgreichen Revision die unbehelflichen Rekonstruktionsversuche (undokumentierte Hauptverhandlung) den Ausgang der neu anzuberaumenden Hauptverhandlung maßgeblich mitdeterminieren.

Das Gebot bestmöglicher Dokumentation drängt sich aber auch in Ansehung internationaler Standards auf. Die inhaltliche Nichtdokumentation ist die Ausnahme. Auch in Ländern wie der Türkei, die der Bundesrepublik rechtsstaatlich sicher nicht überlegen sind, ist die Dokumentation des in der Hauptverhandlung Gesagten eine Selbstverständlichkeit. *Bertram Schmitt*, der als Tatrichter, BGH-Richter und zuletzt am Internationalen Strafgerichtshof tätig war, führt mit Blick über den Tellerrand zu seinen während seiner Laufbahn gemachten Erfahrungen rückblickend aus (BGH NStZ 2019, 1ff):

»Ich halte es heute für offensichtlich, dass Mitschriften der Vernehmungen durch die Richter und Richterinnen lückenhaft sind und vor allem lediglich eine – mehr oder minder unzuverlässige – subjektive Auswahl des wirklich Relevanten darstellen. [...] Sicher bin ich mir, dass eine Dokumentation der Hauptverhandlung, die diesen Namen verdient, einen erheblichen Beitrag zur Wahrheitsfindung und zu einer effektiven Rechtsmittelkontrolle im Strafprozess zu leisten vermag.«

Damit dürfte dieses Anliegen ein von vornherein unverzichtbarer Bestandteil eines ›Paktes für den Rechtsstaat‹ sein, der diesen Namen verdient.

### III. REVISION

1. Die Frist zur Revisionsbegründung soll genau so lang sein, wie die Frist des Gerichts zu Urteilsabsetzung.
2. Die Revisionsbegründungsfrist beginnt erst zu laufen, wenn das Urteil und das Hauptverhandlungsprotokoll dem Rechtsmittelführer zugestellt worden.
3. Die Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch dann, wenn sie durch Beschluss ergeht, zu begründen.

Die Forderungen der Strafverteidigervereinigungen (1) nach Angleichung der Revisionsbegründungsfrist an die Urteilsabsetzungsfrist, (2) den Zeitpunkt der Zustellung des Hauptverhandlungsprotokolls als Beginn der Revisionsbegründungsfrist zu definieren und (3) die Abschaffung der begründungslosen Revisionsverwerfung sind fast selbsterklärend, wenn man das Recht auf Verteidigung im Strafverfahren und den Grundsatz der Waffengleichheit ernst nimmt.

Daraus ergibt sich auch die Begründung für die Ablehnung der einer effektiven Strafverteidigung entgegenstehenden Thesen des Strafkammertages.

#### 1.

Dass die Frist zur Revisionsbegründung nach § 345 Abs.1 S.1 StPO im Regelfall einen Monat ab Zustellung des Urteils beträgt, stellt einen gesetzlichen Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz dar. Die Begründungsfrist von einem Monat, die in erster Linie zwar die Begründung von formellen Rügen betrifft (Ausführungen zu der einmal zulässig erhobenen Sachrüge sind durch die Frist nicht ausgeschlossen), mag in einfach gelagerten Fällen sachgerecht sein, nicht aber in umfangreichen Verfahren.

Dass die Urteilsabsetzungsfrist sich nach der Dauer des Verfahrens, gemessen nach Hauptverhandlungstagen, richtet, ist sachlich begründet und nachvollziehbar. In der Regel weist ein umfangreiches Verfahren ein höheres Maß an Schwierigkeiten sowohl im Bereich

der Beweisführung als auch bei der Anwendung des formellen und materiellen Rechts auf. Das sich diese Schwierigkeiten auf die Dauer der aufzuwendenden Arbeitskraft bei der Urteilsabsetzung auswirken können und in der Regel auch tun, bedarf keiner ausführlichen Begründung. Nicht nachvollziehbar ist jedoch die gesetzliche Regelung, dass dieselben Erwägungen nicht auch für die Verteidigung gelten sollen. Eine Angleichung der Revisionsbegründungsfrist an die Urteilsabsetzungsfrist ist daher sachgerecht.

2.

Da die Revisionsbegründungsfrist ihre praktische Relevanz vor allem aus der Rechtfertigung formeller Rügen bezieht, ist es ebenso sachgerecht, deren Beginn an die Zustellung des Hauptverhandlungsprotokolls zu setzen. Dass diese Frage nicht ohne praktische Relevanz ist, ergibt sich z.B. aus der Entscheidung des BGH NStZ 2009, 173, wo innerhalb der Begründungsfrist trotz angemessener Bemühungen der Verteidigung keine Protokolleinsicht gewährt worden war und der Verteidiger auf einen Wiedereinsetzungsantrag mit all seinen Unsicherheiten angewiesen war. Im Rahmen eines Wiedereinsetzungsantrages muss z.B. auch dargelegt werden, auf welche Weise sich die Verteidigung um den Protokollband bemüht hat (BGH NStZ 2000, 326), und dass die beabsichtigte Verfahrensrüge ohne Einsicht in das Hauptverhandlungsprotokoll nicht begründet werden konnte (BGH NStZ-RR 2008, 282).

3.

Ablehnende Revisionsentscheidungen sind zu begründen. § 349 Abs. 2 StPO ist entsprechend zu ändern. Sog. ou-Verwerfungen sind vor allem in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen. Aus jüngerer Zeit sei auf Rosenau ZIS 2012, 195 ff verwiesen. Es besteht die erhebliche Gefahr des Missbrauchs der Verwerfungsmöglichkeit in den Fällen, in denen eine ausführliche Begründung Schwierigkeiten bereiten könnte. Die Entscheidung ist außerdem nicht überprüfbar und öffnet der Willkür Tür und Tor. Sie ist im Übrigen keinem Rechtsunterworfenen zu vermitteln, der zu Recht den Argwohn hegt, dass eine nicht begründete Entscheidung eben unbegründet ist.

Dass das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift als verfassungsrechtlich bedenkenfrei einstuft, ist wenig verwunderlich, enthält doch § 93 d Abs. 1 S.3 BVerfGG für den Fall der Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde ebenfalls die Möglichkeit einer begründungslosen Entscheidung.

Noch kurz zu den Thesen des Strafkammertages betreffend die strafrechtlichen Rechtsmittel: Ist es nun Ironie oder Anmaßung, wenn der Strafkammertag die erweiterte Begründungspflicht für die Sachrüge fordert und klagt: »Jeder Strafverteidiger kann seine Revision der Verletzung materiellen Rechts selbst beim BGH nach wie vor zulässig mit einem einzigen Satz begründen.« Das ist so ziemlich genau der Umfang, mit dem ein Revisionsssenat eine solche Rüge nach § 349 Abs. 2 StPO verwerfen kann. Er kann dies im Übrigen auch bei einer auf 500 Seiten begründeten Rüge so halten!

Und wenn der Strafkammertag fragt: »Und muss man für die Rüge der Verletzung materiellen Rechts nicht mehr verlangen als einen floskelhaften Satz?«, so darf man wohl fragen, ob das nicht erst recht für die Verwerfung einer solchen Rüge gelten muss.

#### IV. PKH RICHTLINIE/REFORM NOTWENDIGE VERTEIDIGUNG

Die Richtlinien (EU) 2016/1919 (»PKH-Richtlinie«) und 2016/800 (»Kinder-Richtlinie«) legen im Bereich der notwendigen Verteidigung Mindeststandards fest, die vom nationalen Recht teilweise nicht erreicht werden. Aus diesem Grund ist eine Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung in Deutschland erforderlich. Folgende Eckpunkte sind dabei einzuhalten:

##### 1. FESTHALTEN AM SYSTEM DER NOTWENDIGEN VERTEIDIGUNG

Ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, soll auch künftig von materiellen Kriterien und nicht der finanziellen Bedürftigkeit des Beschuldigten abhängen. Sind die materiellen Kriterien der notwendigen Verteidigung erfüllt, kann der Beschuldigte nicht auf die Beiordnung eines Verteidigers verzichten.



Die PKH-Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, die notwendige Mitwirkung eines Verteidigers von einer finanziellen Bedürftigkeitsprüfung oder einer materiellen Prüfung, wie etwa der Schwere des Falls, abhängig zu machen. Das deutsche Strafprozessrecht hat sich für die letztgenannte Variante entschieden und entscheidet die Frage, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Beschuldigten. Eine Verpflichtung des Beschuldigten zur Offenlegung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse kann etwa im Bereich der Vermögensdelikte, aber keineswegs nur dort, ein Beitrag zur Sachaufklärung sein und ist mit dem Schweigerecht des Beschuldigten nicht vereinbar. Hinzu kommt, dass die Durchführung einer Bedürftigkeitsprüfung die Ermittlungsbehörden gerade in den Fällen, in denen nach der PKH Richtlinie eine frühzeitige Beordnung angezeigt ist (Verteidiger der ersten Stunde), vor schwierige Aufgaben stellen und könnte die erforderliche Durchführung von Ermittlungshandlungen verzögern.

## 2. AUSWEITUNG DER NOTWENDIGEN VERTEIDIGUNG

Die notwendige Verteidigung ist auf jeden Fall der Inhaftierung, Fälle einer Straferwartung von mehr als 90 Tagessätzen, Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zu Ungunsten des Angeklagten, Bereiche des Vollstreckungsverfahrens und der vorläufigen Sicherstellung von Vermögenswerten auszuweiten.

Das Erfordernis, die notwendige Verteidigung auf jeden Fall der Inhaftierung zu erweitern, ergibt sich unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 a) der PKH Richtlinie. Darüberhinaus ist eine Ausweitung der notwendigen Verteidigung auch in den anderen angesprochenen Fällen erforderlich. Eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen führt regelmäßig zu einer Aufnahme der Verurteilung in das Führungszeugnis und somit zu einer offenen Stigmatisierung des Beschuldigten, die in vielen Lebensbereichen, insbesondere in der Arbeitswelt, gravierende Konsequenzen für den Verurteilten haben kann. Ferner schließt eine Verurteilung von zu mehr als 90 Tagessätzen eine Einbürgerung aus.

Ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen ein freisprechendes Urteil wird bereits jetzt in der Rechtsprechung als Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 2 StPO angesehen. Aber auch im Fall eines nur auf das Strafmaß bezogenen Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft wird offensichtlich, dass es offenkundig erhebliche Bewertungsunterschiede zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft gibt, die die Sach- und Rechtslage regelmäßig als schwierig erscheinen lassen.

Auch im Vollstreckungsverfahren sind gerichtliche Entscheidung zu treffen, die schwerwiegend in die Rechte des Verurteilten eingreifen, wie beispielsweise die Überprüfung der weiteren Unterbringung (§ 67 e StGB) oder die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB). In diesen Fällen wird bereits jetzt § 140 StPO analog angewendet. Darüber hinaus sind jedoch weitere Vollstreckungsentscheidungen – wie beispielsweise der Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung, die Entscheidung über die Aussetzung einer Reststrafe – von so gravierendem Gewicht, dass die Verteidigung des Verurteilten notwendig ist. Weitere Fälle, die nach Auffassung der Strafverteidigervereinigungen in den Bereich der notwendigen Verteidigung einzubeziehen sind, sind im Policy Paper ›Neuordnung der Pflichtverteidigung‹ dargestellt.

### 3. VORVERLEGUNG DES ZEITPUNKTS DER BEIORDNUNG

In den Fällen notwendiger Verteidigung ist dem Beschuldigten spätestens vor seiner ersten Vernehmung oder Gegenüberstellung ein Verteidiger beizuordnen (sog. Pflichtverteidiger der ersten Stunde, Art. 4 Abs. 5 der PKH Richtlinie).

Das Erfordernis der frühzeitigen Beiordnung ergibt sich unmittelbar aus Art. 4 Abs. 5 der PKH Richtlinie. Danach ist die Prozesskostenhilfe »unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde« oder einer Gegenüberstellung sicherzustellen.

#### 4. SCHAFFUNG VON GLEICHMÄSSIGKEIT UND TRANSPARENZ BEI DER AUSWAHL DES VERTEIDIGERS

Wenn dem Beschuldigten ein Verteidiger beigeordnet wird, den er nicht bezeichnet hat, ist der Verteidiger aus einem bei den Rechtsanwaltskammern geführten elektronischen Verzeichnis auszuwählen, das in einem rollierenden System organisiert ist.

Im geltenden Recht gibt es außer dem Grundsatz, dass der Beschuldigte vor einer Bestellung regelmäßig anzuhören ist, keinerlei Regeln, wie der Richter die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers vorzunehmen hat. Es herrscht insoweit ein freies und ungebundenes Ermessen des Richters. Es gibt auch keinen Einblick in die Bestellungspraxis der Gerichte. Denn es gibt keinerlei verpflichtende Regelungen, nach denen die Justizverwaltungen Auswahlentscheidungen statistisch zu erfassen und zu dokumentieren haben. Diese Abschirmung eines Dunkelfelds richterlicher Vergabeentscheidungen weckt zwangsläufig Misstrauen. Tatsächlich wird in der Praxis von Strafverteidigern wiederholt geargwöhnt, dass die richterliche Auswahlentscheidung nicht oder nicht ausschließlich an den erkennbaren Interessen des Beschuldigten orientiert ist, sondern dass Überlegungen eine Rolle spielen, mit welchen Rechtsanwälten das Verfahren möglichst glatt und unproblematisch geführt werden kann. Es ist daher dringend geboten, das freie Ermessen bei der Auswahl des Pflichtverteidigers einzuhegen, um sicherzustellen, dass die Auswahlentscheidung nicht von Überlegungen bestimmt wird, die nichts mit dem Interesse des Beschuldigten zu tun haben. Dies sollte geschehen, in dem die Rechtsanwaltskammern eine elektronische Liste der Rechtsanwälte führen, die für Pflichtverteidigungen infrage kommen (dazu sogleich), auf welche die Gerichte und die Staatsanwaltschaft Zugriff haben. Diese Liste müsste nach einem rollierenden System in der Art der Hilfsschöffenliste organisiert sein, so dass jeweils der an bereitester Stelle stehende Rechtsanwalt angefragt werden kann, ob er rechtzeitig zur Verfügung steht. Ist dies nicht der Fall, wird bei dem an nächster Stelle stehenden Rechtsanwalt angefragt. Der Kontakt (-versuch) mit jedem nach diesem System angefragten Rechtsanwalt

ist – wie bei der Hilfsschöffenliste – im System zu hinterlegen, damit die Auswahl im Nachhinein nachvollziehbar ist.

## 5. QUALITÄTSANFORDERUNGEN

In das bei der Rechtsanwaltskammer geführte Verzeichnis werden Rechts-anwälte aufgenommen, die eine Mindestqualifikation haben.

Allein das bekundete Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigung ist nicht ausreichend, um eine angemessene Qualität der Verteidigung im Sinne des Art. 7 Absatz 1 b) der PKH-Richtlinie zu gewährleisten. Vielmehr sollte jeder Rechtsanwalt, der nicht Fachanwalt für Strafrecht ist, eine jährliche Fortbildung auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts entsprechend § 15 FAO nachweisen. Mit dieser nicht sehr hohen Schwelle sollte eine Mindestqualifikation der auf der Liste geführten Rechtsanwälte gewährleistet sein.

## 6. AUSWECHSLUNG DES BEIGEORDNETEN VERTEIDIGERS

Da die Auswahlentscheidung des Beschuldigten oftmals unter schwierigen Bedingungen erfolgt, muss er die Möglichkeit erhalten, den beigeordneten Verteidiger einmal im Verfahren ohne Begründung zu wechseln. Ein entsprechender Antrag ist spätestens eine Woche nach Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung zu stellen.

Da, wie der Entwurf konzidiert, die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers häufig unter schwierigen Bedingungen stattfindet (Belastungssituation für den Beschuldigten durch Konfrontation mit dem Tatvorwurf und mit den Strafverfolgungsbehörden, hoher Zeitdruck, keine Möglichkeit zu Nachforschungen oder Beratungen), sind Fehlentscheidungen praktisch vorprogrammiert. Da die konstellativen Faktoren, die solche Fehlentscheidungen ermöglichen, nicht ausgeräumt werden können, muss die Korrektur an anderer Stelle ansetzen, nämlich bei der unter ungünstigen Bedingungen getroffenen Entscheidung. Es muss dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben

werden, seine Entscheidung zu korrigieren und zwar ohne dass ihm aufgebürdet wird, eine Störung des Vertrauensverhältnisses zu dem beigeordneten Verteidiger darzutun.

## 7. BEIORDNUNG EINES ZWEITEN VERTEIDIGERS

Ein zweiter Pflichtverteidiger ist auf Antrag immer dann beizuordnen, wenn erstinstanzlich vor dem OLG oder vor der großen Strafkammer in der Besetzung mit drei Berufsrichtern (§ 76 Abs. 2 Satz 3 GVG) verhandelt wird.

Nach der Rechtsprechung ist ein zweiter Pflichtverteidiger zu bestellen, »wenn hierfür wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Sache ein unabweisbares Bedürfnis besteht«. Wann jedoch ein Verfahren besonders schwierig oder umfangreich ist, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung sehr unterschiedlich beurteilt. Klare Leitlinien beispielsweise dazu, bei wie viel Hauptverhandlungstagen regelmäßig von einem besonderen Umfang der Sache auszugehen ist, haben sich nicht herausgebildet. Zur Vereinfachung sollte daher die Beiordnung eines zusätzlichen Pflichtverteidigers immer dann erfolgen, wenn erstinstanzlich vor dem Oberlandesgericht (§§ 120, 120 b GVG) oder vor der großen Strafkammer in der Besetzung mit drei Berufsrichtern verhandelt wird (§ 76 Abs. 2 Satz 3 GVG). Diesen Fällen liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass die zu behandelnde Sache besonders schwierig oder umfangreich ist. Es ist deshalb sachgerecht, die Bestellung eines zusätzlichen Pflichtverteidigers mit der gesetzlichen Bewertung bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit bzw. der richterlichen Bewertung bei der Gerichtsbesetzung zu synchronisieren. Es ist wenig nachvollziehbar, bei der Beurteilung des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache unterschiedliche Maßstäbe bei Gericht und Verteidigung einzusetzen.



## AUTOR\*INNEN

LARS BACHLER, vorsitzender Richter am Oberlandesgericht  
Düsseldorf.

PROF. DR. WERNER BEULKE, bis März 2011 Inhaber des Lehrstuhls  
für Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Kriminologie an der  
Universität Passau, seitdem als Rechtsanwalt tätig.

DR. MANFRED DAUSTER, vorsitzender Richter am bayerischen  
Oberlandesgericht München.

PD DR. DANIEL EFFER-UHE, Privatdozent für Bürgerliches Recht,  
Zivilprozessrecht, Römisches Recht und Rechtstheorie an der  
Universität zu Köln.

JAN GEHLEN, Kanzler der Universität Hannover a.D.

DR. OLIVER HARRY GERSON, Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches  
und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie  
Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität  
Passau).

ANDREA GROSS-BÖLTING, Strafverteidigerin in Wuppertal

PROF. DR. MATTHIAS JAHN, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht,  
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie an  
der Goethe-Universität in Frankfurt am Main

LEFTER KITLIKOGLU, Strafverteidiger in Frankfurt am Main

PROF. DR. STEFAN KÖNIG, Strafverteidiger in Berlin

WOLFGANG KRONTHALER, vorsitzender Richter am Landgericht  
Offenburg

DIPL.-PSYCH. ALICA MOHNERT Mag. iur., LL.M. (CUPL),  
wissenschaftliche Mitarbeiterin im Kölner Büro der  
Rechtsanwaltskanzlei Görg

PROF. DR. MICHAELA PFUNDMAIR, Hochschule des Bundes für  
öffentliche Verwaltung

WIEBKE RAMM, Gerichtsberichterstatteerin für Spiegel Online

DR. TOBIAS RUDOLPH, Strafverteidiger in Nürnberg

PROF. DR. ULRICH SOMMER, Strafverteidiger in Köln

ULF THIELE, Fachgruppe Strafrecht der Neuen Richtervereinigung

DR. SARAH ZINK, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl  
für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und  
Rechtstheorie an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main

PROF. DR. MARK A. ZÖLLER, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches  
und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie  
Wirtschaftsstrafrecht der Universität Trier