

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.¹ Es soll eine in materiell-rechtlicher Hinsicht richtige und damit gerechte Entscheidung herbeigeführt werden. Wahrheit und Gerechtigkeit werden dadurch zu Leitprinzipien des Verfahrensrechts.²

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.³ Immer wieder wird gerade dieser Begriff als perfides Instrument zum Kujonieren des Beschuldigten sowie der Verteidigung geißelt. Ich halte das für zu einseitig. Es geht nicht um die Ermöglichung einer schnellen Verurteilung, um Abbau von Beschuldigtenrechten, um Durchsetzung einer Kopf-ab-Mentalität auf Boulevardzeitungsniveau, sondern um einen funktionierenden Rechtsstaat, in dem dem Strafverfahren eine gestaltende Funktion zukommt.⁴

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-Göfner/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 obrigkeitstaatliches 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.⁵ 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.⁶ 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

5 BVerfG JZ 2011, 249, 250; BGHSt 38, 215, 219 f; BGH NSStZ 2013, 604 Rn. 25.

6 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.⁷

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

⁷ Vert. *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, *ders.*, 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*⁸ und *Karl Peters*,⁹ 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. Strafverteidigtages 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

8 *Roland Graßberger*, *Psychologie des Strafverfahrens*, 2. Aufl. 1968.

9 *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«. ¹⁰

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, ¹¹ 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. ¹² Suggestivfragen seien zu vermeiden. Der Herabsetzung des Opfers sei ein Riegel vorzuschieben, gleichwohl von welcher Seite sie komme. ¹³

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

¹⁰ *Graßberger*, (Fn. 8), S. 111.

¹¹ *Graßberger*, (Fn. 8), S. 127 f.

¹² *Graßberger*, (Fn. 8), S. 128.

¹³ *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«. ¹⁴

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

¹⁴ *Graßberger*, (Fn. 8), S. 288.

der Wirklichkeit begnügen müssen, gehört zu unseren Alltagserfahrungen.¹⁵

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

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«.¹⁹

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«.²⁰

15 Vert. *Frauke Stamp*, 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.«²¹

Gerson spricht plakativ von einer »Balance durch kommunikative Autonomie«.²²

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«²³ 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.²⁴

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,²⁵ weiß, dass auch sie nur mit Wasser kochen und ganz gerne von allen im Gerichtssaal vertretenen Akteuren, wenn schon nicht geliebt und bewundert, wohl

²⁵ 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.²⁶ 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 Kärnerarbeit 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.²⁷ 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

²⁶ S. auch *Sommer*, StV 2019, 352.

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

psychologischen Erkenntnisse über die menschliche Wahrnehmungs- und Beurteilungsfähigkeit²⁸ 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 Einschränkungen²⁹ 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.

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

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

Im seltenen Idealfall sind der Beweisantrag 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«.³⁰ Streit um des Streites 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.³¹ 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,³² 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 *Grafberger*, (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.³³

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.³⁴ Die Alternativprofessoren haben zur Abwehr dieser Misere jüngst einen »Alternativentwurf« »Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat« vorgelegt,³⁵ 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 zurückstellen.

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. *Beulke*, in: Murmann (Hrsg.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, 2011, S. 45; *ders.*, v. Heintschel-Heinegg-FS, 2018, S. 33; Löwe-Rosenberg-*Beulke*, Band 5, 26. Aufl. 2008, § 153a Rn. 11 ff; *Beulke/Swoboda*, (Fn. 2), Rn. 337a ff.; *Dalakouras*, Rogall-FS, 2018, S. 457; *Meyer/Gofßner/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-*Wefslau*, § 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,³⁶ 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

³⁶ *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.³⁷

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.³⁸ 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.³⁹ Heute gehört die Hinzuziehung von psychologischen Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren – ganz besonders im Strafverfahren – zum Standard.⁴⁰ Diese Entwicklung ist verknüpft u.a. mit Namen wie *Undeutsch*, *Arntzen* und *Steller/Volbert* – Letztere mit dem bezeichnenden Titel »Psychologie im Strafverfahren«.⁴¹

37 *Hamm/Hassemer/Pauly*, 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; dazu auch *Schlothauer*, »Einen Pakt für den Rechtsstaat«, Bundesrechtsanwaltskammer RS-Nr. 65/2019.

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

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

40 *Gabriele Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Aufl. 2012, Rn.18 ff.

41 *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.⁴² 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.⁴³

Auch das BVerfG⁴⁴ 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.⁴⁵

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*⁴⁶ sowie die verstärkt anwaltlich orientierten Beiträge von *Gabriele Jansen*⁴⁷ und *Deckers/Köhnken*⁴⁸.

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*⁴⁹ und *Hans-Joachim Gerst*⁵⁰ sowie die zusammenfassende Darstellung im ›Handbuch des Fachanwalts Strafrecht‹ von *Jan Bockemühl*.⁵¹

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.⁵²

- ›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 Augen⁵³ 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.⁵⁴

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.⁵⁵ 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.⁵⁶

54 *Sommer*, (Fn. 53), 3. Kap. Rn. 428 ff.

55 Ausführlich dazu: *Jansen*, (Fn. 40), Rn. 630.

56 *Volbert/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,⁵⁷ mögen insoweit nur einige wenige Eckpunkte genügen. Es handelt sich aber durchaus um kein Randthema. Im Gegenteil: Schon *Grafzberger* 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 wird einbringen müssen.⁵⁸

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,⁵⁹ 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 *Grafzberger*, (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 StPO⁶⁰ sind eben nicht zum Nulltarif zu haben.⁶¹

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.⁶²

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.⁶³

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.⁶⁴

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; *Wohlert*, *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.⁶⁵ 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.«⁶⁶

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.⁶⁷ 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*, NSZ 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.⁶⁸ 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

68 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).⁶⁹ 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.⁷⁰ 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 Tatprovokation⁷¹ sowie die Entscheidung *Schatschaschwili gegen BRD* zum Konfrontationsrecht des Beschuldigten mit dem Hauptbelastungszeugen genannt.⁷² Auch wenn es derzeit mit der konkreten Umsetzung in Deutschland leider noch »hapert«, ⁷³ 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; *MiKo-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.⁷⁴ *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.⁷⁵ Es waren heiße Zeiten.⁷⁶

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.⁷⁷

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

*König*⁷⁸ 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 BVerfG⁷⁹ 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 benötigen würde, an seiner Berufsausübung hindern würde, und es beschränkt deshalb die Möglichkeit der Geldwäsche durch Entgegennahme des

⁷⁸ *König*, StV 2017, 188.

⁷⁹ 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.⁸⁰ 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«.⁸¹ Die Verteidigerinnen und Verteidiger ha-

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

⁸¹ 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,⁸² 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.⁸³

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.⁸⁴

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

⁸³ *George Orwell*, 1984, London 1949.

⁸⁴ *Gless*, StV 2018, 671; s. auch *Grözinger*, StV 2019, 406 und *Szesny*, WiJ 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 legendierten Kontrolle kennzeichnet.⁸⁵

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,⁸⁶ 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

85 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.

86 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,⁸⁷ 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.⁸⁸

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,

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

⁸⁸ 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 Nebenklage⁸⁹ 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 Abwägungslehre⁹⁰ 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.⁹¹ 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

89 Dazu *Berger*, NStZ 2019, 251.

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

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

Verteidigung erheblich verzerrt.⁹² 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.⁹³ 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.⁹⁴ 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.⁹⁵

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*⁹⁶ und *Schneider*⁹⁷ 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,⁹⁸ 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.⁹⁹

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

⁹⁹ 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; *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 DV/JJ*, 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, welche 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 ferenda¹⁰⁰ – 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«,¹⁰¹ 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 hat¹⁰² –, 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*, STUTTGARTER-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 zuschaut, 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*).¹⁰³ 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 dringenden 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.¹⁰⁴ 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,

¹⁰⁴ 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 Vernehmungslehre 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‹ rechtstaatskonform 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.