

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 Konfrontation 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 Strategieberesprechung 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.¹ 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.«²

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«.³

Lediglich in einem »etwaigen Extremfall«,⁴ also dann, so der 5. Strafsenat des BGH,⁵ 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.⁶

Das entspricht den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung zu § 145 StPO entwickelt wurden.⁷ 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

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

4 BGH vom 05.04.2001, 5 StR 495/00

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

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

7 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.⁸ *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«.⁹ 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.¹⁰ 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.

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

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

10 *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.¹¹ 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.¹²

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.¹³ 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.

¹³ 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.«¹⁴ 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.«¹⁵

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.¹⁶ Dauernde 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

¹⁴ So der inzwischen geltende § 143a Abs.2 Nr.3 2. Alt.

¹⁵ BT- Drucksache 19/13829, S. 48

¹⁶ 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.¹⁷ 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 herkommt.

Es ließe sich jetzt auch noch etwas sagen zu der in dem Entwurf vorgesehenen Kodifikation des dort sog. Sicherungsverteidigers, 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.«¹⁸ 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 Beweisanspruchsrecht, 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 2000¹⁹ 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«.²⁰ 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.²¹ 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.²²

Vergleicht man die einzelnen Landgerichte, wandelt sich das Bild etwas.²³ 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

²¹ *Ferber*, S. 89.

²² *Dölling* u.a. S. 155.

²³ *Ferber*, S. 91.

dem höchsten Anteil der Befangenheitsanträge, auch der Anteil von Haftsa- chen an den insgesamt erledigten Verfahren besonders hoch ist.²⁴ Dazu sogleich.

2.

Die Untersuchung befasst sich auch mit der Anzahl sonstiger Anträge pro Verfahren, wobei wieder solche mit U-Haft untersucht wurden.²⁵ Dabei geht es nicht allein um Beweisanträge, sondern um alle sonstigen Verfahrens- anträge (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«.²⁶ 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 Haftsa- chen vor der allgemeinen Straf- kammer und im Schwurgericht zwischen 2,3 Prozent und 3 Prozent, bei der Jugendkammer etwas darüber.²⁷

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 bundes- weiten Strafkammertag einberufen hat als Gegengewicht zu der von

²⁴ *Ferber*, S. 92.

²⁵ *Ferber*, S. 110.

²⁶ *Ferber*, S.115 u.Verw. auf *Dölling* u.a. S. 284.

²⁷ *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 herumzuzwicken. Wir brauchen eine grundlegende Modernisierung des Strafverfahrens. Und die muss in eine andere Richtung gehen.