

Kristin Klimke

# Die Ermittlungsakte: Drehbuch für die Hauptverhandlung?

## I. EINLEITUNG

Wir haben heute schon viel über verschiedene Aspekte der polizeilichen Arbeit gehört. Ich widme mich jetzt der Perspektive der Hauptverhandlung, und zwar aus richterlicher Sicht: Wie stark wird die Hauptverhandlung von den polizeilichen Ermittlungsergebnissen geprägt, und wie stehen die Chancen, dem Fall dort noch eine ganz andere Wendung zu geben?

Als Richterin gehöre ich einem Berufsstand an, dem von Seiten der Verteidigung und zum Teil auch der Wissenschaft gerne attestiert wird, mit seiner Tätigkeit eigentlich überfordert zu sein.

Die Überforderung soll nach Meinung mancher schon in der gesetzlichen Ausgestaltung der richterlichen Rolle angelegt sein. Die Richter im reformierten Strafprozess sind einerseits unabhängig und unparteilich und stehen insbesondere nicht im Lager der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Andererseits sind sie keine Schiedsrichter nach angloamerikanischem Vorbild, sondern sollen proaktiv den Sachverhalt aufklären. Diese unparteiliche Sachverhaltsaufklärung muss sich zwar auf be- und entlastende Umstände gleichermaßen erstrecken. Sie orientiert sich aber eng am – den Angeklagten belastenden – polizeilichen Ermittlungsergebnis und hat auch das Ziel, dem staatlichen Strafanspruch zur Geltung zu verhelfen. Manche Kritiker meinen, das sei eine Rollenkumulierung, der ein Gericht von vornherein nicht gerecht werden könne.<sup>1</sup>

1 Schünemann, StV 2000, 159 m.w.N.

Konkret soll die Überforderung sich darin manifestieren, dass die Präsentation der Ermittlungsergebnisse in der Akte die Richter manipulierte, ihre Gedanken in eine bestimmte – dem Beschuldigten ungünstige – Richtung lenke und damit unmittelbar das Urteil beeinflusse<sup>2</sup>. Verstärkt werde dies noch dadurch, dass das Gericht sich durch die Zulassung der Anklage schon vor Beginn der Hauptverhandlung geistig auf den Boden der Anklagehypothese gestellt habe und wegen des »Inertia« bzw. »Perseveranzeffektes«<sup>3</sup> im Folgenden nicht mehr neutral sein könne, sondern »strukturell voreingenommen«<sup>4</sup> sei.

Auch für die Kernaufgabe in der Hauptverhandlung – die Erhebung und Würdigung der Beweise – sind Richter nach Meinung von Kritikern durch ihre Ausbildung nur sehr unzureichend vorbereitet: Sie unterliegen dabei, ohne es zu merken, verschiedenen kognitiven Verzerrungen, und die für die Würdigung von Zeugenaussagen notwendigen aussagepsychologischen Kenntnisse fehlen ihnen.<sup>5</sup>

Nehmen wir mal für einen Moment an, dass all das stimmt. Für den Beschuldigten, der natürlich von allen mit dem Verfahren am meisten überfordert ist, sieht es dann ja wohl düster aus. Wenn man sich fragt, wer ihn in dieser Situation noch vor einem Fehlurteil retten kann, dürfte Ihre Antwort klar sein: die Verteidigung. Aber auch auf die Gefahr, mich hier gleich unbeliebt zu machen, möchte ich die Frage stellen, ob Verteidiger dieser Aufgabe gewachsen oder ob sie möglicherweise genauso überfordert sind wie das Gericht.

Auch Verteidiger befinden sich in einem Rollenkonflikt zwischen ihrer Stellung als Interessenvertreter der Angeklagten einerseits und weisungsunabhängigen Organen der Rechtspflege andererseits. Zudem haben wir alle – Richter, Verteidiger und auch Staatsanwälte – dieselbe Ausbildung. Wir haben dasselbe studiert und im Prinzip

2 Vgl. *Schünemann*, StV 2000, 159: Der Richter als »manipulierter Dritter«; *Blum*, in: Abschied von der Wahrheitssuche, Texte und Ergebnisse des 35. Strafverteidigertages 25.-27. März 2011, 237, 262.

3 Vgl. *Blum* aaO., 253.

4 *Eschelbach*, in: Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive, FS für Eisenberg 2019, 409, 422; *Frommann*, Die strukturelle Parteilichkeit des Strafrichters, Diss. Bremen 2015, 118; *Guthke*, in: Welche Reform braucht das Strafverfahren? Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages 6.- 8. März 2015, 153, 154.

5 *Malek*, in: Abschied von der Wahrheitssuche, aaO., 9, 19; *Guthke* aaO., 125.

dieselbe Praxisausbildung durchlaufen. Auf die praktischen Anforderungen unserer Berufe hat unsere Ausbildung uns alle so mitteltgut vorbereitet – viel läuft über learning by doing, über Anleitung durch erfahrenere Kollegen und über individuelle Fortbildungen (die es – entgegen landläufiger Vorurteile von Verteidigern – auch für Richter in hoher Qualität gibt und von denen auch reger Gebrauch gemacht wird).

Es liegt danach nicht fern, dass negative psychologische Effekte, die die gerichtliche Wahrheitsfindung behindern, auch bei Verteidigern ihre Wirkung entfalten. Zwar scheint es mir schon so zu sein, dass Fragen der Kognitionspsychologie in Fortbildungen von Verteidigern eine deutlich breitere Rolle einnehmen als bei Richtern und Ihnen die entsprechende Fachterminologie – Begriffe wie »kognitive Dissonanz«, »Ankereffekt« oder »confirmation bias« – geläufiger ist als Richtern. Nur: Allein das Wissen um solche Effekte bedeutet noch nicht, dass man sich ihnen entziehen kann. So möchte ich behaupten, dass Verteidiger für suggestive Einflüsse des Akteninhalts grundsätzlich genauso anfällig sind wie Richter. Ein Unterschied scheint mir vor allem darin zu liegen, dass Sie mit Ihren Mandanten von vornherein über eine wesentliche zusätzliche Informationsquelle verfügen – die aber nach meinem Eindruck nicht von allen Verteidigern wirklich genutzt wird (dazu später noch).

In der Hauptverhandlung hätten wir dann also die Situation, dass ein überfordertes Gericht, ein überforderter Verteidiger und ein Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft, der oftmals die Ermittlungen nicht selbst geführt hat und schon deshalb genauso überfordert ist, es gemeinsam unternehmen, Ermittlungsergebnisse der – wie wir vorhin gehört haben – natürlich sowieso chronisch überlasteten und damit auch überforderten Polizei zu überprüfen. Eigentlich ein Wunder, wenn dabei etwas Anständiges herauskommen kann.

Was soll man also tun?

Eine einfache Lösung wäre: Unter diesen Umständen sind Strafverfahren nicht zu rechtfertigen, also: abschaffen! Abgesehen davon, ob das gesellschaftspolitisch sinnvoll wäre, wird sich das nicht durchsetzen, und man müsste dafür auch die Verfassung ändern – staatliche Strafverfolgung ist ein Belang von Verfassungsrang. Außerdem wären

Sie alle dann arbeitslos oder müssten sich mit Zivilrecht beschäftigen, und die schöne Tradition der Strafverteidigertage wäre auch zu Ende.

Danach kann es im Strafprozess nur darum gehen, bei allen unvermeidlichen Unzulänglichkeiten aus der Situation das Beste zu machen. Welche Stellschrauben es dabei gibt, um zu verhindern, dass die Ermittlungs- und Anklagehypothese nahtlos Eingang ins Urteil findet, versuche ich im Folgenden zu beleuchten.

## II. DIE AUFGABE DER HAUPTVERHANDLUNG UND IHR VERHÄLTNIS ZUM ERMITTLUNGSVERFAHREN

Ich möchte mit ein paar grundsätzlichen Überlegungen zur Aufgabe der Hauptverhandlung und ihrem Verhältnis zum Ermittlungsverfahren beginnen.

Die Hauptverhandlung wird gemeinhin – in den Worten des BVerfG – als »Kernstück« des Strafprozesses bezeichnet<sup>6</sup>. Ziel der Hauptverhandlung ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts. Die Anklage legt dabei nur die prozessuale Tat bindend fest, d. h., sie bestimmt, mit welchem abgrenzbaren Geschehen sich das Gericht zu beschäftigen hat. An konkrete Sachverhaltsannahmen und Wertungen der Ermittlungsbehörden ist das Gericht bei der Urteilsfindung nicht gebunden. Auch die Bewertung der Sach- und Rechtslage im Eröffnungsbeschluss präjudiziert das Verfahrensergebnis nicht, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um die Entscheidung eines übergeordneten Gerichts handelt.

### 1. Das Ziel: Die Ermittlung der »Wahrheit«

Was bedeutet nun »Ermittlung des wahren Sachverhalts« bzw. »der Wahrheit«?

Der Strafprozessordnung liegt die Vorstellung zugrunde, dass es eine »objektive« Wahrheit gebe, im korrespondenztheoretischen Sinne der Übereinstimmung der Erkenntnis mit der Wirklichkeit. Wahrheit ist danach nicht nur ein kommunikatives Konstrukt, nicht nur Ergebnis eines Diskurses. Der wahre Sachverhalt ist – wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont – keiner Verhandlung zugänglich,

6 Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1992 – 2 BvR 1041/88 –, juris Rn. 98.

auch nicht im Rahmen von Verfahrensabsprachen. Gleichwohl ist der eigentliche Vorgang der Wahrheitssuche nicht allein dem Gericht überlassen, sondern ein kommunikativer Prozess, an dem alle Beteiligten – und besonders auch der Angeklagte bzw. seine Verteidigung – mitwirken können und sollen.

Aufgabe der Hauptverhandlung ist es nun, den als existent vorausgesetzten Sachverhalt aufzuklären. Darin liegt eine weitere Annahme: nämlich, dass eine Sachverhaltsaufklärung mit den sachlichen und personellen Mitteln des Strafprozesses grundsätzlich möglich ist. Dabei ist natürlich auch dem BVerfG bewusst, dass die Aufklärung ganz erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und eine vollständige Übereinstimmung von Erkenntnis und Wirklichkeit kaum jemals zu erreichen sein wird. Das ändert aber nichts am grundsätzlichen Ziel der Wahrheitsermittlung – es geht darum, sich dieser so weit wie möglich anzunähern, damit die Schnittmengen zwischen Feststellungen und wahren Sachverhalt so groß wie möglich werden.

In der Praxis gelingt das nicht immer – manche von Ihnen werden sagen: überhaupt nicht. Wie schwerwiegend die Abweichungen im konkreten Fall sind, können Sie – durch Ihren Kontakt zum Angeklagten – meist besser beurteilen als das Gericht. Aber auch Richtern bleibt oft nicht verborgen, dass die Schnittmenge dessen, was sie da ins Urteil schreiben, mit dem wahren Sachverhalt nicht ganz so groß ist. In solchen Fällen behilft man sich dann mit dem schönen Begriff der »forensischen Wahrheit« – in dem ja immerhin sowohl die »Wahrheit« als auch das Gericht – »Forum« – vorkommen und der damit jedenfalls Richtern als Feigenblatt zur Gewissensberuhigung taugt.

## 2. Der Maßstab: Die Aufklärungspflicht

Wie soll nun das Gericht in der Hauptverhandlung (hoffentlich nicht – um das berühmte Alsberg-Zitat zu bemühen – »hochgemut und voreilig«) »nach der Wahrheit greifen«?

Die gesetzlichen Regelungen dazu sind nicht sehr detailliert. Die Strafprozessordnung gibt dem Gericht für die im Strengbeweis zu treffenden Feststellungen zur Schuld und zur Rechtsfolge zwar einen Kanon von Beweismitteln an die Hand. Verbindliche Vorschriften dazu, wann bzw. in welcher Weise es davon Gebrauch machen

muss, gibt es aber nur vereinzelt (vgl. die Regelungen zu förmlichen Beweisanträgen, § 244 Abs. 3 StPO, und präsenten Beweismitteln, § 245 StPO). Ansonsten beschränkt die Strafprozessordnung sich auf allgemeine Beschreibungen. Das Gericht soll in der Hauptverhandlung von Amts wegen die Sache »untersuchen«<sup>7</sup>; es soll »die Wahrheit erforschen« und dazu alle Beweismittel heranziehen, die »für die Entscheidung von Bedeutung sind« (§ 244 Abs. 2 StPO).

Das Gesetz verwendet damit für das erkennende Gericht ähnliche Formulierungen wie für die Tätigkeit der Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Polizei und Staatsanwaltschaft sollen nach § 160 Abs. 1 StPO ebenfalls den Sachverhalt »aufklären« bzw. »erforschen«. § 160 Abs. 2 StPO bestimmt zudem, dass die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sich nicht nur auf belastende, sondern auch auf entlastende und zudem auch auf rechtsfolgenrelevante Umstände erstrecken sollen.

### 3. Gerichtliche Aufklärung vs. behördliche Ermittlungen

Diese Parallelen in der Wortwahl und der Aufgabenbeschreibung könnten zu dem Schluss verleiten, dass das Gericht in der Hauptverhandlung letztlich nur die Arbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft in einem anderen organisatorischen Setting fortführt. Das wäre aber ein Missverständnis. Das Gericht ist kein Ermittlungsorgan, seine Sachaufklärung ist keine Ermittlung. Dementsprechend wird der Begriff »ermitteln« auch nur für die Phase vor Anklageerhebung verwendet (z.B. § 160 Abs. 2 und 3 StPO), taucht im Kontext der gerichtlichen Tätigkeit nach Anklageerhebung aber nicht mehr auf.

Ermittlungsverfahren und Erkenntnisverfahren sind nach der Strafprozessordnung zwei klar zu trennende Phasen<sup>8</sup>. So darf nach § 169a StPO die Anklage erst dann erhoben werden, wenn die Ermittlungen abgeschlossen sind (ob das in der Praxis von der Staatsanwaltschaft immer beachtet wird, steht auf einem anderen Blatt). Im Zwischenverfahren darf das Gericht gemäß § 202 StPO noch

<sup>7</sup> Vgl. die Gesetzesüberschrift des § 244 StPO.

<sup>8</sup> Vgl. die Unterscheidung zwischen »Ermittlungsteil« und »Entschließungsteil« bei *Schmitt*, in: Schmitt/Köhler, StPO, 68. Aufl. 2025, § 169 a Rn. 1.

Nachermittlungen zu einzelnen Punkten anstellen, aber es darf nicht wesentliche Teile des Ermittlungsverfahrens nachholen<sup>9</sup>.

Auch die Hauptverhandlung ist nicht als Reparaturbetrieb für mangelhafte Ermittlungen konzipiert, und sie folgt auch anderen Grundsätzen als das Ermittlungsverfahren.

a.

Aus der von der Verfassung vorgegebenen Unabhängigkeit und Neutralität des Gerichts ergibt sich als oberstes Prinzip, dass die Aufklärung in jeder Hinsicht ergebnisoffen erfolgen muss. Zwar ist auch die Staatsanwaltschaft angehalten, sowohl be- als auch entlastende Umstände zu ermitteln, und die Staatsanwaltschaft bezeichnet sich selbst ja gerne als »objektivste Behörde der Welt«. Aber sowohl die Polizei als auch die Staatsanwaltschaft sind weisungsgebunden und müssen ihre Arbeit damit letztlich auch an politischen Vorgaben ausrichten. Diese Stellung ist nicht mit der in der Verfassung verankerten Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts vergleichbar<sup>10</sup>.

Dass entlastende Umstände im Ermittlungsverfahren nicht denselben Stellenwert genießen wie in der Hauptverhandlung, kann man auch am Wortlaut des § 160 Abs. 2 StPO festmachen. Mit der Formulierung, die Staatsanwaltschaft habe »nicht nur« die belastenden Umstände, »sondern auch« die entlastenden zu ermitteln, scheint die Ermittlung belastender Umstände als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt zu werden, während die entlastenden Umstände sich eher als Zusatzaufgabe darstellen. § 160 Abs. 2 StPO erwähnt zudem nur die Staatsanwaltschaft, nicht aber die Polizei, und bei der Polizei werden die strafrechtlichen Ermittlungen z.T. auch durch Gesichtspunkte der Gefahrenabwehr überlagert. All das passt zu der Wahrnehmung, dass in der Praxis der Fokus der polizeilichen Bemühungen deutlich auf der Sammlung von Belastungsmaterial liegt und die Polizei eine einmal als plausibel angenommene Arbeitshypothese eher zu bestärken als zu entkräften versucht.

Insofern könnte man sagen, dass die ergebnisoffene Sachaufklärung in der Hauptverhandlung einen weiteren Fokus hat als im Ermittlungsverfahren.

<sup>9</sup> *Schmitt* aaO., § 202 Rn.1 m.w.N.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Mai 2019 – [C-508/18 und C-82/19 PPU](#) –, juris Rn. 90.

b.

In anderer Hinsicht ist allerdings der Fokus der Aufklärung in der Hauptverhandlung gegenüber der Ermittlungstätigkeit auch eingeschränkt.

Nach § 244 Abs. 2 StPO erstreckt sich die Aufklärungspflicht auf alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung »von Bedeutung sind«. Die Rechtsprechung legt die Vorschrift dahin aus, das Gericht müsse Anhaltspunkten nachgehen, die »naheliegen« bzw. sich »aufdrängen«. Umstände, die nur theoretisch von Bedeutung »sein können«, werden danach nicht erfasst. Zu einer »überschießenden« oder gar »ausufernden Aufklärung« ist das Gericht nicht verpflichtet.<sup>11</sup>

Merke also: Zu viel Aufklärung (oder: zu viel Wahrheit?) ist auch nicht gut. Was ist jetzt aber das rechte Maß? Hier kommt nun – nicht nur, aber auch – die Ermittlungsakte ins Spiel. Deren Einfluss auf die Hauptverhandlung ist nicht allein faktischer bzw. psychologischer Natur – die Sachaufklärung in der Hauptverhandlung ist vielmehr auch in rechtlicher Hinsicht mit dem Inhalt der Ermittlungsakte verknüpft.

Ob eine Beweiserhebung »naheliegt« oder »sich aufdrängt«, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Frage der »verständigen Würdigung der Sachlage«<sup>12</sup> durch den Richter – und die »Sachlage« ergibt sich, v.a. in einem frühen Stadium der Hauptverhandlung, eben (auch) maßgeblich aus der Akte. Im Rahmen seiner verständigen Würdigung soll der Richter »die Wichtigkeit der Beweiserhebung für die Wahrheitsfindung« abwägen gegen »das Interesse an einer reibungslosen und beschleunigten Durchführung des Verfahrens« (also letztlich das, was mit dem Schlagwort – manche sagen »Kampfbegriff« – der »Effektivität der Strafrechtspflege« bezeichnet wird). Ein hohes Gewicht hat die Aufklärungsmöglichkeit nach dem Bundesgerichtshof, wenn es eine »konkrete Verknüpfung mit dem Schuldvorwurf« gibt und wenn konkrete Anhaltspunkte dafür existieren, was etwa ein Zeuge bekunden kann und woher er das weiß<sup>13</sup>. Solche Informationen ergeben sich aber vornehmlich aus der Akte.

11 BGH, Urteil vom 8. Dezember 1993 – 3 StR 446/93 –, juris Rn. 12; *Schmitt* aaO., § 244 Rn. 13.

12 BGH aaO. Rn. 12.

13 BGH aaO.

Vom Abgleich mit dem Akteninhalt kann auch abhängen, ob das Gericht sich mit der Aussage eines einzelnen Zeugen zufriedengeben darf oder ob – wegen eines Widerspruchs seiner Angaben zum Akteninhalt – weitere Beweiserhebungen zum selben Thema geboten sind.

Anregungen von außerhalb der Akte – etwa durch die Verteidigung – haben danach von vornherein ein geringeres Gewicht, je stärker sie den Erkenntnissen aus der Akte widersprechen. Sogar bei der Behandlung von Beweisanträgen – dem zentralen Teilhaberecht des Angeklagten<sup>14</sup> – kann sich der Akteninhalt mittelbar aufklärungsbegrenzend auswirken, nämlich beim Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit (§ 244 Abs. 3 S. 2 StPO): Ob etwas bedeutungslos ist, beurteilt das Gericht auf der Grundlage des bisherigen – u.U. eben maßgeblich von der Ermittlungsakte geprägten – Beweisergebnisses.

Letztlich wird damit das Ermittlungsergebnis, das die Grundlage der Anklagehypothese bildet, zur Referenz der »unabhängigen« und »objektiven« Sachaufklärung durch das Gericht. Etwas polemisch könnte man sagen, dass damit Perseveranz und »Confirmation Bias« zur Norm erhoben werden. Eine Ausrichtung der Hauptverhandlung am Akteninhalt ist jedenfalls kein Kunstfehler des Gerichts, sondern vom Gesetzgeber gewollt – oder auf gut Neudeutsch: »It's not a bug, it's a feature«. Es liegt auf der Hand, dass hier ein Spannungsverhältnis besteht und die »objektive Sachaufklärung« durch das Gericht schon von der theoretischen Konzeption her von vornherein eine Schlagseite hat.

Wie stark sich das praktisch auswirkt, hängt von mehreren Faktoren ab: von der Qualität der Ermittlungsarbeit und deren Dokumentation in der Akte, von der Kunst der Verteidiger, durch Beweisanträge oder -anregungen oder auch durch Erklärungen nach § 257 StPO ggf. abweichende Impulse zu geben, und nicht zuletzt auch vom »Mindset« des Spruchkörpers – denn bei aller Vorprägung durch die Akte und Abwägungsvorgaben des Bundesgerichtshofs bleibt letztlich immer ein großer Spielraum für das Gericht, und eine »überschießende Aufklärung« mag zwar höchststrichterlich nicht uneingeschränkt erwünscht sein, ist aber nicht revisibel.

14 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 2000 – 2 BvR 591/00 –, juris Rn. 42: »Anspruch auf materielle Beweisteilhabe« als Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren.

#### 4. Aktenwahrheit und -vollständigkeit

Was die Qualität der Ermittlungsarbeit und der Dokumentation angeht, so ist nach meiner Erfahrung die Bandbreite groß, von ganz hervorragend über mehr oder weniger schlampig bis hin zu stark einseitigen Ermittlungen und/oder einer sehr selektiven Darstellung in der Akte. Gerade Dokumentationsdefizite wirken sich im Einzelfall auch durchaus auf die Wahrheitsermittlung aus. Allerdings muss das nicht immer zum Nachteil des Angeklagten sein – etwa wenn bei einer Durchsuchung Fundorte nicht ordentlich dokumentiert werden, die Durchsuchungsbeamten in der Hauptverhandlung sich daran auch nicht erinnern und deshalb nicht mehr zu rekonstruieren ist, ob die Waffe griffbereit neben den Drogen lag.

Im Übrigen nützen eine sorgfältige Ermittlungsarbeit und Dokumentation nur dann, wenn diese Unterlagen dem Gericht auch vorgelegt werden. § 199 Abs. 2 S. 2 StPO verpflichtet die Staatsanwaltschaft, dem Gericht mit der Anklage »die Akten« – gemeint ist: die vollständigen Akten – vorzulegen. Dass die Akten von Anfang an vollständig sind, ist aber leider die absolute Ausnahme. Irgendetwas kleckert immer nach – manchmal sind das Kleinigkeiten, manchmal aber auch umfangreiche und ganz entscheidende Unterlagen. (Das wäre dann Ihre Gelegenheit, sich das nachhaltige Wohlwollen der Vorsitzenden zu sichern, indem Sie keinen Aussetzungsantrag stellen und sich stattdessen auf weniger invasive Umlanungen einlassen.)

Ein besonderes Problem stellen »bewusste Lücken« oder absichtliche Falschdarstellungen in den Akten dar. In meinen eigenen Hauptverhandlungen habe ich derartiges vor allem in Fällen aus dem OK-Bereich erlebt, und die daran beteiligten Beamten hatten erstaunlich wenig Unrechtsbewusstsein. Allerdings muss man leider auch sagen, dass vieles, was da unter der Decke gehalten wird, auf der Grundlage der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auf das Verfahrensergebnis schlichtweg keine Auswirkungen hat – im Zweifel setzt

das staatliche Strafverfolgungsinteresse sich immer durch.<sup>15</sup>

### III. WAHRHEITSERFORSCHUNG IN DER PRAXIS DER HAUPTVERHANDLUNG

Wie kann es nun angesichts all dessen dem Gericht gelingen, seiner Aufgabe der unabhängigen Wahrheitserforschung gerecht zu werden, und welche Einflussmöglichkeiten hat dabei die Verteidigung?

#### 1. Vernehmung des Ermittlungsführers zu Beginn der Hauptverhandlung

In der Praxis geht die Hauptverhandlung oft so los: Der Staatsanwalt verliest die Anklage, der Angeklagte lässt sich ein oder auch nicht, und sodann beginnt die Beweisaufnahme – mit dem Auftritt des Ermittlungsführers. Dieser schildert dann – je nach Qualität seiner Vorbereitung und persönlichem Engagement mehr oder weniger umfangreich – den Gang des Verfahrens und die von ihm und seinen Kollegen gesammelten Beweise, die Grundlage der zu Beginn der Hauptverhandlung verlesenen Anklagehypothese geworden und die im Detail in der Anklageschrift niedergelegt sind, und zwar im – aus guten Gründen nach § 243 Abs. 3 StPO unverlesbaren – »wesentlichen Ermittlungsergebnis«.

Für diejenigen Beteiligten, die die Akte und die Anklageschrift gelesen haben, kommt dabei wenig Neues heraus. Verteidiger – vor allem die guten – laufen regelmäßig Sturm gegen ein solches Vorgehen, und sehr häufig gibt es Streit um die Zulässigkeit von Fragen oder um vermeintlich wertende Aussagen des Zeugen. Der inhaltlich wenig ertragreiche Verhandlungstag endet dann damit, dass alle Beteiligten sich übereinander aufregen und der Zeuge frustriert den Saal verlässt und hofft, nicht so bald wieder vor Gericht erscheinen zu müssen.

<sup>15</sup> Vgl. die Analyse von Lemke in seinem Eröffnungsvortrag zum 37. Strafverteidigertag: »Wenn (...) die Justiz gefordert ist, sich entscheiden zu müssen zwischen rechtsstaatlichen Prinzipien einerseits und dem staatlichen Geltungsanspruch andererseits, also zwischen Rechtsstaat und Staatsräson, fällt die Entscheidung zugunsten der Staatsräson und damit im Zweifel gegen den Rechtsstaat. Die Justiz dient zuerst dem Staat und dann erst dem Rechtsstaat.« (Lemke, in: Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz, Texte und Ergebnisse des 37. Strafverteidigertages 8.-10. März 2013, 9, 19).

Warum tun Vorsitzende sich und den übrigen Beteiligten das an?

Böse Zungen würden vielleicht sagen: Um schon mal »Pflöcke« einzuschlagen und die Schöffen gleich zu Beginn der Hauptverhandlung »auf Linie« zu bringen, indem man ihnen genau das präsentiert, was sie eigentlich nicht kennen sollen – nämlich den Akteninhalt und das wesentliche Ermittlungsergebnis.

Der Hauptgrund scheint mir viel banaler zu sein, nämlich schlichte Gewöhnung. Man lernt das als Beisitzer so kennen, Gespräche im Kollegenkreis ergeben, dass das in anderen Spruchkörpern auch so gehandhabt wird, und man entwickelt dadurch kein Problembewusstsein. Und wenn man dann selbst in die Vorsitzendenrolle gewechselt ist, orientiert man sich erst einmal an dem, was man in seiner Beisitzerzeit kennengelernt hat. Gerade unerfahrenen Vorsitzenden kann die Vernehmung des Ermittlungsführers zu Beginn eines größeren Verfahrens auch Sicherheit geben – ein solcher Verhandlungstag ist leicht zu planen, man kann sich gut darauf vorbereiten, und der Überblick über den Verfahrensgang verleiht dem Verfahren vermeintlich Struktur.

Ich selbst habe das als Beisitzerin auch so erlebt und damals nie hinterfragt. Dass ich das als Vorsitzende inzwischen sehr kritisch sehe, ist ein Verdienst u.a. von Ralf Eschelbach, auf dessen Aufsatz in der Eisenberg-Festschrift<sup>16</sup> mich ein Verteidiger mal hingewiesen hat. Eschelbach fährt dort sogar das schwere Geschütz der Befangenheit auf<sup>17</sup>. Das kann man etwas übertrieben finden, allerdings ist seine Kritik im Kern richtig: Die Einführung des polizeilichen Ermittlungsergebnisses über den Ermittlungsführer verstößt jedenfalls gegen den Geist des § 243 Abs. 3 StPO. Und sie birgt die kaum zu vermeidende Gefahr, dass hier Beweis nicht über den angeklagten Sachverhalt erhoben wird, sondern über dessen Würdigung durch die Polizei. Das Gericht verstärkt dadurch notwendigerweise die – doch eigentlich objektiv und kritisch zu überprüfende – aktenbasierte Anklagehypothese, und die ohnehin schon vorhandene »Schlagseite« der Beweisaufnahme wird gleich zu Beginn weiter verstärkt.

16 s. Fn. 4.

17 Eschelbach aaO., 421.

Ich verzichte jedenfalls seitdem in meinen Hauptverhandlungen auf den Ermittlungsführer am Anfang und vermisse diesen auch nicht. Auch bei anderen Kollegen scheint sich zumindest langsam ein Problembewusstsein zu entwickeln. Sogar ein Staatsanwalt fragte mich neulich im Vorfeld einer Hauptverhandlung mit besorgtem Gesicht, ob ich womöglich zu Beginn den Ermittlungsführer hören wolle – das solle ich doch lassen, weil das immer so viel Ärger gebe. Also bleiben Sie dran an dem Thema, aber fangen Sie nicht erst in der Hauptverhandlung an zu nörgeln, wenn der Zeuge schon da ist, sondern schon, wenn Sie den Ladungsplan bekommen oder im Rahmen eines Erörterungstermins – möglicherweise auch mit Eschelbach im Gepäck.

Für die Schöffen ist allerdings der Verzicht auf solche Übersichtsberichte ein Problem. Gerade engagierte Schöffen beschwerten sich bei uns oft, dass sie der Hauptverhandlung nur schwer folgen und die einzelnen Beweiserhebungen nicht einordnen können. Uns stellt das regelmäßig vor die Frage, wie viel man den Schöffen vorab oder auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung zu den Hintergründen erklären will. Geht man gar nicht darauf ein, wird das von den Schöffen als unhöflich und respektlos empfunden. Zu viele Erläuterungen bringen dann wiederum die Gefahr mit sich, dass man selbst den Akteninhalt berichtet – und das dann auch noch hinter verschlossenen Türen, ohne dass Sie davon etwas mitbekommen. Letztlich ist das immer ein Eiertanz.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Die gesetzgeberische Vorstellung, ein Schöffe könne sich allein auf der Grundlage der Vorgänge im Saal ein Urteil bilden, ist jedenfalls in komplexeren Verfahren von der Realität weit entfernt. Dafür gilt nicht nur für Extremfälle wie etwa den Schöffen, der mich letztes in einer Verhandlungspause fragte, warum wir mit der ganzen Beweisaufnahme so viel Aufwand treiben würden – der Staatsanwalt habe zu Beginn doch schon vorgelesen, wie es gewesen sei. (Die Geschichte ist wirklich passiert!). Auch durchschnittlich gebildete Bürger oder sogar Akademiker tun sich oft sehr schwer, am Ball zu bleiben. Dieser Befund kann kein Grund sein, der Akte mehr Raum in der Hauptverhandlung zu verschaffen, könnte aber de lege ferenda dafürsprechen, die Beteiligung von Schöffen am Strafverfahren generell zu überdenken. Für das Wirtschaftsstrafrecht, in dem ich aktuell tätig bin, könnte ich auch dem Vorschlag spezieller »Wirtschaftsschöffen« mit einschlägigen Spezialkenntnissen etwas abgewinnen.

## 2. Verständigung

Die eben geschilderte Problematik wird noch auf die Spitze getrieben, wenn unmittelbar nach der Anklageverlesung eine Verständigung getroffen wird.

Schon der Verständigungsvorschlag des Gerichts ist ganz maßgeblich von der Anklagehypothese und vom Akteninhalt geprägt. Wenn das Gericht seine Aufgabe ernst nimmt, muss es sich vor dem Verständigungsvorschlag eine Meinung zu allen schuld- und strafzumessungsrelevanten Umständen bilden. Alle Informationen, die das Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung dafür zur Verfügung hat, stammen aber aus der Akte – und müssen in diesem Zusammenhang notwendigerweise auch den Schöffen zumindest überblicksweise mitgeteilt werden. Die Vorprägung durch die Akte setzt sich fort beim Geständnis, das im Rahmen der Verständigung vom Angeklagten erwartet wird: Ein »anklagegemäßes« Geständnis ist im Wesentlichen ein »aktengemäßes«. Wenn das Geständnis von der Sachverhaltsdarstellung in der Anklage zu stark abweicht, läuft der Angeklagte Gefahr, dass das als »Nichterfüllung« gewertet wird und die Verständigung damit platzt.

Vollkommen ad absurdum wird das Ganze dann geführt, wenn das »abgedeilte« Geständnis, das auf der Anklage beruht, die wiederum auf dem polizeilichen Ermittlungsergebnis beruht, dadurch überprüft wird, dass der Ermittlungsführer über das polizeiliche Ermittlungsergebnis berichtet. Führen Sie also das Gericht nicht in Versuchung und sehen Sie von Verständigungsanregungen jedenfalls zu Beginn der Hauptverhandlung ab!

## 3. Polizeizeugen

Auch ein problembewusstes Gericht, das auf die Vernehmung des Ermittlungsführers am Anfang verzichtet, kommt im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung meist nicht ohne Polizeibeamte als Zeugen aus.

Über die Besonderheiten von Polizeibeamten als Zeugen ist – insbesondere von Verteidigern, aber auch von Angehörigen der Polizei – schon viel geschrieben worden, und der 40. Strafverteidigertag

hatte der Problematik eine eigene Arbeitsgruppe gewidmet. Neben dem Vorwurf einer rollenbedingten Voreingenommenheit richtet sich die Kritik insbesondere gegen die Qualität der von den Beamten behaupteten Erinnerungen. Vermeintliche Erinnerungen an den Sachverhalt würden überlagert durch ähnliche Sachverhalte und durch die Aktenlektüre im Rahmen der Vorbereitung auf die Vernehmung. Im Extremfall würden Polizeibeamte überhaupt nicht über ihre Erinnerung an den Sachverhalt, sondern über ihre Aktenlektüre berichten<sup>19</sup>.

Manches davon scheint mir richtig zu sein. Natürlich unterscheiden Polizeibeamte sich vom »normalen« Zeugen in verschiedener Hinsicht, beispielsweise durch die spezifische Situation, in der sie ihre Beobachtungen machen (der normale Bürger nimmt selten an polizeilichen Ermittlungen teil), oder durch ihre Ausbildung, die ein bestimmtes Vorverständnis mit sich bringt und sie auf bestimmte Punkte besonders achten lässt. Und es mag wenig aussichtsreich sein, den Akteninhalt mithilfe eines Zeugen zu hinterfragen, der sich auf seine Vernehmung detailliert anhand eben dieses Akteninhaltes vorbereitet hat.

Generelle Aussagen dazu, ob die Vernehmung von Polizeibeamten in der Hauptverhandlung einer kritischen Überprüfung der Anlagenhypothese eher zu- oder abträglich ist, scheitern jedoch schon daran, dass es »den Polizeizeugen« nicht gibt. Die Unterschiede zwischen den Polizeizeugen, mit denen ich in meinen Hauptverhandlungen zu tun habe, sind jedenfalls enorm. So ist es etwas völlig anderes, ob der Zeuge als Streifenpolizist des Abschnitts zum Tatort gerufen wurde und dann mit der weiteren Sachbearbeitung nichts zu tun hatte, oder ob er sich als spezialisierter Beamter des Landeskriminalamts über Monate intensiv mit dem Fall befasst hat, oder ob er sogar selbst – etwa bei Widerstandshandlungen – am Tatgeschehen beteiligt war. Eine große Bandbreite findet sich auch bei der Vorbereitung auf die Aussage, bei der Erinnerungsfähigkeit, bei Vorkenntnissen (z.B. zu Symptomen psychischer Erkrankungen) oder beim sprachlichen Ausdrucksvermögen. Es sind auch nicht alle Polizeibeamten abgebrühte »Profigeugen« (wie etwa die junge Streifenbeamtin, die mitten in meiner

19 Vgl. Hof, HRRS 2015, 277, 286, der in solchen Fällen den Polizeibeamten die Eigenschaft als Zeugen im Sinne der StPO abspricht.

– wie ich dachte, gar nicht übermäßig konfrontativen – Befragung zum Anlass der Wohnungsdurchsuchung plötzlich in Tränen ausbrach). Und oft sind Polizeibeamte gerade, weil sie alles richtig machen wollen, besonders unsicher, was von ihnen erwartet wird, oder sie haben Angst, ihre Aussagegenehmigung zu überschreiten.

Ich will das aus Zeitgründen nicht weiter vertiefen und verweise stattdessen auf das sehr lesenswerte Referat von Starkgraff auf dem 40. Strafverteidigertag<sup>20</sup>. Mein Punkt an dieser Stelle ist, dass Polizeibeamte als Zeugen nicht nur vielfältig sind, sondern dass sie sich gerade dadurch von anderen Zeugen strukturell nicht unterscheiden. Auch bei anderen Zeugen gibt es oft eine Vorgeschichte oder spezifische Kenntnisse, die für die Befragung und die anschließende Würdigung der Aussage relevant sind und die man oft erst einmal mühsam herausarbeiten muss, weil sie weniger offen zutage liegen als bei Polizeibeamten. Daraus folgt: Sowohl für die Vernehmung als auch für die anschließende Beweiswürdigung reicht das allgemeine »Handwerkszeug« grundsätzlich aus. Das Gericht muss es, wie bei anderen Zeugen auch, nur anwenden. Wenn ein Gericht das nicht tut und bei der Vernehmung nur den Akteninhalt abfragt, ist das natürlich ein Problem, allerdings eins, das wohl über die Problematik der Polizeizeugen hinausreichen dürfte.

Auch das sorgfältigste und problembewussteste Gericht wird allerdings beim Versuch, den Sachverhalt mithilfe von Polizeibeamten aufzuklären, oft an seine Grenzen stoßen, weil wesentliche Ermittlungshandlungen nicht oder nur unvollständig in der Akte dokumentiert wurden.<sup>21</sup> Angesichts der großen Bedeutung, die der Ermittlungsakte nach der gesetzlichen Konzeption für die Hauptverhandlung zukommt, würde man sich generelle verbindliche Standards für eine an den Grundsätzen der Aktenwahrheit, Aktenklarheit und Aktenvollständigkeit ausgerichtete Dokumentation von Ermittlungshandlungen wünschen. Wenn allerdings eine Gesetzesänderung hier etwas bringen soll, müsste sie auch Folgen der Nichtbeachtung regeln.

20 *Starkgraff*, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertages 4.- 6. März 2016, 235.

21 Vgl. dazu die Vorschläge von Starkgraff, aaO., zur Verbesserung der Ausbildung der Beamten und zur Verobjektivierung von Ermittlungsmaßnahmen, etwa durch Bodycams.

Insbesondere wäre hier an Beweisverwertungsverbote zu denken, die aber im deutschen Strafprozessrecht, wie schon erwähnt, nicht gerade Konjunktur haben.

#### IV. EINFLUSSMÖGLICHKEITEN DER VERTEIDIGUNG

Insgesamt kann man sagen: Der Einfluss der Ermittlungsakte auf das Urteil ist groß – nicht so sehr bei der Beweiswürdigung, sondern mehr auf der vorgelagerten Ebene, welche Beweise dem Gericht überhaupt zur Kenntnis gelangen und damit Gegenstand der Würdigung sind. Je nach der Qualität der Ermittlungen und deren Dokumentation kann es zu einer Verkürzung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen kommen, die einer Ermittlung des wahren Sachverhalts entgegensteht. Die Gründe dafür liegen nur zum Teil in psychologischen Effekten, sondern sind im Gesetz selbst angelegt. Grundsätzliche gesetzgeberische Änderungen sind hier nicht zu erwarten und scheinen mir auch schwierig. Die Akte mag den Richter beeinflussen und seine Meinung schon vor Beginn der Hauptverhandlung prägen. Aber sie eröffnet immerhin auch die Möglichkeit, den Fall zunächst in Ruhe und ohne direkte Einwirkung durch andere Verfahrensbeteiligte – auch die Staatsanwaltschaft – zu überdenken. Eine Hauptverhandlung ohne vorherige Aktenkenntnis kann ich mir schwer vorstellen und scheint mir noch viel stärkere Manipulationsgefahren zu bieten.

Eine Verbesserung der Qualität polizeilicher Arbeit und deren Dokumentation würden sich nicht nur Verteidiger, sondern auch wir Richter wünschen. Gemeinsame Veranstaltungen aller Berufsgruppen könnten dabei helfen, Verständnis für die gegenseitigen Erwartungshaltungen und die praktischen Probleme bei der Arbeit zu wecken, und könnten auch dazu beitragen, dass Polizeibeamte sich in der Hauptverhandlung stärker trauen, Pannen und Lücken in der eigenen Ermittlungsarbeit offenzulegen.

Ansonsten ist die Ermittlungsakte nun mal so, wie sie ist, und alle Beteiligten müssen in der Hauptverhandlung das Beste daraus machen. Auch schlecht geführte Ermittlungsakten sind – jedenfalls in Verfahren mit einer gewissen Komplexität – regelmäßig Fundgruben für Details, die Sie nutzen können, um der Anklagehypothese

etwas entgegenzusetzen. Nach meiner Erfahrung lassen Verteidiger hier oft viele Punkte liegen. Wenn ein Gericht kein echtes Interesse an einer umfassenden Sachaufklärung hat und sich nur stur am Ermittlungsergebnis entlanghangelt, sind die rechtlichen Möglichkeiten der Verteidigung, es zu einer weitergehenden Aufklärung zu zwingen, begrenzt. So können Sie durch einen Beweisantrag zwar erreichen, dass das Gericht den Beweis erhebt und sich in den Urteilsgründen mit dem Beweisergebnis auseinandersetzen muss. Auf eine Würdigung des Beweisergebnisses in Ihrem Sinne haben Sie dabei jedoch keinen Einfluss, und die revisionsrechtlichen Spielräume der Tatrichter sind an dieser Stelle bekanntlich groß.

Erfolgversprechender kann es – selbst bei grundsätzlich verurteilungsfreudig gestimmten Richtern – sein, dem Gericht eine eigenständige Version des Geschehens zu präsentieren – sei es als Einlassung, sei es als Verteidigererklärung.

Wesentlich scheinen mir dabei zwei Punkte:

Erstens: Wenn Sie die Berufsrichter dort abholen wollen, wo sie nach Lektüre der Akte stehen, müssen Sie die Akte selbst sehr sorgfältig gelesen haben. Das ist nicht so selbstverständlich, wie es sich anhört. Allerdings gibt es echte Experten unter Ihnen, die die Entwicklung eigener Narrative unter Neuinterpretation des Akteninhalts zu einer eigenen Kunstform ausgebaut haben und sehr erfolgreich damit sind, z.B. Bandenvorwürfe »wegzuverteidigen« oder den vermeintlichen Mittäter zum Gehilfen zu machen. Oft genug hören wir aber von der Verteidigung auch Geschichten, die im klaren Widerspruch zum Ermittlungsergebnis stehen, ohne dass dieser Widerspruch auch nur thematisiert wird. So etwas verärgert das Gericht und verstärkt eher den psychologischen Einfluss der Ermittlungsakte. Auch die tendenziöseste Ermittlungsakte und das verurteilungswütigste Gericht sind keine Entschuldigung für schlechte Strafverteidigung.

Zweitens: Das Timing. Einer der größten Feinde richterlicher Sachaufklärung ist tatsächlicher oder empfundener Zeitdruck. Wenn es im Strafprozess einen »Perseveranzeffekt« gibt, dann ist das die Neigung des Vorsitzenden, an der eigenen Planung festzuhalten. Das sollte man nicht belächeln. Justizgewährung muss organisiert werden, sie vollzieht sich immer an konkreten Tagen, in konkreten Räumen

und durch konkrete Personen – und das sind sämtlich knappe Güter. Eine Kammer, bei der sich regelmäßig die Zahl der Verhandlungstage unvorhergesehen verdoppelt, wird über kurz oder lang »absaufen«. Wenn Sie also das Gericht wirklich für eine alternative Erzählung einnehmen wollen, wenn Sie wollen, dass das Gericht mehr macht als zwingend nötig und dass es die Ergebnisse dann auch ernsthaft in seine Überlegungen einbezieht, kann es eine gute Idee sein, damit möglichst frühzeitig anzukommen – in der Hauptverhandlung also gleich zu Beginn, idealerweise sogar schon vorher (z.B. im Rahmen der Stellungnahme zur Anklageschrift), damit die sich daraus ergebenden Aufklärungsansätze schon bei der Terminierung berücksichtigt werden können.

Auch das weitere Agieren der Verteidigung in der Hauptverhandlung kann Einfluss darauf haben, in welchem Maße das Gericht sich möglichen alternativen Geschehensabläufen gedanklich nähert und idealerweise zu deren Aufklärung sogar mehr tut, als es nach § 244 Abs. 2 StPO unbedingt muss. Natürlich ist es Ihr gutes Recht, in der Hauptverhandlung vor allem die Revision vorzubereiten und Anträge vornehmlich zu stellen, um Fehler des Gerichts zu provozieren. Und es ist auch nicht verboten, Unmut über missliebige Entscheidungen in Form von Befangenheitsanträgen zum Ausdruck zu bringen. Möglicherweise werden Sie damit allerdings für den Angeklagten nicht das bestmögliche Ergebnis erreichen. Ich will hier überhaupt nicht der »Kuschelverteidigung« oder gar »Verurteilungsbegleitung« das Wort reden – damit gewinnen Sie nicht den Respekt des Gerichts. Aber wenn Sie dem Gericht den Fehdehandschuh hinwerfen, müssen Sie damit rechnen, dass er auch aufgenommen wird. Das führt schnell dazu, dass die Hauptverhandlung sich entweder komplett von der Sachebene entfernt oder – bei einem im Verfahrensrecht beschlagenen Gericht – zu einer Art vorgezogenem Revisionsverfahren mutiert. Je nach beruflichem Selbstverständnis und Temperament mag das sowohl für die Verteidigung als auch für das Gericht sogar einen gewissen Reiz haben. Die Wahrheit – und meist auch die Interessen des Angeklagten – bleiben dabei aber auf der Strecke.

## V. SCHLUSSBEMERKUNG

Der Titel meines Vortrags ist als Frage formuliert. Eine Antwort darauf könnte lauten: Die Ermittlungsakte ist kein fertiges Drehbuch für die Hauptverhandlung. Sie ist allenfalls ein Entwurf – den die Beteiligten während der Hauptverhandlung gemeinsam umschreiben können oder von dem man sich auch ganz lösen kann, damit am Ende das »Buch zum Film« – das Urteil – keine Fiktion wird, sondern eine wahre Geschichte.