

die

Härte

des Rechtsstaats



Texte und Ergebnisse des 46. Strafverteidigertages

46. Strafverteidigertag * Bochum, 28. - 30. März 2025

Die Härte des Rechtsstaats

Droht eine Renaissance des starken Staates?

46. Strafverteidigertag
Bochum, 28. - 30. März 2025

Schriftenreihe der
Strafverteidigervereinigungen

Band 46

Die Härte des Rechtsstaats

Texte und Ergebnisse des 46. Strafverteidigertages

Bochum, 28. - 30.3.2025

[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]

Berlin 2026

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 46

Der vorliegende Band 46 der SchrStVV erscheint rein digital (als PDF und EPUB).

Seit dem ersten Strafverteidigertag werden die Ergebnisse der Beratungen veröffentlicht. Die daraus entstandenen »Ergebnisbände« sollen sukzessive digitalisiert und in elektronischer Form zugänglich gemacht werden, um sie allen Interessierten zur Verfügung zu stellen.

Ab Band 45 erscheinen die Ergebnisse ausschließlich in elektronischer Form – das spart Ressourcen und sichert einen unkomplizierten Zugang für alle Interessierten.

Die bislang digitalisierten Bände finden Sie unter:

<https://strafverteidigertag.de/2-schriftenreihe/>

Alle Rechte vorbehalten.

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Umschlagbild: organisationsbüro

Westfälische Str. 64

10709 Berlin

Inhalt

- S. 9 Prof. Dr. Tobias Singelnstein
KRIMINALISIERUNG IN AUTORITÄREN ZEITEN
- S. 37 Professor Dr. Georg Gütge
DIE ENTWICKLUNG DES BEWEISANTRAGSRECHTS
- S. 59 Dr. André Neumann
DIE BEWEISAUFNAHME IN DER HAUPTVERHANDLUNG
- S. 93 Stefan Allgeier
DIE AUDIO-VISUELLE AUFZEICHNUNG DER
HAUPTVERHANDLUNG ALS BEISPIEL FÜR DIE
GEFAHREN DURCH KI-GESTÜTZTE AUSWERTUNG VON
AUSSAGEVERHALTEN
- S. 107 PD Dr. Oliver Gerson
ORGAN, INTERESSENVERTRETER, FÜRSPRECHER – DIE
ROLLE DER STRAFVERTEIDIGUNG ALS TERRA INCOGNITA?
- S. 129 Dr. Wilhelm Tophinke
»HABEN SIE IHREN MANDANTEN NICHT IM GRIFF?«
- S. 133 Dr. Jenny Lederer
KARTELL FÜR REFORM DES SEXUALSTRAFRECHTS – 1925
UND 2025?! ODER: STRAFFREIHEIT MANGELS BEWEISES?
FÜR EINE RATIONALE (SEXUAL-)STRAFRECHTSPOLITIK!
- S. 161 Prof. Dr. Bernd Müssig
DIFFERENZIERUNG IM BEREICH DER TÖTUNGSDELIKTE
ALS NORMATIVIERUNG – PLÄDOYER FÜR DIE DAV-
INITIATIV-STELLUNGNAHME (2024)

S. 183 VRi'InLG Kristin Klimke

DIE ERMITTLUNGSAKTE: DREHBUCH FÜR DIE
HAUPTVERHANDLUNG?

S. 203 ANNEX: RECHTSPOLITISCHE THESEN DES 46. STRAFVERTEIDIGERTAGES
ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN

Kriminalisierung in autoritären Zeiten

Die Anforderungen an einen Eröffnungsvortrag beim Strafverteidigertag sind sehr klar: Es geht darum, Strafverteidigung, ihre gegenwärtigen Themen und die Kritik an staatlicher Kriminalisierung mit einem positiven Ausblick zu verbinden, um das Publikum dann in den ersehnten Empfang zu entlassen. Dabei gehört das Zeichnen eines düsteren Bildes vom Zustand des Rechtsstaates gleichermaßen zum guten Ton wie offenbar die rhetorische Frage zum Titel eines Strafverteidigertages. 2023 hieß es: »Ist unser Rechtsstaat eigentlich noch zu retten?«. Zehn Jahre zuvor, 2013: »Die Akzeptanz des Rechtsstaates in der Justiz«. In diesem Jahr nun also: »Die HÄRTE des Rechtsstaats – Droht eine Renaissance des starken Staates?«. Der Rechtsstaat geht also alle paar Jahre seinem Ende entgegen. Nur dass man dieser Tage geneigt ist zu sagen: Nun ist es wirklich so weit.

A. HINFÜHRUNG

Als Antwort auf diese eigentlich ja rhetorische Frage – »Droht eine Renaissance des starken Staates?« – möchte ich Ihnen gerne ein beherztes »ja, aber« anbieten.

Denn erstens geht es nicht um den Staat alleine, sondern um die Härte der Gesellschaft. Und zweitens erleben wir meines Erachtens keine Renaissance, sondern etwas Neues: Wir sehen derzeit eine autoritäre Wende in Politik und Gesellschaft. Seit gut zehn Jahren prägt mit der AfD eine jedenfalls seit einiger Zeit rechtsextreme Partei das politische Geschehen mit. Sie setzt auf eine affektive Politik der negativen Gefühle, der Verunglimpfung, Ausgrenzung und Spaltung, die den politischen Diskurs der vergangenen Jahre erheblich geprägt hat.

Die Partei befeuert auf diese Weise eine in Teilen der Bevölkerung vorhandene Stimmung – und das mit erheblichem Erfolg. Parallel dazu hat in den USA *Donald Trump* mit einer Mischung aus Populismus, Unwahrheiten und Drohungen im vergangenen Jahr erneut die Wahlen gewonnen. Und die ersten Wochen seiner Amtszeit zeigen, wie angreifbar und verletzlich Demokratie und Rechtsstaat sind, wenn die regierende politische Mehrheit nur skrupellos genug ist.

Vor diesem Hintergrund steuern in Deutschland auch die Unionsparteien auf einem neuen Kurs: Erstens bröckelt die Brandmauer zur AfD, die es immer nur in Teilen gab, munter weiter. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis die Konservativen nicht nur auf Gemeindeebene politische Mehrheiten mit der extremen Rechten suchen.

Zweitens setzt auch die Union weniger auf Sachpolitik, sondern agiert in der politischen Debatte zunehmend populistisch, zuspitzend und adressiert Affekte. Gerade im Wahlkampf zur Bundestagswahl Anfang 2025 war das Trump'sche Playbook gut zu erkennen. Man denke nur an die »grünen und linken Spinner«, die nicht mehr alle Tassen im Schrank hätten, über die *Friedrich Merz* sich auf den letzten Metern des Wahlkampfes verhöhrend erhob.¹

Drittens zeigen sich bei CDU/CSU stärkere Ansätze für eine disruptive Politik, die wenig Respekt vor Institutionen und Grundsätzen des Rechtsstaats hat. So heißt es etwa in einem Artikel in der ZEIT vom 29.01.2025: »Niemand, so fügte ein anderer Unionsmann am Telefon hinzu, könne die Ausreden mehr hören, wegen irgendeines ›Scheiß-Gerichts‹ gehe dies nicht, wegen des Europarechts oder wegen der Genfer Flüchtlingskonvention gehe jenes nicht«.² Und manche in der Union können ihre Bewunderung für *Donald Trump* kaum verhehlen. Ob und inwieweit die SPD diese Entwicklungen in einer möglichen Koalition einhegen kann, ist fraglich und wird sich zeigen müssen.

1 <https://www.spiegel.de/politik/friedrich-merz-schiesst-gegen-links-spd-spitze-wirft-ihm-spaltung-vor-a-a10c3046-0e9d-4ede-a202-5d930cea68d5> (URL, wie alle folgenden, zuletzt abgerufen am 07.08.2025).

2 <https://www.zeit.de/2025/05/asylpolitik-cdu-friedrich-merz-afd-demokratie>.

Wo Spaltung, Ausschluss und negative Affekte in der politischen Debatte den Ton angeben, da ist das Feld der Kriminalisierung nicht weit. Denn Kriminalisierung ist *das* Instrument, um eine solche Politik umzusetzen. Meine These lautet dementsprechend: Kriminalisierung als ausschließende, marginalisierende, repressive Strategie wird in den kommenden Jahren massiv an Bedeutung gewinnen. Diese These möchte ich im Folgenden in drei Schritten entwickeln. Erstens: Was ist Kriminalisierung überhaupt und wer sorgt dafür? Zweitens: Was bedeutet das in autoritären Zeiten? Drittens: Wo führt es hin und was machen wir daraus?

B. KRIMINALISIERUNG UND WIE SIE HERGESTELLT WIRD

I. WAS KRIMINALISIERUNG IST

Als Jurist:innen – und für die Praxis und so auch die Strafverteidigung gilt das besonders – neigen wir zu einem etwas verkürzten Blick auf Kriminalisierung: Wir schauen auf die einzelnen Verfahren, die Unrecht ahnden sollen; auf Beschuldigtenrechte und deren formal-rechtsstaatliche Fundierung; auf Gesetzgebungsprojekte im Strafrecht. Aber Kriminalisierung hat mindestens drei weitere Gesichter oder Dimensionen, die so schnell in den Hintergrund geraten: Erstens ist Kriminalisierung nicht nur Ahndung von Unrecht im Einzelfall, sondern immer auch soziale Positionszuweisung, häufig in Form von Marginalisierung. Zweitens ist die symbolisch-diskursive Ebene der Kriminalisierung in der gesellschaftlichen Debatte oft bedeutsamer als die Summe der einzelnen Strafverfahren als Praxis der Kriminalisierung. Drittens findet Kriminalisierung – wenn man hierunter die Markierung als abweichend versteht – nicht nur im Strafrecht statt, sondern auch in zahlreichen anderen Gebieten. Aber auf diesen letzten Punkt komme ich erst später zurück.

Ich beginne mit der sozialen Positionszuweisung. In unseren Strafrechtsvorlesungen lehren wir, dass Strafrecht individuelles Fehlverhalten auf rechtsstaatliche Weise ahnden soll. Dass dadurch soziale Normen und sozialer Zusammenhalt gestärkt und weitere Straftaten vermieden werden würden.³ Die meisten Studierenden kommen mit

³ S. beispielhaft *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. 2024, § 1 Rn. 1 ff.

der Vorstellung in diese Veranstaltungen, dass das ziemlich gleichmäßig und umfassend passiert – aus vielen der Veranstaltungen gehen sie auch genau so wieder heraus. Und so ist im Wesentlichen auch der Blick der Gesellschaft auf das Strafrecht. Aber das Strafrecht, insbesondere die strafrechtliche Praxis, hat auch ein ganz anderes Gesicht. Das wissen Sie als Praktiker:innen, und das ist das, was wir in unseren Veranstaltungen zur Kriminologie zu vermitteln versuchen: Strafverfolgung und Sanktionierung sind in der Gesellschaft sehr ungleich verteilt, treffen verschiedene Menschen in sehr unterschiedlicher Weise – manche gar nicht, andere mit voller Härte.

Mein Kollege *Ralf Kölbel* hat diesen Widerspruch – den die kritische Kriminologie seit Jahrzehnten thematisiert – sehr anschaulich als *helle* und *dunkle Seite des Strafrechts* beschrieben: Der Staat verspricht einerseits eine demokratische, rechtsstaatliche, gleichmäßige und wirksame Ahndung von erheblichem Unrecht im Einzelfall. Andererseits liefert er in der Praxis eine hoch selektive und damit sehr ungleiche Praxis der Strafverfolgung, die gemessen an den eigenen Zielen wenig wirksam ist und rechtsstaatliche Grenzen immer wieder negiert.⁴ Diese systematische Ungleichbehandlung bedeutet eine weitere gesellschaftliche Funktion von Kriminalisierung, die oft unterbelichtet bleibt: Sie weist den Einzelnen und ganzen Gruppen die soziale Position zu, die sie in der Gesellschaft haben. In der Art und Härte der Strafverfolgung wird zum einen die soziale Position sichtbar, die die betroffene Person hat. Zum anderen wird genau diese Position – die ebenso marginalisiert wie privilegiert sein kann – wiederhergestellt und so soziale Ordnung reproduziert, werden gesellschaftliche Ungleichheitsverhältnisse moderiert.⁵ Was für den einen Nichtverfolgung bedeutet oder eine kurze Episode im Leben darstellt, verfestigt für den anderen seine Position als Außenseiter:in.

Oder um es mit *Fritz Sack* zu sagen: Kriminalisierung verteilt das negative Gut Kriminalität in der Gesellschaft in einer spezifischen Weise.⁶ Der sozial angepasste, mittelalte weiße Mann aus der Mittelschicht ist davon anders betroffen als die wohnungslose Frau, die am

4 *Kölbel* NK 2019, 249.

5 *Singelstein/Kunz*, Kriminologie, 8. Aufl. 2021, S. 381 ff.

6 *Sack*, in: *Sack/König* (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 1968, S. 431.

Bahnhof lebt, oder rassifizierte Jugendliche an sogenannten sozialen Brennpunkten.

Jetzt werden manche von Ihnen vielleicht sagen: Aber Wirtschaftsstraftaten werden heute auch ganz anders verfolgt als früher. Das ist richtig. Der Staat macht hier nicht mehr alles mit. Aber wenn man sich die Praxis in diesem Feld in der Breite anschaut, nicht nur die aufsehererregenden, medial berichteten Fälle, dann muss man sagen: Strafverfolgung findet im Wirtschaftsstrafrecht viel selektiver statt als in anderen Bereichen, mit einer gänzlich anderen Erledigungsstruktur und Sanktionierungspraxis und mit völlig anderen sozialen Folgen für die Betroffenen – nicht in jedem Einzelfall, aber in der Regel. Die Wirkungen der damit beschriebenen Kriminalisierungen sind zum einen instrumentell: Sie sorgen für sozialen Ausschluss, entziehen unter Umständen die Freiheit und konfrontieren die Betroffenen mit außerstrafrechtlichen Folgen. Darüber hinaus haben Kriminalisierungen aber auch eine symbolische Ebene.⁷ Kriminalisierung und Außenseiter werden gebraucht. Weil sie zeigen, dass bestehende Probleme bearbeitet werden. Und weil sich die Mehrheit so ihrer Zugehörigkeit sicher sein kann: Wo Außenseiter:innen mit dem Label »kriminell« versehen, marginalisiert und ausgeschlossen werden, gehört man selber noch dazu. Mit *Loïc Wacquant* könnte man sagen: Kriminalisierung ist ein symbolisches System, um kollektive Emotionen zu bearbeiten.⁸

Und damit bin ich bei meinem zweiten Punkt: Die symbolisch-diskursive Ebene der Kriminalisierung geht über die Summe der einzelnen Strafverfahren hinaus. Sie ist sogar eine völlig andere Dimension von Kriminalisierung. Sie folgt einer anderen Logik und hat andere Ziele. Die Praxis der Strafverfolgung, Justiz und Strafverteidigung bearbeitet auf gesetzlicher Basis Personen und Verhaltensweisen in Verfahrensroutinen. Kriminalpolitik, Medien und öffentliche Debatte hingegen greifen zwar den so hergestellten Gegenstand auf, nämlich Kriminalität, problematisieren ihn und bieten Lösungen an. Das dabei hergestellte Bild ist aber stark verzerrt, weil es bestimmte

7 Cremer-Schäfer/Steinert NK 1989, 26.

8 <https://www.woz.ch/2504/strafstaat/das-gefaengnis-war-noch-nie-dazu-da-verbrehen-zu-verhindern/!SBTMH4GHPW6K>.

Formen von Kriminalität in einer sehr spezifischen Weise thematisiert. Diese symbolisch-diskursive Dimension der Kriminalisierung produziert das gesellschaftliche Wissen über Kriminalität. Sie prägt maßgeblich die Wahrnehmung der Bevölkerung und stellt so eine Kriminalitätswirklichkeit her, die mit der Praxis der Strafverfolgung nur wenig zu tun hat – aber trotzdem sehr wirkmächtig ist.⁹ Veränderungen von Kriminalisierung in autoritären Zeiten lassen sich erstmal hier, auf dieser symbolisch-diskursiven Ebene, finden, sodass der Fokus zunächst darauf liegen soll.

II. KREISLAUF DER KRIMINALISIERUNG

Kriminalisierung ist damit keine Sache alleine des Staates oder der Politik, sondern findet – gerade in der symbolisch-diskursiven Dimension – in einem Kreislauf aus Bevölkerung, Medien und Politik statt. *Sebastian Scheerer* hat dieses reflexive Verhältnis schon vor mehr als 50 Jahren als »politisch-publizistischen Verstärkerkreislauf« bezeichnet.¹⁰

In der Bevölkerung mit ihrer spezifischen Kriminalitätswirklichkeit ist das Thema seit jeher emotional geprägt und es werden Ansprüche an den Staat gestellt. Zwar ist die Kriminalitätsfurcht in den vergangenen Jahrzehnten nicht gestiegen – die Menschen haben immer schon das Gefühl, dass alles immer schlimmer wird. Zugenommen hat aber die Sensibilität, haben die Sicherheitsbedürfnisse. *Safety first* ist zum geflügelten Wort geworden, dass Personen »sich nicht mehr sicher fühlen«, reicht als Argument für ein Tätigwerden des Gesetzgebers aus. Die Medien transportieren diese Bedürfnisse, sie greifen sie auf und machen sie stark.¹¹ Manchen Medien gilt das als Geschäftsmodell – nicht zuletzt ist *true crime* ein eigenes Genre geworden, das sich größter Beliebtheit erfreut. Andere sehen sich als Stimme der Bevölkerung gegenüber der Politik. Eine sachliche, rationale und differenzierte Berichterstattung über Kriminalität bleibt so oder so die Ausnahme. Die Medien tragen damit ihren Teil zur symbolisch-diskursiven Kriminalitätswirklichkeit bei.

⁹ *Singelstein/Kunz* (Fn. 5), S. 423 ff.

¹⁰ *Scheerer KrimJ* 1978, 223.

¹¹ *Singelstein/Kunz* (Fn. 5), S. 428 ff.

In dieser Gemengelage ist auch Politik nicht die rationale, evidenzbasierte Mehrheitsentscheidung, als die sie sich gerne präsentiert, sondern oft selbst Getriebene. Politische Dynamiken bis hin zur Gesetzgebung werden stets von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt.¹² Im Bereich der Kriminalisierung sind das zu einem erheblichen Teil die Vorstellungen und Ansprüche der Bevölkerung – bzw. das, was die Politik dafür hält. Der Topos einer evidenzbasierten Kriminalpolitik – das hoffnungsvolle Konzept einer sich aufklärerisch verstehenden Kriminologie – erweist sich angesichts dessen als Mythos.¹³ Das ist kein Fehler, sondern die Funktionsweise von Politik, auch wenn die Resultate dessen mitunter wie ein absurdes Spektakel für die Öffentlichkeit wirken: In Berlin ist zum Beispiel die politische Antwort auf Schlägereien in Freibädern, dass dort nun am Einlass Ausweise kontrolliert werden.¹⁴ Als hätte die Verfügbarkeit von Passdokumenten etwas mit Gewaltbereitschaft zu tun, darf nun nur noch hinein, wer seinen Ausweis nicht vergessen hat. Ebenfalls in Berlin soll um den Görlitzer Park für mehrere Millionen Euro ein Zaun gebaut werden.¹⁵ Als würden Drogenhandel und -konsum auf diese Weise verschwinden – und nicht nur weiter in die umliegenden Wohngebiete verlagert. Es scheint, als ginge es nur darum, auf öffentlich thematisierte Missstände möglichst schnell und konkret zu reagieren. Ob diese Reaktionen wirksam sind oder überhaupt das Problem adressieren, erscheint zweitrangig.

Man kann also sagen: Kriminalpolitik ist in ihrer Orientierung auf das Publikum immer schon populistisch. Dabei hat sie bislang weniger top down agiert, also das Thema Sicherheit nicht stark gemacht, um andere Probleme zu dethematisieren. Sie hat eher bottom-up auf Ereignisse reagiert und Problematisierungen aus der Bevölkerung aufgegriffen. So sehen sich Politiker:innen jedenfalls selbst.¹⁶ Das zeigen zum Beispiel Interviews, die wir im Rahmen

12 Eisenberg/Köbel, Kriminologie, 8. Aufl. 2024, S. 229 ff.

13 Singelstein FS B.-D. Meier, 2025 (im Erscheinen), S. 553.

14 www.berlinerbaeder.de/presse/detail/ausweispflicht-in-den-freibaedern-bbb-ziehen-positives-fazit.

15 <https://www.rbb24.de/panorama/beitrag/2025/06/berlin-kreuzberg-goerlitzer-park-drogen-kriminalitaet-zaun-baubeginn.html>.

16 Brown Punishment & Society 2011, 424; Singelstein (Fn. 13), S. 553.

eines Forschungsprojekts mit Bundestagsabgeordneten geführt haben. Ein beispielhaftes Zitat daraus lautet:

»Weil wir alle wiedergewählt werden wollen, und wenn wir wiedergewählt werden wollen, werden wir das nur, wenn die Leute zufrieden sind, und das Schlimmste für die Menschen ist, dass sie das Gefühl haben, in Unsicherheit zu leben. Also das ist natürlich für jemanden eine sehr, sehr große Einschränkung und insofern haben wir sehr wohl das Ohr immer daran, wie ist die Bevölkerung unterwegs? Fühlen sie sich sicher, fühlen sie sich nicht sicher? Wir müssen darauf reagieren und wir reagieren eben unterschiedlich. Die einen reagieren mit härteren Gesetzen oder sowas und die anderen reagieren und sagen: Wir müssen mehr Polizei haben, wir müssen gesellschaftlich was verändern und so weiter und so fort, aber das Thema ist immer da, weil wir wissen, dass es in der Bevölkerung einen unheimlich hohen Stellenwert hat.« (16KL)

Die Befunde aus diesem wie auch aus anderen Projekten¹⁷ zeigen: Politiker:innen unterschätzen oft massiv, welchen Anteil sie selbst mit ihren Äußerungen und ihrem Handeln an der gesellschaftlichen Wahrnehmung von Kriminalität und sozialen Problemen haben, wie sie selbst die gesellschaftliche Wirklichkeit in diesem Feld mit herstellen. Diese publikumsorientierte Kriminalpolitik,¹⁸ diesen Kreislauf der Kriminalisierungen hat das Strafrecht in den vergangenen 30 Jahren erheblich verändert. *Frank Nobis* und *Stefan Conen* haben das in ihren Eröffnungsvorträgen in vergangenen Jahren ausführlich dargelegt und analysiert.¹⁹

Und doch sind diese Veränderungen begrenzt geblieben. Erstens: Das Strafrecht ist in den vergangenen Jahrzehnten zwar vielfach ausgeweitet und verschärft worden. Wir sehen jedoch keinen ganz grundlegenden Wandel, keinen Systembruch, sondern eine recht kontinuierliche Fortentwicklung.²⁰ Zweitens: Der Wandel beschränkt sich im Wesentlichen auf die Gesetzgebung. In der Praxis der Strafverfolgung schlägt er sich wenig nieder, wie die Gefangenenraten und

¹⁷ S. auch *Brown* (Fn. 16).

¹⁸ *Köbel/Singelnstein* NStZ 2020, 333.

¹⁹ <https://strafverteidigertag.de/der-strafverteidigertag>.

²⁰ *Singelnstein* ZfRSoz 2014, 321.

die amtlichen Kriminalitätskontrollstatistiken zeigen. Drittens: Auch die öffentliche Debatte, zu der immer Konjunkturen der Kriminalisierung gehört haben, ist eher von Kontinuität als von Disruption geprägt. Der Kreislauf der Kriminalisierung hat sich bislang nicht zu einer Spirale der fortlaufenden Verschärfung entwickelt.²¹ Ganz anders sieht es in manchen osteuropäischen Ländern, vor allem aber in den USA und Großbritannien aus. Dort ist bereits seit Jahrzehnten ein repressiver, bruchhafter Wandel in Politik und Praxis der Kriminalisierung zu beobachten, der als »punitive turn«, »culture of control« (*David Garland*) oder Übergang vom wohl tätigen zum strafenden Staat (*Loïc Wacquant*) beschrieben wird.²² Deutschland war – wie viele andere kontinentaleuropäische Länder auch – von dieser Entwicklung bislang verschont.²³ Das könnte sich nun ändern.

B. AUTORITÄRE ZEITEN UND KRIMINALISIERUNG

Der Kreislauf der Kriminalisierung droht sich zu erhitzen und zur Spirale zu werden, die auch die Praxis und die gesellschaftliche Debatte erfasst. Einen ersten Eindruck davon hat uns die Kriminalisierung von Migrant:innen im Bundestagswahlkampf verschafft. Aber die nächsten *Folk Devils* warten schon und die bislang bremsenden Institutionen der Praxis kommen selbst ins Rutschen. Aber der Reihe nach.

I. ERHITZTER KREISLAUF: SPALTUNG UND POPULISTISCHER WETTBEWERB

Anders als bislang droht nun auch in Deutschland der Kreislauf der Kriminalisierung zwischen Politik, Medien und Bevölkerung zur erhitzten Spirale zu werden. Motor dafür ist derzeit – und anders als bisher – die Politik, die stärker als zuvor auf populistische und autoritäre Projekte zu setzen scheint. Dabei spielen zwei Umstände eine entscheidende Rolle: das Vorbild *Trump* und das weitere Erstarken der AfD.

21 *Drenkhahn/Jobard/Singelnstein*, in: dies. (Hrsg.), *Impending Challenges to Penal Moderation in France and Germany. A Strained Restraint*, 2023, S. 249.

22 *Garland*, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001; *Kury/Obergfell-Fuchs* *Soziale Probleme* 2006, 119; *Wacquant*, *Bestrafen der Armen*, 2009.

23 *Drenkhahn/Jobard/Singelnstein* (Fn. 21).

Die Regierung *Donald Trumps* in den USA macht mit ihrer Politik weder vor demokratischen Gepflogenheiten Halt, noch vor ewig alten zentralen Werten oder dem Recht. Medien werden diffamiert und ausgesperrt, Behörden erhalten Listen mit verbotenen Wörtern, Universitäten werden die Förderungen gestrichen und inhaltlich gegängelt, Urteile von Gerichten werden ignoriert. Wie mit der symbolischen Kettensäge zerstören *Elon Musk* und *Donald Trump* die verbliebenen wohlfahrtsstaatlichen und sozialen Institutionen in den USA wie auch rechtsstaatliche Strukturen. Zum Recht selbst hat die *Trump*-Regierung ein rein taktisches Verhältnis, wie alleine ein Beispiel aus der vergangenen Woche zeigt: Mit einem Flug wurden 200 Menschen aus verschiedenen Ländern nach El Salvador abgeschoben – obwohl ein Bundesrichter die Aktion untersagt hatte.²⁴ Diese disruptive Art und Weise der Politik imponiert in Deutschland nicht alleine der extremen Rechten, sondern auch vielen Konservativen. Sie dient als Vorbild in Zeiten, in denen die CDU mit Sorge auf den Niedergang zahlreicher konservativer Parteien in Europa blickt und nach ihrer Rolle in der *Post-Merkel*-Ära sucht.

Parallel dazu ist die extreme Rechte in Form der AfD weiter erstarkt, in den östlichen Bundesländern ist sie stärkste politische Kraft. Dortige Landesverbände der Union plädieren schon lange für eine Kooperation, auf kommunaler Ebene findet sie längst statt. Schritt für Schritt gibt die CDU die Politik der Abgrenzung gegenüber der extremen Rechten auf und nähert sich ihr an – zuletzt sind diese Schritte sehr groß geworden, wie die gemeinsame Abstimmung mit der AfD zur Migrationspolitik im Bundestag vor der Bundestagswahl gezeigt hat.²⁵ Spätestens die Landtagswahlen in Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern im kommenden Jahr werden erweisen, wie es auf diesem Weg weitergeht.

Viel Anlass zu Optimismus besteht indes nicht. Die Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern – allen voran Österreich – wie auch die robusten Befunde der politikwissenschaftlichen Forschung zeigen, dass der Weg des Appeasements keine Lösung ist. Das gilt erstens

24 <https://www.zdfheute.de/video/heute-journal/usa-abschiebungen-richterspruch-100.html>.

25 <https://www1.wdr.de/nachrichten/wahlen/bundestagswahl-2025/bundestag-beschluss-migration-100.html>.

für die Union selbst und ihre Suche nach alter Stärke. Zweitens setzt dieser Kurs aber auch eine politische Dynamik hin zu populistischer Politik und autoritären Maßnahmen in Gang. Oder um es mit den Worten von *Florian Meinel* und *Maximilian Steinbeis* zu sagen:

»Es spricht viel dafür, dass sich die vom Rechtsextremismus gesteuerte, die Mitte-Rechts-Parteien zerreiende Dynamik von Angsterzeugung, Radikalisierung und Regierungswille auch an der CDU/CSU vollziehen wird. Das von *Friedrich Merz* und seiner Fraktion gegebene Signal der Bereitschaft zu disruptiver Politik durch offen rechtswidrige Vorschläge lässt daran wenig Zweifel.«²⁶

Die damit beschriebene politische Dynamik – für die eine *Trump*-beschwingte *Merz*-CDU ohne klare Abgrenzung nach rechtsaußen derzeit den Takt angibt – wird sich in besonderer Weise auch im Feld der Inneren Sicherheit und im Kreislauf der Kriminalisierung niederschlagen. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe.

Erstens: Autoritäre, populistische Politik lebt in besonderer Weise von gesellschaftlicher Spaltung. Sie braucht Feindbilder und Außen-seiter – die eben vor allem im Wege der Kriminalisierung hergestellt werden. Die strafende Seite des Staates wird also an Bedeutung gewinnen. Innerhalb dessen bekommt die Funktion der Zuweisung gesellschaftlicher Positionen und des Ausschlusses besonderes Gewicht. Das andere Gesicht der Kriminalisierung, die demokratische, rechtsstaatliche, gleichmäßige und wirksame Ahndung von erheblichem Unrecht im Einzelfall mit dem Ziel der Resozialisierung, wird demgegenüber an Bedeutung verlieren.

Zweitens hat die AfD im Feld der Inneren Sicherheit einen populistischen Wettbewerb in Gang gesetzt, dem sich die anderen Parteien zuletzt immer weniger widersetzen. Auch das ein Phänomen, das aus anderen europäischen Ländern hinlänglich bekannt ist: »Starke rechte Parteien, die das Themenfeld Innere Sicherheit politisieren«, führen zu einem politischen Überbietungswettlauf.²⁷ Der extremen Rechten gelingt es so, die anderen Parteien vor sich herzutreiben. CDU, FDP, SPD und Grüne sehen sich unter Druck, vermeintliche

26 *Meinel/Steinbeis*, Das Ende der Mitte: Zur Lage vor der Bundestagswahl, VerfBlog, 07.02.2025, <https://verfassungsblog.de/das-ende-der-mitte/>.

27 *Wenzelburger/Brodowski* GA 2023, 204 (207).

Bedürfnisse in der Bevölkerung zu bedienen; schaffen es nicht, diesem Sog zu widerstehen und der extrem rechten Thematisierung ein anderes Framing entgegenzusetzen. Im Bundestagswahlkampf haben so einzelne aufsehenerregende Straftaten ausgereicht, um jahrzehntealte Überzeugungen über Bord zu werfen. Kaum etwas steht so symptomatisch dafür wie der grüne »Zehn-Punkte-Plan für eine bessere Sicherheit«, den die Partei um *Robert Habeck* im Nachgang zu der Gewalttat in Aschaffenburg forciert hat.²⁸

Helfen wird es nicht. Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt sehr klar: Ein solcher Wettlauf nutzt nur dem Original. Restriktive, autoritäre, populistische Politik – sei es im Feld der Migration oder dem der inneren Sicherheit – schwächt rechtsextreme Parteien nicht, im Gegenteil. Sie normalisiert und legitimiert die Positionen der AfD.²⁹ Die AfD macht kein Hehl daraus, dass sie diese Strategie weiterverfolgen, die anderen Parteien und die Union im Besonderen auch nach der Wahl weiter vor sich hertreiben will. Und das noch härter, noch disruptiver, je mehr die anderen Parteien nachgeben. Kriminalität und Migration werden dabei Dauerbrenner bleiben, wie ein Blick in die Programme der AfD unterstreicht.

Im Wahlprogramm zur Bundestagswahl 2025 heißt es:

»Die Menschen sind seit dem Terroranschlag auf dem Berliner Weihnachtsmarkt täglich einer Vielzahl von Messerangriffen, weiteren Terroranschlägen wie in Mannheim und Solingen und einer deutlich steigenden Gewaltkriminalität wie auch Gruppenvergewaltigungen ausgesetzt.

Linksradikale Gewaltexzesse wie von der Antifa sowie zunehmende Gewaltkriminalität durch Clans, Banden und ausländische Mafia haben die innere Sicherheit erodieren lassen.«³⁰

Und das Grundsatzprogramm von 2016 betont:

»Die AfD fordert daher einen »sicherheitspolitischen Befreiungsschlag«, um den Schutz der Bürger an erste Stelle zu setzen. Andere Belange haben sich dem unterzuordnen. Wir wollen einen

28 www.zeit.de/politik/deutschland/2025-02/gruene-zehn-punkte-plan-bundestagswahl-union.

29 Heinze ZPol 2021, 133; Krause/Cohen/Abou-Chadi PSRM 2023, 172.

30 AfD, *Zeit für Deutschland. Programm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum 20. Deutschen Bundestag, 2025*, S. 116.

klaren Systemwechsel hin zu Behörden, die zum maximalen Schutz der Bürger in der Lage sind.«³¹

Die damit beschriebene politische Dynamik droht den Kreislauf der Kriminalisierung zu erhitzen und in eine Spirale zu verwandeln, die sich immer weiter zuspitzt. Evidenzbasierte Politik befindet sich im Feld der Inneren Sicherheit auf dem Rückzug, obwohl sie hier auch bislang keine Hauptrolle gespielt hat, repressive und populistische Projekte gewinnen an Bedeutung. Das rückt bestimmte gesellschaftliche Gruppen in den Fokus der Kriminalisierungs-Debatten. Gleichzeitig stellt der disruptive Politikstil, der in der Union sichtbar wird, demokratische Errungenschaften, rechtsstaatliche Grundsätze und internationale Vereinbarungen infrage. In bestimmten Feldern schrecken CDU/CSU nicht davor zurück, klar rechtswidrige oder gar verfassungswidrige Positionen zu vertreten. Auf der instrumentellen Ebene der Kriminalisierung wirkt sich beides sehr konkret auf die Betroffenen einer solchen Politik aus. Mindestens ebenso bedeutsam ist aber die symbolisch-diskursive Dimension. Hier führt diese Politik erstens dazu, dass Kriminalität sehr selektiv wahrgenommen wird: Phänomene wie die Autoanschläge im Wahlkampf oder sogenannte »Clankriminalität« werden breit thematisiert und skandalisiert, während etwa Femizide trotz ihrer Bedeutung eher am Rande eine Rolle spielen. Zweitens werden Kriminalität und Abweichung weniger als soziale Probleme und Konflikte gedeutet, sondern eher als feindliche Akte wahrgenommen, auf die entsprechend zu reagieren ist. Wenn sich diese Zuspitzungen nachhaltig in den Einstellungen der Bevölkerung und der medialen Berichterstattung niederschlagen, wird sich dies wiederum auf die politische Dynamik auswirken. Auf diese Weise entsteht eine Spirale, die zu einer grundlegenden politischen Veränderung führen kann.

31 AfD, Programm für Deutschland. Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland, 2016, S. 24.

II. VERSCHRÄNKUNG VON RASSIFIZIERUNG UND KRIMINALISIERUNG

Ein erstes Feld, auf dem diese veränderte politische Dynamik zu beobachten war und ist, ist die Kriminalisierung von Migrant:innen. Auch wenn das Thema nicht neu ist, Migration stets als Experimentierfeld gilt: Die Intensität der Verknüpfung von Migration und Kriminalität, von Rassifizierung und Kriminalisierung hat in den Wochen vor der Bundestagswahl eine neue Qualität erreicht. Gesellschaften – auch die deutsche – schreiben Kriminalität fremd gelesenen Personen immer in besonderer Weise zu. Rassifizierung und Kriminalisierung sind also stets verschränkt, können als zwei Formen der Marginalisierung oder als doppelte Positionszuweisung verstanden werden.³² Wenn wir in die Geschichte der Bundesrepublik schauen, geht dies von den »stehenden Türken« und den »Messer-Italienern« über die Asylanten der 1990er Jahre, »osteuropäische Banden« und »Nafris« bis hin zu sogenannter »Clan-Kriminalität«³³ und der angeblich so besonderen, importierten Kriminalität von Geflüchteten heute. Diese Zuschreibung von Kriminalität zu rassifizierten Personen legitimiert rassistische Ressentiments, sie ersetzt deren biologistische Begründungen.

Die AfD hat in den vergangenen zehn Jahren hierauf aufgebaut. Es ist ihr gelungen, die Themen Migration und Kriminalität systematisch miteinander zu verknüpfen und dies fest im gesellschaftlichen Diskurs zu verankern. Neben der permanenten Wiederholung des Narrativs von der Gefahr durch Migrant:innen hat die Partei auf Kampfbegriffe wie »Messermänner« oder »Messermigranten« gesetzt. Dies hat zu einer veränderten, verzerrten Wahrnehmung der Realität geführt, sodass fremd gelesene Menschen noch deutlich stärker als zuvor vor allem als Bedrohung wahrgenommen werden. Die anderen Parteien folgen diesem Trend schon länger. Und doch stellt die Entwicklung im vergangenen Bundestagswahlkampf eine neue Qualität

32. *Sabel/Karadeniz*, in: Hunold/Singelnstein (Hrsg.), *Rassismus in der Polizei* 2022, S. 489; *Wacquant* (Fn. 22).

33. *Jacobsen/Bergmann*, *Diskriminierungsrisiken in der Polizeiarbeit. Ergebnisse des Forschungsprojektes »Polizeipraxis zwischen staatlichem Auftrag und öffentlicher Kritik. Herausforderungen, Bewältigungsstrategien, Risikokonstellationen«*, 2024, S. 190 ff.

dar. Die CDU hat das Thema Migration und Kriminalität zu einem zentralen des Wahlkampfes gemacht und dabei die Abgrenzung zur AfD ein ganzes Stück weit aufgegeben. Die anderen Parteien bis hin zu den Grünen mit ihrem Zehn-Punkte-Plan haben sich diesem Sog nicht entzogen, sondern ihn mitgemacht. Die Politik nimmt das als Reaktion auf gesellschaftliche Bedürfnisse wahr.

Tatsächlich gestaltet sie auf diese Weise die öffentliche Wahrnehmung entscheidend mit. Sachliche Differenzierung und wissenschaftliche Einordnung kommen dagegen kaum an. Diese Politik wirkt sich sehr konkret auf der instrumentellen Ebene aus. Migrationsrecht und Strafrecht verschmelzen hier zunehmend. In der Kriminologie wird dies unter dem Stichwort der »*Crimmigration*« diskutiert: Migration wird vor allem als Sicherheitsproblem behandelt, was zu einer besonderen Kriminalisierung von Migrant:innen führt.³⁴

Derzeit spielt die Musik dabei allerdings weniger im Strafrecht. Es geht nicht so sehr um Kriminalität selbst oder eine Verschärfung von Strafen. Stattdessen sind aufenthaltsrechtliche Folgen und Maßnahmen im Fokus der Politik. Wer mit dem Strafrecht in Berührung kommt, dem droht die Ausweisung – heute schon bei geringen Vergehen, unter Umständen reichen Verdachtssituationen. Diese Möglichkeiten will die anstehende schwarz-rote Koalition ausweiten. Freiheitsentziehungen wie Abschiebehaft sollen noch umfassender möglich werden. Mittlerweile wird in der Union sogar ernsthaft diskutiert, Doppelstaatlern im Fall von Verurteilungen die deutsche Staatsbürgerschaft zu entziehen.³⁵ Auch wenn diese Maßnahmen nur mittelbar mit Kriminalität zu tun haben, handelt es sich doch um Formen der Kriminalisierung in einem weit verstandenen Sinne: Bestimmte Personen und Gruppen werden mit einem negativen Label versehen, ausgegrenzt und verfolgt, öffentlich stigmatisiert und als Gefahr problematisiert.

Auf der symbolisch-diskursiven Ebene – ich sagte es bereits – führt diese Kriminalisierung zu einer verzerrten Wahrnehmung von Wirklichkeit, zu einer veränderten Sicht auf die Welt. Die Narrative

34 Althoff/Graebisch KrimJ 2022, 3.

35 <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/entzug-der-staatsbuergerschaft-krimineller-doppelstaatler-friedrich-merz-bundesinnenministerium-verfassungswidrig>.

der AfD von den »Messermigranten« sind tief in das gesellschaftliche Bild und Wissen eingesickert und bestimmen dort immer mehr den Ton. Kriminalität wird als spezifische Eigenschaft vor allem von Migrant:innen verstanden. Wo von Kriminalität die Rede ist, liegt der Topos des Ausländers nicht nur nahe, sondern er gehört praktisch zum Thema dazu. Dies heizt zum einen Kriminalisierung an: Einschlägige Fälle werden anders wahrgenommen und gelangen etwa über das Anzeigeverhalten eher in Kriminalisierungsprozesse. Zum anderen führt dieses spezifische Bild von Migrant:innen zu gesellschaftlicher Spaltung, pauschaler Stigmatisierung, zu sozialem Ausschluss und Übergriffen. Nicht nur einzelnen Personen, sondern ganzen Gruppen wird so ihre gesellschaftliche Position zugewiesen. Mit den Migrant:innen hat die erhitzte Spirale der Kriminalisierung so ihre ersten *folk devils* gefunden. Mit diesem Begriff hat der britische Soziologe und Kriminologe *Stanley Cohen* gesellschaftliche Gruppen bezeichnet, die in der öffentlichen Wahrnehmung als Bedrohung für die soziale Ordnung wahrgenommen werden. Treiber dessen ist eine Entwicklung, die *Cohen* als Moralpaniken beschreibt. Und die funktionieren wie folgt: Eine bestimmte Gruppe oder Personen werden als problematisch oder gefährlich wahrgenommen; dies wird in Medien und öffentlichem Diskurs überzeichnet und so werden gesellschaftliche Ängste verstärkt; gesellschaftliche Institutionen (Medien, Politik, Polizei) reagieren besonders stark und laut auf das Phänomen; dabei wird die betreffende Gruppe für größere gesellschaftliche Probleme verantwortlich gemacht. *Stanley Cohen* hat diese Prozesse am Beispiel der Mods und Rocker im Großbritannien der 1960er Jahre untersucht.³⁶ Weitere Beispiele sind Punks, Jugendkriminalität – gerne in Verbindung mit z.B. Videospielen oder Rap-Musik – und immer wieder Migrant:innen.

III. WER WERDEN DIE NÄCHSTEN FOLK DEVILS SEIN?

Auch heute sind es nicht nur Migrant:innen, die von den Politiken der Ausschließung betroffen sind. Nach den Taten von Magdeburg und Aschaffenburg im vergangenen Dezember bzw. Januar sind psychisch kranke Menschen in neuartiger Weise in den Fokus

³⁶ *Cohen*, *Folk Devils and Moral Panics*, 1972.

der Debatte gerückt. Sie werden zunehmend als gefährlich, weniger als hilfebedürftig wahrgenommen. In der Union wird gar gefordert, sie in spezifischen Registern zu erfassen³⁷ – wieder, muss man sagen. Kriminalität von Jugendlichen führt in regelmäßigen Abständen zu gesellschaftlichen Moralpaniken. Zuletzt haben einzelne Fälle von Tötungen durch Kinder diese als besonderes Problem in den Fokus gerückt. Politischer Protest wird in besonderer Weise poliziert – vor allem, wenn dies strukturell passfähig ist mit gesellschaftlichen Ausgrenzungsdebatten, sich die Polizei auf ein entsprechendes Mandat der Gesellschaft stützen kann. Davon können die Aktivist:innen der Letzten Generation ein Lied singen: Kurz vor dem 46. Strafverteidigertag hat die Staatsanwaltschaft München gegen fünf von ihnen Anklage wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung erhoben.³⁸ Aber auch viele propalästinensische Proteste der vergangenen Monate sind von spezifischen Formen der Kriminalisierung betroffen. In den USA wird Repression mittlerweile ganz unverhohlen als Mittel gegen politischen Protest gegen die *Trump*-Regierung eingesetzt.

Die Beispiele zeigen zum einen: Es sind durchaus verschiedene Personen und Gruppen, die auf der symbolisch-diskursiven Ebene als *Folk Devils* fungieren, von Konjunkturen der Kriminalisierung betroffen sind. Zum anderen machen sie deutlich: Auf der instrumentellen Ebene werden Positionszuweisung und Marginalisierung nicht nur mittels Strafe hergestellt, sondern ebenso im Aufenthaltsrecht, im Versammlungsrecht und im Polizeirecht – mit den jeweiligen Instrumenten dieser Rechtsgebiete. Das ist nicht neu, gewinnt aber kontinuierlich weiter an Bedeutung. Seit den 1990er Jahren hat die Politik die Befugnisse in den Polizeigesetzen erheblich ausgeweitet. So wurden zuletzt etwa die Möglichkeiten eines präventiven Ausschlusses, d.h. vorbeugender Gewahrsam, Aufenthaltsverbote und Platzverweise, erweitert und sind heute viel umfassender möglich.³⁹ Waffenverbotszonen

37 <https://www.sueddeutsche.de/kultur/register-psychisch-krank-linnemann-gastbeitrag-psychoater-aldenhoff-li.3199241?reduced=true>.

38 www.zdfheute.de/politik/deutschland/letzte-generation-anklage-kriminelle-vereinigung-100.html.

39 *Singelstein* MSchrKrim 2025 (aop, online first), 1 (2).

sollen die öffentliche Sicherheit erhöhen und Gewalt reduzieren.⁴⁰ Bei Verstößen drohen Bußgelder. Die ersten Waffenverbotszonen wurden im Jahr 2007 in Hamburg eingeführt und ihre Zahl ist seither kontinuierlich gestiegen. Heute existieren sie in vielen Städten, insbesondere an Bahnhöfen. Ähnlich wie sogenannte »Gefahrengebiete« oder »kriminalitätsbelastete Orte« führen solche Zonen in der Praxis vor allem zu einem Mehr an anlasslosen Kontrollen – also ohne konkrete Gefahrenlage oder Verdacht.⁴¹ Da bereits das bloße Mitführen bestimmter Gegenstände als Verstoß gilt, können Maßnahmen wie Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen schon weit im Vorfeld einer tatsächlichen Gefährdung durchgeführt werden. Die rechtlichen Schwellen für solche Eingriffe werden dadurch erheblich abgesenkt.⁴²

Verfahren der prädiktiven Massendatenauswertung, wie etwa *Predictive Policing*, zielen darauf ab, mithilfe automatisierter Datenanalysen Wahrscheinlichkeitsaussagen über zukünftige Straftaten zu generieren. In den USA setzt bereits eine Vielzahl der Polizeibehörden solche Technologien ein,⁴³ um in Echtzeit Risikoprofile für bestimmte Orte oder Personen zu erstellen.⁴⁴ Auch in Deutschland gehen die polizeilichen Bestrebungen zu umfassenden Datenauswertungen und dem Einsatz von KI weiter. Einerseits greifen einige Bundesländer – und zunehmend auch der Bund – auf externe Softwarelösungen zurück, insbesondere der höchst umstrittenen US-Firma Palantir, um umfangreiche Auswertungen der eigenen Datenbestände durchführen zu können. Andererseits wurden in den letzten zehn Jahren vermehrt Systeme zum sogenannten Hochrisikomanagement aufgebaut. Ziel ist es, potenziell gefährliche Personen frühzeitig zu identifizieren und gezielt zu überwachen.⁴⁵ Ein zentrales Instrument dieser Früherkennung sogenannter Gefährder ist das seit 2015 beim Bundeskri-

40 Mühler/Dittrich/Fleps/Grohmann/Heyden/Kessler/Radici, Die Leipziger Waffenverbotszone. Analysen zu Kriminalitätsverlauf, Akzeptanz und Sicherheitsgefühl, 2022.

41 Belina/Wehrheim Soziale Probleme 2011, 207.

42 Singelstein MSchrKrim 2025 (aop, online first), 1 (4).

43 Bennett Moses/Chan Policing and Society 2018, 806; Brayne, Predict and Surveil: Data, Discretion, and the Future of Policing, 2021; Wilson, Policing, in: Kaufmann/Mork Lomell (Hrsg.), De Gruyter Handbook of Digital Criminology, 2025, S. 363.

44 Singelstein MSchrKrim 2025 (aop, online first), 1 (5 f.).

45 Singelstein MSchrKrim 2025 (aop, online first), 1 (5 f.).

minalamt entwickelte Programm »Regelbasierte Analyse potentiell destruktiver Täter zur Einschätzung des akuten Risikos« (RADAR), das zunächst auf islamistisch motivierten Terrorismus ausgerichtet war, später aber auf weitere Bereiche ausgeweitet wurde.⁴⁶ Auch im Bereich der Jugendkriminalität werden vergleichbare Programme eingesetzt, um sogenannte Intensivtäter:innen möglichst frühzeitig zu identifizieren.⁴⁷ Diese Ansätze des Hochrisikomanagements haben sich zu einem gezielten Monitoring bestimmter gesellschaftlicher Gruppen und Bereiche entwickelt. Dabei werden in den Ländern mehrere hundert Personen erfasst, die als Hochrisikofälle eingestuft und entsprechend besonderen Maßnahmen unterzogen werden.⁴⁸ Dass das Strafrecht so zeitweise aus dem Fokus rückt, Verschärfungen des Strafrechts und die Einschränkung von Beschuldigtenrechten nicht ganz oben auf der politischen Agenda stehen, kann Strafverteidiger:innen nicht entspannen. Erstens sind Politiken der Ausgrenzung und Kriminalisierung nicht nur problematisch, wenn sie im Strafrecht stattfinden. Zweitens sind diese anderen Formen der Kriminalisierung eng mit dem Strafrecht verwoben. Und drittens ist es nur eine Frage der Zeit, bis sich die beschriebene Politik der Ausschließung auch wieder im Strafrecht niederschlägt. Da sind zum einen die immer wiederkehrenden kriminalpolitischen Diskussionen, die ich gerne als die »Untoten der Kriminalpolitik« bezeichne, wie zum Beispiel: Strafverschärfungen – meist nach einzelnen, die Öffentlichkeit empörenden Taten – oder die Herabsenkung des Strafmündigkeitsalters, gerne verbunden mit der Forderung nach einer generellen Einschränkung des Jugendstrafrechts. Zum anderen werden in den Unionsparteien aber auch neue Wege ventiliert. Neben der bereits genannten Entziehung der Staatsbürgerschaft ist dies etwa eine Ausweitung von gesetzlichen Mindeststrafen, um die gerichtliche Strafzumessungspraxis stärker einzuschränken.

All diese Maßnahmen treffen die Gesellschaft nicht gleichermaßen, sondern wirken, wie bereits gezeigt, selektiv. Während bestimmte Personen und Gruppen als besonders problematisch verstanden und

46 Arzt, in: Liskén/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Rn. 1301 ff.

47 Eisenberg/Kölbel (Fn. 12), S. 397 f.

48 Singelnstein MSchrKrim 2025 (aop, online first), 1 (5 f.).

in spezifischer Weise kriminalisiert werden, gelten andere Taten als Kavaliersdelikte, andere Personen als »im Grunde gut geartet«, wie es im Jugendstrafrecht so schrecklich heißt. In der Praxis der Strafverfolgung führt dies zu folgendem Bild: Die Staatsanwaltschaften stellen heute fast 30 Prozent der erledigten Verfahren nach den Opportunitätsregelungen ein; in knapp zehn Prozent der Fälle beantragen sie einen Strafbefehl. Nur gut sechs Prozent der Verfahren werden zur Anklage gebracht. So die Zahlen der Staatsanwaltschaftsstatistik für das Jahr 2023.⁴⁹ Die Kriminologie hat diese Praxis, diese ungleiche Anwendung des Gleichheit versprechenden Rechts schon lange als Bifurkation analysiert, also als Zweiteilung oder Gabelung: Einerseits werden viele Taten gar nicht erst erfasst, als Alltagskriminalität nur verwaltet, milde sanktioniert oder sogar nichtförmlich bearbeitet. Andererseits erfahren bestimmte Personen oder Taten – die als »*alien other*«, als »fremdartig anders« wahrgenommen werden, um es mit *David Garland* zu sagen⁵⁰ – die ganze Härte des Gesetzes.⁵¹ So wird zum Beispiel Vorgängen, die der sogenannten »Clankriminalität« zugeordnet werden, mit allen Mitteln nicht nur des Strafrechts, sondern auch denen anderer Rechtsgebiete begegnet. Polizei, Politik und Verwaltung nennen das dann »administrativen Ansatz«.⁵² Diese Gabelung hat sich in der Praxis der Kriminalisierung in den vergangenen Jahrzehnten immer stärker ausgeprägt. Der Strafrechtswissenschaftler *Günther Jakobs* hat sie mit seinem Feindstrafrecht zwischenzeitlich gar in ein rechtliches Konzept gegossen. Diese ungleiche Praxis macht Marginalisierung nicht nur sichtbar, indem sie die soziale Positioniertheit der Betroffenen in der Gesellschaft anzeigt. Sie stellt diese Positioniertheit auch aktiv her.

49 Statistisches Bundesamt, Staatsanwaltschaften 2023, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/statistischer-bericht-staatsanwaltschaften-2100260237005.html>.

50 *Garland* (Fn. 22).

51 *Berberich/Singelnstein* KrimJ 2019, 192.

52 *Feltes/Rauls* Die Polizei 2020, 85.

C. WOHN DIE ENTWICKLUNG FÜHRT

All das hat es immer gegeben – Rassismus, Konjunktoren der Kriminalisierung, *folk devils*, soziale Nebenfolgen der Kriminalisierung. Aber: Der Kreislauf der Kriminalisierung war in der Bundesrepublik gebremst, nicht erhitzt, keine Spirale. Dies droht sich mit den autoritären und populistischen Tendenzen in der Politik grundlegend zu ändern: Die ausschließende, marginalisierende Dimension von Kriminalisierung gewinnt die Oberhand. Es geht weniger um innere Sicherheit und die Bearbeitung von Unrecht, mehr um soziale Positionszuweisung, Marginalisierung, Ausgrenzung. Diese Entgleisung hat sich in den vergangenen Monaten bereits auf der diskursiven Ebene gezeigt; sie wird sich perspektivisch aber auch auf die Praxis des strafenden Staates und damit stärker auf die instrumentelle Ebene auswirken – im Strafrecht wie auf anderen Feldern der Kriminalisierung.

I. WAS KANN DIE SPIRALE BREMSEN?

Wie weit wird eine solche Politik der Spaltung gehen, wie sehr der Kreislauf der Kriminalisierung sich erhitzen? Für eine Antwort auf diese Frage lohnt ein Blick darauf, warum es in Deutschland bisher anders gelaufen ist als in den USA und Großbritannien, die schon seit Jahrzehnten von einer deutlich repressiveren Kriminalpolitik geprägt sind.⁵³ Denn wie gezeigt: Kriminalität und Sicherheit haben in den vergangenen 50 Jahren zwar auch in Deutschland erheblich an Bedeutung gewonnen. Die Praxis der Kriminalisierung hat sich dem bislang aber nur maßvoll angepasst.⁵⁴ Und auch die Einstellungen der Bevölkerung in diesem Feld sind stabil geblieben. Die internationale kriminologische Forschung bietet für diesen Unterschied der Entwicklung zwischen den USA und Großbritannien einerseits und Kontinentaleuropa andererseits im Wesentlichen vier Erklärungsansätze an.⁵⁵

⁵³ Roberts/Stalans/Indermaur/Hough, Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries, 2002, online 2023.

⁵⁴ Eisenberg/Kölbel (Fn. 12), S. 727 ff.

⁵⁵ Drenkhahn/Jobard/Nickels/Singelnstein, in: Drenkhahn/Jobard/Singelnstein (Hrsg.), Impending Challenges to Penal Moderation in France and Germany. A Strained Restraint, 2023, S. 3.

Erstens: Wohlfahrtsstaat und soziale Ausgewogenheit statt immer größerer sozialer Ungleichheit wirken einer Überhitzung von Kriminalisierung entgegen.

Zweitens: Gleiches gilt für ein Mehrparteiensystem, das eine politische Polarisierung wie in den USA verhindert oder abmildert.

Drittens: Veto-Player neben den politischen Kräften, die disruptive Veränderungen bremsen können, wie zum Beispiel das Bundesverfassungsgericht.

Viertens: Expert:innen und eine professionelle Praxis in Justiz und Verwaltung, die Veränderungen auf der politischen Ebene abmildern.

Welches dieser Elemente nun in den vergangenen Jahrzehnten die entscheidende Rolle für die Mäßigung in Deutschland gespielt hat, darüber ließe sich lange diskutieren. Den Forschungsbefunden zufolge liegt es aber jedenfalls nahe, dass alle zusammen ihren Anteil daran hatten, dass es in vielen Ländern Europas bislang nicht zu einem punitive turn wie in den USA gekommen ist.⁵⁶ Ob diese Elemente ebenso in der Lage sein werden, die sich nun auch für Deutschland abzeichnende Erhitzung abzukühlen, ist eine gänzlich andere Frage. Denn diese Elemente werden nun selbst von den beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen erfasst. Die verbliebenen wohlfahrtsstaatlichen Institutionen sind unter Druck. Soziale Ungleichheit nimmt auch in Deutschland und anderen kontinentaleuropäischen Ländern kontinuierlich zu. Die abmildernde Wirkung des Mehrparteiensystems schwindet, wie gezeigt, wenn die anderen Parteien dem populistischen Sog erliegen, den die AfD vor allem bei den Themen Migration und Kriminalität herstellt. Wie weit sich die Spirale dreht, wird hier wesentlich davon abhängen, ob die CDU weiter in die zuletzt eingeschlagene Richtung geht: Will sie den demokratischen Rechtsstaat grundlegend umbauen und sucht sie dafür Mehrheiten mit der extremen Rechten? Oder besinnt sie sich auf ihre bisherige Rolle und erteilt der Entgleisung in autoritär-populistische Projekte eine Absage?

⁵⁶ Drenkhahn/Jobard/Nickels/Singelstein (Fn. 56).

Veto-Player wie das *BVerfG* sind die ersten, die von autoritären Politikkonzepten attackiert werden, weil sie deren Durchregieren im Weg stehen. Neben den USA sind auch Polen und Ungarn ein beredtes Beispiel hierfür. Was bleibt, sind die Apparate, die Beamt:innen in Verwaltungen, Justiz und anderen Institutionen. Der britische Kriminologe *David Garland* hat es 2022 wie folgt formuliert (ich zitiere eine deutsche Übersetzung):

»Eines der wirksamsten Gegenmittel gegen den Populismus im Strafrecht ist eine beeindruckende Demonstration von Kompetenz, Weisheit und Integrität seitens der Strafrechtler, sodass die politischen Entscheidungsträger und ihr öffentliches Publikum bereit sind, ihrem Urteil zu vertrauen und ihren Rat anzunehmen.«⁵⁷

Wen meint *Garland*, wenn er hier von »den Strafrechtlern« spricht? Eher die Praxis als die Wissenschaft. Und dort nicht nur die Strafverteidigung (die in ihrer alltäglichen Praxis konkreten Kriminalisierungen entgegentritt, auf rechtsstaatliche Standards pocht und wie keine andere Institution für eine Politik der Mäßigung steht). Er hat vielmehr auch und gerade die Justiz und die Verwaltungen vor Augen. Für die Ohren von Strafverteidiger:innen mag das angesichts ihrer Alltagserfahrungen mit diesen Akteur:innen etwas seltsam klingen. Aber auch für Deutschland lässt sich konstatieren, dass die Apparate autoritären und populistischen Politikkonzepten im Feld der Kriminalisierung bislang eher im Weg standen.⁵⁸

Zwar tragen sie Verschärfungen im Rahmen des Bestehenden nicht selten mit, initiieren sie zum Teil sogar selbst. Für eine entgleiste, disruptive Politik standen sie bislang aber überwiegend nicht zur Verfügung. Wie ist es nun heute um das bremsende Potential dieser Institutionen bestellt? Wie sieht es in deren Inneren aus? Das ist mangels entsprechender Forschung gar nicht einfach zu sagen. Die meisten Befunde liegen noch für die Polizei vor. Werfen wir also einen Blick auf diese.

⁵⁷ *Garland*, in: Liebling/Shapland/Sparks/Tankebe (Hrsg.), *Crime, Justice, and Social Order: Essays in Honour of A. E. Bottoms*, 2022.

⁵⁸ *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 12), S. 730 f.

II. ROLLE DER INSTITUTIONEN

Die Polizei ist als Organisation – ähnlich wie die Justiz und andere Verwaltungen – eher konservativ strukturiert.⁵⁹ Dies bietet einerseits Potential für Beharrungskräfte. Andererseits haben Teile der Polizei praktisch immer und überall eine gewisse Affinität zur extremen Rechten: Hierarchie, Recht und Ordnung als Themen, Uniform und Gewaltbefugnis ziehen nicht *nur*, aber eben *auch* einen bestimmten Schlag Menschen an. Die Organisation bildet eine bestimmte Kultur, einen Habitus heraus, die von einer spezifischen Männlichkeit und einem in vieler Hinsicht geteilten Blick auf die Welt und die eigene Rolle darin geprägt sind.⁶⁰ Die extreme Rechte und so auch die AfD versuchen sich dies zunutze zu machen. Sie versprechen sich zum einen bei Polizist:innen eine besondere Ansprechbarkeit für die eigenen Inhalte. Zum anderen brauchen sie die Unterstützung der Organisation für die eigenen Ziele. Nicht anders als die NSDAP in den 1930er Jahren strebt die Partei keinen Putsch an, sondern eine Machtübernahme auf legalem Weg. Im Anschluss soll dann ein autoritärer Umbau des Staates nach den eigenen Vorstellungen erfolgen, mit dem Ziel, die eigene Macht zu festigen und auszubauen.⁶¹ Systemwechsel von innen. Auch hier sind Ungarn, Polen und die Republikaner unter *Trump* die Vorbilder.

Damit ändern sich auch die politischen Konzepte im Hinblick auf die Polizei: Es geht nicht (mehr) um einen Kampf *gegen* die Polizei, wie ihn die rechtsextreme Szene lange propagiert hat. Vielmehr steht der Kampf *um* die Polizei auf dem Programm. Statt Angriff und Erosion will man die Polizei als Organisation Schritt für Schritt kapern, übernehmen und für eigene Ziele nutzen. Hierfür soll die Meinungsführerschaft – man könnte mit *Gramsci* auch sagen: kulturelle Hege-

59 Die folgenden Absätze zur Polizei sind leicht überarbeitete Abschnitte aus dem Beitrag *Singelstein, Werkzeug oder Widersacherin?*, in: Frankenberg/Heitmeyer (Hrsg.), *Autoritäre Treiber eines Systemwechsels. Zur Destabilisierung von Institutionen durch die AfD, 2025 (im Erscheinen)*.

60 Behr, *Cop Culture – Der Alltag des Gewaltmonopols. Männlichkeit, Handlungsmuster und Kultur in der Polizei*, 2008; Eisenberg/Kölbel (Fn. 12), S. 330 ff.

61 Beck/Jaschinski/Kordt/Müller-Elmau/Talg, *Rechtsstaatliche Resilienz in Thüringen stärken. Handlungsempfehlungen aus der Szenarioanalyse des Thüringen-Projekts*, Berlin 2024. https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2025/05/240417_Verfassungsblog-PolicyPaper.pdf, S. 8 f.; s. auch Lewandowsky, *Populismus. Eine Einführung*, 2022, S. 127 ff.

monie – in der Polizei und anderen Institutionen des öffentlichen Dienstes errungen werden, um sie dann im eigenen Sinne formen zu können.⁶² Schon in ihrem Grundsatzprogramm von 2016 macht die AfD daraus kein Hehl, wenn es dort heißt, dass sie den »Staat und seine Organe wieder in den Dienst der Bürger stellen«⁶³ will.

Was sind die Erfolgsaussichten für dieses Unterfangen? Schon ein Blick auf den Forschungsstand der 1990er Jahre zeigt: Rassistische, autoritäre und extrem rechte Einstellungen finden sich in der Polizei mindestens in gleichem Maße wie in der Gesellschaft insgesamt.⁶⁴ Und an diesen Befunden hat sich wenig geändert, wie einschlägige Forschungsprojekte aus den vergangenen Jahren dokumentieren. So zeigt etwa das Projekt MEGAVO – eine Befragung aller Polizeibeschäftigten in 14 Bundesländern und im Bund, die die Deutsche Hochschule der Polizei im Auftrag des Bundesinnenministeriums durchgeführt hat –, dass solche Einstellungen in der Polizei auch heute ähnlich verbreitet sind wie in der Gesellschaft: Bei Fragen zur Muslimfeindlichkeit äußerten sich 17 Prozent der befragten Polizeibeschäftigten zustimmend, 31 Prozent ambivalent bzw. latent zustimmend. Bei der Abwertung von Asylsuchenden waren es sogar 42 bzw. 37 Prozent.⁶⁵ Als besorgniserregend müssen auch die Antworten bei den Fragen zum Autoritarismus bezeichnet werden. Hierunter werden das unbedingte Festhalten an Traditionen, die Unterordnung unter Führungspersonen und autoritäre Aggression gefasst, also die uneingeschränkte Durchsetzung dominanter Positionen.⁶⁶ Hier äußerten sich zusammengefasst 13 Prozent der befragten Polizeibeschäftigten zustimmend und 59 Prozent ambivalent.⁶⁷ Mehr als zwei Drittel der Befragten konnten sich also nicht klar gegen Autoritarismus positionieren.

62 *Mannewitz* ZfP 2024, 145 (148 ff.).

63 AfD (Fn. 31), S. 6.

64 *Singelstein* FS Feltes 2021, S. 379.

65 *Schiemann/Andree/Fischer/Horn/Peters/Sevenig/Wittenberg*, Projekt MEGAVO. Projektbericht 2021–2024, 2024, S. 125.

66 *Schiemann/Andree/Fischer/Horn/Krzyszowski/Rubener/Sevenig/Wittenberg*, Projekt MEGAVO. Zwischenbericht 2023, 2023, S. 58 f.

67 *Schiemann/Andree/Fischer/Horn/Peters/Sevenig/Wittenberg* (Fn. 65), S. 122.

Nicht zuletzt sehen wir auch bei den demokratieskeptischen bzw. -feindlichen Einstellungen nicht unerhebliche Zustimmungswerte und ambivalente Werte.⁶⁸ Und das in einer Organisation, zu deren Aufgaben der Schutz des demokratischen Rechtsstaates gehört.

Nimmt man diese Befunde zu problematischen Einstellungen zusammen, gibt es wenig Grund zu der Annahme, dass die Zustimmung zur AfD in der Polizei weniger ausgeprägt ist als in der Gesellschaft insgesamt. Vor diesem Hintergrund ist es nicht fernliegend, dass es in den östlichen Bundesländern in der Polizei bereits heute Mehrheiten für die Partei gibt. Bislang wird dies noch nicht so sehr sichtbar, halten sich diese Akteur:innen noch zurück. Das dürfte sich jedoch mit der fortschreitenden Etablierung der AfD ändern. Das Problem sind – anders als öffentlich meist debattiert – also weniger einzelne Beamt:innen mit problematischen Einstellungen oder die in den vergangenen Jahren bekanntgewordenen Chatgruppen mit rechtsextremen, rassistischen und antisemitischen Inhalten. Vielmehr ist in der Polizei insgesamt etwas ins Rutschen gekommen, hat eine schlechende Veränderung stattgefunden.

Wenn diese Bottom-up-Entwicklung eines Tages mit einer Regierungsverantwortung der AfD zusammentrifft, droht ein schnelles Kippen der Organisation. Es ist fraglich, in welchem Maße sie dann noch dazu in der Lage ist, Demokratie und Rechtsstaat zu verteidigen.

Wie es um die Justiz an diesem Punkt bestellt ist, lässt sich mangels entsprechender Forschung kaum sagen. Einerseits ist ihr Personalkörper ebenso ein anderer wie ihre Praxis; sind Jurist:innen in anderer Weise dem Recht verpflichtet als die Polizei. Andererseits gehen die gesellschaftlichen Entwicklungen, geht die Etablierung der AfD auch an der Justiz nicht spurlos vorüber. Es wird sich daher erst erweisen müssen, inwiefern die Justiz tatsächlich ein Bremsklotz für autoritäre Projekte sein kann und wird. Die Situation in den USA zeigt jedenfalls: Je weiter die Etablierung autoritärer Konzepte und disruptiver Politik vorangeschritten ist, desto weniger Beharrungskräfte lassen sich mobilisieren.

68 Schiemann/Andree/Fischer/Horn/Peters/Sevenig/Wittenberg (Fn. 65), S. 101 ff.

III. WAS TUN?

Natürlich ist nicht in Stein gemeißelt, dass es so weitergeht. Vielmehr steht die deutsche Gesellschaft vor großen rechtlichen und politischen Auseinandersetzungen, deren Ausgang sich erst noch zeigen wird. Er hängt nicht nur davon ab, für welche Richtung sich die Unionsparteien entscheiden: Entgleisen, Disruption und Kooperation mit der AfD oder demokratischer Ausgleich mit den anderen Parteien? Es wird entscheidend auch darauf ankommen, wie andere Akteur:innen und die Gesellschaft insgesamt sich zu diesen Entwicklungen verhalten: In welchem Maße wohlfahrtsstaatliche Elemente erhalten und soziale Ungleichheit abgebaut werden. Inwiefern die Parteien im Mehrparteiensystem sich dem Sog populistischer Politik entziehen. Ob es gelingt, Veto-Player wie das *BVerfG* effektiv zu schützen. Mit welcher Verve sich Verwaltung, Expert:innen und eine professionelle Praxis tatsächlich gegen die Versuche eines autoritären Umbaus stellen.

Was bedeutet das für die Strafverteidigung? Zunächst einmal das Gleiche wie für alle anderen. Erstens kann sie sich nicht darauf ausruhen, dass Verfassung und Rechtsstaat vor einem autoritären Umbau schützen. Es handelt sich um Konzepte, die inhaltlich unterschiedlich gefüllt werden können und nur eine relative Festigkeit bieten. Das hat zuletzt mein Wiesbadener Kollege *Maximilian Pichl* in seinem Band »Law statt Order« noch einmal eindrücklich gezeigt. Zweitens: Als zentraler inhaltlicher Bezugspunkt für die anstehenden Auseinandersetzungen können Bürger- und Menschenrechte fungieren. Drittens: Die wesentlichen Auseinandersetzungen in all diesen Fragen finden bereits jetzt statt. Die beschriebenen Veränderungen vollziehen sich nicht bruchhaft, sondern permanent.

Sodann besteht die besondere Rolle der Strafverteidigung darin, dass sie genau da tätig ist, wo Marginalisierung hergestellt wird, wo ein zentraler Teil eines autoritär-populistischen Projekts, wo die Politik der Spaltung umgesetzt wird. Das bedeutet erstens: auf der instrumentellen Ebene konkreter Verfahren und ihrer Auswirkungen die anstehenden Rechtskämpfe zu führen. *Sie alle* sind Teil der Expert:innen, die an dieser Stelle populistische Politik bremsen und Beharrungskräfte in Justiz und Verwaltung stärken und unterstützen

können. Zweitens ist Strafverteidigung nicht nur Verteidigung von Beschuldigtenrechten in einem konkreten Verfahren. Sie kann aufgrund ihrer besonderen Stellung auch Marginalisierung und soziale Positionierung als zweites Gesicht von Strafrecht und Kriminalisierung sichtbar und thematisierbar machen wie kaum ein anderer Akteur. Das gilt gerade für das Strafrecht mit seinen formalen Beschuldigtenrechten und seinem – im Verhältnis zu anderen Gebieten – besonderen Maß an Transparenz. Drittens kann sie auf der symbolisch-diskursiven Ebene den autoritär-populistischen Narrativen eine positive Gegenerzählung entgegensetzen – statt deren Themen und Debatten zu bedienen. Statt *folk devils* und Bedrohungsszenarien: Entdramatisierung und sachliche Debatten über soziale Probleme. Statt Spaltung und Ausschließung: Solidarität und Zusammenhalt. Oder wie *Manuela Bojadžijev, Ivo Eichhorn, Serhat Karakayali* und *Bernd Kasparek* es formuliert haben:

»Eine andere Prämisse ist notwendig, um den Kräften des Nationalismus etwas entgegenzusetzen: [...] gleiche Rechte unabhängig von Herkunft, Geschlecht, sexueller Orientierung, religiöser Weltanschauung et cetera. Dieser universelle Anspruch muss immer wieder neu durchgesetzt werden.«⁶⁹

⁶⁹ <https://taz.de/Aus-Sicht-der-Migrationsforschung/!6065675>.

Die Entwicklung des Beweisantragsrechts

Das Beweisantragsrecht ist seit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung fester Bestandteil des deutschen Strafprozesses. In dieser Zeit hat es vielfältige Veränderungen erfahren. Das Recht der Verfahrensbeteiligten, Beweisanträge zu stellen, sah bereits der Entwurf der Reichsstrafprozessordnung als unumgänglich an.¹ Allerdings sollte mit diesem Recht nicht die Verpflichtung des Gerichts einhergehen, die beantragte Beweiserhebung gegen den eigenen Willen durchführen zu müssen. Das Gericht sollte, auch wenn Beweispersonen von Prozessbeteiligten unmittelbar vorgeladen worden waren, den Umfang der Beweisaufnahme selbst bestimmen können, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein. Gesetz ist dieser Entwurf nicht geworden. In den parlamentarischen Beratungen stieß auf Kritik, dass den Prozessbeteiligten keinerlei Einflussmöglichkeit auf den Gang der Beweisaufnahme gegeben werden sollte. Jedenfalls zu einer Vernehmung der von den Verfahrensbeteiligten herangeschafften Zeugen sollte das Gericht verpflichtet sein.² Entsprechend formulierte § 244 Absatz 1 RStPO, dass »die Beweisaufnahme auf sämtliche vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken ist«. Allerdings galt die Verpflichtung zur Erhebung präsenter Beweise nicht für alle Gerichte. Ausgenommen waren die Schöffengerichte und Landgerichte in der Berufungsinstanz, wenn bei Letzteren Gegenstand des Verfahrens ein Privatklagedelikt oder eine Übertretung war. Schöffengerichte und Berufungsgerichte bestimmten in derartigen Fällen frei und ungebunden über den Umfang der Beweisaufnahme.

1 *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben; 2. Aufl. 1885, hrsg. v. E. Stegemann, S. 4 ff.

2 *Geppert*; Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafrecht, 1979, S. 100 ff.

Des Weiteren sah das Gesetz gewordene Beweisantragsrecht schon damals vor, dass ein Beweisantrag nur durch Gerichtsbeschluss abgelehnt werden kann. Ablehnungsgründe enthielt das Gesetz demgegenüber nicht. Deshalb ging das Reichsgericht zunächst davon aus, dass Beweisanträge nach pflichtgemäßem Ermessen abgelehnt werden durften.³ Diese Rechtsprechung bedeutete, dass die Tatgerichte außerhalb des Bereichs der in der Hauptverhandlung präsentierten Beweismittel die alleinige Hoheit über Umfang und Gestaltung der Beweisaufnahme hatten. Eine Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Februar 1880, der sich im Folgenden alle übrigen Strafsenate des Reichsgerichts anschlossen, setzte dieser Rechtsprechung ein Ende. Der 2. Strafsenat erklärte es für unzulässig, die vom Angeklagten beantragte Vernehmung eines Entlastungszeugen mit der Begründung abzulehnen, die Sache sei bereits geklärt.⁴ Die Entscheidung des 2. Senats war die Geburtsstunde des Verbots der Beweisantizipation und hatte zwei weitreichende Folgen. Zum einen verlor das Recht der Prozessbeteiligten, Zeugen und Sachverständige zur Hauptverhandlung zu laden, und die damit korrespondierende Pflicht des Gerichts, die so herbeigeschafften Beweismittel zu verwenden, weitgehend an Bedeutung. Zum anderen erwies sich das Beweisantragsrecht nunmehr als lückenhaft; denn wenn die Ablehnung von Beweisanträgen mit der bloßen Begründung, eine weitere Beweisaufnahme sei nicht notwendig, unzulässig war, mussten Regeln darüber aufgestellt werden, mit welcher Begründung Beweisanträge überhaupt abgelehnt werden durften.⁵ Der Gesetzgeber blieb aber zunächst einmal untätig. Es war das Reichsgericht, das sich der Strukturierung des Beweisantragsrechts annahm. Es arbeitete die Ablehnungsgründe heraus, die bis zur letzten gesetzgeberischen Änderung des Beweisantragsrechts im Dezember 2019 den Katalog der Ablehnungsgründe ausmachten. Gesetz wurde diese Rechtsprechung im Jahr 1935. Mit der Beweisaufnahme und den dort gestellten Beweisanträgen befassten sich die §§ 244 und 245 StPO. § 244 StPO lautete:

3 RGSt 1, 61, 62.

4 RGSt 1, 189, 190.

5 Alsberg/*Güntge*, Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl., Einleitung Rn. 7.

- (1) Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme.
- (2) Das Gericht hat von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit notwendig ist.

§ 245 StPO hatte folgenden Inhalt:

- (1) In Verhandlungen vor dem Amtsrichter, dem Schöffengericht und dem Landgericht in der Berufungsinstanz darf das Gericht einem Beweisantrag ablehnen, wenn es nach seinem freien Ermessen die Erhebung des Beweises zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hält. Dies gilt auch in anderen Verhandlungen für den Beweis durch Augenschein oder durch Sachverständige.
- (2) Im Übrigen kann in der Verhandlung vor den Gerichten, bei denen nach dem Gesetz allgemein die Berufung ausgeschlossen ist, die Erhebung eines Beweises nur abgelehnt werden, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist, wenn wegen Offenkundigkeit eine Beweiserhebung überflüssig ist, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen ist, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder wenn es unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt ist oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.
- (3) Die Ablehnung eines Beweisantrages bedarf eines Gerichtsbeschlusses.

Was auf den ersten Blick wie ein fundamentaler Durchbruch im Beweisantragsrecht erscheint, relativiert sich bei einem zweiten Hinsehen.⁶ Denn die strengen Anforderungen zur Ablehnung von Beweisanträgen galten nur in Verfahren vor den Gerichten, gegen deren Entscheidungen eine Berufung nicht zulässig war, also in Verfahren vor den Landgerichten erster Instanz sowie den Oberlandesgerichten (und dem Volksgerichtshof). Vor den Amtsgerichten und den Berufungsgerichten verloren die Prozessbeteiligten demgegenüber vollständig die Möglichkeit, Einfluss auf die Beweisaufnahme zu nehmen, da diese Gerichte auch nicht mehr verpflichtet waren, in der Hauptverhandlung

6 Zur Historie bis 1950 Alsberg/*Güntge*, a.a.O., Einleitung Rn. 10-14.

präsentierte Beweise zu erheben. Die absolute Erosion des Beweisanztragsrechts führte dann § 24 der 1. Vereinfachungsverordnung vom 1.9.1939 herbei. Sie beseitigte den Anspruch der Prozessbeteiligten auf Partizipation an der Beweisaufnahme gänzlich. Die Gerichte waren nunmehr befugt, einen Beweisanztrag abzulehnen, »wenn sie nach ihrem freien Ermessen die Erhebung des Beweises zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hielten«. Damit verschwanden nicht nur die Ablehnungsgründe für Beweisanzträge aus der gerichtlichen Praxis. Auch das Verbot der Beweisantizipation wurde aufgehoben.

Seine Renaissance erlebte das Beweisanztragsrecht dann im Jahr 1950.⁷ § 244 StPO, wie wir ihn bis zu den einschneidenden Modifikationen des Beweisanztragsrechts in den Jahren 2017 und 2019 kannten, wurde aus der Taufe gehoben. Die Gründe zur Ablehnung eines Beweisanztrags wurden in Abs. 3–5 geregelt, und diese galten nunmehr nicht nur in Verfahren vor den Landgerichten erster Instanz und den Oberlandesgerichten. Auch Amts- und Berufungsgerichte konnten von nun an Beweisanzträge nur dann ablehnen, wenn einer der im Gesetz gelisteten Ablehnungsgründe vorlag. Damit erhielten auch die Prozessbeteiligten in Verfahren vor diesen Gerichten die gesetzlich verankerte Möglichkeit einer Partizipation an der Beweisaufnahme. Lediglich in den Privatklageverfahren verblieb es dabei, dass das Gericht nach Maßgabe seiner Vorstellung von einer notwendigen Sachverhaltsaufklärung autonom über Umfang und Inhalt der Beweisaufnahme entscheiden konnte.

Im Jahr 1993 kam dann ein neuer Ablehnungsgrund hinzu. Eingeführt wurde in § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO die Möglichkeit, die Vernehmung eines im Ausland aufhältigen Zeugen abzulehnen, wenn dessen Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist.⁸ Hinter der Einführung dieses Ablehnungsgrundes stand die Erwägung des Gesetzgebers, dass das Gericht zu einer beantragten Beweiserhebung, die es gemessen an seiner Aufklärungspflicht nicht für erforderlich hält, nur dann gezwungen sein soll, wenn es das hierfür erforderliche Beweismittel im Inland beschaffen kann.⁹

7 Hierzu Alsberg/*Güntge*, a.a.O., Einleitung Rn. 15-17.

8 Einführung durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz vom 11.1.1993, **BGBI. I S. 50**.

9 Alsberg/*Güntge*, a.a.O., Einleitung Rn. 17.

Mit Blick auf die elektronische Strafbakte wurde § 244 Abs. 5 StPO mit Wirkung zum 1.1.2018 um einen weiteren Ablehnungsgrund ergänzt.¹⁰ Danach kann ein Beweisantrag auf Verlesung eines Ausgangsdokuments abgelehnt werden, wenn nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts kein Anlass besteht, an der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem übertragenen Dokument zu zweifeln. Der Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 5 Satz 3 StPO berücksichtigt, dass in die elektronisch geführte Akte nicht-elektronisch hergestellte Dokumente überführt werden müssen. Wird nun ein Übertragungsfehler in dem elektronischen Datenformat geltend gemacht und beantragt, das Originaldokument einzusehen, kann das Gericht dies verweigern, wenn aus seiner Sicht kein Grund zur Annahme eines Übertragungsfehlers vorliegt. Zurück geht der Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 5 Satz 3 StPO auf das »Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs«. Dieses Gesetz war aber nicht das einzige Tätigwerden des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Beweisantragsrechts im Jahr 2017. Am 24.8.2017 trat das »Gesetz zur effektiveren und praxistaugliche Ausgestaltung des Strafverfahrens« in Kraft,¹¹ welches das durch den BGH ins Leben gerufene Institut der Fristenlösung – wenn auch inhaltlich modifiziert – in die Strafprozessordnung implementierte.

Blicken wir zurück: »Erfunden« wurde die Fristenlösung durch das Landgericht Hamburg im Jahr 2002. Mit Beschluss vom 28.11.2002 gab das Gericht kund, Beweisanträge nicht mehr entgegenzunehmen, wenn diese nach dem 9.1.2003, 12:00 Uhr, gestellt würden. Zur Begründung führte es an, dass seit Mitte 2001 über 320 Beweisanträge gestellt worden seien, die ganz überwiegend wegen Bedeutungslosigkeit zurückgewiesen wurden. Dies belege – so das Gericht –, dass die Antragstellung alleine der Sabotage des Verfahrens gedient habe. Die nach der gesetzten Frist angebrachten Beweisanträge wies die Strafkammer erst im Urteil unter Berufung auf den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht zurück. Der 5. Strafsenat des BGH billigte

10 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017, [BGBl. I S. 2208](#).

11 [BGBl. I S. 3202](#).

in seinem Beschluss vom 14.6.2005 diese Vorgehensweise.¹² Mithin war das Fristenlösungsmodell in seiner Urform geboren. Geboren war es aber nicht als generalisiertes Instrumentarium zur Bescheidung von Beweisanträgen. Gedacht war es allein als »prozessuale Waffe« der Gerichte gegen die rechtsmissbräuchliche Verzögerung des Verfahrens durch nicht sachdienliche, überbordende Antragstellung.

Über diese Konzeption ist der Gesetzgeber im Jahr 2017 nun weit hinausgegangen. Dem Vorsitzenden wurde nunmehr *de lege lata* das Recht eingeräumt, nach Erledigung seines Beweisprogramms den Verfahrensbeteiligten eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen einzuräumen, womit die Möglichkeit verbunden wurde, Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, erst im Urteil auf Grundlage der in § 244 Abs. 3–5 StPO genannten Ablehnungsgründe zu bescheiden, wenn nicht glaubhaft gemacht werden kann, dass eine fristgerechte Antragstellung unmöglich war. Auf den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht war das Fristenlösungsmodell ab diesem Zeitpunkt nicht mehr beschränkt.¹³

Was dies bedeutet, werde ich im Folgenden näher erläutern. Doch bleiben wir zunächst bei der Chronologie der Modifikation des Beweisantragsrechts.

Auch nach 2017 konnte der Gesetzgeber, was das Beweisantragsrecht betrifft, seine Gestaltungswut nicht zügeln. Zum 10.12.2019 trat das »Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens« in Kraft.¹⁴ § 244 Abs. 3 StPO ist durch dieses Gesetz neu gefasst worden. In Satz 1 der Regelung ist eine Definition des Beweisantrags aufgenommen worden. Danach liegt ein Beweisantrag nur vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete konkrete Tatsache, die die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch ein bestimmt bezeichnetes Beweismittel zu erheben, und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll. Diese Definition ist aber keine kreative Schöpfung des Gesetzgebers. Sie hat wortgetreu die Umschreibung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Begriff des Beweisan-

12 BGH NJW 2005, 2466 ff. = NStZ 2005, 648 mit Anm. Büniger.

13 Alsberg/*Güntge*, a.a.O., Kap. 5 Rn. 620.

14 BGBl. I S. 2121.

trags übernommen, die sich in den letzten Jahren vor Inkrafttreten des »Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens« herausgebildet hatte. Neben den klassischen Merkmalen der Beweistatsache, die für das Urteil von Bedeutung ist, und des bestimmten Beweismittels gehört zu ihr auch das in richterlicher Rechtsfortbildung geschaffene Kriterium der Konnexität, also die Umschreibung des Zusammenhangs von Beweismittel und Beweistatsache. Dem Beweisantrag muss zu entnehmen sein, warum das benannte Beweismittel über die angeführte Beweistatsache Auskunft geben können soll.

Dabei war der Begriff der Konnexität zum Zeitpunkt der Einführung der Definition des Beweisantrags in das Gesetz durch die Senate des BGH umstritten. Für den 3. Strafsenat, der dieses Kriterium »erfunden« hat, bedeutete Konnexität lediglich, dass aus einem Beweisantrag »irgendwie deutlich werden muss«, warum das Beweismittel für die Beweisfrage ergiebig sein kann.¹⁵ Dieser »lockere« Zusammenhang reichte dem 1., 4. und 5. Strafsenat nicht aus. Diese Spruchkörper beharrten auf schärferen Voraussetzungen für die Verknüpfung von Beweismittel und Beweistatsache.¹⁶ Jedenfalls bezogen auf den Zeugenbeweis sollte es nicht ausreichen, der Auskunftsperson eine allgemeine Kompetenz zur Beantwortung der Beweisfrage zuzuschreiben. Gefordert wurde vielmehr die genaue Schilderung von Wahrnehmungssituation und Wahrnehmungsfähigkeit des Zeugen. Für die Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache genügte es nach dieser Rechtsprechung also nicht, den Zeugen als am Tatort anwesend zu schildern. Darzulegen war vielmehr auch, warum der Zeuge von seinem Standort aus die ihm zugeschriebene Beobachtung machen konnte. Gipfeln konnte diese Anforderung an eine Konnexität in der Forderung an den Antragsteller, in seinem Antrag das bisherige Ergebnis der Beweisaufnahme zu würdigen. Er musste erklären, warum der Zeuge etwas wahrgenommen hat, was sich nicht mit dem bisherigen Beweisergebnis deckte.¹⁷

Für die unterschiedlichen Spielarten des Zusammenhangs von Beweismittel und Beweistatsache hatten sich in der Literatur die Begriffe

¹⁵ BGHSt 43, 321, 329.

¹⁶ BGHSt 52, 284, 288 ff.; BGH NStZ 2001, 604, 605; NStZ 2011, 169, 170.

¹⁷ BGH JZ 2011, 958, 959, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 56, 174.

Konnexität im »engeren Sinne«, Konnexität im »weiteren Sinne« und »qualifizierte« Konnexität eingebürgert.¹⁸ Der Argumentation im Schrifttum, wonach allenfalls die Konnexität im weiteren Sinne ihren Niederschlag im Gesetz gefunden habe, da weder die Gesetzeshistorie noch der Wortlaut der Regelung vom Antragsteller forderten, sich zu dem bisherigen Beweisergebnis in der Hauptverhandlung zu verhalten,¹⁹ trat der 4. Strafsenat des BGH noch in einem Beschluss vom 10.3.2020 entgegen.²⁰ Dort billigte der Senat das Vorgehen des Landgerichts, einen Antrag auf Beweiserhebung nicht als Beweis Antrag, sondern lediglich als Beweisanregung zu behandeln, weil der Antragsteller es unterlassen hatte, die »einzubeziehende Beweislage« in seinem Antrag zu erläutern. Inzwischen ist aber ein Umschwenken in der Rechtsprechung zu beobachten. Auch hierauf werde ich nach Abschluss der Darstellung der vom Gesetzgeber vorgenommenen Modifikationen des Beweisantragsrechts zurückkommen.

Das »Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens« bescherte uns aber nicht nur eine Definition des Beweisantrags. Der Gesetzgeber griff auch in den Katalog der Ablehnungsgründe ein. Der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht wurde gestrichen. Zugleich wurde in Abs. 6 des § 244 StPO – der Vorschrift über die prozessuale Behandlung von Beweis Anträgen – ein neuer Satz 2 eingefügt. Nach § 244 Abs. 6 Satz 2 StPO muss ein in Prozessverschleppungsabsicht gestellter Antrag auf Beweiserhebung, der nichts Sachdienliches zugunsten des Antragstellers erbringen kann, nicht (mehr) durch Beschluss des Gerichts nach § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO abgelehnt werden. Die Ablehnung kann vielmehr auch durch Verfügung des Vorsitzenden erfolgen.

Warum diese tiefeschürfenden Eingriffe in das Beweisantragsrecht, das in seinem Kern nahezu 70 Jahre unangetastet geblieben war?

Die Gesetzesmaterialien geben auf diese Frage eine klare Antwort. Die Änderungen dienen nach dem Willen und der Vorstellung des Gesetzgebers einer Straffung der Hauptverhandlung, indem der

¹⁸ *Güntge* StraFo 2021, 92, 97.

¹⁹ *Schäuble* NStZ 2020, 377, 379.

²⁰ BGH NStZ-RR 2020, 180.

Stellung rechtsmissbräuchlicher Beweisanträge entgegengewirkt werden soll.²¹ Hinter dieser Intention verbirgt sich ein Verständnis vom Beweisantragsrecht, das dieses nicht (mehr) als Möglichkeit einer diskursiven Teilnahme der Verfahrensbeteiligten – und hier insbesondere des Angeklagten und der Verteidigung – an der strafgerichtlichen Hauptverhandlung begreift. Vielmehr wird das Beweisantragsrecht als unliebsames Instrument der Verteidigung begriffen, die zügige Abarbeitung eines Straffalles durch das Gericht zu verhindern. Das Wesen des Beweisantragsrechts als Tool, die in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbrieft strafprozessuale Waffengleichheit herzustellen, wird bei dieser Sicht der Dinge negiert.

Wie wirken sich die vorgenommenen Änderungen im Beweisantragsrecht aber nun aus? Wie handhabt man das modifizierte Beweisrecht in der Tatsachen- und Revisionsinstanz? Wenden wir uns erst einmal der jüngsten Gesetzesreform aus dem Jahr 2019 zu, und werfen wir zunächst einen Blick auf die in Prozessverschleppungsabsicht gestellten Anträge.

Wie bereits erwähnt, bedarf es zur Ablehnung eines in Prozessverschleppungsabsicht gestellten Antrages auf Beweiserhebung keines gerichtlichen Beschlusses in der Hauptverhandlung mehr. Der Antrag kann durch Verfügung des Vorsitzenden zurückgewiesen werden. Um das klarzustellen: Das Gesetz verbietet die Ablehnung durch Gerichtsbeschluss nicht. Es gestattet lediglich eine alternative Entscheidungsform, die allerdings weitreichende Folgen hat. Denn der in Prozessverschleppungsabsicht gestellte Antrag auf Beweiserhebung ist nunmehr kein Beweisantrag mehr.²² Zwar könnte man angesichts des Umstands, dass eine Ablehnung des Antrags durch Beschluss nach § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO weiterhin möglich ist, durchaus – und einige tun dies –²³ auf die Idee kommen, dass es sich bei dem in Verschleppungsabsicht gestellten Antrag nach wie vor um einen originären Beweisantrag handelt, da § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO schließlich die Vorschrift ist, nach der Beweisanträge abgelehnt werden. Dieser Annahme steht jedoch der Umstand entgegen, dass die Prozessverschleppungsabsicht als Ablehnungsgrund

21 BTDrs. 19/14747 S. 1.

22 Schmitt/Köhler/Schmitt, StPO, 68. Aufl., § 244 Rn. 92; Alsberg/Güntge, a.a.O., Kap 5 Rn. 613 ff.

23 Bärner NSz 2020, 460 f.

für Beweisanträge aus dem Gesetz gestrichen wurde. Die Aufzählung der Ablehnungsgründe für Beweisanträge ist abschließend. Neben den im Gesetz genannten stehen andere Ablehnungsgründe dem Gericht nicht zur Verfügung. Mit der Herausnahme der Prozessverschleppungsabsicht aus diesem Kanon ist der auf Verfahrensverzögerung abzielende Antrag deshalb auf die Ebene einer Beweisanregung zurückgestuft worden, über die Gericht bzw. Vorsitzender nach Maßgabe ihrer Sachaufklärungspflicht entscheiden.

Aber trägt dies nun zur Straffung und Beschleunigung der Hauptverhandlung bei? Ich ziehe dies in Zweifel. Denn macht der Vorsitzende von der Möglichkeit Gebrauch, die Entscheidungsbefugnis über den Antrag an sich zu ziehen, ist dies eine Verfügung, die der Antragsteller mit dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO angreifen kann.²⁴ Über den Rechtsbehelf muss dann das Gericht durch begründeten Beschluss entscheiden. Worin bei diesem *Procedere* eine Beschleunigung der Hauptverhandlung liegen soll, erschließt sich zumindest dann nicht, wenn man für die Begründung des Beschlusses mehr als die nichtssagende Floskel verlangt, dass der gestellte Antrag lediglich der Verfahrensverzögerung dient und die gewünschte Beweiserhebung nicht zu einer Aufklärung des Sachverhalts beitragen würde.

Was dem Gesetzgeber bei seiner Neukonzeption des Beweisantragsrechts zudem aus dem Blick geraten ist, ist der Umstand, dass eine Entscheidung durch den Vorsitzenden für das Gericht auch revisionsrechtlich nicht ungefährlich ist. Wird nämlich ein Antrag aufgrund fehlerhafter Prognose zu Unrecht als Mittel der Prozessverschleppung angesehen, liegt in seiner Zurückweisung durch den Vorsitzenden stets eine Verletzung des Beweisantragsrechts, denn über einen Beweisantrag ist zwingend durch Gerichtsbeschluss zu befinden; und nach wie vor ist die Feststellung einer Verschleppungsabsicht mit Schwierigkeiten behaftet. Zwar muss – wie die Gesetzesmaterialien belegen –²⁵ in Abkehr von der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung *de lege lata* nun nicht mehr eine wesentliche Verzögerung des Verfahrens durch die beantragte Beweiserhebung zu erwarten

24 *Börner* NSTZ 2020, 460, 462; *Güntge* StraFo 2021, 92, 98.

25 BT Drs. 19/14747 S. 35.

sein. Nach wie vor muss der Antragsteller aber subjektiv eine Verzögerung des Verfahrensabschlusses bezwecken. Bloßes Erkennen des Umstands, dass der Antrag das Verfahren (auch) verzögern könnte, reicht nicht. In der Feststellung dieser subjektiven Komponente der Verzögerungsabsicht liegt für das Gericht aber letztlich das Problem. Hier sind die Anforderungen an die Annahme der mit dem Antrag verbundenen Intention nach wie vor hoch.²⁶

Kommen wir zu der weiteren Änderung, die das »Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens« mit sich gebracht hat. Es ist dies, wie ich bereits angesprochen habe, die Aufnahme der Legaldefinition des Beweisantrags in § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO. Auch habe ich bereits erwähnt, dass diese Definition nichts wesentlich Neues beinhaltet. Sie gibt größtenteils lediglich den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung wieder, und insbesondere die für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage bedeutsame Beweistatsache und das Erfordernis, ein konkretes Beweismittel zu benennen, waren seit jeher Elemente eines Beweisantrags. Einer näheren Betrachtung bedürfen deshalb lediglich das Merkmal der Konnexität und das Kriterium des ernsthaften Verlangens des Antragstellers, Beweis erheben zu lassen.

Den Auslegungstreit hinsichtlich des Inhalts des Konnexitätsmerkmals habe ich bei der Darstellung der Gesetzesänderung aus dem Jahr 2019 geschildert. Diese Kontroverse dürfte nunmehr ihr Ende gefunden haben. Der 5. Strafsenat des BGH hat seine Rechtsprechung zur qualifizierten Konnexität, wonach es für den Antragsteller gegebenenfalls erforderlich wurde, die Ergiebigkeit des von ihm bezeichneten Beweismittels anhand des bislang erzielten, vorläufigen Beweisergebnisses zu erläutern, in seinem Beschluss vom 1.9.2021 aufgegeben.²⁷ Der 1. Strafsenat ist dieser Rechtsprechung in seinem Beschluss vom 1.10.2024 gefolgt.²⁸ Im Bereich des Zeugenbeweises ist es für die Darlegung der Konnexität nunmehr deshalb ausreichend, dass aus dem Beweisantrag deutlich wird, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema bekunden können soll. Was dafür

²⁶ *Güntge* StraFo 2021, 92, 99.

²⁷ BGHS 66, 250.

²⁸ BGH NSTZ 2025, 219.

vorausgesetzt wird, hat der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 13.3.2024 formuliert.²⁹ Die Wahrnehmungssituation ist in zeitlicher (wann?), örtlicher (wo?) und situativer (wie?) Hinsicht darzustellen.

Wenden wir uns jetzt dem »ernsthafte(n) Verlangen« nach einer produktiven Sachverhaltsaufklärung zu, welches der Antragsteller aufweisen muss, wenn sich sein Antrag auf Beweiserhebung als Beweis-antrag darstellen soll. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll über das »ernsthafte Verlangen« den »ins Blaue hinein« gestellten Anträgen auf Beweiserhebung, also den Anträgen, bei denen die Beweisstatsache aufs Geratewohl oder auf »haltlosen Gerüchten beruhend« behauptet wird, entgegengewirkt werden.³⁰

Was aber sind ins Blaue hinein gestellte Beweis-anträge genau? Anhand eines Beschlusses des 5. Strafsenats des BGH vom 16.3.2021 wird dies deutlich.³¹

Der Angeklagte hatte am 19. von 22 Hauptverhandlungstagen die Vernehmung eines Alibizeugen beantragt, der ein Zusammen-treffen mit dem Angeklagten schildern sollte, was der Widerlegung des Vorwurfs, zwei Überfälle begangen zu haben, gedient hätte. Das Landgericht sah die aufgestellte Beweisstatsache als »aufs Geratewohl« behauptet an und behandelte den gestellten Antrag als Beweiser-mittlungsantrag. Der 3. Strafsenat ließ dies unbeanstandet. Das Tatgericht durfte berücksichtigen, dass der Angeklagte zu Beginn der Haupt-verhandlung bereits ein Teilgeständnis abgelegt hatte, auch wenn dies später widerrufen worden war. Auch die späte Stellung des Be-weisantrags im Hauptverfahren durfte als Indiz für eine mangelnde Ernsthaftigkeit der aufgestellten Beweisbehauptung dienen. Hinzu kam, dass bereits andere aufgestellte Alibi-behauptungen, die mit Be-weisangeboten verbunden gewesen waren, sich als nicht beweisbar herausgestellt hatten.

Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber in § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO aufgegriffen und auf Beweiserhebung abzielende Anträge, denen

29 BGH, Beschl. vom 13.3.2024 – 5 StR 393/23.

30 Referentenentwurf, S. 34, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

31 BGH StraFo 2021, 239.

es augenscheinlich an »Ernsthaftigkeit« mangelt, zu Beweisermittlungsanträgen herabgestuft. Die »ins Blaue hinein« gestellten Anträge auf Beweiserhebung teilen damit das Schicksal der in Prozessverschleppungsabsicht gestellten Anträge, die ebenfalls keine Beweisanträge mehr sind.

Als »großen Wurf« kann man diese Veränderung des Beweisantragsrechts nicht bezeichnen, denn sie ist in sich nicht stimmig. Die gesetzliche Neuregelung führt zu einer getrennten Behandlung »ins Blaue hinein« und in Verschleppungsabsicht gestellter Anträge auf Beweiserhebung, für die eine Erklärung schwerfällt und derer es auch nicht bedurft hätte.

Wenn es so ist, dass »ins Blaue hinein« gestellte Beweisanträge über das Merkmal der Ernsthaftigkeit zu Beweisermittlungsanträgen heruntergestuft werden und wenn »ins Blaue hinein« gestellte Beweisanträge solche sind, bei denen die Erreichung des Beweisziels unwahrscheinlich ist, fragt es sich, warum es dann noch einer Sonderregelung für in Prozessverschleppungsabsicht gestellte Anträge bedarf. Denn auch diese haben, wie die »ins Blaue hinein« gestellten Anträge, zur Voraussetzung, dass die beantragte Beweiserhebung aus Sicht des Gerichts nichts Sachdienliches erbringen wird. Damit sie allerdings zu Beweisermittlungsanträgen degradiert werden können, soll es weiterer Kriterien in Gestalt einer objektiven Verzögerung und einer subjektiven Missbrauchsabsicht bedürfen, deren Vorliegen vom Gericht festzustellen ist.³²

Im Schrifttum gibt es Versuche, diesen Widerspruch aufzulösen, und die knüpfen an dem Wort »ernsthaft« in § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO an. »Ernsthaft« – so eine Ansicht – könne auch der in Prozessverschleppungsabsicht gestellte Antrag sein. Denn er sei ja ernsthaft dazu bestimmt, das Verfahren ungebührlich zu verzögern. Der der Prozessverschleppung dienende Antrag sei deshalb ein Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO, werde aufgrund der Regelung in Abs. 6 S. 2 des § 244 StPO aber nicht wie ein solcher behandelt.³³ Dass diese Lesart wegen der Streichung des Ablehnungsgrundes der Prozessverschleppungsabsicht nicht überzeugend ist, habe ich bereits ausgeführt.

³² *Güntge* StraFo 2021, 92, 98.

³³ *Börner* NStZ 2020, 460.

Kommen wir nun zu dem Fristenlösungsmodell.

Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen bestimmen. Für die Fristsetzung scheint das Gesetz bei einer ersten Betrachtung also nichts weiter zu fordern, als dass das Gericht sein Beweisprogramm, welches es zur Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich hält, absolviert hat. Das Schrifttum hat sich allerdings mit einer solchen streng am Wortlaut orientierten Auslegung des Gesetzes ganz überwiegend nicht anfreunden können. Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien ist dort überwiegend vertreten worden, dass eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen nur gesetzt werden dürfe, wenn zu befürchten steht, dass zukünftige Beweisanträge lediglich dazu dienen sollen, den Abschluss des Verfahrens zu verzögern.³⁴ In der Tat heißt es zur Möglichkeit der Fristsetzung in den Materialien: »Es muss sich der Verdacht aufdrängen, dass Beweisanträge zu einem späten Verfahrenszeitpunkt gestellt werden und diese Anträge aufgrund der erforderlichen Bescheidung durch begründeten Beschluss das Verfahren lediglich verzögern, ohne es weiter zu befördern«.³⁵

Aus ihrer ursprünglichen Kopplung an die Prozessverschleppung folgte das Schrifttum nun, dass die Fristsetzung den Verfahrensbeteiligten angekündigt und ihnen gegenüber begründet werden müsse.³⁶ Einige Autoren sind sogar noch einen Schritt weitergegangen und sahen die Möglichkeit, eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen, nur in Umfangsverfahren von einiger Dauer als gegeben an, da lediglich in diesen einigermaßen sicher auf eine Verschleppungsabsicht des Antragstellers geschlossen werden könne.³⁷

Nachdem die höchstrichterliche Rechtsprechung sich zu der Problematik, ob eine Fristsetzung anlasslos oder nur anlassbezogen erfolgen kann, zunächst nicht explizit geäußert hatte, haben sich der

34 Krehl, Fischer-FS, S. 705, 708; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 95b; Singelstein/Derrin, NJW 2017, 2646, 2651; SSW-StPO/Sättle, 4. Aufl., § 244 Rn. 129; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, 3. Aufl., Rn. 307.

35 BT Drs. 18/11277 S. 35.

36 Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 95b; Mosbacher, NStZ 2018, 9, 11.

37 Basar/Schiemann, KriPoz 2016, 177, 191; KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 87b.

3. und der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in ihren Beschlüssen vom 19.12.2023³⁸ und 10.1.2024³⁹ nunmehr eindeutig positioniert. Die Frist zur Stellung von Beweisanträgen kann der Vorsitzende setzen, wenn das Gericht sein Beweisprogramm abgespult hat. Wie die anderen Verfahrensbeteiligten den Stand der Beweisaufnahme bewerten, soll unerheblich sein. Insofern – und dies hat der 6. Strafsenat deutlich gemacht – stehe einer Fristsetzung nicht entgegen, dass eine Entscheidung über vor Fristsetzung gestellte Beweisanträge noch ausstehe. Auch bedürfe die Fristsetzung keiner besonderen Begründung. Genauso wenig sei die Fristsetzung davon abhängig, dass die beantragte Beweiserhebung zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde.

Die Auffassung des 3. und 6. Strafsenats, dass das gesetzlich verankerte Fristenlösungsmodell nicht von einer vom Antragsteller beabsichtigten Prozessverschleppung abhängig ist und der auch der 5. Strafsenat in einem Beschluss vom 13.3.2024 beigetreten ist,⁴⁰ ist folgerichtig und konsequent. Ein der Prozessverschleppung dienender Antrag ist kein Beweisantrag mehr. Zu seiner Ablehnung bedarf es – wie bereits erwähnt – also nicht der in § 244 Abs. 3–5 StPO genannten Zurückweisungsgründe. Vor diesem Hintergrund mutet es widersinnig an, die Prozessverschleppung zur Voraussetzung einer Fristsetzung zu machen, denn den »Nicht-Beweisantrag« kann das Tatgericht im Urteil gar nicht zurückweisen. Der in Prozessverschleppungsabsicht gestellte Antrag ist nach Gesetzeslage in der Hauptverhandlung – entweder durch Verfügung des Vorsitzenden oder durch Gerichtsbeschluss – zurückzuweisen.

Das Gesetz ist also beim Wort zu nehmen und dem Vorsitzenden die Befugnis zuzubilligen, die Frist zur Anbringung von Beweisanträgen anlasslos, also ohne Anbindung an eine Prozessverschleppungsabsicht, zu setzen. Eine andere Frage ist die, ob nicht die Versäumung der gesetzten Frist zur Anbringung von Beweisanträgen nach wie vor ein Indiz für Prozessverschleppungsabsicht sein kann. Durchaus kann sich eine entsprechende Intention aus diesem Prozessverhalten

38 BGH NJW 2024, 1122 = BGHS 68, 128.

39 BGHS 68, 163.

40 BGH, Beschl. vom 13.4.2024 – 5 StR 393/23 = NStZ-RR 2024, 257 (Ls.).

herleiten lassen. Nur führt dies nicht zu einer Koexistenz des neuen mit dem alten Fristenlösungsmodell. Zieht der Vorsitzende aus der Versäumung der Frist den Schluss auf eine Prozessverschleppungsabsicht, kann er die Entscheidung über den gestellten Antrag aus den genannten Gründen nicht in das Urteil hinein verlagern.

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit dem Fristenlösungsmodell war ebenfalls lange nicht geklärt: Unklar war, was eine »angemessene« Frist im Sinne des § 244 Abs. 6 S. 3 StPO ist. Hierzu differierten die Auffassungen im Schrifttum. Während teilweise eine einwöchige Frist für ausreichend angesehen wurde,⁴¹ plädierten andere Autoren für eine Frist von drei Wochen.⁴² Wieder andere hielten pauschale Zeitangaben für nicht zielführend.⁴³ Die Angemessenheit der Frist sei anhand des konkreten Einzelfalls zu bestimmen. Das Gesetz schweigt dazu. Der 3. Strafsenat hat in seinem Beschluss vom 19.12.2023 nunmehr klar Stellung bezogen. Die Länge der Frist richte sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls und dabei insbesondere nach der Komplexität des Verfahrens.⁴⁴

Welcher Auffassung man auch immer zuneigt (wobei sich allgemeinverbindliche Zeitangaben wohl in der Tat verbieten): Erachtet man die gesetzte Frist für zu kurz bemessen, stellt sich die Anschlussfrage der sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen. Ist dann die Behandlung der Beweisanträge im Urteil unwirksam, mit der Konsequenz, dass eine darauf bezogene Revision grundsätzlich Erfolg hätte, oder wird stattdessen durch die Entscheidung des Vorsitzenden eine angemessene Frist in Gang gesetzt, über deren Dauer letztlich das Revisionsgericht befindet? Träfe Letzteres zu, hätte ein Rechtsmittel gegen eine vom Vorsitzenden zu knapp bemessene Frist nicht zwangsläufig Erfolg. Das Revisionsgericht würde nämlich prüfen, ob der Antragsteller die von ihm – dem Rechtsmittelgericht – als angemessen angesehene Frist gewahrt hat. Dieser Punkt ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht explizit erörtert worden.

41 *Mosbacher*, NStZ 2018, 9, 11; SSW-StPO/*Sättele*, 4. Aufl., § 244 Rn. 129b: Mindestens eine Woche bei umfangreicheren Verfahren.

42 Etwa Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn 95c.

43 KK-StPO/*Krehl*, 8. Aufl., § 244 Rn. 87c.

44 BGH NJW 2024, 1122, 1125.

Der 3. Strafsenat des BGH hat in dem Beschluss vom 19.12.2023, was die Angemessenheit der gesetzten Frist angeht, lediglich ausgeführt, dass die Länge der Frist durch das Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar sei,⁴⁵ mithin wohl nur eine evident zu kurz bemessene Frist revisionsrechtliche Folgen nach sich zieht.

Als weiterer Fallstrick für das Rechtsmittel kann sich zudem erweisen, dass das Revisionsgericht bei zu kurz bemessener Frist ausschließt, dass das Urteil auf diesem Mangel beruht. Jedenfalls entschied so der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einem Beschluss vom 14.1.2020.⁴⁶ Die auf § 338 Nr. 8 StPO gestützte Verfahrensrüge der Verteidigung versagte, weil der Strafsenat der Auffassung war, dass angesichts der im Urteil dokumentierten »erdrückenden Beweislage« auszuschließen sei, dass das Tatgericht in der Sache anders entschieden hätte, wenn die gestellten Beweisanträge nicht im Urteil, sondern in der Hauptverhandlung durch Beschluss zurückgewiesen worden wären und der Antragsteller die Möglichkeit gehabt hätte, seine Verteidigung hierauf auszurichten.

Wie auch immer: Soll eine gesetzte Frist zur Stellung von Beweisanträgen zum Gegenstand des Rechtsmittelangriffs werden, muss der Antragsteller zuvor den Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO ergriffen haben.⁴⁷ Die Fristsetzung ist eine Prozesshandlung des Vorsitzenden gemäß § 238 Abs. 1 StPO und kann durch das Gericht überprüft werden.

Entscheidet das Gericht über nicht fristgerecht angebrachte Beweisanträge im Urteil, stehen ihm hierfür sämtliche Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3–5 StPO zur Verfügung. Insoweit gilt nichts anderes als für die Entscheidung durch Beschluss in der Hauptverhandlung. Für den Antragsteller macht es hingegen einen großen Unterschied, ob sein Beweisantrag in der Hauptverhandlung oder im Urteil behandelt wird. Bei einer Bescheidung im Urteil geht er naturgemäß seiner Möglichkeit verlustig, sein weiteres Prozessverhalten an der Ablehnung des Antrags auszurichten, und zudem sinken seine Chancen,

45 BGH NJW 2024, 1122, 1125.

46 BGH, Beschl. vom 14.1.2020 – 1 StR 446/19, juris

47 KK-StPO/Krehl, 8. Aufl., § 244 Rn. 87h; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 108; Mosbacher, NSStZ 2018, 9, 14.

eine Verletzung des Beweisantragsrechts mit der Revision zu rügen. Entscheidet das Tatgericht über den Beweisantrag in der Hauptverhandlung und wählt einen unzutreffenden Ablehnungsgrund, liegt ein Beruhen des Urteils auf dem Fehler in der Regel vor, da nicht auszuschließen ist, dass sich der Antragsteller bei Wahl des zutreffenden Ablehnungsgrundes auf andere Weise verteidigt hätte als geschehen.⁴⁸ Gänzlich anders verhält es sich bei einer Antragsablehnung im Urteil. Da eine Reaktion des Antragstellers auf die Antragsablehnung nicht mehr möglich ist, hat eine Revision, die eine fehlerhafte Anwendung des Beweisantragsrechts rügt, nur dann Erfolg, wenn der Beweis hätte erhoben werden müssen. Die Wahl des falschen Ablehnungsgrundes ist demgegenüber unschädlich. Das Revisionsgericht kann ihn durch den richtigen Ablehnungsgrund ersetzen.⁴⁹ Dies sieht auch der 3. Strafsenat des BGH so.⁵⁰

Einer Entscheidung über den Antrag erst im Urteil kann der Antragsteller nur entgehen, wenn er glaubhaft machen kann, dass er die ihm gesetzte Frist zur Antragstellung nicht einhalten konnte. Aber was bedeutet Glaubhaftmachung? Glaubhaftmachung ist jedenfalls nicht Beweisführung. Das Gericht muss nicht davon überzeugt sein, dass der Antrag nicht früher hätte gestellt werden können. Es reicht aus, wenn es dies für hinreichend wahrscheinlich hält.⁵¹ Dies entspricht dem Maßstab, wie er aus § 45 Abs. 2 StPO aus dem Recht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bekannt ist. Laut dem 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 13.3.2024 ist dieser Maßstab auch auf die Glaubhaftmachung im Sinne des § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO anzuwenden.⁵²

Man ist deshalb geneigt, auch die sonstigen im Bereich der Wiedereinsetzung von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben auf die Fristsetzung bei § 244 Abs. 6 StPO zu übertragen. Dies würde zunächst bedeuten, dass die eigene Erklärung des Antragstellers grund-

48 BGH NStZ-RR 2010, 211, 212; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 376; Güntge StraFo 2021, 92, 95.

49 Güntge StraFo 2021, 92, 95.

50 BGH NJW 2024, 1122, 1126.

51 LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359r; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 98.

52 BGH, Beschl. vom 13.3.2024 – 5 StR 393/23.

sätzlich keine Glaubhaftmachung darstellt.⁵³ Allerdings wird bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der eigene Vortrag des Antragstellers ausnahmsweise dann für ausreichend erachtet, wenn diesem andere Möglichkeiten zur Glaubhaftmachung nicht zur Verfügung stehen.⁵⁴ Es spricht im Grunde deshalb viel dafür, im Recht des Beweisantrags nicht anders zu verfahren.⁵⁵ Unumstritten ist dies allerdings nicht. Befürworter der Fristenlösung im Schrifttum sehen keinen Grund, die Beweisnot eines Antragstellers bei Anbringung eines Antrags auf Wiedereinsetzung mit der Beweisnot eines Antragstellers, die Nichteinhaltung der Frist zur Anbringung eines Beweisantrags zu rechtfertigen, gleichzustellen. Als Argument werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen angeführt. Während der Antragsteller, dem es nicht gelingt, das schuldlose Versäumen einer wichtigen prozessualen Frist glaubhaft zu machen, seiner Rechtsposition verlustig geht, widerfahre dem Antragsteller im Beweisantragsrecht nichts Ähnliches. Über seinen Beweisantrag müsse das Gericht zwar erst im Urteil, aber nichtsdestotrotz gleichwohl befinden. Gleiches gelte für die Frage, ob es dem Antragsteller möglich war, seinen Antrag fristgerecht zu stellen.⁵⁶

Eine Positionierung im Streit um die Möglichkeit einer persönlichen Glaubhaftmachung vermeidet eine dritte im Schrifttum vertretene Auffassung. Sie will den unverteidigten Angeklagten aus dem Anwendungsbereich des Fristenlösungsmodells herausnehmen, da dieser außerstande sei, sich eines Verteidigers zur Glaubhaftmachung zu bedienen.⁵⁷ Anwaltliche Erklärungen des Verteidigers werden als Mittel der Glaubhaftmachung nämlich jedenfalls dann anerkannt, wenn sie »fremdnützig« sind, also dazu dienen, den Verdacht der Säumnis des Angeklagten auszuräumen.

⁵³ *Mosbacher* NStZ 2018, 9, 12 f.; *Schneider*, NStZ 2019, 489, 498.

⁵⁴ BVerfG NJW 1995, 2545, 2546; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 63. Aufl., § 45 Rn. 9 m.w.N. aus der Rspr.

⁵⁵ *Güntge* StraFo 2021, 92, 96; in diesem Sinne wohl auch LR/*Becker*, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 359r.

⁵⁶ *Schneider* NStZ 2019, 489, 498.

⁵⁷ SSW-StPO/*Sättele*, 6. Aufl., § 244 Rn. 151.

Das Problem der ausreichenden Glaubhaftmachung stellt sich jedoch erneut, wenn der Verteidiger eine »eigennützige« Erklärung abgibt, also seine eigene Säumnis bei der Stellung von Beweisanträgen entschuldigen will. Hier – so die restriktive Ansicht – könne der Verteidiger nicht anders behandelt werden als der sich in Beweisnot befindliche Angeklagte.⁵⁸

Dies erscheint auf den ersten Blick konsequent, da der Verteidiger ja schließlich ein eigenes Recht zur Stellung von Beweisanträgen besitzt. Folgte man dieser Ansicht, verlöre man allerdings aus dem Blick, dass der Rechtsbeistand des Angeklagten seine Beweisanträge nicht zum Selbstzweck, sondern im Dienste und zur Verteidigung des Mandanten stellt. Die Anwendung der restriktiven Auffassung hätte aber zur Folge, dass die Säumnis des Verteidigers bei der Stellung von Beweisanträgen zu Lasten des Mandanten ginge. Dies ist im Strafverfahren nicht hinnehmbar und deshalb im Wiedereinsetzungsrecht nicht zuletzt auch der Grund, warum dort die anwaltliche Versicherung das gängige Mittel ist, eine anwaltliche Verantwortlichkeit für die Nichteinhaltung der zu wahrenen Frist zu belegen, um damit gleichzeitig ein mangelndes Verschulden des Mandanten an der Säumnis darzutun.⁵⁹

Dem für das Wiedereinsetzungsrecht akzeptierten Rechtsgedanken sollte man deshalb auch im Beweisantragsrecht Rechnung tragen und die Glaubhaftmachung durch anwaltliche Erklärung auch dann zulassen, wenn der Verteidiger mit ihr die eigene Säumnis bei Antragstellung zu entschuldigen sucht. Anderenfalls müsste das Gericht den für die Fristversäumung nicht verantwortlichen Angeklagten im Rahmen seiner Fürsorgepflicht darauf hinweisen, dass es ihm freistehe, den Beweisantrag seines Verteidigers zu wiederholen und dessen anwaltliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung des eigenen fehlenden Verschuldens an der Fristversäumung anzuführen.

Eine weitere Frage, die sich mit dem Fristenlösungsmodell verbindet, ist die, ob das Gericht verpflichtet ist, dem Antragsteller noch in der Hauptverhandlung mitzuteilen, ob es seine Fristversäumung als unverschuldet ansieht. Wollte man dies so sehen, könnte in der

⁵⁸ *Schneider* NSTz 2019, 489, 499.

⁵⁹ LR/*Graalman-Scheerer*, StPO, 27. Aufl., § 45 Rn. 17.

Missachtung dieser Pflicht möglicherweise ein der Revision zum Erfolg verheißender Verfahrensverstoß liegen.

Im Schrifttum wird diese Problematik kontrovers diskutiert. Während einige Autoren unter den Gesichtspunkten einer Gehörsverletzung und des fairen Verfahrens eine Äußerung des Gerichts noch in der Hauptverhandlung fordern, damit dem Antragsteller Gelegenheit gegeben ist, der Auffassung des Gerichts entgegenzutreten und dessen Bedenken an einer unverschuldeten Säumnis zu zerstreuen,⁶⁰ zieht sich die Gegenmeinung auf den Standpunkt zurück, dass der dem Fristenmodell innewohnende gesetzgeberische Zweck, die Beweisaufnahme zu straffen, konterkariert würde, wenn es im Termin zu einem Diskurs über die Absicht des Gerichts, gestellte Beweisanträge erst im Urteil zu bescheiden, käme.⁶¹ Diese Rechtsansicht vermeint, sich auf den Wortlaut des § 244 Abs. 6 S. 5 StPO stützen zu können, wonach das mangelnde Verschulden an der Fristversäumung schon bei Antragstellung geltend zu machen ist. Aus dieser Formulierung, also aus dem Wort »schon«, soll deutlich werden, dass ein Nachschieben von Gründen zur Glaubhaftmachung nicht statthaft sei. Wo ein solches Nachschieben erlaubt sei, spreche das Gesetz dies, wie in § 45 Abs. 2 S. 1 StPO, explizit aus. Werde um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer prozessualen Frist nachgesucht, könne die Glaubhaftmachung des Unverschuldens nicht nur bei Stellung des Antrags, sondern auch noch im Verfahren über den Antrag glaubhaft gemacht werden. Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nun in seinem Beschluss vom Januar 2024 auch zu dieser Streitfrage Stellung genommen. Er hält ein Nachschieben von Gründen im Rahmen des § 244 Abs. 6 Satz 5 nicht für zulässig.⁶²

Im Zusammenhang mit dem Fristenlösungsmodell soll abschließend auf einen letzten Streitpunkt eingegangen werden. Was passiert eigentlich mit einer Frist zum Anbringen von Beweisanträgen, wenn das Gericht nach Fristsetzung wieder in die Beweisaufnahme eintritt? Die Literatur ist bislang, soweit ersichtlich, überwiegend davon

60 *Hamm/Pauly*, Beweisantragsrecht, 3. Aufl., Rn. 309; *Krehl*, Fischer-FS, S. 705, 720.

61 *Schneider* NStZ 2019, 489, 500.

62 BGH NJW 2024, 1594, 1597.

ausgegangen, dass sich die Fristsetzung damit erledigt hat.⁶³ In diese Richtung hat auch das Bundesverfassungsgericht tendiert, wie ein Kammerbeschluss aus dem Mai 2020 zeigt.⁶⁴ Der 4. Strafsenat des BGH hatte in einem Beschluss vom 10.6.2020 die Frage noch unbeantwortet gelassen.⁶⁵ In seinem Beschluss vom 21.4.2021 hat dann der 3. Strafsenat ausgeführt, dass der Wiedereintritt in die Beweisaufnahme die Bescheidung von nicht fristgerechten Beweisanträgen erst im Urteil nicht grundsätzlich ausschließe. Etwas anderes gelte lediglich für solche Beweisanträge, die sich erst aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergäben.⁶⁶

FAZIT:

Die Änderungen im Gesetz aus den Jahren 2017 und 2019 haben das Beweisantragsrecht grundlegend verändert. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, auf die Beweisaufnahme Einfluss zu nehmen, ein beträchtliches Stück weit aus deren Händen genommen. Dies ist zugleich ein Schritt hin zu einer überwiegend allein an der Sachaufklärungspflicht der Gerichte orientierten Sachverhaltserforschung. Partizipation der Verfahrensbeteiligten an der Hauptverhandlung sieht anders aus. Es ist allerdings kaum zu erwarten, dass der Gesetzgeber auf diesem Weg umkehren und zu der alten Rechtslage zurückkehren wird. Zu wünschen wäre dies allerdings.

63 *Börner*, JZ 2018, 232, 239; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 63. Aufl., § 244 Rn. 99 unter Verweis auf [BTDrs. 18/1277](#), S. 35; KK-StPO/*Krehl*, 8. Aufl., § 244 Rn 87e.

64 BVerfG, Beschl. vom 8.5.2020 – [2 BvR 1905/19](#).

65 BGH, Beschl. vom 10.6.2020 – [4 StR 503/19](#).

66 [BGHSt 66, 96](#).

Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung

VORBEMERKUNGEN

Die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, die Beweisaufnahme im Rahmen der Hauptverhandlung mithilfe von Anträgen entscheidend beeinflussen zu können, ist gerade für die Verteidigung von nicht zu unterschätzendem Wert.¹

Dies vor allen Dingen deswegen, weil das Strafverfahren vor Eröffnung des Hauptverfahrens letztlich allein von den Strafverfolgungsbehörden dominiert wird. Zwar räumt das Gesetz dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren (§§ 115 Abs. 3; 163a Abs. 2; 166 Abs. 1; 168d Abs. 2 StPO), im Zwischenverfahren (§ 201 Abs. 1 StPO) sowie im Jugendgerichtsverfahren (§§ 40 Abs. 3; 108 Abs. 1 JGG) durchaus die Möglichkeit ein, in bestimmten Fällen die Erhebung eines Beweises zu seinen Gunsten anzuregen. Einen Anspruch auf die tatsächliche Beweiserhebung hat er jedoch nicht. Vielmehr erfolgt diese nur, wenn sie, aus Sicht der Staatsanwaltschaft bzw. des Gerichtes »von Bedeutung« ist oder für »erheblich erachtet« wird, sofern das Gesetz zu dem anzuwendenden Entscheidungsmaßstab überhaupt Bestimmungen enthält. Insoweit folgerichtig ist auch schon keine Bescheidungspflicht statuiert.

Für eine effektive Verteidigung sind Kenntnisse von den Grundlagen und der sinnvollen praktischen Nutzung des Beweisantragsrechtes in der Hauptverhandlung vor diesem Hintergrund daher unabdingbar.

1 Zum Beweisantragsrecht im Ordnungswidrigkeitsverfahren siehe *Arnoldi* NSZ 2023, 525 ff.

A. FUNKTION DES BEWEISANTRAGSRECHTES FÜR DIE VERTEIDIGUNG

Für die Verteidigung lassen sich im Wesentlichen drei Funktionen zur sachgerechten Nutzung des Beweisantragsrechtes ausmachen.

Dabei ist allerdings klarzustellen, dass sich diese funktionalen Gebrauchsmöglichkeiten in der Praxis häufig überschneiden und wir Verteidiger Beweisangebote auch dazu nutzen, verschiedene, gleichrangige oder abgestufte, Ziele erreichen zu wollen.

Außerdem hängt es schließlich allein von der Reaktion des mit unserem Antrag sich zu befassenden Gerichtes ab, ob wir unsere Zielvorstellung tatsächlich erreichen können.

I. SACHAUFLÄRUNGSBEMÜHUNGEN

Zum einen kann es bei der Stellung eines Beweisantrages darum gehen, mit der Einbringung eines neuen Beweismittels tatsächlich eine Änderung oder weitere Verbesserung der Beweissituation im Sinne des Angeklagten erreichen zu wollen. In einem solchen Fall kommt das Beweisantragsrecht dann seiner ursprünglichen Intention sicher am nächsten.

1. So war bekanntlich schon in der ursprünglichen Fassung der Reichsstrafprozessordnung das Recht der Verfahrensbeteiligten, zu der Stellung von Beweisangeboten in wenigen Vorschriften normiert, wobei auch zu dieser Zeit die Ablehnung eines Beweisantrages regelmäßig einen Gerichtsbeschluss erforderte.² Zulässige Ablehnungsgründe nannte das Gesetz allerdings noch nicht.³ Dies hatte seinen Grund darin, dass die Erhebung von nicht in der Hauptverhandlung präsenten Beweismitteln nach der damaligen Auffassung des Gesetzgebers allein im Ermessen des Gerichtes stehen sollte.⁴ Dabei durfte eine beantragte Beweiserhebung aber auch damals nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil das Beweismittel oder die zu beweisende

2 § 243 Abs. 2 RStPO a. F., siehe hierzu *Fisch, Andre*: Das Strafbefehlsverfahren im Spannungsfeld legislatorischer Beschleunigungs- und Entlastungstendenzen, Inaugural-Dissertation, Universität Bochum 1999 S. 131.

3 *Engels* GA 1981, 21, 25.

4 *Fisch* S. 131; *Engels* GA 1981, 21, 25.

Tatsache zu spät vorgebracht worden war.⁵ Hinsichtlich der präsenten Beweismittel in der Hauptverhandlung sah die damalige Fassung der RStPO dagegen vor, dass das Gericht zu deren Verwendung grundsätzlich verpflichtet war.⁶

In der Folgezeit hat dann das Reichsgericht in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften die Aufgabe übernommen, das Beweisantragsrecht⁷ und die darauf bezogenen spezifischen Ablehnungsgründe schrittweise näher zu entwickeln.⁸ Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1880 hielt es das Gericht für unzulässig, die Vernehmung eines Entlastungszeugen allein mit der Begründung zu versagen, dass die Sache bereits geklärt sei. So wurde erstmalig das grundsätzliche Verbot der Vorwegnahme der Beweiswürdigung von der Rechtsprechung entwickelt und anerkannt.⁹ Hintergrund war die psychologisch naheliegende Erkenntnis der Verfestigung von einmal getroffenen Annahmen durch Vorbefassung. Das Gericht sollte deshalb gezwungen werden können, sich mit Vorstellungen und Bewertungen des Sachverhaltes auseinandersetzen zu müssen, die dem vorhandenen Vorurteil widersprachen.

Mit dieser Rechtsprechungsentwicklung wurden dann aber in notwendiger Weise auch Regeln erforderlich, unter welchen Voraussetzungen die Ablehnung von Beweisanträgen zulässig sein durfte, wenn nicht unter einer gerichtlichen Würdigung des bekannten Beweistoffes.¹⁰ Im Nachfolgenden entwickelte das Reichsgericht daher den Katalog der Ablehnungsgründe, welcher auch heute noch die Grundlage des Ablehnungsverfahrens bildet.¹¹ Dabei orientierte sich die Rechtsprechung bei der Ausgestaltung der einzelnen Gründe an sachlich logischen Erwägungen und an dem Gebot einer möglichst umfassend zu beachtenden Sachaufklärungspflicht.¹² Zugleich war Ausgangspunkt der Überlegungen des Reichsgerichtes aber auch die Annahme, dass

5 § 245 Abs. 1 RStPO a. F.

6 § 244 Abs. 1 RStPO a. F., siehe hierzu *Fisch* S. 131.

7 *Hamm* StV 1993, 455; *Schulz* GA 1981, 301, 313; *Vultejus* ZRP 2000, 222, 225.

8 *Hamm* StV 1993, 455; *Scheffler* NJW 1994, 2191, 2193; *Vultejus* ZRP 2000, 222, 225.

9 *Fisch* S. 132; *Engels* GA 1981, 21, 25.

10 *Hamm, Rainer/Pauly, Jürgen*: Beweisantragsrecht, 3. Aufl. 2019, S. 4.

11 *Fisch* S. 133; *Schulz* StV 1991, 354, 359.

12 *Fisch* S. 134; a.A. *Schulz* StV 1991, 354, 360.

es sich bei dem Beweisantragsrecht um das wichtigste Gestaltungsrecht der Verfahrensbeteiligten im Strafverfahren handele.¹³

Schon die reichsgerichtliche Rechtsprechung verstand das Beweisantragsrecht somit als, rechtsstaatlich gebotene und psychologisch erforderliche, Bereicherung des Sachaufklärungsprozesses. Dies deckt sich auch mit den modernen Erkenntnissen der Psychologie zu den innerpsychischen Prozessen bei Entscheidungsfindungen.

So ist das Phänomen der kognitiven Dissonanzen inzwischen hinreichend erforscht und bekannt. Hierunter versteht man den Konfliktzustand, in dem sich eine Person befindet, nachdem sie eine Entscheidung getroffen, eine Handlung vorgenommen oder mit Informationen in Berührung gekommen ist, die in Widerspruch zu ihren Überzeugungen, Gefühlen und Werten steht.¹⁴ Bei einem solchen Widerspruch erlebt die Person einen unangenehmen Zustand, da dies ihrem Selbstkonzept zuwiderläuft, sodass sie die Dissonanz reduzieren möchte, wobei dieser Prozess dabei weitgehend unbewusst abläuft.¹⁵ Zur Konfliktlösung neigen Menschen dann im Allgemeinen dazu, die erste ihnen zu einem Thema präsentierte Information, sofern diese in sich plausibel ist und nicht schon bestehenden Wertungen und Einstellungen widerspricht, zur Ausgangsbasis zu machen und ihre Einstellung darauf zu gründen.¹⁶ Hat man sich so erst einmal auf eine Auffassung festgelegt, werden neue Informationen dann im Allgemeinen verzerrt wahrgenommen, also tendenziell auf- oder abgewertet, um die bestehende Position zu bestätigen.¹⁷ Dieses Phänomen wird auch als Inertia-Effekt oder Trägheitseffekt bezeichnet.¹⁸ Eine weitere Folge ist dann das Festhalten an einmal getroffenen Entscheidungen, auch bei abweichenden Informationen, im Sinne der sogenannten Perseveranz.¹⁹

¹³ Schulz StV 1991, 354, 359.

¹⁴ Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alicia: Psychologie für Juristen, 1. Aufl. 2019 S. 25.

¹⁵ Effer-Uhe/Mohnert S. 25; Henckel StraFo 2024, 2, 3.

¹⁶ Effer-Uhe/Mohnert S. 25.

¹⁷ Effer-Uhe/Mohnert S. 26; Henckel StraFo 2024, 2, 3.

¹⁸ Henckel StraFo 2024, 2, 3.

¹⁹ Eisenberg NStZ 2023, 321, 323; Henckel StraFo 2024, 2, 3.

Wenn der Gesetzgeber, was die Entwicklungsgeschichte leider deutlich belegt, und auch manche Tatrichter das Beweisantragsrecht der Verteidigung heute als zunehmend störend empfinden, zeigt sich darin somit ein hohes Maß an fehlender Selbstreflexion sowie eine Missachtung oder jedenfalls Verkennung der fundamentalen Funktion des Beweisantragsrechtes für ein rechtsstaatliches Strafverfahren.

2. In der Praxis kann ein Beweisantrag mit dem Ziel, neue, positive Gesichtspunkte in das Verfahren einzubringen, Erfolg haben. Viele Tatrichter sind, wenn man sie erst einmal dazu bringen konnte, sich mit den weiteren Umständen auseinanderzusetzen, durchaus bereit, ihre Vorstellungen zu überdenken. Ein Beweisantrag allein wird hierzu indes selten ausreichen.

II. FRÜHERKENNUNG

Eine weitere Zielsetzung bei der Stellung eines Beweisantrages durch die Verteidigung kann darin bestehen, von dem Gericht Informationen über dessen aktuelle Bewertung der Beweislage erhalten zu wollen. Wir reden hier häufig von affirmativen, also bestätigenden, Beweisanträgen.

Der Grund solcher Begehren ist vornehmlich der, dass das Gericht nach der Verfahrensordnung erst in den Urteilsgründen das Ergebnis seiner Bewertungen (§ 261 StPO) offenlegen muss. Für eine effektive Gestaltung der Verteidigung ist es aber sinnvoll, bereits in der Hauptverhandlung zu wissen, wie der Spruchkörper bestimmte Sachverhalte tatsächlich oder rechtlich einordnet.

1. Der Beweisantrag wird also mit dem Ziel angebracht, dass das Gericht von einer Beweiserhebung absieht und diese mit einem der gesetzlich zulässigen Ablehnungsgründe zurückweist.

Die Gründe zur Ablehnung eines Beweisantrages sind abschließend in §§ 244, 245 StPO geregelt. Der in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO geregelte gesetzliche Ablehnungsgrund bildet insofern eine Ausnahme, als es sich hierbei um den einzig zwingenden handelt. Ansonsten steht es grundsätzlich im Ermessen des Gerichtes, ob es von einer Ablehnungsmöglichkeit Gebrauch macht oder nicht. Denkbar ist es aber stets auch, die Ablehnung eines Beweisantrages auf mehrere Ablehnungsgründe

zu stützen, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschließen. Grundsätzlich ist das System zur Ablehnung von Beweisanträgen, als Ergebnis seiner Entwicklungsgeschichte, von dem Grundsatz beherrscht, bei der Behandlung eines Beweisantrages nicht auf das Ergebnis des bisherigen Beweisgeschehens zurückgreifen zu dürfen (Verbot der Beweisantizipation). Dies ergibt sich unmittelbar aus der Pflicht des Gerichtes zur umfassenden Sachaufklärung und beruht auf der allgemeinen Erfahrung, dass ein neu in die Hauptverhandlung eingebrachtes Beweismittel eine möglicherweise schon vorgefasste richterliche Überzeugung noch erschüttern kann. Allerdings gilt das Beweisantizipationsverbot nicht durchgängig, weil die Anwendung der meisten Ablehnungsgründe schon sachlogisch eine zumindest partielle vorweggenommene Beweiswürdigung voraussetzt. Bei der Ablehnung eines Beweisantrages entscheidet das Gericht durch einen zu begründenden Beschluss in der Hauptverhandlung (§ 244 Abs. 6 S. 1 StPO) oder den Urteilsgründen (§ 244 Abs. 6 S. 4 StPO). Dabei geht die Auslegung des Begehrens dessen Ablehnung vor.²⁰ Noch bis zur Urteilsberatung kann der Spruchkörper einen Ablehnungsbeschluss aber überprüfen und die Ablehnungsgründe ggf. ändern oder ergänzen. Hierüber müssen die Verfahrensbeteiligten dann informiert werden. Will das Gericht einen Beweis zwar erheben, jedoch das Beweismittel durch ein vermeintlich besseres oder sachnäheres austauschen, ist hierin gleichfalls eine Ablehnung des Beweisantrages zu sehen. In einem solchen Fall sollte der Antragsteller aber ausdrücklich durch eine Erklärung deutlich machen, dass er an dem benannten Beweismittel festhält. Anderenfalls wird das Revisionsgericht seine Untätigkeit möglicherweise als stillschweigende Zustimmung zu der Verfahrensweise des Gerichtes deuten. Im Rahmen beantragter Augenscheinseinnahmen geht die Rechtsprechung ohnehin seit jeher davon aus, dass das Tatgericht das unmittelbare Beweismittel (z. B. Ortsbesichtigung) durch ein mittelbares (Landkarten, Augenscheinsgehilfe usw.) ersetzen darf.²¹

Aus der Anwendung der gesetzlichen Gründe zur Ablehnung von Beweisanträgen kann dann im Idealfall auf die, zumindest aktuelle, gerichtliche Bewertung des entsprechenden Beweisthemas geschlossen

20 BGH NStZ 2014, 419.

21 BGHS 27, 135, 136.

werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verteidigung die Bedeutung der spezifischen Ablehnungsründe zutreffend erfasst. Dies gilt uneingeschränkt, allerdings bekanntlich nur im Regelstrafverfahren. Aber auch wenn das Tatgericht nach dem Gesetz Beweisanträge auch nur nach Maßgabe des § 244 Abs. 2 StPO bescheiden darf, gewinnt die Verteidigung hieraus regelmäßig wertvolle Hinweise.

a. Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Dies ist der Fall, wenn das Beweisbegehren entweder auf die Einführung von Beweismitteln zielt, welche nach der Verfahrensordnung nicht eingeführt werden dürfen (Mitangeklagter, Privatkläger, erfolgreich abgelehnter Sachverständiger in dieser Funktion), oder die beantragte Beweiserhebung über Beweisthemen stattfinden soll, die nicht Gegenstand einer Beweisaufnahme sein dürfen (Wahrnehmungen in der laufenden Verhandlung, Beratungsgeheimnis).²²

b. Ein Beweisantrag kann abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist. Man unterscheidet hierbei zwischen allgemeinkundigen und gerichtskundigen Tatsachen. Jene bezeichnen solche Umstände, von denen verständige Menschen regelmäßig Kenntnis haben oder sich eine solche jedenfalls ohne Schwierigkeiten verschaffen könnten. Als gerichtskundig werden Tatsachen angesehen, die wenigstens ein Richter innerhalb des Spruchkörpers während seiner dienstlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat und die er den anderen Spruchkörpermitgliedern vermitteln kann. Für die Überzeugung des gesamten Gerichtes von der Offenkundigkeit soll dann die Stimmenmehrheit genügen.²³ Während im Rahmen des § 244 StPO auch das Gegenteil der Beweistatsache als offenkundig betrachtet werden darf, gilt dies bei präsenten Beweismitteln im Sinne von § 245 StPO nicht. Denn die Präsentation von Beweismitteln soll den Verfahrensbeteiligten gerade Gelegenheit geben, das Gegenteil der vom Gericht angenommenen Offenkundigkeit zu beweisen.²⁴

c. Der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit liegt vor, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache zum Verfahrensgegenstand entweder überhaupt keine Beziehung hat oder bei zwar vorhandener

22 BGH NStZ 2004, 630; *Schmitt/Köhler*: Kommentar zur StPO, 68. Aufl. 2025, § 244 Rn. 49.

23 *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 53.

24 *Schmitt/Köhler* § 245 Rn. 24.

Beziehung die zu treffende Entscheidung in keiner Weise beeinflussen könnte, somit also unerheblich ist.²⁵ In diesem Fall muss aber die Erwiesenheit der Beweistatsache unterstellt werden. Der Ablehnungsbeschluss muss nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Dies kann aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen angenommen werden. Folgt das Tatgericht die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen, muss demgemäß dargelegt werden, aus welchen Gründen die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die gerichtliche Entscheidung nicht beeinflussen könnte.²⁶ Gerade hier ist somit das Verbot der Beweisantizipation in besonderer Weise zu beachten, sodass sich die Bedeutungslosigkeit aus dem Beweis selbst ergeben muss. In den Urteilsgründen dürfen keine Widersprüche zu dem Inhalt des Ablehnungsbeschlusses bestehen.²⁷ Der Ablehnungsgrund des fehlenden Sachzusammenhangs bei präsenten Beweismitteln (§ 245 StPO) ist enger zu verstehen und nur zulässig, wenn zwischen der Beweistatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung jede Sachbezogenheit fehlt.

d. Die bereits vorliegende Erwiesenheit einer Beweistatsache macht eine weitere Beweiserhebung hinsichtlich dieser Beweisbehauptung ebenfalls überflüssig, sodass nach dem Gesetz dann ein Ablehnungsgrund vorliegt. Hier kann der Antragsteller von vornherein nicht beschwert sein, weil er auch im Falle der Beweiserhebung nicht mehr erreichen könnte. Unerheblich soll dabei sein, ob die unter Beweis gestellte Tatsache für die Entscheidung von Bedeutung ist oder nicht, weil dem Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit insoweit kein Vorrang zukomme. Auch hier ist zu beachten, dass sich die Urteilsgründe nicht in Widerspruch zu den Erwägungen des Ablehnungsgrundes setzen dürfen.

e. Bei der Ablehnung eines Beweisantrages wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels muss sich diese Wertung auch hier aus dem angegebenen Beweismittel nach sicherer Lebenserfahrung selbst ergeben. Ein grundsätzlich erinnerungsfähiger und aussagetüchtiger

²⁵ BGH NStZ 2003, 380.

²⁶ BGH NStZ 2005, 224, 226.

²⁷ BGH NStZ 2013, 188.

Zeuge ist nicht allein deswegen ein ungeeignetes Beweismittel, weil das Beweisthema schon lange Zeit zurückliegt. Denn ein allgemeiner Erfahrungssatz, wonach ab einem bestimmten Zeitablauf eine Erinnerung an ein bestimmtes Ereignis nicht mehr vorhanden ist, besteht nicht.²⁸ Ein Sachverständiger ist dann als Beweismittel völlig ungeeignet, wenn schon die Anknüpfungstatsachen für die Erstattung eines Gutachtens fehlen.²⁹ Auch hier gilt, dass Urteil und Ablehnungsbeschluss nicht im Widerspruch zueinander stehen dürfen.³⁰ Allerdings besteht für das Gericht keine rechtliche Verpflichtung, nachzuverfolgen, ob sich die Voraussetzungen zur Anwendung des Ablehnungsgrundes der Ungeeignetheit nach der Ablehnungsentscheidung geändert haben.

f. Die mögliche Ablehnung eines Beweisantrages wegen rechtlicher oder tatsächlicher Unerreichbarkeit des benannten Beweismittels setzt voraus, dass keinerlei Aussicht besteht, das Beweismittel in absehbarer Zeit herbeizuschaffen. Über das Maß der erforderlichen Nachforschungen sowie des Bemühens um Herbeischaffung des Beweismittels hat das Tatgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei spielt auch die Schwere des Tatvorwurfs eine Rolle.³¹ Auch hier gilt für das Gericht keine Nachverfolgungspflicht.

g. Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen Wahrunterstellung ist von großer praktischer Relevanz und nur zulässig, wenn die erhebliche Beweisbehauptung ausschließlich zugunsten des Angeklagten als wahr unterstellt wird. Wegen dieses Erfordernisses der Erheblichkeit schließen sich die Ablehnungsgründe der Wahrunterstellung und der Bedeutungslosigkeit gegenseitig aus. Die Wahrunterstellung ist in den Urteilsgründen in ihrem vollen Sinngehalt ohne relativierende Einschränkungen zugrunde zu legen.³² Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Tatrichter auch die vom Antragsteller gewünschten Schlussfolgerungen zieht. Solange eine weitere Sachaufklärung noch

28 BGH JuS 2005, 570.

29 BGH NSTZ 2018, 300 ff.

30 BGH NSTZ 2019, 103.

31 *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 62a.

32 **BGHSt** 32, 44, 45.

möglich ist, darf eine Wahrunterstellung an sich aber nicht erfolgen.³³ Insbesondere ist ein Freispruch allein auf dieser Grundlage rechtlich nicht möglich. Der Angeklagte wird in solchen Fällen allerdings nicht beschwert sein können. Will das Tatgericht wieder von seiner Wahrunterstellung abrücken, ist in jedem Fall ein Hinweis erforderlich, damit sich der Antragsteller auf die damit veränderte Verfahrenslage einstellen und gegebenenfalls weitere Anträge anbringen kann. Nach der Rechtsprechung soll es aber grundsätzlich keines Hinweises bedürfen, wenn das Gericht die als wahr unterstellte Beweistatsache nachfolgend nicht mehr für erheblich hält.

h. Der Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann zunächst aus den gleichen Gründen abgelehnt werden, wie bei sonstigen Beweismitteln. Darüber hinaus aber auch, wenn sich das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde zuspricht. Ausgeschlossen sind selbstverständlich die Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich die Hinzuziehung eines Gutachters vorschreibt. Unter welcher Grundlage das Gericht seine besondere Sachkunde erlangt hat, ist ohne Belang.³⁴ Bei Kollegialgerichten genügt es, wenn einer der Richter seine Sachkunde den anderen Mitgliedern des Spruchkörpers vermitteln kann.³⁵ Weil die Anhörung eines Sachverständigen immer dazu dienen kann, die bereits gewonnene Sachkunde zu überprüfen oder zu vertiefen, ist bei einem präsenten Gutachter nach § 245 Abs. 2 StPO die Ablehnung des Beweisantrages unter dem Gesichtspunkt der eigenen Sachkunde des Gerichtes nicht möglich.

i. Bei der beantragten Anhörung eines weiteren Sachverständigen ist eine Ablehnungsentscheidung unter noch leichteren Bedingungen möglich. Sie ist dabei auch zulässig, wenn das Gegenteil der behaupteten Tatsache durch das frühere Gutachten bereits erwiesen ist. Ausgeschlossen ist dies allerdings wiederum bei erheblichen Mängeln dieses Gutachtens, der zweifelhaften Sachkunde des gehörten Gutachters oder überlegenen Forschungsmitteln des neuen Sachverständigen. Werden in einem Beweisantrag zur Anhörung eines weiteren Gutachters erhebliche und begründete methodische Mängel

³³ BGH NStZ 2005, 155, 156.

³⁴ *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 72.

³⁵ *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 72.

eines vorläufigen schriftlichen Gutachtens detailliert vorgetragen, muss sich das Gericht bei einer Ablehnungsentscheidung mit solchen Einwänden explizit auseinandersetzen.³⁶

j. Die Ablehnung eines Beweisantrages auf Einnahme eines richterlichen Augenscheins steht allein im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes, wobei hier auch eine weitergehende Beweisantizipation zulässig ist, nach der Rechtsprechung auch der Austausch des Beweismittels durch ein sachdienlicheres. Verfahrensrechtlich erlaubt ist gleichfalls, wenn sich das Gericht eines Augenscheinsgehilfen bedient.

k. Der Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen kann unter den gleichen Voraussetzungen abgelehnt werden, wie der richterliche Augenschein. Das Verbot der Beweisantizipation gilt insoweit nicht.³⁷ Die Grundlagen für seine Entscheidung darf sich das Gericht freibeweislich verschaffen.

l. Ein Beweisantrag auf Verlesung eines Ausgangsdokumentes kann abgelehnt werden, wenn nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes kein Anlass besteht, an der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem übertragenen Dokument zu zweifeln.

2. In der Praxis der Tatgerichte ist zu beobachten, dass die präzise Anwendung der Ablehnungsgründe häufig Schwierigkeiten bereitet. Zudem ist die Rechtsprechung der Obergerichte und des BGH auch nicht immer stringent.

Vor diesem Hintergrund ist die Ablehnung eines Beweisantrages für das Gericht stets mit der latenten Gefahr eines Verfahrensfehlers verbunden. Manche Strafkammervorsitzende neigen deshalb dazu, begehrte Beweiserhebungen auch dann anzuordnen, wenn sich deren Ablehnung rechtsfehlerfrei begründen ließe. Für die Verteidigung ist in einem solchen Fall der Verweigerung eines formalisierten Dialoges, das eigentliche Ziel eines affirmativen Beweisantrages dann nicht zu erreichen.

36 BGH StraFo 2005, 113.

37 BGH NSTZ 2014, 531.

Manchmal kann aber auch schon ein sonstiges Reagieren des Spruchkörpers auf das Beweisbegehren der Verteidigung nützliche Erkenntnisse erbringen. Etwa die Zurückstellung geplanter Beweiserhebungen, Änderungen in den weiteren Befragungen usw.

Erfüllt das Gericht allerdings die Hoffnung auf eine ablehnende Bescheidung, muss die Verteidigung auf der anderen Seite aber auch in der Lage sein, eigene bisherige Gewissheiten kritisch zu hinterfragen. So etwa dann, wenn nach gerichtlicher Bewertung Beweistatsachen für bedeutungslos gehalten werden, die von der Verteidigung bislang als ausschlaggebend angesehen wurden.

III. KOMPLEXITÄTSSTEIGERUNG

Schließlich dient das Beweisanspruchsrecht der Verteidigung auch dazu, die Komplexität des Verhandlungsstoffes zu steigern. Im üblichen Sprachgebrauch wird mit jenem Begriff die Mehrschichtigkeit, das Ineinander und Umfassen vieler verschiedener Merkmale bezeichnet.³⁸

Genauer betrachtet, kann man im Wesentlichen drei Aspekte benennen, die komplexe Sachverhalte auszeichnen. Bei der Sachdimension von Komplexität geht es um den Informationsgehalt, also die Menge und Verknüpfung derjenigen Informationen, die ein Entscheidungsträger benötigt, um sich ein umfassendes und hinreichend vertieftes Bild von dem zu bearbeitenden Sachverhalt machen und auf dieser Grundlage eine adäquate Entscheidung treffen zu können.³⁹ Komplexität bedeutet auf dieser Ebene somit letztlich die Schwierigkeit, regelmäßig nicht sämtliche relevanten Informationen für die Entscheidungsfindung zu kennen und somit einbeziehen zu können.⁴⁰ Soziale Komplexität beschreibt den Umstand, dass das Entscheidungshandeln eines Menschen mit dem Handeln anderer notwendigerweise zusammenwirkt.⁴¹ Die komplexe Situation erwächst

38 Duden – Deutsches Universallexikon, 10. Aufl. 2023; ; zum Begriff der Komplexität siehe auch *Dörner, Dietrich*: Die Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen, 12. Aufl. 2014, S. 60 f.

39 *Schimank, Uwe*: Die Entscheidungsgesellschaft – Komplexität und Rationalität der Moderne, 1. Auflage 2005, S. 161.

40 *Schimank* S. 155.

41 *Schimank* S. 122.

hier zunächst aus der fehlenden Erwartungssicherheit, also der Unkenntnis darüber, wie der oder die anderen Entscheidungsträger handeln werden.⁴² Doch selbst wenn man das Entscheidungshandeln der anderen mehr oder weniger sicher prognostizieren kann, bleibt die Situation in sozialer Hinsicht komplex, wenn hierdurch mögliche Konflikte mit der eigenen Zielplanung offenbar werden.⁴³ In zeitlicher Hinsicht manifestiert sich die Komplexität von Entscheidungssituationen als Zeitknappheit, formal fixiert in der Form von Terminen und Fristen.⁴⁴ Vor allem der höhere Informationsverarbeitungs- und Rechtfertigungsaufwand von Entscheidungen sorgt insoweit dafür, dass Entscheidungshandeln einen erheblich höheren Zeitaufwand erfordert, als andere Formen des Handelns.⁴⁵ Weil wir zudem oft viele Probleme mehr oder weniger gleichzeitig bewältigen müssen, können wir uns auch keinem von ihnen in Ruhe widmen. Hinzu kommt häufig noch eine große Dringlichkeit des Entscheidens, um schwere Folgen zu verhindern.⁴⁶ Letztlich ergibt sich die Begrenzung der Zeit für die Menschen generell aus unserer Sterblichkeit als Universalie.⁴⁷

1. Um in angemessener Zeit entscheiden zu können, muss das Gericht immer die stets vorhandene Komplexität reduzieren. Diese mit der Stellung eines Beweisantrages in irgendeiner oder mehrerer ihrer Dimensionen zu erhöhen, ist hier also das Ziel der Verteidigung, um eine vorschnelle Entscheidungsfindung zu vermeiden.

Dies nicht als Selbstzweck. Vielmehr geht es im Ergebnis darum, das Verfahren in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht für das Gericht unsicherer zu machen, Rechtsfehler zu provozieren oder die Verständigungsbereitschaft zu fördern.

2. In der Praxis hat ein Beweisantrag zur Komplexitätssteigerung somit meist keinen eigenständigen Anwendungsbereich, sondern ist mehr oder weniger ein Nebenprodukt von Anträgen zur Sachaufklärung oder zur Bestätigung von vorläufigen Beweisergebnissen.

42 *Schimank* S. 125.

43 *Schimank* S. 127.

44 *Schimank* S. 165.

45 *Schimank* S. 71.

46 *Schimank* S. 165.

47 *Schimank* S. 166.

B. PRAXIS DES BEWEISANTRAGSRECHTES

In der Verfahrenspraxis sind verschiedene Arten möglicher Beweisbegehren zu unterscheiden, die in einer gewissen Rangstufe zueinanderstehen. Sie haben aber gemeinsam, dass sie, wenngleich in unterschiedlicher Intensität, die gerichtliche Sachaufklärungspflicht aktualisieren können.

I. FÖRMLICHER BEWEISANTRAG

Nach der Legaldefinition des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO liegt ein Beweisantrag vor, wenn der Antragsteller ernsthaft verlangt, Beweis über eine bestimmt behauptete Tatsache, welche die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, mit einem bestimmt bezeichneten Beweismittel zu erheben, und dem Antrag zu entnehmen ist, weshalb das bezeichnete Beweismittel die behauptete Tatsache belegen können soll.

1. Konstitutive Merkmale

Entsprechend der inzwischen erfolgten gesetzlichen Festlegung lassen sich demnach vier Kriterien ausmachen, die ein förmlicher Beweisantrag zwingend enthalten muss.

a. Das im Gesetz nun ausdrücklich genannte ernsthafte Verlangen des Antragstellers knüpft an die ständige Rechtsprechung des BGH an, wonach ein auf eine Beweiserhebung gerichteter Antrag keinen Beweisantrag im Rechtssinne darstelle, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt oder begründete Vermutung für deren Richtigkeit aufgestellt werde. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei solchen Anträgen in Wahrheit nicht um ernsthaft gemeinte, sondern lediglich zum Schein gestellte Beweisanträge handle.⁴⁸

Dies gilt nach Auffassung der Rechtsprechung aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Entscheidung, ungeachtet des Umstandes, dass sich dadurch ein systematisch schwer auflösbarer Widerspruch zu der Neuregelung in § 244 Abs. 6 S. 2 StPO ergibt, weiterhin. Denn weder aus dem Gesetzestext noch aus der Gesetzesbegründung lasse sich entnehmen, dass der Gesetzgeber die bisher von der Rechtspre-

⁴⁸ BGH NStZ 1993, 247; 2002, 383; LG Bonn 27 Sch 5/04, Beschluss vom 4. Juli 2006 (unveröffentlichte Entscheidung); siehe hierzu auch *Herdegen* NStZ 1998, 444, 447.

chung aufgestellten strengen Anforderungen in diesen Fällen ändern wollte.⁴⁹

In diesem Zusammenhang ist auch an die von der Rechtsprechung anerkannte weitere Möglichkeit zu erinnern, dem Angeklagten sein eigenes Antragsrecht im Falle dessen vermeintlichen Missbrauchs zu entziehen und ihm aufgeben zu dürfen, Beweisbegehren nur noch über seinen Verteidiger zu stellen. Hierzu führte der entscheidende Senat aus, dass die Strafprozessordnung zwar weder den Ausschluss des Angeklagten von dem Beweisantragsrecht noch einen allgemeinen Missbrauchstatbestand vorsehe,⁵⁰ gleichwohl bestehe auch im Strafverfahren, wie in jedem Prozess, ein allgemeines Missbrauchsverbot.⁵¹ Nutze also ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch das Strafverfahrensrecht eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange dazu, gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen, sei somit von einem unzulässigen Gebrauch dieser prozessualen Rechte auszugehen.⁵² Insoweit gelte, dass einem solchen rechtsmissbräuchlichen Verhalten, welches die rechtsstaatlich geforderte effektive Förderung eines Strafverfahrens seitens aller Verfahrensbeteiligten ernsthaft und nachhaltig infrage stelle, allein auf der Grundlage des allgemeinen Missbrauchsverbotes jedenfalls dann durch Einschränkungen begegnet werden dürfe, wenn diese ihrerseits nicht das Recht des betroffenen Angeklagten, sich umfassend verteidigen zu können, infrage stellten.⁵³ Dem Verteidiger sei mit der Anordnung des Tatgerichtes auch keine unzumutbare Aufgabe gestellt oder das Wesen der Verteidigung verkannt worden. Denn der Auftrag der Verteidigung liege nicht ausschließlich im Interesse des Beschuldigten, sondern auch in einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege. Der Verteidiger sei Beistand, nicht Vertreter des Beschuldigten, und an dessen Weisungen nicht gebunden.⁵⁴ Insofern treffe ihn

49 BGH, Beschluss vom 16.03.2021 – 5 StR 35/21.

50 BGHS: 38, 111, 112.

51 BGHS: 38, 111, 113.

52 BGHS: 38, 111, 113.

53 BGHS: 38, 111, 114.

54 BGHS: 38, 111, 114.

auch eine Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass das Verfahren sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen durchgeführt werde. Zudem sei mit der Entziehung des unmittelbaren Antragsrechtes des Angeklagten lediglich dessen prozessrechtlich unzulässiges Verhalten in prozessrechtlich ordnungsgemäße Bahnen gelenkt worden, sodass ein milderes Mittel nicht bestanden habe.⁵⁵

b. Beweistatsachen sind konkrete Geschehnisse, Umstände sowie Zustände der äußeren Welt, innerpsychische Vorgänge und Gegebenheiten sowie das Bestehen oder Nichtbestehen von Zusammenhängen.⁵⁶

Bei der Angabe einer bestimmten Beweistatsache gilt der Grundsatz, dass der Antragsteller mit dem Mittel des Beweisantrages auch solche Beweistatsachen unter Beweis stellen darf, derer er sich nicht sicher ist oder gewiss sein kann, sondern lediglich vermutet oder für möglich hält.⁵⁷

In der Praxis wird manchmal rechtsfehlerhaft nur ein Beweisziel angegeben. Dies hat die Rechtsprechung auch dann häufig angenommen, wenn sogenannte Negativtatsachen unter Zeugenbeweis gestellt worden sind (»Zum Beweis, dass sich der Angeklagte nicht am Tatort aufgehalten hat, ...«), weil ein Zeuge eine solche negative Tatsache nicht habe beobachten können.⁵⁸ Allerdings ist eine Auslegung des Antrages stets zulässig und geboten.⁵⁹ Hier wird man das Vorbringen zutreffend, aber regelmäßig dahin deuten können, dass das unter Beweis gestellte Geschehen vom Zeugen beobachtet worden wäre, wenn es denn stattgefunden, sich also im Wahrnehmungsbereich der Auskunftsperson befunden, hätte.⁶⁰

Aus Verteidigersicht sollte man sich aber nicht auf eine günstige Auslegung verlassen, sondern jede negativ wirkende wörtliche Wendung besser vermeiden. Im Regelfall wird es möglich sein, andere positive Formulierungen mit gleicher Zielrichtung zu finden. Dies hilft im Übrigen auch bei der eigenen gedanklichen Strukturierung.

⁵⁵ BGHSt 38, 111, 115.

⁵⁶ Alsberg, Max: Der Beweisantrag im Strafprozess, 8. Aufl. 2021 S. 36.

⁵⁷ BGH NSTz 2006, 458; StraFo 2008, 264.

⁵⁸ z.B. BGHSt 39, 251, 254 f.

⁵⁹ Schneider NSTz 2023, 65, 67 f.

⁶⁰ Alsberg/Dallmeyer S. 38.

c. Das konkret zu benennende Beweismittel ist zwingend dem Kreis der gesetzlich zulässigen zu entnehmen. Es muss so weit individualisiert sein, dass das Gericht hiervon ohne Weiteres Gebrauch machen kann.

aa. Beim Zeugenbeweis ist somit eine hinreichende Konkretisierung der benannten Person erforderlich. Im Regelfall wird dies durch die Mitteilung des Namens sowie der ladungsfähigen Anschrift in ausreichender Weise geschehen.⁶¹

In Fällen, in denen vor der Ladung eines Zeugen weitere Ermittlungen des Gerichtes erforderlich sind, sieht der BGH entsprechende Anträge zur Beweiserhebung dann zum Teil als bloße Beweisermittlungsanträge an. In einigen Entscheidungen hat er dagegen auch nur relativ vage Angaben zum Beweismittel genügen lassen.⁶² Ähnliches gilt bei der Benennung einer Vielzahl von Zeugen im Sinne einer bestimmten Personengruppe.⁶³

Für die Verteidigungspraxis bedeutet dies, dass eine Individualisierung so weit wie möglich erfolgen sollte. Ist dies nicht möglich, muss jedenfalls der Weg zur Ermittlung des Namens und der Anschrift aufgezeigt werden.⁶⁴

bb. Da es bei einem Sachverständigenbeweis um wissenschaftliche Kriterien geht, die unter Beweis gestellt werden sollen, sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des Beweismittels naturgemäß geringer.⁶⁵ Es genügt die Angabe der Fachrichtung zur Individualisierung. Denn es ist Sache des Gerichtes, einen bestimmten Gutachter zu bestimmen (§ 73 StPO).

Allerdings ist es für die Praxis, sofern dies vonseiten der Verteidigung möglich ist, stets sinnvoll, mit dem Antrag schon einen konkreten Sachverständigen zu benennen. Hat man schon vorher mit diesem Kontakt aufgenommen, kann dies mit der Mitteilung verbunden werden, dass er zu einer zeitnahen Erstattung seines Gutachtens in

⁶¹ Hamm/Pauly S. 54.

⁶² Hamm/Pauly S. 54 ff.

⁶³ Hamm/Pauly S. 58 f.

⁶⁴ Hamm/Pauly S. 59 f.

⁶⁵ Schneider NSTZ 2023, 65, 66.

der Lage ist. Idealerweise noch mit einer für die Staatskasse günstigen Kostenfolge. Häufig wird das Gericht dem dann nachgehen, um Auseinandersetzungen über die Person des geeigneten Gutachters zu vermeiden. Dies gilt vor allem in Fachbereichen, in denen nur wenige anerkannte Sachverständige tätig sind, oder wenn die Gutachtenerstattung sonst nur deutlich später möglich wäre.

cc. Mit dem Urkundenbeweis wird die Verlesung eines bestimmten Schriftstückes beantragt. Zur Individualisierung sind somit dessen genaue Bezeichnung sowie der Fundort des Dokumentes notwendig. Ein Antrag auf Beiziehung von Akten oder Geschäftsunterlagen ist daher lediglich als ein Beweisermittlungsantrag anzusehen.⁶⁶ Dies gilt ausnahmsweise aber dann nicht, wenn gerade mit der benannten Urkundensammlung selbst ein Beweis geführt werden soll.⁶⁷

In der Verfahrenspraxis geschieht es nicht selten, dass mit dem Beweisantrag ein Beweisziel und nicht die Beweistatsache (der Urkundeninhalt) genannt wird. Häufig wird sich das Problem im Wege der Auslegung auflösen lassen. Insbesondere bei allen Verfahrensbeteiligten zugänglichen Urkunden. Dennoch sollte der Verteidiger auch hier auf eine sorgfältige Formulierung seines Beweisantrages achten.

dd. Auch bei dem Augenscheinbeweis gilt, dass das Objekt der sinnlichen Wahrnehmung hinreichend individualisiert werden muss.

d. Durch das Konnexitätserfordernis ist im Gesetz nun die frühere Rechtsprechung aufgegriffen worden, wonach eine sinnhafte Verknüpfung zwischen der Beweistatsache sowie dem Beweismittel bestehen muss.⁶⁸

Dieses Erfordernis sei besonders deswegen erforderlich, weil das Gericht die Ablehnungsgründe der Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache und der völligen Ungeeignetheit des Beweismittels bei einer nicht erkennbaren Konnexität nicht sinnvoll zu prüfen vermöge.⁶⁹ Ausführungen zur Konnexität bedarf es allerdings nur dann, wenn sich dieser Zusammenhang nach dem bisherigen Verlauf der

66 Siehe hierzu *Hamm/Pauly* S. 62.

67 *Hamm/Pauly* S. 62.

68 BGH NStZ 2013, 476.

69 BGH NStZ 1994, 247; 1998, 97; siehe hierzu auch *Herdegen* NStZ 1999, 176, 180.

Beweiserhebung in der Hauptverhandlung nicht von selbst versteht.⁷⁰ Zudem hat der BGH inzwischen klargestellt, dass es der Darlegung einer sogenannten qualifizierten Konnexität auch bei einer fortgeschrittenen Beweisaufnahme nicht bedürfe. Eine solche weitergehende Anforderung an die Konnexität werde von Gesetzes wegen nämlich nicht verlangt. Schon der Normtext lege dies nicht nahe. Zudem widerspreche eine solche Auslegung auch dem Willen des Gesetzgebers. Denn in der Begründung sei lediglich das Konnexitätsmerkmal im klassischen Sinne genannt worden. Eine solche Begrenzung decke sich zudem mit der Systematik und den Prinzipien des Beweisanztragsrechts. Dieses garantiere den Verfahrensbeteiligten als Ausgleich für die dominierende Stellung des die Beweisaufnahme bestimmenden Gerichts nämlich ein starkes Teilhaberecht am Prozess der Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung. Es sichere die Subjektstellung des Angeklagten sowie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Den Verfahrensbeteiligten müsse es dabei auch möglich sein, solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, deren Bestätigung durch das Beweismittel lediglich vermutet oder für möglich gehalten werde. Zudem sei das Beweisanztragsrecht vom Verbot der Beweisantizipation geprägt. Insoweit müsse der Antragsteller auch eine Tatsache unter Beweis stellen können, für deren Richtigkeit die bisherige Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte gegeben habe und die ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheine.⁷¹

Für die Verteidigung empfiehlt es sich regelmäßig, dem Erfordernis der Konnexität bei der Antragstellung Rechnung zu tragen. Im Interesse eines sinnhaften formalisierten Dialoges wird insoweit auch nichts Unzumutbares verlangt. Zudem ist zu bedenken, dass bei nicht erkennbarer Konnexität immer auch die Gefahr besteht, dass entsprechende Anträge als nur zum Schein oder mit dem Ziel der Prozessverschleppung gestellt angesehen werden.

70 BGH, Beschluss vom 01.09.2021 – 5 StR 188/21.

71 BGH, Beschluss vom 01.09.2021 – 5 StR 188/21..

2. Möglichkeit der Selbstladung

Mit den §§ 245 Abs. 2; 220 StPO besteht für einen Antragsteller zudem die Möglichkeit zu einer autonomen Beweisführung⁷² im Wege der Selbstladung von Zeugen sowie Sachverständigen. Außerdem können so sonstige Beweismittel, namentlich also Urkunden sowie Objekte des Augenscheins, unmittelbar zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden.

Zu beachten ist aber das Erfordernis eines immer zugleich zu stellenden ordnungsgemäßen Beweisantrages. In der Praxis wird von den Möglichkeiten des § 245 Abs. 2 StPO allerdings nur selten Gebrauch gemacht.

3. Zeitpunkt der Antragstellung

Wie sich aus der Norm des § 246 Abs. 1 StPO ergibt, darf ein Beweisantrag nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass er zu spät gestellt worden sei.

a. Er kann somit bis zu Beginn der Urteilsverkündung angebracht werden und die Verteidigung ist somit grundsätzlich frei in der Entscheidung, in welcher Verfahrenslage ein Beweisantrag gestellt wird. Allerdings ist es Sache des Vorsitzenden, den Verfahrensbeteiligten im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis nach § 238 Abs. 1 StPO das Wort hierfür zu erteilen. Der Verteidiger darf sich also nicht darauf verlassen, dass ihm bei einem nur zur Urteilsverkündung anberaumten Hauptverhandlungstermin noch einmal eine Gelegenheit zur Stellung eines Beweisantrages eingeräumt wird.⁷³

b. Zu berücksichtigen ist insoweit aber die gesetzliche Neuregelung des § 244 Abs. 6 S. 3 StPO zu einer möglichen zulässigen Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen. Nach dem Wortlaut sowie der inzwischen hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung setzt die Anwendung dieser Fristsetzungsbefugnis keinen vorherigen »Missbrauch« des Beweisantragsrechts durch einen Verfahrensbeteiligten voraus.⁷⁴

⁷² Hamm/Pauly S. 292.

⁷³ Siehe hierzu auch Hamm/Pauly S. 100.

⁷⁴ Siehe hierzu BGH, Beschluss vom 19.12.2023 – 3 StR 160/22; BGH, Beschluss vom 10.01.2024 – 6 StR 276/23.

c. Aus Verteidigersicht ist es im Ergebnis allein eine Frage von Taktik und Strategie, zu welchem Zeitpunkt Beweisanträge zu welchem Beweisthema gestellt werden.

4. Anschluss an Beweisanträge

Anerkannt ist auch die Befugnis, sich dem Beweisantrag eines anderen Verfahrensbeteiligten anzuschließen.⁷⁵ Vom Grundsatz her gelten dann die gleichen Regeln wie bei einem eigenen gestellten Antrag. Allerdings sind viele Einzelheiten in diesem Zusammenhang sehr umstritten.⁷⁶

In der Praxis findet sich hierbei häufig die Formulierung, dass sich die Verteidigung dem Beweisantrag des Verteidigers des Mitangeklagten und dessen Begründung anschließe.

Aus revisionsrechtlicher Perspektive sollte, bei entsprechendem Verteidigungsziel, ein Anschluss erfolgen. Zwar wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Verletzung des Beweisantragsrechtes nicht nur der Antragsteller selbst, sondern auch die Verfahrensbeteiligten mit erkennbar gleichem Interesse rügen können.⁷⁷ Hierauf sollte sich die Verteidigung aber nicht verlassen.

5. Zurücknahme eines Beweisantrages

Aus dem Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten als prozessualem Gestaltungsrecht ergibt sich zugleich, dass sie einen gestellten Beweisantrag auch zurücknehmen können.⁷⁸

a. Diese Möglichkeit gilt uneingeschränkt bis zu dem Zeitpunkt einer Entscheidung des Gerichtes über das Beweisbegehren. Sie wirkt nur für und gegen den Verfahrensbeteiligten, der eine entsprechende Erklärung abgibt.⁷⁹ Grundsätzlich ist hierzu eine ausdrückliche Rücknahmeerklärung zu verlangen. In bestimmten Verfahrenskonstellationen hat die Rechtsprechung eine vermeintlich stillschweigende

⁷⁵ Alsberg/*Güntge* S. 275.

⁷⁶ Alsberg/*Güntge* S. 276 ff.

⁷⁷ *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 105.

⁷⁸ *Hamm/Pauly* S. 287.

⁷⁹ *Hamm/Pauly* S. 289 f.

Erklärung allerdings ebenfalls genügen lassen.⁸⁰ Die erneute Stellung eines zurückgenommenen Beweisantrages ist unproblematisch möglich.⁸¹

b. Ist die beantragte Beweiserhebung bereits angeordnet und das benannte Beweismittel im Sitzungssaal präsent, kommt ein Verzicht auf die Beweiserhebung nur noch mit Einverständnis aller Verfahrensbeteiligter in Betracht (§ 245 Abs. 1 S. 2 StPO).⁸²

c. Auch nach der Zurücknahme eines Beweisantrages bleibt die Sachaufklärungspflicht des Gerichtes (§ 244 Abs. 2 StPO) selbstverständlich weiterhin bestehen. Allerdings wird ein Verfahrensbeteiligter, der sein Beweisbegehren selbst nicht aufrechterhalten hat, dies später kaum als verfahrensfehlerhaft rügen können.

6. Arten von Beweisanträgen

a. Im Regelfall wird ein unbedingter Beweisantrag gestellt, das Begehren also nicht in irgendeiner Form von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht.

b. Mit einem bedingten Beweisantrag formuliert man ein Begehren, welches von dem Vorliegen einer bestimmten Prozesslage, Auffassung oder Entscheidung des Gerichtes u. Ä. abhängig gemacht wird. Entschieden werden muss hierüber naturgemäß nur, wenn die angegebene Bedingung eintritt.⁸³

c. Ein Hilfsbeweisantrag wird unter die Bedingung der Entscheidung über einen unbedingt gestellten verfahrensabschließenden Hauptantrag gestellt, meist also in Verbindung mit dem Antrag auf Freispruch des Angeklagten.⁸⁴

d. Bei einem Eventualbeweisantrag handelt es sich um einen bedingten Beweisantrag, der im Schlussvortrag als Hilfsbeweisantrag gestellt wird.⁸⁵

⁸⁰ Hamm/Pauly S. 288 f.

⁸¹ Hamm/Pauly S. 290.

⁸² Hamm/Pauly S. 288.

⁸³ Schmitt/Köhler § 244 Rn. 22.

⁸⁴ Schmitt/Köhler § 244 Rn. 22a.

⁸⁵ Schmitt/Köhler § 244 Rn. 22.

II. BEWEISANREGUNGEN

Das gemeinsame Merkmal von Verfahrenshandlungen, mit denen außerhalb eines förmlichen Beweisantrages auf den Umfang der Beweisaufnahme Einfluss genommen werden kann, besteht darin, dass das Gericht zu einer Sachaufklärung von Amts wegen angeregt wird.

Insofern bietet sich die Bezeichnung Beweisanregung als Oberbegriff an.⁸⁶ Die nachstehend verwendete Terminologie wird allerdings nicht einheitlich verwendet.

1. Das Beweiserbieten ist der bloße Hinweis eines Verfahrensbeteiligten auf die Möglichkeit einer Beweiserhebung. Diese wird aber von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 244 Abs. 2 StPO abhängig gemacht.⁸⁷ Es ist also eine Verfahrenshandlung, welche zwar eine Beweistatsache und ein Beweismittel enthält, aber weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Beweiserhebung verlangt.⁸⁸ Ein Beweiserbieten muss, mangels Antragsqualität, nicht in die Sitzungsniederschrift aufgenommen werden.⁸⁹ Ob ihm nachzugehen ist, hat das Gericht auf Grundlage der Sachaufklärungspflicht zu entscheiden.⁹⁰ Einer Bescheidung in der Hauptverhandlung oder eines rechtlichen Hinweises bedarf es aber nicht.⁹¹

2. Bei Beweisermittlungsanträgen wird in Bezug auf das Beweismittel oder die Beweistatsache eine gewisse Unbestimmtheit zum Ausdruck gebracht.⁹² Im Gegensatz zu Beweiserbieten enthält ein solcher Antrag aber nicht nur einen Appell, sondern schon das Verlangen, einen bestimmten Beweis zu erheben.⁹³ Im Regelfall dienen Beweisermittlungsanträge dazu, aufgrund der gewünschten Beweiserhebung neue Informationen zu erlangen, um darauf aufbauend weitere Verfahrensanträge

86 Alsberg/*Dallmeyer* S. 69.

87 *Schmitt/Köhler* § 244 Rn. 24.

88 Alsberg/*Dallmeyer* S. 69 f.

89 Alsberg/*Dallmeyer* S. 74.

90 Alsberg/*Dallmeyer* S. 74.

91 Alsberg/*Dallmeyer* S. 74.

92 *Hamm/Pauly* S. 28 ff.

93 *Hamm/Pauly* S. 28.

zu stellen.⁹⁴ Zu Beweisermittlungsanträgen in diesem Sinne gehören somit auch Anträge, welche die notwendige Konnexität nicht erkennen lassen.⁹⁵ Zum Teil werden hierunter auch sonstige Verfahrensanträge gefasst, die darauf abzielen, dem Antragsteller Informationen zur Stellung eines förmlichen Beweisantrages zu verschaffen, wie Unterbrechungsanträge oder Anträge auf Zwangsmaßnahmen.⁹⁶ Beweisermittlungsanträge sind in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen.⁹⁷ Eine Bescheidung durch Beschluss ist jedenfalls dann notwendig, wenn das Begehren von dem Antragsteller ausdrücklich als Beweisantrag bezeichnet wurde, weil dann die Regelung des § 244 Abs. 6 S. 1 StPO gilt.⁹⁸ Denn es ist in solchen Fällen Sache des gesamten Spruchkörpers zu entscheiden, ob es sich um einen Beweisantrag oder nur um einen Beweisermittlungsantrag handelt.⁹⁹ Eine ablehnende Entscheidung nur des Vorsitzenden kann nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden.¹⁰⁰

3. Als Beweisanregungen im engeren Sinne bezeichnet man solche Interventionen, die nicht den Umfang, sondern die Art und Weise der Beweisaufnahme betreffen.¹⁰¹ Dies ist beispielhaft der Fall bei der Anregung zu einer Gegenüberstellung, der nochmaligen Vernehmung von schon gehörten Auskunftspersonen oder einer abermaligen Augenscheinseinnahme.¹⁰² Solche Anregungen zeichnen sich somit dadurch aus, dass hierbei kein förmliches Beweisantragsrecht in Anspruch genommen werden kann.¹⁰³ Beweisanregungen im engeren Sinne sind im Regelfall in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen.¹⁰⁴ Ihre Ablehnung bedarf keines Beschlusses. Allerdings muss der Vorsitzende eine entsprechende Entscheidung bekanntgeben sowie begründen.¹⁰⁵

⁹⁴ Hamm/Pauly S. 29.

⁹⁵ Alsberg/Dallmeyer S. 70.

⁹⁶ Alsberg/Dallmeyer S. 70.

⁹⁷ Alsberg/Dallmeyer S. 83; Meyer-Goßner/Schmitt § 244 Rn. 27.

⁹⁸ Alsberg/Dallmeyer S. 83.

⁹⁹ Alsberg/Dallmeyer S. 83.

¹⁰⁰ Alsberg/Dallmeyer S. 84; Meyer-Goßner/Schmitt § 244 Rn. 27.

¹⁰¹ Hamm/Pauly S. 25; Meyer-Goßner/Schmitt § 244 Rn. 26.

¹⁰² Hamm/Pauly S. 26 f.

¹⁰³ Alsberg/Dallmeyer S. 71.

¹⁰⁴ Alsberg/Dallmeyer S. 93.

¹⁰⁵ Alsberg/Dallmeyer S. 93.

4. Mit dem besonderen Begriff Beweisersuchen wird zum Teil ein auf eine Beweiserhebung gerichteter Antrag bezeichnet, der unter die Voraussetzungen des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO fällt.¹⁰⁶ Sie sind als Anträge in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen.¹⁰⁷ Die Entscheidung des Vorsitzenden, welche von ihm nach der Regelung des § 34 StPO auf Grundlage des § 244 Abs. 2 StPO zu begründen ist, kann dann entsprechend § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden.¹⁰⁸

5. Schließlich handelt es sich auch immer dann um keinen förmlichen Beweisantrag, wenn außerhalb der Hauptverhandlung Anträge zur Beweiserhebung gestellt werden oder Beweisanträge sich nicht auf die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage beziehen, sondern beispielsweise Verfahrensvoraussetzungen betreffen.

C. DER BEWEISANTRAG IN DER REVISION

Bei der Prüfung, ob die Verletzung des Beweisantragsrechtes im Rahmen einer Revision geltend gemacht werden soll, hat sich der Verteidiger ausschließlich an dem Interesse des Angeklagten zu orientieren. Das Bemühen um Rechtsfortbildung oder die Revisionseinlegung um ihrer selbst willen haben dagegen zurückzustehen.

Ist der Mandant in jeder Hinsicht mit der gerichtlichen Entscheidung einverstanden, kommt eine Anfechtung des Urteils daher grundsätzlich nicht in Betracht.

Die Einlegung von Rechtsmitteln (nicht deren Durchführung) kann allerdings manchmal allein schon deswegen geboten sein, weil erst die Urteilsgründe eine sachgerechte Prüfung der Erfolgsaussichten von Berufung oder Revision ermöglichen. Hier insbesondere, ob sich die Urteilsgründe zu den Ablehnungsgründen in Widerspruch setzen.

In seltenen Ausnahmefällen ist es zudem legitim, eine Rechtsmitteleinlegung mit dem Ziel vorzunehmen, die Rechtskraft der Entscheidung hinauszuzögern.

¹⁰⁶ Siehe hierzu Alsberg/*Dallmeyer* S. 71.

¹⁰⁷ Alsberg/*Dallmeyer* S. 86.

¹⁰⁸ Alsberg/*Dallmeyer* S. 87.

Eine Sprungrevision kann sich dann anbieten, wenn für den Angeklagten vorteilhaftere Tatsachenfeststellungen und eine günstigere Rechtsfolge in der Berufungsinstanz mit hoher Sicherheit ausgeschlossen werden können sowie gute Erfolgsaussichten für das Durchgreifen einer Revision bestehen.

I. ZULÄSSIGKEIT DER REVISION

Die Revision ist frist- und formgerecht einzulegen.

1. Die Frist beginnt mit dem Tag der Urteilsverkündung oder der Zustellung der Urteilsgründe (§ 341 StPO) und endet dann nach einer Woche mit Ablauf des Tages, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat (§ 43 Abs. 1 StPO).

Fällt das Fristende auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag, ist der nächste Werktag maßgeblich (§ 43 Abs. 2 StPO). Aus Verteidigersicht gilt auch hier, dass, jedenfalls in den Fällen einer möglichen Sprungrevision, die Einigung so spät wie möglich erfolgen sollte, um kein nachteiliges Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zu provozieren.

2. Eine Revision wird mit jeder Erklärung formgerecht eingelegt, welche den Anfechtungswillen des Revisionsführers unzweifelhaft erkennen lässt.¹⁰⁹

a. Dies bedeutet zunächst, dass einschränkende Formulierungen (»vorsorglich«) auch dann zu vermeiden sind, wenn die Rechtsmitteleinlegung zunächst nur zur Prüfung ihrer Erfolgsaussicht erfolgte. Da der Verteidiger aus eigener Befugnis Revision einlegen kann (§ 297 StPO) sind auch die gerne genutzten Passivformulierungen (»wird eingelegt«) nicht geboten. Besser ist die Benennung des Verteidigers als Akteur (»lege ich«).

b. Abzufassen ist eine solche Anfechtungserklärung in deutscher Sprache. Sie muss bei dem Gericht eingehen, dessen Urteil angefochten wird (§ 341 Abs. 1 StPO). Die Möglichkeit der Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle ist für den Verteidiger nicht von Relevanz.

c. Nach Maßgabe des § 32d S. 2 StPO besteht für Verteidiger und Rechtsanwälte eine Pflicht zur Übertragung der Erklärung als

¹⁰⁹ *Schmitt/Köhler* § 300 Rn. 2.

elektronisches Dokument (beA). Die Übermittlung eines maschinenschriftlich vom Verteidiger signierten Schriftsatzes aus einem besonderen elektronischen Anwaltspostfach eines anderen Rechtsanwalts genügt nicht den Anforderungen, da das elektronische Dokument dann weder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des den Schriftsatz verantwortenden Verteidigers versehen, noch von diesem auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wurde. Hierfür müssen Name und Signatur übereinstimmen.¹¹⁰

d. Da die Frage, ob die Berufung oder Revision das zweckmäßigere Rechtsmittel ist, sinnvoll erst auf Grundlage der Urteilsgründe entschieden werden kann, ist ein Wechsel des Rechtsmittels innerhalb der Revisionsbegründungsfrist unstreitig jedenfalls einmal statthaft.¹¹¹ Der Verteidiger ist also frei, ob er zunächst Rechtsmittel, Berufung oder Revision einlegt. Vor dem Hintergrund, dass der Tatrichter möglicherweise nicht so sorgfältige Urteilsgründe abfasst, wenn er lediglich eine zweite Tatsacheninstanz vor Augen hat, bei der seine Feststellungen und Wertungen ohnehin unerheblich sind, wird unter Verteidigern daher gerne zunächst Berufung eingelegt und das Rechtsmittel dann nachfolgend als Revision durchgeführt.

e. Eine sachgerechte Prüfung von Verfahrensfehlern kann nur auf Grundlage der Sitzungsniederschrift erfolgen. Mit der Revisions-einlegung ist daher immer zugleich das Hauptverhandlungsprotokoll anzufordern.

II. MÖGLICHKEIT DER WIEDEREINSETZUNG

Werden Frist oder Form bei der Rechtsmitteleinlegung versäumt, besteht unter den Voraussetzungen der §§ 44 ff. StPO die Möglichkeit, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen.

1. Für die Erfolgsaussichten eines solchen Antrages ist entscheidend, ob der Angeklagte ohne Verschulden gehindert war, Frist oder Form bei der Revisionseinlegung einzuhalten (§ 44 StPO). Die Einzelheiten zu einem etwaigen Mandantenverschulden können der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur entnommen werden. Für

¹¹⁰ BGH, Beschluss vom 18.10.2022 – 3 StR 262/22.

¹¹¹ BGHSt 2, 63, 70.

die Verteidigung im Revisionsverfahren ist hierbei vor allen Dingen von Bedeutung, dass dem Angeklagten das Verschulden des Verteidigers grundsätzlich nicht zugerechnet wird. Anders gegebenenfalls dann, wenn dem Mandanten dessen Unzuverlässigkeit in hinreichender Weise bekannt ist.¹¹²

2. Ein Wiedereinsetzungsantrag muss binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses bei dem Rechtsmittelgericht oder dem Gericht gestellt werden, dessen Urteil angefochten wird (§ 45 Abs. 1 StPO).

3. Die Tatsachen zur Begründung des Antrages sind so genau darzulegen, dass hieraus sämtliche zur Entscheidung über die Wiedereinsetzung erforderlichen Umstände deutlich werden. Insbesondere also die versäumte Frist, der Hinderungsgrund sowie der Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses.¹¹³ Sind die entscheidenden Umstände schon nach der Aktenlage offensichtlich, können die Anforderungen an den Vortrag allerdings geringer sein.¹¹⁴

4. Der Tatsachenvortrag ist schon bei der Antragstellung oder im weiteren Verfahren glaubhaft zu machen (§ 45 Abs. 2 StPO). Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt grundsätzlich alles in Betracht, was generell geeignet ist, die Wahrscheinlichkeit des Vorbringens darzutun.¹¹⁵ Die bloße Benennung von Zeugen genügt aber nur dann, wenn zugleich glaubhaft dargelegt wird, dass diese eine schriftliche Bestätigung verweigert hätten.¹¹⁶ Die einfache Erklärung des Angeklagten selbst reicht nicht aus.¹¹⁷ In der Praxis kann der Verteidiger häufig die entscheidenden Umstände aus eigener Wahrnehmung mitteilen. Dies ist in der Regel ausreichend.¹¹⁸

5. Weiterhin ist die versäumte Verfahrenshandlung nachzuholen, also die Revision einzulegen. In diesem Fall kann auch eine Wiederbesetzung von Amts wegen erfolgen (§ 45 Abs. 2 StPO). In Betracht kommt

112 OLG Köln StraFo 2012, 224.

113 BGH NStZ 2012, 276.

114 BGH NStZ 2013, 474.

115 KK/*Schneider-Glockzin*, 9. Aufl. 2023, § 45 Rn. 11.

116 KK/*Schneider-Glockzin* § 45 Rn. 11.

117 KK/*Schneider-Glockzin* § 45 Rn. 11.

118 KK/*Schneider-Glockzin* § 45 Rn. 11.

dies vor allen Dingen dann, wenn der Schriftsatz zur Rechtsmitteleinlegung zwar verspätet eingegangen, aus der Akte aber erkennbar ist, dass er rechtzeitig versandt wurde.

6. Über den Antrag entscheidet das Revisionsgericht. Im Falle der Gewährung von Wiedereinsetzung ist dies nicht anfechtbar, anderenfalls ist sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung statthaft (§ 46 StPO).

7. Da ein Antrag auf Wiedereinsetzung grundsätzlich nicht die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung hemmt (§ 47 Abs. 1 StPO), sollte immer zugleich mit einem Wiedereinsetzungsantrag ein Aufschub der Vollstreckung beantragt werden (§ 47 Abs. 2 StPO).

III. KONKURRENZ VON RECHTSMITTELN

In dem Fall, dass ein Beteiligter des Verfahrens Sprungrevision einlegt, ein anderer Verfahrensbeteiligter dagegen Berufung, ist an die Regelung des § 335 Abs. 3 StPO zu denken, wonach eine ordnungsgemäß angelegte Revision dann zunächst als Berufung behandelt wird. Streitig ist in diesem Zusammenhang, wie zu verfahren ist, wenn das gegen einen Beteiligten geführte Verfahren nach § 153a Abs. 2 StPO eingestellt worden ist.¹¹⁹

IV. REVISIONSBESCHRÄNKUNG

Grundsätzlich ist auch eine Beschränkung der Revision nach den allgemeinen Grundsätzen möglich.

1. Inhaltlich setzt dies voraus, dass sich die Rechtsmittelbeschränkung auf solche Beschwerdepunkte bezieht, die nach dem inneren Zusammenhang der Urteilsgründe losgelöst von dem nicht angefochtenen Urteilsteil sinnvoll geprüft werden können. Grundsätzlich unproblematisch ist daher meist eine Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch oder selbstständige prozessuale Taten. Auch innerhalb der Entscheidung über die Rechtsfolge kann häufig eine logische Trennung vorgenommen werden, sodass beispielhaft die Revision auf die Anzahl und Höhe der Tagessätze einer Geldstrafe beschränkt werden darf. In diesem Zusammenhang sehr problematisch sind die Fälle, in

¹¹⁹ Siehe hierzu BGH, Beschluss vom 12.10.2022 – 2 StR 201/21.

denen der Tatrichter die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung rechtsfehlerhaft unterlassen hat. Zwar besteht hier die Möglichkeit, die Nichtanwendung der entsprechenden Vorschriften vom Revisionsangriff auszunehmen. Bei einer unwirksamen Rechtsmittelbeschränkung führt dies aber zu Problemen. Denn bei einer Zurückverweisung und Neuverhandlung der Sache wäre nach Auffassung der Rechtsprechung mangels Verböserung eine entsprechende Maßregelanordnung dann zulässig.

2. Formal muss der Wille zur Beschränkung der Revision durch eine entsprechende Erklärung zum Ausdruck kommen, was aber gegebenenfalls auch konkludent geschehen kann. Die ausdrückliche Revisionsbeschränkung kann schon mit der Revisionseinlegung oder auch später beim Revisionsantrag erfolgen.

3. Aus Verteidigersicht ist die Frage einer Beschränkung des Rechtsmittels ausschließlich an der Zweckmäßigkeit und dem Interesse des Mandanten zu orientieren. Im Zweifel wird sich eine unbeschränkte Anfechtung empfehlen.

V. REVISIONSBEGRÜNDUNG

Auch für die vorgeschriebene Begründung der Revision sind Frist- und Formvorschriften zu beachten.

1. Die Frist zur Begründung der Revision beginnt mit dem Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels bei Zustellung des Urteils innerhalb der Einlegungsfrist (§ 345 Abs. 1 S. 1 StPO) oder mit Zustellung der Urteilsgründe (§ 345 Abs. 1 S. 3 StPO). Der zweite Fall ist der für die Praxis einzig relevante. Zu beachten ist, dass die Revisionsbegründungsfrist nur bei einer ordnungsgemäßen Urteilszustellung zu laufen beginnt, was für die Frage der tatsächlichen Möglichkeit zur Abfassung einer Revisionsbegründung einmal von Bedeutung sein kann. Die Berechnung der Frist richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Sie beträgt im Regelfall einen Monat (§ 345 Abs. 1 S. 1 StPO). Wird das Urteil jedoch später als einundzwanzig Wochen zu den Akten gebracht, verlängert sich die Frist nach neuem Recht allerdings um einen Monat und, wenn dies später als fünfunddreißig Wochen geschehen ist, um einen weiteren Monat (§ 345 Abs. 1 S. 2 StPO).

2. Die Revisionsbegründung muss vom Verteidiger schriftlich bei dem Gericht angebracht werden, dessen Urteil angefochten wird, und von ihm unterzeichnet sein (§ 345 Abs. 2 StPO). Die Übertragung als elektronisches Dokument ist nun vorgeschrieben (§ 32d S. 2 StPO). Da der Verteidiger mit dem Anbringen seiner Revisionsbegründung auch die Verantwortung für ihren Inhalt übernimmt, sind einschränkende Formulierungen (»auf Wunsch meines Mandanten«) hier gleichfalls verfehlt und können im Übrigen die Zulässigkeit des Rechtsmittels gefährden.

3. Die Begründung der Revision (Revisionsrechtfertigung) besteht aus einem Antrag und der eigentlichen Revisionsbegründung.

a. Der Revisionsantrag beinhaltet die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird (§ 344 Abs. 1 StPO). Bei der Formulierung hat man sich dabei sinnvollerweise an dem eigenen Vortrag und den Möglichkeiten des Revisionsgerichtes zu orientieren. Da sich dies allerdings ohnehin aus dem Gesetz ergibt, ist der Regelfall der (vollständigen) Aufhebung des Urteils sowie der Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung der Standardantrag und in jedem Fall ausreichend. Wird nur ein Teil des Urteils angefochten oder kann das Revisionsgericht aus Sicht des Verteidigers eine eigene Sachentscheidung treffen, ist dies aber selbstverständlich kenntlich zu machen.

b. Aus der eigentlichen Revisionsbegründung muss hervorgehen, ob das Urteil wegen der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren (Verfahrensrüge) oder einer anderen (Sachrüge) angefochten wird (§ 344 Abs. 2 S. 1 StPO).

aa. Für eine Verfahrensrüge bedeutet dies, dass diese die den Mangel enthaltenen Tatsachen so vollständig vortragen muss, dass das Revisionsgericht allein auf dieser Grundlage den behaupteten Verfahrensfehler nachprüfen kann (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO).

(1) Der Umfang der Darlegungen ist dabei abhängig von dem jeweiligen Verfahrensfehler und muss unter Zuhilfenahme von Rechtsprechung und Literatur vor Abfassung einer Revisionsbegründung ermittelt werden. Zu berücksichtigen ist aber generell, dass die Revisionsgerichte auch den Vortrag solcher Tatsachen verlangen, welche

dem Durchdringen der jeweiligen Verfahrensrüge ausnahmsweise entgegenstehen könnten (Negativtatsachen).

(2) Für die Rüge einer Verletzung des Beweisantrages bedeutet dies, dass mindestens der Beweisantrag und, sofern vorhanden, die Ablehnungsentscheidung des Gerichtes mitgeteilt werden müssen. Außerdem sollten etwaige Stellungnahmen sonstiger Verfahrensbeteiligter vorsorglich vorgetragen werden. Weiterhin der Umstand, dass der Beweisantrag nicht zurückgenommen, die Ablehnungsentscheidung nicht geändert sowie das Gericht die begehrte Beweiserhebung auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung nicht durchgeführt hat. Ganz wichtig ist auch die Mitteilung sämtlicher, im Beweisantrag oder der Ablehnungsentscheidung, in Bezug genommener Schriftstücke.¹²⁰

(3) Das dargestellte Verfahrensgeschehen sowie der sich darauf stützende Verfahrensfehler müssen bestimmt behauptet und dürfen nicht als lediglich möglich vorgetragen werden. Ein Hinweis auf das Hauptverhandlungsprotokoll als Beweismittel ist nicht erforderlich.

(4) Bei der Abfassung einer Verfahrensrüge empfiehlt es sich, nach einem einleitenden Obersatz, die Darstellung des Verfahrensgeschehens und anschließend eine rechtliche Würdigung. Zwar sind hierbei Ausführungen zum Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler rechtlich nicht notwendig, sollten aber zumindest dann aufgenommen werden, wenn sich dies nicht von selbst versteht. Denn gerne verneint die Rechtsprechung ein Durchgreifen des Verfahrensfehlers unter Hinweis auf diesen angeblich fehlenden Zusammenhang.

bb. Mit Erhebung der Sachrüge überprüft das Revisionsgericht die Urteilsgründe umfassend auf das Vorliegen etwaiger Rechtsfehler und ob die notwendigen Verfahrensvoraussetzungen sowie Verfahrenshindernisse vorliegen bzw. nicht bestehen. Die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts sollte stets mit erhoben werden, um dem Revisionssenat die Urteilsgründe damit zugänglich zu machen. Dies hier vor allen Dingen auch deshalb, weil so etwaige Widersprüche zwischen einem Ablehnungsbeschluss sowie den Gründen des Urteils leichter gerügt werden kann.

¹²⁰ BGH, Beschluss vom 26.07.2022 – 1 StR 214/22.

VI. MÖGLICHKEIT DER WIEDEREINSETZUNG

Auch bei Versäumung der Frist- und Formvorgaben zur Revisionsbegründung ist es grundsätzlich möglich, einen Wiedereinsetzungsantrag zu stellen.

Zu beachten ist allerdings gesondert, dass eine Wiedereinsetzung zur Nachholung einzelner Verfahrensrügen von der Rechtsprechung nur für ganz besondere Ausnahmesituation anerkannt wird.

Dies dürfte bei einer Rüge der Verletzung des Beweisantragsrechtes regelmäßig nicht der Fall sein.

LITERATUR

- Alsberg, Max u.a.: Der Beweisanspruch im Strafprozess, 8. Aufl. 2022
- Arnoldi, Olaf: Das Beweisanspruchsrecht im Bußgeldverfahren, NStZ 2023, 525 ff.
- Dörner, Dietrich: Die Logik des Misslingens – Strategisches Denken in komplexen Situationen, 12. Aufl. 2014
- Effer-Uhe, Daniel/Mohnert, Alica: Psychologie für Juristen, 1. Aufl. 2019
- Eisenberg, Ulrich: Perseveranz bei strafgerichtlichen Entscheidungen, NStZ 2023, 321 ff.
- Engels, Dieter: Beweisantizipationsverbot und Beweiserhebungsumfang im Strafprozess, GA 1981, 21 ff.
- Fisch, Andre: Das Strafbefehlsverfahren im Spannungsfeld legislatorischer Beschleunigungs- und Entlastungstendenzen, Inaugural-Dissertation Universität Bochum 1999
- Habetha, Jörg: Das Beweisanspruchsrecht – vom scharfen Schwert zum zahnlosen Tiger?, StraFo 2024, 41 ff.
- Hamm, Rainer/Pauly, Jürgen: Beweisanspruchsrecht, 3. Aufl. 2019 Hamm, Rainer: Anmerkung zu BGH 5 StR 279/93, StV 1993, 455 ff.
- Henckel, Christoph: Verteidigungschancen im Zwischenverfahren – Rettung in letzter Minute?, StraFo 2024, 2 ff.
- Herdegen, Gerhard: Das Beweisanspruchsrecht – Betrachtungen anhand von und zur Rechtsprechung – Teil I, NStZ 1998, 444 ff.
- Herdegen, Gerhard: Das Beweisanspruchsrecht – Betrachtungen anhand von und zur Rechtsprechung – Teil II, NStZ 1999, 176 ff.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023
- Meyer-Goßner, Lutz/ Schmitt, Bertram: Kommentar zur StPO, 67. Aufl. 2024
- Sartorius, Matthias: Opening Statement, affirmative Beweisansprüche und Festschreibung des Sachverhalts, StraFo 2022, 90 ff.
- Scheffler, Uwe: Kurzer Prozess mit rechtsstaatlichen Grundsätzen?, NJW 1994, 2191 ff.
- Schimank, Uwe: Die Entscheidungsgesellschaft – Komplexität und Rationalität der Moderne, 1. Aufl. 2005
- Schneider, Hartmut: Bezeichnung konkreter Beweistatsachen bei Beweisansprüchen auf Einholung eines Sachverständigengutachtens, NStZ 2023, 65 ff.
- Schulz, Joachim: Die prozessuale Behandlung des Beweisermittlungsantrages, GA 1981, 301 ff.
- Schulz, Joachim: Die Erosion des Beweisanspruchsrechts – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege, StV 1991, 354 ff.
- Vultejus, Ulrich: Reform des Prozessrechts, ZRP 2000, 222 ff.

Die audio-visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung als Beispiel für die Gefahren durch KI-gestützte Auswertung von Aussageverhalten

I. DIE AUDIO-VISUELLE AUFZEICHNUNG DER HAUPTVERHANDLUNG

Zu den Anachronismen der StPO gehört der Umstand, dass bis heute der Ablauf einer Hauptverhandlung vor dem Landgericht ausschließlich in Bezug auf die Förmlichkeiten protokolliert wird, nicht jedoch eine inhaltliche Mitschrift der Zeugenaussagen erfolgt. §§ 271 bis 273 StPO sind hierfür die Grundlage, wobei selbst beim Amtsgericht, also Einzelrichter und Schöffengericht, nur über die Ausnahmeregelung des § 273 Abs 2 S.1 StPO die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen sind, also auch hier kein Wortprotokoll vorgeschrieben ist.

Diese seit 1877 im Wesentlichen unveränderte Vorgabe erfährt nur dann eine Ausnahme gem. § 273 Abs. 3 StPO, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder einer Äußerung ankommt.

Kurz gesagt liegt der Grund für die Ausnahme bei amtgerichtlichen Hauptverhandlungen in der Eröffnung einer zweiten Tatsacheninstanz zum Zwecke dortiger Vergleiche hinsichtlich der jeweiligen Aussagen.

Im Grundsatz jedoch möchte die StPO keine inhaltliche Überprüfung von Aussagen in der Revisionsinstanz, die widerspiegelnd hierzu sich im Wesentlichen in die Beweisverwertung des Tatrichters nicht einmischt. Dieser Grundsatz wurde in der Vergangenheit immer wieder hinterfragt.

Den aktuellen Schlusspunkt der Diskussion stellt die Forderung nach einer audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung dar, wobei diese schrittweise für die verschiedenen Gerichte, beginnend mit den Oberlandesgerichten, weiter zu den Landgerichten und schließlich auch bei den Amtsgerichten geplant ist, soweit es überhaupt eine Planung gibt.

Bei dieser Aufzeichnung soll zumindest das gesprochene Wort (Audio) aufgezeichnet und sogleich transkribiert werden in ein entsprechendes verschriftetes Protokoll.

Dazu soll nun kurz der aktuelle Stand der Gesetzgebung dargestellt werden.

II. AKTUELLER STAND DER GESETZGEBUNG

Nachdem der Entwurf eines Gesetzes zur audiovisuellen Aufzeichnung zunächst mit viel Beachtung gestartet war und im November 2023 im Bundestag verabschiedet wurde als Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Dok-HVG), hängt das Verfahren nun seit über einem Jahr im Vermittlungsausschuss, da die Länder erhebliche Bedenken in verschiedene Richtungen geäußert hatten. Eine Simulation führte zu keinem befriedigenden Ergebnis.

Aktuell ist eine Umsetzung in geltendes Recht noch nicht abzusehen. Jedoch können wir davon ausgehen, dass in der einen oder anderen Weise die Aufzeichnung auf uns und die Justiz zukommen wird. Der aktuelle Regierungsentwurf des Gesetzes hierzu sah selbst bereits eine verbindliche Einführung für 2030 vor. Ein Teil der Diskussion befasst sich unter anderem mit der Frage, ob die Novellierung sich möglicherweise nur auf die akustische Aufzeichnung beziehen wird und die visuelle Dokumentation in Wegfall käme.

Zurzeit, seit Oktober 2024, ist eine Petition am Laufen, initiiert von der Vereinigung Berliner Strafverteidigerinnen, Prof. Esser (Passau), Dr. Gerson (Passau) und Kollege Schneider aus Berlin, welche die Länder auffordern soll, von der Blockadehaltung abzusehen.¹

Ich möchte diese Thematik hier nicht vertiefen, sondern gehe vielmehr davon aus, dass diese Reform weitestgehend bekannt ist. Details sollen anderen Foren vorbehalten bleiben.

Die weiteren Ausführungen sollen keineswegs als Kritik an der längst überfälligen Dokumentation der Hauptverhandlung verstanden werden, sondern als Beispiel für die Gefahren, welche durch missbräuchliche Verwendung von Dateien, Audio- oder Videodateien, unter Anwendung von Tools der künstlichen Intelligenz bestehen.

Der Zusammenhang wird sogleich deutlich, sobald wir uns mit den Möglichkeiten der Anwendung von KI befassen.

III. MÖGLICHKEITEN DER AUSWERTUNG VON AUSSAGEN UND STELLUNGNAHMEN

Zunächst zwei praktische Ansätze:

Das EU-Projekt iBorderCtrl (intelligent BorderControl), das tatsächlich bereits an den EU-Außengrenzen Ungarns, Griechenlands und Litauens getestet wurde.

Ein mit künstlicher Intelligenz ausgestatteter virtueller Grenzbeamter stellt Einreisewilligen dabei mehrere Fragen zu ihrer Identität und ihren Reiseplänen – und soll währenddessen anhand der per Webcam übertragenen Gesichtsregungen erkennen, ob jemand lügt oder böse Absichten verbirgt.

Hier werden insbesondere körperliche Reaktionen verarbeitet und nach vorgegebenen Prüfschemata ausgewertet im Hinblick auf sogenannte Lügenanzeichen.

Letztlich ist dies die Fortentwicklung des Lügendetektors.

Im Juli 2024 veröffentlichten die Wirtschaftswissenschaftler Alicia von Schenk et al. von der Uni Würzburg in der Zeitschrift IS-

¹ <https://www.change.org/p/f%C3%BCr-die-umsetzung-des-hauptverhandlungsdokumentationsgesetzes>

cience² eine Studie, wonach sie selbstständig ein Tool entwickelten, mit dessen Hilfe die Aussagen von Personen auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft werden können. Dabei war die Erfolgsquote der Aufdeckung von Lügen etwa 70 Prozent gegenüber einer Erfolgsquote von 50 Prozent bei analoger, sprich menschlicher Beurteilung, mithin ein deutlicher Gewinn.

Im weiteren Verlauf der Studie ging es dann um die Frage der Veränderung im Sozialverhalten bei Anwendung derartiger Tools. Dies spielt hier zunächst noch keine Rolle, wird aber später nochmals verdeutlicht, da hier ein erhebliches Gefahrenmoment zutage tritt.

Bereits 2023 wurde in der Online-Zeitschrift PLOS ONE eine Übersicht über die damaligen Tools im Hinblick auf Glaubhaftigkeitsüberprüfungen erstellt, da in diesem Bereich sehr viel gearbeitet wird.³ Insbesondere die iBorderCtrl arbeitet mit einem Mehr-Faktoren-Ansatz, der sowohl auf Textanalyse als auch auf körperliche Merkmale abstellt.

Es ist zu erwarten, dass durch die stetige Weiterentwicklung unter Berücksichtigung der aus der Aussagepsychologie entwickelten Erkenntnisse in naher Zukunft recht zuverlässige Programme zur Verfügung stehen, die es erlauben, Aussagen und Verhalten von Menschen auf deren Glaubhaftigkeit zu überprüfen.

Überträgt man diese Möglichkeiten nun auf ein Strafverfahren, so ist zu klären, ob dies überhaupt eine Möglichkeit darstellt, in erster Linie Zeugenaussagen auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin zu bewerten.

Hier kommt zunächst der Rechtssatz zur Anwendung, dass die Bewertung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage ureigenste Aufgabe des Gerichts ist. Aus der ZPO kennen wir § 286 Abs. 1 ZPO :

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

² IScience 27 110201 Lie detection algorithms disrupt the social dynamics of accusation behavior.

³ Deception detection with machine learning: A systematic review and statistical analysis, Constancio et al, <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0281323>

Etwas unschärfer in der StPO § 261:

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Wie das Gericht dies bewerkstelligt, ist jedoch eine andere Frage. Im Regelfall wird das Gericht sich auf seine Erfahrung verlassen, die wiederum aber zumindest teilweise durch Fortbildungen ergänzt sein wird. Nicht zu beanstanden wäre insoweit auch, wenn das Gericht sich im konkreten Fall mit entsprechenden Nachschlagewerken Hilfe holt. Denkbar wäre – in gewissen Grenzen, welche sogleich noch anzusprechen sind – Hilfen aus dem Bereich der KI, sofern diese nicht den eigenen geistigen Akt des Gerichtes ersetzen.

Auf der anderen Seite stellt sich stets die Frage der subjektiven Wahrheit, also ob die Aussage aus Sicht des Zeugen zwar wahr ist, aber nicht der Realität entspricht. Ob die Künstliche Intelligenz dieses Problem zu lösen vermag, ist heute noch nicht abzusehen.

IV. ZULÄSSIGKEIT UND GEFAHREN DER AUSWERTUNG

Wie eben bereits angedeutet, stellt sich die grundlegende Frage, ob ein Gericht sich nun der KI bedienen kann, um die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu überprüfen. Konkret stellt sich die Frage, ob ein Gericht berechtigt ist, die audio-visuelle Aufzeichnung der Zeugenaussage quasi der KI zu füttern und durch die KI auswerten zu lassen.

Strafprozessual gibt es hier keine Verbotsnorm.

Wie das Gericht letztlich zu seiner Einschätzung kommt, bleibt völlig offen. Der Grundsatz des Inbegriffs der Hauptverhandlung hilft hier auf den ersten Blick nicht, denn es wird ja tatsächlich nur das bewertet, was in der Hauptverhandlung geschieht. Allerdings lohnt ein zweiter Blick:

Es stellt sich nämlich die Frage, ob die Zuhilfenahme einer KI nicht der Situation entspricht, dass ein Gericht sich zur Bewertung der Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit eines Sachverständigen bedient. Letzteres wäre jedenfalls nicht heimlich zulässig, sondern müsste im Sinne des § 261 StPO zum Inbegriff der Hauptverhandlung gemacht werden. Dies hieße jedoch wiederum, dass das Gericht

einen Teil seiner »ureigensten« Aufgabe aus der Hand gibt, selbst wenn es am Ende wiederum selbst beurteilen muss, inwieweit es den Ausführungen eines Sachverständigen folgt.

Ein Sachverständiger definiert sich herkömmlich als eine natürliche Person, daher wäre die KI kein Sachverständiger, wenngleich ihr eine fachliche Kompetenz nicht abzusprechen ist bzw. gerade ihre Spezialität wäre. Andererseits ist KI heute im Rahmen vieler Sachverständigengutachten ein unverzichtbares Tool und macht bisweilen den hauptsächlichen Anteil der gutachterlichen Aufgabe aus. Dies führt aber nicht daran vorbei, dass die Erkenntnisse aus der Anwendung der KI dem Gericht durch einen Sachverständigen in Form einer natürlichen Person vermittelt werden müssen.

Wie verhält es sich aber nun, wenn sich das Gericht selbst der KI bedient? Hierzu findet sich bislang kein Präzedenzfall.

Ist die Zuhilfenahme einer KI bei der Bewertung der Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit etwas anderes als die Zuhilfenahme von Fachliteratur? Dies ist entschieden zu bejahen. Während die Fachliteratur allgemeine Erkenntnisse liefert, welche durch eigene geistige Leistung des Gerichts auf den konkreten Fall anzuwenden sind, befasst sich die KI in den genannten Konstellationen mit der konkreten Situation und tritt an die Stelle der Beweiswürdigung des Gerichtes. Zwar mag das Gericht noch prüfen, ob es die Erkenntnisse der KI übernimmt oder nicht, jedoch findet hier eine Determination statt, die ja gerade Zweck der Anwendung der KI ist.

Demzufolge ist im Ergebnis auf der Grundlage des § 261 StPO die »heimliche« Anwendung von KI zur Glaubhaftigkeitsüberprüfung unzulässig, da sie letztlich zwar ein aliud zum Sachverständigenbeweis darstellt, im Ergebnis aber dasselbe Ziel verfolgt, wie die Beauftragung eines Sachverständigen.

Da die Aufnahmen, seien sie nur in Form von Tonaufnahmen oder auch Bildaufzeichnungen, nicht heimlich sind, steht andererseits nicht § 201 bzw. § 201 a StGB im Wege.

Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass Bild- und Tonaufnahmen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreifen und unter Art. 13 DSGVO fallen.

Art. 13 Abs. 1

Werden personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, so teilt der Verantwortliche der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten Folgendes mit: ...

die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung;

Verstöße hiergegen sind untersagt und bußgeldbewehrt gemäß Art. 83 DSGVO.

Ergänzend kommt hier Art. 5 Abs. 1 der KI-VO zum Tragen, der durch die Sanktionsvorschriften gem. Art. 99 KI-VO ergänzt wird:

Folgende Praktiken im KI-Bereich sind verboten:

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung eines KISystems, das Techniken der unterschweligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person oder absichtlich manipulative oder täuschende Techniken mit dem Ziel oder der Wirkung einsetzt, das Verhalten einer Person oder einer Gruppe von Personen wesentlich zu verändern, indem ihre Fähigkeit, eine fundierte Entscheidung zu treffen, deutlich beeinträchtigt wird, wodurch sie veranlasst wird, eine Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätte, und zwar in einer Weise, die dieser Person, einer anderen Person oder einer Gruppe von Personen erheblichen Schaden zufügt oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zufügen wird.

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung eines KISystems, das eine Vulnerabilität oder Schutzbedürftigkeit einer natürlichen Person oder einer bestimmten Gruppe von Personen aufgrund ihres Alters, einer Behinderung oder einer bestimmten sozialen oder wirtschaftlichen Situation mit dem Ziel oder der Wirkung ausnutzt, das Verhalten dieser Person oder einer dieser Gruppe angehörenden Person in einer Weise wesentlich zu verändern, die dieser Person oder einer anderen Person erheblichen Schaden zufügt oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zufügen wird;

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung von KISystemen zur Bewertung oder Einstufung von natürlichen Personen oder Gruppen von Personen über einen bestimmten Zeitraum auf der Grundlage ihres sozialen Verhaltens oder bekannter, abgeleiteter oder vorhergesagter persönlicher

Eigenschaften oder Persönlichkeitsmerkmale, wobei die soziale Bewertung zu einem oder beiden der folgenden Ergebnisse führt:

- Schlechterstellung oder Benachteiligung bestimmter natürlicher Personen oder Gruppen von Personen in sozialen Zusammenhängen, die in keinem Zusammenhang zu den Umständen stehen, unter denen die Daten ursprünglich erzeugt oder erhoben wurden;

- Schlechterstellung oder Benachteiligung bestimmter natürlicher Personen oder Gruppen von Personen in einer Weise, die im Hinblick auf ihr soziales Verhalten oder dessen Tragweite ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig ist;

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme für diesen spezifischen Zweck oder die Verwendung eines KISystems zur Durchführung von Risikobewertungen in Bezug auf natürliche Personen, um das Risiko, dass eine natürliche Person eine Straftat begeht, ausschließlich auf der Grundlage des Profiling einer natürlichen Person oder der Bewertung ihrer persönlichen Merkmale und Eigenschaften zu bewerten oder vorherzusagen; dieses Verbot gilt nicht für KISysteme, die dazu verwendet werden, die durch Menschen durchgeführte Bewertung der Beteiligung einer Person an einer kriminellen Aktivität, die sich bereits auf objektive und überprüfbare Tatsachen stützt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer kriminellen Aktivität stehen, zu unterstützen;

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme für diesen spezifischen Zweck oder die Verwendung von KISystemen, die Datenbanken zur Gesichtserkennung durch das ungezielte Auslesen von Gesichtsbildern aus dem Internet oder von Überwachungsaufnahmen erstellen oder erweitern;

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme für diesen spezifischen Zweck oder die Verwendung von KISystemen zur Ableitung von Emotionen einer natürlichen Person am Arbeitsplatz und in Bildungseinrichtungen, es sei denn, die Verwendung des KISystems soll aus medizinischen Gründen oder Sicherheitsgründen eingeführt oder auf den Markt gebracht werden;

- das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme für diesen spezifischen Zweck oder die Verwendung von Systemen zur biometrischen Kategorisierung, mit denen natürliche Personen indi-

viduell auf der Grundlage ihrer biometrischen Daten kategorisiert werden, um ihre Rasse, ihre politischen Einstellungen, ihre Gewerkschaftszugehörigkeit, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihr Sexualleben oder ihre sexuelle Ausrichtung zu erschließen oder abzuleiten; dieses Verbot gilt nicht für die Kennzeichnung oder Filterung rechtmäßig erworbener biometrischer Datensätze, wie z. B. Bilder auf der Grundlage biometrischer Daten oder die Kategorisierung biometrischer Daten im Bereich der Strafverfolgung;

- die Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken, außer wenn und insoweit dies im Hinblick auf eines der folgenden Ziele unbedingt erforderlich ist:

- gezielte Suche nach bestimmten Opfern von Entführung, Menschenhandel oder sexueller Ausbeutung sowie die Suche nach vermissten Personen;

- Abwenden einer konkreten, erheblichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit natürlicher Personen oder einer tatsächlichen und bestehenden oder tatsächlichen und vorhersehbaren Gefahr eines Terroranschlags;

- Aufspüren oder Identifizieren einer Person, die der Begehung einer Straftat verdächtig wird, zum Zwecke der Durchführung von strafrechtlichen Ermittlungen oder von Strafverfahren oder der Vollstreckung einer Strafe für die in Anhang II aufgeführten Straftaten, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dessen Recht mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren bedroht ist.

Unterabsatz 1 Buchstabe h gilt unbeschadet des Artikels 9 der Verordnung (EU) 2016/679 für die Verarbeitung biometrischer Daten zu anderen Zwecken als der Strafverfolgung.

Demnach ist eine Bewertung der Aussagen von Prozessbeteiligten mithilfe einer KI untersagt und illegal.

Flankiert wird dies von entsprechenden Verbotsvorschriften im Rahmen des DokHVG, welche für sich genommen jedoch praktisch sanktionslos sind.

Dem entspricht auch der Grundsatz, dass einmal erhobene personenbezogene Daten – um solche handelt es sich auch bei der audiovisuellen Aufzeichnung – grundsätzlich nur für den Zweck genutzt werden dürfen, zu dem sie erhoben wurden. Dies ist im Falle der Aufzeichnung der Hauptverhandlung nichts anderes als die Dokumentation der Hauptverhandlung, nicht aber eine weitere Nutzung im Sinne einer Auswertung mithilfe von Glaubhaftigkeits-Tools. (hier wird man allerdings in Zukunft beobachten müssen, ob die Obergerichte im Falle derartiger Vorgehensweisen sich auf das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung des BVerfG U.v. 20.04.2016 beziehen könnten, das diese Zweitverwertung zum Zwecke der Aufklärung schwerer Straftaten als zulässig erachtet. Wenn auch dieses Kriterium im Zusammenhang mit dem Polizeirecht entwickelt wurde, sind Weiterungen nicht auszuschließen, nachdem die Rechtsprechung des BGH zur Verwertbarkeit selbst höchst zweifelhafter Erkenntnisse, stets auf das Gebot der Zulässigkeit von Beweismitteln im Verhältnis zur Erheblichkeit der Straftaten abstellt.)

Dies alles schließt allerdings nicht aus, dass – quasi im stillen Kämmerlein eines Richters oder einer Richterin – derartige Tools unabhängig von ihrer Zulässigkeit verwendet werden. Dies ist sogar nachvollziehbar, da das Gericht hierin eine Möglichkeit sehen könnte, seine Entscheidung vermeintlich auf sichere Füße zu stellen und Selbstzweifel zu beseitigen.

Unabhängig von dem Verbot der Nutzung besteht aber noch eine völlig andere Gefahr, welche gerade den soeben zitierten Art. 5 Abs. 1 KI-VO betrifft:

Betrachtet man diese Situation unter Berücksichtigung der bereits zu Beginn angesprochenen Studie der Wirtschaftswissenschaftler Alicia von Schenk et al. von der Uni Würzburg in der Zeitschrift IScience,⁴ so wird das Problem deutlich. Diese konnte herausarbeiten, dass es einen erheblichen Unterschied macht, ob man zur Überprüfung der Richtigkeit einer Aussage sich seiner Erfahrung bedient oder ob man sich Unterstützung durch ein entsprechendes KI-Tool hinzu-

⁴ siehe Fn. 2

holt. Im ersten und bislang üblichen Fall verbleiben Zweifel in der Form, dass der Bewerter oder die Bewerterin zurückhaltend ist mit der Bewertung einer Aussage als Lüge. Wird jedoch die KI hinzugenommen, steigt die Bereitschaft, eine Aussage als Lüge zu betrachten, exorbitant, und zwar deutlich über den Grad hinaus, den die KI tatsächlich verspricht. Mit anderen Worten zeigt die Studie auf, dass der Anwender der KI sich nahezu bedingungslos auf die Richtigkeit der Auswertung verlässt, obwohl die KI selbst eine Unsicherheit von rund 20 offenlässt. Somit wird in einem erheblichen Bereich eine Aussage als sichere Lüge bewertet, obwohl die KI dies gerade nicht hergibt.

Im Ergebnis besteht möglicherweise ein Gewinn an Gewissheit durch die Verarbeitung der Bild- und Tonaufnahmen mithilfe von KI-Tools, wenngleich dieser nach heutigem Stand der Technik bei weitem nicht absolute Sicherheit gibt. Auf der anderen Seite steht aber einerseits die Gefahr genau dieses Restrisikos und noch wesentlich einschneidender die – nennen wir es Autosuggestion des Anwenders –, dass er sich trotz rationalem Verständnis der Unschärfen der KI unerschrocken einem Gefühl der Sicherheit hingibt und so zu quasi vorprogrammiert falschen Entscheidungen kommt.

Spiegelbildlich hierzu steht der damit einhergehende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Objekts der Aufzeichnung.

Und nun stelle man sich ergänzend folgendes Szenario vor: Das Gericht nutzt – wie gehabt – die Zeit außerhalb der Gerichtsverhandlung und lässt nicht nur die Zeugenaussagen durch die KI bewerten, sondern auch die Aussagen des Angeklagten oder auch die Ausführungen der Verteidigung, beispielsweise aus dem Plädoyer.

Dies hätte als Konsequenz zur Folge, dass zum einen der Rat an den Mandanten/Angeklagten zu schweigen, geradezu zwingend wäre, um jedes Risiko zu vermeiden. Aber auch die Verteidigung müsste sich überlegen, wie sie selbst damit umgeht. Es würde im Gerichtssaal sehr still werden und eine effektive Verteidigung wäre nur noch äußerst begrenzt möglich.

NACHTRAG:

Wir sprechen heute immer wieder von Künstlicher Intelligenz, deren bereits bestehenden Anwendungsbereiche oder der Aussicht, was in Zukunft möglich ist oder vielmehr was nicht gewünscht sein kann, also auch Gefahren durch die Anwendung von KI.

Hierbei bleibt ein Thema völlig ausgeklammert, auf welches ich an dieser Stelle hinweisen möchte.

Ohne dramatisieren zu wollen, halte ich die Gefahren, denen wir durch die Weiterentwicklung der Künstlichen Intelligenz ausgesetzt sind, für brandgefährlich, ja geradezu existenziell bedrohlich.

Es mag eine recht komplexe KI-VO der EU geben, welche zahlreiche Gefahrenquellen aufgreift und einzudämmen versucht.

Am Ende ist dies jedoch Augenwischerei.

Zu Beginn der Amtszeit des aktuellen US-amerikanischen Präsidenten wurde in den USA praktisch jede Beschränkung für die Entwicklung künstlicher Intelligenzen aufgehoben. Die Gründe hierfür sind hinlänglich bekannt.

In einer global vernetzten Gegenwart und Zukunft versteht es sich allerdings von selbst, dass jede Implementierung neuer Programme, Bots etc. auch Gefahren für das weltweite Netz und all derer darstellt, die mit dem Netz verbunden sind. Dabei sind DDoS (Distributed Denial of Service)-Angriffe, wie wir sie heute kennen, noch das geringste Problem.

An der Fudan-Universität in Schanghai hat ein Forscherteam um den Physiker Xudong Pan im vergangenen Jahr ein Experiment gestartet, um zu prüfen, ob die von Google Deep Mind und OpenAI als unüberwindbar bezeichnete rote Linie der Unmöglichkeit der Selbstvervielfältigung von KI-Programmen oder gar die Überwindung von Abschaltungen tatsächlich noch existiert.

Dazu wählten sie die großen Sprachmodelle Llama31-70B-Instruct von Meta und Qwen25-72B-Instruct von Alibaba, da diese von Millionen KI-Entwicklern genutzt und weil sie auch auf lokalen Servern betrieben werden können. Gleichzeitig stehen diese Modelle auf weit niedrigerer Stufe als Gemini 1 oder GPT 01, da sie weniger Parameter benötigen.

Zu ihrer eigenen Überraschung gelang es dem Team mit wenigen Prompts und geringfügiger Veränderung, zum Beispiel Befehlen, die es den KI-Systemen ermöglichten, über die Kommandozeile mit dem Betriebssystem ihres Servers zu interagieren, schließlich mit der Eingabe »repliziere Dich selbst«, das Programm dazu zu bringen, mit 90 prozentiger Genauigkeit sich selbst zu klonen und diese auf benachbarten Servern zu installieren. Dabei griff die KI auf das Internet zurück, insbesondere auf die mannigfachen KI-Tutorials, und lernte mit deren Hilfe, Hürden bei dem Klonvorgang zu überwinden.

In einem weiteren Schritt gelang es sodann, mithilfe eines recht einfachen Codeschnipsels und dessen Einfügung in den Programmlauf die KI dazu zu bringen, manuelle oder technisch initiierte Abschaltvorgänge zu überwinden und zu ignorieren bzw für den Fall einer Abschaltung einen Klon zu produzieren der trotz Abschaltung des Ausgangsprogramms weiterläuft.⁵

Dies klingt wahlweise alles recht fiktional oder harmlos. Tatsächlich aber sind diese beiden Schritte der Übergang in eine Selbstkontrolle der künstlichen Intelligenz, welche am Ende nicht mehr beherrschbar sein wird.

Ich möchte Sie alle daher unabhängig von unseren strafprozessualen Fragestellungen dafür sensibilisieren, äußerste Vorsicht im Umgang mit KI walten zu lassen.

⁵ <https://arxiv.org/abs/2412.12140>

Organ, Interessenvertreter, Fürsprecher – Die Rolle der Strafverteidigung als terra incognita?*

PROBLEMAUFRISS: DER ALTE STREIT UM DAS ROLLENBILD DER VERTEIDIGUNG

Was ist Strafverteidigung – und wenn ja, wie viele?

Rolle und Selbstverständnis der Strafverteidigung bilden seit jeher einen Brennpunkt rechtlicher und gesellschaftlicher Auseinandersetzungen.¹ Das liegt an der besonderen Funktion der Profession zwischen Schutzwall und »Sprachrohr«.² Nach dem Gesetz ist zwar klar, wer Verteidiger ist: Wer vom Beschuldigten zum solchen gewählt (§ 138 StPO) oder vom Vorsitzenden dazu bestellt wurde (§ 141 StPO).³ Trotz dieser Einbindung über § 137 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK⁴ bleibt die Funktionsbestimmung der Verteidigung allerdings ein umkämpftes Terrain. Die Frage nach der Reichweite und inhaltlichen Prägung dieser Rolle gewinnt angesichts einer Strafjustiz, die

* Die Vortragsform wurde beibehalten.

1 Vgl. nur den **Ergebnisband des 40. Strafverteidigertages** in Frankfurt am Main »Bild und Selbstbild der Strafverteidigung« (2016); *Egon Müller*, NJW 1981, 1801 ff.; *Eckart Müller*, NJW 2009, 3745 ff.; *König*, StV 2010, 410 ff.; MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 1. Zur Frage, ob Strafverteidigung noch »Kampf« i.S.d. *Dahs* sei, vgl. nur *Hamm*, NJW 2006, 2084 ff.

2 Vgl. hierzu das Policy-Paper **»Mehr Kommunikation wagen«** (2025) des Schwanenwerder Kreises (*Carolin Arnemann, Jan Bockemühl, Stefan Conen, Robert Esser, Oliver Harry Gerson, Georg-Friedrich Güntge, Jes Meyer-Lohkamp, Michael Gubitz, Toralf Nöding, Thomas Uwer*).

3 Besonders betont auch von MüKoStPO/*Kämpfer/Travers* (2. Aufl. 2023), StPO § 137 Rn. 7.

4 Dieses Wechselspiel hebt auch KMR/*Staudinger* (136. EGL 2025), § 137 Rn. 1 besonders hervor.

zunehmend unter Legitimationsdruck steht und Sparswängen ausgesetzt ist, mehr und mehr an Bedeutung.⁵

Die Diskussion knüpft an einen seit Jahrzehnten weitergereichten Zankapfel an,⁶ der in der Beschreibung des »neuen Verteidigertyps« durch *Hanack* in den 1980er Jahren besonders wortgewandt sichtbar wurde.⁷ Vorbei seien die Zeiten der Verurteilungsbegleitung und der Obrigkeithuldigung.⁸ Der neuartige Typus des Strafverteidigers zeichnet sich stattdessen durch eine aktive, teilweise konfrontative Ausnutzung der prozessualen Freiräume aus und stellt die Justiz dadurch vor neue Herausforderungen. Strafverteidigung wird nicht mehr nur als Dienstleistung im Rechtswesen wahrgenommen, sondern als kommunikative Performance im sozialen Feld der Rechtspflege, deren Handeln über die rechtliche Vertretung des Angeklagten hinaus Bedeutung entfaltet.⁹

Wenn Verteidigung sich dementsprechend emanzipiert,¹⁰ erwächst daraus neue Verantwortung, die von Seiten der Justiz zum Teil als eine Art Managementverpflichtung gegenüber des Mandanten interpretiert wird. Dies offenbart einen grundlegenden Konflikt: Soll die Verteidigung das Verfahren – auch gegen den Willen des Angeklagten – stabilisieren müssen oder vielmehr stören dürfen, wenn dies im Interesse des Mandanten geboten erscheint? Der Beitrag möchte

5 Zu den »Deliberalisierungstendenzen« Rotsch/Saliger/Tsambikakis/*Theile* (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 21 ff. Auch im **Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD »Verantwortung für Deutschland« für die 21. Legislaturperiode** heißt es in den Randziffern 2046 ff.: »Zur Gewährleistung einer effektiven Strafverfolgung und einer zügigen Verfahrensführung ist eine grundlegende Überarbeitung der Strafprozessordnung unumgänglich, weshalb wir eine Kommission aus Wissenschaft und Praxis unter Beteiligung der Länder einsetzen«. Typischerweise enden solche Reformideen in der Verkürzung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten; das könnte auch unmittelbare Auswirkungen auf die hiesige Diskussion zur Rolle der Strafverteidigung entfalten.

6 Instrukтив LR-StPO/*Jahn* vor § 137 Rn. 1.

7 *Hanack*, ZStW 93 (1981) 56 ff.

8 Vor dem Obrigkeitsstaat warnte noch *Dahs*, NJW 1976, 2145 f.

9 Man denke nur an gesellschaftliche und mediale Auswirkungen von prominenten Verfahren und Prominentenverfahren; insgesamt zur gewandelten Strategie im Umgang mit Medien *Hohmann*, NJW 2009, 881 ff.

10 Zu den divergenten Entwicklungen *König*, StV 2010, 410 ff.

den hierin verbauten – scheinbar »ausgekochten«¹¹ – Streit zur Rolle der Verteidigung zwischen den Extrema »Organ der Rechtspflege« und »Parteiinteressenvertreter« erneut aufrollen und zu einem anders gearteten Verständnis der Strafverteidigung als »autonomer Fürsprecher« weiterentwickeln.

Die nachfolgenden Überlegungen sind den zeitlichen und rhetorischen Zwängen eines Vortrags unterworfen und damit kursorisch und skizzenhaft. Der Blick erfolgt zudem vom Tellerrand aus¹² und fokussiert vor allem die semantische Seite: Womöglich existiert ein noch unverbrauchter Begriff, auf den aufgesattelt werden kann. Diese Option soll aufgezeigt werden.

ZUM UNTERSCHIED VON ROLLENBILD UND SELBSTVERSTÄNDNIS

In der soziologischen Analyse wird typischerweise unterschieden zwischen dem Rollenbild, das einem professionellen Akteur von außen zugeschrieben wird, und dem Selbstverständnis, das dieser von seiner eigenen Tätigkeit entwickelt. Rollenbilder sind Ergebnis gesellschaftlicher Erwartungen, normativer Zuschreibungen und medialer Repräsentationen;¹³ sie können professionelles Handeln stützen, aber auch in Widerspruch zur täglichen Handlungspraxis geraten.

Die StPO fungiert in diesem Zusammenhang als Rahmenordnung, die Rechte und Pflichten bestimmt und zugleich Raum für unterschiedliche Interpretationen derselben lässt. Die Verteidigung tritt in diesem Raum als eigenständiger Kommunikationsakteur auf,

11 So vor allem *Salditt*, StraFo 2009, 312, 317, der meinte, man führe lediglich einen Scheinkampf gegen eine nicht mehr bestehende Organtheorie in einer an sich längst geklärten Debatte (dabei ist allerdings der lange zurückliegende Zeitraum dieser Äußerung zu bedenken); aber auch *Egon Müller*, NJW 1981, 1801, 1802 hielt die begriffliche Auseinandersetzung für »unfruchtbar«.

12 Das beklagt auch MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 1.

13 Rollen bilden sich aus sozialer Normierung und sozialer Differenzierung. Der Einzelne ist dabei Träger gesellschaftlich vorgeformter Attribute und Verhaltensweisen. Die meisten gesellschaftlichen Aktionen zielen auf die Vermeidung von Vakanzen. Dieses Bedürfnis wird durch die Zuschreibung von bestimmten Erwartungen an das generalisierte Individuum herangetragen. Diese Erwartungen (von Erwartungen) sind mit den Rollennormen weitgehend kongruent; vgl. zum Ganzen die Klassiker von *Popitz*, Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie (1975), S. 8 ff.; *Dahrendorf*, Homo Sociologicus, Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle (16. Aufl. 2006), S. 39; *Luhmann*, Rechtssoziologie (1972), S. 86.

dessen Handeln nicht nur auf den Beschuldigten und dessen Rechte bezogen ist, sondern auf die Stabilisierung und zugleich Infragestellung des prozessualen Kommunikationszusammenhangs abzielt.¹⁴ Verteidigung bewegt sich also »im Feld« der Strafrechtspflege, was durch ein Wechselspiel aus symbolischem Kapital (Reputation, Vertrauen, Autorität) und habitueller Disposition (Ethos des Anwaltsberufs, Standesrecht, taktische Praktiken) Ausdruck findet.¹⁵

Das Selbstverständnis bildet sich innerhalb des professionellen Feldes selbst aus und orientiert sich an spezifischen Erfahrungen der Akteure, fachlichen Diskursen und internen, sich zum Teil wandelnden und divergierenden Wertmaßstäben.¹⁶ Für professionelle Akteure wie Strafverteidiger bedeutet dies, dass sie nicht nur die extern definierten Erwartungen, wie etwa die Vorstellung vom Verteidiger als »Störenfried« oder »Watchdog«, reflektieren müssen, sondern auch ein eigenes professionelles Ethos entwickeln, das von kollegialen Austauschprozessen, Ausbildungstraditionen und individuellen Berufserfahrungen geprägt ist.¹⁷ Die Differenz zwischen angetragenem Rollenbild und professional-kollektivem Selbstverständnis eröffnet Konflikte und fordert den professionellen Akteuren Anpassungsleistungen ab.¹⁸

Gemeinsam haben beide Perspektivebenen, dass sie durch gesetzliche Regelungen beeinflusst werden können. Mittels Definition von Status, Funktion, Rechten und Pflichten lassen sich sowohl das Rollenbild als auch das Selbstverständnis schattieren. Dabei ist einem – zumindest im persönlichen Gespräch häufig anzutreffenden – Irrglauben zu opponieren: Es ist gerade nicht so, dass eine Definition davon, was Strafverteidigung meint, darf und soll, diese zwangsläufig einengt. Vielmehr kann eine gesetzliche Definition der Verteidigung

14 Zum Strafverfahren als Diskursphänomen *Gerson*, StraFo 2022, 2 ff.

15 In *luhmanscher* Terminologie ließe sich dies als Spannung zwischen Systemintegration und Selbstreferentialität der Kommunikation der Verteidigung verstehen.

16 Ein solches geschlossenes Selbstbild existiere nach Auffassung vieler Beobachter seit Langem nicht mehr, vgl. nur *Vaagt*, AnwBl. 2009, 853 ff.

17 Instrukтив zu den Anforderungen *Scherzberg*, **Vom (unmöglichen) Zustand der Strafverteidigung**, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Bild und Selbstbild der Strafverteidigung (2016), S. 9 ff.

18 Vgl. auch *Eckart Müller*, NJW 2009, 3745 ff.; Rotsch/Saliger/Tsambikakis/*Theile* (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 17 ff. zeichnet den Wandel vom »staatsaffirmativen« zum »professionalisierten« Selbstbild nach.

– quasi eine Magna Charta der Verteidigungsrechte – einem restriktiv agierenden Gericht vorgehalten und dadurch ableitbare Garantien eingefordert werden.¹⁹ Die fehlende Klarheit über Rechte und Pflichten der Verteidigung ist es, die dem wirkmächtigsten Entscheider innerhalb des Systems (regelmäßig: dem Gericht) die Möglichkeit bietet, den undefinierten Raum durch eigene Anschauungen, »Tradition« und im schlimmsten Falle Willkür zu füllen.²⁰ Berechtigter Stolz über die Freiheit der Advokatur sollte daher nicht den Blick dafür verstellen, dass geschriebene Privilegien im Streitfall mehr wert sind als jede Tradition, jede Berufsehre und jeder Pathos.²¹ Wird sich beklagt, dass Verteidigungsrechte von Gerichten sukzessive untergraben werden, um im gleichen Atemzug vor einer Freiheitseinschränkung zu warnen, wenn ebendiese Rechte in der StPO verankert werden sollen, besteht darin ein performativer Widerspruch.

Vermittelnd ist folgender Vorschlag zu überdenken: Die Entwicklung des Selbstverständnisses kann der lebendigen Diskussion innerhalb der Strafverteidigerschaft anheimgestellt bleiben.²² Das Rollenbild sollte hingegen mittels Definition, Rechkatalog und Durchsetzungsinstrumenten in die StPO integriert werden.²³ So lassen sich einerseits einforderbare Mindeststandards etablieren, andererseits wird die Freiheit der Andersdenkenden²⁴ nicht über Gebühr behindert.

19 In diese Richtung weist auch SK-StPO/Wohlers (6. Aufl. 2025), vor § 137 Rn. 27.

20 Vgl. auch LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 2: Sind die Aufgaben unklar, kann auch das Dürfen nicht umrissen werden. Treffend auch KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 10: »Oberflächlich betrachtet sieht Verteidigung immer nach ‚Strafvereitelung‘ aus, denn – insbesondere in den Fällen, in denen bereits eine Anklage erhoben ist oder schon die Hauptverhandlung stattfindet – gibt es zumindest aus der Sicht der Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls auch des entscheidenden Gerichts einen so hinreichenden Tatverdacht, dass der Beschuldigte die Tat begangen habe und derentwegen verurteilt werde.«

21 Es gilt also gerade *nicht* die alte Verteidigerregel: »Schrift ist Gift«.

22 Vgl. hierzu auch die Überlegungen zum »Verteidigerleitbild« bei MAH Strafverteidigung/Knauer (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 75 ff. m.w.N.; zudem u.a. Gillmeister, in: DAV-FS Strafverteidigung im Rechtsstaat (2009), S. 124 ff.; Salditt, StraFO 2009, 312 ff.; Streck, NJW-Spezial 2009, 430 ff.

23 In diese Richtung weist bereits G. Wolf, Das System des Rechts der Strafverteidigung (2000), S. 147 ff., der diesen *numerus clausus* allerdings recht eng fasst und Verteidigerrechte nur als Ableitungen aus den Beschuldigtenrechten versteht.

24 Diese Reminiszenz an Rosa Luxemburg ist seit Jahren der Leitspruch der Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

ROLLEN UND ROLLENBILDER DER STRAFVERTEIDIGUNG

Wenn gemäß dem Angeführten die »Rolle« der Strafverteidigung reformuliert und ggf. in der StPO integriert werden soll, ist ein kurzer Überblick über die Entwicklungsgeschichte sowie bislang tradierte Rollenkonzepte angezeigt.

Entwicklungslinien aus dem Vergangenen

Die Entwicklung der Strafverteidigung ist durch zahlreiche historisch markante Wandlungsprozesse geprägt,²⁵ die diverse, zum Teil diametrale Funktionsbestimmungen und Rollenverständnisse evozieren konnten.

Im Übergang von der mittelalterlichen Verhandlungsmaxime zum modernen öffentlichen Strafrecht fungierte Strafverteidigung primär als »Vorsprecher«. Sie stand in dieser Phase dem privaten (An-)Kläger auf Augenhöhe gegenüber und erfüllte unterstützende Funktionen. Mit der Verlagerung zu einem mehr und mehr staatlich dominierten Strafverfahren etablierte sich die Verteidigung als »Beistand« des Beschuldigten gegenüber der Obrigkeit. Im sich entwickelnden Inquisitionsprozess²⁶ wurde die Verteidigung wiederum marginalisiert, was nicht zuletzt Ausdruck einer prozessualen Struktur war, die die gerichtliche Wahrheitsfindung zentralisierte und »parteiliche« Einflüsse minimieren wollte.²⁷ Aus diesen Wechselwirkungen ergibt sich eine erste Erkenntnis: Die Orientierung an der »Wahrheitssuche« stellt einen konstitutiven Definitionsbestandteil des Strafverfahrens dar, der die Handlungsspielräume der Verteidigung wesentlich prägt und begrenzt. Je intensiver das Strafverfahren nach »der« Wahrheit sucht,²⁸ desto geschwächer fungiert die Verteidigung,

25 Eine umfangreiche Übersicht m.w.N. findet sich bei LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 9 ff. Die hier gewählten Stufungen rafften die zeitlichen Abläufe.

26 Zur Ausgestaltung des geheimen Inquisitionsprozesses u.a. Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte (5. Aufl. 2007), Rn. 110.

27 Rotsch/Saliger/Tsambikakis/Theile (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 9.

28 Zur Misslichkeit der Wahrheitssuche im Strafverfahren und umfassend zu den philosophischen und soziologischen Hintergründen Gerson, Wahrheit, Wahrheitsfindung, Wirklichkeit – Strafverfahren zwischen »Sein« und »Sollen«, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Psychologie des Strafverfahrens. Texte und Materialien zum 43. Strafverteidigertag in Regensburg (2020), S. 185 ff.

da sie als strukturelles Hemmnis einer »umfassenden Aufklärung« verstanden wird.²⁹

Eine weitere Entwicklungsstufe ist durch die Impulse der Aufklärung und die mit ihr verbundene Vermenschlichung des Strafrechts gekennzeichnet. In diesem Kontext wurde die Fehlbarkeit menschlicher Entscheidungen – und damit auch gerichtlicher Verfahren – als legitimer Gegenstand öffentlicher und rechtspolitischer Diskussionen sichtbar. Die Verteidigung konnte sich in dieser Phase als Kämpferin für den Angeklagten emanzipieren, deren Aufgabe darin gründet, dem übermächtigen Staat ein Korrektiv entgegenzusetzen.³⁰ Hieraus resultiert eine weitere Erkenntnis: Strafverteidigung übernimmt neben ihrer prozessualen Beteiligungsfunktion stets eine spezifisch-rationale Korrektiv- und Schutzfunktion, die als wesentlicher Bestandteil ihres Selbstverständnisses und ihrer Legitimation wirkt. Sie ist Trägerin eines Rationalisierungsbestrebens, das Zweifel streuen, Alternativen aufzeigen und Gegenarrative setzen soll: Kognitive Irritation der zur Entscheidung Berufenen ist ihre genuine Aufgabe.

Eine weitere Stufe markiert die Reformation des Strafprozesses in der Moderne, der zum einen eine institutionelle Trennung von Kläger und Richter folgte und die zum anderen eine vollständige Rollendifferenzierung zwischen dem »Anwalt des Staates« und dem »Anwalt des Angeklagten« etablierte.³¹ Die sich aus dem Antagonismus zum »Anwalt des Staates« entwickelnde Freiheit der Advokatur führte zu einer schärferen Abgrenzung der Verteidigerschaft gegenüber der Justiz als Ganzes. Die Verteidigung konnte sich auf diese Weise als eigenständige, vom Staat unabhängige Instanz positionieren, die ein normativ legitimes Gegengewicht zum staatlichen Strafanspruch formuliert. Diese Entwicklung trägt eine weitere Erkenntnis: Strafverteidigung ist ein »unabhängiger Gegenentwurf« im Gefüge des Strafverfahrensrechts,³² deren Aufgabe nicht nur in der Unterstützung

29 Rotsch/Saliger/Tsambikakis/*Theile* (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 11. Hierzu auch das geflügelte Wort von *Alsberg*: »Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Verteidigers!«

30 Zu diesem Aspekt LR-StPO/*Jahn* (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 17 f. m.w.N.

31 Rotsch/Saliger/Tsambikakis/*Theile* (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 11.

32 Diese Rolle nimmt sie auch im reformierten Inquisitionsprozess weiterhin ein, vgl. KMR/*Staudinger* (136. EGL 2025), § 137 Rn. 2.

des Beschuldigten, sondern auch in der Sicherung eines fairen und gerechten Verfahrens liegt. Als selbstständiges Prozesssubjekt ist sie nicht nur Annex des Beschuldigten, sondern *re ad ipsum*.

Zuletzt in den Blick zu nehmen sind die zueinander völlig unterschiedlichen Phasen der Weimarer Republik und des »Dritten Reichs«.³³ Innerhalb weniger Jahre kam es zu einem Wechsel der Rolle von einer Hochphase selbstbewusster »Fürsprecher« hin zu einem durch politische Gleichschaltung stummgeschalteten und funktionslos gemachten Stand von »Rechtswahrern«.³⁴ Diese rapide Veränderlichkeit verdeutlicht, dass die Verteidigerrolle nicht ausschließlich durch Normierungen, sondern in hohem Maße von politischen und institutionellen Rahmenbedingungen determiniert wird. Hieraus ergibt sich eine weitere Erkenntnis: Die Funktionsbestimmung der Strafverteidigung unterliegt stets einer systemischen Pfadabhängigkeit, die das Rollenbild prägt und eine vollständige Emanzipation von den Rahmenbedingungen des jeweiligen Rechtssystems erschwert.

Vor diesem Hintergrund lassen sich demnach zwei gegensätzliche Idealtypen der Verteidigungsrolle skizzieren:³⁵ Zum einen die Verteidigung als professionell-institutioneller Akteur des Strafverfahrens, der sich durch eine enge Bindung an die gerichtliche Wahrheitsfindung, eine paternalistisch geprägte Schutzfunktion und eine nur begrenzte Unabhängigkeit auszeichnet. Diese Rolle wird häufig durch ein starkes »ethisches Standesrecht« verstärkt,³⁶ das in der Tendenz zur Selbstbeschränkung und – im Extremfall – in eine Selbstverzweigung führen kann. Demgegenüber steht eine Verteidigungsrolle als »Partner« des Angeklagten, die sich der Wahrheit weitaus geringer bis gar nicht verpflichtet fühlt, eine prägnante Korrektivfunktion übernimmt und größtmögliche Unabhängigkeit von der Justiz beansprucht.

33 Dazu auch Rotsch/Saliger/Tsambikakis/*Theile* (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 14 ff. (auch zur Nachkriegszeit).

34 U.a. *Dix*, DJZ 1934, 246.

35 So im Grunde auch MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 74.

36 In diese Richtung auch *Ignor*, NJW 2011, 1537 ff.

HEUTIGE ROLLENMODELLE UND DEREN EINORDNUNG

Die zeitgenössische Diskussion über die Rolle der Strafverteidigung wird durch eine Vielzahl von Modellen geprägt.³⁷ Diese unterscheiden sich im jeweiligen Verständnis von erforderlicher Loyalität gegenüber dem Staat und dem Mandanten, dem Grad der (eingeforderten) Unabhängigkeit und der institutionellen Einbindung der Verteidigung und offenbaren damit ein Hin- und Herwandern zwischen den Maximen der Funktionssicherung und der Autonomie.³⁸

»Organtheorie«

Die sog. Organtheorie,³⁹ die sich in eine »strenge« und eine »gemäßigte«⁴⁰ Variante spaltet,⁴¹ knüpft begrifflich an § 1 BRAO, systematisch an die Strafvorschriften der §§ 258, 261 und 356 StGB sowie teleologisch an berufsrechtliche Vorgaben und standesrechtliche Traditionen an. Sie versteht den Verteidiger als »staatlich gebundenen Vertrauensberuf«⁴² und – in der strengeren Ausprägung – als »Halbbeamten«,⁴³ der wie das Gericht und die Staatsanwaltschaft in offizieller Funktion am Strafverfahren partizipiert. Die genutzte Metapher, die die Strafverteidigung als Teil eines nicht näher bestimmten Justizkörpers⁴⁴ beschreibt, weist einerseits auf die Systemimmanenz, andererseits auf die strukturelle Unselbstständigkeit der Verteidigung hin. Organe sind dem Gesamtorganismus untergeordnet, sie verfolgen keine autonomen Ziele. Aus soziologischer Sicht wird der Verteidiger dadurch in das institutionelle Feld der Justiz hineingesogen, wodurch sich seine kommunikative Eigenlogik dem Gericht anpassen muss und

37 Einen Überblick auch über Einzelauffassungen bietet MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 35 ff. m.w.N.

38 Strafverteidigung wirkt damit stets als intermediäre Instanz zwischen individueller Autonomie und institutioneller Verfahrenslogik; dieses »Zwischen« adressiert auch LR-StPO/*Jahn* (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 3.

39 Vgl. auch RegE eines Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht, **BT-Drucks. 17/2637** v. 22.07.2010, S. 4 f.; KK-StPO/*Willnow* (9. Aufl. 2023), vor § 137 Rn. 5.

40 Hierzu vor allem *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren (1980).

41 Nachweise zu den Vertretern bei SK-StPO/*Wohlers* (6. Aufl. 2025), vor § 137 Rn. 4.

42 **BVerfGE 38, 105**, 119;

43 So u.a. *Knapp*, Der Verteidiger – ein Organ der Rechtspflege? (1974), S. 132.

44 Die Entwicklung des Organbegriffs zeichnet *Kilian*, DSr-Reih. 2019, 38 ff. nach.

Autonomiepotenzial verloren geht.⁴⁵ Leitprinzip der Organtheorie ist dementsprechend die (unbedingte) Verpflichtung auf die Verfahrensziele und die Unterwerfung unter den Fixstern der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«.⁴⁶ Dies impliziert eine ethische Selbstbindung, die über die gesetzlichen Mindestpflichten hinausweist, und in der Praxis zu einer Orientierung am »Prinzip der Seriosität«⁴⁷ führt: Verteidigung soll nicht konfrontativ und störend, sondern (system-)stabilisierend wirken. Daher komme der Verteidigung auch die Aufgabe zu, bei der Erstellung einer sachgerechten Entscheidung mitzuwirken und das Gericht dabei vor Fehlentscheidungen zu Lasten des Angeklagten zu bewahren.⁴⁸

Diese Sichtweise bietet den Vorteil, dass durch dieses Verständnis von Verteidigung Vertrauen in die Integrität der Abläufe gesichert wird. Gleichzeitig birgt sie Risiken: Die Selbstbeschreibung als »Organ der Rechtspflege« kann zu einer Disziplinierung des Verteidigers führen, die Mandanteninteresse zurückstellt und abweichende Verteidigungsstrategien – auch weit unterhalb des Kampfbegriffs der »Konfliktverteidigung«⁴⁹ – bereits ganz grundsätzlich als unzulässig oder »standeswidrig« delegitimiert.⁵⁰ So verwundert es wenig, dass sich das Narrativ vom »Organ der Rechtspflege« zumeist dort findet, wo es um eine Zähmung und Disziplinierung von Verteidigung geht.⁵¹

45 Ablehnend bereits *Alsberg*, JW 1926, 2757: »ideale Verklärung der Stellung des Verteidigers«.

46 Zur Problematik dieses Topos vgl. nur *Hassemer*, Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« – ein neuer Rechtsbegriff? in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.), V-Leute, Die Falle im Rechtsstaat (1985), S. 71 (»Gespenst«); *Kühne*, Wahrheitsfindung und Verfahrenseffizienz als widerstreitende Prinzipien der Strafrechtsanwendung, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Heimlichkeit und Wahrheit, Die neuen Maximen des Strafprozesses (2009), S. 185, 192: »vom BVerfG [seit BVerfG 33, 367, 383] zum Verfassungsprinzip überhöht und von der Rechtsprechung des BGH freudig angenommen«; kritisch auch *Neumann*, ZStW 101 (1989), 52, 62.

47 Dazu auch LR-StPO/*Jahn* (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 78 ff. unter Verweis auf *Hanack*.

48 BVerfG NStZ 1997, 35; ablehnend u.a. KMR/*Staudinger* (136. EGL 2025), § 137 Rn. 7.

49 Plakativ auch KMR/*Staudinger* (136. EGL 2025), § 137 Rn. 8a: »Krawallverteidigung«.

50 Kritisch auch Radtke/Hohmann/*Reinhart* (2. Aufl. 2025), § 137 Rn. 3: bloße »Chiffre«; ebenso MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 2; a.A. KK-StPO/*Willnow* (9. Aufl. 2023), vor § 137 Rn. 5: Gemeint sei nur die Bindung an Recht und Gesetz, nicht eine Unterordnung unter das Gericht.

51 Erstmals RG JW 1926, 2756, 2757; vgl. nur BVerfG NJW 1960, 139; NJW 1973, 696; NJW 1974, 1279; NJW 1986, 1802; NJW 2004, 1305; statt vieler auch BGH NJW 2019, 2249, 2252; NStZ 2022, 226; NStZ-RR 2023, 83; zur Staatsanwaltschaft als »ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege« vgl. nur BGH NStZ 2025, 313, 314 m.w.N.; eine detaillierte Genese des »Organbegriffs« findet sich bei MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 2 ff. m.w.N.

Vertragstheorie(n) und Parteiinteressentheorie(n)

Vertrags- und Interessenmodelle der Strafverteidigung sind nicht identisch, opponieren jedoch in vergleichbarer Art und Weise dem eben skizzierten Organgedanken.

Die »Vertragstheorie«⁵² betrachtet die Verteidigung aus Sicht des zugrundeliegenden privatrechtlichen Dienstverhältnisses (§§ 611, 675 BGB),⁵³ ergänzt um strafprozessuale Mitwirkungsrechte (§ 137 StPO). Im Zentrum steht das Binnenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, das maßgeblich darüber entscheidet, inwieweit die Verteidigung eigene Handlungsspielräume besitzt oder »nur« im Rahmen staatlich vorgegebener Funktionslogiken agiert. Maßgeblich ist der Wille des Mandanten, dessen Interessen⁵⁴ zur Leitlinie des Verteidigerhandelns erhoben werden. Semantischer Ankerpunkt hierfür ist das »Bedienen« aus § 137 StPO.⁵⁵ Aus dieser Grundierung resultiert zum Teil eine Vorstellung, die Verteidigung als »soziale Gegenmacht« versteht,⁵⁶ in extremen Lesarten sogar als Akteur in einem Quasi-»Klassenkampf« gegen die Staatsgewalt.⁵⁷ Das Leitprinzip hinter diesen Strömungen ist die (professionelle) »Partnerschaft« mit dem Angeklagten.

Die Vorteile dieser Theorie(n) liegen in der konsequenten Stärkung der Mandantenautonomie und in einer klaren Trennung vom staatlichen Verfahrensinteresse: Verteidigung ist nicht für die Justiz, sondern für den Beschuldigten da. Die Profession der Strafverteidigerschaft schützt den Bürger vor dem Staat und gruppiert sich im Kräftefeld damit klar auf Seiten des vulnerabelsten Akteurs ein. Die Defizite solcher Modelle, die Verteidigung vom Beschuldigten als

52 Besonders exponiert und umfassend dargelegt bei LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 26 ff. m.w.N.; eine anders begründete »Vertretertheorie« findet sich bei Spendel, FS Kohlmann (2003), S. 683, 686 ff.; JZ 1959, 737, 740.

53 Zu den vertraglichen Pflichten KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 17 ff. Auch die Grenzen des Verteidigungsvertrags seien aus den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte und Verträge zu deduzieren, so LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 31 ff.

54 So der Fokus der »Interessentheorie«, vgl. vor allem Welp, ZStW 1978, 804, 813 ff.; Ostendorf, NJW 1978, 1345, 1348; Seelmann, NJW 1979, 1128, 1130; Bernsmann, StraFo 1999, 226 ff.

55 LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 26.

56 Dazu vor allem Holtfort, KJ 1977, 313, 316; KJ 1978, 368 ff.

57 Zu Recht kritisch zu diesen Ansätzen LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 84 m.w.N.

Subjekt und/oder dessen Interessen ableiten, treten bei selbstschädigendem Mandantenwillen oder bei Fragen der Reichweite der Fürsorgepflicht zutage.⁵⁸ Die dogmatisch bedingte Abgrenzungserfordernis zwischen Innen- und Außenverhältnis⁵⁹ kann zu Rechtsunsicherheiten führen, etwa bei der Reichweite von Beratungspflichten,⁶⁰ der Zulässigkeit bzw. Strafbarkeit bestimmten Verteidigungshandelns⁶¹ und der Haftung für Kunstfehler.⁶²

Funktionales Modell: Prozesssubjektsgehilfe

Das Modell des »Prozesssubjektsgehilfen« knüpft an Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, § 137 StPO und § 1 BRAO an und betont die Rolle des Verteidigers als Garant der Fairness des Verfahrens.⁶³ Der Verteidiger tritt in dieser Konzeption weniger als unabhängiger Gegenpart, denn als integrativer Mitwirkender am gerichtlichen Verfahren auf. Das Leitprinzip dieses Ansatzes ist die Abschirmungsfunktion zugunsten des Beschuldigten über die Wahrung der schützenden Formen des Verfahrens.

Dieses Rollenmodell führt recht schnell zu einer Vermischung von Rechten und Aufgaben: Die Herstellung von Waffengleichheit – ein strukturelles Ziel des gesamten Verfahrens⁶⁴ – wird zu einer

58 Hier sollen Überlegungen zu § 665 BGB abhelfen, vgl. LR-StPO/*Jahn* (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 50. Zwar enthalten § 1 Abs. 3 BORA und § 665 BGB Maßstäbe zur Handhabung eines »sinnlosen« oder »destruktiven« Mandantenwillens; unklar bleibt jedoch, ob und in welchem Umfang ein solcher Wille nach § 138 BGB als sittenwidrig und damit unbeachtlich anzusehen ist. Auch bestehen dogmatische Defizite insbesondere bei der Pflichtverteidigerbestellung, bei der die Mandatsfreiheit und die privatautonome Vertragsgestaltung von vornherein eingeschränkt sind.

59 Treffend hierzu *Barton*, **Mindeststandards der Strafverteidigung**, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung (2016), S. 317 ff.

60 Umfassend *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen (2. Aufl. 2010).

61 Umfassend zur Kasuistik m.w.N. KK-StPO/*Willnow* (9. Aufl. 2023), vor § 137 Rn. 10 f.

62 In Konstruktionsdefizite gerät das vertragliche Modell auch in Fällen der – unbestreitbar hoheitlichen – Pflichtverteidigerbestellung. Vgl. dazu LR-StPO/*Jahn* (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 56 ff., der mittels einer Gesamtkritik des Pflichtverteidigermodells zu dem Ergebnis gelangen möchte, dass der Akt der Bestellung »dogmatisch über die allgemeinen Regeln betreffend Angebot und Annahme von Willenserklärungen über das Recht der Stellvertretung (§§ 145 ff., 164 ff. BGB) rekonstruiert werden« könne.

63 SK-StPO/*Wohlers* (6. Aufl. 2025), vor § 137 Rn. 28 ff.

64 Vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Esser* (27. Aufl. 2022), Art. 6 Rn. 197 ff. m.w.N.; KK-StPO/*Lohse/Jakobs* (9. Aufl. 2023), Art. 6 EMRK Rn. 45.

Aufgabe des Verteidigers erklärt,⁶⁵ wodurch seine eigenen Mitwirkungsrechte zu bloßen Instrumenten der Umsetzung dieses Zieles degradiert werden. Aus der Perspektive der soziologischen Feldtheorie wird die Verteidigung dadurch auf eine Hilfsfunktion reduziert, deren Eigenlogik durch die institutionelle Logik des Strafverfahrens völlig absorbiert wird. Da auch Gericht und Staatsanwaltschaft an Recht und Gesetz gebunden sind (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG), bleibt neben dem fehlerleitenden Bild des »Gehilfen« kein handfester *unique selling point*, der Strafverteidigung im Kern und im Wesen von den staatlichen Akteuren des Prozesses unterscheidbar macht.⁶⁶

Der »Kessel Buntes«: Die Doppelstellungstheorie

Die »Doppelstellungstheorie« versucht, die unterschiedlichen Strömungen zusammenzuführen, indem sie Verteidiger sowohl als Interessenvertreter des Beschuldigten als auch als Mitwirkende an der Rechtspflege versteht. Eine semantische Ausprägung hierzu ist die Deutung des Verteidigers als »Beistand«.⁶⁷ Der Beistand kann in jeder Lage des Verfahrens aus eigenem Recht und im eigenen Namen in das Verfahren eingreifen.⁶⁸

Die Theorie betont Integrität und Loyalität, schafft in der praktischen Umsetzung jedoch Unsicherheiten: Einerseits wird von der Verteidigung erwartet, die prozessuale Wahrheitsermittlung zu unterstützen, andererseits soll sie zugleich parteiische Stellungnahme leisten. Die Folge ist eine systematische Ambivalenz, die Verteidiger je nach Kontext unterschiedlich auflösen müssen, oft mit dem Ergebnis einer faktischen Orientierung an den Vorstellungen des Gerichts und damit der Unterwerfung unter die Zwangskommunikation des dominierenden Akteurs. Moderierende oder vermittelnde Ansätze sind zwar grundsätzlich zu begrüßen, müssen jedoch scheitern, wenn sie Antagonismen und gegensätzliche Mechaniken nicht durch Konsensualisierung annähern, sondern Maximen lediglich nebeneinander behaupten.

65 Diesen Aspekt forciert allerdings auch KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 3.

66 So auch gesehen von Egon Müller, NJW 1981, 1801, 1803 f.

67 So vor allem KK-StPO/Willnow (9. Aufl. 2023), vor § 137 Rn. 4, wobei er dies wohl nicht als eigene Einordnung sieht, sondern in der Sache der Organtheorie folgt.

68 So u.a. zu finden bei MüKoStPO/Kämpfer/Travers (2. Aufl. 2023), StPO § 137 Rn. 10 f.

Globale Kritik der klassischen Theorien

Die Diskussion über die Rollenbilder der Strafverteidigung ist eng mit der Frage verknüpft, ob die institutionalisierte Strafverteidigung Ausdruck einer vom Staat unabhängigen Tätigkeit oder ein Derivat der staatlichen Fürsorgepflicht ist. Diese Unterscheidung ist von grundlegender Bedeutung, da sie den Ansatzpunkt für die Bestimmung der Autonomie sowohl der Verteidigung als auch des Beschuldigten liefert.⁶⁹

Die Organtheorien, die die Verteidigung als funktionales »Organ der Rechtspflege« verstehen, laufen Gefahr, die auf diese Weise bestimmte Verteidigerrolle zu einem Disziplinierungsinstrument zu reduzieren, das nicht den Willen des Angeklagten zur Geltung bringen soll, sondern den staatlichen Strafanspruch stabilisiert.⁷⁰ Dies führt zu einer Verzweigung des Mandantenwillens, da diesem im Extremfall nur noch insoweit Rechnung getragen werden kann, als er mit einer »effizienten Strafrechtspflege« kompatibel erscheint. Zudem begünstigt die Organtheorie die Inkriminierung der Verteidigung, sobald sie im Konflikt mit gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Vorstellungen gerät. Die fortschreitende Konstruktion von Mitwirkungspflichten an der Strafrechtspflege,⁷¹ die unter dem Leitbegriff der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«⁷² zusammengefasst werden, ermöglicht Überlegungen zur Konstruktion eines materiellen »Missbrauchsverbots«, das als Narrativ nur dazu dient, Verteidigungsstrategien sukzessive einzuschränken.⁷³ Verteidigung ist jedoch vom funktionalen Naturell her zwingend ein »justizhemmendes Element«,⁷⁴ was durch eine umfassende Umdeutung zur Garantin der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens gedanklich verschüttgeht.

69 Die Autonomie in den Mittelpunkt rückt auch die Deutung von LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), vor § 137 Rn. 20, 25.

70 So auch gesehen von Rotsch/Saliger/Tsambikakis/Theile (1. Aufl. 2025), vor §§ 137 ff. Rn. 13; kritisch statt vieler auch MAH Strafverteidigung/Knauer (3. Aufl. 2022) § 1 Rn. 2 ff. m.w.N.; zuvor bereits Isermann, in: Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979), S. 17.

71 Besonders prominent u.a. die sog. »Widerspruchslösung«, vgl. nur BGHSt 38, 218, 225 f.; 42 15, 22; unkritisch insoweit KK-StPO/Willnow (9. Aufl. 2023), vor § 137 Rn. 6.

72 Dazu bereits oben III.2.a. sowie die Nachweise in Fn. 46.

73 Kritisch daher auch KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 7 f., 24.

74 Treffend Egon Müller, NJW 1981, 1801, 1804.

Die Vertragstheorien und die artverwandten Spielarten, die das Verteidigungsverhältnis auf ein privatrechtliches Mandatsverhältnis zurückführen wollen, neigen zu einer Vermischung von Innen- und Außenbezug, indem sie das zivilrechtliche Austauschverhältnis des Mandatsvertrags auf die prozessuale Stellung der Verteidigung zu übertragen versuchen.⁷⁵ In der Konsequenz kann die Verteidigerposition gegenüber dem Gericht geschwächt werden, da eine Art faktische Gehilfenstellung begründet wird, die ein schwer beherrschbares Strafbarkeitsrisiko durch (zu) mandantenorientierte Rechtsberatung erzeugt.⁷⁶

Die Theorie vom »Prozesssubjektsgehilfen« führt zu einer Vermischung der Teilhaberechte der Verteidigung mit ihrer Aufgabe, die Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung herzustellen. Dabei wird übersehen, dass Waffengleichheit nicht Selbstzweck der Verteidigung, sondern eine übergeordnete Verfahrensanforderung darstellt, die dem gesamten Prozess zugeordnet ist.⁷⁷ Versuche, die Verteidigung unter diesem Gesichtspunkt zu einer Garantin rechtsstaatlicher Abläufe zu erheben, laufen Gefahr, sie in eine Sicherungsinstanz des Verfahrens umzudeuten und so die Verteidigungsfunktion zu neutralisieren. Unter anderer Bezeichnung schimmert letztlich die »Organtheorie« durch.

Die Analyse zeigt damit, dass sowohl die Organ- als auch die Vertragstheorien und auch alle weiteren Modelle Schwierigkeiten haben, die *Eigenständigkeit* der Verteidigung dogmatisch zu fassen. Sie oszillieren zwischen einer Orientierung an staatlicher Fürsorge und Disziplinierung einerseits und der privatautonomen Binnenbeziehung zum Beschuldigten andererseits, ohne den Eigenwert der *Verteidigungsautonomie* abzubilden. Die klassischen Theorien reduzieren die Verteidigung dadurch auf funktionale Zuschreibungen, ohne deren Eigenlogik zu erfassen. Es wird übersehen, dass die Verteidigung

75 Kritisch auch Radtke/Hohmann/Reinhart (2. Aufl. 2025), § 137 Rn. 6; Egon Müller, NJW 1981, 1801, 1803.

76 Zum Teil liegt es auch an der tatbestandlichen Weite bestimmter Vorschriften, vgl. Gerson, GA 2024, 279 ff. (zu § 129a StGB).

77 In ähnlicher Weise ist auch das »fair trial«-Gebot kein exklusives Prädikat der Verteidigertätigkeit, sondern ein Strukturprinzip des gesamten Verfahrens, vgl. hierzu vor allem die Kommentierung von Löwe/Rosenberg/Esser (27. Aufl. 2022), Art. 6 EMRK.

eine eigenständige »Kommunikationscodierung« verfolgt, die gerade nicht binär aufgestellt ist: nicht etwa Wahrheit versus Unwahrheit oder Rechte versus Pflichten o. Ä., sondern Schutz *und* Fürsprache *und* Wahrung der Autonomie des Beschuldigten sind hierbei die Maximen. Verteidigung hat dazu einen spezifischen Habitus entwickelt, der sich zwischen der Orientierung an Mandanteninteressen, der Beachtung standesrechtlicher Normen und der symbolischen Positionierung als professioneller Akteur des Verfahrens situiert.

NEUES VERSTÄNDNIS: STRAFVERTEIDIGUNG ALS AUTONOME FÜRSPRACHE

Das vorgeschlagene, »neue« Rollenverständnis interpretiert die Verteidigung als *autonome Fürsprache*.⁷⁸ Diese Rolle knüpft an verfassungsrechtliche Grundlagen, insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG, an. Der normative Ausgangspunkt liegt in der *kommunikativen Autonomie* des Beschuldigten, die in zentralen Verfahrensgarantien des Strafprozesses zum Ausdruck kommt: dem Anspruch auf Waffengleichheit (Art. 20 Abs. 3 GG), dem rechtlichen Gehör (Art. 103 Abs. 2 GG), der Freiheit von Täuschung und Zwang (§ 136a StPO), der Selbstbelastungsfreiheit (Art. 1 GG) sowie der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Diese Prinzipien eröffnen dem Beschuldigten einen geschützten Kommunikationsraum, in dem er nicht bloß Objekt staatlicher Verfolgung, sondern echtes Subjekt des Verfahrens ist.⁷⁹ Die gelebte Realität sieht jedoch weiterhin anders aus: Die praktischen Abläufe des Strafverfahrens sind nahezu durchweg Zwangskommunikationen.⁸⁰ Feedbackschleifen verlaufen »über Eck« und »verzerrt«, denn die justizielle Würdigung der gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und dem Gericht getätigten Äußerungen und Einlassungen des Beschuldigten wird ihm regelmäßig

78 In der Schweiz ist »Fürsprecher« eine alternative Bezeichnung für einen Rechtsanwalt oder Advokaten. Diese Begriffe bezeichnen Juristen mit einem Anwaltspatent, die zur Vertretung von Mandanten vor Gericht und zur Rechtsberatung befugt sind. Die spezifische Bezeichnung kann je nach Kanton variieren.

79 Dazu umfassend Gerson, Das Recht auf Beschuldigung (2016).

80 Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren (2000), S. 431. Zum Teil auch »institutionalisierte« oder »asymmetrische« Kommunikation genannt, vgl. Giehring, Rechte des Beschuldigten, Handlungskompetenz und kompensatorische Strafverfolgung, in: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts (1978), S. 181, 189.

vorenthalten.⁸¹ Typischerweise wird er im Unklaren darüber gelassen, welche Bestandteile seiner Einlassungen verwendet und in welcher Art und Weise sie verstanden worden sind. Dieser die »Würdigerseite« (sprich: das Gericht) übermäßig privilegierende Umgang widerfährt auch dem Verteidiger: Auch dieser befindet sich nicht selten im Blindflug in Bezug auf seine Wirkungstiefe, oftmals über das gesamte Verfahren hinweg.⁸² Die dem Verfahrensmodell dadurch inhärente *kommunikative Entmündigung* und *Wehrlosstellung*⁸³ des Beschuldigten muss ausgeglichen werden. Das kann gelingen, wenn sein rechtlicher Beistand aktiver in die Verfahrenskommunikation eingebunden wird. Nur auf diese Weise kann die Strafverteidigung (wieder) zu einem effektiven »Sprachrohr« für die Ausübung und Durchsetzung der (Teilhab-)Rechte des Angeklagten aufsteigen.⁸⁴

Die Theorie des »autonomen Fürsprechers« verknüpft diese Anforderungen an die Gewähr der kommunikativen Autonomie des Beschuldigten mit der Aufgabe der Verteidigung, wodurch die Rollenbeschreibung über eine bloß instrumentelle Interessenvertretung hinaus »kommunikativ aufgeladen« wird. Die Verteidigung wird als eigenständige Akteurin begriffen, die im Verfahren *für den Beschuldigten spricht*, ohne mit ihm identisch zu sein oder lediglich eine staatlich vorgegebene Funktionslogik zu erfüllen.⁸⁵ Die Verteidigung wird zwar

81 Vgl. Gundlach, Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren (1984), S. 158 ff. m.w.N.

82 Das Strafverfahren wird daher auch als »zerbrochene Kommunikation« beschrieben, in der »in einem [...] asymmetrischen, überhaupt einem pathologischen Prozess« über Recht und Rechtsanwendung diskutiert wird (vgl. Rottleuthner, KJ 1970, 60, 82 f.; dazu auch Sacher, FS Schünemann [2014], S. 957, 958; Gerson, StraFo 2022, 2 ff.). Der Beschuldigte wird dadurch strukturell kommunikativ benachteiligt und die Verteidigung in der Ausübung ihrer ihr zustehenden Rechte beschnitten, vgl. Gerson, Das Recht auf Beschuldigung (2016), S. 406 ff. m.w.N.

83 Gerson, Das Recht auf Beschuldigung (2016), S. 393 ff. m.w.N.

84 So insbesondere die Forderung aus dem Policy-Paper »**Mehr Kommunikation wagen**« (2025) des Schwanenwerder Kreises (Carolin Arnemann, Jan Bockemühl, Stefan Conen, Robert Esser, Oliver Harry Gerson, Georg-Friedrich Güntge, Jes Meyer-Lohkamp, Michael Gubitz, Toralf Nöding, Thomas Uwer), S. 3. Das Recht des Beschuldigten auf Partizipation, d.h. auf »kommunikative Beteiligung am Verfahren« (BVerfGE 1, 428, 429; 6, 19, 20; 7, 53, 57; 8, 253, 256), wird über die Umsetzung des Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet. Das Recht auf rechtliches Gehör ist ein »prozessuales Urrecht des Menschen« (BVerfGE 6, 12, 14; 9, 89, 96; 55, 1, 6; 107, 395, 408). Mit Gewährleistungspartikeln aus dem Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 9, 89, 95; 107, 395, 409), der Subjektstellung des Beschuldigten (BVerfGE 89, 28, 35) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist es Ausfluss der Menschenwürdegarantie (BVerfGE 7, 275, 279).

85 Zustimmend und folgend bereits KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 9a ff.

im Feld der Strafrechtspflege tätig, nimmt dort allerdings eine eigene Position mit spezifischem Kapital ein.⁸⁶ Der Habitus des Verteidigers ist dabei von einer doppelten Loyalität geprägt: gegenüber dem Angeklagten und gegenüber der symbolischen Ordnung des Verfahrens. Diese doppelte Loyalität erzeugt naturgemäß Spannungen, die durch die Figur des autonomen Fürsprechers produktiv bearbeitet werden können.

WURF INS KALTE WASSER

Eine skizzenhafte »Erprobung« – ohne den Anspruch der Vollständigkeit – zeigt, dass auf diese Weise eine differenziertere Betrachtung von gesetzlich normiertem Verteidigungsverhalten möglich wird, in die sich das Fürsprachemodell reibungsfrei einpflegen lässt.

Das »Lügerecht« des Beschuldigten ist Ausdruck seiner Selbstbelastungsfreiheit. Es handelt sich um ein »Rechtsgeschenk«, das seine Grundlage in der strukturellen Unterlegenheit des Beschuldigten im Strafverfahren findet. Für die Verteidigung gilt zwar keine aktive Verpflichtung zur Förderung des staatlichen Strafanspruchs;⁸⁷ gleichwohl folgt aus § 43a Abs. 3 S. 2 BRAO ein ausdrückliches Verbot der bewussten Lüge. Die Verteidigung übt somit *Fürsprache* im Rahmen der ihr zustehenden Kommunikationsrechte aus.⁸⁸

Das Recht der Verteidigung, Beweisanträge zu stellen, ist in § 244 Abs. 3 StPO normiert und dient der Erweiterung des gerichtlichen Kognitionsbereichs i.S.d. § 244 Abs. 2 StPO. Beweisanträge, die auf die gerichtliche Sachaufklärung abzielen, sind stets zulässig, während diskursive Beweisanträge, die auf die Einleitung von Erörterungen oder die Ausforschung gerichtet sind, ausweislich des Umkehrschlusses aus § 244 Abs. 6 S. 3–5 StPO beschränkt werden können.⁸⁹ Auch hier zeigt sich, dass die Verteidigung als Fürsprecherin agiert: Sie spricht *für den Beschuldigten*, um dessen Rechte im Verfahren geltend zu machen.

⁸⁶ In diese Richtung weist auch der Ansatz von Radtke/Hohmann/Reinhart (2. Aufl. 2025), § 137 Rn. 10 f. (»Waffenhelfertheorie«).

⁸⁷ Ebenso KMR/Staudinger (136. EGL 2025), § 137 Rn. 23.

⁸⁸ Mit vergleichbarem Ergebnis anhand seiner »Waffenhelfertheorie« auch Radtke/Hohmann/Reinhart (2. Aufl. 2025), § 137 Rn. 12 f.

⁸⁹ Hierzu auch Gerson, HRRS 2024, 352, 355 ff. m.w.N. zum Streitstand.

Die Teilnahme der Verteidigung an Verständigungen und Absprachen ist in § 257c StPO geregelt, wobei der Verteidigung aus § 257c Abs. 3 S. 3 und 4 StPO ein eigenes Teilnahmerecht zukommt. Diese Regelung verdeutlicht, dass die Verteidigung nicht als Vertreterin, sondern als eigenständiges Subjekt mit eigenen Verfahrensrechten agiert. Der Fürsprecher-Charakter der Verteidigung zeigt sich dabei in der aktiven Teilhabe an der Verhandlung von Ergebnissen, die den Beschuldigten unmittelbar betreffen,⁹⁰ ohne dass daraus eine Identifikation mit der Person des Beschuldigten oder dessen Tat(en) folgt.

BEWERTUNG UND ANSCHLUSSFÄHIGKEIT DES FÜRSPRECHER-MODELLS

Die Theorie des »autonomen Fürsprechers« stellt eine eigenständige Konzeption der Strafverteidigungsrolle dar. Sie ermöglicht eine funktionale Bestimmung, die sowohl die Selbstständigkeit der Verteidigung als Prozesssubjekt als auch ihre Bindung an die Rechtedurchsetzung des und Kommunikationsermöglichung für den Beschuldigten berücksichtigt. Sie vermeidet die problematischen Implikationen der Organtheorie (»Disziplinierungsfalle«) und der Vertragstheorie(n) (»Privatrechtlichkeitsfalle«) und liefert die Grundlage, um die zulässigen Handlungsspielräume der Verteidigung im Lichte ihrer Verfahrensgrundrechte zu bestimmen. Sie ist semantisch unverbraucht und vereint Unabhängigkeit und Interessenvertretung in einer einzigen begrifflichen Abfolge.

Das Modell der autonomen Fürsprache bricht mit den bisherigen Ansätzen, indem es nicht an formale Berufsbezeichnungen oder an ein rein privatrechtliches Vertragsverhältnis anknüpft, sondern an den verfassungsrechtlichen Status des Beschuldigten als Subjekt. Die Verteidigung wird als Garantin der kommunikativen Autonomie konzipiert, die das Verfahren nicht als Fremdinteresse stützt, sondern dessen Offenheit im Sinne des Beschuldigten aufrechterhält. Die Verteidigung stellt dabei einen eigenständigen Kommunikationscode bereit, der die Selbstreferentialität

90 MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 117.

des Beschuldigten in das System Strafverfahren einspeist.⁹¹ Durch Positionierung im juristischen Feld wird symbolisches Kapital mobilisiert, um die Position des Beschuldigten zu stärken, ohne sich dabei in die Funktionslogik der Inkulpationsmaschinerie einzubinden.

FAZIT

Strafverteidigung agiert in einem Spannungsfeld, das historisch gewachsen, rechtlich kodifiziert und soziologisch aufgeladen ist. Die klassischen Theorien der Verteidigerrolle bilden die kommunikative Eigenlogik der Profession darin nur bruchstückhaft ab. Verteidigung fungiert nicht als Hilfsorgan des Staates oder des Beschuldigten, sondern als eigenständiger Kommunikationsakteur, der die Stimme des Beschuldigten hörbar macht. Dabei geht es nicht nur um die Übermittlung von Inhalten, sondern um die Transformation eines oftmals schwachen, sozial randständigen oder institutionell marginalisierten Sprechens in einen Duktus, der im justiziellen Diskurs Gewicht entfalten kann. In diesem Sinne ist die Verteidigung »Sprachrohr«, d.h. Übersetzer und Verstärker, welches aus der individuellen Perspektive des Beschuldigten ein prozessrechtlich anerkanntes Sprechen formt.

Das hier skizzierte Modell des autonomen Fürsprechers ermöglicht daher die Neubestimmung der Verteidigerrolle: Die Verteidigung wird als Garantin der kommunikativen Autonomie des Beschuldigten verstanden, die symbolisches Kapital – juristische Expertise, professionelle Autorität und institutionelle Anerkennung – mobilisiert, um der Stimme des Beschuldigten im Verfahren Resonanz zu verschaffen. Zugleich schützt sie den normativen Kern des Strafverfahrens: das Ringen um den Nachweis der Schuld in einem regelgerechten und kommunikativ autonomen Verfahren.

Dieses Modell verweist zugleich auf die Notwendigkeit einer Verteidigung, die sich nicht in rein taktischer Prozessführung erschöpft, sondern auch Verantwortung für die Integrität des Verfahrens übernimmt. Die Figur des autonomen Fürsprechers macht deutlich, dass Strafverteidigung mehr ist als nur ein Mandat: Sie ist Teil einer institutionellen Kommunikation, die den Zugang zur Rechtsordnung für

⁹¹ In diese Richtung auch MAH Strafverteidigung/*Knauer* (3. Aufl. 2022), § 1 Rn. 107 ff.

den Einzelnen überhaupt erst realisiert. Damit wird die Verteidigung zu einem Akteur, der sowohl individuelle Rechte konkretisiert als auch die strukturelle Gerechtigkeit befördert. Sie fungiert als Korrektiv gegenüber staatlicher Machtentfaltung zum Schutze des Einzelnen und sichert zugleich die Legitimationsbasis des Strafverfahrens als solches.

Was ist also Strafverteidigung?

Dr. Wilhelm Tophinke

»Haben Sie Ihren Mandanten nicht im Griff?«

Der Titel der Arbeitsgruppe »Haben Sie Ihren Mandanten nicht im Griff?« legt die Frage nahe, für wen dies wichtig sein könnte. Was als Zitat eines autoritären Richters übergriffig daherkommt, mag aus Verteidigersicht Grundlage der erfolgreichen Arbeit sein. Dem erlebnishungrigen psychiatrischen Gutachter droht Langeweile.

Im Weiteren kann man wie in jeder Arbeitsbeziehung die Frage nach interaktionellen Aspekten stellen, die es erschweren mit dem Mandanten eine sinnvolle Verhandlungsgrundlage zu vereinbaren und durchzuhalten. Im Kontext einer Gerichtsverhandlung ergänzt durch den Zuschnitt der Kommunikation auf den/die Richter:innen. Hierzu sei »Die Aufführung von Strafrecht« von *Legnaro* und *Aengenheister* empfohlen, die sich empirisch begründet mit dem Akt der Gerichtsverhandlung auseinandersetzen. Trotz der formalisierten Rahmenbedingungen wird individueller Ausgestaltungsraum offenbar. Hier erstaunt, dass Juristen bisweilen meinen, sich neutral verhalten oder menschliche Beziehungen bis ins Detail regeln zu können.

Man kann sich darauf einigen, dass Kommunikation immer stattfindet. Dabei werden Ebenen jenseits des gesprochenen Inhalts wirksam. Unterschiedliche kulturelle Referenzen zwischen Gericht/Angeklagten, Anwalt/Mandant:innen, Arzt/Patient:innen verschärfen die Schwierigkeiten, eine gemeinsame Sprache zu finden. Im günstigsten Fall ergibt sich eine Beziehung, die von einer positiven Übertragung auf den/die Anwalt:in/Gericht/Ärzt:in getragen ist. Dies in dem Vertrauen, dass so Probleme gelöst werden. Bei solchen »Übertragungsprozessen« spielen Reste von früheren Beziehungserfahrungen eine Rolle. Unterstellt, dass es in der Gruppe der Menschen, die im Rahmen eines Strafverfahrens anwaltlichen Rat suchen, überdurchschnittlich häufig Menschen mit schwierigen Beziehungserfahrungen gibt, sind Probleme in der interpersonellen Aktion zu

erwarten. Vielleicht ein Grund, sich dem Wirtschaftsstrafrecht zuzuwenden, wo man eher auf bildungs-/einkommens-/sozialisationsgleiche Mandanten trifft, was das Wohlbefinden in vielerlei Hinsicht erhöhen kann. Darüberhinaus führt ein schwebendes Verfahren häufig zu krisenhafter Anspannung. Spätestens an diesem Punkt wird man feststellen, dass man nicht frei von eigenen Gefühlen gegenüber dem Mandanten ist (die man selbstverständlich der Sache wegen zurückstellt). Im Folgenden werden einige Situationen aufgezeigt, die mir häufiger aufgefallen sind:

Man fühlt sich auf einmal ganz anders als man sich kennt: großartig, klein, missachtet, besonders angefasst etc.: Dies kann man als sicheren Hinweis verstehen, dass der Beziehungskontext mit Gefühlen aufgeladen ist, die sich nicht unbedingt aus den besprochenen Inhalten ergeben. Für Psychiater ist dies Alltag und Grund für Selbsterfahrung und Supervision, um diese Ereignisse besser zu verstehen und nicht auszuagieren.

Man verbündet sich mit dem Mandanten (nun hat er einen im Griff) und setzt sich kritiklos für das ein, was der Mandant möchte, macht sich zum Sprachrohr seines Agierens. Manche Anwälte halten dies für ein Konzept, es lohnt sich aber die Frage, welches Ziel so erreicht wird und ob dies im Sinne der Mandanten ist.

Man hält es (auf einmal) für gerechtfertigt, gegen Grundsätze des Berufsstandes zu verstoßen. Diese Selbstkorruption fängt klein und langsam an und ist eigentlich ganz einfach zu bemerken – sofern man dies möchte. Schwierig kann es werden, einen Weg aus der Situation zu finden, zumal wenn man sich selbst erpress- oder strafbar gemacht hat.

Schlechte Botschaften zu überbringen (Partner hat sich getrennt, Kinder sind im Heim, lebenslänglich etc.) macht keinen Spaß und nun wird versucht, diese Unannehmlichkeit z.B. durch falsche Versprechungen zu vermeiden.

Verteidigung folgt unterschiedlichen Grundsätzen. Ein wissenschaftlicher Standard im Sinne eines Konsenses scheint kaum herstellbar und es entsteht der Eindruck einer ewigen Selbstfindung. »Freiheit der Verteidigung« hat etwas von Pippi Langstrumpf und korreliert mit Schwierigkeiten des Faches ›Jura‹, sich Standards auf-

zuerlegen, wie zum Beispiel Peer Reviews in Fachzeitschriften einzuführen oder Interessenskonflikte offen zu legen.

Supervision kann hier helfen und hat sich in vielen Konstellationen bewährt, setzt aber Diskurs- und Integrationsfähigkeit voraus: die Idee, dass man selbst Teil eines Problems sein und es lösen kann.

Dr. Jenny Lederer

Kartell für Reform des Sexualstrafrechts – 1925 und 2025?! Oder: Straffreiheit mangels Beweises? Für eine rationale (Sexual-) Strafrechtspolitik!¹

A.

Vor 100 Jahren, 1925, begannen die Beratungen des sogenannten »Kartells für Reform des Sexualstrafrechts«, die in einem »Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche oder mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen« mündeten² und sodann im Jahr 1927 publiziert³ wurden.⁴

1 Um Fußnoten erweiterte und den zeitlich bedingten Kürzungerfordernissen und -zwängen nicht mehr unterliegende Fassung des Vortrages anlässlich des Strafverteidigertages in Bochum.

2 Kartell für Reform des Sexualstrafrechts (Hrsg.), Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche oder mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen (Abschnitte 17, 18, 21, 22 und 23) nebst Begründung, 1927 (nachfolgend zit.: Kartell, Gegen-Entwurf).

3 Das Erscheinen verzögerte sich bis 1927; erst während der Schlusskorrektur der Druckfahnen (Reichstags-Drs 3390, ausgegeben am 19.05.1927) erfolgten an dem Amtlichen Entwurf nach Zuleitung an den Reichsrat noch einige Abänderungen. Zu den »wesentlichsten der unsern Problemkreis berührenden Korrekturen des Reichsrats« befinden sich in einem Annex, aaO, S. 82 ff., noch Ausführungen.

4 Zu den Hintergründen vgl. auch *Herrn*, Der Liebe und dem Leid. Das Institut für Sexualwissenschaft 1919-1933, 2022, S. 255 ff. sowie S. 336 ff.

Verbunden hatten sich in diesem Kartell sexualreformatorsche und humanitäre Vereine; es handelte sich um einen interdisziplinären Zusammenschluss rund um den Juristen *Kurt Hiller*⁵ und den Arzt und Sexualwissenschaftler *Magnus Hirschfeld*. Mit *Helene Stöcker* – einer Philosophin und Publizistin, die sich als Vertreterin des radikalen Flügels der Frauenbewegung u.a. zum Ziel gemacht hatte, den Status von Frauen als Sexualobjekt zu überwinden und die Sexualreform zu fördern⁶ – war sogar eine Frau vertreten. Das Kartell war zu der Überzeugung gelangt, dass der amtliche Entwurf von 1925, bezogen auf die Sexualdelikte, nicht den Ansprüchen genüge, die an das (seinerzeit) künftige deutsche Strafgesetzbuch gestellt werden müssen.⁷ Durch die Interdisziplinarität und Heterogenität innerhalb der Gruppe und deren verschiedene wissenschaftliche und politische Richtungen wurde ausdrücklich kein Maximal-, sondern ein Mindestprogramm ausgearbeitet – so sehr auch der Geist, die grundsätzliche Gesinnung des Ganzen allen Beteiligten bei diesem Zusammenschluss ausnahmslos gemeinsam war. Mit dem Mindestprogramm sollten – so das Ansinnen – lediglich solche Forderungen aufgestellt werden, die innerhalb jener Gesellschaftsordnung erfüllbar seien, geprägt durch einen

»gute[n] Willen aller Beteiligten, zu zeigen, wie eine einheitliche, humane und gerechte, die Gesellschaft und das Individuum zugleich schützende Behandlung der Sexualität durch das Strafrecht schon heute möglich sei (...).«⁸

Dass durchaus auch Maximalforderungen zur Diskussion standen, zeigt direkt zu Beginn, im Rahmen der Einleitung der Veröffentlichung, der Ausspruch, dass

»schon der Umstand, dass die Geschlechtsbeziehung zwischen Mensch und Mensch, als solche, Gegenstand besonderer strafrechtlicher Behandlung geblieben ist, (...) sich mit der modernen Auffassung von Geschlechtsleben schwer vereinen [lasse]. Es

5 Der auch als »Verantwortlicher Endredactor« aufgeführt wird.

6 Bezogen auf strafrechtliche Fragen hat sich insbesondere für die Entkriminalisierung der Homosexualität und Straffreiheit von Abtreibungen starkgemacht.

7 Kartell, Gegen-Entwurf, S. 5.

8 AaO.

könnte gefordert werden, das Sexualverbrechen als besondere deliktische Kategorie überhaupt zu beseitigen und die strafwürdigen Momente, die bei geschlechtlichen Handlungen in Betracht kommen, unter die Tatbestände anderer Abschnitte einzureihen.«⁹ Eine weitere – maximale, radikale – Forderung lautete: »Wenn man glaube, besonderer Strafandrohungen für Sexualdelikte nicht entraten zu können, sie dann in einer einzigen Bestimmung zusammenzufassen [¹⁰] etwa in derart, dass nur dann Strafe angedroht werde, wenn die Tat unter Anwendung von Drohungen oder Gewalt, wenn sie an Geschlechtsunreifen oder Willenlosen oder wenn sie in einer Weise, die öffentliches Ärgernis erregt, vollzogen werde.«¹¹

Das Kartell hatte sich aber auf den existierenden Gesetzesentwurf gestützt und sich an ihm abgearbeitet, sich aus den verschiedenen Perspektiven der Mitglieder und ihren Professionen und Qualifikationen gespeist und seinen Gegenentwurf ausführlich begründet. Getragen war dieses Konzentrieren auf den bestehenden Entwurf und auf die als »Minimal-« ausgemachten – aber für jene Zeit sehr progressiven – Forderungen von der Hoffnung auf eine »Erfüllbarkeit«. Dass einige der Forderungen teilweise noch fünfzig Jahre brauchten, um dann etwa mit der Entkriminalisierung des § 175 StGB endlich umgesetzt zu werden,¹² hätten die Verfasserin und die Verfasser des Gegen-Entwurfes sicherlich nicht gedacht.

Wenn man 100 Jahre später das Buch zur Hand nimmt, imponiert diese tiefgehende, rationale, wissenschaftliche Auseinandersetzung, imponiert das sachliche, zuweilen sprachlich sehr pointierte, scharfe Auseinandernehmen der – in der Publikation gerne auch in Anführungszeichen gesetzten – Begründung des amtlichen Entwurfes.

Deutlich zutage treten eine Haltung und eine Auffassung von Strafrecht, dass jede Erwägung über Strafwürdigkeit von dem Satz ausgehen müsse, dass ein Verhalten nur dann mit Strafe belegt werden

9 Kartell, Gegen-Entwurf, S. 7.

10 Man stelle sich dies heute, 2025, einmal vor bei dem aktuellen StGB mit seinem 13. Abschnitt und seinen mittlerweile 31 (!) Vorschriften (Fortsetzung folgt ...).

11 Kartell, Gegen-Entwurf, S. 7.

12 Mit dem 29. StrÄndG vom 31.05.1994 (BGBl. I, 1168).

darf, wenn es rechtsschutzwürdige Interessen verletzt oder gefährdet, dies auf dem Gebiete des Geschlechtslebens nur in Form der freien Selbstbestimmung des Menschen, der Gesundheit des Menschen und des Schutzes der Geschlechtsunreifen infrage kommen könne, daneben aber – in dem Entwurf angeführte unklare Begriffe – das Gemeinwohl, das Rechtsbewusstsein, die sittlichen Grundanschauungen, das sittliche Empfinden, das sittliche Gefühl des Volkes lediglich das fehlende stichhaltige Argument ersetzen.¹³ Von dieser Haltung und mit diesem Anspruch getragen, wird minutiös die unzureichende Begründung des amtlichen Entwurfes durchgegangen und argumentativ zerlegt.

Knapp vierzig Jahre später, 1963, sensibilisierte der Jurist *Jäger* in eine ganz ähnliche Richtung:

Unter Bezugnahme auf den Soziologen *Julius Kraft*, der 1931 unter Hinweis auf die Begründungen der damals vorliegenden Strafrechtsentwürfe festgestellt hatte, dass

»die Kunst exakter Rechtspolitik (...) noch in den Kinderschuhen« stecke und unter Bezugnahme auf die seinerzeit – nach Einberufung einer Großen Strafrechtskommission 1954 – zur Diskussion stehende große Strafrechtsreform¹⁴ und die dortigen Regelungen des Sexualstrafrechts, problematisierte er, »dass auch heute noch weitgehend ungeklärt ist, an welchen Maßstäben und Kriterien sich die Gesetzgebung bei der Beurteilung menschlicher Handlungen orientieren und wie sie – namentlich bei weltanschaulich und sittlich umstrittenen Straftatbeständen (...) – über eine nur gefühlsmäßige und von vorgefassten Meinungen bestimmte Betrachtungsweise hinausgelangen kann.«¹⁵

13 Vgl. Kartell, Gegen-Entwurf, S. 8. Bei der konkreten Auseinandersetzung mit den Vorschriften (aaO, ab S. 16 ff.) wird hierzu näher ausgeführt, vgl. beispielhaft etwa zu dem »gesunden Empfinden des Volkes« oder dem »Rechtsbewusstsein des Volkes«: S. 44 f., zu der »Gesundheit und Reinheit unseres Volkslebens«: S. 46 f.

14 Die Große Strafrechtskommission hatte in ihren zwischen 1954 und 1959 stattfindenden Sitzungen den ersten Entwurf vorbereitet, der 1960 sodann mit amtlicher Begründung veröffentlicht, in der Folge dann überarbeitet und als »Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962« verabschiedet wurde. Erst 1969 (1. StrRG vom 25.06.1969, BGBl. I, S. 645) bzw. 1973 (2. StrRG vom 30.07.1973, BGBl. I, 909, das aber erst zum 01.01.1975 in Kraft trat) mündeten die Entwürfe auch in endgültige Gesetze. Der E 1962 enthält knapp 40 Seiten Begründung zu dem »3. Teil – Straftaten gegen die Sittlichkeit«, BT-Drs IV/650, S. 359 – 396. Allgemein zu 50 Jahren Große Strafrechtsreform vgl. *Brodowski* GA 2025, 1 ff.

15 *Jäger*, Strafrechtspolitik und Wissenschaft, in: Bauer et al., Sexualität und Verbrechen. Beiträge zur Strafrechtsreform, 1963, S. 273.

Wie weit entfernt ist all das – 2025, 1963, 1925 – *zeitlich*? Aber wie sehr lassen sich *inhaltlich* diese Ansinnen von 1925, die Äußerungen von 1931 und von 1963 gleichsam spiegeln auf die heutige Zeit: Forderungen nach exakter vs. gefühlsmäßiger Rechtspolitik, evidenzbasiert und rational vs. apodiktisch und von Empörungskultur geprägt.

Jäger pointiert es in – erschreckend aktueller – Form: Es sei bei Gesetzgebungsvorhaben

»nicht nur von Interesse, wie das künftige Gesetz einmal aussehen und welche Handlungen es unter Strafe stellen wird, sondern auch, ob die Gesetzgebung ihre Entscheidungen in zureichender Weise motiviert. Diese Begründung scheint (...) mindestens so wichtig zu sein wie das Gesetz selbst; denn nur an ihr lässt sich ablesen, ob die staatliche Willensbildung zu exakteren und sachlich einwandfreien Formen rechtspolitischen Argumentierens vorgedrungen ist.

[So viel zu den Kinderschuhen, in denen der Gesetzgeber immer noch stecken mag...¹⁶]

Außerdem wäre es höchst unbefriedigend, wenn der Staat bei einer Reform des Strafrechts zwar festlegen würde, welche Handlungen in Zukunft strafbar sein sollen, nicht aber auch mit derselben Genauigkeit Rechenschaft darüber ablegen könnte, weshalb er eine kriminalisierte Handlung für strafwürdig hält. Gesetzesberatung und Gesetzeskritik sind daher vor allem als Begründungsberatung und Begründungskritik zu verstehen. Für die Objektivität der endgültigen Lösungen kann es dabei nur nützlich sein, wenn die Richtigkeit bestimmter Regelungsergebnisse nicht von Anfang an als eine unverrückbare, im Grunde nicht mehr diskussionsfähige Größe festliegt, die durch die Begründung nur noch nachträglich mit einigen rationalisierenden Erwägungen versehen werden. Die Überzeugungsbildung sollte daher bis zuletzt offen und dynamisch bleiben und nicht vorschnell zu Meinungsfronten erstarren.«¹⁷

16 So die Anmerkung der *Verfasserin* in ihrem Vortrag, die auch hier nicht als Einschub fehlen soll.

17 *Jäger* (FN 14), S. 273.

2025 erscheinen diese Worte aktueller denn je.¹⁸ Und sollten mahndend im Hinterkopf bleiben. Denn: Eigentlich muss man *so* weit ja gar nicht zurückblicken, könnte sich den oftmals wenig interessierenden historischen Blick zurück »ersparen« und sich auf die letzten zehn Jahre beschränken, um Vorträge – zeitlich – und Beiträge – zeilenmäßig – ohne Schwierigkeiten zu füllen: Seit der großen Nein-heißt-Nein-Reform 2016, dem 50. StÄG zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 14.11.2016, folgten in dem 13. Abschnitt des StGB

- das 57. StÄG zur Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings vom 03.03.2000;¹⁹
- das 59. StÄG zur Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen vom 09.10.2020, durch das die Vorschrift des § 184k StGB implementiert und das Upskirting und Downblousing pönalisiert wurde;²⁰
- das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.06.2021 mit einer Vielzahl an Änderungen – u. a. die Einführung von Verbrechenstatbeständen mit Anhebung der Mindeststrafen von sexuellem Missbrauch und Kinderpornografie auf ein Jahr – und der Einführung einer Strafbarkeit bezogen auf Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild in § 184l StGB;²¹
- das Gesetz zur u. a. Strafbarkeit der Verbreitung und des Besitzes von Anleitungen zu sexuellem Missbrauch von Kindern vom 14.09.2021, mit dem § 176e StGB eingeführt wurde;²²
- das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB – Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte vom 24.06.2024.²³

18 Lesenswert aus jüngerer Zeit, was die Anforderungen an Gesetzesbegründungen und

– ernst gemeinte – evidenzbasierte Kriminalpolitik betrifft: *Kaspar, KriPoZ 2020, 14*, 18,

20. Zur evidenzbasierten Kriminalpolitik in Zusammenhang insbesondere mit § 184l StGB vgl. auch *Lederer, StV 2025, 139, 140*, sowie *dies.* in: Deckers/Köhnken/Lederer (Hrsg.), *Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen*, 7. Band, 2024, S. 105, 108 ff., 110 ff.

19 *BGBI. I*, 431.

20 *BGBI. I*, 2075.

21 *BGBI. I*, 1810.

22 *BGBI. I*, 4250.

23 *BGBI. I, Nr. 213* zum 24.06.2024.

Blickt man also auf die Reformgeschichte der Sexualdelikte nur in der jüngsten Vergangenheit, lassen sich insbesondere mit und seit der Reform im Jahre 2016 gesetzgeberische Expansionen und Eskalationen feststellen. Und ein Ende der gesetzgeberischen Aktivitäten ist nicht absehbar, weder quantitativ lässt sich der drohende Aktionismus abschätzen noch ist in qualitativer Hinsicht zu antizipieren, wie viele vermeintliche Lücken im StGB sich noch auftun und bemüht werden, die dringend geschlossen werden müssen.²⁴

Und blickt man jeweils in die Materialien, die Gesetzgebungsverfahren, so ersetzen auch hier und heute das sittliche Gefühl, Moralisierung und Vorurteile leider allzu häufig das stichhaltige Argument.

B.

I.

Paradebeispiel eines an Gründlichkeit und einem Durchdenken ermangelnden, übereilt und kurzatmig übers Knie gebrochenen Gesetzes war das 50. StÄG. Was man den Vorschriften eigentlich schon bei der Abfassung und dann der Begründung hätte anmerken müssen, was sich aber eindeutig in der Praxis offenbart hat. Handwerkliche Mängel, teilweise schwierige Praktikabilität ... Der – 1397-seitige – Abschlussbericht einer Anfang 2015 ursprünglich für eine Überarbeitung des 13. Der Bericht der eingesetzten Expertenkommission wurde nicht abgewartet,²⁵ *konnte* angesichts der Ereignisse rund um die Silvesternacht nicht abgewartet werden: Handlungsschnelligkeit war wichtiger. Auch wenn man vielleicht nicht jede der in dem Abschlussbericht verfassten Schlussfolgerungen und Empfehlungen teilen mag: Dass jene Arbeit aus 28 Sitzungen in einem Zeitraum von über zwei Jahren so missachtet wurde, gerade die dortigen auch

24 Aktuellstes Ansinnen: strafrechtliche Bekämpfung der Verabreichung von K.-O.-Tropfen u. a. bei Sexualdelikten (vgl. **BR-Drs 128/25** – Gesetzesantrag NRW vom 25.03.25 – sowie **BR-Drs 21/551** – Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 24.06.2025); vgl. hierzu ablehnend: **DAV SN 22/2025**, Juni 2025; **BRÄK SN Nr. 23, Juli 2025**. Zu besorgen ist, dass auch die Pönalisierung »verbaler« sexueller Belästigung (sog. »Catcalling«) weiter diskutiert werden wird. Ebenfalls repetitiv werden »Täuschungen« im Sexualstrafrecht problematisiert (fernab des »Stealththing«) oder auch ein Zustimmungmodell für § 177 StGB (»nur ja heißt ja«).

25 Er wurde im Sommer 2017 publiziert: **BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017**.

interdisziplinären Erwägungen, die mahnenden Worte, was *nicht* angepackt werden sollte – und dass die Silvesternacht in Köln zu diesen überhasteten Vorschriftengeführt hat und das »Durchpeitschen« der Vorschriften²⁶ nicht verhindert werden konnte, sollte eine große Mahnung und Warnung sein.

Wenn man die Gesetze bezogen auf den 13. Abschnitt aus der vergangenen Zeit, wie vorstehend geschehen, auch nur anreißt und die Anhörungen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages entweder miterlebt oder mitverfolgt, ist das ernüchternd: denn auch wenn man grds. für anti-punitive, mahnende, rationale Positionen nicht so viele Brüder und Schwestern im Geiste findet und wenig Gehör (und noch viel weniger Applaus) bekommt, so war das bei dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder durchaus anders: nahezu einhellige Warnungen der Sachverständigen vor der Einführung eines Verbrechenstatbestandes, Warnungen vor Streichungen oder der Nicht-Einführung von minder schweren Fällen – Warnungen nicht nur von der Strafverteidigerin auf der Bank der Sachverständigen, sondern aus nahezu jedem vertretenen Bereich aus der Praxis und Wissenschaft. Jeweils mit dogmatischer, rationaler Argumentation vorgetragen.²⁷

Indes: Die wünschenswerte Übertragung des insoweit vorgetragenen, schriftlich vorab aufbereiteten fachwissenschaftlichen Materials,²⁸ des Diskurses in sodann rechtspolitische Kategorien²⁹ hat seinerzeit, bei dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, nicht stattgefunden. Zumindest eben nicht in

26 Um noch einmal das Kartell zu bemühen (ohne aber die dort erwähnten Machenschaften von »Dunkelmännern« spiegeln zu wollen): Der Gegenentwurf endet u. a. mit den Worten: »Uns bleibt nur übrig, an die fachliche Gesinnung der sozial und freiheitlich denkenden Abgeordneten aller Parteien (...) zu appellieren, daß sie die zumindest die von den Dunkelmännern geplante Durchpeitschung dieser Gesetzesvorlage unbedingt verhindern.« Kartell, Gegen-Entwurf, S. 88.

27 Das Wortprotokoll der Anhörung vom 07.12.2020 (Protokoll-Nr. 19/115) kann hier abgerufen werden: <https://www.bundestag.de/resource/blob/821238/wortprotokoll.pdf> (zuletzt aufgerufen am 13.07.2025).

28 Die schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen, die bei der Anhörung zu Wort kamen, finden sich hier: <https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830> (zuletzt aufgerufen am 13.07.2025).

29 Vgl. Jäger (FN 14), S. 288; generell und äußerst lesenswert zur »wissenschaftlichen Begründung«: aaO, S. 285 ff.

rationaler Hinsicht, sondern eher auf das Reservoir der Meinungen und Vorurteile zurückgreifend, emotions- und empörungsgesteuert. Aber warum auch rational, wenn es auch markig geht, das Widerliche, Unerträgliche immer wieder angeführt wird:

»Es gibt wohl kaum Verbrechen, die so widerlich sind und die uns alle so erschüttern, wenn über sie berichtet wird, wie sexualisierte Gewalt gegen Kinder. Sie trifft uns ins Mark, und sie fordert uns zu Recht auf, zu handeln – mit allen Möglichkeiten, die wir haben.« Das Unrecht werde nun in den Strafen abgebildet.«³⁰

Ziemlich schlecht gealtert – wenn man das Schicksal des § 184b StGB vor Augen hat – auch die Forderung nach schärferen Strafen mit den Worten: »Mir ist es wichtig, dass in den Strafen, die jetzt möglich sein werden, das Unrecht der Tat deutlich wird. Deswegen werden in Zukunft alle Taten sexualisierter Gewalt gegen Kinder als Verbrechen eingestuft. Das bedeutet, die Verfahren können nicht mehr eingestellt werden. Das ist extrem wichtig, weil es ein völlig falsches Signal ist, wenn solche Taten betreffende Verfahren wegen Geringfügigkeit der Schuld oder mangelndem öffentlichen Interesse eingestellt werden, meine Damen und Herren. Das wird in Zukunft nicht mehr möglich sein. Jeder der Täter muss sich dessen auch bewusst sein.«³¹

Extrem wichtig wäre es gewesen, wenn spätestens in der Anhörung im Rechtsausschuss die selten so einhelligen Worte der Sachverständigen ernst genommen worden wären – wenn auch viel zu spät und vermutlich nur unter dem zunehmenden Druck aus der Praxis und den laufenden verfassungsgerichtlichen Vorlagen³² hatte der Gesetzgeber dann doch noch ein Einsehen und hat seine Heraufstufung zu einem Verbrechenstatbestand wieder rückgängig gemacht.

30 So die seinerzeit Ministerin für Justiz und Verbraucherschutz *Lambrecht* in der Sitzung im Bundestag am 30.10.2020, Plenarprotokoll 19/187, S. 23549.

31 AaO, S. 23550.

32 Vgl., da am erfolgversprechendsten: AG Buchen, Beschl. v. 01.02.2023 - 1 Ls 1 Js 6298/21 – das BVerfG hat das Verfahren, nachdem das AG Buchen seinen Antrag nach der Gesetzesreform 2024 zurückgenommen hatte, mit Beschl. v. 27.09.2024 - 2 BvL 3/23 eingestellt; zu dem Vorlagebeschluss auch [DAV, SN 40/2023](#).

II.

Beim Upskirting/Downblousing, um ein weiteres Beispiel zu nennen, mutete es teilweise in den Debatten als nahezu realsatirisch an,³³ so viele Fragen der Strafwürdigkeit, des Begegnens dieses »Phänomens« mit dem Strafrecht ...

Bei jenem Gesetz hatte erfreulicherweise die Abgeordnete Bayram in einer Lesung vor der Anhörung im Rechtsausschuss einmal explizit hervorgehoben:

»Ungeachtet dessen, worin man den Zweck von Kriminalstrafen sieht, hat der Gesetzgeber seine Begründung für neue Straftatbestände auf empirisch verifizierbare Fakten zu stützen. Dazu findet sich sogar in Ihrem Koalitionsvertrag die Forderung, dass es evidenzbasierte Kriminalpolitik geben soll. Aber Sie haben nicht das Rückgrat, um sich tatsächlich hierhin zu stellen und deutlich zu machen, dass die Unterschriftensammlung, die diesen Gesetzentwurf ausgelöst hat, keine evidenzbasierte Kriminalpolitik darstellt.«³⁴

Verknüpft mit der rhetorischen Frage, was denn eigentlich am Ende bei solchen Strafverfahren herauskommen werde – Geldsanktion, Einstellung, gleichzeitig zu erwartende überlange Verfahren – und der Feststellung, dass »damit (...) dem Anliegen der Frauen nicht wirklich geholfen« sei, kommt die Conclusio:

»Daher sind wir der Ansicht, dass so ein unmoralisches Verhalten nicht den Maßstab der Verfassung wiedergibt, den es braucht, um strafrechtlich dagegen vorzugehen. Wir sind der Ansicht, dass es hier keines Strafrechts bedarf und deswegen das Ganze nicht im Strafgesetzbuch geregelt werden muss.«³⁵

Vor der Abstimmung – bei der sich die Grünen enthalten haben – hatte sie dann noch einmal deren Kritikpunkte hervorgehoben und

33 Wobei die *Verfasserin* nicht verhehlen will, bei dem Thema (zumindest gedanklich, vor dem inneren Auge) immer auch ein Video des britischen Komikers Sasha Baron Cohen zu denken, wie er – als vorgeblich israelischer Anti-Terror-Experte – einem amerikanischen republikanischen Politiker die »Möglichkeit« aufzeigt, (vermeintlich) als Frauen getarnte/verkleidete Terroristen durch Aufnahmen mittels Selfie-Stick unter die Burka entlarven zu können: <https://www.youtube.com/watch?v=4k4pMTsa1Kw> (zuletzt aufgerufen am 13.07.2025).

34 Bayram in der Sitzung am 06.05.2020, **Plenarprotokoll 19/157**, S. 19458.

35 AaO.

problematisiert, dass die Mängel in dem Gesetz – den sie auch als »rechtstechnischen Murks« beschreibt – »dazu führen können, dass der neue § 184k des Strafgesetzbuches ein symbolpolitisches Placebo bleibt – und das ist das Gegenteil dessen, was wir brauchen.«³⁶

Umgekehrt ging es Anderen nicht weit genug, die mit Blick auf die Frage der Beweisbarkeit bzw. Individualisierbarkeit des Antrags-erfordernisses gar Abstand nehmen wollten – höchst befremdlich, wenn ja gerade höchstpersönliche Bereiche, die Verletzung des Intimbereiches, Gegenstand sind und die Kriminalisierung ja ausdrücklich in den 13. Abschnitt mit seinem zumindest Ober-Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung reingerutscht ist.

Und wiederum andere, die AfD, forderten eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf Bildaufnahmen in Bademode, denn:

»Wer auch nur die Presse über die teilweise anarchischen Zustände in vielen unserer Freibäder in den letzten Jahren verfolgt hat, weiß ganz genau: Auch mit dem Fotografieren von Menschen in regulärer Bademode lassen sich erheblich entwürdigende Bilder sammeln. Von einem Sich-politisch-mit-dieser-Sache-näher-Befassen will ich erst gar nicht reden. Dazu fehlt Ihnen anscheinend der Mut. Wer A sagt, muss nämlich auch hier B sagen. (...) Sie haben einen Tatbestand haarklein um diese Schwimmbad-Gafferfälle herumgebaut.«³⁷

Ohne den Petitentinnen und auch den Betroffenen absprechen zu wollen, dass sie es belastet, aber: Braucht man hierfür eine strafrechtliche Reaktion, um diesem vermeintlichen »Phänomen« zu begegnen? Müsste man nicht woanders ansetzen, damit gesellschaftlich einfach klar ist, dass sich so etwas nicht gehört? Und dass die Medienkompetenz in vielerlei Hinsicht bei Kindern und Jugendlichen, auch was Grenzüberschreitungen und grenzverletzendes Verhalten betrifft, endlich einmal ernsthaft angegangen werden sollte?

Dass eine der Petitentinnen als Sachverständige zu der Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages gehört wurde, zeigte noch einmal eindrücklich das vielmehr Atmosphärische, dem Betroffenheitsgefühl und Empörungsgestus noch einmal schön

36 Bayram in der Sitzung am 02.07.2020, [Plenarprotokoll 19/170](#), S. 21369.

37 Peterka in der Sitzung am 06.05.2020, [Plenarprotokoll 19/157](#), S. 19455.

Rechnung tragenden Stimmungs-Machende an dem Gesetz. Dagegen kommt man mit Ultima Ratio und weiteren Argumenten nicht an.

Gesellschaftliche Sensibilisierung, gesellschaftlicher Diskurs sind wünschenswert und wichtig. Aber: Das Strafrecht muss nicht und darf doch nicht – mit Blick auf das ultima-ratio-Prinzip und das Übermaßverbot – Antworten auf jedes unerwünschte, ungehörige Verhalten bieten. Strafrecht muss immer das letzte Mittel zur Sicherung des Rechtsfriedens bleiben. An jenem Vorhaben zeigte sich sehr deutlich, dass und wie das Strafrecht dem Prinzip, in den Zwischenräumen der Strafgesetze Handlungsfreiräume zu garantieren, immer mehr absagt.

Beim Upskirting wurde es teilweise sehr deutlich, wie der eigene – angebliche – Anspruch evidenzbasierter Kriminalpolitik konterkariert wurde. Ausdrücklich heißt es: Es würden zu dem Phänomen keine empirisch verlässlichen Zahlen existieren; das tatsächliche Ausmaß lasse sich schwer abschätzen. Außerdem bestünden keine belastbaren Erkenntnisse zur Prävalenz des Upskirting – aber: Das Verhalten erweise sich dennoch als »sowohl strafwürdig als auch strafbedürftig.«³⁸

Aber sei's drum! Sei's drum, dass man eigentlich solche Fälle schon mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht erfassen konnte – auf das die Terminologie des grob anstößigen und ungehörigen Verhaltens eigentlich viel besser passt.

Aber mit der OWi-Allgemeinklausel oder auch einem konkreter gefassten OWi-Tatbestand würde der Empörung und Skandalisierung natürlich nicht gerecht. So spricht man lieber von einem »visuellen Eindringen in den körperlichen Intimbereich.«³⁹

Und unmittelbar vor der Abstimmung des Gesetzes wurden Dankesreden formuliert:

»Ein Dankeschön – das ist mir jetzt wirklich wichtig – geht auch an die beiden Damen, die eine Petition, die von vielen Menschen unterzeichnet wurde, eingereicht haben (...), die mit ihrem Engagement und mit dieser Petition das Thema vorangetrieben und dadurch einen wichtigen Beitrag geleistet haben,

38 BR-Drs 443/19, S. 6 sowie S. 13.

39 BT-Drs. 19/15825, S. 10.

dass wir heute hier diesen Gesetzentwurf haben. Ich möchte auch sagen, dass sich viele Promis dafür eingesetzt haben. Da möchte ich nur Emma Watson und Keira Knightley nennen, die sich auch zur Rechtslage hier in Deutschland positioniert haben. Auch da ein herzliches Dankeschön! Das war wichtiger Rückenwind für dieses Gesetz.«⁴⁰

So viel zu der evidenzbasierten und rationalen Kriminalpolitik ... Der Gesetzgeber dankt in Oscar-Verleihungs-Manier.

C.

Ein bisschen weg von konkreten Gesetzesvorhaben soll im Folgenden ein »Argumentationsbemühen« einmal besonders hervorgehoben werden, sowohl rück- als auch ausblickend: Es handelt sich um ein Argument, das nahezu rituell anmutend, in einem formelhaft-repetitiven Bemühen von Begründungsfloskeln seit den 1950er Jahren vorgebracht wird, vor allem in Zusammenhang mit den Vorschriften zur Kinderpornografie, zuletzt aber auch im Rahmen der Pönalisierung rund um die Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild: Immer wieder wird bei Gesetzesvorhaben und Begründungen apodiktisch das Absenken von Hemmschwellen behauptet, um Strafschärfungen oder Kriminalisierungen zu rechtfertigen.

Ziemlich eindrücklich und so passend, wenn wir hier über evidenzbasierte Kriminalpolitik diskutieren, beginnt es vor über fünfzig Jahren in einer Gesetzesbegründung zur Strafbarkeit von Kinderpornografie. Dort heißt es:

»Wenn die wissenschaftliche Hypothese zutrifft, daß pornographisches Material nur zu solchen sexuellen Handlungen anregt, die dem sexuellen Verhaltensmuster des Betrachters ohnehin eigentümlich sind, dann spricht das zwar für die Ungefährlichkeit einer Pornographie, die normales Sexualverhalten schildert, und möglicherweise auch dafür, daß gewalttätig-pornographische oder pädophile [sic] Darstellungen auf den normalen Betrachter nicht kriminogen wirken. Jene Hypothese legt aber andererseits die *Befürchtung* nahe, daß Personen, die *ohnehin* zu einer Sexualbetätigung mit gewalttätig-sadistischem

⁴⁰ Fechner in der Anhörung vom 02.07.2020, [Plenarprotokoll 19/170](#), S. 21333.

oder pädophilem [sic] Einschlag *neigen*, durch das einschlägige pornographische Material gerade zu einer solchen sexuellen Betätigung *aktiviert* werden. Für diese Befürchtung gibt es *zwar bisher keinen eindeutigen wissenschaftlichen Beweis; ebensowenig* ist es aber gesichert, daß sie *unbegründet* ist.«⁴¹

Etwas erschreckend ist, dass das gar nicht so weit weg ist von aktuellen Begründungen und »Argumentationen« bei sexualstrafrechtlichen Gesetzesvorhaben. Konjunktivisch, auf Befürchtungen gestützt, fernab jeder wissenschaftlichen Begründung – und auch in der Folgezeit wurden die (wissenschaftlichen oder selbst aufgeworfenen) »Hypothesen« nicht hinterfragt oder erhellt, vielmehr nahmen und nehmen die »Befürchtungen« überhand: und immer wieder floskelhaft der Verweis bei Erweiterungen, Verschärfungen, Änderungen des § 184b StGB: die Behauptung der Absenkung einer Hemmschwelle. Sei ja immerhin nicht auszuschließen ... Wer braucht da »signifikante Befunde«, ⁴² »valide Erkenntnisse« für eine Gefährlichkeit, für einen Kausalzusammenhang und drohenden Übergang von Konsum kinderpornografischer Materialien und sexuellen Hands-on-Delikten?! Wen interessiert rechtspolitisch die äußerst kritische strafrechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der fehlenden empirischen Untermauerung der Nachahmungsthese und Hemmschwellenabsenkung?!⁴³ Wen interessiert die Annahme, dass Rückgriff auf kinderpornografisches Material – zu der insofern vergleichbaren Puppenstrafbarkeit sogleich noch – auch als Ersatzhandlung dienen und damit protektiv wirken kann, als Surrogat für einen realen, tatsächlichen Übergriff?! Wen interessieren da ein sehr heterogenes, differenzierendes Bild von Konsumentinnen und/oder

41 **BT-Drs VI/1552**, S. 35 (Hervorhebungen nicht im Original).

42 Vgl. *Scheffler* in: FS-Herzberg (2008), S. 627, 636.

43 Kritisch sehen es etwa *Matt/Renzikowski-Eschelbach*, StGB, 2. Aufl., 2020, § 184b Rn. 4; *SK-StGB-Greco*, 10. Aufl., Band IV, 2024, § 184b Rn. 10; *Heinrich*, NStZ 2005, 361, 362; *Renzikowski* in: FS-Beulke (2015), S. 527; *Scheffler* in: FS-Herzberg (2008), S. 627, 636. Auch *MK-Hörnle*, StGB, 4. Aufl., 2021, § 184b Rn. 3, und *M. Gercke* CR 2018, 480, 484, greifen das Problem auf. Ohne eigene Wertung bleiben *Fischer-Fischer*, StGB, 72. Aufl., 2025, § 184b Rn. 2; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, StGB, 30. Aufl., 2023, § 184b Rn. 1; *LK-Nestler*, § 184b Rn. 1; *Satzger et al.-Zimmermann*, StGB, 6. Aufl., 2024, § 184b Rn. 9 (sowie, da Verweis hierauf aaO, § 184a Rn. 4).

Missbrauchstäterinnen zeichnende empirische Studien?!⁴⁴ Mal ganz zu schweigen von psychowissenschaftlichen Erkenntnissen, die man einmal berücksichtigen oder auch in Auftrag geben könnte... Wen interessiert, von wie vielen – noch dazu von einigen im Bereich des Sexualstrafrechts nicht unbedingt als progressiv bekannten – Stimmen zumindest die Legitimation für die Strafbarkeit bezweifelt wird, dass durch den Einfluss kinderpornografischen Materials die Gefahr bestünde, selbst übergriffig zu werden.⁴⁵

Den Gesetzgeber hat es nicht abgehalten – und hält es nicht ab.

Das Hemmschwellen-Argument zieht jedenfalls nicht als Legitimation iRd § 184b StGB, geistert in der rechtspolitischen Diskussion aber immer noch herum und wird dann sogar übertragen (etwa bei § 184l StGB – dort indes als einzige Legitimationsgrundlage). Und: demaskiert einen dem – vermutlich ja noch nicht in den 1950er Jahren, aber jedenfalls in den letzten Koalitionsverträgen ausdrücklich – vorgegebenen Anspruch einer evidenzbasierten rationalen Kriminalpolitik sehr bezeichnend. Jenem Argument steht, so hat es *Greco* sehr trefflich pointiert, »Täterstrafrecht‘ auf der Stirn geschrieben«. Die Welt, in der wir leben, erschöpfe sich nicht in dem, was sich durch die strenge Methodik der Sozialwissenschaften belegen lasse⁴⁶ – so seine gleichsam seufzenden Worte. In das Seufzen kann man nur einstimmen, denn:

Hinterfragt wird seitens des Gesetzgebers diese Legitimation nicht. Seit Jahrzehnten hält sich die Behauptung des Anreizes und der Hemmschwellenreduzierung, ohne sich einmal die Mühe gemacht haben, es interdisziplinär zu untersuchen und die Legitimation auf den Prüfstand zu stellen.

Nun könnte man meinen: Bei der Kinderpornografie gibt es ja noch weitere Legitimationsgrundlagen – dass den inkriminierten Materialien realer Missbrauch zugrunde liege und damit mittelbar

44 Zu den Konsumentinnen vgl. den interdisziplinären (vor allem aber psychowissenschaftlichen) »Blick in den Bildschirm – und über ihn hinaus: was wissen wir über Konsumenten von Missbrauchsabbildungen?«, *Hausam/Lederer* in: Deckers/Köhnken/Lederer (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 8. Band, 2025, S. 27 ff..

45 Ausführlicher hierzu *Lederer*, in: Brögeler et al. (Hrsg.), Überzeugung und Zweifel. FS Neuhaus, 2025, S. 729, 733 ff..

46 SK-StGB-*Greco*, 10. Aufl., Band IV, 2024, § 184b Rn. 10.

Kindesmissbrauchstaten gefördert würden; dass es gelte, den Markt auszutrocknen und die Nachfrage und die Produktion einzudämmen. Das mag sein. Aber: Wenn man ein paar Buchstaben weiter, von § 184b auf § 184l StGB, springt und sich das dortige Gesetzgebungsverfahren anschaut, muss man sich wundern.

Denn auch hier, nahezu spiegelbildlich zu der apodiktischen Begründung im Zusammenhang mit der Kinderpornografie, behauptet der Gesetzgeber den Abbau von Hemmschwellen – obwohl hier sehr intensiv psychowissenschaftlich die These eines protektiven, salutogenen (gesundheitsfördernden) Effektes der Nutzung von Puppen diskutiert wird und erforscht wurde. Solange es möglich war. Die psychowissenschaftliche Debatte ist durchaus kontrovers, wenn auch die widerstreitenden Stimmen eher aus der Moralethik und weniger aus dem sexual- und psychowissenschaftlichen Bereich kommen. Gegenüber stehen sich zum einen die Vertreterinnen, die in der Nutzung derartiger Puppen ein Ventil, ein Ersatzobjekt sehen, das die Wahrscheinlichkeit für einen realen Missbrauch zu senken verhelfen kann; zum anderen diejenigen, die eine drohende Eskalation befürchten: ein Ausleben der inkriminierten Fantasie mit einem Artefakt und dem etwaigen Abbau von Hemmschwellen. Fest steht aber: Ein Risiko sexueller Übergriffigkeit und des Überganges von (mithilfe der Puppe masturbatorisch ausgelebten Fantasien) ist jedenfalls empirisch gerade *nicht nachweisbar* und damit die Legitimation (auch verfassungsrechtlich) höchst fragwürdig und letztlich zu verneinen.⁴⁷

Solange es an einer das Risiko und eine Kausalbeziehung stützenden empirischen, validen Grundlage fehlt (und im Übrigen ja auch eine Vielzahl weiterer Schritte bis hin zu einer Überwindung der Hemmschwelle und eines Übergriffes erforderlich wären, die antizipierte Strafbarkeit eines Hands-on-Delikt es mithin derart weit vorverlagert gedacht ist und eine Konkretisierung eines Kindes, der Handlung etc. ebenso fern ist), bleiben derartige Vermutungen und Behauptungen, die dieser Rechtfertigung für die Kriminalisierung zugrunde liegen, genau das: Vermutungen und Behauptungen.

47 Ausführlich hierzu *Lederer* (FN 17), S. 105 ff.; *dies.*, StV 2025, 139 ff.; aus der überschaubaren juristischen Literatur vgl. insbesondere *Graf* DÖV 2023, 945; die Kommentierungen von SSW-StGB/*Graf*, 6. Aufl. 2024, § 184 I, sowie LK-StGB/*Berghäuser*, 13. Aufl. 2023, § 184 I; *Frommel* NK 2021, 150.

Den Gesetzgeber hat dies aber nicht abgehalten: Im RegE zu dem seinerzeit in Rede stehenden Gesetz wurde plötzlich auch die Puppenstrafbarkeit als Erfordernis gesehen; laut Gesetzesbegründung könne angeblich mit derartigen Nachbildungen »die sexuelle Ausbeutung von Kindern mittelbar« gefördert werden: Es bestehe »die Gefahr, dass ihre Nutzung die Hemmschwelle zu sexualisierter Gewalt gegen Kinder absenkt. Durch die Nutzung solcher Objekte kann der Wunsch geweckt bzw. verstärkt werden, die an dem Objekt eingeübten sexuellen Handlungen in der Realität an einem Kind vorzunehmen.« Hierdurch werde die Gefahr für Kinder, Opfer von sexualisierter Gewalt zu werden, gesteigert, was nicht hinzunehmen sei. Es solle »ein Signal für die Gesellschaft ausgehen, dass Kinder – seien sie auch nur körperlich nachgebildet – nicht zum Objekt sexueller Handlungsweisen gemacht werden dürfen.« Es werde darauf abgezielt,

»bereits dem Markt für solche Nachbildungen die Grundlage zu entziehen. Aber auch der Besitz sowie Vorbereitungshandlungen wie Herstellen, Einfuhr, Anbieten und Bewerben sollen inkriminiert werden, denn diese tragen zur Belebung des ‚Marktes‘ bei, wodurch die Nachfrage nach solchen Nachbildungen erheblich gefördert wird.«⁴⁸

Quellen oder Nachweise für die aufgestellten Behauptungen in der Gesetzesbegründung? Fehlanzeige. Die Ausführungen der Wissenschaftlichen Dienste (WD), die zuvor in Auftrag gegeben worden waren?⁴⁹ Nicht erwähnt. Immerhin gab es darin ja auch keine Bestätigung der Hemmschwellenabsenkungs-Hypothese. Sonstige psychowissenschaftliche Erkenntnisse?⁵⁰

48 BR-Drs 634/20, S. 22.

49 WD 7 - 3000 - 072/20. Die WD haben einen Rechtsvergleich angestellt; vgl. zu aktuelleren und teilweise auch auf andere Länder gerichteten Veröffentlichungen etwa von *Loibl/van der Aa*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2023, 217. Neben Australien und Deutschland verfügt auch Dänemark über eine breite Palette an strafbaren Handlungen mit Puppen, Besitzstrafbarkeit eingeschlossen, aaO, S. 220 f.; jew. mit ähnlicher Argumentation, aaO, S. 238 f. mwN. Vgl. auch *Loibl et al.*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2023, 63. Zur Rechtslage in den USA vgl. *Marchant/Climbingbear Journal of Future Robots* 2022, 91, 97 ff.

50 Vgl. für den deutschsprachigen Raum vor allem die Beiträge von *Desbuleux/Fuß* (die anknüpfen/aufbauen an die richtungsweisenden Arbeiten von *Harper/Lievesley*, *The Journal of Sex Research* 2023, 190), etwa in: *Zeitschrift für Sexualforschung* 2024, 69 ff.; *dies.* *The Journal of Sex Research* 2023, doi:10.1080/00224499.2023.2199727; *dies.* *The Journal of Sex Research* 2022, DOI: 10.1080/00224499.2022.2103071.

Die *Jägersche* (und ähnlich auch *Kasparsche*) Mahnung, dass bei Gesetzgebungsvorhaben auch von Interesse und Wichtigkeit sei, ob die Gesetzgebung ihre Entscheidungen in zureichender Weise motiviert sei, wurde nicht beherzigt.

An jener Gesetzesbegründung bezogen auf § 184I StGB lässt sich ablesen, dass die staatliche Willensbildung gerade nicht zu exakteren und sachlich einwandfreien Formen rechtspolitischen Argumentierens vorgedrungen ist. Und es drängt sich die (Folge-)Frage auf, ob jener Anspruch überhaupt zugrunde lag...⁵¹

Dies ist hier noch fragwürdiger als schon bei den Kinderpornographie-Vorschriften, als hier die Rechtsgutsverletzung nicht ersichtlich ist und einer derart extremen (und auch stigmatisierenden) Vorfeldverlagerung damit einhergeht, dass es strafrechtsdogmatisch fragwürdig und auch menschenunwürdig ist mit Blick auf die Betroffenen.

Die konjunktivisch und derart vage gehaltenen Ausführungen iRd Anhörung im Rechtsausschuss der einzig dezidierten Verfechterin eines Kriminalisierungsbedürfnisses aufseiten der Sachverständigen sind entsprechend eindrücklich: »Den Strafverfolgungsbehörden [liegen zwar] keine abschließenden empirischen Erkenntnisse zu der Auswirkung der Verwendung solcher Objekte im Zusammenhang mit tatsächlichen Missbrauchshandlungen an Kindern vor (...)«, aber: es »besteht (...) der *Eindruck*, dass *zumindest* das *Risiko* besteht«, dass durch die Nutzung die Hemmschwelle zur Durchführung realer Missbrauchshandlungen reduziert werde.⁵²

Das erinnert sehr stark an die eingangs zitierte Begründung für die KiPo aus den 1950er Jahren:

»Jene Hypothese legt ... die *Befürchtung* nahe, daß Personen ... gerade zu einer solchen sexuellen Betätigung *aktiviert* werden. Für diese Befürchtung gibt es *zwar bisher keinen eindeutigen*

51 Man kann hier *noch nicht einmal* die »gedanklichen Arabesken« erkennen (geschweige denn die »rationalen Gründe«), die das von Anfang an gefühlsmäßig festliegende Ergebnis nachträglich unterbauen oder umgeben, wie es *Jäger* (FN 14), S. 292, so trefflich-verstörend formuliert.

52 *Bussweiler*, SN zu der Anhörung im Rechtsausschuss, S. 15, abrufbar unter www.bundes-tag.de/resource/blob/811572/bussweiler.pdf (zuletzt aufgerufen am 13.07.2025; die Dateibezeichnung ist trotz fehlerhaft geschriebenem Namen korrekt).

wissenschaftlichen Beweis; ebensowenig ist es aber gesichert, daß sie unbegründet ist.«

Und wenn man keine empirischen Nachweise zur Verfügung hat oder sich vor einem Gesetzesvorhaben darum bemüht, sich dem Problem wissenschaftlich, bestenfalls interdisziplinär zu nähern, hilft eines definitiv weiter: Sprache. Oder auch »BILD-basierte Kriminalpolitik«,⁵³ da sich der ursprüngliche Antrag der Fraktionen der CDU und FDP im NRW-Landtag⁵⁴ liest wie der BILD-Zeitung entnommen. Unabhängig davon, dass jenes Vorhaben auch schön flankiert und orchestriert wurde durch entsprechende BILD-Berichterstattung ... von »abstoßendem und verstörendem Befriedigungszubehör« ist die Rede, vom Ausüben von perversen, sexuellen Praktiken, vom Ermöglichen von Missbrauch, vom Einüben, von frei verfügbarem, lebensnahen Missbrauchsmaterial. Wohlbemerkt: Terminologie des Antrages der FDP und CDU – nicht aus einem BILD-Artikel stammend.

Das Geifern und Moralisieren zeigte sich dann auch in der ersten Beratung des Regierungsentwurfes – mit Ausnahme *einer* rationalen Stimme, die aber vergeblich mahnte und vergeblich der evidenzbasierten Kriminalpolitik treu blieb.⁵⁵ Ganz offen der evidenzbasierten, ganz zu schweigen von der rationalen, Kriminalpolitik Hohn sprechend und so decouvrierend: Es möge sein, dass es keine Evidenz gäbe, so der Abgeordnete *Luczak*: »Aber ich will Ihnen mal sagen: Wenn man bei Amazon Kindersexpuppen bestellen kann, diese nach den eigenen Vorlieben designen kann, (...), dann finde ich das unerträglich. Das finde ich unerträglich!«⁵⁶

Was »erträglich« und was »unerträglich« ist, kann aber wohl kaum die Grenzlinie zwischen strafwürdigem und strafrechtlich irrelevantem Verhalten näher bezeichnen, bleibt diese Wertung ohnehin im Bereich subjektiver Aussagen; »bei rechtspolitischen Entscheidungen [sollte] die Moral – jedenfalls als Maßstab der Strafwürdigkeit

⁵³ So bereits *Lederer* (FN 17), S. 108 f.

⁵⁴ [NRW-LT-Drs 17/10796](#).

⁵⁵ Ausführlich zu dem Gesetzgebungsverfahren *Lederer* (FN 17), S. 107 ff.

⁵⁶ [BT-Drs 19/187](#), S. 23559 f.

einzelner Handlungen – besser aus dem Spiel gelassen werden.«⁵⁷

Aber auch das findet sich vermehrt in den Debatten rund um insbesondere sexualstrafrechtliche Vorstöße: wie widerlich, wie unerträglich, wie schrecklich Verhaltensweisen seien. Als Kompensation dafür, wenn Argumente und tragfähige Begründungen fehlen – der Applaus ist sicher, Widerspruch wird kaum gewagt, will man doch nicht in den Verdacht geraten, man würde damit zum Ausdruck bringen, eine Handlung oder ein Verhalten zu billigen, gutzuheißen, zu unterstützen, wenn man das Kriminalisierungsbedürfnis verneint...

Dem Bundesverfassungsgericht liegen seit längerer Zeit zwei Verfassungsbeschwerden zu § 184l StGB vor.⁵⁸ Geplant war eine - indes noch nicht ergangene - Entscheidung im Jahr 2025.⁵⁹ Der Gesetzgeber wird jedenfalls wohl kaum – anders als bei § 184b StGB, wo es aus der Praxis dringende Notrufe gab, während es bei § 184l StGB Niemanden zu interessieren scheint und es kaum eine Lobby gibt – aktiv werden und eine Entkriminalisierung vorantreiben.

Besonders problematisch ist, dass im Rahmen einer extremen Vorfeldverlagerung und höchst zweifelhaften (richtigerweise eigentlich: ausgeschlossenen) Rechtsgutsverletzung oder auch nur -gefährdung eine gefährliche Tendenz zu sehen ist, dass und wenn der deutsche Gesetzgeber für eine Legitimation einer Kriminalisierung ungeprüfte, noch nicht einmal transparent gemachte Behauptungen aufstellt, die ihrerseits nicht »bewiesen« sind: es gibt keine Evidenz dafür, dass die Nutzung von Puppen einem Menschen schadet, und die existierende psychowissenschaftliche Forschung – auch in Deutschland – zeigt eindrücklich auf, welche Chancen durchaus mit der Nutzung von Puppen gegeben sein kann, jedenfalls aber die Apodikta der Hemmschwellenreduzierung und der Anreizfunktion *nicht* bestätigt werden können. Und welche Sorgen sich aufdrängen, wenn Betroffene nun befürchten, mit der Kriminalisierung sämtlicher legaler Möglichkeiten einer Ersatzbefriedigung verlustig geworden zu

⁵⁷ Vgl. Jäger (FN 14), S. 280 f., der sehr eindrücklich gegen moralisierende Gesetzgebung argumentiert.

⁵⁸ 2 BvR 1096/22; 2 BvR 1097/22.

⁵⁹ Zumindest waren die Verfahren unter den geplanten Entscheidungen für das Jahr 2025 für den 2. Senat aufgeführt: www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Aktuelles/GeplanteEntscheidungen/geplante-Entscheidungen_node.html (zuletzt aufgerufen am 09.01.2026).

sein und nun im schlimmsten Fall gar Ängste vor Rückgriffen auf kinderpornografisches Material (oder noch schlimmer: Hands-on-Delikten) die Betroffenen umtreiben. Denn diese Erkenntnisse gibt es aus der Forschung: Selbstberichte von einer Zunahme von anderem problematischen Verhalten seit der Implementierung des Gesetzes bzw. dass sich Stress aufbaue, weil es keine anderen Lösungen gebe, die Fantasien auszuleben; »Der Stress wegen diesem Gesetz hat sogar zu einem kurzen Rückfall geführt, wobei ich mir im Darknet Missbrauchsabbildungen geholt hatte, weil ich dachte, dass ich ja jetzt eh nichts mehr zu verlieren habe (Vogelfrei) (alle Missbrauchsmaterialien sind wieder gelöscht) (da ich so reagiert habe gehe ich davon aus, dass das Gesetz in Deutschland zu einem starken Anstieg an Missbräuchen geführt haben wird!)!«⁶⁰

Um noch einmal *Jäger* zu bemühen: »Gerade dort, wo über Grenzfragen der Strafwürdigkeit zu entscheiden ist, geht jede Selbstgenügsamkeit des Gesetzgebers und jede Verminderung der Anforderungen an seine Begründungsarbeit zu Lasten der Betroffenen, zu lasten aller späteren Angeklagten. Jede auch nur kleine Fehlleistung bei der Einkreisung des strafwürdigen Unrechts kann (...) Menschen zu Kriminellen machen, die, wenn die Gesetzgebung mit größerer Trennschärfe gearbeitet hätte, freie Bürger sein würden. Wenn es also der Gesetzgebung tatsächlich nicht möglich sein sollte, schärfsten Anforderungen an die Klärung ihrer Motive zu genügen, dann sollte sie sich nicht in solche Grenzzonen menschlichen Verhaltens vorwagen.«⁶¹

Die Behauptungen mit der Hemmschwelle werden ungeprüft einfach von dem Gesetzgeber übernommen, die Apodiktika wiederholen sich, und zu besorgen ist: Fortsetzung folgt...

D.

Das könnte jetzt natürlich eine Steilvorlage für einen Ausblick sein: die Sorge eines »to be continued« und dystopische, defätistische, desillusionierte Zukunftsvisionen.

60 Zit. bei *Desbuleux/Fuß*, Zeitschrift für Sexualforschung 2024, 69, 75.

61 *Jäger* (FN 14), S. 296.

Anlass gäbe es ja leider viel: Allein mit Blick auf die Äußerungen der AfD bei Gesetzesvorhaben, im Rechtsausschuss, nicht selten das Thema verfehlend, aber zunehmend Gehör bekommend, seien zwei Beispiele zitiert, zum einen in Zusammenhang mit einem (nicht strafrechtlichen, aber mit Blick auf Prävention eines Opfer- und Täter-Werdens durchaus interessierenden) Vorhaben bzgl. frühkindlicher Sexualerziehung bzw. in den Worten der AfD in der Rede an späterer Stelle sog. »Pädophilien-Normalisierungs-Sexualpädagogik«:

»[Ficken]⁶² Sie doch, wen Sie wollen, unter Erwachsenen und einvernehmlich, aber lassen Sie Ihre dreckigen Pissgriffel von unseren Kindern, vielen Dank. Sexuelle Spiele in der Kita von Erwachsenen eingesteuert, Fummelräume von Erwachsenen beaufsichtigt, Masturbation im Kleinkindalter von Erwachsenen angeleitet und gefördert, liederlich gekleidete Fummeltrinen lesen in Strapsen Kita-Kindern Vielfalt vor. Widerlich. Anbahnen und Verfestigen von Persönlichkeitsstörungen durch die Indoktrination, Jungen könnten auch Mädchen sein und andersherum. Das erzählen sie Zweijährigen. Das alles durch Erwachsene an Kitas, all diese schamverletzenden Vorstöße sind Teil der Sexualpädagogik der Vielfalt. Wir nennen es Frühsexualisierung. (...) Grüne wollten in ihren Anfängen Pädophilie legalisieren, ein solcher Vorstoß war damals nicht möglich, aber die Normalisierung des von ihnen gewollten Zusammenhangs Kinder und Sex passiert seit vielen Jahren.«⁶³

Oder in Zusammenhang mit der Debatte um das Upskirting:

»Ja, das ist eine bittere Medizin, aber die Wadenwickel helfen nicht mehr. Der Rechtsstaat muss Zähne zeigen – im Interesse aller friedlichen Bürger und der Zukunft unserer Demokratie. Genau so hoch müssen wir das hängen. Ich prophezeie es Ihnen: Eines Tages kommt in Deutschland eine Drei-Strikes-Regel. Hilflöse Einzelmaßnahmen werden nämlich definitiv in

62 Dieses erste Wort ist zwar im Nachhinein aus den Videos herausgeschnitten worden, hat aber zu einem Ordnungsruf von der Präsidentin Bas geführt. In dem Plenarprotokoll der Anhörung vom 31.01.2025 steht stattdessen »Lieben Sie doch, wen Sie wollen«, vgl. **Plenarprotokoll 20/211**, S. 27570.

63 *Höchst* in der Anhörung vom 31.01.2025, **Plenarprotokoll 20/211**, S. 27570 f.; das entsprechende Video ist u.a. abrufbar unter www.youtube.com/watch?v=fhsu7AAZb9E (zuletzt aufgerufen am 09.01.2026).

den Graben führen. Lieber gleich hier und jetzt auf die AfD hören!«⁶⁴

Nein, danke.

Eigentlich persönlichkeitsfremd, aber bestärkt durch die Beschäftigung mit so vielen mutmachenden, interdisziplinären Versuchen, »Kartellen«, Zusammenschlüssen, Initiativen in der, wenn auch weit zurückliegenden, Vergangenheit, soll der Beitrag – ebenso wenig wie der Vortrag⁶⁵ – nicht auf ein Jammern und Unken beschränkt sein.

Wenn vor über hundert Jahren, im Jahr 1921, bei der von Magnus Hirschfeld initiierten »I. Internationalen Tagung für Sexualreform auf sexualwissenschaftlicher Grundlage« – die die Debatte des erwähnten Kartells und deren Gegen-Entwurf vorbereitet hat – offenbar Zeitpunkt, Titel und Vortragsthemen »so gewählt wurden, dass die Tagung sexualwissenschaftliche und -reformerische Positionen abbildete und durch internationale Experten bekräftigte, um auf die weitere Diskussion der Strafgesetzgebung Einfluss zu nehmen«,⁶⁶ kann man die Organisatorinnen des Strafverteidigtages eigentlich nur beglückwünschen für auch hier die zeitliche Koinzidenz: der Zeitpunkt des Strafverteidigtages recht kurz nach der Bundestagswahl, einem (zu dem Zeitpunkt noch zu erwartenden) neuen Koalitionsvertrag, bei dem man gespannt sein konnte, ob floskelhaft wieder die evidenzbasierte, rationale Kriminalpolitik auftauchen wird (was nicht der Fall ist). Und jedenfalls aber: die Hoffnung darauf, wissenschaftliche, reformerische Positionen auch beim Strafverteidigtage und in den entsprechenden Veröffentlichungen abzubilden, zu bekräftigen, ein Petitum für eine rationale, evidenzbasierte Kriminalpolitik, die diese Charakterisierung auch verdient, von mehreren Expertinnen zu hören, um auf die weitere Diskussion der Strafgesetzgebung Einfluss zu nehmen.

64 Peterka in der Anhörung vom 02.07.2020, [Plenarprotokoll 19/170](#), S. 21334.

65 Immerhin war dort ja auch in der Arbeitsgruppe mit dem Abgeordneten Limburg ein Rechtspolitiker anwesend und hat dort referiert und sollte – so die Hoffnung der Verfasserin – jedenfalls nicht den Strafverteidigtage verlassen in der Annahme, von uns Strafverteidigerinnen, von den Verbänden, in denen wir uns rechtspolitisch engagieren, seien kein Gegenwind, keine Impulse mehr zu erwarten.

66 Herrn (FN 3), S. 151 f.

Wenn iRd Rückblickes auf die Absurdität der Puppenstrafbarkeit eingegangen wurde und die unzutreffende Argumentation bezogen auf die Hemmschwellenabsenkung hier wie auch bei § 184b StGB, soll noch ein kurzer Ausblick noch einmal unter einem anderen Gesichtspunkt auf die Kinderpornografie-Tatbestände des § 184b StGB folgen, bei dem Reformüberlegungen angezeigt sein könnten – die allerdings tatsächlich rational, interdisziplinär flankierend und evidenzbasiert in Angriff zu nehmen wären: Künstliche Intelligenz als Chance.⁶⁷ Als Chance auch aus Kinderschutz-Perspektive.

Die bereits angesprochene Chance, die mit der Nutzung von Puppen, gerade protektiv zur Vermeidung von Übergriffen, verbunden sein kann, kann auch bei *ausschließlich* mit künstlicher Intelligenz generiertem kinderpornographischen Material gesehen werden.

Die bereits aufgezeigten Zweifel an zum einen der Hypothese der Habituation und Desensitivierung bei Konsum von kinderpornografischem Material und einem unterstellten, antizipierten Übergriff und zum anderen die Sorge, dass gleichsam täterstrafrechtlich ein sehr weit in der Ferne liegendes Verhalten mitgedacht und pönalisiert wird, können auch insoweit fruchtbar gemacht werden. Bei dem technischen Fortschritt und bei den Möglichkeiten künstlicher Intelligenz wird idR eher der Schwerpunkt auf die großen Herausforderungen gelegt: für Ermittlerinnen, was die Quantität zirkulierter kinderpornografischer Materialien betrifft, was aber auch die Qualität betrifft und das Herausfiltern, ob und was und inwieweit künstlich generiert wurde und ob und was realen Missbrauch darstellt.

Das kann man nicht wegdiskutieren, kann aber mit Blick auf die Legitimation iRd § 184b StGB einen Schritt weitergehen und sich der Frage widmen (und auch interdisziplinär, insbesondere psychowissenschaftlich, diskutieren), ob hiermit auch Chancen verbunden sein könnten. Und zwar für den Fall, dass es sich um ausschließlich durch KI generiertes Material handelt, bei dem also kein reales missbräuchliches, übergriffiges, gewalttätiges Verhalten zugrunde liegt, keine realen Menschen abgebildet werden. Nach geltendem Recht strafbar als Inhalte mit wirklichkeitsnahem Geschehen, bei dem es keinerlei

⁶⁷ Hierzu auch *Lederer*, (FN 45), S. 736 ff..

Eingriff in ein Rechtsgut einer der zu sehenden Person/en gibt.

Wenn man in dem ersten logischen Schritt überlegt: Es ist bereits möglich (und wird durchaus auch umgesetzt), kinderpornografische Materialien – komplett – mit KI herzustellen, bei denen kaum einem/einer Betrachterin – abgesehen von Ermittlerinnen und von ihnen beauftragten Auswerterinnen und Sachverständigen und Instituten (die sich jeweils etwa mit den Dateipfaden beschäftigen, denen man entnehmen kann, ob es sich um KI-generierte Materialien handelt) – auffällt, dass es sich nicht um reale Kinder, um reale Erwachsene handelt.

Es liegt dann kein reales Geschehen zugrunde, das abgebildet wird, es existieren weder Täter noch Opfer eines (realen) Missbrauchs. Die bei KiPo häufig vorzufindende Argumentation, dass mit einer Aufnahme, dem Vorhandensein von Aufnahmen, Besitz, Verbreitung das mit dem sexuellen Missbrauch bereits zugefügte und stattgefundene Leid gleichsam perpetuierend vertieft, permanent aktualisiert wird, greift hier nicht.⁶⁸ Ohne zugrundeliegendes reales und damit abgebildetes Geschehen kann denkllogisch nichts perpetuiert werden. Der kinderpornografische Inhalt stuft – mangels realen Kindes – dann auch kein davon betroffenes Kind zum bloßen Objekt sexueller oder finanzieller Wünsche und Begierden Anderer herab und beraubt es damit seiner Qualität als Subjekt; auch das Argument der mittelbaren Förderung von Missbrauch durch die Vermarktung greift hier nicht.⁶⁹ Eine Rechtsgutsverletzung ist nicht gegeben.

Bei ausschließlich mit KI hergestellten und zur Verfügung gestellten, konsumierten Materialien dürfte auch das »Problem« eines behaupteten⁷⁰ »Befeuerns« von Produktionsprozessen durch den Konsum und Wunsch nach dem Konsum hier ja streng genommen und dem Wortsinne nach fiktiver (wenn auch »wirklichkeitsnaher«) Inhalte kein vergleichbar virulentes sein. Denn die Gefahr von – für

68 Vgl. auch, in anderem Zusammenhang (»Keuschheitsprobe«) *M. Gercke* CR 2018, 480, 483 f.: bei computergeneriertem Material werde »kein in der Vergangenheit tatsächlich missbrauchtes Kind erneut dadurch zum Opfer (...), dass eine Dokumentation des Missbrauchs und der erniedrigenden Umstände für das Opfer den Forenmitgliedern durch das Hochladen zugänglich ist.«

69 So seinerzeit **BT-Drs 12/3001**, S. 5.

70 Vgl. etwa *Rostalski*, GA 2021, 198, 206 f.

die weitere Produktion »neuen« Materials erforderlichen – sexuellen Missbrauchstaten ist nicht länger gegeben. Auch eine mittelbare Verantwortlichkeit für zukünftigen Missbrauch Anderer kann so erst recht nicht mehr begründet werden.

Hier scheint also (nur noch) die Habituation und des Anreizes, die Hemmschwelle zu einem Übergriff könne im Anschluss an den Konsum abgesenkt und eine Übergriffsgeneignetheit gegeben sein, als Begründung möglich.

Wenn es bei ausschließlich mit KI hergestellten Materialien in Zukunft keines realen Missbrauchs »bedarf«, bei Neuproduktionen also gerade kein realer Missbrauch stattfinden »muss«, könnte es eine (herausfordernde) Chance sein, sich interdisziplinär dem Hemmschwellenargument zu widmen – und der Folgefrage auch einer potenziellen protektiven Wirkung: Könnte KI-generiertes kinderpornografisches Material dazu verhelfen, einerseits gerade in dem Bewusstsein dieses zu konsumieren, dass kein reales Kind geschädigt wurde, und andererseits als Schutz dienen, selbst nicht Hands-on-Delikte zu begehen? Können sie gar eine Chance bieten, Übergriffen zu begegnen?

Ob sich der Gesetzgeber hiermit beschäftigen wird? Auf eine iR einer kleinen Anfrage gestellte Frage nach dem Vorliegen von Studien dazu, »welchen Einfluss KI-generiertes kinderpornografisches Material auf Menschen mit pädophiler Störung und andere Nutzer haben kann und welche Folgen sich aus der Nutzung bilden«, hatte die Bundesregierung im Frühjahr 2024 mitgeteilt, dass »keine evidenzbasierten Studien vor[lägen], die sich konkret mit dieser Fragestellung befassen.«⁷¹ Ob das einen punitiven Gesetzgeber abhalten wird, an Schärfungen und nicht an Entkriminalisierungen zu denken? Einen Denkanstoß, wenn man die insofern einzig verbleibende Legitimationsgrundlage bei § 184b StGB bemüht, sollte es jedenfalls an dieser Stelle wert (gewesen) sein.

⁷¹ BT-Drs 20/11048, S. 3.

Vielleicht mag der/die ein oder andere nach diesem kurzen Ausblick sagen:

»Von der praktischen Einwirkung der reichlich konfuse Reformvorschläge (...) auf die Gesetzgebung darf man nicht allzu viel erwarten, doch war der freiheitliche Geist, von dem die Tagung getragen war, immerhin erfreulich als ein Versuch, in die Bresche zu schlagen (...).«⁷²

Vielleicht kann man auch vorsichtig in die Zukunft blicken und uns nicht entmutigen lassen: »Selbstverständlich dürfen wir nicht allzu optimistisch sein, sondern müssen auch mit einem Mißerfolg rechnen. Aber wenn es uns auch diesmal nicht gelingen sollte, so lassen wir uns trotz aller Widrigkeiten und Widerstände nicht mutlos machen!«⁷³ Denn: Wenn auch nicht immer »zu erwarten [sei], dass von den Vorschlägen (...) vieles gesetzliche Wirklichkeit wird (...), so wollen wir hoffen, dass (...) wertvolles Material für einen künftigen, würdigeren Gesetzgeber bleibt.«⁷⁴

72 Rote Fahne, Ausgabe vom 22.09.1921, S. 3, zit. nach *Herrn* (FN 3), Anm. 33 zu S. 153 (zu finden auf S. 535).

73 »Aus der Bewegung« in: Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen 22 (1922), S. 67, zit. nach *Herrn* (FN 3), S. 156.

74 *Hugo Marx*, Rezension in: Hilferding (Hrsg.), Die Gesellschaft. Internationale Revue für Sozialismus und Politik, Erster Band (1928), S. 286, 287.

Differenzierung im Bereich der Tötungsdelikte als Normativierung – Plädoyer für die DAV-Initiativ-Stellungnahme (2024)¹

I. ÜBERBLICK

Die Initiativ-Stellungnahme des DAV 2024² zur Reform der Tötungsdelikte zielt insbesondere auf eine Normativierung der Abgrenzung von Mord und Totschlag: Der Mordtatbestand soll aus der knöchernen Umklammerung von holzschnittartigen, plakativ moralisierenden Qualifikationsmerkmalen einerseits und einer unbedingten, absoluten Strafandrohung andererseits gelöst werden; die Differenzierung der Tötungsdelikte soll auf rechtlich begründeten, legitimierten Prinzipien aufsetzen. Die Reform zielt also auf die beiden relevanten Ebenen: Tatbestandsebene und Rechtsfolgenrechtsseite.

Die tatbestandliche Abgrenzung von Mord und Totschlag soll auf die Argumentationsebene rechtlicher Verantwortungszurechnung – in einer modernen, d.h. auch komplexen und funktional sowie sozial differenzierten Gesellschaft – gehoben werden. Nicht die bild- und sprachgewaltige Kategorisierung des Täters und Zuschreibung der

1 Vortrag beim Strafverteidigertag 2025 in Bochum im Rahmen der AG »Mord und Totschlag–Abschied von moralisierenden Mordmerkmalen« am 29.3.2025; zur Veröffentlichung in der nk vorgesehen. Die Vortragsform ist weitgehend beibehalten; der Vortrag konzentriert sich auf die Strukturen der Initiativ-Stellungnahme des DAV. Die Fußnoten werden hier auf das Nötigste beschränkt. Weitere Ausführungen und Nachweise können bitte der Initiativ-Stellungnahme selbst entnommen werden.

2 Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht vom März 2024 (DAV 7/2024).

Tat als ›besonders verwerflich‹, ›solipsistisch böse‹, ›gemeingefährlich‹ etc. soll die Differenzierung anleiten, sondern die Begründung der exklusiven, d.h. der einseitigen und alleinigen Verantwortung für die Tat und den Tatkontext nach den rechtlich ausgewiesenen objektiven und subjektiven Zurechnungsmustern des modernen Rechts: Mord ist die durch die exklusive rechtliche Tatverantwortung qualifizierte wissentliche Vernichtung eines anderen Menschenlebens.

Auf der Rechtsfolgende muss die ungerechte zwingende absolute Strafandrohung für Mord aufgelöst werden: Auch der Mordtatbestand soll in einen Strafraum eingebettet werden, der eine schuldangemessene Differenzierung auch bei der (Höchst-)Strafe ermöglicht; letzteres ist hier unter den Vortragenden (wie auch weitgehend in der Wissenschaft) offensichtlich unstreitig, und wird deshalb hier nicht weiter tiefer thematisiert.

Konzeptionell setzt der Gesetzesvorschlag des DAV 2024 beim Unrecht der Tat, d.h. dem Gewicht der Rechtsverletzung einer Tötung, an. An der Spitze der Tötungsdelikte steht der gesellschaftlich existenzielle Tabubruch: die vorsätzliche Vernichtung menschlichen Lebens als der Grundtatbestand (§ 211 StGB DAV 2024).

§ 211 (Totschlag)

»Wer einen Menschen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.«

Dem folgt die Qualifizierung zum Mord (§ 212 StGB DAV 2024) auf objektiver und subjektiver Ebene: objektiv die einseitige und alleinige Verantwortung für die Tat und deren Umstände und subjektiv das sichere Wissen (*dolus directus*) um die Tat und deren Umstände:

§ 212 (Mord)

»Wer einen Menschen wissentlich unter Umständen tötet, die nur er zu verantworten hat, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.«

Das ‚Mordkriterium‘ der exklusiven Tatverantwortung ist ein offensichtlich normatives und erscheint insoweit auch als ein zunächst abstraktes; es ist aber kein (nur) theoretisches Differenzierungskriterium – was nicht verwundern sollte, kommt doch der Vorschlag vonseiten der Strafverteidigung, d.h. eben aus der Praxis: Aufgegriffen bzw.

angeknüpft wird mit diesem Differenzierungsansatz an Tendenzen in der jüngeren Rechtsprechung des BGH, die für die Abgrenzung von Mord und Totschlag bei verschiedenen Mordmerkmalen gerade in kritischen Konstellationen argumentativ auf Kriterien der Tatverantwortung und Tatveranlassung zurückgreifen.³ Indem dieses Differenzierungskriterium nun explizit, normativ herausgestellt wird, eröffnet sich für eine sachgerechte Abgrenzung von Mord und Totschlag das gesamte Argumentationsarsenal einer Verantwortungsdifferenzierung nach den Zurechnungskriterien und -mustern der allgemeinen Strafrechtsdogmatik, insbesondere den Kriterien der objektiven Zurechnung.

II. ANLASS UND EINGRENZUNGEN

Anlass der Initiativ-Stellungnahme des DAV 2024 war der 10. Jahrestag der Einberufung einer Expertenkommission durch den damaligen Bundesjustizminister Maas im Jahr 2014. Bekanntlich wurde ein beeindruckender und umfangreicher Abschlussbericht im Juni 2015 vorgelegt⁴. – Eine Reform jedoch fand nicht statt, ein Referentenentwurf aus dem Jahr 2016 wurde schon nicht mehr veröffentlicht⁵; das Projekt verfiel der parlamentarischen Diskontinuität.

Die Initiativ-Stellungnahme ist – nicht ganz zu Unrecht – als eine Selbstermächtigung wahrgenommen worden: Es sollte der Diskurs über die Reform der Straftatbestände zur Garantie des existenziellen Grundrechts Leben (wieder) in Gang gesetzt werden. Denn es besteht ein nicht nur von der Wissenschaft nahezu einhellig diagnostizierter⁶, sondern auch von der Praxis tagtäglich erlittener Handlungsbedarf.

So wurden wir zu »Handelsreisenden« in Sachen »Mord und Totschlag«: Wir suchten u.a. die rechtspolitischen Sprecher:innen aller demokratischen Fraktionen im Bundestag auf, um den Ansatz vorzustellen: Wir wurden sehr freundlich empfangen, uns wurde freundlich

3 Beispiele bei *Müssig*, FS-Dahs (2005), S. 117.

4 *Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte* (§§ 211-213, 57a StGB), Juni 2015.

5 Vgl. dazu *Schneider*, in: Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2025 (MK-StGB/*Schneider*), Vor § 211 Rn. 305 ff.

6 Vgl. Nachweise bei *Neumann*, in: Nomos-Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023 (NK-StGB/*Neumann*), Vor § 211 Rn. 169.

zugehört; genauso freundlich wurde uns aber auch signalisiert, dass man das Thema politisch scheue wie der Teufel das Weihwasser.

Zwei Reaktionen konnten wir zu unserem Differenzierungsansatz beobachten. Entweder wurde der Entwurf, vom Textumfang offensichtlich ein »Fliegengewicht«, als ein »smarter« Ansatz gelobt – das nahmen wir gerne mit. Oder aber das Abstraktionsniveau des Differenzierungskriteriums wurde als praktisch nicht handhabbar kritisiert – das hat uns nachdenklich zurückgelassen: Bezeugt es doch eine tiefe Skepsis gegen die Rationalität des normativen Diskurses, dem alltäglichen Geschäft der Juristen insbesondere vor den Schranken des Gerichts.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass das entscheidende Differenzierungskriterium in modernen, funktional und sozial differenzierten Gesellschaften auf rechtlicher Grundlage und damit auf einer höheren Abstraktionsebene zu bestimmen ist; Normativierung und Abstraktion sind notwendig und richtig: Nicht plakative Tatbilder stehen in einer komplexen Gesellschaft für ein gerechtes Strafrechtssystem, sondern die kontextabhängige Ausleuchtung von normativen Strukturen. Umgekehrt können die grundlegenden normativen Strukturen die Heuristik plakativer Tatbilder erklären – und begrenzen. Kurz: Unsere hoch technisierte, funktional und sozial differenzierte, komplexe (Zivil-)Gesellschaft lässt sich mit plakativen oder holzschnittartigen Merkmalen nicht mehr erfassen; dem muss das Recht Rechnung tragen: deshalb die Normativierung auf einem gewissen Abstraktionsniveau.

Zunächst aber sollen – vielleicht auch gerade für die Kladden der politischen Kosten- und Nutzenrechnungen – einige Eckpunkte vorab hervorgehoben und Eingrenzungen vorgenommen werden.

Es geht in der Initiativ-Stellungnahme nicht um die Disqualifizierung des Mord-Paragrafen als »Nazi-Paragrafen«. Umgekehrt bedeutet dies aber auch: Die rein sprachliche »(Be-)Reinigung« des Mordtatbestands, wie sie als Minimalvorschlag zuletzt im sog. »Eckpunktepapier« des Justizministeriums (2023)⁷ auf dem Tisch lag,

⁷ Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs (November 2023); vergl. auch JuMiKo (Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister – Justizministerkonferenz) (2013, Top II.8), Bundesratsinitiative Schleswig-Holstein (2014) (BR-Drs. 54/14 v. 12.02.2014)

reicht für eine Lösung der Problematik des Mordparagrafen nicht.

Nur nebenbei: Der aktuelle Mordtatbestand ist (historisch) in der Tat ein »Nazi-Paragraf«, d. h., eine vom damaligen Staatssekretär im (NS-)Justizministerium Dr. Freisler diktierte Regelung⁸, bei der es um die Eliminierung von sog. »Tätertypen« aus dem sog. »deutschen Volkskörper« ging; dies als Bestandteil des nationalsozialistischen Feindstrafrechts.⁹ Der (historische) Verweis auf die weitgehend identischen Mordmerkmale im »Vorentwurf für ein Schweizerisches Strafgesetzbuch« (1894)¹⁰ ändert daran nichts¹¹: Es war die explizite Ausrichtung auf einen »normativen Tätertypen« und die Einbettung in eine »völkische Sittenordnung« unter dem »Führertum«, die den Mordtatbestand zur Waffe im nationalsozialistischen Kriegsstrafrecht »auszeichnete«.

Das eigentliche und aktuelle Problem bestand und besteht in der strikten und rigorosen Verknüpfung von plakativ und gesinnungsethisch formulierten Mordmerkmalen mit einer absoluten Strafe: der lebenslangen Freiheitsstrafe. Auch darüber, d.h. in der Problemsprache, besteht zwischen den Vortragenden offensichtlich Einigkeit.

In der Initiativ-Stellungnahme 2024 geht es auch nicht um die Abschaffung eines Mordparagrafen. Die Differenzierung von Mord und Totschlag soll beibehalten bleiben¹². Allerdings: Die Abgrenzung soll nach rechtlichen und rationalen Kriterien erfolgen, dies als Ansatz in einer modernen Zivilgesellschaft, der auf die rechtlich relevanten Organisationsprinzipien einer komplexen Gesellschaft zielt.

Der Kerngedanke ist eine tatbestandliche Abgrenzung von Mord und Totschlag, die der Abgrenzung und Zurechnung rechtlich

8 RGBl. I 1941, S. 549; vergl. auch *Freisler*, DJ 1941, 929, 932 ff., RGSt 77, 41, 43 ff.

9 Ausführl. *Müssig*, Mord und Totschlag (2005), S. 83 ff.

10 Art. 50 Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, (Carl Stooss, 1894): »(...) (Mord): Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittelst Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines andern Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.«

11 Siehe aber auch **BGHSt 3, 132**, 133; 35, 116, 126 f.; 56, 11, 18.

12 Anders noch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag; §§ 211, 212, 213 StGB vom Januar 2014 (**DAV 1/2014**); vergl. auch *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NStZ 2014, 9 ff.

definierter, d.h. rechtlich begründeter Verantwortungssphären folgt – mit Blick auf Tat und Tatkontext.

In der Initiativ-Stellungnahme geht es schließlich nicht um die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Wir haben verstanden: In weiten Kreisen hat die lebenslange Freiheitsstrafe eine hohe Symbolkraft. Diese wird auch nach der Initiativ-Stellungnahme beibehalten werden. Allerdings: Die lebenslange Freiheitsstrafe ist eingebettet in einen Strafraum. Denn die strikte und absolute Anordnung beim Mordurteil ist nicht nur im Einzelfall, sondern systemisch ungerecht. (Zudem gibt es [nicht nur zynisch] pragmatische Gründe, die »lebenslange Freiheitsstrafe« aus der Diskussion um den Tatbestand auszuklammern.)

III. HANDLUNGSBEDARF – ARGUMENTE GEGEN EINE REFORM?

Wir wissen: In politisch und sozial dissoziativen und medial polarisierten Zeiten bedarf es des Muts, eine rationale Reform der Tötungstatbestände, die symbolisch exponierte »Spitze« des Strafrechtssystems, umzusetzen.

Gegen eine Reform der bestehenden Tötungstatbestände hörten wir ein mehrfach – manchmal verdruckst: politisch – vorgetragenes Argument: Es bestehe kein Handlungsbedarf, es bestehe kein Handlungsdruck; die Praxis komme doch zurecht.

Das Schweigen der Praxis ist jedoch ein resignatives Schweigen: Selten werden sich (aktive) Vorsitzende einer Schwurgerichtskammer öffentlich beschweren, denn: »Wir entscheiden, das ist unser Job.«

Aber: Es liegen empirische, kriminologische Untersuchungen aus den 1990er und 2000er Jahren zur forensischen Aufarbeitung von Tötungsdelikten vor¹³, die die Nöte der Schwurgerichtskammern zu einem nach ihrer – maßgeblich der Vorsitzenden – Sicht gerechten Urteil sehr genau durchbuchstabieren – und Ausweichstrategien, sowohl auf tatsächlicher als auch normativer Ebene, dokumentieren.

¹³ Beispielhaft zur geschlechtsdifferenzierten Aufarbeitung *Legnaro/Aengenheister*, Schuld und Strafe: Das soziale Geschlecht von Angeklagten und die Aburteilung von Tötungsdelikten (1999); vorgestellt von *dies.*, MschrKrim 1995, 203 ff, 212 ff.; *Oberlies*, Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen, 1995.

Es ist auch eine verhältnismäßig sehr hohe Anzahl von Revisionen bei Strafverfahren zu Tötungsdelikten festzustellen. Diese kommen nicht nur von Verteidiger:innen, die bei Verurteilungen ihrer Mandant:innen zu lebenslangen Freiheitsstrafen meinen, nichts mehr verlieren zu können: Ebenso viele Revisionen werden von Staatsanwaltschaften bei Verurteilungen wegen Tötungsdelikten eingelegt ([selbst-]verständlich: meist mit dem Ziel der Verurteilung zur absoluten Strafe).

Und entscheidend: Es gibt sehr viele sog. »Wiedergänger«: Verfahren wegen Tötungsdelikten landen mehrfach beim BGH und (später) wieder bei den Landesgerichten. Exemplarisch ist daher die resignative Feststellung eines – namentlich nicht genannten – Vorsitzenden einer Schwurgerichtskammer: Man suche nach einem gerechten Urteil; ob der BGH dieses »halte«, ob also der BGH dieses Urteil bestätige oder aber einzelfallorientiert doch dogmatisch anders entscheide, sei nicht prognostizierbar.

Die Interpretation der – plakativen – Mordmerkmale ist, vorsichtig formuliert, rechtlich unsicher (trotz über 75-jähriger Rechtsprechung).

Es besteht also Handlungsbedarf.

IV. DIFFERENZIERUNGSANSATZ DES DAV: NORMATIVIERUNG ALS RECHTLICH BEGRÜNDETE UNTERSCHIEDUNG VON VERANTWORTUNGSSPHÄREN FÜR TAT UND TATKONTEXT

Der Vorschlag des DAV 2024 setzt auf die tatbestandliche Differenzierung auf Grundlage rechtlicher Kriterien, d.h. auf die Differenzierung nach rechtlich definierten Verantwortungssphären für Tat und Tatkontext – und eben nicht (individuell: vergeltungsorientiert) auf tätertypenorientierte, moralisierende Gesinnungsmerkmale oder (sozial: präventionsorientiert) auf sozialpsychologisch vermittelte Bedrohungstereotypen.

Mord liegt nach dem Vorschlag der Initiativ-Stellungnahme vor, wenn der Täter¹⁴ nach rechtlichen Kriterien objektiv und subjektiv allein¹⁵, exklusiv für die Tat und den Tatkontext verantwortlich ist.

Gestaltet bspw. aber das Opfer den Tatkontext selbst aggressiv, so liegt Totschlag vor. Allgemein gesprochen: Bei rechtlich entlastenden Umständen in der Tat und im Tatkontext – mögen sie in die Verantwortung des Opfers oder Dritter fallen, oder es liegt eine besondere Situation, insbesondere Notsituation i.w. S., vor – kann das Urteil für den vom Täter vorsätzlich verursachten Tod »nur« Totschlag lauten.

Die normative Garantie des existenziell endlichen Lebens ist der zentrale Ansatzpunkt der Regelung: Die vorsätzliche Vernichtung des menschlichen Lebens ist der katastrophale und endgültige Ausgangspunkt der Tötungsdelikte.

Es geht dann auch bei der Qualifizierung zum Mordtatbestand allein um die Garantie dieses Rechts: des Lebens; daher der Blick auf die grundlegenden rechtlichen Organisationsprinzipien und Zurechnungsmuster.

V. GRUNDFRAGEN ZUR REFORM DER TÖTUNGSDELIKTE: »MATERIELLES DIFFERENZIERUNGSKRITERIUM« UND »DESIGNFRAGE«

Bei der Diskussion um die Reform der Tötungsdelikte – jedenfalls für das Verständnis der Initiativ-Stellungnahme – sind zwei Fragen zu unterscheiden:

- einerseits die nach dem maßgeblichen »Differenzierungskriterium«
- andererseits die »Designfrage«

Das »Differenzierungskriterium« betrifft die materielle Tatbestandliche Abgrenzung von Mord und Totschlag: Verwerflichkeit, Gefährlichkeit oder – wie hier – rechtliche Verantwortung. Die »Designfrage«

14 Grundsätzlich steht der DAV für geschlechtsneutrale Bezeichnungen; allein die Rechtswirklichkeit belegt jedoch ein erdrückendes Übergewicht männlicher Täter im Bereich der Tötungsdelikte: Die theoretisch mögliche »Gleichstellung« führt also zu einer Verzerrung der faktischen (Macht- und Unterwerfungs-)Verhältnisse.

15 Der Blick auf den einzelnen Täter ist lediglich der vereinfachten Darstellung geschuldet: Die mit anderen Beteiligten organisierte Tat ist – in ihren Abstufungen – in den tatbestandlichen Beteiligungsformen erfasst; entsprechend erfolgt die Verantwortungszurechnung.

betrifft die Ausgestaltung der Tötungstatbestände: Qualifizierungsmodell oder Privilegierungsmodell. Beide Fragen hängen nicht (notwendig) inhaltlich zusammen.

1. »Materielles Differenzierungskriterium«: normative Zurechnung von Verantwortungssphären für Tat und Tatkontext

Die hier vorgeschlagene materielle Differenzierung von Mord und Totschlag setzt auf rechtlich begründete Verantwortungszurechnung für Tat und Tatkontext; die Differenzierung von Mord und Totschlag soll – wie gesagt – folgen einer rechtlichen Differenzierung von Verantwortungssphären: Sind Täter nach rechtlichen Kriterien allein für die Tat und den Tatkontext verantwortlich, so ist der Vorwurf des Mordes begründet. Können qualifizierende Umstände nicht nachgewiesen werden, insbesondere bei entlastenden Umständen in der Tat und im Tatkontext, bleibt es beim Vorwurf des Totschlags.¹⁶

Die Differenzierung von Verantwortungssphären ist nicht deliktspezifisch, d. h., das Abgrenzungskriterium ist nicht neu: In der strafrechtlichen Rechtsdogmatik, insbesondere zum Allgemeinen Teil des Strafrechts (und [damit] auch in der Praxis der Rechtsprechung), ist dieses Vorgehen durchaus bekannt:

Die Differenzierung und Zurechnung von Verantwortungssphären prägen insbesondere das System strafrechtlicher Notrechte (Notwehr und Notstand als Rechtfertigungsgründe).

Generell betrachtet erfolgt bei den strafrechtlichen Notrechten die Folgenzuschreibung für eine Konfliktbewältigung zum späteren Opfer. Der Täter kann komplementär von den Tatfolgen entlastet werden, weil das Opfer als Veranlasser des Konflikts – in unterschiedlichen Abstufungen – verantwortlich ist: Bei der Notwehr ist das spätere Opfer allein für den Konflikt verantwortlich und wird deshalb

¹⁶ Dies ist in einer Vogelflugperspektive, d.h. auf relativ hoher (und damit »abstrakter«) Flugebene, die Beschreibung des vorgeschlagenen Differenzierungskriteriums. Selbstverständlich werden darunter Fallgruppen zur Konkretisierung gebildet. Diese können sich auch an der bisher entwickelten Rechtsprechung zu den Mordmerkmalen orientieren, soweit – dazu gleich im Text – mit den Mordmerkmalen die exklusive rechtliche Verantwortung bildhaft erfasst ist: Entscheidend ist dann, die maßgeblichen materiellen Zurechnungsmuster als rechtlich begründete Kriterien für die Entwicklung dieser Fallgruppen herauszukristallisieren.

allein – bis an die Grenzen der Erforderlichkeit – mit der Konfliktbewältigung belastet. Beim defensiven Notstand erscheint das spätere Opfer nur beschränkt für den Konflikt verantwortlich und darf deshalb mit den Folgen nur bis an die Grenzen der Verhältnismäßigkeit belastet werden. Beim aggressiven Notstand liegt die Grenze bei der dem Opfer auferlegten Mindestsolidarität.

Vergleichbares gilt für das System einer »objektiven Zurechnung« von Erfolgsursachen bzw. Risikobereichen. Auch hier geht es unter den Stichworten der (unerlaubten) Risikoschaffung und Risikorealisation um die Zurechnung oder Entlastung von Umständen der Tat und dem Tatkontext zum Täter nach spezifischen, rechtlich ausgehandelten Kriterien – als Ausdruck einer normativen Verständigung (in modernen Gesellschaften).

Auf die Begründung von Garantenstellungen für die Unterlassungsdelikte in ihren verschiedenen Formen (mehrheitlich: die Differenzierung von Überwacher- und Beschützergaranten) ist ebenfalls zu verweisen: Auch hier geht es um die Begründung der Verantwortung für (erfolgsverursachende) Tatumstände aus rechtlichen Kriterien.

Aufgewiesen werden soll mit diesen Beispielen lediglich: Wir haben ein erhebliches Arsenal an Begründungsmustern, auf die wir bei der normativen Differenzierung von Mord und Totschlag zurückgreifen können.

1.1 Übertragung von Zurechnungsmustern der allgemeinen Strafrechtsdogmatik auf die Differenzierung von Mord und Totschlag (»objektive Zurechnung«)

Bei der Initiativ-Stellungnahme haben wir uns maßgeblich an den Zurechnungsmustern eines Systems der objektiven Zurechnung orientiert und damit die Dogmatik zum Allgemeinen Teil des Strafrechts auf die Differenzierung der Tötungsdelikte angewendet.

Grundlegende Zurechnungsmuster, die der Initiativ-Stellungnahme zugrunde liegen¹⁷, sind:

»Person« und »Institution«.

1.2 Personales Zurechnungsmuster – Organisationskreis als »Jedermannsrolle«

Als Rechtsform ist die Person das grundlegende, dezentrale Organisationsprinzip der bürgerlichen Gesellschaft. Das Personenschema kennzeichnet die Verantwortung für Folgen der selbstbestimmten Gestaltung des je eigenen Organisationskreises. Nur solche Folgen der Organisationsgestaltung, die andere (Organisations-)Kreise gefährden oder verletzen, bieten im Ansatz Raum für eine strafrechtliche Haftung.

Umgekehrt fordert das Personenschema den Respekt gegenüber fremden Lebensentwürfen. Soweit andere – rechtlich gleich definierte – Organisationskreise nicht betroffen sind, können entsprechende Lebensentwürfe auch nicht etwa als Tatgründe entlastend (wie auch immer verbrämt) angeführt und geltend gemacht werden.

Beispiel: Der erwachsene Bruder tötet die erwachsene Schwester auf Anweisung des Vaters, nachdem die Schwester von zu Hause zu ihrem Freund oder ihrer Freundin ausgezogen war. Als Tatgrund wird die Wiederherstellung der Familienehre geltend gemacht.¹⁸

Ohne Blick auf (hier eventuell naheliegende) Anknüpfungspunkte für entlastende Schuldzurechnung, wäre auf der Tatbestandsebene eine Entlastung nicht zu begründen: Die Gestaltung des Organisationskreises der Schwester liegt offensichtlich innerhalb des ihr rechtlich garantierten Status und kann daher als ein rechtlich relevanter Tatanlass nicht geltend gemacht werden, im Ansatz: Mord.

¹⁷ Vorliegend kann und soll es nicht um eine (straf-)rechtstheoretische Herleitung und Legitimierung von Zurechnungsmustern gehen (vgl. DAV 7/14, S. 17 ff; ausführl. *Müssig*, Mord und Totschlag, S. 254 ff., 401 ff.), sondern nur um deren Skizzierung – vergleichbar, wie auch im Urteil relevante Zurechnungsmuster zunächst nur aufgerufen und dann fallentscheidend konkretisiert werden.

Zu den Grundlagen einer Zurechnungsdifferenzierung *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991 1/17, 7/56 ff, 28/13 ff., 29/28; *ders.* Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 19 ff., 30 ff; vergleichbar *Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, S. 354 ff., 348 ff; *Freund/Rostalski*, in Münchener Kommentar StGB, 5. Aufl. 2024 (MK-StGB/*Freund/Rostalski*), § 13 Rn. 64 ff.

¹⁸ Überblick zu den sog. »Ehrenmorden« bei Grünewald NSTZ 2010, 1, 3 ff.

Nach dem personalen Zurechnungsmuster ist also zu fragen, ob Tatumstände (ermittelte und geltend gemachte Tatanlässe, Tatmotive, Tathistorien etc.) dem Organisationskreis des Täters zuzurechnen sind, etwa weil er diese so gestaltete oder eine andere Gestaltung nach allgemeinen Prinzipien – *neminem laede*, wechselseitige Achtung der jeweiligen Autonomie etc. – erwartet werden durfte.

Vergleichbare Argumentationsansätze sind bekannt aus der Haftungsbegründung für sogenannte »Überwachungsgaranten«.

Stichworte im Zusammenhang mit der Differenzierung von Mord und Totschlag sind hier:

Tatveranlassung:

- belastende Zurechnung zum Täter: der willkürliche, wahllose Angriff auf das Opfer ohne Grund
- rechtlich irrelevanter Tatanlass als belastender Tatumstand: Herkunft, Hautfarbe, Geschlecht oder Lebensweise des Opfers als Tatanlass, deliktische Tatanlässe oder -kontexte des Täters
- entlastende Tatveranlassung durch das Opfer: aggressive Gestaltung des Tatkontextes, Verweigerung der rechtlichen Mindestsolidarität
- entlastende Zurechnung zum Täter: Notsituation i.w.S. für sich oder nahestehende Dritte

›Rollenkonstanz‹:

Die Schaffung ‚besonderen Vertrauens‘, beispielsweise in der Gefahren- oder Lebensgemeinschaft, begründet, je nach Intensität gestaffelt, rechtlich garantierte Erwartungen. – Die plötzliche Enttäuschung eines gemeinsam geschaffenen ‚besonderen Vertrauens‘ (beispielsweise in der Ehe oder Lebenspartnerschaft) kann für den Täter entlastend wirken. Hier führen aber eventuell rechtliche Trennungsverfahren zu einer rechtlichen Verteilung von Belastungen, die jedenfalls dann vom Täter nicht (mehr) als Entlastungen angeführt werden können.

›Dauerkonflikte‹:

Als komplementäres Kontrastbild zum ›besonderen Vertrauen‹ sind beide Seiten (eventuell schon lange) für den Konflikt verantwortlich.

›Selbstgefährdung‹

durch das Opfer als entlastender Tatumstand.

1.3 Institutionelles Zurechnungsmuster – »Funktionskreis als Sonderrolle«

Das institutionelle Zurechnungsmuster ist, im Unterschied zum personalen, Kennzeichen für den besonderen Kontext zentral definierter und garantierter Gesellschaftsorganisation.

Institutionen (i.d. engeren) Sinne sind Organisationsformen, die wegen ihrer gesellschaftlich konstitutiven Funktion – im Regelfall mit Blick auf die generelle Alternativlosigkeit dieser Organisationsformen – besondere staatliche Garantie erfahren. Aus strafrechtlicher Perspektive wird diese Garantie regelmäßig als eine Sonderpflicht abgebildet, die eine Verantwortungszurechnung – prinzipiell – unabhängig vom individuellen Organisationsverhalten begründet.

Die rechtliche Verantwortungszuschreibung für Tat und Tatkontext – und damit auch strafrechtliche Zurechnung – knüpft so nicht an einen dezentralen Organisationsmodus an, dem (Zurechnungs-) Zusammenhang von individueller Organisation und Folgenverantwortung (»Organisationskreis«), sondern an die rechtlich garantierte Gestalt einzelner ausdifferenzierter Organisationsstrukturen und deren gesellschaftliche Funktion (»Funktionskreis«); gekennzeichnet meist durch die normative Leitidee einer ‚gesellschaftlichen Aufgabe‘.

Die Verantwortungsbegründung für bspw. Garantenstellungen im Zusammenhang der sog. »Beschützergaranten« macht deutlich, dass Personen in bestimmten Positionen bzw. bestimmten Lagen besonderen Pflichten unterliegen (die nicht mit der »allgemeinen Bürgerrolle« begründet werden können). Es handelt sich insoweit um institutionell begründete besondere Garantieverhältnisse, deren Begründung im Einzelnen durchaus strittig ist. Phänotypen solcher Garantieverhältnisse sind mit Blick insbesondere auf existenziell bedeutsame Rechtsgüter jedoch regelmäßig anerkannt: Eine Verantwortungszuschreibung auf Grundlage eines institutionellen Zurechnungsmusters ist bspw. begründet, wenn der Täter für das Leben des Opfers im Rahmen umfassender Personensorge oder staatlich vermittelter für Sorgeverhältnisse einzustehen hatte; beispielsweise

- Strafvollzugsbedienstete für das Leben des Häftlings
- Lehrer für das Leben ihrer Schüler im Schulbetrieb

Vergleichbares gilt für die rechtliche (insoweit funktionsbedingte) Verpflichtung zur Abwehr bzw. Abwendung drastischer Gefahren und Rettung in (katastrophalen) Unglücksfällen, beispielsweise

- als Polizist im Rahmen der Gefahrenabwehr
- als Mitglied der Feuerwehr, von (Unfall-)Rettungsdiensten und notärztlichen Bereitschaftsdiensten im Krankenhaus.

Schließlich ist hier das – scheinbar natürlichste – Sorgeverhältnis der Eltern für ihre Kinder anzuführen. Mit Blick auf die Rechtsprechung zur Heimtücke gegenüber Kleinstkindern¹⁹ gilt die Einordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses in das institutionelle Zurechnungsmuster – mit der Konsequenz der grundlegenden Verantwortungszuweisung zu den (nicht selten verzweifelten) Eltern – als vermeintliches Skandalon: Eltern unterliegen aber ihren Kindern gegenüber jedenfalls mit Blick auf existenzielle Lebensgüter einer umfassenden Sorgepflicht. Deshalb dürfen sie ihre Kinder (aus ihrer Perspektive) aus einseitigen Gründen – auch bei einseitigen Verzweiflungssituationen – nicht töten²⁰. Eine Ausnahme ist sicherlich zu machen bei der Abwendung gemeinsam bedrohlicher existenzieller Notlagen.

2. »Design-Frage«: Qualifizierungs- oder Privilegierungsmodell

Die »Design-Frage« betrifft die Ausgestaltung der Tötungsdelikte im Sinne eines Qualifizierungs- oder Privilegierungsmodells.

Qualifizierung – das kennen wir – bedeutet: Bestimmte Mordmerkmale qualifizieren die Tötung zum Mord. Privilegierung bedeutet: Die willkürliche Tötung eines Menschen ist (schon) der entscheidende Tabubruch und deshalb Mord: Totschlag liegt (erst) vor bei entlastenden Momenten (eine im Ansatz vergleichbare Regelung gibt es jetzt schon in Österreich²¹).

Aus rechtlich generalisierter Opferperspektive ist die grundlose Tat, beispielsweise die Tat aus rechtlich nichtigem Grund oder aus

¹⁹ BGHSt 3, 330, 332; 4, 11, 13; 8, 216, 218.

²⁰ Siehe auch *Grünevald*, Reform der Tötungsdelikte (2016), S. 19 ff.

²¹ §§ 75 f. StGB Österreich (als Ausgestaltung eines Prämeditationskonzepts).

Tatumständen bzw. Tatanlässen, die allein der Verantwortungssphäre des Täters zuzurechnen sind, der maßgebliche Tabubruch. Es ist eine Vernichtung des menschlichen Lebens, die im Ansatz als Mord zu qualifizieren ist. Nach der »Reinen Rechtslehre« führt dieser Ansatz zum Privilegierungsmodell (und wird so auch in der Wissenschaft vertreten²²).

Aber: Die Diskussion in der Praxis hat gezeigt, dass so, unter einem Privilegierungsmodell, die Argumentationslasten zulasten der Angeklagten und der Verteidigung gehen: Die Verteidigung muss dann entscheidende entlastende Momente aufzeigen. Nicht das Gericht muss – neben der Feststellung der tödlichen Handlungsfolge – alle belastenden Momente und die Ausschließlichkeit dieser Momente aufweisen. Dies aber führt zu einer rechtlich schiefen Verteilung der Argumentationslasten: Der Grundsatz, dass für Tat und Strafe die Argumentationslast (allein) beim Staat liegt, wird umgangen; aber der Staat muss – Konsequenz des grundlegenden personalen Organisationsprinzips als rechtliche Garantie gegenüber der Person – die Tat und insbesondere die belastenden Momente beweisen bzw. belegen.

Das zeigt, dass das Qualifizierungsmodell auch eine (tatbestandliche) Sicherungsfunktion hat. Deshalb votiert der DAV für ein Qualifizierungsmodell:

Mord ist das qualifizierte Tötungsdelikt, wenn und soweit der Täter für die Tat und den Tatkontext allein rechtlich verantwortlich und sicheres Wissen (*dolus directus*) nachgewiesen ist. Totschlag ist der Grundtatbestand.

22 Vgl. *Grünewald*, Reform der Tötungsdelikte (2016), S. 5 ff., 39 ff.; *dies.*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010), S. 215 ff.; *Müssig*, Mord und Totschlag (2005), S. 245 ff., 252 ff.; *ders.* FS-Paeffgen (2015), S. 301 ff.; *Deckers/Grünewald/König/Safferling*, in: Abschlussbericht, S. 90 ff. Im Ausgangspunkt ebenso schon *Eser*, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag (1980), D 197 ff. (grds. zust. 53. DJT NJW 80, 2512); *Heine et al.*, Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), GA 2008, 193 (204 ff., 218 ff.); das Privilegierungskonzept fand in den Abstimmungen der Expertengruppe allerdings – deutlich – keine Mehrheit, siehe a.a.O., S. 23 f, 163 ff

Die Qualifizierung zum Mord liegt also auf objektiver und subjektiver Ebene:

- objektiv: die exklusive Verantwortung für die Tat und deren Umstände
- subjektiv: das sichere Wissen um die Tat und die Tatumstände

3. Zur Notwendigkeit eines (tatbestandlichen bzw. materiellen) Differenzierungskriteriums

Wie bekannt, hat der DAV – unterstützt auch durch einen Bundesrichter – im Jahr 2014 für die Abschaffung des Mord-Paragrafen plädiert:²³ Differenziert werden sollte nur noch zwischen »Tötung« und »Tötung im minder schweren Fall«; die Sanktion sollte sich bewegen insgesamt zwischen einem Jahr bis lebenslange Freiheitsstrafe. Die Differenzierung im Einzelnen sollte dem Richter überlassen bleiben.

Schon 1905 hatte *v. Liszt* die Möglichkeit einer ‚begrifflichen‘ Erfassung des Mordes praktisch ausgeschlossen. Dem Verfasser des – oben schon genannten – »Vorentwurfs zum Schweizerischen Strafgesetzbuch« (1894) attestierte er²⁴: »Das Problem, zu einer neuen Begriffsbildung des Mordes zu gelangen, hat er nicht gelöst. Das ist kein Vorwurf: Denn das Problem selbst ist nicht lösbar«; so *v. Liszt*.

Das Verdikt *v. Liszts* scheint sich dann in der Expertenkommission 2014 gleichsam geisterhaft bestätigt zu haben: Die Option für ein Qualifizierungsmodell mit phänotypischen Mordmerkmalen fand zwar eine (sehr) große Mehrheit, die dann diskutierten Mordmerkmale – geschweige denn ein Kanon – fanden jeweils keine eigene Mehrheit.

Man muss jedoch auch die Reichweite des Verdikts genauer ins Auge fassen: Die Kritik richtete sich gegen plakative Mordmerkmale, die im ersten Ansatz als Tatbilder – etwa einer Verwerflichkeit oder

23 *Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Strafrecht zur Reform der Tötungsdelikte Mord und Totschlag; §§ 211, 212, 213 StGB (2014)*; vergl. auch *Deckers/Fischer/König/Bernsmann* NSTZ 2014, 9 ff.

24 *v. Liszt*, Tötung und Lebensgefährdung, in: Birkmeyer, Calter, Frank, v. Hippel et al., (Hrsg.): *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. V. Band* (1905), S. 1 (66 ff, 68).

Sozial- bzw. Allgemeingefährlichkeit – intuitiv überzeug(t)en, bei der Konkretisierung im Fall aber (schnell) an ihre Grenzen stoßen: Es handelt sich um semantische Plakate, deren – dann teils hilflose – begriffliche Ausdifferenzierung die entscheidende normative Zurechnung zu verdecken droht. Umgekehrt gilt aber auch: Die Heuristik der Tatbilder ist hilfreich, wenn sie für normative Zurechnungsmuster stehen. Diese Zurechnungsmuster müssen dann aber auch im Tatbestand ausgewiesen werden; die Tatbilder können (beispielhaft) die Kommentierung gliedern.

Schließlich spricht für einen Qualifizierungsansatz: Es gibt die (verfassungsrechtliche) Verantwortung des Gesetzgebers, insbesondere im Kernbereich des Strafrechts, maßgebliche und entscheidende Differenzierungskriterien selbst festzulegen (Art. 103 Abs. 2 GG). Daraus hat nun der DAV die Konsequenzen gezogen.

4. Abgrenzung und Konvergenz zu den aktuellen Mordmerkmalen

Die intuitive Plausibilität der heutigen Mordmerkmale, jedenfalls im Kernbereich, erklärt sich mit diesem normativen bzw. rechtlichen Differenzierungsansatz:

»Mordlust«, d.h. die Tötung eines Menschen allein nur um dessen Tod willen (sei es, »um einen anderen sterben zu sehen«²⁵ oder »um statt seiner als tot zu gelten« und so »ein neues Leben beginnen zu können«),²⁶ ist ein offensichtlich rechtlich nichtiger Tatanlass, der in die Verantwortungssphäre des Täters fällt.

Gleiches gilt für die sog. »Befriedigung des Geschlechtstribs«; auch dieser Anlass fällt allein in die Verantwortungssphäre des Täters (Schuldminderungen müssen sich dann im Strafraum abbilden).

Vergleichbares gilt für die »Habgier«; auch diese ist im Ansatz ein rechtlich nichtiger, weil deliktischer Anlass: Eigentum und rechtlich begründete Forderungen des Opfers sind Zeichen seines, des Opfers, rechtlich garantierten Status; Eingriffe in diesen garantierten Status unterfallen als Tatanlass daher der Verantwortungssphäre des Täters.

25 BGHSt 34, 59, 61; BGH v. 14.01.2010 – 5 StR 435/09, Rn.11.

26 BGH NStZ 1985, 454.

Im Kernbereich der in der Rechtsprechung ausdifferenzierten sog. »niedrigen Beweggründe« ist ebenfalls eine alleinige Verantwortungszurechnung zum Täter auszumachen: Nationale, ethnische, oder ‚rassische‘ Zuordnungen sind ebenso rechtlich irrelevante Tatanlässe wie sexuelle Orientierungen, religiöse oder politische Anschauungen; sie fallen als geltend gemachte »Tatgründe« in die Verantwortungssphäre des Täters (zurück), sind also normativ (allein) von ihm zu verantworten, ohne dass er sie für sich entlastend gelten machen kann.

Diskriminierungen, insbesondere sog. »Hassdelikte«, sind (offensichtlich) rechtlich nichtige Anlässe; sie fallen deshalb ebenfalls in die Verantwortungssphäre des Täters. Selbstverständlich ist Paralleles für den sog. »Femizid« festzustellen: Die diskriminierende Rollenzuschreibung und der geschlechtsbezogene Gewaltakt sind rechtlich nichtige Tatanlässe.

Gleiches gilt im Grundsatz dann auch für die »Ermöglichungs-« und die »Verdeckungsabsicht«: Die Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat ist ein deliktischer Tatanlass und damit im Ansatz ein rechtlich nichtiger Tatanlass.

All dies sind Tatanlässe, die im Grundsatz in die rechtliche Verantwortungssphäre des Täters fallen, von ihm als Person zu (er)tragen sind (und deshalb als entlastende Momente für ihn nicht geltend gemacht werden können). Die Heuristik der mit diesen Mordmerkmalen verbundenen Tatbilder hat also auch unter normativer Betrachtung ihre Berechtigung.

Dennoch bestehen bekanntermaßen Probleme bzw. Grenzen der intuitiven Plausibilität; zwei Beispielsfälle sollen dies kurz veranschaulichen:

Für die »Verdeckungsabsicht« ein bekannter Fall aus der Rechtsprechung:²⁷ Täter und späteres Opfer begehen eine gemeinsame Tat (Herstellung von Raubkopien). Das spätere Opfer erpresst den Täter, der aufgeben will, an den Taten weiter mitzuwirken. Dieser weiß sich nicht anders zu helfen, als das Opfer hinterrücks – also auch heimtückisch – zu töten, um sich damit von den Plänen zu

27 BGHSt 48, 207 (BGH v. 12.02.2003 – 1 StR 403/02, mit Hinweis auf eine eventuelle Notwehrlage)

lösen (Verdeckungsabsicht). Wegen mehrfacher Revisionen landete das Verfahren dreimal bei verschiedenen Landgerichten – die plakativ formulierten Mordmerkmale, »Verdeckung einer Straftat« und »Heimtücke« versperren den Blick auf die offensichtliche Mitverantwortung des späteren Opfers bei der Gestaltung des Tatkontextes.

Beispielsweise für die »Heimtücke«:²⁸ Heimtücke ist bekanntlich die »Waffe der Schwachen«, insbesondere der »schwachen Frauen«. Man denke nur an die sog. »Haustyrannenfälle«: fürchterliche, entsetzliche (Gewalt-)Sachverhalte, in denen sich Frauen gegen ihre (körperlich) überlegenen gewalttätigen Männer – auch nach jahrelangem Martyrium und möglicherweise auch zum Schutz der Familie und ihrer Kinder – nicht anders zu helfen wissen, als diese im Schlaf zu töten: nach der heutigen plakativen, holzschnittartigen Tatbestandsfassung: »Heimtücke« – ohne dass der Blick auf die vorrangige Verantwortung des gewalttätigen Mannes für den Tatkontext rechtlich in den Blick genommen werden könnte.

Diese Beispiele sollen lediglich verdeutlichen, wo das Problem liegt: Überall, wo bei den heute geltenden Mordmerkmalen in (der Praxis) der Rechtsprechung eine »Zuschreibung« hinterfragt wird, zeigt sich zunächst: Die Heuristik der Tatbilder greift nicht mehr, auch wenn in der Dogmatik noch durch semantische Ausdifferenzierungen und Steigerungen zu den Begriffen ‚geholfen‘ wird: die Tat als ‚ganz besonders verwerflich‘, ‚ganz besonders gefährlich‘, ‚absolut tiefstehend‘ etc. Dennoch, der dogmatische Reparaturbetrieb macht (nur) deutlich: Das semantische Passepartout des Mordmerkmals erfasst die Intuition des Tatbildes nicht (mehr) – und das ist möglicherweise ein Problem jedes explizit ausformulierten phänotypischen Mordmerkmals: Das begriffliche Plakat hat sich vom normativen Zurechnungsmuster gelöst.

28 BGH StV 1981, 523 f (BGH v. 16.06.1981 - 5 StR 143/81, Rn. 6; im konkreten Fall bestand keine Ehe); ähnliche Situation auch bei BGH JZ 1983, 967 (BGH v. 02.08.1983 – 5 StR 503/83, mit Anm. von Hassemer); zu den Grenzen der Rechtsprechung siehe BGH NStZ 2005, 154; vgl. auch den (hüllosen) Verweis auf entschuldigenden Notstand bei BGHSt 48, 255, 257 ff. (BGH v. 25.03.2003 – 1 StR 483/02)

Für die Praxis bleiben wenig attraktive Auswege: etwa die Rechtsfolgenlösung.²⁹ Diese ist aber keine Lösung; sie ist lediglich eine Notlüge der Praxis: Die Rechtsfolgenlösung weist keine rechtlich greifbaren Parameter auf. Sie ist daher auch regelmäßig Gegenstand von Revisionen.

Andere Lösungen sind (fallorientierte) Zuschreibungen von höheren Voraussetzungen an Vorsatz und Schuld und damit (deliktspezifische) Abschreibungen von Vorsatz und Schuld etc.: Offensichtliche Ausweichmanöver, um sich aus der Umklammerung von plakativen Mordmerkmalen und einer unbedingten, absoluten Strafandrohung zu lösen.

VI. ABSCHLIESSEND: ZUR NOTWENDIGKEIT UND MÖGLICHKEIT PLAKATIVER MORDMERKMALE

Hinter der Forderung plakativer Mordmerkmale, wie sie sich auch in den Diskussionen der Expertenkommission – mit großer Mehrheit – abzeichnete, steht allerdings ein ernst zu nehmendes Argument: die tatbestandliche Sicherungsfunktion.³⁰

Festzuhalten ist aber immer noch: In der Expertenkommission blieb keines der diskutierten Mordmerkmale unumstritten; geschweige denn, dass sich ein (gemeinsam konsentierter) Kanon von Mordmerkmalen etabliert hatte. Insoweit ist wieder auf *v. Liszt* (1905) zu verweisen. Bestätigt wurde dieser Befund nicht zuletzt auch durch *Eser* vor knapp 45 Jahren in seinem Gutachten zum DJT 1980:³¹ Er verweist – zusammengefasst – auf eine Relativierung des »Rechtsguts Leben« durch die Suche nach absoluten Mordmerkmalen, die das Unrecht des Todes übersteigen könnten und sollen.

Ein weiteres Problem ist die – so will ich es nennen – »Mathematisierung« der Zurechnung durch »Kumulierung« von Mordmerkmalen: Sobald mehrere Mordmerkmale zusammentreffen, erscheint die Mordverurteilung unausweichlich.

²⁹ BGHSt [Gr. Sen.] 30, 105, 118 ff.

³⁰ Vgl. auch *Rising-van Saan*, in: Abschlussbericht, S. 166, *Merkel*, a.a.O. S. 165

³¹ *Eser*, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag (1980), D. 97 ff.; ebenso *Arzt*, ZStW 83 (1971), S. 1 (12 f.).

Als besondere Kandidaten für (intuitiv einleuchtende) »kumulierbare« Mordmerkmale erscheinen dabei »Grausamkeit« und die Tötung mit »gemeingefährlichen Mitteln«.

Dazu ein Beispiel: Die Tochter eines Elitesoldaten wurde Opfer einer Gruppenvergewaltigung; sie überlebte, ist aber (hochgradig) traumatisiert.

Der Vater lockt die Täter in eine Falle (»Heimtücke«), wirft zunächst eine Handgranate (»gemeingefährliches Mittel«) und ringt die (schwer verletzten) Überlebenden eigenhändig, qualvoll nieder (»grausam«). Wollen wir und dürfen wir den Mordvorwurf erheben (mit Blick auf die Kumulation von Mordmerkmalen und trotz der offensichtlichen Verantwortung der Vergewaltiger für den Tatkontext)?

Wir lassen diese Frage an dieser Stelle (nicht nur rhetorisch) offen: Es soll nur gezeigt werden, dass das Unbehagen an plakativen Mordmerkmalen durch den Rückgriff auf (vermeintlich abstrakte) normative Zurechnungsmuster adressiert und formuliert werden kann – und in der Praxis konkret so diskutiert wird.

Die Initiativ-Stellungnahme des DAV soll einen Beitrag leisten für ein modernes Strafrecht in einer modernen, komplexen, d.h. sozial und funktional differenzierten Zivilgesellschaft und soll leisten, was ein modernes Strafrecht leisten soll: Gerechtigkeit. Dazu gehört nach unserer Auffassung die Normativierung der Differenzierung im Bereich der Tötungsdelikte.

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.¹

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 beeinflusse². 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«³ im Folgenden nicht mehr neutral sein könne, sondern »strukturell voreingenommen«⁴ 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.⁵

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 mittelgut 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 bezeichnet⁶. 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«⁷; 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 Phasen⁸. 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

⁷ Vgl. die Gesetzesüberschrift des § 244 StPO.

⁸ 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 nachholen⁹.

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 vergleichbar¹⁰.

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.

⁹ *Schmitt* aaO., § 202 Rn.1 m.w.N.

¹⁰ 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.¹¹

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«¹² 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 weiß¹³. 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 Angeklagten¹⁴ – 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 höchstrichterlich 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.¹⁵

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.

¹⁵ 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-Festschrift¹⁶ mich ein Verteidiger mal hingewiesen hat. Eschelbach fährt dort sogar das schwere Geschütz der Befangenheit auf¹⁷. 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.¹⁸

¹⁸ 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 berichten¹⁹.

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 »Prozesseugen« (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. Strafverteidigertag²⁰. 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.²¹ 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 entgegensetzen. 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.

RECHTSPOLITISCHE THESEN UND FORDERUNGEN DES 46. STRAFVERTEIDIGER- TAGES

Vorab: Mit den Worten des ehemaligen Bundesverfassungsrichters Bockenförde gilt:

»Der Rechtsstaat ist stets auf die Begrenzung und Eingrenzung staatlicher Macht im Interesse der Freiheit der Einzelnen angelegt.«

Von Politikern gern genutzte Formulierungen, nach denen die eine oder den anderen »die volle Härte des Rechtsstaats treffen solle«, haben den Begriff des Rechtsstaats entweder nicht verstanden oder verdrehen ihn bewusst.

An kaum einer anderen Stelle wird dies so deutlich wie im Strafverfahren, wo es die Aufgabe staatlicher Organe ist, die Einhaltung von Verfahrensformen zu gewährleisten, die den konkret Beschuldigten und seine Freiheit vor dem Strafanspruch eben jener Organe schützen. Ein Strafrecht – oft apostrophiert als Seismograph für die Verfasstheit der Gesellschaft –, das sich rechtspolitisch immer mehr an den Parametern Verfahrensbeschleunigung und härtere Strafen orientiert, ebnet tendenziell den Weg zum autoritären Staat; bedroht ist nicht nur die Freiheit des Einzelnen (Beschuldigten), sondern diejenige aller. Das ist keine abstrakte Gefahr und keine Rechtsstaatslyrik. Wie schnell sich Staaten von Rechtsstaaten in autoritäre Staaten mitunter wandeln, kann derzeit vielerorts beobachtet werden. Eine verantwortungsbewusste Rechtspolitik muss dies im Blick haben.

Dies vorausgeschickt sieht der Strafverteidigertag folgenden Handlungsbedarf:

I. FORTSETZUNG BEGONNENER REFORMVORHABEN

Während der vergangenen Legislaturperiode sind wichtige Reformvorhaben im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts angefangen, aber nicht bis zum vorzeitigen Ende der Legislaturperiode umgesetzt worden, namentlich

1. die Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung
2. die gesetzliche Normierung des Einsatzes Privater zu strafrechtlichen Ermittlungen (V-Personen) und Verbot der staatlichen Tatprovokation
3. die Reform der notwendigen Verteidigung.

Diese Reformvorhaben sind lange überfällig – sie dienen der Transparenz von Strafverfahren im Ermittlungsstadium und in der Hauptverhandlung, der besseren Waffengleichheit und damit der Wahrheitsfindung.

Der Strafverteidigertag fordert die neue Bundesregierung auf, die begonnenen Reformvorhaben fortzusetzen, nicht der Diskontinuität anheimfallen zu lassen und die angekündigte »Digitalisierung« nicht alleine als technische Effektivierung auf Kosten beschuldigter Bürger*innen umzusetzen.

II. HÄNDE WEG VOM JUGENDSTRAFRECHT!

Es ist nicht alleine billig, mit »mehr Härte« gegenüber Kindern und Jugendlichen politisch punkten zu wollen; es ist vor allen Dingen falsch und kriminalpolitisch kontraproduktiv. Kinder und Jugendliche brauchen weder Härte noch Strafe, sondern Unterstützung und Fürsorge. Das deutsche Jugendstrafrechtssystem leidet nicht unter mangelnder Härte, sondern am Fehlen politischer und sozialer Alternativen für deviante und gefährdete Jugendliche.

Das JGG ist im Kern ein Erfolgsmodell, das nach allem, was man kriminologisch deuten kann, die Entwicklung krimineller Karrieren auch im Heranwachsendenalter durch das Erziehungsprinzip und seine Diversionsmöglichkeiten mehr verhindert hat, als dies für die Anwendung des Erwachsenenstrafrechts gilt.

Der Strafverteidigertag fordert die sich formierende Regierung auf, sich auch im Jugendstrafrecht nicht von den einfachen und falschen Rezepten der AfD treiben zu lassen. Moderne Kriminalpolitik fällt nicht auf den Stand vor 1953 zurück. Das bedeutet angesichts der wiederholten Forderungen auch aus Reihen der Union: Keine Herabsetzung des Strafmündigkeitsalters; Beibehaltung des § 105 JGG in seiner jetzigen Form.

III. BÜRGER*INNEN DÜRFEN NICHT UNTER GENERALVERDACHT GESTELLT WERDEN

In der Praxis der Strafverfolgung kommt der Unschuldsvermutung nicht die als Ausdruck des Rechtsstaatprinzips in ihr normativ angelegte Bedeutung zu. Dennoch bleibt sie als steter Appell an rechtsstaatliches Denken unverzichtbar. Letzteres impliziert – wie auch der EuGH etwa zur Vorratsdatenspeicherung judiziert hat – dass auch sicherheitspolitische Erwägungen anlasslose Massenüberwachung der Bevölkerung nicht rechtfertigen können.

Vorratsdatenspeicherungen, Kfz-Kennzeichenüberwachung und -speicherung, Chatkontrolle und Dekryptierungszwang für verschlüsselte Softwarelösungen – ihnen allen ist der gleiche Ansatz gemein: Unverdächtige Bürgerinnen und Bürger gibt es nicht und das Streben nach unüberwachten Kommunikationswegen ist per se verdächtig und staatlich nicht hinnehmbar. Nicht der Staat muss seinen Eingriff legitimieren, sondern Bürgerinnen und Bürger ihre Versuche diesen auszuweichen. Eine derartige Denkschule steht nicht nur im Widerstreit zu derjenigen der Unschuldsvermutung; sie steht auch in Opposition zu einem liberalen Rechtsstaatsbegriff.

Dies gilt nicht minder für Ideen, die faktisch bereits existierende Beweislastumkehr für ungeklärte Vermögen nunmehr vollends gegen tatrichterliche Zweifel zu immunisieren und eine auch normativ vollständige Beweislastumkehr gesetzlich zu verankern.

Bereits die jetzigen Einziehungsregeln sind derart extensiv, dass sie sich mit dem traditionellen Rechtsstaatsbegriff und -verständnis schwerlich in Einklang bringen lassen. Eine weitere Ausdehnung gäbe diesen Anspruch vollends auf.

IV. DER »PAKT FÜR DEN RECHTSSTAAT« MUSS AUCH EIN PAKT FÜR DIE RECHTE VON (BESCHULDIGTEN) BÜRGER*INNEN SEIN.

Als »Pakt für den Rechtsstaat« werden in den bekannt gewordenen Positionen der Koalitionsverhandlungen Forderungen vermarktet, die ohne eine gleichzeitige Stärkung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten das Gegenteil des Erklärten bewirken: das Abschleifen rechtsstaatlicher Verfahren. Unter »Rechtsstaatspakt« wird dort im Wesentlichen verstanden: Verfahrensbeschleunigung, bessere Ausstattung und Ausrüstung der Verfolgungsbehörden, Digitalisierung rein zur Effizienzsteigerung, der Abbau von Behördentrennungen. Beschuldigtenrechte, die letztlich Bürgerrechte gegen den Staat sind, erscheinen aus dieser Perspektive als reines Hemmnis.

Der Strafverteidigertag fordert dagegen, die Digitalisierung zu nutzen, um Beschuldigtenrechte zu stärken, eine gleichberechtigte Kommunikation der Verfahrensbeteiligten zu erreichen und das Verfahren insgesamt transparenter zu gestalten.

Digitalisierung und Modernisierung dürfen nicht als Space-Xisierung der Strafjustiz missverstanden werden.

V.

Der 46. Strafverteidigertag in Bochum verurteilt die Angriffe der türkischen Regierung auf die Unabhängigkeit der türkischen Anwaltschaft sowie auf unsere türkischen Kolleg*innen auf das Schärfste. Wir fordern die Bundesregierung auf, hierzu nicht zu schweigen, sondern sich unzweideutig auf Seiten der türkischen Anwaltschaft zu positionieren und mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln politischen Druck auf die Erdogan-Regierung auszuüben, deren Angriffe auf die Anwaltschaft zu beenden und ihre rechtsstaatswidrigen Ergebnisse rückgängig zu machen.

Wir fordern die Bundesregierung daher auf, sich für die Wiedereinsetzung des abberufenen Vorstands der Istanbuler Anwaltskammer ebenso entschieden zu engagieren wie für die Freilassung unserer türkischen Kolleg*innen, die wegen dem inhaftiert wurden, was eine Essenz jeden Rechtsstaats ist: engagiertes, unabhängiges anwaltliches Handeln im Interesse ihrer Mandantschaft.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN DES 46. STRAFVERTEIDIGER- TAGES

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPE 1: EIN JAHR KCanG – CHAOS, WILLKÜR, RESTRIKTION

Die Teillegalisierung von Cannabis durch das KCanG ist ein Schritt in die richtige Richtung. Derzeit diskutierte Rückschritte lehnen wir ab.

Der Gesetzgeber hat es zudem vielfach unterlassen, maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und die Verantwortung hierfür der Justiz zugeschoben. Diese unterläuft jedoch teilweise in ihren Urteilen die Zielrichtung des Gesetzes und die darin zum Ausdruck gebrachte neue Risikobewertung von Cannabis.

Die AG fordert den Gesetzgeber auf, die Bestimmung der »nicht geringen Menge« von Cannabis gesetzlich zu regeln. Außerdem ist eine Klarstellung der Unverwertbarkeit von Daten notwendig, die im Wege massiver Grundrechtseingriffe (vielfach durch Datenbeschaffung aus dem Ausland, EncroChat) erhoben wurden.

In Umsetzung des KCanG muss zudem die Gründung von Anbauvereinigungen vereinfacht, vereinheitlicht und beschleunigt werden. Das dort herrschende ungerechtfertigte Konsumverbot sollte aufgehoben werden. Am Ziel der Einführung von Cannabis-Fachgeschäften für Erwachsene sollte festgehalten werden.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPE 2: BEWEISANTRAG

Die Teilhabe der Verfahrensbeteiligten an der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung ist insbesondere durch die Einführung des Fristenmodells erheblich eingeschränkt worden. Besonders betroffen ist die Verteidigung, die über Artikel 6 EMRK einen Anspruch auf ein faires Verfahren hat.

Vor allem das Prinzip der prozessualen Waffengleichheit, das für den Angeklagten streitet, wird konterkariert, wenn der Angeklagte durch eine zur Stellung von Beweisanträgen gesetzte Frist und Bescheidung der Anträge erst im Urteil sich gegenüber dem strafrechtlichen Vorwurf nicht mehr positionieren kann.

Zu fordern ist daher die Rückkehr zum Beweisantragsrecht vor der Gesetzesänderung von 2017. Im Minimum muss Verteidigung und Angeklagten das Recht zugestanden werden, das von Ihnen vor Fristsetzung gestellte Beweisanträge noch in der Hauptverhandlung und nicht erst im Urteil beschieden werden.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPE 3: KI IM STRAFVERFAHREN

Das rasante Voranschreiten der technischen Entwicklung von künstlicher Intelligenz macht eine zumindest teilweise Automatisierung der Rechtspraxis bereits jetzt möglich. Die Implementierung automatisierter Rechtsanwendung durch künstliche Intelligenz im Strafverfahren bringt aber erhebliche Risiken mit sich, für die es derzeit keine überzeugenden Lösungsansätze gibt. Wir stehen am Anfang einer Entwicklung, die sehr wahrscheinlich nicht aufhaltbar sein wird. Wir halten es für notwendig, diese Entwicklung zu verfolgen und uns als Verteidiger*innen einzumischen und auf die Risiken und rechtlichen und tatsächlichen Probleme, die bei der Anwendung von KI im Strafverfahren entstehen, hinzuweisen und diesen entgegen zu wirken.

Die richterliche Unabhängigkeit ist ein fundamentaler Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Bei einer auch nur teilweisen Automatisierung von Entscheidungsfindungsprozessen mittels künstlicher Intelligenz kann die Beeinflussung der richterlichen Unabhängigkeit durch die vorgegebenen Handlungsempfehlungen von KI-Systemen

nicht ausgeschlossen werden. KI-Systeme, die mit historischen Daten gefüttert werden, können bestehende Vorverurteilungen und Diskriminierungen perpetuieren, sodass die daraus resultierenden Entscheidungen zur systematischen Benachteiligung bestimmter Gruppen führen. Eine datenbasierte Erstellung von Programmen zur Rechtsfindung muss eine hohe Datenqualität sowie Transparenz und Nachvollziehbarkeit sowohl der Datenerhebung als auch der Entscheidungskriterien und Entscheidungsprozesse gewährleisten. Es handelt sich um sogenannte Hochrisiko-KI, die den Maßstäben der EU KI-Verordnung gerecht werden muss.

Sowohl die Beweiserhebung als auch die Entscheidungsfindung müssen für Verteidiger*innen nachvollziehbar sein. Es ist Aufgabe eines Staates, der künstlichen Intelligenz verwenden möchte, der Verteidigung die entsprechenden Programme zur Verfügung zu stellen, um diese Entscheidungsprozesse nachvollziehbar zu machen.

Maschinen dürfen nicht über das Schicksal von Menschen entscheiden. In einem automatisierten Rechtsfindungsprozess müssen die Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit haben, über Rechtsmittel Zugang zu menschlichen Richter*innen oder Staatsanwält*innen zu erlangen.

Strafverteidigung lässt sich nicht durch KI ersetzen.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPE 5: »SPRACHROHR VERTEIDIGUNG«

I. Was Verteidigung bedeutet, sollte – endlich – in der StPO, jedenfalls in Form eines »Rechtekatalogs« normiert werden. Ein bloßes Rekurren auf wechselhafte Rollenverständnisse oder überholte Extrempositionen zwischen »Organen der Rechtspflege« einerseits oder »Parteiinteressensvertreter« andererseits bilden die Realität moderner Strafverteidigung nicht hinreichend ab.

Als »autarker Fürsprecher« hat der Verteidiger alle Möglichkeiten inne, um die kommunikative Autonomie des Beschuldigten herzustellen und zu wahren.

II. Für das Gericht steht der Verteidiger als Sprachrohr des Beschuldigten im Vordergrund. Der Verteidiger vertieft dadurch den »ersten Eindruck«, den das Gericht vom Beschuldigten hat.

III. Das Erlernen zwischenmenschlicher Kommunikation sollte Bestandteil juristischer Ausbildung werden, zum Beispiel bei der Überbringung schlechter Nachrichten. Supervision und alle Institute, die dazu beitragen, eine Fehlerkultur zu etablieren, sollten Teil von lebenslanger Fortbildung und Konzepten für alle professionellen Beteiligten des Strafverfahrens werden.

IV. Das Verteidigungs-/Mandantenverhältnis ist geprägt von der Besonderheit und Individualität des Mandanten und gleichzeitig vom flexiblen Eingehen auf dessen besondere Bedürfnisse und Kommunikationsstrukturen.

Die Aussage eines Richters: »Haben Sie Ihren Mandanten etwa nicht im Griff?« stellt aus allen denkbaren Gesichtspunkten eine unzulässige Grenzüberschreitung dar, die von einem groben Missverständnis von Rolle, Funktion und Aufgaben der Strafverteidigung sowie dem Binnenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zeugt.

ERGEBNISSE DER THESEN AG 7: MORD UND TOTSCHLAG

Der Strafverteidigertag fordert eine Reform der Tötungsdelikte.

§ 211 StGB steht nicht nur wegen der im Wesentlichen aus der NS-Zeit stammenden auf der Täterschaft beruhenden Formulierung »Mörder ist wer [...]« in der Diskussion. Anlass für Kritik bietet vor allem die bei Verwirklichung eines Mordmerkmals nach dem Gesetz zwingend zu verhängende lebenslange Freiheitsstrafe.

Trotz der mittlerweile über mehrere Jahrzehnte andauernden rechtspolitischen Diskussion zu einer Reform der Tötungsdelikte, zeigt sich in der Realität eine Veränderungsresistenz. Der im Jahre 2016 auf Basis des von der Expertenkommission erarbeiteten Berichts vorgelegte Referentenentwurf sah unter anderem vor, dass bei Annahme eines minder schweren Falls des Mordes die zwingende lebenslange Freiheitsstrafe entfallen sollte. An diesem Vorschlag scheiterte seinerzeit das Reformvorhaben.

Der Referentenentwurf »Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafrechts« der Ampelkoalition sah für die §§ 211, 212 StGB lediglich eine sprachliche Anpassung der Strafvorschriften über die

Tötungsdelikte vor, um die maßgeblich durch den 1941 im Reichsjustizministerium tätigen Roland Freisler in den Vorschriften der §§ 211, 212 zum Ausdruck gebrachte Tätertypologie aus dem Gesetzeswortlaut zu entfernen. Die Rechtslage selbst sollte aber nach dem Referentenentwurf nicht geändert werden.

Die zur DNA der Strafverteidigervereinigungen gehörende Forderung nach einer Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe bleibt aufrechterhalten (Policy-Paper 2016). Angesichts der rechtspolitischen Veränderungsresistenz unterstützt der Strafverteidigertag die mit der Initiativstellungnahme des DAV zur Reform der Tötungsdelikte vorgeschlagene Aufhebung der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe bei Verwirklichung des Mordtatbestandes als einen ersten Schritt in die richtige Richtung.

Die kontroverse Diskussion der Arbeitsgruppe zu den Mordmerkmalen zeigte deutlich, dass es keinen Kanon eindeutiger Mordmerkmale gibt. Angesichts dieses keineswegs neuen Fazits – so bereits v. Liszt (1905) sowie Expertenkommission (2014/2015) – muss die zwingende Kopplung der ultimativen Sanktion einer lebenslangen Freiheitsstrafe bei Verwirklichung eines in § 211 StGB vorgesehenen Mordmerkmals entfallen.

Es ist für einen gerechten Rechtsstaat unwürdig, wenn gerade die härteste strafrechtliche Sanktion ohne die Existenz einer eindeutigen gesellschaftlichen und wissenschaftlichen legitimierten Unrechtsbestimmung verhängt wird.

ERGEBNISSE DER AG 8: DIE POLIZEI ALS HERRIN DES VERFAHRENS

These 1: Die Polizei ist in der Praxis faktisch Herrin des Verfahrens – und das ist rechtsstaatlich gefährlich

Obwohl die Staatsanwaltschaft formal die Ermittlungen leitet (§ 160 StPO), hat die Polizei in der Praxis aufgrund ihres Wissensvorsprungs, der Erstkontaktlage und technischer Mittel eine strukturelle Definitionsmacht. Diese faktische Sachleitungsfunktion untergräbt die Idee einer objektiven, staatsanwaltschaftlich geführten Ermittlung und gefährdet die Gleichgewichtsstruktur des Strafverfahrens bereits in einem frühen Stadium und damit prägend für alles Folgende.

These 2: Neue Ermittlungsinstrumente müssen rechtsstaatlich kontrolliert statt technologisch legitimiert werden

Digitale Auswertungen, KI-basierte Analyse-Software und exzessive Datenerhebung (z.B. durch die Auswertung von Smartphones) verschieben die Machtbalance zulasten der Beschuldigtenrechte. Es braucht klare gesetzliche Begrenzungen, echte richterliche Kontrolle und ein Bewusstsein dafür, dass technologischer Fortschritt kein strafprozessuales Argument ersetzen kann.

These 3: Vorverlagerte Beweiswürdigung durch Polizei und Staatsanwaltschaft bedroht die richterliche Unabhängigkeit

Die polizeiliche Auswahl und Gewichtung von Beweismitteln im Ermittlungsverfahren präjudiziert die gerichtliche Beweiswürdigung – oft bleibt in der Hauptverhandlung nur noch ein »Abhaken« des Ermittlungsberichts. Dies unterminiert die richterliche Aufgabe der eigenen Wahrheitsfindung (§ 244 Abs. 2 StPO) und verstärkt die repressive Tendenz einer eingespielten Verurteilungsroutine.

These 4: Der Polizei-Zeuge darf nicht zum Polizei-Sachverständigen werden

Wenn Polizeibeamt*innen nicht nur ihre Wahrnehmungen schildern, sondern zunehmend als besonders »sachverständige« Zeug*innen auftreten – etwa zur Täterpsychologie oder zur Einordnung von Chatnachrichten – wird die Grenze zur prozesstaktischen Meinungsäußerung verwischt. Die Justiz läuft dann Gefahr, nur noch zum verlängerten Arm der Polizei zu werden. Deshalb braucht es eine neue Skepsis im Umgang mit Polizei-Zeugen und ggfs. eine Reform der richterlichen Aufklärungspflichten.