

## SCHWERPUNKT 3: GRENZEN DER STRAFVERTEIDIGUNG

*Stellung und Aufgabe des Verteidigers bringen ihm täglich Konflikte, heißt es im Dahs'schen Handbuch eher beiläufig. Seine widerstreitenden Rechte und Pflichten machten es unvermeidlich, daß vielseitiger Konfliktstoff entstehe. In der neueren Diskussion um Stellung und Aufgaben des Verteidigers ist diese Binnenperspektive jedoch einem Zugriff von außen gewichen. Seit Anfang der 1980er Jahre ist das Schlagwort von der »Konfliktverteidigung« etabliert, das manche als rechtspolitischen Kampfbegriff interpretieren und andere als Ehrentitel für engagierte Verteidigung. Der Begriff selbst findet sich übrigens – soweit rekonstruierbar – in zwei Aufsätzen von Hassemer, deren einer – fast möchte man sagen: wo auch sonst – gleich im zweiten Jahrgang des STRAFVERTEIDIGER abgedruckt ist, in einem Text zu den informellen Programmen im Strafprozeß (StV 1982, 377). Dort heißt es, man möge sich*

*»mit den Ausgangsbedingungen und Formen einer »Konfliktverteidigung« im Gegensatz zu Interaktionsformen von »kooperativer Verteidigung« bis zum »plea bargaining« beschäftigen. Das ist fast drei Jahrzehnte her, und die Forderung ist noch immer aktuell. – Das Thema ist sehr weit gefaßt. Andererseits lassen sich Konfliktverteidigung und Mißbrauch wohl kaum ohne das Beweisantragsrecht diskutieren und umgekehrt. Verfolgt man die Rechtsprechung, mehren sich die Entscheidungen mit nicht-tragender »Verteidigerschelte«, die Rede ist von dysfunktionalem Verteidigerverhalten, von rechtsmißbräuchlicher Erhebung von Revisionsrügen und ähnlichem. Das Beweisantragsrecht ist im Fluß, angefangen von den Entscheidungen zu sog. Negativtatsachen über die Judikate zu den (erweiterten) Konnexitätsanforderungen bis hin zur »Fristenlösung« für die Stellung von Beweisanträgen. – d. Red.*

## Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht\*

*von Richter am BGH Prof. Dr. Thomas Fischer, Karlsruhe*

### A. Einleitung

Mein Thema lautet: »Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht«. Das ist ein weitgesteckter thematischer Raum, der sich in der zur Verfügung stehenden Vortragszeit kaum ernsthaft durchmessen läßt. Daher stellt sich die Aufgabe einer halbwegs sinnvollen Beschränkung. Die Wahrscheinlichkeit, im heutigen Auditorium auf Personen zu treffen, die selbst noch gar nichts zum Thema »Mißbrauch von Verfahrensrechten« geschrieben oder vorgetragen haben, ist nicht hoch. Deshalb will ich darauf verzichten, Ihnen eine Chronologie von tatrichterlichen, revisionsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Entscheidungen vorzutragen, die in den vergangenen 30 Jahren (oder mehr) zur Gestaltung des Themas beigetragen haben. Denn jedenfalls die Eckpunkte dieser Chronologie sind im wesentlichen bekannt.

Die Literatur zum Thema ist, wie Sie wissen, sehr umfangreich und bis in filigrane Verästelungen ausdifferenziert. Es ist keine Abwertung zu sagen, daß sie in manchen Zügen einen repetitiven Charakter aufweist: *Kempf* hat daher jüngst zu Recht ausgeführt, die Frage nach einer »allgemeinen Mißbrauchsklausel« tauche »in Wellen« immer wieder auf.<sup>1</sup> Konkrete/aktuelle oder tiefere Gründe für die Abfolge dieser Wellen werden zwar jeweils behauptet; solche Behauptungen sind aber in der Regel nicht als Analyse, sondern ihrerseits als Form des jeweiligen Wellenkamms zu betrachten. Einzelheiten über rechtshistorische »Wellen« sind, soweit ich erkennen kann, nicht systematisch erforscht.<sup>2</sup> Darstellungen beginnen meist mit den sog. Terroristen-Prozessen der 70er Jahre<sup>3</sup>; eher wären aber wohl die damals bereits zurückliegenden Strafprozesse aus dem Umfeld der sog. Studentenunruhen ab Mitte der 60er Jahre als eine Quelle zu nennen. Seither ist bis in die jüngste Zeit die Reihe von Veröffentlichungen nicht abgerissen. So findet man auch in beinahe jeder der in den letzten Jahren erschiene-

nen strafrechtlichen Festschriften Beiträge, die sich, direkt oder indirekt, mit einzelnen Bereichen des Themas befassen.<sup>4</sup> Eine Wiederholung des vielfach Gesagten verspricht weder neue Erkenntnis noch Anregung; das gilt auch für eine neuerliche so genannte kurze Zusammenfassung, der im übrigen definitiv die Komplexität des Themas entgegen steht. Was heute von mir zu sagen ist, soll die Dinge nur aus *einem* Blickwinkel betrachten und kann allenfalls eine Einleitung zur Diskussion sein.

### B. Schwieriges Gelände?

Das Thema ist, wie Sie wissen, in einem Gelände angesiedelt, das man als »vermint« bezeichnen kann – wobei man über die tatsächliche Sprengkraft der Minen und die Substanz ihrer Bedrohlichkeit streiten mag.<sup>5</sup> Denn während die rechts-politische Debatte um Existenz, Ursachen und Folgerungen aus dem Mißbrauch von Verteidigungsrechten und die rechts-dogmatische Diskussion um normative Strukturen zu seiner Erfassung über die Jahre sich dahinzogen, haben viele Beteiligte sich doch einigermaßen kommod mit diesem (angeblich? möglicherweise?) »unerträglichen« Zustand eingerichtet und Stellungen bezogen, die man als *Lager* bezeichnen kann. Das rührt natürlich nicht zuletzt daher, daß die meisten an der Diskussion Beteiligten auch *Partei* des Streits sind.

\* Das Vortragsmanuskript ist nur um die Zwischenüberschriften sowie um einige Fußnoten ergänzt und im übrigen unverändert.

1 *Kempf* FS Hassemer, 2010, S. 1041 (1052).

2 Vgl. *Fahl*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, Einleitung.

3 *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998, S. 17.

4 Es seien (stellvertretend) genannt etwa *Gatzweiler* FS Jung, 2007, S. 215; *Herzog* FS Hamm, 2007, S. 203; *Knauer* FS Widmaier, 2008, S. 291; *Taschke* FS Volk, 2009, S. 801; *Kempf* FS Hassemer (Fn. 1), S. 1041; jeweils m. w. N.; vgl. schon *Gatzweiler* FG Koch, 1989, S. 93.

5 Manch drohendes Grollen klingt recht deutlich nach Theaterdonner, und Blitze vom Olymp der Erkenntnis entpuppen sich gelegentlich als rasch verglühende Wunderkerzen.

Kennzeichen von Lager-Bildung ist auch, daß wechselseitig nur die jeweils *andere* Seite überhaupt als »Lager« (selbstverständlich: mit einer bedauerlichen Tendenz zur unvernünftigen Ideologisierung) definiert, die eigene Position dagegen als solche der Ausgewogenheit und der Vernunft beschrieben wird. Daß sich entsprechende Formeln auch in der jüngeren Rechtsprechung des *BGH* finden lassen, ist dem Gericht vielfach kritisch vorgehalten worden. Ich will diese Formeln nicht im einzelnen wiederholen. Ob Ethik und Selbstverständnis, Berufsbild und Verpflichtung der Strafverteidiger sich – wie es gern heißt: »zunehmend« – auf einer abschüssigen Rampe befinden, an deren Absturzkante ein zumeist nicht näher definiertes Chaos des Strafverfahrens droht, mag in der Tat zweifelhaft sein. Mir scheint, daß auch *Senate* des *BGH*, über den Anlaß in der konkreten Sache hinaus, *gelegentlich* dem Reiz der Dramatisierung erlegen sind. Das gilt freilich umgekehrt in ungleich höherem Maße: So lautete etwa – um ein aktuelles Beispiel zu wählen – der Titel einer gut besuchten Arbeitsgruppe des 34. Strafverteidigertags im Februar 2010 in Hamburg<sup>6</sup>: »Freie Advokatur als Feindbild der jüngeren Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs*«. <sup>7</sup> Im Vorwort zum Programmheft dieser Tagung ist zur Skizzierung des Stands der Dinge auf einen Beschluß des 2. *Strafsenats* v. 30. 03. 2009<sup>8</sup> hingewiesen. In dieser Entscheidung hat der *Senat* folgendes ausgeführt:

»(...) Der zu den Verfahrensrügen vorgetragene Prozesssachverhalt zum Ablauf der Hauptverhandlung macht beispielhaft deutlich, dass eine auf sachwidrige Konfrontation, Verfahrenser schwerung und Provokation gerichtete Verteidigungsstrategie weder den individuellen Interessen des Beschuldigten noch dem Allgemeininteresse an einem fairen, zügigen und offenen rechtsstaatlichen Strafverfahren dient. Die hier mit den Befangenheitsgesuchen des Verteidigers (...) vorgebrachten Vorwürfe, die abgelehnten Richter hätten »mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass ihnen die Rechte des Angeklagten *völlig gleichgültig* sind« (Befangenheitsantrag 1) und hätten *Verfahrensgrundrechte* des Angeklagten »schwerwiegend und *offenbar bewusst vereitelt*« (Befangenheitsantrag 2), waren angesichts der verfahrensfehlerfreien, ersichtlich prozessordnungsgemäßen Verhandlungsführung gänzlich haltlos und konnten kaum anderen Zwecken als dem der Provokation dienen. Mit einer engagierten, gegebenenfalls auch mutigen Strafverteidigung im (wohlverstandenen) Interesse des Beschuldigten hat ein solches Verhalten kaum mehr etwas zu tun. Es führt, wenn es gehäuft oder systematisch auftritt oder gar als Reaktion auf die Ablehnung von Vereinbarungen angedroht oder zu deren Erzwingung durchgeführt wird, zu einer schwerwiegenden Belastung des Strafprozesses insgesamt, zu Forderungen rechtspolitischer Gegenmaßnahmen und zu einer Veränderung der Prozesskultur, welche den Interessen der Beschuldigten nicht nützt, sondern entgegenwirkt.«<sup>9</sup>

Diese Ausführungen hat der Vorsitzende der Hamburger Strafverteidiger-Vereinigung in seinem Programm-Vorwort wie folgt zusammengefaßt und interpretiert:

»Inzwischen beschränken sich die *Senate* des *Bundesgerichtshofs* nicht mehr darauf, »rechtspolitische Gegenmaßnahmen« zu *fordern*, sondern eine »Veränderung der Prozesskultur« *anzudrohen*, ist nur das Verhalten eines Verteidigers oder Angeklagten unliebsam.«<sup>10</sup>

Diese Interpretation ist, wie ich meine, eine Verdrehung der Aussage der zitierten Beschluß-Passage annähernd in ihr Gegenteil: Aus einem *Hinweis* wird eine »Forderung«, aus der *Warnung* vor einer Provokation übermäßiger Gegenreaktion eine »Drohung« konstruiert. Der *Gegenstand*, der Anlaß zu der Bemerkung gab, nämlich eine sachlich ungerechtfertigte, beleidigende Provokation der abgelehnten Richter, wird weggelassen und zur klagenden Opfer-Rolle eines »unliebsamen« Angeklagten – was immer dies sein könnte – verdreht, aus der Zurückweisung exzessiven Obstruktionsverhaltens unter Verwendung von Formen und Terminologie des Strafprozeßrechts in Einzelfällen eine fast schon verschwörungsartig aufgeblase-

ne »programmatische« Aussage zur Zurückdrängung berechtigter Verteidigungsinteressen konstruiert. Die Verfälschung ist so offenkundig, daß man daran zweifeln könnte, daß sie unbeabsichtigt erfolgt ist, wüßte man nicht, wie leicht ein Mangel an Sachkenntnis und ein gemächlich gepflegtes Vorurteil auch scheinbar einfache Erkenntnisprozesse inhaltlich beeinflussen können.

### C. Konfliktverteidigung empirisch

Der Strafverteidiger *Stern* hat im Jahr 1997 in einem Beitrag im Anwaltsblatt ausgeführt, bei der Behauptung, es *existiere* eine so genannte dysfunktionale Konfliktverteidigung, handle es sich um »haltlose Gerüchte« und »Stammtischgerede«. <sup>11</sup> Das dürfte heute auch unter Strafverteidigern in dieser Allgemeinheit kaum mehr ernstlich vertreten werden. Damit ist freilich noch nicht gesagt, was mit dem Begriff gemeint ist und welchen *Sinn* er hat: Man kann den Begriff ad absurdum führen, indem man ihn von Inhalt befreit: Daß das Strafverfahren die symbolische Inszenierung eines »Konflikts« zwischen dessen Beteiligten nach normativen Regeln und damit seinerseits ein »Konfliktverfahren« ist, ist offenkundig; daß zwischen dem Beschuldigten eines Strafverfahrens und der Staatsmacht, welche das Gericht repräsentiert, ein Konflikt besteht, ist so banal, daß sich daraus keine Folgerungen ableiten lassen *außer der*, daß dieser Widerspruch durch ein nach Maßgabe privater Abhängigkeit, Gefälligkeit, Nötigung und Aushandlung auf Gegenseitigkeit gestaltetes Schein-Verfahren weder gelöst werden darf noch gelöst werden kann, weil durch ein solches, eher hilfloses Unterlaufen des Konflikts gerade die Legitimität der vorgeblichen Lösung ausgehebelt wird. Dies ist das Prinzip des *regelfernen Deals*.

Tatsächlich ist, wie man weiß, etwas anderes gemeint: Eine Verteidigung nicht im Konflikt, sondern *durch* oder *mittels* Konflikt. Auch dies ist weiter zu differenzieren. Denn nicht ernstlich könnte als dysfunktional ein Verhalten des Beschuldigten oder des Verteidigers bezeichnet werden, welches sich »im Konflikt« mit Staatsanwalt oder/und Gericht befindet; also etwa schlicht entgegen gesetzte Ansichten zu Verfahrensfragen oder materiellen Strafbarkeitsvoraussetzungen vertritt, Anordnungen, Beschlüsse, verfahrensleitende Maßnahmen oder deren Unterlassen für unzutreffend, falsch, unvertretbar oder unzureichend hält und all dies mittels der in der Verfahrensordnung vorgesehenen Mittel zu Gehör bringt. Es kann auch nicht als grundsätzlich dysfunktional, bedenklich oder auch nur fehlerhaft angesehen werden, ein solches »Konflikt«-Verhalten aus einem über den jeweils konkreten Verfahrensstand (die jeweilige Instanz; z.B. die erstinstanzliche Hauptverhandlung) hinaus gehenden (verfahrenstaktischen) Blickwinkel zu zeigen: also etwa Beanstandungen, Anregungen, Anträge schon mit Blick auf ein mögliches Rechtsmittelverfahren vorzutragen.

Es liegt freilich *menschlich* (und daher auch empirisch) nicht fern, bereits erhebliche Teile eines solchen, unzweifelhaft verfahrensordnungsgemäßen Verhaltens als »störend« oder als sog. »Konfliktverteidigung« zu begreifen. Das ist aber ein eher individual-, wohl auch sozialpsychologisches Phänomen, welches zwar die Diskussion des Problems mitbestimmt, mit ihm aber in Wahrheit nur am Rande zu tun hat. Daß das Prozeßverhalten eines Strafverteidigers das Verfahren »schwierig« macht, ist kein sinnvoller Grund, von »Konfliktverteidigung« zu sprechen. Für diesen Satz bekommt man

6 Teilnehmerzahl nach Erinnerung des *Verf.*: etwa 200. Das Meinungsspektrum läßt sich beschreiben als einhellige Betroffenheit über den Niedergang rechtsstaatlicher Strafjustiz, bei einer Gegenstimme.

7 Die im Internet veröffentlichten »Ergebnisse« wiederholen, was der Titel versprach.

8 *BGH* *NStZ* 2009, 207.

9 Hervorhebungen vom *Verf.*

10 *Burkert* Materialheft 34. Strafverteidigertag 2010, 1 (Hervorh. v. *Verf.*).

11 *Stern* *AnwBl.* 1997, 90.

nicht nur bei 100 % aller Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, sondern sicher auch bei 98 % aller Strafrichter Zustimmung. Das beweist den guten Willen, aber auch die wenig substanzialen Formelhaftigkeit der Aussage. Denn wie stets im Recht kommt es, obgleich das notorisch bestritten wird, nicht auf den *Durchschnitt* an, sondern auf die *Grenzen*. Hier also: Wie viel »Schwierigsein« ist zu tolerieren? Wann ist die definitorische (und damit auch: die in beiden Richtungen praktisch wirkende) Grenze vom Schwierig-Sein zur Destruktivität überschritten? Und natürlich: Wer *definiert* diese Grenze?

Justizsoziologie und Einstellungs-Forschung bringen es immer einmal wieder an den Tag: Juristen sind meist leider nicht die brüllenden Löwen und souveränen Konfliktmanager, als welche sie sich gerne sehen; sie sind vielmehr individualpsychologisch – natürlich nur im Durchschnitt! – eher furchtsam, konservativ, sicherheits- und harmonieorientiert, intellektuell und kulturell kleinrahmig. Eitelkeit, Empfindlichkeit, nachtragende Kleinlichkeit sind auf beiden Seiten der Schranke verbreitet. Corpsgeist, Lagerdenken oder Selbstüberhebung sind bekanntlich auch (sehr einfach strukturierte, psychologisch nahe liegende) Strategien, individuelle Überforderungen, Angst und strukturellen Druck zu bewältigen, also Verunsicherungen und Bedrückungen, die innerhalb des Systems nicht eingestanden werden. Wir sollten die Anteile solcher Faktoren an der Diskussion nicht vergessen und nicht gering schätzen.<sup>12</sup> Denn aus Ihnen formen sich untergründige »Stimmungen« und »Überzeugungen«, welche sich als besonders resistent gegen empirische Widerlegungen erweisen und auf welche rechts-politische Strategien sich stützen (können).

Daß es Konfliktverteidigung entweder begrifflich oder empirisch gar nicht gebe, daß es sich nur um eine terminologische Umdeutung von sog. »engagierter« Strafverteidigung handele, daß man weder das Vorhandensein noch eine behauptete Zunahme *beweisen* könne – all dies wird behauptet, bestritten und wieder behauptet. Dies zeigt einerseits, daß schon der terminologische Streit um die empirische Wahrheit mit Wertungen aufgeladen ist; ändert andererseits aber nichts daran, daß *jedenfalls* in der (subjektiven) Wahrnehmung die Konfliktverteidigung als Problem *wirklich* ist. Es läßt sich aber nach meiner Ansicht nicht ernstlich bestreiten, daß Fähigkeit und Bereitschaft zu offenen Konflikten mit den Gerichten und zum Einsatz von prozessualen Formen und Berechtigungen auch zur Erreichung von jedenfalls »weiterreichenden« (verfahrenstaktischen) Zielen in den vergangenen Jahrzehnten auch objektiv zugenommen haben; aus zahllosen Gesprächen mit Strafverteidigern und Strafverteidigerinnen weiß ich, daß dies, jenseits von Verbands-Verlautbarungen, auch dort so gesehen wird.<sup>13</sup>

#### D. Konfliktverteidigung – substanzial

Mit »Konfliktverteidigung« ist seit jeher noch etwas weiter Gehendes, *Substanzielles* gemeint, dessen Ansatz sich aus der Frage ergibt, wer nach welchen Kriterien die Grenze zwischen »normalem« und als unzumutbar angesehenem »Konflikt« bestimmt: Es geht also um die sog. Dysfunktionalität des Konfliktverhaltens; dieser Begriff wiederum verweist weiter auf Fragen der Legitimation. Ich bitte um Nachsicht, wenn ich mich einmal kurz selbst zitiere; in einem Beitrag zum Thema aus dem Jahr 1997 habe ich ausgeführt:

»Die Wurzeln der aktuellen Diskussion liegen in den 60er und 70er Jahren, als erstmals in der Bundesrepublik Beschuldigte und Verteidiger in nennenswerter Anzahl den hergebrachten Konsens über die Art des Prozedierens in Frage stellten (...). Angeklagte und Verteidiger der »politischen« Strafverfahren jener Zeit traten mit der Überzeugung auf, das gegen sie geführte Strafverfahren selbst sei ein »Mißbrauch« (...).<sup>14</sup> Die Teilnahme am Verfahren diene ihnen folgerichtig dazu, dies zu

demonstrieren; die Regeln des Strafprozesses nutzten sie, um den Prozeß selbst lächerlich oder undurchführbar zu machen. Der Erfolg, den dies hatte, stützte sich auf eine tief greifende Krise des gesellschaftlichen Konsenses über die Legitimität materieller Regeln.«<sup>15</sup>

*Kempf* hat in seinem Beitrag in der Festschrift für Hassemer<sup>16</sup> diese Ausführungen als »durchaus ähnlich« mit denen des *Großen Senats für Strafsachen* bezeichnet, der ausgeführt hat, »eine veränderte Einstellung der Strafverteidiger« zur Praxis unwahren Revisionsvorbringens spreche dafür, die Zurückhaltung bei der Protokollberichtigung aufzugeben.<sup>17</sup> Ich glaube nicht, daß diese »Ähnlichkeit« besteht. Denn die Ausführungen des *Großen Senats* haben ersichtlich *pejorativen* Charakter; sie beschreiben eine konkrete »Einstellung«, deren Dysfunktionalität nicht in Frage steht, sondern schon feststeht. Dagegen hat das Zitat von 1997 eine analytische Zielrichtung; es handelt von der »Wurzel« der Diskussion. Als »Konfliktverteidigung« im Sinne eines strukturell und intentional dysfunktionalen, mit anderen Worten: mißbräuchlichen Verhaltens wird seit jeher – und übrigens in allen Rechtssystemen – ein Verteidigungsverhalten definiert, das die Anwendung (oder auch die bewußte Überschreitung) von Verfahrensregeln zu einer Eskalation des regelmäßigen, »normalen« Verfahrens-Konflikts benutzt, um hierdurch den materiellen Konflikt unlösbar zu machen oder durch Drohung hiermit die Gewichte zugunsten des Beschuldigten taktisch zu verschieben.

Was die heutige Situation von den zitierten »Wurzeln« unterscheiden mag, ist auch das Phänomen, daß sich die Rollen derjenigen Verfahrensbeteiligten, die sich auf eine verfahrens-fremde, »übergeordnete« Legitimität berufen, in erstaunlicher Weise gewandelt haben. »Konfliktverteidiger«, vor 40 Jahren vielleicht eher ein Ehrentitel besonders *moralisch* agierender Überzeugungstäter, ist zum Schimpfwort für Vertreter einer prinzipienlos unmoralischen, sich selbst genügenden und von sozialer Verantwortung freien Verfahrensvereitelungs-Strategie geworden. »Konfliktverteidigung« im Verständnis des Jahres 2010 zielt nicht auf »Entlarvung« von irgendetwas oder auf eine Änderung des Verfahrensrechts, sondern eher auf individuellen Vorteil (des Mandanten oder des Verteidigers). *Legitimitäts*-Debatten werden, wie eingeschränkt oder einseitig auch immer, auf der Seite der Gerichte geführt.

#### E. Rechtsmißbrauch

Damit sind wir beim Begriff des Rechtsmißbrauchs. Dies ist, vor allem, ein Kampfbegriff. Er bedeutet »Fehlgebrauch eines Rechts« oder »unrechtmäßige Ausübung eines Rechts«. Er setzt somit begrifflich voraus, daß es ein Recht gibt und daß es eine rechtmäßige Form sowie ein rechtes Maß des Gebrauchs dieses Rechtes gibt. Die Rechte, um die es hier geht, werden gemeinhin als »die Verfahrensrechte« von Beschuldigten im Strafprozeß bezeichnet; es geht aber wohl (nur) um einen Ausschnitt hieraus, nämlich um Gestaltungs- oder Be-

<sup>12</sup> In Wirtschaftunternehmen ist in den vergangenen Jahrzehnten, schon aus purem Effizienz-Interesse, eine hochgradig differenzierte, professionelle Kultur der Ausbildung, Kontrolle, Pflege und Fortentwicklung von *Soft Skills* entstanden. Dauerdruck, organisatorische und emotionale Überforderung, Versagensfurcht sowie deren zerstörerische Folgen von hohen Reibungsverlusten und Ineffizienz bis zu *Burnout*, Zynismus und Rauschmittelmisbrauch werden dort zumindest *thematisiert*. In der Justiz bleibt das weitestgehend verdrängt; noch stärker in der freiberuflichen Anwaltschaft.

<sup>13</sup> Alles andere wäre auch nicht erklärlich angesichts einer gerade auch von Seiten der Strafverteidiger-Verbände zu Recht immer wieder hervorgehobenen erheblichen Steigerung fachlicher Kompetenz durch Professionalisierung, Spezialisierung, Akademisierung des Berufsbilds, Fachanwalts-Ausbildung, usw.

<sup>14</sup> Nämlich von (Staats)Macht.

<sup>15</sup> *Fischer* NSZ 1997, 212 (213).

<sup>16</sup> Vgl. oben Fn. 4.

<sup>17</sup> BGHSt 51, 298, (311 Tz. 49) = StV 2007, 403.

wirkungsrechte von Beschuldigten oder Verfahrensbeteiligten, die in ihrem Interesse handeln: Antragsrechte, Anhörungsrechte, Erklärungsrechte, Befragungsrechte – also rechtlich geschützte Möglichkeiten, auf den Gang des Verfahrens bestimmenden Einfluß zu nehmen. Bei anderen Verfahrensbeteiligten – Gericht, Staatsanwaltschaft, Nebenkläger – ist vom Rechtsmißbrauch seltener die Rede. Das liegt nicht daran, daß dort ein Fehlgebrauch von Verfahrensrechten nicht stattfände; eher daran, daß man Dysfunktionalität nur erkennen kann, wenn man weiß, welches Verhalten *funktional* ist. Dies wiederum hängt davon ab, wer die Funktionalität nach welchen Kriterien *definiert*. Daher gilt es (zu Recht) als Rechtsmißbrauch, wenn ein Verteidiger einen Belastungszeugen ein ums andere Mal nach denselben belanglosen Nebensächlichkeiten fragt, nur um einen weiteren Hauptverhandlungstag herauszuschinden oder sich wichtig zu machen; (zu Unrecht) gilt es aber *nicht* als Rechtsmißbrauch, wenn ein Richter einen Zeugen exzessiv nach Nebensächlichkeiten befragt, um dem Publikum seinen überlegenen Scharfsinn oder seinen mehr oder minder weltläufigen Humor vorzuführen. Den Verfahrenszielen schadet Letzteres gewiß gleichermaßen. Zwischen *gleichen* Rechten entscheidet, wie wir wissen, die Macht, letztlich also die Gewalt. Wer das vermeiden will, muß ein der Gleichheit übergeordnetes normatives System schaffen, durchsetzen und garantieren, anhand dessen sich Maßstäbe und Regeln für die Lösung von Konfliktfällen entwickeln lassen: Ein stärkeres, höheres, besseres Recht. Es geht somit um *materielle* Kriterien, anhand derer entschieden werden kann, ob ein bestimmtes Konflikt-Verhalten funktional oder dysfunktional, legitim oder mißbräuchlich ist, und um *formelle* Regeln, nach welchen diese Kriterien zur Geltung gebracht werden können. Eine abstrakte Beschreibung »rechtsmißbräuchlichen« Verhaltens ohne Angabe von und ohne Bezug auf solche Kriterien ist nicht nur blutleer, sondern letztlich müßig.

Gericht und Beschuldiger (enger: Angeklagter) sind aber – auch dies ist eine Errungenschaft des Rechtsstaats – nicht *Gleiche*; zwischen Gericht und Verteidiger – und auch nicht zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidiger – wird nicht auf gleichem Macht-Niveau geklärt, wessen Verfahrensverhalten als »mißbräuchlich« zu betrachten sei. In der konkreten Hauptverhandlung entscheidet *das Gericht*, ob ein Beteiligter sein Recht mißbraucht, und knüpft hieran unter Umständen weitreichende sanktionierende Konsequenzen, etwa indem über gestellte Anträge nicht, nicht sofort, nicht in der gewünschten Form oder nach Maßgabe von besonderen Regeln – »Mißbrauchs-Sonderrecht« – entschieden wird. Das ist eine Konsequenz des Inquisitionsprinzips: Nicht sich (»irgendwie«) zu *einigen*, ist Ziel des Verfahrens, sondern die *Wahrheit* zu ermitteln und ein nach Maßgabe dieses verfahrens-externen Ziels ein akzeptables (»gerechtes«) Ergebnis zu erzielen. Dies birgt freilich die Gefahr, daß das Gericht unter der Hand zur *Partei* wird, die über eine Sache (die Verfahrensführung) entscheidet, die *ihre eigene* ist, weil der Richter, der das Verfahren führt, zugleich darüber entscheiden kann, ob derjenige, gegen den sich das Verfahren richtet, sich rechtmäßig (dysfunktional) verhält – mit der Folge, daß die Rechtsausübung des Betroffenen und daher jedenfalls die Effektivität seiner Verteidigung eingeschränkt werden kann. Es liegt auf der Hand, daß hierin ein Potential zum Mißbrauch und damit zugleich ein hohes Legitimitäts-Risiko liegt. Die bloße Wahrscheinlichkeit schon legt es nach aller Erfahrung nahe, daß es zu Mißbräuchen einer Macht kommen muß, ein den eigenen Intentionen entgegen stehendes Verhalten anderer Verfahrensbeteiligter als dysfunktional zu delegitimieren und zu sanktionieren.<sup>18</sup>

Hiergegen helfen, nach unserem Verständnis, nur *Rechtsregeln*, nicht aber zirkuläres Rasonnieren über das »bessere« Recht zur Mißbrauchs-Definition. Es geht also nicht darum,

ob »auf beiden Seiten« Mißbrauch vorkommt, denn dies steht außer Frage; auch nicht darum, ob unterschiedliche oder entgegen gesetzte Rechtsmißbräuche sich »aufheben«, neutralisieren oder auf irgendeine unklare Art gegeneinander aufgerechnet werden könnten. Es müssen vielmehr die *Kriterien* formuliert werden, nach welchen sich die Beurteilung von Verfahrensverhalten richtet, und die Regeln, nach welchen die Einhaltung dieser Kriterien geprüft und durchgesetzt wird. Auch wenn Juristen dies nicht gern hören: Es liegt in der Natur der Sache, daß es sich bei diesen zwei Seiten der normativen Medaille um *dauerhaft* streitige, dynamische gesellschaftliche Verständigungen handelt. Die Zuständigkeit für die Formulierung der jeweils gültigen Grenzen scheint mir im Grundsatz klar bestimmt zu sein: Es entscheidet der Gesetzgeber.

#### F. Ausnahmerecht für Ausnahmefälle?

Erstaunlich erscheint, daß »die Strafverteidigung«, die unter diesem Namen gern auch programmatisch auftritt<sup>19</sup>, kaum noch einmal ein *inhaltliches* Anliegen erkennen läßt, welches über sie selbst hinaus weist. Im Blick auf die Vergangenheit noch einmal: Wenn vor 40 und auch noch vor 30 Jahren sog. »Konfliktverteidigung« vor allem auch der Veränderung des rechtlichen Rahmens diente (oder dienen sollte), so scheint sich heute das »Programm« des Konflikts, aus der Sicht der Strafverteidiger, recht häufig in sich selbst zu erschöpfen: Mehr als »rechtsstaatliche Strafverteidigung« vermag auch die konfliktbereiteste Verteidigervereinigung kaum mehr als höchstes Ziel ihres Tuns anzugeben. Das wäre u. U. erklärlich, wenn man insgesamt von einer dramatischen Zurückdrängung der rechtlichen und faktischen Möglichkeiten der Strafverteidigung gegenüber früheren Jahrzehnten sprechen müßte, also einer Position bedrückender Defensive. Das wird man aber, auch bei ausgeprägtem Pessimismus, nicht wirklich behaupten können. Trotz mancher Widrigkeiten sind der faktische und normative Einfluß der Strafverteidiger auf das Verfahren, das rechtspolitische Gehör, das Verteidigungsanliegen finden, sowie die Präsenz verteidigungsspezifischer Fragen auch in der interessierten Öffentlichkeit seit Gründung des »Strafverteidiger« ganz außerordentlich angewachsen. Auf der anderen Seite hat sich die Justiz in einem ganz erstaunlichen Maß die Diskussionshoheit um Fragen der *Legitimitäts*-Grundlagen des Strafprozesses (wie auch des materiellen Strafrechts) angeeignet. Über das inhaltliche Ziel des Verfahrens diskutieren kaum mehr Strafverteidiger mit Gerichten und Gesetzgeber, sondern bestenfalls noch Gerichte untereinander oder mit Kommentatoren. Freilich ist das kritische Vokabular hier mit »zügig«, »effektiv«, »rechtsstaatlich« und »opferschonend« meist recht übersichtlich.

Wenn und weil dies so ist, werden formelle Regeln, nach welchen die Kriterien der Mißbrauchs-Bestimmung und ihre Anwendung durch die erkennenden Gerichte geprüft werden können, umso wichtiger. Sie sind im Verfahrensrecht selbst zu finden; sie verwirklichen sich in einem funktionsfähigen, seinem Namen gerecht werdenden System der *Rechtsmittel*-Kontrolle. Damit sind jedenfalls zwei Grundsätze (vielleicht auch nur: Postulate) zu formulieren:

(1) Die Grenze, bis zu welcher Gerichte selbst definieren dürfen, was als »rechtsmißbräuchlich« dem garantierten Schutzbereich der Verfahrensrechte entzogen werden kann, darf

<sup>18</sup> Macht ohne Grenzüberschreitungen, somit ohne Mißbrauch, ist schon begrifflich schwer denkbar. Ein *Meta*-Verfahrensrecht, das es einer ein wesensmäßig konflikthaftes Verfahren leitenden Person erlaubt, die Verfahrens-Rechte aller anderen Beteiligten dann auszusetzen oder zu überspielen, wenn *sie selbst* die Wahrnehmung dieser Rechte als »mißbräuchlich« einschätzt, ist, von Fragen der Logik und der Legitimation abgesehen, jedenfalls *empirisch* ein Geschenk des Schicksals und psychologisch eine Versuchung, der zuverlässig nur der widerstehen zu können annimmt, der ganz fest an das *Palmström-Prinzip* glaubt.

<sup>19</sup> Vgl. Fischer 33. Strafverteidigertag 2009 (2010), S. 87 ff.

nicht von den Gerichten selbst, sondern muß vom Gesetzgeber gezogen werden.

(2) Eine Veränderung des Rechtsmittelsystems im Grundsatz, die das Funktionieren einer unabhängigen externen Kontrolle über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens in seinem Kern in Frage stellt, führt nicht zu einer Entlastung vom Rechtsmißbrauch, sondern bestenfalls zu dessen Unsichtbarkeit.

Eine Mißachtung dieser Grundsätze führt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Einbußen an der Legitimation des Verfahrensausgangs. Niemöller hat 1996 in seinem analytischen, auch heute noch aktuellen Beitrag im Strafverteidiger zum Rechtsmißbrauch<sup>20</sup> klargestellt, daß eine »allgemeine« gesetzliche Mißbrauchsklausel ohne Funktion und daß die Zielsetzung, Rechts-Mißbrauch innerhalb eines Rechts-Systems »verhindern« zu wollen, nicht mehr als eine naive Illusion wäre. Er hat erwogen, für gesetzlich nicht geregelte »Extremfälle« ein »prozessuales Notstandsrecht« des Gerichts anzunehmen.<sup>21</sup> Dies ist ein interessanter Gedanke, da er scheinbar pragmatisch darauf verzichten will, das nicht Regelbare zu regeln. Hierin liegt freilich auch seine Schwäche. Für die Ausübung solcher »Notstandsrechte« lassen sich vereinzelt Beispiele finden, deren Lektüre freilich, je nach Standpunkt und Temperament, zu Heiterkeit oder Trübsinn Anlaß gibt:

Erinnert sei etwa an einen Beschluß des *LG Ansbach* aus dem Jahr 1995<sup>22</sup>, durch den in einem Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern nach einigen Hauptverhandlungstagen die Bestellung eines Pflichtverteidigers ohne vorherige Anhörung mit der Begründung widerrufen und das Verfahren ausgesetzt wurde, der Pflichtverteidiger habe durch Stellung einer Vielzahl von verzögernden Anträgen gezeigt, daß er sich »weigere, die Verteidigung als solche zu führen«. Das *LG Wiesbaden* hat durch ein Urteil v. 23. 09. 1994, ausdrücklich *entgegen* der von ihm als richtig erkannten Rechtslage, eine Berufung der Staatsanwaltschaft nach drei Verhandlungstagen verworfen, weil die Verteidigung »sich von vornherein in der Richtung der Konfliktverteidigung bewegt« habe, das Gericht einer solchen Strategie machtlos ausgeliefert sei und bei Fortführung der Hauptverhandlung mit dem Ziel zutreffender Entscheidung der Kollaps der Justiz drohe.<sup>23</sup> Solche Beispiele sind schon für sich geeignet, Zweifel daran aufkommen zu lassen, ob man überlasteten oder überforderten Tatrichtern »Notstandsrechte« zur Außerkraftsetzung der StPO einräumen sollte. Abgesehen hiervon ist der Erörterung von Lösungen für sog. »Extremfälle« stets mit Skepsis zu begegnen: Der Begriff suggeriert, der Exzeptionalität des Ereignisses entspreche die Einmaligkeit der Problemlösung: Am »Extremfall« interessiert den Juristen somit weniger die Ungewöhnlichkeit des tatsächlichen Geschehens als die Begründung des *Ausnahmestands*. Nun wird man aber, da Ergebnisse wie die vorstehend zitierten jedenfalls in größerer Zahl in einem Rechtsstaat vermieden werden müssen, gerade auch den ganz außerordentlichen Sonderfall nicht ohne *Regeln* lassen können. Denn darum geht es ja gerade: Es muß normativ entschieden werden, wann ein »Extremfall« gegeben ist und welche Rechtsfolgen dies hat. Das geht nur, wenn man die *Kriterien* bestimmt, nach Maßgabe derer der Extremfall des Rechtsmißbrauchs zu bestimmen ist. Dann aber schließt sich der normative Kreis:

Wenn nach rationalen, inhaltlichen Kriterien entschieden wird, wann man Verfahrensrechte wegen ihres »extremen« Mißbrauchs entziehen oder einschränken darf, dann lassen sich solche Kriterien zwingend nicht auf die Prüfung von »Extremfällen« beschränken. Vielmehr müssen sie zur Prüfung *jedes* Verhaltens verwendet werden, da sich sonst der Normal- vom »Extremfall« nicht unterscheiden läßt. Die Rede vom »Extremfall« täuscht daher den Ausnahmestand nur listig vor: Jedes Sonderrecht für »Extremfälle« enthält in Wahrheit die Einführung eines inhaltlichen Maßstabs für die Drohung mit dem Ausnahmestand in allen anderen, »normalen« Fällen. Hier-

gegen helfen terminologische Anstrengungen und Superlative (»ganz außergewöhnliche, seltene Extremfälle«, usw.) nicht, sondern nur der wirkliche Ausnahmestand, also die Willkür. Das will niemand.

### G. Beweisantragsrecht

Zum Abschluß ein paar Schlußfolgerungen für das Beweisantragsrecht: Es gilt seit langem als besonders mißbrauchsanfällig, weil die in §§ 244 bis 246 StPO geregelten Verfahrensrechte des Beschuldigten die Durchsetzung eines Hauptverhandlungs-Programms auch ohne oder gegen den Willen des Gerichts ermöglichen. Wer will, kann und sich traut und für das Verfahrensergebnis keine am Kriterium »Funktionsfähigkeit des Strafverfahrens« ausgerichtete Verantwortung verspürt, vermag durch Nutzung der Formen des Beweisantragsrechts *maximalen Schaden* anzurichten. Es kann nicht ernstlich bestritten werden, daß dies – natürlich nicht »extrem«, sondern nur »tendenziell«, von Fall zu Fall, mit geringer oder ein wenig höherer oder mittlerer Intensität – nicht nur möglich ist, sondern recht flächendeckend auch geschieht. Ich glaube nicht, daß einer der anwesenden Strafverteidiger zuverlässig behaupten könnte, sie oder er habe noch niemals einen als »rechtsmißbräuchlich« zu bezeichnenden Beweisantrag gestellt, also etwa eine Beweisbehauptung *wider besseres Wissen* allein mit dem Ziel, durch die bloße Schwierigkeit der Antragszurückweisung oder der Beweiserhebung verfahrenstaktische Vorteile zu erringen. Da jeder praktisch erfahrene Strafverteidiger diese Möglichkeiten kennt und gelegentlich nutzt und da diese Fähigkeit (zu Recht!) nicht als Schwäche, sondern als Kennzeichen von Stärke, Kraft, Erfahrung und Durchschlagskraft eines Strafverteidigers gilt, klafft zwischen den Verlautbarungen der reinen Verfahrensmoral und der wirklichen Wirklichkeit eine ganz erhebliche Lücke, die nicht hinweg formuliert werden kann und keineswegs nur in so genannten »Extremfällen«, sondern *alltäglich* zu betrachten ist. Wer je zu fortgeschrittener Stunde manchen Helden- und Schelmengeschichten von der Strafverteidiger-»Front« gelauscht hat, kann sich über die schwermütige Bitterkeit nur wundern, mit welcher tags darauf die justiziellen Klagen über den Niedergang der gemeinsamen Verfahrensethik wieder geißelt werden. Insoweit gilt hier nichts anderes als auf der Seite der Justiz: das Maß von im Alltagsbetrieb tatsächlich gegebener Befangenheit etwa und die Methoden zu ihrer Verdrängung lassen sich vielleicht ahnen, höchstwahrscheinlich nicht feststellen und gewiß nicht verhindern. Man muß mit diesen und anderen Mißbrauchs-Möglichkeiten leben und die Folgen ihres Eintritts regeln: Das ist aber, anders als der Sprachgebrauch suggeriert, nicht der exzeptionelle, allerschwerste, noch gar nicht vorstellbare Mißbrauch, sondern der nahe liegende Fall, daß sich die Mißbrauchs-Möglichkeit zu einer realen, feststellbaren Auswirkung auf das konkrete Verfahren verdichtet.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Definition des »Extremfalls« stets zur Nivellierung und zur Ausdehnung auf den »Normalfall« tendiert.<sup>24</sup> Selbstverständlich ist auch, daß eine letztgültige Definition des sog. »Extremfalls« nicht gelingen kann: Stets ist ein Fall denkbar, der noch ungewöhnlicher, noch unvorhergesehener ist: Jede Fallgruppenbildung für »besondere« Fälle trägt notwendig den Keim der nächsten Ausnahme-Ebene schon in sich. Deshalb ist die Entwicklung in der Rechtsprechung, für den Fall besonders ausgeprägten Rechtsmißbrauchs Ausnahmen von den gesetzlichen Regelun-

<sup>20</sup> Niemöller StV 1996, 501 (506).

<sup>21</sup> Dessen rechtliche Verortung bei § 34 StGB freilich zweifelhaft wäre.

<sup>22</sup> Vgl. OLG Nürnberg StV 1995, 287.

<sup>23</sup> LG Wiesbaden StV 1995, 239 (240) m. krit. Anm. *Asbrock*.

<sup>24</sup> *Kempf* FS Hassemer (Fn. 1), S. 1041 (1047 f.).

gen zuzulassen und ein richterrechtliches Sonderrecht einzuführen, mit erheblicher Skepsis zu betrachten.<sup>25</sup>

Ich komme daher zu folgenden (Zwischen-)Ergebnissen: Ich sehe keine Notwendigkeit, die Regelungen des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO für »Extremfälle« zu ergänzen. Der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht kann ohne grundsätzliche Probleme so ausgelegt werden, daß Mißbräuchen entgegenwirkt werden kann. Eine tendenzielle Umgehung klarer gesetzlicher Entscheidungen wie der Regelung des § 246 StPO durch »kreative« Auslegung der Voraussetzungen des Ablehnungsgrunds der Verschleppungsabsicht halte ich, in Übereinstimmung etwa mit der scheidenden Vorsitzenden des 4. Strafsenats, *Tepperwien*, die dies in einem Beitrag in der Festschrift für Widmaier gut begründet hat<sup>26</sup>, für sehr problematisch, auch wenn sie im konkreten Fall die Grenzen der Rechtsfortbildung nicht sprengen mag. Wenn das *Gesetz* als unzureichend angesehen wird, sollte es geändert werden. Ich glaube nach wie vor nicht, daß die Einführung einer gesetzlichen Präklusionsregelung von vornherein unzumutbar, unmöglich oder verfassungs- oder menschenrechtswidrig wäre: Wäre sie dies, so wäre es im übrigen ihre richterrechtliche Einführung erst recht.

Die Tendenz der neueren Rechtsprechung, in Fällen einer von Fall zu Fall als unzureichend angesehenen Gesetzeslage dazu überzugehen, *selbst* neue Verfahrens-Regelungen einzuführen, die ihr geeignet erscheinen, den (selbst definierten) Problemen entgegenzuwirken, kann weder auf die »Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege« noch auf die Abwehr von »Extremfällen« gestützt werden. Sie überschreitet die Grenzen jedenfalls der inhaltlich gebotenen Rechtsfortbildung und schafft ein Risiko der Legitimitäts-Aufweichung des Verfahrens sozusagen »von innen«, wenn sie die Geltung der Verfahrensregeln unter einen permanenten Vorbehalt normativer »Dysfunktionalitäts«-Kontrolle stellte. Ein hieraus zu ziehender Nutzen in einigen wenigen Fällen dürfte keinesfalls höher sein als der Schaden für die große Masse der Verfahren. In tatsächlichen »Extremfällen«, die sich vor allem wohl durch schlechte *Evidenz* auszeichnen müßten,<sup>27</sup> mag man daran denken, den Deckel der Funktionalität unter Gewährung rechtlichen Gehörs und Beachtung der Verhältnismäßigkeit einfach *zuzuklappen*.

25 Stichwortartig sei an wesentliche Schritte erinnert:

- BGHSt 38, 111: Bei »exzessivem« Gebrauch des Beweisantragsrechts durch den Angeklagten selbst »zwecks Verhinderung des ordnungsgemäßen Abschlusses der Hauptverhandlung« ist die Anordnung zulässig, daß Beweisanträge nur noch über den Verteidiger gestellt werden dürfen.
- BGH StV 2006, 113: »Bei extremer Verfahrensverzögerung durch zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellte Beweisanträge ist zur Verhinderung weiterer Verfahrensverzögerung die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen und nach deren Ablauf gestellte Beweisanträge grundsätzlich nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschuß, sondern erst in den Urteilsgründen zu bescheiden.«
- BGHSt 51, 333 (344 Tz. 37) = StV 2007, 454: »Nach Abschluss der vom Gericht nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht für geboten gehaltenen Beweiserhebungen kann der Vorsitzende die Verfahrensbeteiligten unter Fristsetzung auffordern, etwaige Beweisanträge zu stellen. Dies gilt namentlich bei länger dauernden Verfahren im Sinne von § 229 Abs. 2 StPO, also solchen mit einer Hauptverhandlung, die mindestens zehn Verhandlungstage umfasst. Werden Anträge nicht innerhalb der gesetzten Frist gestellt, hat der Antragsteller die Gründe hierfür substantiiert darzulegen. Besteht nach der Überzeugung des Gerichts kein nachvollziehbarer Anlass für die verfristete Antragstellung, so kann es (...) grundsätzlich davon ausgehen, dass der Antrag nichts anderes als die Verzögerung des Verfahrens bezweckt.«
- BGHSt 52, 355 = StV 2009, 171: Aus dem Recht und der Pflicht des Vorsitzenden zur Sachleitung folgt die Befugnis, eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu setzen. Wird nach der gesetzten Frist ein Beweisantrag gestellt, kann dies ein Indiz für die innere Tatsache der Verschleppungsabsicht sein. Hilfsbeweisanträge können auch erst im Urteil wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden.
- Die hierzu ergangene Entscheidung des BVerfG StV 2010, 113 hat die Verfassungsbeschwerde verworfen, weil »rechtsstaatlich Unverzichtbares« nicht preisgegeben und das Verfahren insgesamt vor dem Maßstab des Verfahrensziels eines gerechten Ergebnisses nicht unfair gewesen sei. Die Einführung einer Möglichkeit der Fristsetzung halte sich im Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung und verletze die Grenzen der Rechtsfortbildung nicht. Es kann hier dahin stehen, ob diese Ansicht verfassungsrechtlich zwingend, naheliegend, zutreffend ist; das BVerfG hat so entschieden. Für rechtspolitisch überzeugend halte ich die Entscheidung nicht. Die Erfahrungen – nicht nur vereinzelt – zeigen, daß die richterrechtlichen Bemühungen, den »Extremfall« einzufangen, in der Breite der Praxis sogleich aufgegriffen, nivelliert und banalisiert werden. Glaubhaft wird berichtet, es gebe Tatrichter an Amts- und Landgerichten, die die »neue« (durch BGHSt 52, 355 = StV 2009, 171 geschaffene) Rechtslage der §§ 244, 246 StPO dahin verstehen, nach *spätestens 10 Tagen* könne der Vorsitzende eine Ausschlußfrist setzen und nach Fristablauf die Beweisaufnahme schließen. Auch dies wäre natürlich ein Mißbrauch des Verfahrensrechts.

26 *Tepperwien* FS Widmaier (Fn. 4), S. 551.

27 Sowie, nach Regeln der normativen (!) Wahrscheinlichkeit, dadurch, daß sie allenfalls einmal unter 100 000 Verfahren vorkommen.

## »Konfliktverteidigung«, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht\*

von Rechtsanwalt Dr. Sven Thomas, Düsseldorf

### A. 30 Jahre »Strafverteidiger«

Als die Zeitschrift *Strafverteidiger* vor 30 Jahren gegründet wurde – das Licht der Welt erblickte sie im Januar 1981 –, fand sie ein Fundament vor, das seinerzeit in dem zurückhaltenden Editorial des ersten Heftes nicht zum Ausdruck gelangen konnte: Die Generation der im wesentlichen zwischen 1940 und 1950 geborenen Strafverteidiger<sup>1</sup> hatte ein Selbstbewußtsein erlangt, das mit der Entwicklung eines neuen kollektiven Gedächtnisses in der Gesellschaft – im Sinne der Studien von *Halbwachs* und *Aleida* und *Jan Assmann*<sup>2</sup> – mit Blick auf das sogenannte »Dritte Reich« verbunden war. Die Phase der Lähmung und Verdrängung war vorüber, das Versagen der Justiz – unter Einschluß der Anwaltschaft – wurde nicht mehr ignoriert, das sichere Podest einer allein aus dem Amt und den Ritualen des Verfahrens hergeleiteten Autorität

infrage gestellt. Die Monographien von *Ingo Müller* und *Stefan König*<sup>3</sup> – beide in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre erschienen – waren Manifestationen dieser Wandlung von einer

\* Erweiterte und ergänzte Fassung des Vortrags anlässlich des Symposiums zum 30-jährigen Bestehen des *Strafverteidiger* am 16./17.04.2010 in Frankfurt/M.

1 Dem Titel der Zeitschrift entsprechend wird der Begriff »Strafverteidiger« in Folge auch für die »Strafverteidigerinnen« verwendet. Die Leistung der Strafverteidigerinnen in den letzten 30 Jahren ist nicht von der Flexion abhängig.

2 *Aleida Assmann*, *Der lange Schatten der Vergangenheit*, 2006; *dies.*, *Geschichte im Gedächtnis*, 2007; *Jan Assmann*, *Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in früheren Hochkulturen*, 1992; *Halbwachs*, *Das kollektive Gedächtnis*, 1985.

3 *Müller*, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, 1987; *König*, *Vom Dienst am Recht. Rechtsanwälte als Strafverteidiger im Nationalsozialismus*, 1987; *Rüthers*, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 1988.

»kalten« zu einer »heißen« Gesellschaft<sup>4</sup>, d. h. einer Societas, die die »unterschwellig anhaltenden Kontinuitäten mit dem Nationalsozialismus«<sup>5</sup> auch in der Justiz nicht mehr akzeptierte.

Strafverteidigung wurde nunmehr als Orientierung an der Formenstrenge des Rechts, an der Unterworfenheit aller Verfahrensbeteiligter unter die Normordnung der StPO und des GVG sowie an einem mit dem Primat der Unschuldsvormutung verbundenen Anspruch von Mandant und Verteidiger auf Anerkennung ihrer Funktionen als Prozeßsubjekte verstanden. Der Beschuldigte war dem Sonderopfer eines Strafverfahrens ausgesetzt, nicht aber einer Etikettierung als potenzieller Straftäter. Ein solches Selbstverständnis konnte nicht von einigen wenigen in den forensischen Alltag umgesetzt werden. Es bedurfte daher einer Reihe verbindender Elemente, wie die Mitgliedschaften in den Strafverteidiger-Vereinigungen und – mit zeitlichem Abstand – der AG Strafrecht im DAV.<sup>6</sup> Die Zeitschrift *Strafverteidiger* wurde Organ und Forum einer – im obigen Sinne – professionellen Strafverteidigung, die von Beginn an auf die Wahrung der Rechtsposition des Verteidigers als einseitiger Interessenvertreter des Beschuldigten ausgerichtet war.

### B. Konfliktverteidigung

Der Begriff »Konfliktverteidigung« im herkömmlichen Sinne – *Senge* zitiert *Jahn* mit der Definition einer »Verteidigungsstrategie, die darauf abzielt, durch den Einsatz von Rechten das Funktionieren des Strafprozesses zu beeinflussen, insbesondere zu verhindern, daß eine gerechte Entscheidung in angemessener Zeit ergehen kann«<sup>7</sup> – suggeriert, daß ein geordneter, nach den Regeln der StPO verlaufender Prozeß sich prinzipiell konfliktfrei gestaltet und die Interessen des Angeklagten im Zusammenwirken von Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung gewahrt bleiben. Anders formuliert: Die Einhaltung von Rechten und Spielregeln bürgt für einen Ablauf, der die prozessuale Wahrheit als Verfahrensergebnis gewährleistet. Dieses idealtypische Bild wird weder dem vorgegebenen Antagonismus zwischen Beschuldigtem, Gericht und Staatsanwaltschaft noch der Realität des Strafverfahrens gerecht. Der latente Konflikt zwischen der das materielle Strafrecht im Einzelfall realisierenden Strafrechtspflege und dem Rechtsunterworfenen – der dies zu dulden hat – wird manifest, wenn gegen die Leitgedanken des Verfahrens verstoßen wird oder Regelabweichungen zu verzeichnen sind.

Die Aufgabe und das normative Verständnis der Staatsanwaltschaft sind – im Ermittlungsverfahren – vom Postulat des § 160 Abs. 2 StPO geprägt. Man wird dies auf das Hauptverfahren übertragen dürfen.<sup>8</sup> In umfangreichen Verfahren ist der Dezent – und Anklageverfasser – indes regelmäßig auch der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft. Für ihn gilt, was *Rieß* vor 30 Jahren zu bedeuten gab:

»Allerdings: Die Verpflichtung zur Objektivität kann bei einer inquirierenden und anklagenden Behörde eine psychologische Zumutung darstellen, und dies umso mehr, je mehr eigene Ermittlungstätigkeit ihr zugewiesen wird. Die Staatsanwaltschaft als »objektivste Behörde der Welt« ist ein normatives Postulat, nicht notwendig Realität.«<sup>9</sup>

Die in einer Hauptverhandlung zur Beurteilung anstehende Anklageschrift ist eine Behauptung. In der Regel ist der Staatsanwalt überfordert, wenn er durch eigene Bemühungen im Interesse des Beschuldigten zu ihrer Falsifizierung beitragen soll.<sup>10</sup> Das Gericht hat im Zwischenverfahren eine Überprüfung der Anklage vorzunehmen und Einwendungen der Verteidigung sowie deren etwaige Begehren und Beweiserhebungen nach § 202 StPO vor einer Eröffnungsentscheidung zu bewerten. Ein Eröffnungsbeschluß ohne jedweden Hinweis in einem komplexen Verfahren ist ebenso wie ein La-

nungsplan ohne Berücksichtigung der von der Verteidigung bereits im Zwischenverfahren angebotenen personellen Beweismittel regelmäßig nicht geeignet, Vertrauen in eine nicht vom Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft bestimmte Neutralität zu erwecken. Wenn *Fischer* von Vorsitzenden berichtet, die »nach flüchtiger Durchsicht des Anklagesatzes ›15 Zeugen wie in Anklage aufgeführt auf 9 Uhr laden« verfügen, die Lektüre der Akte dem Berichterstatter überlassen und nach den ersten 5 Beweisanträgen Verteidiger und Staatsanwalt zwecks Abkürzung des Verfahrens in ihr Dienstzimmer bitten«<sup>11</sup>, so kann die Dramatik aus eigener Erfahrung noch gesteigert werden: Hin und wieder genügt – bei einem schwierigen Prozeßstoff und einer aus Sachverhalts- oder Rechtsgründen auf Freispruch ausgerichteten Verteidigung – die Erklärung, daß der Mandant von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, um das »Angebot« einer Bewährungsstrafe hervorzuführen.<sup>12</sup> Daß der hierauf gründende Befangenheitsantrag der Ablehnung verfiel, rundet das Bild nur ab. Das unselbige permanente Verlangen nach einer Verfahrensabkürzung – durch Verständigung – bei Verteidigern, die eine Hauptverhandlung wegen ungeklärter Sachverhalts- und Rechtsfragen bis zum Ende durchführen wollen, gewinnt besondere Bedeutung, wenn vollzogene Untersuchungshaft – in Wirtschaftsstrafverfahren auch deutlich über 12 und 15 Monate hinaus – und Verständigungsanfragen zwar nicht expressis verbis konditioniert werden, gleichwohl faktisch aber untrennbar verbunden sind. Der Vollzug der Untersuchungshaft wird – in Beiträgen auf Symposien oder in Zeitschriften bleibt dies zumeist unerwähnt – als »Hebel« für eine Begrenzung des Verfahrens verstanden, die apokryphen Haftgründe stellen keineswegs eine Rarität dar.<sup>13</sup> »Konfliktverteidigung« kennt viele Ursachen – mit dem Etikett der »Chaosverteidigung« und der Verfolgung verfahrensfremder Zwecke wird man den in der Praxis vorfindbaren (und unvermeidbaren) Konfliktlagen und den Formen der Austragung der Konflikte nicht gerecht. Zutreffend wird diese Begriffsvermischung von *Gatzweiler* zurückgewiesen:

»Stellung und Aufgabe der Verteidigung in der Hauptverhandlung bringen zwangsläufig täglich Konflikte mit sich. Das Schlagwort von der Konfliktverteidigung ist zu einem Kampfbegriff gegen alle Formen als zu aktiv, störend und verfahrensverzögernd empfundener Verteidigungsaktivitäten geworden.«<sup>14</sup>

4 Zu dieser Distinktion *Lévi-Strauss*, *Das wilde Denken*, 1973; hierzu *Jan Assmann* (Fn. 2), S. 68: »Kälte« Kulturen leben nicht in der Vergessenheit von etwas, was »heiße« Kulturen erinnern, sondern in einer anderen Erinnerung. Um dieser Erinnerung willen muß das Eindringen von Geschichte verhindert werden. Dazu dienen die Techniken »kalter« Erinnerung.«

5 *Aleida Assmann*, *Geschichte im Gedächtnis* (Fn. 2), S. 54 f. zur Generation der 68er.

6 Vgl. zur Gründung der AG Strafrecht im DAV: *Bandisch*, FG Koch, 1989, S. 39.

7 *Senge* NSStZ 2002, 225 (Fn. 2) unter Hinweis auf die Monographie von *Jahn*, *Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime*, 1998. *Volk* FS Dachs, 2005, S. 497 (499), will zwischen der »pathologischen Konfliktverteidigung« und der »Dissensverteidigung« oder »Konfrontationsverteidigung« unterschieden wissen.

8 Vgl. *Rieß* FS Schäfer, 1980, S. 155 (195): »(. . .), ihr diese Objektivitätspflicht auch im gerichtlichen Verfahren einzuräumen, rechtfertigt sich durch das kompensatorische Bedürfnis nach Herstellung von Chancengleichheit.«

9 *Rieß* (Fn. 8) S. 155 (195).

10 Im Verfahren vor den Amtsgerichten – bei Personenverschiedenheit von Sitzungsvertreter und Dezent – ist häufig Distanz zu der (dann: fremden) Anklage spürbar.

11 *Fischer* NSStZ 1997, 217.

12 AG Frankfurt/M. in 2007, die Nennung des Aktenzeichens unterbleibt an dieser Stelle.

13 Der Begriff ist von *Dachs* in: FS *Dünnebie*, 1982, S. 227, installiert worden. Zur Ausdehnung dieser Praxis: LR/*Hilger*, 26. Aufl. 2006, § 112 Rn. 54 und jüngst *Hamm* FS *Volk*, 2009, S. 202, wonach die Untersuchungshaft gleichsam mit Blick auf den »Kollateralschaden« auch als Vorverlagerung der eigentlichen Strafsanktion, als Mittel zur Überwindung von Beweisproblemen (Aussagedruck) und als Verhandlungsmasse für bevorstehende Abspracheverfahren einsatzfähig erscheint.

14 *Gatzweiler* FS *Jung*, 2007, S. 215.

Und er weist zu Recht darauf hin, daß Kennzeichen der pflichtgemäßen Verteidigung die Bereitschaft zum Konflikt und nicht die Verpflichtung zur »kooperativen Durchführung und Erledigung von Strafverfahren« ist.<sup>15</sup> Die Abwehr- und Teilhaberechte des Angeklagten in der Hauptverhandlung sind vielfältig. Der Verteidiger hat sie in dem Maße in Anspruch zu nehmen, wie eine optimale Verteidigung seines Mandanten dies erfordert. Entspricht die Anklageschrift nicht den gesetzlichen Erfordernissen des § 200 StPO, so darf er es nicht dem Gericht überlassen, ob es Mängel – etwa eine in den Anklagesatz integrierte Beweisführung – behebt. Es obliegt ihm, eine Verlesung dieser Passagen durch entsprechende Hinweise an das Gericht zu bewirken.<sup>16</sup> Die Vorverlagerung der Besetzungsrüge – ehemals Thema der Revisionsinstanz – vor die Einlassung des ersten Angeklagten zur Sache und der Zwang zum vollständigen Vortrag aller relevanten Umstände zwingen die Verteidigung zum »Eingriff« in den üblichen Ablauf einer Hauptverhandlung – die Zuneigung des Gerichts fördert er damit nicht. Ihm wird eher vorgeworfen, daß er auf »Lufthoheit« bedacht sei. Die zusammenhängende Einlassung des Mandanten ist selten Thema einer Kontroverse, anderes gilt für die Ausübung des Schweigerechts. Hier kontrastieren mündliche Urteilsbegründungen (»der Angeklagte hat uns das Verfahren durch sein Schweigen nicht erleichtert«, »er hat sich dem Vorwurf nicht durch eigene Erklärung gestellt«) häufig mit dem schriftlichen Urteil, das von Revisionsgründen bei der Strafzumessung frei gehalten werden soll. Dem von Hamm aufgestellten Katalog der apokryphen Gründe für Entscheidungen<sup>17</sup> läßt sich durchaus das Schweigen als Strafzumessungsgrund hinzufügen.

Hohes Konfliktpotenzial bietet die Befragung des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen durch das Gericht – regelmäßig in Person des Vorsitzenden – und die Staatsanwaltschaft. Das Bemühen um die Erforschung des Sachverhalts ist nicht kompatibel mit dem oft feststellbaren Ziel der Überführung des vermeintlichen Täters und der Lenkung von Zeugen durch ein Fragekonzept, das in seiner Tendenz nicht unwidersprochen bleiben kann: Die Regelung des § 241 Abs. 2 StPO beinhaltet das Verbot, ungeeignete Fragen – dies gilt auch für den Vorsitzenden! – zu stellen.<sup>18</sup> Becker listet in seiner Kommentierung die Fallgruppen der ungeeigneten (weil unzulässigen) Fragen auf, nämlich insbesondere Wiederholungs-, Suggestiv- und funktionswidrige Fragen.<sup>19</sup> Verstöße gegen diese Vorgabe füllen den forensischen Alltag aus, sei es, daß Zeugen durch mehrfaches Nachfragen bedrängt werden, ihnen die Antworten nahegelegt oder sie zu Werturteilen aufgefordert werden.<sup>20</sup> Die Beanstandung solcher Fragen kollidiert mit der Rolle des Vorsitzenden, wie sie sich in der Formulierung des § 241 Abs. 2 StPO niederschlägt. Die präzise Ausrichtung am Maßstab der Zulässigkeit als ein Garant für die prozeßgerechte Aufklärung des Sachverhalts wäre ein Kennzeichen forensischer Kultur und Regelmäßigkeit – in der Praxis ist sie häufig ein Quell ständiger Auseinandersetzungen und Konflikte, der Verteidiger wird wegen seiner Beanstandungen und der Anrufung des Gerichts nach § 242 StPO als Störer empfunden (und verbal so etikettiert).

### C. Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege

Der Topos »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« dient der Suggestion einer willkürfreien Automatik hinsichtlich der Erfassung und Verurteilung schuldiger Straftäter. Es bedarf nicht des Hinweises auf das enorme Dunkelfeld von nicht erfaßten und daher nicht verfolgten Straftaten in weiten sozialen Feldern (Straßenverkehr, Steuerhinterziehung), um den fragmentarischen Charakter eines solchen Postulats zu belegen. Ein hohes Maß an Selektion im Bereich der Alltagskriminalität ist bereits erforderlich, um die Legitimation des

Strafrechts zu gewährleisten.<sup>21</sup> Seine entscheidende Reduktion erfährt dieser Auftrag durch die extensive, regional und lokal höchst unterschiedliche Praxis der Opportunitätseinstellungen nach §§ 153, 153 a und §§ 154 ff. StPO. Wenn Hamm unter dem Stichwort »Unehrlisches Strafverfahrensrecht« die Erfahrungen aus der Praxis mit Blick auf § 153 a StPO wie folgt skizziert: »Erstens sind seine kriminalpolitischen Zwecke und Begrenzungen längst in Vergessenheit geraten. Weder wird die Anwendung auf wirkliche Bagatellvorwürfe beschränkt, noch ist die Beseitigung des öffentlichen Interesses durch Übernahme von Zahlungsverpflichtungen der maßgebliche Faktor«<sup>22</sup>, so kennzeichnet dies die Erosion der vermeintlich kraftvollen »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege«. Nachdem der Gesetzgeber nunmehr auch noch die Absprache in allen Verfahrensstadien als geregelte Erledigungsform in die StPO installiert (nicht: integriert) und damit den Schuldspruch faktisch zur Disposition der Verfahrensbeteiligten gestellt hat,<sup>23</sup> wird der Anspruch auf das Prädikat »Strafrechtspflege« nicht mehr erhoben werden können. Die streitigen (Konflikt-)Verfahren sind nur noch symbolträchtige Repräsentanten einer vermeintlich am Legalitätsprinzip und der Wahrung der Beschuldigtenrechte austarierten Normordnung.

Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« – nach Rieß ein Instrument, das in der Lage sein soll, »in einer hinreichenden Zahl von Fällen den Schuldigen zu überführen« – ist also zur billigen Münze degeneriert. Weder werden die Schuldigen tatsächlich »hinreichend« erfaßt noch sind es nur Schuldige, die an einer Absprachepraxis zur Vermeidung einer Hauptverhandlung und einer drohenden, unkalkulierbaren Strafe teilnehmen werden. Die mit der Regelung des § 257 c StPO verbundene Geringschätzung des § 244 Abs. 2 StPO ist evident, wer will von Richtern angesichts dieser Herabstufung der Aufklärungspflicht noch intensive Bemühungen um Sachverhaltserforschung verlangen?<sup>24</sup>

### D. Zum Allgemeinen Mißbrauchsverbot

Dem Mißbrauch von Rechten durch Verteidiger – also jener kleinen potenziellen Täterschar, die sich der Absprache verweigert – ist vom BGH durch die Generierung einer allgemeinen Mißbrauchsklausel begegnet worden. In BGHSt 51, 88 (92) (= StV 2006, 627) wird zunächst unter Berufung auf BGHSt 38, 111 (112 f.) und den überwiegenden Teil des Schrifttums ein allgemeines Mißbrauchsverbot postuliert, das folgenden Inhalt aufweisen soll:

»Ein Mißbrauch prozessualer Rechte ist dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die Strafprozessordnung

15 Gatzweiler (Fn. 14), S. 221.

16 KK-StPO/Schneider, 6. Aufl. 2008, § 200 Rn. 35 formuliert zutreffend: »Enthält der konkrete Anklagesatz unzulässigerweise beweismäßigere Ausführungen größeren Umfangs, darf das Gericht eine solche überbordende Anklageschrift in dieser Form jedenfalls nicht ohne erläuternde Zusätze des Inhalts, dass der StA die Verlesung der deplatzierten Passagen in der Hauptverhandlung untersagt wird, zur Hauptverhandlung zulassen (BGH NJW 1987, 1209 = StV 1988, 282). In der Hauptverhandlung hat das Gericht – ggf. durch Wortentziehung – auf die penible Einhaltung dieser Vorgaben zu achten.« Ist der Verteidiger – der dies in der Hauptverhandlung vor Verlesung des Anklagesatzes einfordert – »Konfliktverteidiger«?

17 Hamm (Fn. 13), S. 200 ff.

18 Allgemeine Meinung, vgl. statt aller: Graf-StPO/Gorf, 2010, § 241 Rn. 4; § 242 Rn. 1.

19 Vgl. LR-StPO/Becker, 26. Aufl. 2010, § 241 Rn. 12 ff.

20 So jüngst in einem Wirtschaftsstrafverfahren die Fragen an einen früheren Mitangeklagten, der nunmehr als Zeuge gehört wurde, ob er sein Urteil als zutreffend ansehen würde.

21 So die bekannte These von Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968.

22 Hamm (Fn. 13), S. 201.

23 So zutreffend Meyer-Göfner, 52. Aufl. 2009, Erg.-Heft, § 257 c Rn. 3.

24 Es nimmt nicht wunder, daß laufende Hauptverhandlungen mit komplexen Fragestellungen von wiederholten Ansprachen des Gerichts an die Verteidigung mit dem Vorschlag einer Verständigung gekennzeichnet sind. Die Aufnahme in die lex scripta zeigt ihre sofortigen Wirkungen.

ingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange benutzt, um gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen«.<sup>25</sup>

Die Konstituierung dieses allgemeinen Mißbrauchsverbots erfolgt auf der Grundlage einzelner Vorschriften der StPO, die offensichtlich als paradigmatisch für sonstige Fälle des Mißbrauchs angesehen werden, sowie unter Hinweis auf ein in allen Prozessen (»wie in jedem Prozeß«) gleichermaßen gültiges Mißbrauchsverbot. Die Literatur zu diesem Thema ist kaum überschaubar, das Thema bewegt das Schrifttum umso stärker, je weniger der Extremfälle der angekündigten 8 500 Beweisanträge<sup>26</sup> vorfindbar sind. Soweit der *BGH* zur Begründung auf einzelne – zu Recht so bezeichnete – »Sonderfälle« des Mißbrauchs in der StPO verweist, ergänzend einzelne Verschleppungstatbestände anführt und hieraus im Wege der Analogie ein allgemeines Mißbrauchsverbot herleitet, gilt immer noch der von Distanz zum schnellen Griff nach der Wahrheit geprägte Beitrag von *Hall* in der Festschrift für *Maurach* zum Verhältnis von Analogie und Umkehrschluß:

»Beide Schlüsse folgen aus der Ähnlichkeit, d. h. nicht aus einem eindeutigen, sondern zweideutigen Sachverhalt. Ähnlichkeit ist teilweise Gleichheit und teilweise Verschiedenheit. Der Analogieschluß ist der Schluß von der teilweisen Gleichheit der Voraussetzungen auf die Gleichheit der Folgen. Der Umkehrschluß ist der Schluß von der teilweisen Ungleichheit der Voraussetzungen auf die Ungleichheit der Folgen. Da nun jeder teilweisen Gleichheit eine teilweise Ungleichheit entspricht, sind logisch gesehen Analogie und argumentum e contrario einander gleichberechtigt.«<sup>27</sup>

*Hall* entlarvt die Technik der Verwendung dieser Institute der juristischen Logik wie folgt:

»Welches Bild der Wahrheit und Gerechtigkeit wollen wir mit ihnen darstellen, uns der Welt anschaulich machen? Der Praktiker würde das dann so ausdrücken: Die Logik ist ja nur ein Trick, so wie die Perspektive in der Malerei.«<sup>28</sup>

Die – mehr als gewagte – Gesamtanalogie des *BGH* ist also nicht zwingend. Mit dem gleichen Recht läßt sich aus der Limitierung der Mißbrauchsklausel auf einzelne Vorschriften der (Umkehr-)Schluß ziehen, daß nur in einem gesetzlich festgelegten Fall eine Rechtsversagung zulässig ist. Der Hinweis auf sonstige Verfahren versagt ebenfalls. Das staatliche Gewaltmonopol in seiner Ausprägung der Verhängung von Strafen ist nur dem Strafprozeß eigen. Die mögliche Verurteilung zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verbietet die Implantierung allgemeiner Mißbrauchsverbote zur Begrenzung der Rechte des Beschuldigten. Es handelt sich vielmehr – was den Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen betrifft – um den – in der Sprache von *Hall* – »totalen Umkehrschluß«:

»Wenn der zu entscheidende Fall (die StPO) den im Gesetz geltenden (die ZPO, FGO, VwGO) total entgegengesetzt ist, dann darf das Gesetz (die anderen Verfahrensgesetze) auch nicht analog angewendet werden, dann ist logisch nur das argumentum e contrario möglich«.

Das Unbehagen an einem allgemeinen Mißbrauchsverbot – wie es einem Beitrag von *Hassemer* zu entnehmen ist<sup>29</sup> – wird auch nicht durch die fürsorgliche Empirie des *BGH* beseitigt. Danach ist denen, die einen »Mißbrauch des Mißbrauchs« durch die Gerichte befürchten, entgegenzuhalten, daß die »sehr seltenen Entscheidungen, in denen davon Gebrauch gemacht wurde, (...) eine ausgesprochene Zurückhaltung der Praxis (belegen)«. <sup>30</sup> Was der *BGH* nicht messen kann: Bereits der Hinweis auf eine Anwendung des allgemeinen Mißbrauchsverbots durch ein Tatgericht stellt eine Beeinträchtigung der Verteidigung dar. Wenn Verteidiger die gebotenen Beanstandungen unterlassen, sie davon Abstand nehmen,

Gerichtsbeschlüsse zu beantragen, ihre Beweisanträge unter Zeitdruck formulieren und mehrfach mit den Damoklesschwert eines »Mißbrauchs-Verteidigers« konfrontiert werden, ist die Disziplinierungswirkung unvermeidbar. Sie geht zu Lasten des Beschuldigten, dessen Verteidiger nicht mit dem Makel eines rechtsmißbräuchlich agierenden Interessenvertreters belegt werden will und der Gefahr läuft, in diesem Konflikt die notwendigen Maßnahmen zu unterlassen.

Auch sprachlich wirft die Definition des *BGH* – deren dogmatische Grundlagen mehr als zweifelhaft sind – Fragen auf: Um ein Verteidigerverhalten als »verfahrensfremd« oder »verfahrenswidrig« zu bezeichnen, bedarf es des Rückgriffs auf die das Verfahren konstituierenden Regeln und die Aufgabenstellung des Verfahrensbeteiligten, der Rechte in Anspruch nimmt: Da weder die Anzahl der Beweisanträge noch jene der Beanstandungen in der Verfahrensordnung limitiert sind, kann das Attribut der Verfahrensfremdheit schwerlich genügen. Was der Vorsitzende bei seiner Befragung für zulässig erachtet, ist zunächst seine Sache (und seine Perspektive). Was der Verteidiger moniert, ist seine Angelegenheit (und sein Standpunkt). Maßstab ist allein das Recht, nicht die Intensität der Verteidigung. Schiedsrichter ist – vorläufig – das Tatgericht, später die Rechtsmittelinstanz. Wer sich dem Gefüge der Normen – hier: der StPO – unter dem Aspekt eines allgemeinen Vorbehalts der Rechtsausübung nähern will, sollte sich eine in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie keineswegs überholte Unterscheidung vergegenwärtigen. Die Distinktion zwischen Bestimmungsnormen (§§ 211 ff. StGB: »Du sollst nicht töten«) und Bewertungsnormen (§ 32 StGB: »Notwehr«).<sup>31</sup> Der Normordnung StPO – mit ihrer Zuweisung von Rechten – soll eine allgemeine Bestimmungsvorschrift übergestülpt werden, die da lautet: »Von Deinen Rechten darfst Du nur Gebrauch machen, wenn Du Dich in einem nicht näher konkretisierten Bereich der Verfahrenskonformität bewegst«. Damit ist keine rechtsdogmatisch vertretbare Grundlage geschaffen, die der Verteidigung eine Selbstbeschränkung auferlegen kann. Zur Abwehr der Chimäre einer jede Zielrichtung außer Acht lassenden – und unprofessionellen – Verteidigung, wie sie sich allenfalls in einigen wenigen Fällen festmachen läßt, wird ein Institut kreiert, das – auf eine engagierte und strikt auf die StPO konzentrierte Verteidigung angewendet – der Verteidigung wieder die Fesseln einer falsch verstandenen Organfunktion anlegen will.

#### **E. Das »Fristenlösungsmodell« – BGHSt 52, 355 = StV 2009, 64.**

Die Rechtsgrundlage ist eindeutig: § 246 Abs. 1 StPO gewährt den Verfahrensbeteiligten das Recht, Beweisanträge bis zum Beginn der Urteilsverkündung zu stellen. Eine Ablehnung wegen »Verspätung« kommt nicht in Betracht. Der Verteidiger muß demgemäß eine Ablehnung seines – spät gestellten – Beweisantrags nur unter den Voraussetzungen des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO befürchten, d. h., wenn Prozeßverschleppung angenommen werden kann. Diese wiederum setzt – neben der wesentlichen Verfahrensverzögerung und der aus Sicht

25 BGHSt 51, 88 (93) = StV 2006, 627. Zum Schrifttum vgl. die umfangreichen Nachweise bei LR/Lüderssen/Jahn, 26. Aufl. 2007, Rn. 165 und Jahn StV 2009, 666.

26 So der Sachverhalt in BGHSt 38, 111.

27 Hall FS Maurach, 1972, S. 112.

28 Hall (Fn. 27), S. 112.

29 Hassemer FS Meyer-Goßner, 2001, S. 127 (139) zur Mißbrauchsdogmatik: »Diese Dogmatik ist unterkomplex, sie erspart sich problematisierende Begründungen und erschleicht sich deshalb ihre Ergebnisse«.

30 Zur bisher gültigen Auslegung des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO: Jahn StV 2009, 666 m. Nachw.

31 Vgl. hierzu *Philipp* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 324.

des Gerichts festzustellenden Nutzlosigkeit der angestrebten Beweiserhebung – weiter voraus, daß sich der Antragsteller beider Umstände bewußt ist.<sup>32</sup> Da man nicht in die Köpfe schauen kann – und Verteidigungsstrategien nicht dem Gericht zur Begutachtung unterbreitet werden –, bereitet die Feststellung einer solchen Absicht Schwierigkeiten.<sup>33</sup> Ohne direktes objektives Korrelat – an dem es zumeist mangelt – ist das Gericht auf eine Gesamtschau des bisherigen Verteidigungsverhaltens angewiesen, wenn es einen derartigen Zuschreibungsprozeß vornehmen will.

Der vom *I. Senat* – mit Billigung des *BVerfG* – beschrittene Ausweg besteht in einer Umgehung des § 246 Abs. 1 StPO. Das Gericht setzt – entgegen dem Gesetzesbefehl – eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen, deren Überschreitung zwar nicht zur unmittelbaren Zurückweisung führen, wohl aber als Indiz für eine Verschleppungsabsicht gewertet werden darf, »wenn dieser (scil: der Antragsteller) die Gründe für die verspätete Antragstellung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegen kann und auch die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nicht zur Beweiserhebung drängt.«<sup>34</sup> Die Fristsetzung bei einem von Gesetzes wegen unbefristeten Teilhaberecht eines Beschuldigten – und die Annahme einer Indizwirkung bei einer Fristüberschreitung – erinnern an den Gestaltungsmissbrauch des § 42 AO im Steuerrecht. Ein solcher liegt vor, wenn eine unangemessene, von der Rechtsordnung mißbilligte Form der Rechtsgestaltung gewählt wird. Es ist der Rechtsprechung unbenommen, Kriterien für die Zuschreibung einer Verschleppungsabsicht zu entwickeln – was allerdings, wie *Hassemer* im Zusammenhang mit der Mißbrauchsdebatte zutreffend herausgearbeitet hat, die Vollständigkeit der Indizien und deren Relevanz für die mißbilligte Zweckverfolgung voraussetzt.<sup>35</sup> Mit § 246 Abs. 1 StPO nicht mehr zu vereinbaren ist indes die Bewirkung – besser: die Provokation – solcher Indizien, die eine faktische Aufhebung der Norm zur Folge haben. Das *BVerfG* hat in seinem Nichtannahmebeschluß v. 06.10.2009<sup>36</sup> – mit dem es die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des *BGH* zurückwies – die Problematik der Umgehung des § 246 Abs. 1 StPO erkannt und mit Blick auf die Konsequenzen die weiteren Sicherungen vor einer Verwerfung von Beweisanträgen wegen Verschleppungsabsicht betont. Die Begründung beinhaltet gleichwohl einen Bruch mit einer – gesetzlich verbürgten – Rechtstradition, die der Verteidigung und ihrem Mandanten das Recht zubilligte, den Zeitpunkt der Stellung eines Beweisantrags autonom zu entscheiden. Das *BVerfG* führt aus:

»Die Vorgehensweise des Landgerichts stellt keine faktische Umgehung des § 246 Abs. 1 StPO dar. Diese verbietet, eine Beweis-

erhebung deshalb abzulehnen, weil das Beweismittel oder die zu bewertende Tatsache zu spät vorgebracht wurde (Nachweise). Dem liegt das Gebot, die materielle Wahrheit zu erforschen und festzustellen, zugrunde (...). Nach dieser Vorschrift darf einem Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nicht vorgeschrieben werden, wann er einen Beweisantrag zu stellen hat (vgl. *BGH*, Urt. v. 15.02.1990, 4 StR 658/89 = NStZ 1990, 350 (351) = StV 1990, 391).«<sup>37</sup>

Das *BVerfG* hätte nun nach dieser klaren Auslegung fortfahren können, daß eine – entgegen diesem Postulat – gesetzte Frist zur Stellung von Beweisanträgen bei ihrer Überschreitung keine Berücksichtigung bei der Feststellung der Absicht der Prozeßverschleppung nach § 244 Abs. 3 S. 2, 6. Abs. StPO finden dürfe. Es entschied sich jedoch für eine den Sinngehalt des § 246 Abs. 1 StPO negierende Auslegung, wonach die Zurückweisung des Antrags nicht wegen Verspätung, sondern allein wegen der Zielsetzung der Prozeßverschleppung erfolgt sei. Der zuvor formulierte Satz, wonach einem Verfahrensbeteiligten »grundsätzlich nicht vorgeschrieben werden (darf), wann er einen Beweisantrag zu stellen hat«, und die Unvereinbarkeit einer solchen Rechtsstellung mit einer Fristsetzung und einer daran geknüpften Rechtsfolge (als Indiz) geriet in Vergessenheit.

Ungeachtet der Kompensationsbemühungen des *BVerfG* – zur Prüfung der Verschleppungsabsicht sei das gesamte bisherige Prozeßverhalten einzubeziehen, die Aufklärungspflicht des Gerichts gelte weiterhin, der Antragsteller könne der Indizwirkung entgegentreten und das Gericht habe sich mit den gegen eine Verschleppungsabsicht sprechenden Gründen auseinanderzusetzen – wird die Fristenlösung Einzug in den forensischen Alltag halten. Es mehren sich die Mitteilungen über die 10-Tages-Zäsur, d. h. Tatgerichte gehen dazu über, in Anknüpfung an den in *BGHSt* 52, 355 (= StV 2009, 64) zu entscheidenden Sachverhalt (dort war die Fristsetzung am 10. Hauptverhandlungstag erfolgt) diese Anzahl von Verhandlungstagen als Einschnitt zu begreifen und Fristen für die Entgegennahme von Beweisanträgen zu stellen – soweit zum Paradoxon des »Dir kann keiner vorschreiben, wann Du einen Beweisantrag stellst, es sei denn, du hältst die Frist nicht ein« nach der Rechtsprechung des *I. Strafsenats* des *BGH* und des *BVerfG*.

32 *BVerfG* StV 2010, 113 (114).

33 Hierzu *Hassemer* (Fn. 29), S. 141.

34 *BGHSt* 52, 355 (363) = StV 2009, 64.

35 *Hassemer* (Fn. 29), S. 141.

36 *BVerfG* (Fn. 32).

37 *BVerfG* (Fn. 32).