

# Der Schrei nach Strafe

41. Strafverteidigertag  
Bremen, 24. - 26. März 2017

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme  
Abschied von der Wahrheitsuche  
Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidigertages  
Bremen, 24. - 26.3.2017  
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]  
- 1. Auflage - Berlin 2017  
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 41

ISBN 978 - 3 - 946889 - 02 - 1

1. Auflage 2017  
Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.  
Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro  
Fanny-Zobel-Str. 11  
12435 Berlin

## Inhalt

- S. 9 Gabriele Heinecke  
DER SCHREI NACH FREIHEIT
- S. 25 Thomas Scherzberg  
FREISPRUCH? FREISPRUCH!
- S. 33 Prof. Dr. Jörg Kinzig & Dr. Wolfgang Stelly  
DER FREISPRUCH: VERMEIDBARER IRRTUM ODER »REIBUNGSVERLUST DER  
GERECHTIGKEIT«? EINSICHTEN AUS EINEM AKTUELLEN FORSCHUNGSPROJEKT
- S. 67 Prof. Dr. Heinz-Jürgen Voß  
DIE RÜCKKEHR ZUR SITTlichkeit? WIE DIE DEUTSCHE GESELLSCHAFT  
AKTUELL SEXUALISIERTE GEWALT ZU THEMATISIEREN BEGINNT
- S. 79 Katja Keul  
VON FRAUENRECHTEN, SEXUALITÄT UND STRAFBARKEITSLÜCKEN
- S. 87 Owen Davies QC  
INQUISITOR VERSUS SCHIEDSRICHTER
- S. 97 Prof. Dr. Jan Bockemühl  
DEFIZITE IM DEUTSCHEN STRAFPROZESS
- S. 111 Dr. Lorenz Leitmeier  
DIE BEIORDNUNGSPRAXIS AUS DER SICHT EINES RICHTERS
- S. 127 Prof. Dr. Richard Soyer  
ZUGANG ZU ANWALTlichem BEISTAND  
NOTWENDIGE VERTEIDIGUNG, PFLICHT- VERSUS  
VERFAHRENSHILFEVERTEIDIGUNG, PROZESSKOSTENHILFE
- S. 147 Prof. Dr. Matthias Jahn  
DIE PRAXIS DER PFLICHTVERTEIDIGERBESTELLUNG: EIN GRAUBEREICH AUF  
DEM PRÜFSTAND DER BERUFSFREIHEIT DES ART. 12 GG
- S. 197 Dr. Hans Richter  
DAS INSOLVENZSTRAFRECHT. ÜBERFLÜSSIGES (GAR SCHÄDLICHES?)  
BESTRAFEN DES WIRTSCHAFTlichen SCHEITERNs ODER NOTWENDIGER  
STEUERUNGSMechANISMUS EINER MARKTWIRTSCHAFT?
- S. 217 Dr. Sohre Tschakert  
DAS INSOLVENZSTRAFRECHT

Professor Dr. Jan Bockemühl

## DEFIZITE IM DEUTSCHEN STRAFPROZESS

»Inquisitor versus Schiedsrichter« ist der Titel unsere Arbeitsgruppe 3. Wir werden versuchen, einen Blick über den Teller- rand des eigenen Strafprozesssystems hinaus zu wagen. Es sollen das inquisitorische und das adversatorische Prozessmodell verglichen werden.<sup>1</sup> Ich werde versuchen eine kritische Grundlage zu schaffen und einen Blick auf die »Defizite im deutschen Strafprozess« werfen.

Die verschiedenen Facetten der Defizite des deutschen Strafprozesses haben alle 40 Strafverteidigertage zuvor immer wieder aufgezeigt und angeprangert.<sup>2</sup> Als ich gefragt wurde, ob ich als Einstieg in diese Arbeitsgruppe einen Überblick über die »Defizite des deutschen Strafprozesssystems« geben könnte, sagte ich sofort zu. Damit war klar, dass »der Täter an den Tatort zurückkehren musste«. Schließlich hatte ich bereits auf dem letzten Bremer Strafverteidigertag im Jahr 1999 meinen ersten Vortrag auf einen Strafverteidigertag gehalten.<sup>3</sup>

Als ich dann das Thema angegangen bin, habe ich mir – ob der Fülle der möglichen Monita, die mir einfielen – gedacht: »Wo fange ich an, wieviel Zeit habe ich und was bleibt dann noch im Zeitbudget für die anderen Referenten auf dem Podium«. Ich will mich also der Herkules-Aufgabe stellen und eine A u s w a h l von defizitären Strukturen im deutschen Strafprozessmodell aufzeigen.

<sup>1</sup> Der Vortragsstil des am 25. März 2017 in Bremen frei gehaltenen Referats wurde weitgehend beibehalten, allerdings wurde der Text um die Fußnoten, Fundstellen und Querverweise ergänzt.

<sup>2</sup> Die Frage des »Deals« beschäftigte z.B. den 37. Strafverteidigertag in Freiburg; vgl. hierzu *Friedrichsen Deal und Öffentlichkeit* in: SchrRStVV 37, S. 59 ff.; *Bockemühl Die dunkle Seite des Deals*, in: ebd. S. 47 ff.; die fehlende Dokumentation beschäftigte den 39. Strafverteidigertag in Lübeck; vgl. hierzu *Wilhelm Dokumentationspflichten in der Hauptverhandlung – warum eigentlich nicht?* in: SchrRStVV 39, S. 165 ff.; *Altenhain Dokumentation im Ermittlungsverfahren – warum eigentlich nicht?* in: ebd., S. 181 ff.; das »Weltbild des Strafrichters« beschäftigte u.a. den 40. Strafverteidigertag in Frankfurt; vgl. hierzu *Bockemühl Das Weltbild des Strafrichters – Rückblick, status quo und Ausblick*, in: SchrRStVV 40, S. 253 ff.; *Wilhelm Wahrheit im Strafprozess*, ebd., S. 267 ff.

<sup>3</sup> *Bockemühl Meistbegünstigung bei »kontaminierten« Beweismitteln*, in: SchrRStVV 23, S. 161 ff.

Ich möchte mich dreier Problemfelder annehmen. Es sind dieses zum einen die Themen »Protokollierungspflichten – Scheu vor der Dokumentation« (I.), ferner das Thema »Strukturelle Defizite – Voreingenommenheit im System« (II.) und schließlich das Thema »Richterliche Unabhängigkeit – ein Problem am Beispiel der Auswahl des Pflichtverteidigers« (III.).

## I. PROTOKOLLIERUNGSPFLICHTEN. SCHEU VOR DER DOKUMENTATION

Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 19.03.2013<sup>14</sup> zum Verständigungsgesetz den hohen Stellenwert von Transparenz sowie die schützende Kraft von Dokumentationspflichten betont.

»Eine 'vollumfängliche' Kontrolle (...) setzt umfassende Transparenz des Verständigungsgeschehens in der öffentlichen Hauptverhandlung sowie eine vollständige Dokumentation im Verhandlungsprotokoll voraus.«<sup>15</sup>

Eine transparente Dokumentation – insbesondere von Vernehmungen – ist trotzdem in der deutschen Strafprozesswirklichkeit eher Mangelware. Ich werde mich mit der Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren (1.), der sogenannten »Dokumentation« der Hauptverhandlung (2.) und schließlich mit einem Aspekt des Revisionsrechts, nämlich mit dem sogenannten »Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung« (3.) befassen.

### 1. Dokumentation im Ermittlungsverfahren

§§ 168, 168a StPO schreibt die Erstellung eines Protokolls über jede *richterliche Untersuchungshandlung* zwingend vor (arg. »ist«). Nach § 168a Abs. 1 S. 1 StPO soll dem Protokoll zu entnehmen sein, »ob die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens beachtet« wurden. Nach h.M. soll auch bei der Protokollierung der Vernehmungen lediglich das »Ergebnis der Vernehmung« geschuldet sein.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> 2 BvR 2628/10, StV 2013, 353 ff.

<sup>15</sup> BVerfG, Urteil vom 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10 – Rn 96, StV 2013, 353 [366].

<sup>16</sup> Vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 60. Aufl. 2017, § 168a Rn 3.

Bei *Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft* und die *Polizei* ist die Fertigung eines Protokolls grundsätzlich optional (arg. »soll«); in der Praxis ist allerdings die Fertigung eines Protokolls die Regel.<sup>17</sup> Allerdings ist auch hier ein *Wortprotokoll* nicht vorgesehen. Dies wird § 168b Abs. 1 StPO entnommen, wonach lediglich »das Ergebnis (...) aktenkundig zu machen« ist.

Wird allerdings ein Protokoll erstellt, so ist dieses in der Praxis zumeist unzureichend und im internationalen Vergleich schlicht mangelhaft. Dieses ist darin begründet, dass (fast) ausnahmslos keine wortwörtliche Transkription des Gesagten erfolgt. Protokolle, in denen sich ausnahmslos der Wortschatz des Vernehmungsbeamten wiederfindet, in denen die gestellten Fragen nicht transkribiert sind und es lediglich heißt »auf Frage...«, sind Legion.

Noch unzureichender sind allerdings Vernehmungen, bei denen Personen vernommen werden, die der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind. Hier findet sich regelmäßig zu Beginn der Vernehmung der Hinweis »Der Beschuldigte ist der deutschen Sprache nicht mächtig. Die Vernehmung wird in der Sprache XY geführt«. Anschließend findet sich jedoch lediglich das gewohnte »Frage-Antwort-System« in deutscher Sprache wieder. Eine Transkription der übersetzten Frage und eine Niederschrift der in der fremden Sprache gegebenen Antwort der vernommenen Person finden ausnahmslos nicht statt. Damit ist aber in der Folge eine Kontrolle, ob richtig übersetzt worden ist, nicht mehr möglich. Der Übersetzer oder Dolmetscher scheidet für die nachträgliche Kontrolle ersichtlich aus, ebenso der Vernehmungsbeamte.

Im internationalen Vergleich erhellt sich sofort, dass diese Art der deutschen Protokollierung unzureichend ist. Vernehmungen z.B. vor dem International Criminal Court (ICC) sind in dieser Hinsicht vorbildlich. Dort finden sich verschriftlichte Interviews, die den Gang der Vernehmung lückenlos dokumentieren. Die jeweilige Frage wird niedergeschrieben. Diese Frage wird dann in der jeweiligen Sprache (z.B. Kinyarwanda) der vernommenen Person fixiert, ebenso die Antwort. Anschließend findet sich dann die Antwort in der übersetzten Fassung. Diese transparente Transkription mag zwar zeitaufwendig

<sup>17</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 6), § 168b Rn 2.

sein, allerdings wird es in der Regel keinerlei Streit darüber geben, was gesagt worden ist. Übersetzungsfehler können nachträglich allerdings noch ausgemacht und korrigiert werden. Die Vorteile liegen klar auf der Hand!

Die audiovisuelle Aufzeichnung von *Zeugenaussagen* ist bei polizeilichen (§§ 163 Abs. 3 S. 1, 58a Abs. 1 S. 1 StPO), staatsanwaltschaftlichen (§§ 161a Abs. 1 S. 2, 58a Abs. 1 S. 1 StPO) und bei richterlichen (§ 58a Abs. 1 S. 1 StPO) Zeugenvernehmungen zulässig.<sup>18</sup> Da die audiovisuelle Aufzeichnung neben (!) – nicht anstelle – dem Protokoll erfolgen »kann«,<sup>19</sup> wird von der Möglichkeit in der Praxis selten Gebrauch gemacht.

Seit November 2013 ist auch die audiovisuelle Aufzeichnung der *Beschuldigtenvernehmung* zulässig. Für die staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung ergibt sich das aus §§ 163a Abs. 1 S. 2, 58a Abs. 1 S. 1 StPO, für die richterliche Vernehmung auf Antrag der Staatsanwaltschaft (!) aus §§ 163a, 162, 58 Abs. 1 S. 1 StPO.<sup>10</sup> Auch insofern ist allerdings die Videodokumentation neben der Transkription vorgesehen.

## 2. »Dokumentation« der Hauptverhandlung

In der Hauptverhandlung sind die Regelungen in der deutschen Strafprozessordnung völlig unzureichend.<sup>11</sup>

§ 273 StPO ist die gesetzliche Grundlage für die Protokollierung in der Hauptverhandlung. Für erstinstanzliche Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten wird gemäß § 273 Abs. 1 StPO lediglich ein Ereignisprotokoll erstellt. Dabei sind der »Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiederzugeben«. Das Protokoll muss lediglich die »zeitliche Reihenfolge aller wesentlichen Verfahrensvorgänge kenntlich machen«.<sup>12</sup> Die Ergebnisse der

<sup>8</sup> Vgl. hierzu nur *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn 1311.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Altenhain* Dokumentation im Ermittlungsverfahren – warum eigentlich nicht? in: *SchrRStVV* 39, S. 181, 182.

<sup>10</sup> Hierzu *Altenhain* ebd..

<sup>11</sup> Vgl. hierzu auch die Forderung der »Bremer Erklärung« Seite 15: Die Dokumentation der Hauptverhandlung einführen!; <http://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/Bremer%20Erklaerung%202017.pdf>

<sup>12</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 6), § 273 Rn 5.

Beweisaufnahme sollen dabei keine »Ergebnisse der Hauptverhandlung« sein.<sup>13</sup> In Verfahren vor dem Amtsgericht wird gemäß § 273 Abs. 2 S. 1 StPO ein Inhaltsprotokoll geführt. Darin wird das »wesentliche Ergebnis der Vernehmungen« aufgenommen.<sup>14</sup> Ein Wortprotokoll der Hauptverhandlung ist im deutschen Strafprozesssystem nicht vorgesehen.<sup>15</sup>

Das war auch in Deutschland nicht immer so. Zu Zeiten der *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) bis ins 19. Jahrhundert hinein wurde auch in Deutschland peinlichst genau der Gang der Hauptverhandlung protokolliert.<sup>16</sup> Insbesondere die Vernehmungen wurden in »artikulierten Verhören«<sup>17</sup> penibel protokolliert, um den Gang der Untersuchung deutlich zu machen.<sup>18</sup>

In der aus dem Jahr 1532 original erhaltenen historischen Fragstatt im Alten Rathaus in Regensburg kann man noch heute den Platz für den Gerichtsschreiber sehen. Hinter einer hölzernen Lamellenwand befindet sich ein kleiner Tisch. An beiden Seiten dieses Tisches befinden sich abgedeckte Laternen, die nur die Schreibfläche erhellen und das Gesicht des Gerichtsschreibers und des Frageherren im Dunkeln ließ.<sup>19</sup>

Zu Zeiten der *Carolina* waren die peinlichen Gerichte meist mit Berufs- und Laienrichtern, die weder rechtsgelehrt noch mit dem keyserlichen Recht vertraut waren, besetzt. Das war der Grund, wieso in allen schwierigen oder zweifelhaften Rechtsfällen die Prozessakten zum Zwecke der Erstattung eines Rechtsgutachtens an anderweitige, auswärtige, insbesondere aber rechtsgelehrte Kollegen verschickt wurden. Die Prozessakten wurden durch die jeweiligen Gerichte an

<sup>13</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 6), § 273 Rn 5; vgl. ferner *Bockemühl* in: *Bockemühl/Gierhake/Müller/Walter* [Hrsg.] Festschrift für Bernd v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 51, [52 f.].

<sup>14</sup> Vgl. *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [52 f.].

<sup>15</sup> Vgl. *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [52 f.].

<sup>16</sup> Vgl. *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [54 f.].

<sup>17</sup> *Eb. Schmidt* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 3. Aufl. 1965, 177, 197.

<sup>18</sup> *Reichling* Die vollständige Protokollierung in der Hauptverhandlung in Strafsachen gemäß § 273 Abs. 3 StPO, 2003, S. 31.

<sup>19</sup> Ein virtueller 360-Grad-Rundgang durch das »Alte Rathaus« in Regensburg führt Sie auch in die dortige Historische Fragstatt: <http://panocreator.com/view/index/lid/2622/p/0/y/-21.201724409055.583/z/1.7>

einen Oberhof an die landesherrliche Obrigkeit, an eine Juristenfakultät oder an die »Schöppenstühle« verschickt. Teilweise war es auch so, dass diejenigen Richter, die das Urteil zu fällen hatten, gerade nicht an allen Beweiserhebungen teilgenommen hatten. Die Konsequenz hieraus war, dass die zur Entscheidung angerufenen rechtsgelehrten Kollegen und diejenigen Richter, die an Teilen der Beweisaufnahme nicht teilgenommen hatten, auf eine mittelbare Kenntnis der durchgeführten Beweisaufnahme angewiesen waren. Diese mittelbare Kenntnis wurde durch die weitgehende penible Schriftlichkeit des gesamten Prozesses ermöglicht. Die entscheidenden Anknüpfungstatsachen bzw. die Inhalte von Zeugenvernehmungen konnten dann aus dem Akteninhalt im wahrsten Sinne des Wortes »geschöpft« werden. Der Strafprozess, zu Zeiten der Carolina, war von Mittelbarkeit und Schriftlichkeit geprägt. Erst mit den Reformbestrebungen im Laufe des 19. Jahrhunderts wandte man sich gegen den schriftlichen und geheimen Inquisitionsprozess und ersetzte diesen in Deutschland durch ein öffentliches, mündliches Akkusationsverfahren. In einer bewussten Abkehr von der den Grundsätzen des Inquisitionsprozesses inhärenten Mittelbarkeit wurde die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme zur Prozessmaxime.<sup>120</sup>

Den »Vätern der Reichsstrafprozessordnung« erschien eine vollständige, wörtliche Protokollierung der Beweisaufnahme durch die Einführung der Unmittelbarkeit grundsätzlich entbehrlich. Die zentrale Regelung des § 273 StPO ist seitdem auch im Wesentlichen unverändert geblieben.<sup>121</sup> Diese Auffassung des historischen Gesetzgebers, dass eine vollständige Protokollierung im deutschen Strafprozess entbehrlich sein, hat sich als fataler Irrtum erwiesen.<sup>122</sup>

Zwar sieht § 273 Abs. 3 S. 1 StPO die »vollständige Niederschreibung« für die Fälle vor, in denen es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder einer Äußerung ankommt. Nach (wohl) herrschender Meinung soll ein Protokollierungsbedürfnis jedoch nur dann bestehen, wenn

<sup>120</sup> Zu alledem *Bockemühl* Österreichisches Anwaltsblatt 2016, 343 [344 f.].

<sup>121</sup> Vgl. *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [56]; *ders* Österreichisches Anwaltsblatt 2016, 343 [345].

<sup>122</sup> Selbst in den traditionellen Gacaca-Gerichten in Ruanda wird ein Wortprotokoll geführt; vgl. zu den Gacaca *Behrendt* Die Verfolgung des Völkermordes in Ruanda durch internationale und nationale Gerichte, 2005, 178 ff.

es tatsächlich auf den Wortlaut und nicht »lediglich auf den Inhalt ankommt«.<sup>123</sup>

Wir alle kennen aber den Umgang der Vorsitzenden mit entsprechenden Protokollierungsanträgen:

»Herr Verteidiger, wir haben doch alle die Äußerung des Zeugen gehört. Da bedarf es doch keiner Protokollierung. Es kommt nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Inhalt an.«

Schon die (vermeintliche) Unterscheidung in Inhalt und Wortlaut ist vom Prinzip her falsch.<sup>124</sup> Gerade die Protokollierung des tatsächlich Gesagten, mithin des Wortlauts, hat immer (auch) die Wiedergabe des Inhalts einer Äußerung zum Gegenstand!<sup>125</sup>

Wie schwer sich deutsche Gerichte mit gesetzlichen Protokollierungspflichten und damit mit Transparenz tun, zeigt auch der praktische Umgang mit der durch das Verständigungsgesetz 2009 in die Strafprozessordnung eingeführten Vorschrift des § 273 Abs. 1a StPO. Im Rahmen seiner Entscheidung vom 19.03.2013 hat das Bundesverfassungsgericht zwar die Vorschriften des Verständigungsgesetzes als mit dem Grundgesetz (gerade noch) vereinbar erklärt.<sup>126</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Urteil insbesondere die schützende Kraft der strikten Formvorschriften herausgearbeitet, nachdem die Protokollierungsverpflichtungen in den anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren durch die Instanzgerichte nicht beachtet worden waren. Das *Bundesverfassungsgericht* hatte zuvor im Verfahren über die Verfassungsbeschwerden eine empirische Untersuchung zur Verständigungspraxis in Strafverfahren bei Professor Karsten *Altenhain* (Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf) in Auftrag gegeben.<sup>127</sup> Die Ergebnisse dieser Studie waren vernichtend. Nach der Untersuchung hatten etwa 59 Prozent der befragten Richter »gestanden«, dass sie bei ihren getroffenen Absprachen diese »informell« durchgeführt

<sup>123</sup> KMR/Gemählich, Kommentar zur StPO (81. Lfg. Stand: Nov. 2016) § 273 StPO Rn 33; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn 6) § 273 Rn 22 m.w.N.

<sup>124</sup> LR/*Stuckenberg* StPO, 26. Aufl., § 273 Rn 50 m.w.N.; ebenso *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [56].

<sup>125</sup> *Bockemühl* Österreichisches Anwaltsblatt 2016, 343 [345]; LR/*Stuckenberg* StPO, 26. Aufl., § 273 Rn 50 m.w.N.

<sup>126</sup> BVerfG StV 2013, 353 ff. m. Anm. *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662 ff.

<sup>127</sup> *Altenhain/Dietmeier/May* Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013, passim.

hätten und gerade an den gesetzlichen Vorschriften vorbei »gedealt« wurde.<sup>128</sup> Nachdem aber offensichtlich – spätestens seit der Studie von *Altenhain* – feststeht, dass selbst eine gesetzliche Verpflichtung nicht zur Einhaltung der Gesetzmäßigkeit eines Verfahrens geeignet ist, ist die Dokumentation der Hauptverhandlung offensichtlich der einzig verlässliche Weg!<sup>129</sup>

### 3. Revisionsrecht – das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung

Nachdem eine (verlässliche) Dokumentation dessen, was Zeugen und Sachverständige in der Hauptverhandlung ausgesagt haben, in deutschen Gerichtssälen nicht existiert, sind lediglich die Ausführungen, die der Richter gemäß § 267 Abs. 1 S. 1 StPO in seinen Urteilsgründen als »für erwiesene Tatsachen« darstellt, vorliegend. Die Deutungshoheit darüber, was in der Hauptverhandlung passiert ist, liegt einzig und alleine beim Gericht.<sup>130</sup> Eine Überprüfung dieser sogenannten »Feststellungen« ist faktisch – mangels Dokumentation – unmöglich. Zudem verhindert eine Fiktion, eine Chimäre, eine revisionsrechtliche Überprüfung. Nach ständiger Rechtsprechung soll das ungeschriebene (!) *Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung*<sup>131</sup> einen »Beweis«, das ein Zeuge z.B. genau das Gegenteil von dem gesagt hat, was ausweislich der schriftlichen Urteilsgründe der Zeuge gesagt haben soll, gerade nicht zulassen.<sup>132</sup> Mit anderen Worten: Der wahre Sachverhalt soll revisionsrechtlich unbeachtlich sein.<sup>133</sup>

Das verwundert in jeder Hinsicht! Der *Große Senat für Strafsachen*<sup>134</sup> hat in der Entscheidung zur Rügeverkümmern ausgeführt:

<sup>128</sup> Ausführlich *Bockemühl* (Fn 13) S. 51, [59 ff].

<sup>129</sup> *Bockemühl* Österreichisches Anwaltsblatt 2016, 343 [346].

<sup>130</sup> Vgl. hierzu vor allem *Wilhelm* ZStW 2005, 142:

<sup>131</sup> St. Rspr. seit BGHSt 15, 347 ff [349].

<sup>132</sup> Vgl. insofern die Dissertation von *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung – Versuch einer Legitimation, 2014, passim.

<sup>133</sup> Die »Begründung« in BGHSt 15, 347, dass »Nachforschungen des Revisionsgerichts (...) über die Vernehmung eines Zeugen abweichend von den tatrichterlichen Feststellungen der Ordnung des Revisionsverfahren widersprechen« sollen, wirkt insofern gekünstelt.

<sup>134</sup> BGHSt 51, 298, 309 Rn 42.

»auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein.«

Nota bene! - auch die Revisionsgerichte sind zur Wahrheit verpflichtet. Die Wahrheitsermittlungspflicht darf sich jedoch nicht nur auf »prozessual erhebliche Tatsachen«, sondern auf jegliche Tatsachen beziehen!

## II. STRUKTURELLE DEFIZITE – VOREINGENOMMENHEIT IM SYSTEM

Hier möchte ich mich lediglich auf einen Teilaspekt der mannigfaltig vorhandenen »strukturellen Defizite« konzentrieren.

§ 199 Abs. 1 StPO regelt, dass *Eröffnungsrichter* und *Hauptverhandlungsrichter* im deutschen Strafprozess identisch sind. Die Regelung des § 199 Abs. 1 StPO ist zwingend. Eine davon abweichende Regelung in einem Geschäftsverteilungsplan nach § 21e Abs. 1 S. 1 GVG wäre unzulässig. Nach herrschender Meinung soll die Vorbefassung im Zwischenverfahren weder die Besorgnis der Befangenheit begründen, noch einen gesetzlichen Ausschließungsgrund darstellen.

Die Problematik der Identität zwischen Eröffnungsrichter und Hauptverhandlungsrichter erschließt sich sofort, wenn man sich gegenwärtigt, was die (zentrale) Aufgabe des Eröffnungsrichters bei der Frage der Eröffnung oder Nichteröffnung des Hauptverfahrens ist. Gemäß § 203 StPO »beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach dem Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint.« § 203 StPO verlangt dem Eröffnungsgericht eine Prognose ab, nämlich die, ob ein »hinreichender Tatverdacht« nach Aktenlage besteht. Der hinreichende Tatverdacht ist immer dann vorliegend, wenn eine »überwiegende Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung« besteht. Mit anderen Worten: Der Eröffnungsrichter hält nach Studium der Akten eine Verurteilung des Angeschuldigten für wahrscheinlicher als dessen Freisprechung. Damit hat der (Eröffnungs-)Richter aber eine Position inne, die Max Alsberg vortrefflich

so beschrieben hat:<sup>135</sup>

»Man hat den Richter, in dessen Hände man die unvoreingenommene, lediglich aus dem Inbegriff er Hauptverhandlung zu schöpfende Entscheidung legen wollte, zugleich zu dem machtvollsten Organ der Überführung des Angeklagten gemacht. Und zwar dadurch, dass man ihm die Leitung der Hauptverhandlung übertragen hat. Präpariert durch die Akten, die von der Staatsanwaltschaft geschaffen sind und ihren Firmenstempel tragen, tritt er dem Angeklagten gegenüber, um (...) den Angeklagten einzukreisen.«

Das Problem liegt aber noch tiefer. Der *Inertia*- oder auch *Perseveranz-Effekt* ist hinreichend erforscht, wird allerdings von der Justiz offensichtlich negiert. *Inertia-Effekt*<sup>136</sup> besagt, dass einmal getroffene Entscheidungen gegen widersprechende Informationen immun bleiben. Der Wert von Informationen, die der präferierten Alternative oder Hypothese entsprechen, wird überschätzt, der Wert entgegen gerichteter Informationen wird hingegen unterschätzt. *Bandilla/Hassemer* haben dazu geschrieben: »Auch Strafrichter unterliegen in ihren Entscheidungsprozessen den durch die Sozialpsychologie aufgehellten Gesetzmäßigkeiten menschlicher Information-Apperzeption und -Verarbeitung.«<sup>137</sup>

Als Indikatoren dieser strukturellen Befangenheit durch Vorbe-fassung können die Zahlen von zugelassenen Anklagen und die Zah-len der Freisprüche herangezogen werden.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> *Alsberg*, Das Weltbild des Strafrichters, 1930; in: *Taschke* (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Aufl., 2013, 565 [575].

<sup>136</sup> Auch: Trägheitseffekt

<sup>137</sup> *Bandilla/Hassemer*, StV 1989, 551 [554].

<sup>138</sup> Statistisches Bundesamt: Strafgerichte, 2015; [https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Strafgerichte2100230157004.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Strafgerichte2100230157004.pdf?__blob=publicationFile)

ZUGELASSENE ANKLAGEN 2015

	Anklagen	Hauptverhandlungen	%
Amtsgericht	489.993	436.294	89,041
Landgericht (1. Instanz)	10.406	8.902	85,547
Oberlandesgericht (1. Instanz)	19	22	115,789
Gesamt (AG & LG)	500.399	445.196	88,968

ZAHL DER FREISPRÜCHE 2015

	Beschuldigte	Freisprüche	%
Amtsgericht	739.848	29.200	3,947
Landgericht (1. Instanz)	17.953	936	5,214
Oberlandesgericht (1. Instanz)	38	1	2,632
Gesamt	757.839	30.137	3,977

Wie »intentionell« Eröffnungs- oder Nichteröffnungsentscheidungen sein können, möchte ich anhand zweier kleiner bayerischer Fälle aufzeigen. Es handelt sich um den Fall *Eisenberg*<sup>139</sup> und den Fall eines mutmaßlichen Missbrauchs durch einen Fußball-Jugendtrainer.<sup>140</sup>

Im ersten Fall war der Student Tennessee Eisenberg durch zwölf Polizeikugeln getötet worden. Das Ermittlungsverfahren gegen die beiden Polizeibeamten wurde nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Die Klageerzwingungsanträge wurden durch das OLG Nürnberg durch Beschluss vom 19.10.2010 für unbegründet erachtet.<sup>141</sup> Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>142</sup>

Im Fall des Jugendtrainers hatte die zuständige Jugendkammer des Landgerichts Aschaffenburg die Eröffnung des Hauptverfahrens

<sup>139</sup> Vgl. zum Fall Eisenberg *Friedrichsen*, Im Kugelhagel, DER SPIEGEL 49/2012 S. 46 ff.; <http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/89932544>

<sup>140</sup> <http://www.br.de/nachrichten/unterfranken/inhalt/urteil-freispruch-sexueller-missbrauch-jugendtrainer-regensburg-aschaffenburg-100.html>

<sup>141</sup> OLG Nürnberg – 2 Ws 227/10 – Beschl. v. 19.10.2010.

<sup>142</sup> BVerfG Beschl. v. 26.06.2014 - 2 BvR 2699/10.



abgelehnt. Ein aussagepsychologisches Gutachten hatte ausgeführt, dass die sogenannte Suggestionsthese nicht verworfen werden könne. Die Staatsanwaltschaft hatte gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt. Das OLG Bamberg hat durch Beschluss vom 02.06.2016<sup>143</sup> der Beschwerde stattgegeben und die Durchführung der Hauptverhandlung angeordnet.<sup>144</sup>

Beide Oberlandesgerichte bemühen von unterschiedlichen Standpunkten den Grundsatz in dubio pro reo. Während das OLG Nürnberg die Klageerzwingungsanträge deswegen für unbegründet erachtet, da die Polizeibeamten - in dubio pro reo - in Notwehr gehandelt hätten. Die Vorwürfe gegen die Beamten müssten also nicht in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert werden. Hingegen wurde die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Nichteröffnungsbeschluss durch das OLG Bamberg für begründet erachtet, da der Grundsatz in dubio pro reo nicht für den Beschuldigten streiten würde und die Vorwürfe in der Hauptverhandlung zu verhandeln seien. Naja; ohne Worte.

### III. RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT – EIN PROBLEM AM BEISPIEL DER AUSWAHL DES PFLICHTVERTEIDIGERS

Über die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Fällen notwendiger Verteidigung entscheidet gemäß § 141 Abs. 4 StPO der Vorsitzende. Die Probleme, die hieraus resultieren, sind Legion.<sup>145</sup> Fragen über Fragen resultieren aus dieser Machtfülle des Vorsitzenden. »Wen nehme ich?«, »wer bereitet mir ggfs. die wenigsten Probleme?« (...) Es gibt Rechtsanwälte, die alle (!) Fälle i.S.v. § 5 lit. f) FAO für ihren Antrag für den Fachanwalt Strafrecht von einem einzigen Richter erhielten. Schlecht wer Böses dabei vermutet. Gelegentlich werden solche Kollegen auch als »Steigbügelhalter« oder »Justizbüttel« bezeichnet. Das ist nie nett gemeint, aber immer berechtigt!

<sup>143</sup> OLG Bamberg – 1 Ws 35/16 – Beschl. v. 02.06.2016.

<sup>144</sup> Der Angeklagte wurde durch Urteil vom 16.3.2017 inzwischen freigesprochen. Die Staatsanwaltschaft hat auch diese Entscheidung – mit der Revision – angefochten. Zwischenzeitlich wurde die Revision zurückgenommen.

<sup>145</sup> Vgl. hierzu *Jahn*, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2014; *ders.*, Die Praxis der Verteidigerbestellung durch den Strafrichter, *StraFo* 2014, 177 ff.; *Schoeller*, Die Praxis der Beiordnung von Pflichtverteidigern, 2016.

Es gibt aber auch andere Beispiele. Im ersten Verfahren wegen mutmaßlicher Verstöße gegen das VStGB wurde der Wechsel eines Pflichtverteidigers erforderlich. Der durch den Beschuldigten benannte (neue) Wahlpflichtverteidiger wurde durch den Vorsitzenden *nicht* beigeordnet; vielmehr ein Zwangspflichtverteidiger. Dem lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

»Der Vorsitzende H. hat zu den Inhalten der Kontakte mit Rechtsanwalt E. und Kriterien seiner Auswahl am 247. Hauptverhandlungstag, dem 28. Juli 2014, in der Hauptverhandlung mündlich mitgeteilt, dass er Rechtsanwalt E. angerufen habe, da ihm dieser seit Jahrzehnten als kompetenter Strafverteidiger bekannt sei, der auch von anderen Kollegen als Pflichtverteidiger ‚benutzt‘ würde. Weiter erläuterte er, dass er Rechtsanwalt E. lediglich mitgeteilt habe, um welches Verfahren es sich handele und die Anzahl der erfolgten Hauptverhandlungstage. Er habe ihm nicht den Aktenumfang mitgeteilt. Nach den erfolgten Informationen habe Rechtsanwalt E. sich bereit erklärt, die Verteidigung zu übernehmen.«<sup>146</sup>

Der beigeordnete Rechtsanwalt hatte mit dem Angeklagten nicht ein einziges Mal gesprochen, aber zugesichert *k e i n e n* Aussetzungsantrag zu stellen! Ohne Worte.

Ich komme damit zum Ende meiner kleinen Auswahl an Defiziten der deutschen Strafprozesswirklichkeit. Die sogenannten Justiz-Skandale der vergangenen Jahre offenbaren die aufgezeigten Monita besonders eindrucksvoll.

Das Bayerischen Fernsehen hat am 22.2.2017 eine Dokumentation zum sogenannten »Badewannenmord« ausgestrahlt.<sup>147</sup> Die Öffentlichkeit kann hier möglicher Weise helfen, die Politik wachzurütteln. Überschriften von Leserbriefen wie: »Vertrauen in Justiz – zerstört«, »Wenn Gerechtigkeit verweigert wird«, »Das System hat viele Mängel«<sup>148</sup> zeigen, dass die Probleme in der Bevölkerung angekommen sind und wahrgenommen werden. Ich hoffe auf eine angelegte Diskussion.

<sup>146</sup> Aus einem Schriftsatz der Verteidigung, der mir vorliegt.

<sup>147</sup> <http://www.br.de/mediathek/video/deutsche-justiz-wie-gefaehrdet-ist-unser-recht-100.html>.

<sup>148</sup> Alle in der SÜDDEUTSCHEN ZEITUNG vom 11./12.3.2017; <http://www.sueddeutsche.de/kolumne/fall-genditzki-wenn-gerechtigkeit-verweigert-wird-1.3427781>.