

Stephan Barton

I. Zwei Fälle und viele Fragen

Dem Inhaber eines Kraftfahrzeugsbetriebs, einem angesehenen Kaufmann, wurde sexueller Missbrauch von Auszubildenden vorgeworfen. Der Beschuldigte bestritt die Tat und sah sich als Opfer eines Komplotts. Sein Verteidiger übernahm diese Verteidigungslinie, ohne sie im Gespräch mit dem Mandanten einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Der Angeklagte wurde freigesprochen. Jahre später wurde ihm erneut sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen vorgeworfen; nunmehr erging Haftbefehl wegen Wiederholungsgefahr. Ein zweiter Verteidiger wurde hinzugezogen. Nach Einsicht in die Strafverfahrensakten stellten sich die Verdachtsumstände als erdrückend dar; zudem ergaben sich Anhaltspunkte für eine Persönlichkeitsstörung des Beschuldigten. Der neue Verteidiger und ein von diesem beauftragter Sexualtherapeut versetzten den Angeklagten in die Lage, zunächst ein Geständnis zu erwägen und dies schließlich auch vorzutragen. Eine Vernehmung der Zeugen in der Hauptverhandlung konnte unterbleiben. Nach Anhörung des Sachverständigen machte der Angeklagte auch hinsichtlich der früheren Taten »reinen Tisch«. Der Angeklagte wurde zu einer Bewährungsstrafe verurteilt. Der Haftbefehl wurde aufgehoben, da eine Wiederholungsgefahr nunmehr nicht mehr gegeben wäre. Das wegen der früheren Taten eingeleitete Wiederaufnahmeverfahren wurde – wie zuvor mit der Staatsanwaltschaft vereinbart – wegen Verjährung eingestellt.

Ein zweiter Fall: Ein Verteidiger wurde von einem Kollegen um die Übernahme eines Mandates gebeten, dem eine strafbare Trunkenheitsfahrt (Blutalkoholkonzentration von mehr als 3,2 Promille) zugrunde lag. Der Angeklagte bestritt die Tat nicht; es ging jedoch darum, ob er während der Blutentnahme von Polizeibeamten misshandelt worden war und ob dies bei der Strafzumessung zu berücksichtigen wäre. Der gegen den Strafbefehl eingelegte Einspruch führte jedenfalls in der amtsrichterlichen Hauptverhandlung zu einer erhöhten Strafe. In einem parallelen Verfahren gegen die Polizeibeamten, die jede Misshandlung bestritten, trat der Mandant zudem als Zeuge auf und wurde vom Ermittlungsrichter vereidigt. Das Verfahren gegen die Beamten wurde eingestellt. Der neue Verteidiger stellte schnell fest, dass der Angeklagte an einer seltenen Krankheit litt und bei der Blutentnahme über keinerlei Verletzungen berichtet hatte. Er musste ferner erfahren, dass der ursprüngliche Verteidiger in dem Parallelverfahren gegen die Beamten als aktiver Zeugenbeistand aufgetreten war; auch wurde ein Verfahren wegen Meineides gegen den

Mandanten von der Staatsanwaltschaft eingeleitet. Die Berufung gegen das amtsrichterliche Urteil wurde vom neuen Verteidiger zurückgenommen. Im Hinblick auf das Meineidsverfahren wurde ein psychowissenschaftliches Gutachten beantragt. Daraus ergab sich, dass beim Angeklagten während der Blutentnahme aufgrund seiner Alkoholisierung und potenziert durch Medikamente Wahrnehmungsstörungen vorgelegen haben könnten. Er wurde deshalb nur wegen eines fahrlässigen Falscheides bestraft. Das Gericht begründete dies damit, dass der Angeklagte eine Erklärung für seine Armfraktur gesucht und dabei offensichtlich das als vermeintlichen Geschehensablauf geschildert hätte, was er den schriftlichen Erklärungen seines damaligen Verteidigers entnommen hatte.

Der Leser wird es bemerkt haben: Die Falldarstellungen entstammen der Feder von *Egon Müller*. Der erste ist in der Festschrift für Friebertshäuser¹, der zweite vor kurzem in der Festschrift für Christian Richter II erschienen.² Die persönlich gefärbten Verfahrensberichte unterscheiden sich deutlich von den üblichen Festschriftbeiträgen. *Müller* thematisiert das Verteidigungsinnenverhältnis; er spricht über misslungene Verteidigungen und über erfolgreiche Versuche, Verteidigerfehler zu korrigieren. Er betont die Verantwortung des Verteidigers für das Schicksal des Mandanten und weist auf die Bedeutung auxiliärer Gesprächstechniken für eine effektive Verteidigung hin. Wir erfahren nicht, inwieweit *Egon Müller* beteiligt war – wir können es nur ahnen. Gleichwohl berühren die Fälle den Leser und regen zum Nachdenken an. Das gilt nicht zuletzt für die Frage, inwieweit der Verteidiger sogar Verantwortung für Straftaten des Mandanten trägt. Sie wird bewusst offen gelassen. *Müller* berichtet zwar, dass diese Frage schon der Richter in seiner Urteilsbegründung zum ersten Fall aufwarf und dass sie sich auch der »Verteidiger von damals« stellte. Aber wir erfahren: »Niemand wird sie ihm bündig beantworten. Die ihn treffende Verantwortung könnte ihm ohnehin niemand abnehmen.«³

Bündige Antworten werde auch ich nicht geben. Die zwei Falldarstellungen sollen vielmehr dazu dienen, über Verteidigung als Beruf und über damit verbundene ethische Spannungszonen nachzudenken. *Egon Müller* hat in seinen Veröffentlichungen dazu die Grundlagen gelegt. Dazu ist zunächst aufzuzeigen, welches Hintergrundverständnis von Verteidigung vorliegen muss, um überhaupt nach der Verteidigerverantwortung zu fragen. Gebildet wird dies durch die praktisch-professionellen Komponenten der Verteidigung (in II.). Nur in diesem Rahmen macht die Beschäftigung mit der Verantwortung des Verteidigers wirklich Sinn. Die professionelle Verteidigerdienstleistung unterscheidet sich dabei wegen ihrer primär auf die Zukunft gerichteten Zweckorientierung von der richterlichen Tätigkeit (in III.). In einem weiteren Teil möchte ich verschiedene Konzepte einer Verteidigungsethik ansprechen. Angelehnt an einen älteren Vortrag von *Max Weber* über »Politik als

1 Müller, Von der Verantwortung des Strafverteidigers – Ein Bericht – in: Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, Bonn, 1997, S. 47 ff.; zur Person des kürzlich verstorbenen Heino Friebertshäuser vgl. den Nachruf von Bandisch, StraFo 2007, 266.

2 Müller, Von der Verantwortung des Verteidigers – Ein Bericht II – in: Festschrift für Christian Richter II, Baden-Baden, 2006, S. 399.

3 Müller (Fn 1), S. 51.

Beruf«⁴, in dem ethische Fragen politischer Berufstätigkeit reflektiert werden, sollen dazu Parallelen zur »Verteidigung als Beruf« aufgezeigt und nach möglichen Antworten auf die Frage nach der Verantwortung des Verteidigers gesucht werden (in IV.).

II. Der Rahmen: professionelle Verteidigung

Der Begriff der Verteidigung umfasst mehrere Dimensionen. Man kann zunächst, wie es im 19. Jahrhundert üblich war, zwischen der materiellen und der formellen Verteidigung unterscheiden. Die materielle Verteidigung bezeichnet die rechtliche Gegenwehr gegen die Strafverfolgung schlechthin.⁵ Sie kann vom Beschuldigten und natürlich auch von seinem formellen Defensor wahrgenommen werden; unser Strafverfahrensrecht verpflichtet allerdings auch Richter (§ 244 Abs. 2 StPO) und Staatsanwälte (§ 160 Abs. 2 StPO) zur materiellen Defension. Unter formeller Verteidigung wird dagegen die Vornahme von Prozesshandlungen durch einen förmlichen Verteidiger im Strafprozess bzw. die gesetzlich geregelte Wahrnehmung von Beschuldigteninteressen durch einen speziell hierzu berufenen Prozessbeistand verstanden.⁶ Manche Vertreter einer dogmatischen Prozessrechtswissenschaft reduzieren Verteidigung ausschließlich auf diese Komponente der förmlichen Prozesshandlungen.⁷ *Egon Müller* hat sich vehement gegen eine derartige Verengung des Begriffs der Verteidigung ausgesprochen.⁸ Damit würden »wichtige Aufgaben des Verteidigers wie Information, Aufklärung, Beratung, Begleitung und vor allem Führung des Mandanten« ausgeblendet.⁹ Mehr noch: Eine solche verengende Perspektive erkennt nicht, dass Verteidigung real von Menschen im Rahmen beruflicher Dienstleistungen ausgeübt wird. Man kann dies als praktisch-professionelle Dimension der Verteidigung bezeichnen.¹⁰

Unter dem Gesichtspunkt der Verteidigung als Berufsausübung wird die reine Sphäre des Strafprozessrechts verlassen und rücken neue Aspekte ins Blickfeld. Das betrifft zum einen die rechtlichen Bewertungsmaßstäbe: Die vom Verteidiger bei der Berufsausübung an den Tag zu legenden Sorgfalts- und Berufspflichten ergeben sich aus dem Zivil- und anwaltlichen Berufsrecht. Die Sorgfaltspflichten folgen aus dem zivilrechtlichen Mandatsverhältnis. Bei anwaltlichen Schlechtleistungen kann

4 Weber, Politik als Beruf, in: Mommsen/Schluchter (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe, Bd 17, Tübingen 1992 (original 1919), S. 157 ff.

5 Schott, Die Lehre von der formellen Verteidigung nach deutschem Strafprozessrecht, Diss. jur. Tübingen, 1886, S. 1.

6 Schott (Fn 5) S. 2; Löwe-Rosenberg-Rieß, Die Strafprozessordnung und das GVG, Großkommentar, 25. Aufl., Berlin/New York, 1999, Einleitung Abschnitt I Rn. 102.

7 Wolf, Das System des Rechts der Strafverteidigung, Frankfurt (Oder) 2000, S. 135: »Verteidigung ist die Gesamtheit der Prozesshandlungen, die in einem Strafverfahren mit Wirkung für und gegen den Beschuldigten vorgenommen werden.«

8 Müller, Zum Recht der Strafverteidigung, JR 2003, 51, 52.

9 Müller (Fn 8), S. 52.

10 Vertiefend Barton, Einführung in die Strafverteidigung, München 2007, § 2 Rn. 8 ff..

ggf. eine Berufshaftung erfolgen.¹¹ Berufspflichten und -rechte sind u.a. in der BRAO, in der Berufsordnung der Rechtsanwälte oder im RVG geregelt. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht verschiebt sich die Perspektive, wenn man Verteidigung als Berufstätigkeit begreift; dann treten Art. 12 GG und der Grundsatz der freien Advokatur als neue Beurteilungsperspektive hinzu.¹² In der Rechtsprechung des BVerfG wird das sehr deutlich.¹³

Die Perspektive verschiebt sich aber auch hinsichtlich der Bewertung der Verteidigerdienstleistung. Aus der Sicht des Mandanten¹⁴ steht die Frage der Qualität der Dienstleistung im Vordergrund. Maßgeblich ist primär, ob sich die Tätigkeit des Verteidigers unter dem Strich als erfolgreich und effizient darstellt. Neben rechtliche Dimensionen treten damit in der Praxis auch pragmatische: Die Verteidigertätigkeit soll spezifische Zwecke für den Mandanten erfüllen; das erfordert im Außenverhältnis die Erfüllung von Schutzaufgaben und im Innenverhältnis Beratung und Betreuung des Mandanten (Beistand).¹⁵

Die so verstandene Praxis der Verteidigung wird nicht nur durch abstrakte Normen und Paragraphenwissen bestimmt, sondern im Strafverfahren treffen Menschen aus Fleisch und Blut aufeinander, findet also menschliche Kommunikation statt. Diese Kommunikation erfolgt häufig in Form direkter Interaktion (»face to face« – etwa im Gerichtssaal oder im Verteidigerbüro). Wirkliche Menschen verhalten sich dabei nicht wie blutleere Subsumtionsautomaten. Sie haben Gefühle, zuweilen auch Vorurteile und eigene Interessen. Und sie versuchen, diese unterschiedlichen Interessen und Ziele zu verfolgen. Dies führt nicht selten zu Auseinandersetzungen, Konflikten und Missverständnissen, macht aber in gewisser Weise auch den Reiz des Strafprozesses aus.

Die in der Praxis erforderlichen Kompetenzen des Verteidigers können sich deshalb nicht auf rein rechtsdogmatische Kenntnisse beschränken, sondern verlangen kommunikative Fähigkeiten: Das gilt nicht nur für den Umgang mit Richtern, Staatsanwälten, Sachverständigen und Zeugen (Stichwort: Befragung), sondern mindestens genauso für die Kommunikation mit dem Beschuldigten. Um ihn mit seinen existenziellen Sorgen und Nöten überhaupt verstehen zu können, bedarf der Verteidiger mehr als nur Paragraphenwissen. Er muss auch mit dem Mandanten umfassend

11 Das 1981 von Müller in: Müller, Beiträge zum Strafprozessrecht (1969-2001), S. 149 f. (Erstabdruck in NJW 1981, 1801 ff.) beklagte Problematisierungsdefizit, was das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Verteidiger und Mandant betrifft, dürfte mittlerweile behoben sein. Vgl. zur Verteidigerhaftung die zwei neueren zivilrechtlichen Dissertationen von Müller-Gerteis, Die zivilrechtliche Haftungssituation des Strafverteidigers, Konstanz 2005 und Schlecht, Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, Tübingen 2006; vgl. ergänzend Barton in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, München 2006, § 57.

12 Niemöller/Schuppert, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, AöR 1982, 433.

13 BVerfGE 110, 226, 265; vgl. ferner BVerfGE 15, 226, 231; 22, 114, 119; 34, 293, 299; 39, 238, 242.

14 Der Mandant bzw. der Mandantenbezug und das damit verbundene Kompetenzgefälle stehen aus berufssoziologischer Sicht im Zentrum der Professionalisierungstheorie; vgl. dazu Wernet, Professioneller Habitus im Recht, Berlin 1997, S. 26, 42.

15 Zu den Berufsaufgaben des Verteidigers vgl. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Köln 2005, Rn. 1 ff.; Barton (Fn 10), § 3 Rn. 32 ff.

kommunizieren können. Gefragt sind hier Empathie und Verständnis, aber auch die Fähigkeit zum Beistand leisten und zur »sozialarbeiterischen« Betreuung. Er benötigt dazu aber auch Kenntnisse in der Gesprächsführung; dazu gleich mehr. Und schließlich – vielleicht das Schwierigste – muss das richtige Verhältnis zwischen Nähe und Distanz zum Mandanten gewahrt werden.

Was nun unsere Ausgangsfälle betrifft, so gibt es – bezogen auf die formelle Defension – nichts zu sagen. Ob die Prozesshandlungen der Verteidiger gemessen an den Kriterien der Prozessrechtswissenschaft gültig, wirksam, zulässig und begründet waren, ist weitgehend bedeutungslos. Bezogen auf die professionelle Verteidigung gibt es dagegen viel zu sagen. Die Tätigkeiten der früheren Verteidiger erwiesen sich als nicht erfolgreich. Den Mandanten wurden »Steine statt Brot« gegeben.¹⁶ Ihren wirklichen Interessen wurde allenfalls kurzfristig Genüge getan; aber als nachhaltig stellten sich die Dienstleistungen nicht dar. Sie waren mitverantwortlich dafür, dass im ersten Fall Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr angeordnet wurde und dass im zweiten Fall der Einspruch gegen den Strafbefehl zu einer erhöhten Strafe führte und zusätzlich auch noch Anklage wegen Meineides erfolgte. Die Aufgaben des Verteidigers, die nach einer Formulierung des BGH »ihrer Natur nach auf den Schutz des Beschuldigten vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung« ausgerichtet sind,¹⁷ wurden in ihr glattes Gegenteil verkehrt. So wie es im Krankenhaus vorkommen kann, dass Patienten dort an Infektionen erkranken, die es ohne Krankenhausaufenthalt nicht gegeben hätte (sogenannte iatrogene Krankheitsbilder), so erfuhren die Mandanten hier »defensogene« Beeinträchtigungen.

III. Die Methodik professioneller Verteidigung

Die anwaltliche Sichtweise weicht wesentlich von der richterlichen ab. Dies ergibt sich schon daraus, dass Verteidiger im Gegensatz zu Richtern nicht das Urteil über die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat zu fällen haben.¹⁸ Verteidiger haben stattdessen zu versuchen, diese richterliche Entscheidung im Interesse des Beschuldigten zu beeinflussen. Dies geschieht mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts. Wie jede anwaltliche Sichtweise ist auch die des Verteidigers zielgerichtet und interessegebunden.¹⁹ Sie ist zukunftsbezogen, orientiert sich also an dem anzustrebenden Ergebnis.²⁰ Verteidiger folgen insofern einem Zweckprogramm: Die Ziele, die von der Verteidigung angestrebt werden, steuern die Informationsverarbei-

16 Müller (Fn 2), S. 405.

17 BGHSt 29, 99, 102.

18 Raiser/Schmitt/Bultmann, Anwaltsklausuren, München 2003, S. 7; Müller (Fn 2), S. 404 f.: »Der Verteidiger ist Mitwirkender, nicht Entscheidender.«

19 Raiser u.a. (Fn 18), S. 9 f.; Hommelhoff/Teichmann, Zu einer Methodik der Kautelarjurisprudenz in der Universitätsausbildung in: Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, Bochum/Herne 1999, S. 547 f.; Jost, Ausbildungsorientierung und Rechtsbegriff in: Havercrante/Hommelhoff/Rittershaus (Hg), Anwaltsorientierte Juristenausbildung, 2. Soldan Tagung 2000, Heidelberg 2001, S. 55; Juncker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung, München 2002, Rn. 3 ff.

20 Vgl. nur Juncker/Kamanabrou (Fn 19), Rn. 6 ff.

tung.²¹ Das Zweckprogramm ist dann optimal verwirklicht, wenn das im konkreten Fall bestmögliche Ergebnis für den Beschuldigten erzielt werden konnte.

Während das Verhältnis des Richters zum Recht idealerweise bekenntend-normativ ist, lässt sich das Verhältnis des Verteidigers demgegenüber als »praktisch-normativ«²² oder besser noch als kognitiv, wenn nicht sogar als instrumentell²³ charakterisieren. Das Recht wird vom Verteidiger also nicht um seiner selbst willen angewandt, sondern unter dem Blickwinkel seines instrumentellen (gestaltenden) Potentials wahrgenommen, also inwieweit es dem Beschuldigten helfen kann.

Für den Verteidiger ist deshalb zunächst einmal die Prognose dessen, wie die Gerichte voraussichtlich entscheiden werden, von Bedeutung.²⁴ Der Verteidiger legt – mit anderen Worten – ein kognitives Verhältnis zum Recht an den Tag. Er fragt nicht danach, wie er selbst den Fall entscheiden würde oder wie er objektiv zu entscheiden ist, sondern wie das Gericht voraussichtlich entscheiden wird. Der Rechtsbegriff wird – worauf Jost hinweist – ein pragmatischer. Für den Anwalt wird die Vorhersage dessen, was die Gerichte tun werden, von zentraler Bedeutung. Diese Vorhersage hat sich aber nicht nach »Wünschbarkeiten« auszurichten, sondern an den für Richter geltenden normativen Maßstäben zu orientieren.²⁵

Dies bildet die Ausgangslage für alle späteren anwaltlichen Bemühungen. Hieran knüpfen dann die instrumentellen Aspekte der Verteidigertätigkeit an. Der Anwalt hat danach zu fragen, wie er mit den Mitteln der Verfahrens- und Rechtsgestaltung so Einfluss auf die richterliche Entscheidung nehmen kann, dass dadurch den Interessen des Mandanten am besten gedient wird. Selbstverständlich hat dies, um es zu wiederholen, mit rechtlich einwandfreien Mitteln und unter Berücksichtigung der von Richtern akzeptierten Maßstäbe und dogmatischen Figuren zu erfolgen. Mit anderen Worten: Der Verteidiger kann sowohl positivistisch, sogar kasuistisch, als in geeigneten Fällen auch kriminalpolitisch-rechtsfortbildend argumentieren. Das Recht gewinnt in der anwaltlichen Perspektive dabei eine neue und freiheitsstärkende Dimension:

Das Recht streift »in dem Maße, in dem es als ein Mittel verstanden wird, den privaten Interessen einzelner Personen zu dienen, seine autoritäre Dimension ab. Statt dessen gewinnt es einen instrumentellen, helfenden Charakter. Seine Anwendung bezweckt dann nicht mehr in erster Linie die Durchsetzung der staatlichen Ordnung, welche das Individuum in seiner Freiheit beschränkt, sondern gerade umgekehrt die Verwirklichung individueller Freiheit. Kurz: Das Recht wird zur Sache der Bürger, nicht mehr des Staats.«²⁶

Ein kognitives bzw. instrumentelles Verhältnis zum Recht bedeutet aber keinesfalls, dass der Verteidiger berufen ist, beliebige oder gar abenteuerliche Positionen zu vertreten. Seine Aufgabe kann nicht darin bestehen, seinen Mandanten in unvertretbarer

21 Teichmann, Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt – Grundzüge einer Methodik der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, JuS 2001, 974.

22 Hommelhoff/Teichmann (Fn 19), S. 550.

23 Jost (Fn 19), S. 55.

24 Müller (Fn 2), S. 399.

25 Jost (Fn 19), S. 56 f.

26 Raiser u.a. (Fn 19), S. 10.

Weise »weiß zu waschen« oder feststehende Sachverhalte zu ignorieren. Auch wenn er sich nicht bekenntend-normativ verhält, sollte er kein zynisches oder unethisches Verhältnis zum Recht entwickeln. Auch ein rein taktisches Verhältnis zur Wahrheitssuche wird damit nicht propagiert und natürlich auch nicht die Durchführung von Winkelzügen und Finessen. Ein instrumentelles Verhältnis ist schließlich nicht mit Rabulistik, hohler Rhetorik oder dem Halten von Fensterreden gleichzusetzen. Das alles ist nicht gemeint, wenn vom kognitiven bzw. instrumentellen Verhältnis zum Recht gesprochen wird, sondern die professionelle und kompetente Teilnahme am rationalen Diskurs mit den anderen Verfahrensbeteiligten.²⁷

Der Verteidiger setzt also das Recht gestaltend-instrumentell ein. Dies kann es mit sich bringen, dass seine prozessordnungsgemäßen Aktivitäten sich hemmend auf den Verfahrensgang auswirken. In anderen Fällen kann es aber auch im Interesse des Mandanten liegen, den Prozess durch Konsens zu beschleunigen, speziell dann, wenn Urteilsabsprachen erfolgen.

Es ist evident, dass die Bewältigung dieser Aufgaben beim Verteidiger andere methodische Grundlagen verlangt als sie für die richterliche Tätigkeit erforderlich sind. Die für den Verteidiger maßgeblichen Fragen sind: Was sind im konkreten Fall die bestmöglichen Ziele? Wie kann man die richterliche Entscheidung richtig prognostizieren? Mit welchen Mitteln kann man versuchen, das ins Auge gefasste Ziel zu erreichen? Es geht also darum, Entscheidungen über das zweckmäßige Vorgehen bei gegebenen Wahlmöglichkeiten zwischen Zielen und Handlungsalternativen zu treffen. Dazu ist es erforderlich, das richtige Ziel – die wahren Interessen – des Mandanten zu bestimmen. Dies setzt besondere kommunikative Fertigkeiten in der Gesprächsführung voraus. Erforderlich ist die Beherrschung des »nondirektiven« Gesprächsstils und das aktive Zuhören.²⁸ Auch im Verteidigungsaußenverhältnis sollte der Verteidiger sozialpsychologische Erkenntnisse in Rechnung stellen und für seine Berufstätigkeit nutzen.²⁹

Kommen wir auf die Ausgangsfälle zurück: Die ursprünglichen Verteidiger hatten hier jeweils nicht die wahren Interessen der Mandanten in Erfahrung gebracht. Sie hatten die Sachverhalte nicht hinreichend aufgeklärt; offenbar beherrschten sie die einschlägigen Techniken der Gesprächsführung nicht; oder sie wandten sie jedenfalls nicht an. Anders verhielt sich dies bei den neu hinzu tretenden Verteidigern. Im zweiten Fall fällt auf, dass der ursprüngliche Verteidiger aus der ihm vorgegebenen Rolle fiel. Er beließ es nicht dabei, der Anklage mit Gegenargumenten zu begegnen, um so die richterliche Entscheidungsfindung im Sinne des Mandanten zu beeinflussen; er versuchte sich als aktiver Zeugenbeistand und »Ankläger« gegen Zeugen. Damit hat er sich »übernommen« und seinem Mandanten »Steine statt Brot« gegeben.³⁰

27 Zum rationalen Diskurs vgl. Barton (Fn 10), § 1 Rn. 6 ff.

28 Barton (Fn 10), § 13 Rn. 18 ff.

29 Das gilt nicht nur für das Plädoyer (Stichwort Rhetorik), sondern für seine gesamte Tätigkeit; vgl. dazu Barton (Fn 10), § 12 Rn. 49 sowie § 15.

30 Müller (Fn 2), S. 405.

IV. Verantwortungsbewusste professionelle Verteidigung

Der beruflich tätige Verteidiger haftet, wie zuvor angesprochen, zivilrechtlich für unzureichende Verteidigungsdienstleistungen. Aber die Verantwortung des Verteidigers endet nicht dort, wo die Rechtspflichten aufhören. Das zeigt *Egon Müller* in seinen Prozessberichten eindrucksvoll auf. In den Fallbesprechungen unterbleibt jedoch nicht nur die Frage nach den rechtlichen Grenzen, es wird auch nicht nach den Gründen dafür gefragt, weshalb die früheren Verteidiger die zweifelhaften Ziele anstrebten bzw. die neuen Verteidiger andere Wege einschlugen. Speziell wird nicht nach deren beruflichen Ideologien, ihren Lebens- oder Weltanschauungen gefragt. Am allerwenigsten interessiert die Frage, ob die Verteidiger sich als unabhängiges »Organ der Rechtspflege« oder als weisungsgebundener Parteiinteressenvertreter interpretierten.³¹ Mit alledem beschäftigen sich die Prozessberichte nicht. Und dies, wie sich zeigen wird, mit gutem Grund.

1. Gesinnungs- und Verantwortungsethik

An dieser Stelle sei eine hoffentlich nicht zu gewagte Parallele gezogen. Der große deutsche Soziologe *Max Weber*³² hat in einem nach wie vor lesenswerten Vortrag aus dem Jahre 1919 über das Thema »Politik als Beruf« gesprochen.³³ Er stellt aus historischer, kultureller und soziologischer Sicht dar, wie der Beruf des Politikers entstanden ist. *Weber* unterscheidet mehrere Typen von Politikern. Im Zentrum steht dabei der Verantwortungspolitiker. Dessen Bild entwickelt er aus der Abgrenzung zum Gesinnungs- und reinen Machtpolitiker.

Der Machtpolitiker begeht die zwei »Todsünden« der Unsachlichkeit und der Verantwortungslosigkeit.³⁴ Er wendet die Macht – die treibende Kraft aller Politik – um ihrer selbst willen an. Das mag stark wirken, aber dahinter verbirgt sich in Wahrheit Schwäche und Ohnmacht. Macht wird von ihm als hohler Selbstzweck und ohne Folgenorientierung betrieben. Ethisch wertvolle Prinzipien verkörpert eine solche Geisteshaltung nicht. Ganz anders verhält es sich bei Gesinnungs- und Verantwortungspolitikern. Beide sind – wie *Weber* zeigt – ethisch legitim: »Wir müssen uns klar machen, dass alles ethisch orientierte Handeln unter zwei voneinander grundverschiedenen unausragbar gegensätzlichen Maximen stehen kann: es kann »gesinnungsethisch« oder »verantwortungsethisch« orientiert sein.«³⁵

Die Gesinnungsethik stellt allein auf die Richtigkeit des Handelns ab; die Konsequenzen dieses Handelns sind nicht maßgeblich. Wenn also die Folgen einer »aus reiner Gesinnung fließenden Handlung üble sind«, so gilt dem gesinnungsethisch

motivierten Politiker »nicht der Handelnde, sondern die Welt dafür verantwortlich, die Dummheit der anderen Menschen oder – der Wille des Gottes, der sie so schuf.«³⁶ Verantwortlich fühlt sich der Gesinnungsethiker nur dafür, »dass die Flamme der reinen Gesinnung« (z.B. des Protestes gegen die Ungerechtigkeit der sozialen Ordnung) nicht erlischt.³⁷

Hiervon unterscheidet sich der Verantwortungspolitiker deutlich: Er orientiert sein Handeln an den möglichen Folgen seines Tuns; er wälzt die Konsequenzen, sofern er sie voraussehen kann, also nicht auf andere ab. Er zieht die Widersprüchlichkeit der Welt ins Kalkül und rechnet mit der Dummheit der Menschen.³⁸

Wenngleich beide ethischen Maximen für *Weber* legitim sind,³⁹ entscheidet er sich klar für die politische Verantwortungsethik. Dies wird darin deutlich, wie er die zentrale Frage jeder Politik, nämlich den Umgang mit der Gewaltsamkeit, beantwortet:⁴⁰ Wer Politik als Beruf betreibt, muss sich – so *Weber* – der Paradoxien der Welt und seiner Verantwortung für die Folgen seines Handelns bewusst sein. Denn, so *Weber*, keine Ethik der Welt könne negieren, »dass die Erreichung »guter« Zwecke in zahlreichen Fällen daran gebunden ist, dass man sittlich bedenkliche oder mindestens gefährliche Mittel und die Möglichkeit oder auch die Wahrscheinlichkeit übler Nebenerfolge mit in Kauf nimmt.«⁴¹ Die Spannungen zwischen Mittel und Zweck im Zusammenhang mit dem Einsatz politischer Gewaltsamkeit kann mit einer persönlichen Tragik verbunden sein. Deren Bewältigung durch den gesinnungsethisch handelnden Politiker begegnet *Weber* dabei mit einer Spur Verachtung: Wer nicht die realen Folgen seines Handelns auf sich nimmt, sondern die »dumme« oder »gemeine« Welt dafür verantwortlich macht, der berausche sich an »romantischen Sensationen«. In neun von zehn Fällen, so *Weber*, habe man es bei Gesinnungspolitikern mit »Windbeuteln« zu tun.⁴² Wer dagegen als Politiker die »Verantwortung für die Folgen real und voller Seele empfindet und verantwortungsethisch handelt«, für den hat er Respekt, dessen Tragik beim Umgang mit der Gewaltsamkeit sieht *Weber* für menschlich echt und ergreifend an.⁴³ Wer sich in diesem Sinne die Politik zum Beruf gewählt habe, für den bedeute die Politik »ein starkes und langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich.«⁴⁴ Lassen sich diese Gedanken nicht auch auf den Beruf des Verteidigers übertragen? Was für den Politiker die treibende Kraft ist – die Macht –, stellt für den Verteidiger, so meine ich, der Kampf ums Recht dar. Und wirft die Bewältigung der zentralen Problematik der Politik – die Gewaltsamkeit – nicht ähnliche ethische Probleme

36 *Weber* (Fn 4), S. 237 f.

37 *Weber* (Fn 4), S. 237 f. und weiter S. 240: »Der Gesinnungsethiker erträgt die ethische Irrationalität der Welt nicht.«

38 *Weber* (Fn 4), S. 238.

39 »Ob man aber als Gesinnungsethiker oder als Verantwortungsethiker handeln soll, darüber kann man niemandem Vorschriften machen.« *Weber* (Fn 4), S. 249.

40 »Für die Politik ist das entscheidende Mittel: die Gewaltsamkeit.« *Weber* (Fn 4), S. 238.

41 *Weber* (Fn 4), S. 238.

42 *Weber* (Fn 4), S. 250.

43 *Weber* (Fn 4), S. 250.

44 *Weber* (Fn 4), S. 251 f.

31 Schon 1981 sah *Müller* (Fn 11), S. 148, den Streit um die Organstellung als fruchtloses Glasperlenenspiel an.

32 Zur Person und zur Bedeutung von *Max Weber* als Rechtssoziologe vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl., Tübingen 2007, S. 86 ff.; *Jung*, Kriminalsoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, S. 35.

33 *Weber* (Fn 4), S. 157 ff.

34 Hierzu sowie im Folgenden: *Weber* (Fn 4), S. 228.

35 *Weber* (Fn 4), S. 237.

auf, wie die Verteidigung des »schuldigen« Mandanten?⁴⁵ Das bedarf der Erläuterung.

Dabei wollen wir uns mit dem reinen »Machtverteidiger« nicht näher beschäftigen.⁴⁶ Interessanter ist die Auseinandersetzung mit der Gesinnungs- und Verantwortungsethik der Verteidigung. Beide Positionen sind legitim. Für den Verteidiger, der einer reinen Gesinnungsethik folgt, steht das richtige Weltbild im Vordergrund. Das kann der Kampf für die Unschuldsvermutung sein oder die Verhinderung des hochgemuten, voreiligen Griffs des Richters auf die Wahrheit.⁴⁷ Ein solcher Verteidiger mag seine Verteidigung einseitig, mutig und bedingungslos gegen die Strafverfolgungsorgane führen; maßgeblich ist für ihn aber nur seine Auffassung von Recht und Gerechtigkeit. Diese vertritt er, auch wenn die Richter ihm darin voraussichtlich nicht folgen werden. Dabei sind ihm die realen Folgen seiner Tätigkeit nicht von zentraler Bedeutung; wenn seine Bemühungen Schiffbruch erleiden, sind daran die anderen schuld. Wichtig ist für ihn, dass er die rechte Gesinnung an den Tag gelegt hat.

Anders verhält sich der Verantwortungsethiker. Er betrachtet den Fall auch aus den Augen des Richters. Er versucht die richterliche Entscheidung soweit wie möglich im Sinne des Mandanten zu beeinflussen. Er stellt dabei in Rechnung, dass ein und derselbe Sachverhalt vom Richter anders gesehen werden kann als von ihm selbst. Er lässt nicht außer acht, dass sich beim Richter durch das Studium der Akten eine Hypothese der hinreichenden Verurteilungswahrscheinlichkeit eingestellt hat (so genannter »Inertia-Effekt«⁴⁸). Er berücksichtigt diesen sowie weitere sozialpsychologische Effekte⁴⁹ bei seinen Bemühungen um den Mandanten. Im Verteidigungsaußenverhältnis stellt sich der Verteidiger darauf ein, dass für den Erfolg der Verteidigung eine Einstellungsänderung beim Richter erforderlich ist, die in der Regel nur durch das starke Bohren von Justizbrettern möglich sein wird. Aber auch im Umgang mit dem Mandanten gilt es – wie gesehen – zuweilen harte Bretter zu bohren.

Werfen wir noch einen Blick auf die Tragik, die die Verteidigung des Schuldigen mit sich bringen kann. Max Alsberg,⁵⁰ der große deutsche Strafverteidiger, hat sie in seiner Philosophie der Verteidigung⁵¹ unnachahmlich analysiert und sie in seiner

45 Müller würde den Begriff des »schuldigen« Mandanten zurückweisen, sollte dieser – was hier hoffentlich nicht der Fall ist – »die Zeitlichkeit der Verfahrenslagen« oder »die Ergebnisoffenheit« des Verfahrens« missachten; Müller (Fn 8), JR 2003, S. 53.

46 Der Kampf (Konflikt) wird hier zum Selbstzweck. Ob dieser dem Recht oder dem Unrecht dient, ist nicht zentral. Vgl. zur sog. Konfliktverteidigung Müller (Fn 11) S. 145, 147, 154: Strafverteidigung sei ein Recht innerhalb des Verfahrens, nicht gegen das Verfahren.

47 So Alsbergs Formulierung; vgl. Max Alsberg, *Ausgewählte Schriften*, Baden-Baden 1992 (Hrsg. Taschke), S. 328; vgl. dazu ferner Jungfer in: Max Alsberg, *Ausgewählte Schriften*, S. 36.

48 Vertiefend Schönemann, *Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter*, StV 2000, 160 ff.; Barton (Fn 10), § 12 Rn. 37.

49 Dies verlangt kein Studium der Sozialpsychologie; es reichen auch einschlägige Berufserfahrungen oder kommunikatives Gespür. Zur wissenschaftlichen Reflexion dieser Effekte vgl. Schönemann (Fn 48), StV 2000, 163; Barton (Fn 10), § 12 Rn. 38 ff.

50 Zur Person von Max Alsberg vgl. Jungfer (Fn 47), S. 33 ff.

51 Alsberg (Fn 47), S. 323 ff.

eigenen Person selbst schicksalhaft verkörpert.⁵² Alsberg löst den Konflikt, der sich darin widerspiegeln kann, dass der Verteidiger sich einerseits für das Recht und die Gerechtigkeit einsetzt, seine Dienste aber, wie Alsberg das drastisch formuliert, »dem Feind der Menschheit«⁵³ zugute kommen können, letztlich irrational auf. Der Verteidiger habe zwar mit kühler Skepsis und hoher Rationalität zu verteidigen, aber oft genug sei es – so Alsberg – »der Mut der Verzweiflung, der vehemente Ausdruck eines echten Welt-Schmerzes, was dem Verteidiger die Kraft gibt, für das aus der Reihe gestoßene Individuum Kräfte einzusetzen, die einen Meter oberhalb aller Wissenschaft des Intellekts wohnen.«⁵⁴ Besonders eindrucksvoll wird diese gleichermaßen tragische wie psychologisch verzwickte Auflösung der Spannungen bei der Verteidigung des Schuldigen in dem von Alsberg geschriebenen Theaterstück »Konflikt« deutlich. Hier »seziert« sich Alsberg allem Anschein nach selbst. Er zeigt in dem Theaterstück, wie sein alter ego, Rechtsanwalt Bohlen, eine Art Selbstbetrug begeht. Seine des Mordes verdächtige Mandantin setzt nämlich wiederholt dazu an, ihrem Verteidiger ein Schuldeingeständnis zu machen, wird aber von diesem stets unterbrochen. Sie merkt, dass er an ihre Unschuld glauben will und beteuert diese schließlich.⁵⁵

Man kann die Spannung – und das dürfte die *Weber'sche* Lösung sein – auch anders, nämlich rein rational auflösen. Der Mandant wird dann nicht zwischen den Extrempolen »Unschuldsvermutung« einerseits und »Feind der Menschheit« andererseits zerrieben, sondern es wird sachlich und psychologisch reflektiert versucht, den echten Interessen des Mandanten durch starkes und langsames Bohren auf den Grund zu gehen.

Kommen wir zurück zu den Fallbesprechungen von *Egon Müller*. Ich sehe in ihnen dezidierte Plädoyers für eine Verantwortungsethik, in deren Zentrum der Mandant steht. Die ursprünglichen Verteidiger wurden dieser Verantwortung zweifellos nicht gerecht. Den neuen Verteidigern gelang es dagegen, sowohl mit kunstvoll eingesetzten rechtlichen Mitteln (u. a. durch zukunftsbezogene psychowissenschaftliche Gutachten) als auch durch kompetente Analyse der wahren Interessen des Mandanten (Stichwort: auxiliäre Gesprächsführung) dem Klienten zu dienen.

Wie weit geht nun eine so verstandene Verantwortungsethik? Wo findet sie ihre Grenzen? Sie greift, wie schon angesprochen, weiter als die rechtlichen Pflichten des Verteidigers gegenüber seinem Mandanten; sie endet also nicht dort, wo das Haftungsrecht den Verteidiger von juristischer Verantwortung frei stellt. Sie umschließt auch eine Mitverantwortung für die Folgen solcher Straftaten des Man-

52 Alsberg vertrat nicht selten die Gegner der jungen Weimarer Republik (beispielsweise den Angeklagten Helferrich wegen Beleidigung von Erzberger oder den abgedankten Hohenzollern-Kaiser); vgl. Riess, *Der Mann in der schwarzen Robe. Das Leben des Strafverteidigers Max Alsberg*, Stuttgart/Hamburg, 1968, S. 9 ff., 83-126; später ist Alsberg vielleicht daran zerbrochen (Riess, S. 321 ff.).

53 Den Begriff gebraucht Alsberg in einem Schreiben an Landsberger, nachzulesen in Max Alsberg (Fn 47) S. 13.

54 Alsberg (Fn 47), S. 370.

55 Vgl. dazu die Analysen von Sarstedt in: Taschke (Fn 47), S. 17, 30 f. und Jungfer in: Taschke (Fn 47); vgl. ferner Riess (Fn 52), S. 322 f.

danten, die bei nachhaltiger Wahrung der Interessen des Klienten vermeidbar gewesen wären.⁵⁶ Die Verantwortung des professionellen Verteidigers ist dabei auf den konkret-individuellen Klienten ausgerichtet; sie orientiert sich zuallererst an seinen tatsächlichen Interessen. Es liegt zwar in der Logik professioneller Verteidiger, zu sehen, dass der Gesetzgeber nicht davon frei ist, auf rechtliche Spielräume ausnutzende Verteidigungsanstrengungen mit der Verkürzung von Verteidigungsrechten zu reagieren.⁵⁷ Aber hier endet die Verantwortung des Verteidigers. Die ihm anvertrauten konkreten Interessen des Mandanten müssen im Zweifel Vorrang vor den abstrakt-generellen des Berufstandes haben.

Auch wenn der konkrete Mandant im Zentrum der Verantwortung des professionellen Verteidigers steht und andere Verantwortungsbereiche dem gegenüber zurücktreten, bedeutet das nicht, dass der Verteidiger frei von rechtlichen Bindungen wäre. Seine Tätigkeit hat sich, wie ausgeführt, stets im Rahmen des Rechts zu bewegen. Die Wahrnehmung der Verantwortung erzeugt also weder ein eigenes prozessuales Notstandsrecht⁵⁸ noch kann der Verteidiger sich über sonstige straf- und berufsrechtliche Grenzen zulässiger Verteidigung hinwegsetzen. Die Betonung der Verantwortung gegenüber dem Mandanten beinhaltet schließlich auch keinen Freibrief für unethisches Verhalten gegenüber anderen und enthebt den Verteidiger nicht davon, im konkreten Fall Gewissensentscheidungen zu treffen. Der Verteidiger ist schließlich nicht der Spießgeselle des Beschuldigten.⁵⁹ Der Kampf ums Recht verlangt es nicht, dem Mandanten gegenüber ein »hündisches Verhalten« an den Tag zu legen.⁶⁰ Dies setzt dem Verteidiger gerade gegenüber Opferzeugen deutliche Grenzen: Ein »blaming the victim« erscheint nicht nur unprofessionell – weil es zu höheren Strafen führt –, sondern ist auch ethisch nicht legitimierbar. Dasselbe gilt für persönliche Verletzungen von Richtern, Staatsanwälten oder Berufskollegen.⁶¹ Und unbestritten sollte es auch sein, dass der Verteidiger außerhalb seiner primären Verantwortung für den Mandanten weitere Verantwortungen trägt, sei dies für seine Mitarbeiter, seine Angehörigen und auch für sich selbst. Aber damit verlassen wir den Bereich der reinen Verantwortungsethik professioneller Verteidigung.

2. Ein Leitbild der Verteidigung

Der Gesetzgeber hat die rechtsberatende Praxis und damit die Strafverteidigung durch die 2003 erfolgte Juristenausbildungsreform zum verbindlichen Gegenstand von Studium und Prüfungen gemacht. Die an der Universität Lehrenden tragen nunmehr Verantwortung für die Verteidigung. Ihnen ist die Lehre des Rechts, der

56 Ethischer Art, eine juristische Verantwortung ist damit nicht gemeint.

57 Müller (Fn 11), S.154 ff. diskutiert das unter dem Begriffspaar »Freiheit« gegen »Vertrauen«.

58 OLG Köln NSZ-RR 2006, 30; abweichend Zwiehoff, Prozessualer Notstand des Verteidigers? JR 2006, 505, 508.

59 »Strafverteidigung ist weder prinzipielle Solidarität noch Sozialarbeit oder Therapie. Deshalb hat Verteidigung mit Distanz zu tun, was ein Synonym für Unabhängigkeit sein kann.« Salditt, Das Interesse an der Lüge, StV 1999, 64.

60 Hammerstein, Zum Berufsbild des Strafverteidigers, BRAK-Mitt. 1983, 59.

61 Dahs, Ethische Aspekte im Strafverfahren? – Ein Denkanstoß, JR 2004, 96, 98.

Theorie und der Methodik der Verteidigung anvertraut. Dieses Unterfangen verlangt die Orientierung an einem für die Juristenausbildung tragfähigen idealen Leitbild der Verteidigung. Bei dessen Skizzierung müssen Gesinnungs- und Verantwortungsethik keine Gegensätze bilden, sondern sollten sich harmonisch ergänzen.⁶²

Ein solches Leitbild ist an anderer Stelle entworfen worden.⁶³ Es basiert auf dem Verständnis von der Verteidigung als Kampf und ist eng mit dem Gedanken der ethischen Mission verbunden. Es orientiert sich am Bild des kompetenten, wissenschaftlich ausgebildeten und professionellen Verteidigers, der gewissenhaft mit den Mitteln des Gesetzes kämpft und damit gleichermaßen seinem Mandanten wie dem Recht dient. In einer auf die Achtung des Rechtes gegründeten Gesellschaft kommt dem Verteidiger eine besonders wichtige Funktion zu; er ist im Rechtsstaat sowohl für die Justiz als auch für den Beschuldigten, dessen Rechte er zu wahren hat, unentbehrlich. Ein diesem Leitbild verpflichteter Verteidiger ist sich seiner Verantwortung für den ihm anvertrauten Mandanten im besonderen Maße bewusst und nimmt sie sorgfältig wahr. Seine Tätigkeit versteht er als Kampf gegen das Unrecht; dies schließt die Verfechtung unvertretbarer Rechtsansichten, das Ignorieren feststehender Sachverhalte oder eine zügellose Wahrnehmung von Partikularinteressen aus. Er weiß, dass die Verteidigung ihre Existenz dem Rechtsstaat verdankt; er weiß aber auch um den »ungeheuren Bruch«, den der Rechtsstaat in Deutschland in der Nazi-Zeit erfahren hat. Ein diesem Leitbild verpflichteter Verteidiger denkt zwar wirtschaftlich, ist aber nicht primär kommerziell ausgerichtet. Er macht von seinen Rechten, wenn dies erforderlich ist, mutig und konsequent Gebrauch; er übt sich ansonsten in weiser Selbstbeschränkung.

V. Erfahrungen, auf die nicht verzichtet werden kann

Ob Egon Müller dem skizzierten Verteidigerleitbild für die Juristenausbildung zustimmen kann, darf ich nur hoffen. Das gilt auch für die hier gegebenen Antworten auf die Frage nach der Verantwortung des Verteidigers. In einem anderen Punkt bin ich mir dagegen sicher, nämlich darin, dass künftige Verteidiger von der Kraft ihrer Vorbilder leben. Auch die Wissenschaft bedarf der Erfahrungen kompetenter Strafverteidiger. Die juristischen Fakultäten brauchen sie als Lehrbeauftragte; und die nach wie vor bestehenden empirischen Forschungsdefizite im Bereich der professionellen Strafverteidigung lassen sich nur mit der Hilfe versierter Praktiker beheben.⁶⁴

62 Auch Weber (Fn 4), S. 250, geht davon aus, dass Gesinnungs- und Verantwortungsethik nicht absolute Gegensätze bilden müssen, sondern sich ergänzen können.

63 Vgl. Barton (Fn 10), § 3 Rn. 51. Dort finden sich auch die verschiedenen Bausteine mitsamt ihren Urhebern, auf denen das Leitbild gründet. Es wird hier leicht modifiziert dargestellt.

64 Derartige Defizite beklagte schon 1981 Müller (Fn 11), S. 146.

Ich wünsche mir deshalb weitere Fallbesprechungen von *Egon Müller*, die davon zeugen, dass sich ein starkes und langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich lohnt.