

sui generis

DIGUNG?

HRUNG

Was ist Strafverteidigung?
Eine Praxiseinführung

Stephan Bernard



Stephan Bernard

Was ist Strafverteidigung?

Eine Praxiseinführung

2. Auflage
sui generis, Zürich 2021

Für Beda, Ingrid, Magda und Rafael

Stephan Bernard

Was ist Strafverteidigung?

Eine Praxiseinführung

2. Auflage
sui generis, Zürich 2021

Bis die Löwen ihre eigenen Geschichtsschreiber haben,
werden Erzählungen über die Jagd stets den Jäger verherrlichen.
– *Nigerianisches Sprichwort* –

Vorwort

Wenige Berufe lösen ähnlich ambivalente Gefühle aus wie die Strafverteidigung: Er kämpft die Strafverteidigung einem Unschuldigen einen Freispruch, wird sie bewundert. Tritt die Strafverteidigung dagegen für die Rechte eines Schwerverbrechers ein, kommt die wiederkehrende Frage gewiss, wie man *den* verteidigen könne.

Die Frage, was Strafverteidigung ist, auch, was sie sein sollte oder könnte, beschäftigt mich, seit ich im Frühjahr 2002 mein Anwaltspraktikum aufgenommen habe. In den letzten rund zwölf Jahren publizierte ich deshalb neben meiner anwaltlichen Tätigkeit regelmässig zu diversen Themen rund um die Strafverteidigung, vor allem in Fachzeitschriften und Fachbüchern. Die vorliegende Praxiseinführung veröffentlichte ich erstmals vor vier Monaten. Sie erscheint nun wegen der regen Nachfrage bereits in zweiter überarbeiteter Auflage. Vorher gab es für die Schweiz keine solche Einführung, was ich gerade bei der Ausbildung von Substitutinnen und Schnupperpraktikanten immer als Mangel empfunden habe. Das vorliegende Buch erhebt wie die Voraufgabe keinen rechtswissenschaftlichen Anspruch. Es basiert zwar zu einem beträchtlichen Teil auf früheren Veröffentlichungen von mir, gründet aber mindestens ebenso stark auf persönlichem Handlungs- und Erfahrungswissen. Der Essay will damit vor allem eine knappe erste Orientierung zur Praxis der Strafverteidigung bieten, die nicht nur routinierten Fachleuten, sondern auch Berufsanfängerinnen, Studierenden und allenfalls einem interessierten breiteren Publikum zugänglich sein soll.

Dankbar bin ich vielen für vieles. Heidi Bernard danke ich zunächst für die Gestaltung des Buchumschlags; und darüber hinaus bin ich ihr, Merlin und Henry dankbar für alles und noch viel mehr. Der ursprüngliche Text der ersten Auflage hat durch die kritischen Rückmeldungen von – in alphabetischer Reihenfolge – Marianne Heer, Ingrid Indermaur, Philippe Koch, Mara Maggi, Beda Meyer Löhner, Annina Mullis, Florian Seitz und Wolfgang Wohlers sehr gewonnen. Nach der Veröffentlichung habe ich von Zahlreichen zahlreiche Anregungen erhalten, die ich nun in der zweiten Auflage nach Möglichkeit berücksichtigt habe und herzlich verdanke. Rafael Studer hat gleich mehrere Fassungen dieser Praxiseinführung intensiv durchgearbeitet und mit mir eingehend diskutiert; seine ihm eigene sprachliche und intellektuelle Hartnäckigkeit leistet seit sieben, acht Jahren ohnehin einen nicht überschätzbaren Beitrag zu meinen Publikationen. Der sprachlichen Richtigkeit des Textes haben das umsichtige Korrektorat von Christoph Meyer bei der ersten Auflage und das sorgfältige Lektorat von Marianne Bernard für die zweite

Auflage nochmals gutgetan. Daniel Hürlimann, Marc Thommen, Wendelin Hess und Beat Müller vom sui generis Verlag bin ich verbunden für die Aufnahme des Essays in ihre Buchreihe; dass diese Einführung nicht nur als herkömmlicher Print, sondern auch kostenlos als PDF über die Webseiten der schweizerischen Nationalbibliothek sowie über Google Books, OAPEN und suigeneris-verlag.ch erhältlich ist, freut mich mit Blick auf das Zielpublikum ganz besonders. Ohne all diese und zahlreiche andere zuträgliche berufliche und private Umstände, wären weder diese Schrift noch der Weg, der zu ihr geführt hat, möglich gewesen.

Widmen möchte ich den Essay in grosser Dankbarkeit meinem langjährigen Büropartner Beda Meyer Löhner, meinen langjährigen Büropartnerinnen Ingrid Indermaur und Magda Zihlmann sowie Rafael Studer: Die jahrelange Zusammenarbeit mit ihnen hat mich immer wieder gefordert und mannigfaltige Weiterentwicklungen befördert.

Zürich, im August 2021

Stephan Bernard

How to read this book

Die vorliegende Praxiseinführung ist kein herkömmliches rechtswissenschaftliches Lehrbuch, sondern soll praxisnah in den Beruf der Strafverteidigung einführen. Diesem Anspruch entsprechend, habe ich bewusst sowohl auf Ausführungen zu rechtlichen Details als auch einen Fussnotenapparat verzichtet. Weitergehende Hinweise finden sich in den Quellenangaben im Anhang.

In der Strafverteidigung hängen durchgehend einzelne Aspekte mit jeweils anderen zusammen. Eine lineare Darstellung erscheint wenig zielführend. Ich habe mich deshalb für eine Art spiralförmigen Aufbau entschieden und greife Themen im Verlauf des Buchs wiederholt auf. Dabei versuche ich sie unter variierenden Gesichtspunkten zu beleuchten.

Die Unschuldsvermutung, und damit das Prinzip *in dubio pro reo*, ist der rechtstaatliche Zentralnerv des Strafverfahrens. Steht der Verdacht gegen die beschuldigte Person nicht zweifelsfrei fest, so ist sie vor Gericht freizusprechen. Das I. Kapitel, das als Intro zu verstehen ist, geht daher anstatt einer herkömmlichen Einleitung anhand dieses Grundsatzes in groben Zügen der Frage nach, wie eine Strafuntersuchung in einer rechtsrealistischen Betrachtung abläuft. Pointiert wird aus Sicht der beschuldigten Person aufgezeigt, wie das Prinzip *in dubio pro reo* zu unterminiert werden droht und welche Rolle der Verteidigung zukommt. Dadurch soll ein Überblick über die gesamte Thematik geboten und der Boden für die weiteren Ausführungen dieser Einführung bereitet werden.

Nach dem Intro folgt der Erste Teil. Darin werden die Stellung und die zu fordernde Haltung von Strafverteidigerinnen behandelt. Zunächst werden drei unterschiedliche Verteidigungspersönlichkeiten mit ihrer Berufsauffassung vorgestellt (II. Kapitel). Dieser biographische Zugang trägt dazu bei, den Kern der Strafverteidigung herauszuschälen. Das III. Kapitel geht sodann auf die historische Entwicklung der professionellen Verteidigung in der Schweiz ein und verortet ihr heutiges Wirkungsfeld im rechtskulturellen Panorama der gegenwärtigen strafprozessualen Praxis. Hernach wird der Frage nachgegangen, was es effektiv heisst, die fremden Interessen der einer Straftat beschuldigten Person zu verteidigen (IV.). Das V. Kapitel stellt den Abschluss des Ersten Teils dar und umreisst die Aufgaben der Verteidigung im Innenverhältnis mit der beschuldigten Person und der Verteidigung ihrer Interessen gegen aussen.

Nach diesen grundsätzlichen Kapiteln zur Stellung und Haltung der Verteidigung folgen im Zweiten Teil Ausführungen zur Verteidigungspraxis. Das

VI. Kapitel konkretisiert die Möglichkeiten der Strafverteidigung zur Beeinflussung des Beweisergebnisses umfassend. Hernach wird im VII. Kapitel erörtert, wie dem Einzelfall angepasst dieses Ringen um den Sachverhalt mit rechtlichen Argumenten und einer rhetorischen Dimension sinnvoll zusammengeführt werden können. Die nächsten beiden Kapitel bieten einen Abriss über Besonderheiten bei spezifischen Verfahrenstypen. Zunächst wird das Verfahren bei strafrechtlichen Massnahmen beleuchtet (VIII.), danach Spezifika des Jugendstrafverfahrens (IX.).

Im X. Kapitel wird in Form eines Outros, basierend auf den vorangehenden Erkenntnissen, reflektiert, wie die Verteidigung ihre Rolle innerhalb des strafprozessualen Systems, klug *out of the box* und nicht als Dienst nach Vorschrift gemäss vorgegebenem Drehbuch wahrnehmen kann.

Weil diese Praxiseinführung insgesamt zum kreativen Vorgehen im Einzelfall ermutigen will, enthält sie bewusst keine Checklisten oder lange Ausführungen zu einzelnen Prozesssituationen. Ich bin der Auffassung, dass solche kochrezeptartigen Anleitungen den unterschiedlichen Fallkonstellationen nicht gerecht werden. Sie laufen überdies der Entwicklung des je nach Persönlichkeit zwingend unterschiedlichen Verteidigungsstils eher zuwider als dass sie ihr zupasskommen. Angestrebt habe ich demnach einen zwangsläufig persönlichen Blick auf ausgewählte Grundfragen. Dadurch möchte ich alle Kolleginnen und Kollegen trotz, oder gerade wegen der subjektiven Note ermuntern, ihre eigene professionelle Herangehensweise zu entwickeln. Was Strafverteidigung ist, bleibt zu einem beträchtlichen Teil individuell und verändert sich während eines Berufslebens laufend. Leitlinie ist mir dabei, dass eine gute Strafverteidigungstechnik nicht ohne fundierte Haltung, oder anders formuliert, nicht ohne ein konsistentes, persönliches Verteidigungsethos auskommt. Dabei halte ich es auch für unabdingbar, dass jede Strafverteidigerin sich kritisch mit rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Entwicklungen befasst und nicht zu affirmativ unterwegs ist. Wenn daher Ausführungen hier und da eine kritische Note gegenüber dem Status quo enthalten, ist dies nicht einem persönlichen Pessimismus geschuldet, sondern dem Anliegen, die Praxis im Sinne eines konsequenten Grundrechtsschutzes weiterzuentwickeln und die Leser zu ermuntern, ebenfalls in diese Richtung zu wirken. Nur so – dies ist meine feste Überzeugung – wird eine solide Basis für eine gute technische Berufsausübung gelegt.

Um sich den Kernthemen der Strafverteidigung anzunähern, empfehle ich Berufsanfängerinnen, Praktikanten, Studierenden und juristischen Laien eine erstmalige Lektüre des Buchs von vorne nach hinten. Weil Verteidigungsfragen stets auch von Güterabwägungen leben, zieht wohl einen

grösseren Gewinn für den Berufseinstieg daraus, wer den Text mit Kolleginnen und Kollegen in einer Lesegruppe gemeinsam und fortlaufend diskutiert. Beim späteren erneuten Konsultieren, respektive bei vertieften beruflichen Vorkenntnisse, kann es sinnvoll sein, wenn manche Kapitel oder Abschnitte separat gelesen werden.

Der Text setzt Grundkenntnisse des Strafverfahrens voraus. Wer nahezu keine Ahnung von der Thematik hat, namentlich juristischen Laien, empfehle ich, vorgängig zumindest das konzise Merkblatt auf www.strafuntersuchung.ch zu lesen. Bei grösserem Interesse kann die Lektüre des Buchs «Strafuntersuchung – was tun?» der Rechtsauskunft Anwaltskollektiv weiterhelfen. Beidenorts wird eingängig erklärt, was ein Strafverfahren in der Schweiz aus Sicht der Beschuldigten effektiv bedeutet. Das nötige Wissen wird anschaulich vermittelt. Diese Darstellungen sind, wie die vorliegende Einführung auch, nicht dem Blick der Strafjustiz, sondern demjenigen der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung, oder um das vorangestellte Sprichwort aufzugreifen, des Löwen und nicht des Jägers auf die Jagd verpflichtet. Sie möchten zu einem rechtsrealistischen Wissen aus Sicht der Rechtsunterworfenen und nicht der Rechtsunterwerfenden auf Strafverfahren beitragen.

Diese Praxiseinführung ist ein Arbeitsinstrument. Es soll kritisch gelesen, zum Nach- und Weiterdenken anregen. Ich würde mich sehr freuen, an solchen Entwicklungen teilzuhaben: bernard@advokaturaussersihl.ch.

Übersicht

Vorwort	V
How to read this book	VII
Übersicht	XI
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungen	XXI
<hr/>	
Intro	1
I. <i>In dubio pro reo?</i>	1
<hr/>	
Erster Teil	15
II. Max Alsberg, Jacques Vergès und Gerhard Strate	15
III. Strafverteidigung in der Schweiz: Historische Herleitung, rechtskulturelle Verortung und tatsächliches Handlungsumfeld	20
IV. Wahrung fremder Interessen, nicht eigener	26
V. Kernaufgaben der Strafverteidigung	38
<hr/>	
Zweiter Teil	47
VI. Einflussmöglichkeiten der Strafverteidigung auf das Beweisergebnis	47
VII. Massarbeit im Einzelfall: Ringen um den Sachverhalt, rechtliche Argumente und Storytelling	91
VIII. Spezifika bei strafrechtlichen Massnahmen – Strafverteidigung im Kampf gegen die eigene Entkernung	119
IX. Besonderheiten bei der Jugendstrafverteidigung	133
<hr/>	
Outro	143
X. Strafverteidigung im System, aber <i>out of the box</i>	143
<hr/>	
Zentrale Quellen – pour aller plus loin	155
Sach- und Personenregister	161

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
How to read this book	VII
Übersicht	XI
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungen	XXI

Intro	1
I. <i>In dubio pro reo?</i>	1
1. Rechtsgrundsatz und Rechtswirklichkeit	1
2. Der Ablauf des Strafverfahrens – eine rechtsrealistische Betrachtung	2
a) Im Vorverfahren: im Zweifel für die Strafverfolgung	3
aa. Die Gewichtung belastender und entlastender Tatsachen	3
bb. Die zahlreichen Hüte der Staatsanwaltschaft	4
cc. Exkurs: Belastungsperspektive psychiatrischer Expertinnen	5
dd. Schlussfolgerung	5
b) Im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren: <i>In dubio pro reo?</i>	6
aa. Vor Gericht: <i>In dubio pro reo?</i>	6
bb. Kognitive Täuschungen vor Gericht	6
cc. Primäre Emotionen und sekundäre rechtliche Berufssozialisation	6
dd. Zusammenfassung	7
c) Nach der Verurteilung: im Zweifel für die Sicherheit und wider die Freiheit	8
3. Und wo bleibt die Verteidigung?	9
a) Die Verteidigung als Sand im Getriebe	9
b) Verteidigen mit rechtlichen, tatsächlichen und narrativen Gegenargumenten	10
c) Faktische Wirkungsgrenzen der Verteidigung	12

Erster Teil	15
II. Max Alsberg, Jacques Vergès und Gerhard Strate	15
1. Max Alsberg: Kontrolle und Mitwirkung	15
2. Jacques Vergès: Verteidigung als gegenhegemoniale Praxis	17
3. Gerhard Strate: Die Verzahnung des Innen- und Aussenverhältnisses in der Strafverteidigung	18
4. Auf der Suche nach dem Kern der Strafverteidigung	19
III. Strafverteidigung in der Schweiz: Historische Herleitung, rechts-kulturelle Verortung und tatsächliches Handlungsumfeld	20
1. Welcher Dienst am Recht?	20
2. Professionalisierung der Strafverteidigung	21
3. Dominante Staatsanwaltschaft, entmachtete Gerichte, marginalisierte Verteidigung	23
a) Fort- und Rückschritte für Beschuldigtenrechte	23
b) Exkurs: Vereinheitlichte Strafprozessordnung – regionale Diversität	24
c) Insgesamt: Marginalisierung effektiver Verteidigung ...	25
IV. Wahrung fremder Interessen, nicht eigener	26
1. Verteidigung mit Ausbildungslücken	26
2. Die Entstehung von Mandatsverhältnissen	27
3. Unzureichende Qualitätskontrolle bei amtlichen Verteidigungen	29
4. Welche fremden Interessen?	31
5. Die Verteidigerin als <i>citoyenne und bourgeoise</i>	33
6. Verteidigung als ethische Praxis	35
V. Kernaufgaben der Strafverteidigung	38
1. Verteidigung im Innenverhältnis: Fürsorge und Beratung	38
a) Partnerschaftliche Verteidigung als Ausgangspunkt	38
b) Wissens- und Prozessberatung	39
c) Vertrauensverhältnis als Zentralnerv jeder wirkungsvollen Verteidigung	41
2. Verteidigung im Aussenverhältnis: Kontrolle und Mitwirkung	42
3. Entwicklung einer fallangepassten Verteidigungsstrategie	44

Zweiter Teil	47
VI. Einflussmöglichkeiten der Strafverteidigung auf das Beweisergebnis	47
1. Ausgangspunkte	47
a) Strafverfahren als zielgerichtete Sachverhalts- (re)konstruktion in einem rechtlichen Rahmen	47
b) Die Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Sachverhalts(re)konstruktion	49
2. Der Faktor Untersuchungshaft	50
a) Rechtsnormen und Rechtswirklichkeiten	50
b) Der Untersuchungshaftschock	53
c) Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht	54
d) Beschwerden gegen die Anordnung von Untersuchungshaft und Haftentlassungsgesuche	55
3. Beratung der Klientin zu ihrem Aussageverhalten: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?	57
a) Aussageverweigerung im Vorverfahren: Drei Faustregeln und ein Joker	58
aa. Erste Faustregel: Vor Akteneinsicht keine Aussage ..	58
bb. Zweite Faustregel: Nach Akteneinsicht im Zweifelsfall weiterhin schweigen	58
cc. Dritte Faustregel: Im Zweifel die Mitwirkung bei Beweisaufnahmen und psychiatrischen Explorationsgesprächen verweigern	58
dd. Der Joker: Aussageverweigerung als Verhandlungspfand	59
b) Vierte Faustregel: Fürs Hauptverfahren Aussageverweigerung hinterfragen	60
c) Einlassung oder Aussageverweigerung?	60
aa. These: Kein Königsweg für alle Freispruchverteidigungen	60
bb. Fünfte Faustregel: Der Unschuldige verteidigt sich vielfach besser redend	61
cc. These: Die Entscheidung zwischen erster und fünfter Faustregel ist intuitiv	62
d) Sechste Faustregel: Das Geständnis ist ein Eckpfeiler reiner Strafmassverteidigungen	63
e) Exkurs: Mandatsantritt nach getätigten Aussagen	64
f) Siebte und wichtigste Faustregel: Der Anwalt rät, die Klientin entscheidet und setzt um	65

4. Verteidigung als «Beweisaufnahmeverhinderin»	66
a) Ausgangspunkt	66
b) Beweisaufnahmeregeln und Beweisverwertungs- verbote	67
aa. Strafverfahren in rechtlichen Rahmen	67
bb. Zur Bedeutung fundierter Rechtskenntnisse der Verteidigung	67
cc. Beweisregeln zwischen Elastizität und Unverwertbarkeit	68
dd. Personalbeweise – Gratwanderungen der Verteidigung	70
ee. Zeitpunkt von Interventionen bei Beweis- aufnahmen	72
c) Siegelung als wirkungsvolles Verteidigungs- instrument	73
d) Verhandeln als Schlüsselkompetenz der Verteidigung	75
aa. Schnittstellen von Straf- und Zivilrecht	75
bb. Konsensuale Erledigungsformen	76
e) Exkurs: Sockelverteidigung	77
f) Zwischenfazit	78
5. Verteidigung als «Beibringerin entlastender Umstände»	79
a) (Pro-)aktive und nicht reaktive Rolle	79
b) Aktive Beteiligung der Verteidigung an Einvernahmen	81
c) Private Zeugenbefragung?	82
d) Inhaltliche Sachbeweiskontrolle und Sachbeweisermittlung	83
e) Beweis- und Verfahrensanträge	84
aa. Gestaltende Anträge der Verteidigung	84
bb. Chancen und Risiken	85
cc. Rechtlich und narrativ überzeugende Begründung von Anträgen	87
dd. Rechtsmittel	88
f) Zwischenfazit	89
6. Résumé	90
VII. Massarbeit im Einzelfall: Ringen um den Sachverhalt, rechtliche Argumente und Storytelling	91
1. Nochmals: Was ist eine kluge, einzelfallangepasste Verteidigungsstrategie?	91

- 2. **Das Plädoyer zwischen strafprozessualer Denkmalpflege und wirkungsvollem Verteidigungsinstrument** 93
 - a) Ausgangspunkt 93
 - b) Bedeutung des Plädoyers 94
 - c) Das Plädoyer als Bestandteil der Verteidigungsstrategie 96
 - d) Unterschiedliche kantonale Kulturen 98
 - e) Freie Rede oder schriftlich verfasstes Plädoyer? 99
 - f) Das Plädoyer ist kein einseitiges Urteil 101
 - g) Dauer des Plädoyers 103
 - h) Eventualanträge? 104
 - i) Weitere taktische Gesichtspunkte 105
 - j) Plädieren ist Massarbeit 105
 - k) Vom Plädoyer bis und mit Urteilsempfang 106
- 3. **Zuspitzung der gewählten Strategie nach dem erstinstanzlichen Urteil** 107
- 4. **Revision – ein unterschätztes Rechtsmittel?** 111
- 5. **Anwaltliche Medienarbeit – modischer Hype oder Notwendigkeit?** 113
 - a) Ausgangslage 113
 - b) Spektakelwert von Straffällen 113
 - c) Vom öffentlichen Gerichtshof zum Gerichtshof der Öffentlichkeit? 114
 - d) Formen und Mittel von Medien- und Öffentlichkeitsarbeit 116
 - e) Zwischenfazit 117
- 6. **Résumé** 117

VIII. Spezifika bei strafrechtlichen Massnahmen – Strafverteidigung im Kampf gegen die eigene Entkernung 119

- 1. **Enklave des Ausnahmezustandes?** 119
- 2. **Engagierte Verteidigung wider die massnahmenrechtliche Malaise** 121
- 3. **Die Weichenstellung im Vorverfahren: Psychiatrische Begutachtung** 122
- 4. **Hauptverfahren: Kritik der Expertise** 125
- 5. **Nach dem Verfahren ist vor dem Verfahren: Der Straf- und Massnahmenvollzug** 128
- 6. **Nachverfahren: Insistieren auf einen Strafprozess** 130
- 7. **Aus- und Seitenblick: Sicherheitsgesellschaftliche Gefahrenabwehr statt liberales Schuldstrafrecht** 132

IX. Besonderheiten der Jugendstrafverteidigung	133
1. Ausgangspunkte	133
2. Verteidigung und Klientin	135
a) Der Wille und die Interessen der Jugendlichen	135
b) Aufgabe der Jugendstrafverteidigung	136
3. Verteidigung und Eltern (gesetzliche Vertretung) der Klientin	137
a) Die Rolle der Eltern (der gesetzlichen Vertretung) in Jugendstrafverfahren	137
b) Umgang mit den Eltern (der gesetzlichen Vertretung)	139
4. Spezifika des Jugendstrafverfahrens	139
a) Jugendkriminalität, Jugendstrafrecht, Jugendstrafprozessrecht	139
b) Der Massnahmenvollzug beginnt im Untersuchungsverfahren	140
c) Formen der Verteidigungspartizipation am Verfahren	141
<hr/>	
Outro	143
X. Strafverteidigung im System, aber <i>out of the box</i>	143
1. Strategisches und taktisches Denken lernen und kultivieren	143
2. Zur Integration ausserjuristischer Zugänge ins Handwerk der Strafverteidigung	145
a) All dies und selbst das nicht – vom Nutzen systemischer Strukturen für die Strafverteidigung	147
aa. Binäre aristotelische Logik	147
bb. Doppelt negiertes Tetralemma	147
cc. Ein Anwendungsbeispiel	148
dd. Brachliegendes Potential	149
b) Die List als weiche Waffe der Strafverteidigung	150
aa. List in der Strafverteidigung als gelebte Praxis und blinder theoretischer Fleck	150
bb. Listblinde, abendländische Moderne	151
cc. Strategeme in Verteidigungskonstellationen	152
dd. List der Strafverteidigung jenseits von Moraldilemmata	153
<hr/>	
Zentrale Quellen – pour aller plus loin	155
Sach- und Personenregister	161

Abkürzungen

Abs.	Absatz
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration
Art.	Artikel
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte
BtmG	Betäubungsmittelgesetz
BV	Bundesverfassung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f.	folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
JStPO	Jugendstrafprozessordnung
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht
lit.	litera
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
S.	Seite
StPO	Strafprozessordnung
StGB	Strafgesetzbuch
SVG	Strassenverkehrsgesetz
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Intro

I. *In dubio pro reo?*

1. Rechtsgrundsatz und Rechtswirklichkeit

Bereits vor vierhundert Jahren galt beim damaligen Basler Stadtkonsulenten, «*dass besser seye, zehen Schuldige, die man nicht genugsam überzeugen kann, laufen zu lassen, als einen Unschuldigen zu verdamen*» (zitiert nach Stefan Suter, Die strafrechtlichen *Bedenckhen* der Basler Stadtconsulenten [1648–1898], Zürich/Basel/Genf 2006, S. 226 f.). Dies zeigt exemplarisch, dass die Unschuldsvermutung und damit der Grundsatz *in dubio pro reo* tief in das europäische Rechtsdenken eingeschrieben und ein Eckpfeiler im Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaates ist. Nach wie vor gilt, dass die beschuldigte Person im Zweifelsfall vor Gericht freizusprechen ist, wenn sich der Verdacht gegen sie nicht erhärten lässt. Der Grundsatz *in dubio pro reo* dient als Beweiswürdigungsregel und überdies als Beweislastregel. Das Gericht darf sich nicht von einem Sachverhalt überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen bleiben, ob sich der Sachverhalt effektiv verwirklicht hat. Als Beweislastregel bedeutet *in dubio pro reo*, dass das Gericht Tatsachen, die vor dieser Massgabe nicht erstellt werden konnten, zugunsten der beschuldigten Person fingieren muss. Die beschuldigte Person ist sodann freisprechen, wenn nicht sämtliche schuld- und strafbegründenden Tatsachen nachgewiesen werden können.

Dieses Prinzip wird in Art. 6 Ziff. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) sowie in Art. 10 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO) verankert. Er ist gleichsam der rechtsstaatliche Zentralnerv eines Strafverfahrens. Eng damit zusammen hängt das Recht, sich in einem Strafverfahren nicht selbst belasten zu müssen, das heisst vor allem auch das Recht, die Aussage zu verweigern (Nemotetur-Grundsatz, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II). Erfolgt keine Aussage, darf dies nicht zum Nachteil der beschuldigten Person gewertet werden; gibt es kein anderes belastbares Beweismittel, hat im Zweifel ein Freispruch zu erfolgen.

Der Schriftsteller Javier Marias zieht in seinem Roman «Dein Gesicht morgen» indessen in Zweifel, ob solche Rechtsgrundsätze auch Rechtswirklichkeit sind (Stuttgart 2004, S. 11 f.): *«Es ist bezeichnend, wie das Gesetz darauf hinweist, höchst seltsam, wie es uns schützt, sich die Mühe macht: Wenn jemand verhaftet wird, zumindest im Film, erlaubt man ihm zu schweigen, denn «alles, was Sie sagen, kann fortan vor Gericht gegen Sie verwendet werden», teilt man ihm sogleich mit. In dieser Warnung liegt die sonderbare – oder unschlüssige, widersprüchliche – Absicht, ein ganz und gar schmutziges Spiel zu spielen. Das heisst, man informiert den Angeklagten, dass die Regeln fortan schmutzig sein werden, man verkündet ihm oder ruft ihm in Erinnerung, dass man ihn wie auch immer in die Enge treiben und seine möglichen Ungeschicklichkeiten, Widersprüche und Irrtümer ausnutzen wird – er ist kein Verdächtiger mehr, sondern ein Angeklagter, dessen Schuld man beweisen, dessen Alibis man zu zerpfücken trachten wird, er kann nicht mehr mit Unparteilichkeit rechnen, nicht zwischen heute und dem Tag, da er vor Gericht erscheint, jedes Bemühen ist auf das Beschaffen von Beweisen für seine Verurteilung gerichtet, jedes Überwachen und Zuhören und Nachforschen und Ermitteln auf das Erlangen von Hinweisen, die ihn belasten und den Entschluss, ihn zu verhaften, untermauern.»*

Javier Marias ist kein Rechtssoziologe, er ist Romancier. Doch selbst vor dem Hintergrund seiner Skepsis lohnt es sich zu Beginn einer Einführung in die Strafverteidigung nicht, einen Präzisionsbeitrag zum normativen Gehalt dieses Prinzips zu liefern. Dazu gibt es viele hervorragende Publikationen. Es ist vielmehr von seiner Vermutung ausgehend nachzuspüren, wie weit der Rechtsgrundsatz hierzulande auch Rechtswirklichkeit ist und wo Schwierigkeiten seiner praktischen Umsetzung auftreten. Diese Zugangsweise ermöglicht in einer Art Überblick zunächst den rechtsrealistischen Ablauf des Strafverfahrens und hernach die wesentlichen Grundthemen der Verteidigungsarbeit initial pointiert zu berühren.

2. Der Ablauf des Strafverfahrens – eine rechtsrealistische Betrachtung

Die nachfolgende rechtsrealistische Darstellung des Strafverfahrensablaufs erfolgt aus dem Blickwinkel der beschuldigten Person, nicht derjenigen der Strafjustiz. Diese Sichtweise der Rechtsunterworfenen und nicht der Rechtsunterwerfenden dient als gedanklicher Ausgangspunkt, um hernach die Aufgabe der Verteidigung überhaupt konturieren zu können.

a) Im Vorverfahren: im Zweifel für die Strafverfolgung**aa. Die Gewichtung belastender und entlastender Tatsachen**

Nach der gesetzlichen Konzeption hat die Staatsanwaltschaft, welche das Vorverfahren leitet (Art. 16 Abs. 2, Art. 308 StPO), in der Untersuchung und bei der Beweisaufnahme belastenden und entlastenden Tatsachen gleichermaßen nachzugehen (Art. 6 Abs. 2 StPO). Die Struktur des Strafverfahrens erschwert dies sehr. Strafprozessrechtliche Vorverfahren (Art. 299 ff. StPO) beginnen in der Regel entweder mit einer Anzeige oder einem Strafantrag einer Privatperson bei der Polizei, beziehungsweise Staatsanwaltschaft (Art. 301 ff. StPO) oder einem polizeilichen Ermittlungsverfahren (Art. 306 f. StPO). Das polizeiliche Ermittlungsverfahren bewegt sich an der Schnittstelle der polizeilichen Gefahrenabwehr nach kantonalem Recht sowie der Polizei als Hilfskraft der Staatsanwaltschaft gemäss eidgenössischer Strafprozessordnung. Die Parteirechte der beschuldigten Person gemäss der Strafprozessordnung kommen grösstenteils noch nicht zum Tragen. Erst wenn ein Strafverfahren eröffnet wird, gibt es auch eine beschuldigte Person (Art. 111 StPO) mit daraus resultierenden Parteirechten. Zu Beginn des darauffolgenden staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens (Art. 308 ff. StPO) muss ein hinreichender Tatverdacht als Hypothese vorliegen, ansonsten die Staatsanwaltschaft die Untersuchung nicht formell eröffnet (Art. 309 StPO). Diese Untersuchungshandlungen eines Strafverfahrens, mit den weitreichenden Zwangsmassnahmen, die markant in die Grundrechte der beschuldigten Person eingreifen (Art. 196 StPO), wie insbesondere Untersuchungshaft (Art. 224 ff. StPO) oder geheime Überwachungen (Art. 269 ff. StPO), stehen in einem denk- und begriffsnotwendigen Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung.

Aufgrund des Bestätigungsfehlers, wonach man nur hört und sieht, was man bereits zu wissen glaubt (selektive Wahrnehmung), werden die Staatsanwaltschaft und die Polizei als deren Hilfskraft über diesen Umstand hinaus belastende Tatsachen regelmässig stärker gewichten als entlastende. Zumal Erstere aufgrund des Grundsatzes im Zweifelsfall am Ende der Untersuchung einen Strafbefehl, also eine Art Urteil in eigener Regie, zu erlassen oder beim Gericht anzuklagen, im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens über Schuld- und Strafpunkt zu verhandeln, nicht aber das Verfahren einzustellen hat (Art. 317 ff. StPO). An das Prinzip der Unschuldsvermutung sind lediglich die Gerichte gebunden, während die Staatsanwaltschaft im identischen Zweifelsfall der Strafverfolgung und dem staatlichen Strafanspruch verpflichtet ist.

bb. Die zahlreichen Hüte der Staatsanwaltschaft

Nach Abschluss des Vorverfahrens vertritt die Staatsanwaltschaft die Anklage als Partei vor Gericht (Art. 16 Abs. 2, Art. 337 StPO). Zwar ist ihre persönliche Teilnahme an der Hauptverhandlung nur bei einem Antrag auf eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr beziehungsweise auf Geheiss des Gerichts zwingend (Art. 337 Abs. 3 und Abs. 4 StPO). Weil die Staatsanwaltschaft aber von Anfang an um die Parteistellung vor Gericht weiss, hat sie eine mögliche Anklage bei der Untersuchung stets vor Augen, selbst wenn sie am Ende nicht vor Schranken erscheinen muss. Es liegt daher nahe, dass die Untersuchung tendenziell darauf angelegt ist, den Verdacht zu untermauern und nicht zu entkräften. In der praktischen Umsetzung steht die staatsanwaltschaftliche Doppelrolle als neutrale Untersuchungsleiterin im Vorverfahren einerseits und als einseitige Anklägerin mit Parteistatus im Hauptverfahren andererseits in einem latenten Widerspruch. Diese Konzeption führt dazu, dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren auch als (potentielle) Anklägerin und nicht bloss als neutrale Beweissammlerin agiert.

Es kommen als weitere staatsanwaltschaftliche Rollen dazu: die Verhandlungspartei im abgekürzten Verfahren bei gleichzeitiger Verhandlungsleitung sowie die Einzelrichterin mit beträchtlicher Urteilskompetenz im Strafbefehlsverfahren. Strafbefehle sind mit bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe möglich und können ohne Einvernahme der beschuldigten Person und anwaltlichen Beistand erfolgen (Art. 352 StPO). In abgekürzten Verfahren sind Aushandlungsprozesse mit den Parteien bei Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren zulässig (Art. 358 Abs. 2 StPO); wobei hier die beschuldigte Person immerhin verteidigt sein muss (Art. 130 lit. e StPO). Bei der geplanten Revision der Strafprozessordnung steht derzeit überdies zur Diskussion, die bisherige, weit ausgedehnte Strafbefehlskompetenz etwas einzugrenzen. An der Grundanlage wird sich allerdings kaum etwas ändern. Die beiden Verfahrensarten sind der Gewichtung entlastender Tatsachen definitiv nicht zuträglich: Verhandlungen im abgekürzten Verfahren oder die Redaktion eines Strafbefehls beziehungsweise einer Anklage sind für die Staatsanwaltschaft weit effizienter als das Verfassen einer wohlbegründeten Einstellungsverfügung (Art. 319 StPO). Dies gilt insbesondere, wenn vonseiten der Privatkläger Rechtsmittel drohen und diese ihre Teilnahme am Verfahren ausdrücklich erklärt haben (Art. 118 StPO). Es ist empirisch erwiesen, dass die Intensität der Strafverfolgung mit dem Auftreten von Privatklägerinnen in Strafverfahren steigt, da sie volle Parteirechte haben (Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO). Beispielsweise können sie mit Beweis- und Verfahrensanträgen Druck auf die Untersuchungsbehörden erzeugen.

Überdies wird die Staatsanwaltschaft in der Öffentlichkeit, vermittelt beispielsweise durch Medien und Filme, entgegen der gesetzlichen Konzeption ohnehin als einseitige Anklägerin wahrgenommen. Nur eine Verurteilung der beschuldigten Person wird als Erfolg von ihr angesehen. Diese Sicht färbt fast zwangsläufig auf das berufliche Selbstverständnis ab. Aus all diesen Gründen kann grundsätzlich nicht damit gerechnet werden, die Staatsanwaltschaft gehe entlastenden Tatsachen mit gleicher Akribie nach wie belastenden Momenten.

cc. Exkurs: Belastungsperspektive psychiatrischer Expertinnen

Die Belastungsperspektive droht auch sonst perpetuiert zu werden. Ein zentrales Beispiel sind heute psychiatrische Gutachten. Diese werden in vielen Kantonen im Vorverfahren von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegeben. Ihre Begutachtung stützt sich im Wesentlichen auf Akten, deren Festschreibungen bei der Prognose im Sinne einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung reproduziert werden. Obwohl in dem Zeitpunkt der Sachverhalt an sich noch nicht feststeht, sondern erst abgeklärt wird. Die Gutachten sind beispielsweise betreffend Risikoprognosen daher meist der Belastungsperspektive verfangen. Die Anordnung und Wahl einer Massnahme hängt entscheidend davon ab, zu welchem Schluss eine solche Expertise gelangt. Die Bandbreite ist weit und reicht von weniger invasiven ambulanten Massnahmen (Art. 63 StGB) über stationäre Suchtbehandlungen (Art. 60 StGB) hin zu stationären Massnahme nach Art. 59 StGB, die *ad infinitum* verlängert werden können, bis sogar zu Verwahrungen nach Art. 64 StGB.

dd. Schlussfolgerung

Insgesamt neigt die strukturelle Anlage des von der Staatsanwaltschaft geleiteten Vorverfahrens dazu, Tatsachen zum Nachteil der beschuldigten Person stärker zu gewichten als solche, die ihr zum Vorteil gereichten. Am Ende droht diese Sicht in einem Strafbefehl oder einer Anklage im abgekürzten Verfahren festgeschrieben zu werden. Dies ist bedeutend, weil Verfahren oft nicht mehr in einem ordentlichen Hauptverfahren zum Gericht gelangen. Seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung werden über 95 Prozent aller Fälle ohne gerichtliches Hauptverfahren entschieden. Die allermeisten Fälle münden in einem Strafbefehl (Art. 352 ff. StPO). Andere werden in einem abgekürzten Verfahren mit einem rudimentären Hauptverfahren und dem Gericht als eine Art Genehmigungsinstanz abgeschlossen (Art. 358 ff. StPO). Die gerichtliche Anklage mit einem ordentlichen Hauptverfahren (Art. 328 ff. StPO) ist statistisch zur Rarität verkommen. Immerhin bleibt das Gericht bei schweren Strafandrohungen stets zuständig.

b) Im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren: *In dubio pro reo*?

aa. Vor Gericht: *In dubio pro reo*?

In Anbetracht des Bedeutungsverlustes des gerichtlichen Hauptverfahrens, ist die strukturelle Belastungsperspektive im Vorverfahren sehr problematisch. Sie könnte ansatzweise verkraftet werden, wenn zumindest die Gerichte im ordentlichen Hauptverfahren strikt nach dem Grundsatz *In dubio pro reo*, das heisst bei Zweifeln am Sachverhalt für die beschuldigte Person, richten würden. Immerhin hat jeder Beschuldigte an sich weiterhin die Möglichkeit, auf einem ordentlichen Gerichtsverfahren zu bestehen. Indessen zeigt die Praxis, dass die Anwendung der Unschuldsvermutung selbst für die Gerichte nicht leicht umsetzbar ist.

bb. Kognitive Täuschungen vor Gericht

Empirische Untersuchungen fördern zutage, dass eine Tendenz der Gerichte besteht, Anklagen als bestehende Untersuchungshypothese und gesetzten Anker zu bestätigen (Bestätigungs- und Ankereffekt). Aufgrund des sogenannten Rückschaufehlers wird besonders bei Fahrlässigkeitsdelikten oder bei der Annahme von Eventualvorsatz häufig die Vorhersehbarkeit überschätzt und mit der möglichen Betrachtung im Nachhinein vermengt. Am Richterpult ist man klüger als in der Hitze des Alltagsgefechts. Gerichte überschätzen regelmässig die Anklage bestätigender Informationen ebenso systematisch, wie sie die Anklage widerlegender Informationen unterschätzen und von dem einseitigen Bild der Untersuchungsakten geprägt werden. Diese Tendenz akzentuiert sich seit Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung, da vor Gericht kaum Beweise abgenommen werden und das gerichtliche Hauptverfahren einem Aktenprozess gleicht. Das Verfahren ist sogenannten beschränkt unmittelbar; dem Gericht steht ein grosses Ermessen zu, welche Beweise es selbst abnimmt (Art. 343 StPO). Dazu kommt, dass Untersuchungshaft im internationalen Vergleich in der Schweiz häufig angeordnet wird und eine nicht zu unterschätzende vorverurteilende Wirkung zeitigt.

cc. Primäre Emotionen und sekundäre rechtliche Berufssozialisation

Nach dem Grundsatz «Im Zweifel für die Beschuldigte» statt nach dem Motto «Wo Rauch ist, ist auch Feuer» richten, setzt eine Abstraktion von Gefühlen und einen rationalen Zugang zum Fallentscheid voraus. Dies läuft primären emotionalen Impulsen zuwider. Juristinnen und Juristen meinen oft, dies sei für sie unproblematisch. Sie pflegen in ihrem Selbstbild häufig eine naive Wertungsabstinenz. Allerdings dürfen Emotionen und die psychische Kon-

stitution von Richtern für die Urteilsfindung keinesfalls unterschätzt werden. Sie sind weit wirkungsmächtiger, als gemeinhin unter Juristen angenommen wird, und verdrängen oft die sekundäre, rechtlich-rationale Berufssozialisation. Bei Entscheidungen spielen neben dem bewussten Willen viele unbewusste Antriebe eine Rolle. Weder der Verstand noch die Gefühle geben allein den Ton an, sondern alles steht in einer komplexen Wechselwirkung.

Gerade bei einem emotional aufgeladenen Rechtsgebiet – wie etwa dem Sexualstrafrecht – kann diese Wechselwirkung besonders zum Tragen kommen. Typischerweise gibt es in solchen Fällen wenige oder keine Sachbeispiele und meist keine unabhängigen Zeugen, sondern nur die Aussagen der Beteiligten. Dieser Umstand macht die Würdigung der erhobenen Beweise ganz grundsätzlich heikel. Die Beweiswürdigung erfolgt in unserer Rechtskultur grundsätzlich frei. Das heisst, sie basiert letztlich auf der subjektiven richterlichen Überzeugung und lässt damit grosse Ermessensspielräume zu (Art. 10 Abs. 2 StPO). Der Unschuldsvermutung nachzuleben, kann für Gerichte schwierig sein, gerade wenn die Privatklägerschaft persönlich sympathisch ist und umgekehrt die beschuldigte Person richterliche Vorurteile weckt. Der Grundsatz «Im Zweifel für den Beschuldigten» bedeutet spiegelbildlich im Zweifel gegen die Privatklägerschaft. Dieser Entscheid kann Mühe bereiten, ist man doch gleichsam im emotionalen Impuls näher beim leidenden Menschen und urteilt aus Empathie eher zugunsten des (vermeintlichen) Opfers, gerade wenn die Sympathien eindeutig verteilt sind. Die richterliche Verpflichtung zum Zweifeln ist allerdings nicht nur in diesen Fällen schwierig umsetzbar. Zweifeln liegt den meisten Menschen nicht; man fühlt sich rasch verunsichert. Verunsicherung wiederum wird als unangenehm empfunden; deshalb wird rasch eine Gewissheit gesucht.

dd. Zusammenfassung

Insgesamt erstaunt nicht, dass Verurteilungen nach erfolgter Überweisung ans Gericht deutlich mehr vorkommen als Freisprüche. Letztere sind Ausnahmen, welche die Regel bestätigen. Es ist zwar durchaus sachgerecht, dass nicht wegen jedes entfernten und untergeordneten Zweifels ein Freispruch resultieren kann. Aber die Hürde, wann Zweifel als für einen Freispruch ausreichend angenommen werden, legt die Justiz tendenziell hoch an – höher, als Laien meist meinen. Im Ergebnis braucht es demnach doch sehr gewichtige Zweifel am Anklagevorwurf, damit ein Freispruch resultiert. Der Grundsatz *in dubio pro reo* droht daher in einer rechtstatsächlichen Betrachtungsweise nicht nur im Vorverfahren, sondern auch im gerichtlichen Hauptverfahren unterlaufen zu werden. Das Strafverfahren ist insgesamt strukturell auf einen Schuldspruch angelegt.

Es kommt dazu, dass bei einem Geständnis, mithin bei Anerkennung des Vorwurfs, kaum je eine eigentliche Beweiswürdigung erfolgt. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Gerichte unterlassen eine seriöse Prüfung oftmals. In aller Regel, ausser bei offenkundig unzutreffenden Geständnissen, wird dies von der Strafjustiz als ausreichender Beweis für den Verdacht angenommen; schon nur, weil damit weitere Untersuchungs- und damit auch Arbeitshandlungen obsolet werden. Diese Unterlassung steht im Gegensatz zum Gesetz, das aufgrund der freien Beweiswürdigung die Überprüfung auch eines anerkannten Vorwurfs vorsehen würde (Art. 10 Abs. 2 StPO). Im schweizerischen Strafverfahren herrscht sodann, insbesondere wegen der häufig angeordneten Untersuchungshaft, faktisch ein hoher Geständnisdruck. Untersuchungshaft ist gerade für strafverfahrensunerprobte Menschen eine hohe Belastung. Sie führt dazu, alles zu unternehmen, was ein baldiges Ende des Freiheitsentzugs verspricht. Daraus resultiert die Versuchung, ein falsches Geständnis abzulegen, denn davon wird eine rasche Entlassung erhofft. Es erstaunt daher nicht, dass es wohl zu mehr Fehlurteilen zuungunsten der beschuldigten Person kommt, als gemeinhin angenommen wird. Auch das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht oder dem Bundesgericht zementiert strukturell aus denselben Gründen tendenziell eine Belastung; zumal dort ebenfalls kaum Beweisabnahmen erfolgen.

In dubio pro reo? Die Rechtswirklichkeit droht sich immer wieder vom Rechtsgrundsatz wegzubewegen. Ein Eckpfeiler des demokratischen Rechtsstaates steht auf den zweiten Blick weniger fest in der Rechtslandschaft, als *prima vista* angenommen wird.

c) Nach der Verurteilung: im Zweifel für die Sicherheit und wider die Freiheit

Ist es zu einer Verurteilung gekommen, können angeordnete strafrechtliche Massnahmen weiter in die Rechtsstellung der beschuldigten Person eingreifen. Ist beispielsweise eine stationäre therapeutische Massnahme angeordnet, droht eine Verlängerung der Haft, die keine absolute zeitliche Limitierung kennt (Art. 59 Abs. 4 StGB). In den sogenannten Nachverfahren (Art. 363 ff. StPO) wird gestützt auf verwaltungsrechtliche Vollzugsakten und Expertenmeinungen, insbesondere psychiatrische Expertisen, geprüft, ob eine Verlängerung indiziert ist. Besonders problematisch ist zudem, dass ursprünglich ambulant angeordnete Massnahmen oder reine Freiheitsstrafen vor ihrem Ablauf in stationäre Massnahmen oder gar Verwahrungen umgewandelt werden können (Art. 63b Abs. 5 StGB; Art. 65 Abs. 1 StGB).

Diese Flexibilisierung des Straf- und Massnahmenvollzugs ritzt an dem Rechtssicherheit garantierenden Prinzip der Rechtskraft. Dieses wird fak-

tisch unterminiert, wenn die verurteilte Person sich im Zeitpunkt des Urteilspruchs nicht mehr darauf verlassen kann, wie lange ihr die Freiheit entzogen bleibt. Es führt eine polizeirechtlich geprägte Präventionslogik Regie. Dominiert werden diese Verfahren nach der Verurteilung durch die Perspektive des Strafvollzugs, der sich zunehmend an den (gefühlten) Sicherheitsanliegen der Allgemeinheit und nicht an den Grundrechten der Betroffenen orientiert. Nach der Verurteilung zu einer Massnahme, aber auch zu einer Freiheitsstrafe, droht der Freiheitsentzug deshalb über das schuldangemessene Mass hinaus anzudauern.

3. Und wo bleibt die Verteidigung?

Die kritische Leserin wird sich bei der Lektüre gefragt haben, wo bei der ganzen Argumentationskette nun die Verteidigung bleibt. Es erstaunt etwas, wenn die Verteidigung in einer Praxiseinführung in die Strafverteidigung zu Beginn so lange ausgeblendet wird. Der gewählte Aufbau soll zeigen, dass das Strafverfahren in seiner tatsächlichen Ausprägung strukturell einer gut geschmierten Maschinerie gleicht, die Richtung Verurteilung rollt, und eine Entlassung bisweilen selbst nach Verbüßung der schuldangemessenen Strafe gar nicht so einfach ist.

a) Die Verteidigung als Sand im Getriebe

Die Verteidigung kommt gedanklich gleichsam später dazu, im besten Fall als eine Art Sand im Getriebe. Sie ist der einzige Beistand, der einem beschuldigten Individuum in der Abwehr gegen einen gut organisierten Justizapparat zur Seite steht. Sie verteidigt Menschen und keine Taten. Ihre Aufgabe besteht nach Art. 128 StPO darin, einseitig für die Rechte der beschuldigten Person einzustehen. Sie hat in ein faires Verfahren, Verfahrensgarantien (Art. 6 EMRK, Art. 29 ff. BV, Art. 3 StPO) und die daraus resultierenden Informations- und Mitwirkungsrechte sicherzustellen. Zentral sind dabei Teilnahmerechte an Beweisaufnahmen (Art. 147 Abs. 1 StPO), das Recht auf Beweisanträge (Art. 318 Abs. 1, Art. 331 Abs. 2, Art. 345, Art. 389 Abs. 3 StPO), das Recht auf Information über den Tatvorwurf sowie die Beschuldigtenrechte (Art. 158 Abs. 1 StPO), das Akteneinsichtsrecht (Art. 101 Abs. 1 StPO) sowie das rechtliche Gehör, welches sich nebst der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention auch konkret aus Art. 107 StPO ergibt.

Im Einzelfall mag es sinnvoll sein, wenn die Verteidigung ein Mandat nicht annimmt oder niederlegt, weil sie wegen eines Tatvorwurfs in ein persönliches Moraldilemma gerät. Eine Verteidigung *contre cœur* hilft keiner beschuldigten Person. Im Grundsatz aber sind zu grosse Berührungs-

ängste mit Tabumandaten respektive eine punitive Grundhaltung für eine Verteidigerin ungünstig und man wendet sich besser anderen Rechtsgebieten zu. Eine strafrechtskritische, grundrechtsaffine Haltung und die konsequente Bereitschaft, sich für Menschen ohne Lobby einzusetzen, kommt dagegen der engagierten Verteidigung in ihrer Arbeit zupass. Denn sie muss jedes konkrete Verfahren, den Rechtsstaat und sich selber in ihrem beruflichen Wirken stets aufs Neue am Massstab des beschuldigten Menschen messen.

Dies bedingt zunächst eine intensive, partnerschaftliche Auseinandersetzung mit dem eigenen Mandanten und eine fundierte Beschäftigung mit seiner Sicht auf den Tatverdacht und das Verfahren. Die Aufgabe der Verteidigung besteht sodann unabhängig vom Tatvorwurf darin, bis an die Grenzen des rechtlich Zulässigen die Interessen einer beschuldigten Person zu optimieren. Just in dieser konsequent einseitigen Interessenwahrung besteht der Beitrag zur Rechtsfindung und konkreten Gerechtigkeit. Nur ein Urteil, welches auf einer maximalen Interessenvertretung der Verteidigung für die Belange der beschuldigten Person basiert und alle entlastenden Gesichtspunkte tatsächlich berücksichtigt, kann fair sein. Denn ohne ausreichende Berücksichtigung dieses Standpunkts, drohen die Unschuldsvermutung und die Beschuldigtenrechte unterminiert zu werden.

b) Verteidigen mit rechtlichen, tatsächlichen und narrativen Gegenargumenten

Eine der Grundaufgaben der Verteidigung besteht darin, selber an der Belastungsperspektive zu zweifeln und Zweifel zu säen. Nur so kann die Verteidigung der Unschuldsvermutung zum Durchbruch verhelfen. Wie im Einzelfall Zweifel gesät werden, bedarf einer Verteidigungsstrategie. Darunter ist nicht eine abschliessende Konzeption, sondern eine rollende Planung zu verstehen, die in partnerschaftlicher Absprache mit der eigenen Mandantin immer wieder aufs Neue zu entwerfen ist. Für die Planung muss sich die Verteidigung proaktiv und nicht erst reaktiv die nötige Zeit nehmen. Die Strategie muss sich den wechselnden Gegebenheiten eines Strafverfahrens anpassen; der Verteidigungsphantasie sind dabei grundsätzlich keine Grenzen gesetzt. Es soll zwar keinem kopflosen Aktionismus das Wort geredet werden; das Vorgehen sollte stets wohlüberlegt und nicht vorschnell sein. Dennoch stünde der helvetischen Verteidigungslandschaft ein Schuss mehr an frecher Kreativität und an Mut zum klugen Unkonventionellen gut an. Oft ist die Verteidigung hierzulande zu passiv, defensiv und konfliktscheu. Wie die Verteidigung dabei vorgehen kann, welche Instrumente ihr wann zur Verfügung stehen, was klug ist und vieles mehr, ist der Gegenstand dieser Praxiseinführung.

Für das vorliegende Intro muss daher in der hier noch gebotenen Kürze folgendes genügen: Bereits im Vorverfahren kann man mit Beweisanträgen, einem gut begründeten Antrag auf Einstellung des Verfahrens (Art. 319 StPO) oder anderer Mitwirkung möglicherweise einiges auslösen. Auch beispielsweise die Beratung der beschuldigten Person, ob sie zur Sache aussagen, gestehen oder schweigen soll, ist zentral; denn ihrem Aussageverhalten kommt vielfach eine entscheidende Bedeutung zu. Und ohnehin beginnt die Verteidigungsarbeit nicht erst vor Gericht, sondern sinnvollerweise bereits mit der Untersuchungseröffnung. Denn kommt es zu einer Anklage, wird die Sache deutlich schwieriger. Es macht daher Sinn, alles zu versuchen, um ein Gerichtsverfahren zu verhindern und eine Einstellung des Verfahrens im Vorverfahren zu erwirken.

Mit der Anklageerhebung (Art. 324 ff. StPO) beginnt die Vorbereitung der Hauptverhandlung. In diesem Stadium hat die Verteidigung ihre Strategie nochmals zu überdenken. Sie hat mit der beschuldigten Person nochmals zu erörtern, ob sie sich jetzt zur Sache einlässt oder nicht, sie hat erneut (Beweis-) Anträge in Erwägung zu ziehen, und sie sollte sich allenfalls auch fragen, ob es sinnvoll ist, eine Art schriftliche Gegendarstellung vor der Hauptverhandlung einzureichen. So können allenfalls Zweifel gesät und kann dem staatsanwaltlichen Anklageanker etwas entgegengesetzt werden. Denn an der Verhandlung selbst – im Plädoyer – reicht es für einen Freispruch meist nicht, bloss Zweifel zu säen und auf den Grundsatz *in dubio pro reo* hinzuweisen.

Sinnvollerweise ist spätestens vor Gericht, allenfalls auch schon im Vorverfahren, eine Art Gegengeschichte zur Untersuchungshypothese zu deponieren, sofern dies aufgrund der Aktenlage möglich ist. Man muss sich dabei auch mit möglichen belastenden Argumenten auseinandersetzen und diese zu entkräften versuchen. Gerichte neigen stark dazu, oft nicht schon dann freizusprechen, wenn die Anklage nicht plausibel ist, sondern erst dann, wenn sich aus dem Prozessstoff eine gleich plausible oder plausiblere Alternativgeschichte zur Anklage ergibt. Dabei ist unter einer Alternativgeschichte meist nicht eine völlig andere Version der Ereignisse als die Untersuchungshypothese oder später die Anklage zu verstehen, sondern eine Darstellung, die sich davon in wenigen, aber entscheidenden Gesichtspunkten unterscheidet. Rechtliche Argumente, technische und taktische Hilfsmittel, sind daher in eine gesamthaft konzipierte Verteidigungsstrategie einzuordnen. Gerade rechtlich soll man dabei durchaus präzise in der juristischen Argumentation bleiben, um zu überzeugen und professionelle Anschlussfähigkeit an die Justiz zu markieren.

Es macht indessen Sinn, nicht nur von rechtlichen und technischen Argumenten auszugehen, sondern das Strafverfahren auch als Feld kon-

kurrierender Erzählungen zu betrachten. Dabei ist ein sinnvoller Ausgangspunkt, sich zu vergegenwärtigen, welche für den Mandanten maximal denkbare negative Geschichte sich aus den Akten ergibt, und zu versuchen, diese für sich als Arbeitsgrundlage auf einige Sätze herunterzubrechen. Solange man dafür längere Ausführungen benötigt, ist dies ein Anhaltspunkt, dass man nicht erfasst, was dem Mandanten wirklich droht; und solange sollte man noch keine entscheidenden Weichen stellen.

Erst wenn man diese Untersuchungshypothese wirklich auf wenige Punkte reduzieren kann, ist der Entwurf des eigenen Verteidigungsstandpunkts, ebenfalls in einigen Sätzen, möglich. Sitzt diese kurze eigene Darstellung, macht es Sinn, deren zentralen Eckpunkte für sich auch schriftlich auszuformulieren. Diese sollten sodann der rote Faden der Verteidigungsarbeit sein, der nach Möglichkeit konstant und sinngemäss, nie aber plump oder zu direkt vorgebracht wird und nötigenfalls bei wechselndem Beweisergebnis moderat zu überarbeiten ist. Rechtliche und technische Argumente müssen sorgfältig aufbereitet sein und dürfen der Verteidigungsgeschichte nicht widersprechen. Solide Rechts- und Aktenkenntnisse sind unabdingbar. Vielfach unterscheidet sich dann der Verteidigungsstandpunkt von der Untersuchungshypothese oder später der Anklage effektiv um eine rechtliche oder sachliche Nuance, die sich aber bezüglich des Schuldspruchs oder zumindest des Strafmasses bereits entscheidend auswirken kann. Gerichte oder Staatsanwaltschaften lassen sich in aller Regel nur auf das Vorbringen der Verteidigung ein, wenn es auch rechtlich und sachlich überzeugend ist. Die Falle beim Storytelling liegt auf der Hand: Wenn man dieses Geschichtschreiben als zentral ansieht, droht man den Bezug zum Rechtlichen oder den Akten zu verlieren und wird bei der Knochenarbeit unsorgfältig. Die Akten sind zwar einseitig zugunsten der beschuldigten Person zu lesen. Aber nicht so einseitig, dass darob vergessen wird, dass andere Lesearten auch möglich wären und deren ungünstiges Potential unterschätzt wird. Argumentiert man zu wenig solid, verpufft jede wirkungsvolle Geschichte. Die Justiz will auf der Basis von guten Argumenten entscheiden und wehrt sich aus nachvollziehbaren Gründen dagegen, sich von plumper Stimmungsmache einlullen zu lassen.

c) Faktische Wirkungsgrenzen der Verteidigung

Auch wenn in dieser Praxiseinführung dezidiert eine aktive, engagierte Verteidigung befürwortet wird, tut diese aus psychohygienischen Gründen gut daran, ihren Spielraum zwar zu erweitern versuchen, allerdings nicht zu überschätzen. Sie sollte sich – ohne dabei zu resignieren oder zynisch zu werden – mit ihren begrenzten Mitteln zumindest ein Stück weit abfinden. Mit einem Regenschirm kann man die Niagarafälle nicht aufhalten.

In manchen Fällen ist der Verdacht von den tatsächlichen Grundlagen über die rechtliche Würdigung bis hin zum standardisierten Strafmass derart evident erfüllt, dass die Verteidigung der Strafjustiz wenig entgegenzusetzen vermag. Verbrechen gegen das Betäubungsmittel- oder das Strassenverkehrsgesetz sind regelmässig in dieser Weise angelegt. Hier reduzieren sich der denkbare Verteidigungsstandpunkt und das sinnvolle Argumentarium wider die Untersuchungshypothese oftmals darauf, zwei, drei entlastende Punkte etwas deutlicher als die Strafjustiz zu betonen, um das Strafmass noch leicht drücken zu können. Aber auch das kann sich für die beschuldigte Person bereits vorteilhaft auswirken. Und in manchen Konstellationen werden gute Verteidigungsüberlegungen auch ganz ignoriert und die oben erwähnten kognitiven Täuschungen spielen, auch wenn das Gericht abstrakt um sie weiss und die Verteidigung noch explizit und konkret auf sie hingewiesen hat.

Eine gewisse Beeinflussung der richterlichen Entscheidung durch die Verteidigung dürfte daher zusammenfassend relativ häufig sein. Dagegen ist es – auch aus neurobiologisch-psychologischen Gründen – die Ausnahme, dass die Verteidigung einen vollständigen *turn-around* in der staatsanwaltschaftlichen oder richterlichen Beurteilung herbeiführt. Auf diese begrenzte Wirkungskraft der Verteidigung hinzuweisen, heisst indessen nicht, ihr jegliche abzusprechen: Es gibt immer wieder Fälle, die ohne engagierte Verteidigung ganz anders ausfallen würden und bei denen erst ihr Zutun der Unschuldsvermutung oder einem moderaten Strafmass zum Durchbruch verhilft.

Erster Teil

Der Erste Teil handelt von der Stellung und Haltung der Strafverteidigung. Als Annäherung an die Thematik werden drei Verteidigungspersönlichkeiten mit ihrer Berufsauffassung vorgestellt (II. Kapitel). Die Wahl fiel bewusst auf zwei deutsche und einen französischen Verteidiger, wovon zwei bereits verstorben sind. Der Blick ins benachbarte Ausland und in die Vergangenheit trägt dazu bei, den Kern der Strafverteidigung ungeachtet seiner historischen Situation herauszuschälen – soweit dies machbar ist. Das III. Kapitel geht auf die historische Entwicklung der professionellen Verteidigung in der Schweiz ein und verortet ihre heutige Wirkung im rechtskulturellen Panorama der gegenwärtigen strafprozessualen Praxis. Hernach wird der Frage nachgegangen, was es effektiv heisst, die fremden Interessen der einer Straftat beschuldigten Person zu verteidigen (IV. Kapitel). Dabei wird aufgezeigt, wo Schwierigkeiten liegen und weshalb die Entwicklung des eigenen Verteidigungsverständnisses als ethische Praxis ein letztlich unabgeschlossener persönlicher Prozess bleibt. Das darauffolgende V. Kapitel umreisst die Aufgaben der Verteidigung im Innenverhältnis mit der beschuldigten Person und die Verteidigung ihrer Interessen gegen aussen. Ein besonderes Augenmerk wird darauf gerichtet, was mit der Entwicklung einer fallangepassten Strategie gemeint sein kann.

II. Max Alsberg, Jacques Vergès und Gerhard Strate

1. Max Alsberg: Kontrolle und Mitwirkung

Suchen wir nach den Wurzeln einer professionalisierten Strafverteidigungskultur im deutschsprachigen Raum, landen wir in der Weimarer Republik, insbesondere im Berlin der 20er- und frühen 30er-Jahre des 20. Jahrhunderts. Im aufgeheizten Klima mit zahlreichen politisch motivierten Straftaten mass die Justiz politische links stehende Beschuldigte mit anderen, weit härteren Ellen als rechte. Es erstaunt daher nicht, setzten dem zahlreiche sich politisch links verstehende, oft auch jüdische Verteidiger energischen Widerstand entgegen. Max Alsberg, geboren 1877 und der wohl bekannteste Verteidiger der Weimarer Republik, war auch Jude; weswegen er 1933 emigrie-

ren musste. Bereits kurz nach seiner Migration in die Schweiz erschoss er sich im September desselben Jahres in Samedan. Er war indessen kein linker Jurist, sondern ein liberaler Grossbürger und profilierte sich primär in klassischen und nicht politisch geprägten Strafverfahren. Damit war er insgesamt nicht in allen Punkten ein typischer Berliner Strafverteidiger jener Zeit – und ist mutmasslich deswegen damals herausgestochen und bis heute in Erinnerung geblieben.

Seit einigen Jahrzehnten geniesst Alsberg in der deutschen Strafverteidigungsszene geradezu einen Kultstatus. Dies liegt sicher zum einen an der Dramatik seines Lebens, das für einen prägenden Abschnitt deutscher Geschichte steht. Zum anderen publizierte er als Erster im deutschsprachigen Raum rege zu vielen Verteidigungsfragen. Seine Schriften sind bis heute inhaltlich lesenswert. Sie sind überdies in einem klassisch bildungsbürgerlichen Duktus verfasst und von einem Pathos getragen, wie es heute nicht mehr möglich wäre; was dem beruflichen Wirken eine äusserst gewichtige Dimension verleiht. Es erstaunt daher nicht, wird immer wieder in Festschriften, in Festreden oder auch auf anwaltlichen Webseiten in Deutschland vor allem Alsbergs berühmte Definition von Strafverteidigung zitiert: *«Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers»* (Die Philosophie der Verteidigung (1930), erneut abgedruckt, in: Jürgen Taschke (Hrsg.), Max Alsberg, 2. Auflage, Baden-Baden 2013, S. 554).

Alsberg auf dieses Bonmot zu reduzieren, würde ihm allerdings nicht gerecht. Liest man ihn gründlich und ordnet das Zitat in seine gesamten strafprozessualen Analysen ein, klingt bereits deutlich an, dass er die Verteidigung als unabdingbar für eine rechtsstaatliche strafprozessuale Wahrheitssuche ansieht. Seines Erachtens ist diese kritizistische Haltung der Verteidigung ein unentbehrliches Prinzip der Wahrheitsfindung, ansonsten wegen der Belastungsperspektive der Justiz eine Verurteilung unschuldiger Beschuldigter droht. Meisterhaft hat er herausgeschält, dass ein im Einzelfall faires Strafurteil daher ohne die Mitwirkung der Verteidigung und deren Kontrolle der Strafjustiz von vornherein undenkbar ist; schon nur, weil bereits die Anwesenheit einer Kontrolleurin dazu beiträgt, dass Verfahren korrekter abgewickelt werden. Die Verteidigung ist damit konstitutive Akteurin eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens und nicht deren Hindernis, wie dies Strafverfolgungsbehörden, gewisse Kräfte im öffentlichen Diskurs und bisweilen auch Gerichte bis heute immer wieder gern kolportieren und damit die rechtsstaatliche Relevanz des Berufs missverstehen beziehungsweise zu Unrecht diskreditieren.

2. Jacques Vergès: Verteidigung als gegenhegemoniale Praxis

Der personifizierte Archetyp des Verteidigers im 20. Jahrhundert in politischen Kontexten bleibt aber wohl Jacques Vergès. In Laos Mitte der 1920er-Jahre als Sohn eines Franzosen und einer Vietnamesin geboren, wurde er in seiner Jugend, seinem jungen Erwachsenenalter und seinen ersten Berufsjahren hochpolitisch sozialisiert: Nach Kämpfen in der französischen *résistance* gegen den Nationalsozialismus und der Mitgliedschaft in der Kommunistischen Partei Frankreichs wirkte er ab 1955 als Anwalt. Bereits in seinem ersten Berufsjahren verteidigte Vergès während des Algerienkriegs eine Reihe von algerischen Kämpferinnen und Kämpfern der Nationalen Befreiungsfront, unter anderem seine spätere Frau Djamila Bouhired, die zum Tode verurteilt und später begnadigt wurde. Er kontextualisierte dabei die Vorwürfe gegen seine Mandanten in einem Zusammenhang grösserer politischer und kolonialer Verbrechen. Und begann damit eine grundsätzliche Strategie zu entwickeln, die ihn in späteren Prozessen unter anderem auch gegen Saddam Hussein, Carlos und den früheren Gestapo-Chef von Lyon, Klaus Barbie, weltberühmt machen sollte. Statt sich der Definitionsmacht der Strafverfolgung anzupassen, wird der Spiess umgedreht. Die Verteidigung macht der Strafjustiz den Prozess. Diese wird damit delegitimiert: sichtbare Konfrontation statt devote Anpassung – Strafverteidigung als inszenierte gegenhegemoniale Praxis.

Vergès zog nicht nur wegen seiner Fälle und seines Wirkens als Verteidiger, sondern auch wegen seines filmreifen Lebens viel Aufmerksamkeit auf sich. Nachdem er in den 60er-Jahren mit Djamila Bouhired zwei Töchter bekommen hatte, verliess er 1970 seine Familie und tauchte für acht Jahre unter. Bis heute ist ungeklärt, wo er sich in seinem «grossen Urlaub», wie er diesen Lebensabschnitt fortan nannte, aufhielt. Ab 1978 nahm er seine Berufstätigkeit erneut auf und inszenierte sich dabei gekonnt in seinem ganzen öffentlichen Auftreten als Anwalts des Teufels: Seine Statements waren provokativ und politisch unkorrekt. In seinem Büro in Paris leisteten ihm düstere asiatische Statuen sowie grimmige Totemfiguren Gesellschaft; und er verfasste eine narrative, an seiner eigenen Legende webende Autobiographie mit dem Titel «Le salaud lumineux» (Paris 1997), was sich am besten wohl mit «Der brillante Dreckskerl» übersetzen lässt. Seinen letzten Atemzug machte er mit 88 Jahren in dem Raum eines Stadtpalais gegenüber dem Pariser Louvre, in dem schon Voltaire 1778 starb; womit er seinem eigenen Lebensdrehbuch gemäss abtrat. Wenige Jahre vorher hatte er sein eigenes Wirken als Verteidiger folgendermassen pointiert: «*Als Anwalt an einem Fall zu arbeiten, ist, wie als Schriftsteller an einem Roman zu schreiben. Es geht immer wieder darum,*

eine Geschichte zu entwickeln, die besser ist als die der anderen. Jeder gute Gerichtsprozess hat den Charakter eines Dramas von Shakespeare. Es geht um Konflikte, Lügen und Verbrechen, um alle Merkmale einer Tragödie. Ich spiele die Rolle von Shakespeare. Ich bin der Dramaturg» (Interview, Wie ein Drama von Shakespeare, Weltwoche Nr. 14/2012, 57).

3. Gerhard Strate: Die Verzahnung des Innen- und Aussenverhältnisses in der Strafverteidigung

Anders als Max Alsberg und Jacques Vergès ist Gerhard Strate ein Zeitgenosse. Er praktiziert nach wie vor in Hamburg und hat in zahlreichen, Aufsehen erregenden Fällen verteidigt. Nebst anderen ist er einer der zentralen Vertreter einer Generation von Strafverteidigern, die im Gefolge der 68er-Bewegung in Deutschland nach der ersten Blüte in der Weimarer Republik einer professionalisierten deutschsprachigen Strafverteidigungskultur zur Renaissance verhelfen. Bis heute sieht er seine Profession nicht als Gewerbe, sondern als freien Beruf. Er sieht sich selbst als Strafverteidiger primär in einer staatsbürgerlichen Verantwortung als *citoyen* und nicht als kleinbürgerlicher Anwaltsunternehmer. Obwohl Letzteres auch im deutschsprachigen Raum zunehmend als berufliches Leitbild propagiert wird.

Strate wird anders als die beiden anderen Verteidigungspersönlichkeiten nicht primär wegen seiner rechtspolitischen Bedeutung, sondern vor allem wegen einer Definition von Strafverteidigung eingeführt, die ich in ihrer inhaltlichen Prägnanz und stilistischen Eleganz für unübertroffen halte: *«Die Aufgabe des Strafverteidigers ist es, Vertrauen zu schenken, wo es jeder verweigert, Mitgefühl zu entfalten, wo die Gefühle erstorben sind, Zweifel zu säen, wo sie keiner mehr hat, und Hoffnung zu pflanzen, wo sie längst verflogen war»* (zitiert nach Uwe Bahnsen, «Welt am Sonntag» vom 18.1.2004).

Lässt man das Diktum einen Moment auf sich wirken, fällt auf, dass es in verschiedener Hinsicht aus dem Rahmen des Üblichen fällt. Zunächst, weil emotionale Aspekte unter Juristen wenig thematisiert werden. Es weist sodann literarische Qualitäten auf, womit er ein feines Sensorium für einen auch von Vergès betonten Aspekt des Berufs *en passant*, aber sehr viel diskreter als dieser, dokumentiert. Stellt man sich aber einen unzufriedenen Klienten vor, der vor der Aufsichtskommission der Rechtsanwälte die Strate'sche Verteidigeraufgabe gegen seinen Anwalt einklagen möchte, würde er wohl bestenfalls Ratlosigkeit ernten. Denn Strate umreist die Aufgabe der Strafverteidigung nicht bloss mit der bereits von Alsberg erwähnten kritischen Haltung, die wohl noch ansatzweise justiziabel wäre, sondern mit letztlich rechtlich nicht konturierbaren Qualifikationsmerkmalen. Im Kern

steht bei ihm eine Beziehungsqualität zur Mandantin, die sich wohl – wenn überhaupt – mit Fürsorge umschreiben lässt.

Damit geht Strate über das Handeln der Verteidigung im Aussenverhältnis gegenüber der Justiz hinaus und rückt das Innenverhältnis der Klientenbeziehung zu Recht ins berufliche Wirkungszentrum. Auf den Punkt gebracht agiert nach Strate die Verteidigung nicht mehr paternalistisch für den Klienten nach eigenem Gutdünken, sondern partnerschaftlich auf Augenhöhe in Zusammenarbeit mit dem Klienten. Das Zusammenspiel mit der Mandantin sowie die Verteidigung gegen aussen stehen damit in einer komplexen Wechselwirkung und sind aufs Engste verzahnt.

4. Auf der Suche nach dem Kern der Strafverteidigung

Resümiert man den Zugang der drei Verteidiger zu ihrem Beruf, lassen sich neben Konstanten auch Unterschiede festmachen. Interessant ist zunächst, dass keiner von den dreien profunde juristische Kenntnisse erwähnt. Gemeinsam ist allen, dass sie die Unabhängigkeit und Autonomie im Denken wie Handeln von der Strafjustiz betonen. Steht bei Alsberg vor allem die Verhinderung des drohenden Justizirrtums im Zentrum, betont Vergès viel mehr den Kampf konkurrierender Narrative der Staatsgewalt und der Beschuldigten beziehungsweise ihrer Verteidigung, mithin auch die gesellschaftspolitische Dimension von Strafverfahren wie auch deren dramatische Aspekte. Bei Strate geht es dagegen um den ganz konkreten Beschuldigten, dem die Verteidigung Beistand gegen einen übermächtigen und potentiell einseitigen Strafverfolgungsapparat zu leisten hat.

Diese unterschiedlichen Definitionen sind sicherlich den unterschiedlichen Persönlichkeiten der drei Verteidiger geschuldet. Sie hängen auch von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ihres Wirkens ab. Strafverfahren bewegen sich stets in gesellschaftspolitischen Kräfteverhältnissen. Die Stossrichtungen und Intensitäten der Strafverfolgung sagen viel über Ängste und Obsessionen von Gesellschaften aus. Die konkrete Aufgabe der Verteidigung und ihre Kämpfe variieren daher auch mit veränderten Umständen. Im Kern kommt der Verteidigung grundsätzlich die Rolle eines systemisch integrierten, kritischen, damit für das rechtsstaatliche Strafverfahren konstitutiven Korrektivs gegen den Zugriff der Staatsmacht auf Beschuldigte zu. Welche Spielräume ihr dabei allerdings effektiv gewährt werden, beziehungsweise wie stark sie eingeengt wird, ist ein Gradmesser für die gesamte rechtsstaatliche Qualität eines Gemeinwesens und ändert sich laufend.

III. Strafverteidigung in der Schweiz: Historische Herleitung, rechts- kulturelle Verortung und tatsächliches Handlungsumfeld

1. Welcher Dienst am Recht?

In der Schweiz gab es lange keinen vergleichbaren Höhepunkt der Strafverteidigung wie in der Weimarer Republik. Bis weit in die 70er-Jahre des 20. Jahrhunderts sah sich hierzulande das Gros der Anwaltschaft in Strafsachen als «Diener des Rechts». Eintracht mit Behörden war wichtiger als eine pointierte Interessenvertretung der Beschuldigten. Eine junge Generation von Strafverteidigenden, insbesondere aus dem Umfeld des 1975 gegründeten, politisch links ausgerichteten Zürcher Anwaltskollektivs und der Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz, fing damals an, dies anders zu sehen. Mit dem Risiko, zu ungeliebten Dienern des Rechts zu werden, setzte sie sich konsequent für die fragilen Beschuldigtenrechte ein; und erst seit damals gibt es in der Schweiz überhaupt Anwältinnen, die sich primär als Strafverteidigerinnen verstehen.

Aus heutiger Perspektive ist die Reaktionsweise auf dieses neue Engagement fast nicht mehr nachvollziehbar. Die Zürcher Verteidigerin Barbara Hug etwa wurde durch die anwaltliche Aufsichtsbehörde disziplinarisch mit einer Busse bestraft, weil sie mit der Broschüre «Strafuntersuchung – was tun?» unter der Herausgeberschaft des Zürcher Anwaltskollektivs 1978 eine Anleitung geschrieben hatte, wie man sich in einer Strafuntersuchung am besten verhält. Man sah damals einen solchen Leitfaden, der sich konsequent an den Verteidigungsrechten orientiert, als für eine Rechtsanwältin ungebührlich an. Bussen oder Verweise waren aber nicht das einzige Mittel, mit denen die Justiz der neuen, pointierten Verteidigung begegnete. Die Berner Justiz wollte den vier Zürcher Anwälten Gian Andrea Danuser, Bernard Rambert, Edmund Schönenberger und Hans Zweifel im Nachgang zu einem Prozess gegen Mitglieder der Roten Armee Fraktion lebenslang das Patent entziehen. Nicht etwa, weil diese sich schlecht für Ihre Klienten eingesetzt hätten. Die Vorwürfe waren anders: «*Sie wurden wegen ihrer ‹fragwürdigen Gesinnung› und wegen ihres ‹unwürdigen› Benehmens mit dem Berufsverbot belegt – was eine über die Grenzen der Schweiz hinaus wohl einzigartige Sanktion bildet*», wie das Deutsche Magazin «Der Spiegel» am 7. Januar 1980 berichtete.

Immerhin: Das Bundesgericht hob das Urteil der kantonalen Behörde auf und stellte in BGE 106 Ia 100 erstmals die Rolle der Anwältin in Straf-

sachen als einseitige Verfechterin von Parteiinteressen deutlich klar: *«Die Bezeichnungen ‹Diener des Rechts› und ‹Mitarbeiter der Rechtspflege› bedeuten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. Wohl trägt seine Tätigkeit zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei, indem namentlich davon ausgegangen wird, dass der Richter um so sicherer zum richtigen Urteil finde, je besser die widerstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten werden. Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht ‹Gehilfe des Richters›, sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Das gilt insbesondere für den Strafverteidiger. Ihm obliegt es, dem staatlichen Strafanspruch entgegenzutreten und auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken. Damit erfüllt er die ihm als ‹Mitarbeiter der Rechtspflege› zukommende Aufgabe.»*

Der Entscheid ist ein rechtsstaatlicher Meilenstein der schweizerischen Justiz- und Anwalts Geschichte. Er ist eine Art Geburtsstunde eines konsequenten Verteidigungsverständnisses in der Schweiz; seit da ist der Auftrag der Verteidigung im Grundsatz rechtlich klar und eindeutig: Sie hat sich vollumfänglich allein für die Interessen und Rechte der beschuldigten Person im Rahmen der rechtlichen Grenzen einzusetzen und ist grundsätzlich niemandem sonst verpflichtet. Sie tritt dabei dem staatlichen Strafanspruch entgegen und hat einen für den Klienten möglichst günstigen Verfahrensausgang zu erwirken. Darin liegt ihr Dienst am Recht. In Art. 128 StPO wurde diese Praxis in der eidgenössischen Strafprozessordnung unmissverständlich kodifiziert.

2. Professionalisierung der Strafverteidigung

Diese Pioniergeneration leitete innerhalb von wenigen Jahren einen eigentlichen Paradigmenwechsel im Verteidigungsverständnis ein. Ab den 80-er und 90-er Jahren des 20. Jahrhunderts etablierten sich, vor allem in den städtischen Gebieten der Schweiz, weitere Anwältinnen und Anwälte, die schwergewichtig in der Strafverteidigung tätig waren. Daraus entstanden rechtspolitische Interventionen und Initiativen wie das erste Pikett Strafverteidigung in Zürich unter dem Patronat des Zürcher Anwaltsverbandes und der Demokratischen Juristinnen und Juristen, die Fachgruppen Strafrecht in den Berufsverbänden, das Forum Strafverteidigung mit regelmäßigen Weiterbildungen sowie einschlägige Publikationen. Eine Art gesonderter Berufsstand innerhalb desjenigen der Advokatur begann sich herauszukristallisieren und zu professionalisieren. Im Selbstverständnis dieser zweiten Generation wurde noch deutlicher herausgeschält, dass die Moral

der Strafverteidigung – entgegen einer weitverbreiteten öffentlichen Meinung – eben nicht tangiert wird, wenn sie die Beschuldigtenrechte bis exakt an die Grenze des rechtlich Zulässigen ausreizt, sondern genau dies vielmehr das Ethos der Verteidigung gebietet.

Zu Beginn des 21. Jahrhundert kam es in der Schweiz erstmals zu einer ganzen Reihe von grösseren wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren, sodass Strafverteidigung auch für grössere Kanzleien als neu zu erschliessender Markt plötzlich attraktiv erschien. Weil zudem das Bundesgericht im nahezu zeitgleich erschienenen Leitentscheid BGE 132 I 201 festhielt, dass auch bei amtlichen Verteidigungen ein minimaler, der beruflichen Verantwortung angemessener Verdienst und nicht nur eine Deckung der Praxiskosten sichergestellt sein müsse, kamen viele Kantone nicht umhin, ihre Tarife für amtliche Verteidigungen zu erhöhen. Strafverteidigung wurde damit insgesamt wirtschaftlich lukrativer; die Nachfrage nach amtlichen Verteidigungen stieg in der Advokatur, auch wegen der zunehmenden Anwaltsdichte.

Mittlerweile dürfte es in der Schweiz deutlich mehr als 100 Anwältinnen und Anwälte geben, die in ihrer Praxis schwergewichtig in der Rolle der Strafverteidigung tätig sind; manche sind es auch ausschliesslich. Dies führte dazu, dass 2014 durch den Schweizerischen Anwaltsverband erstmals ein Fachanwaltslehrgang Strafrecht angeboten wurde, der mittlerweile bereits dreimal mit je über 20 Teilnehmenden durchgeführt wurde. Gerade unter dieser jüngsten Generation dürfte auch ein Konsens bestehen, dass Verteidigung nicht nur die konsequente Wahrung der Beschuldigtenrechte bedeutet; vielmehr scheint man sich einig zu sein, dass diese Rechte nicht paternalistisch über den Kopf der Betroffenen nach dem Gutdünken des Anwalts, sondern in partnerschaftlicher Absprache mit ihnen wahrgenommen werden sollten. Die Verteidigung schuldet dem Mandanten nach dieser Auffassung mitdenkenden Gehorsam, wie ihn das schweizerische Auftragsrecht in Art. 394 ff. OR festlegt; und zwar unabhängig davon, ob die Mandantin die Verteidigung selber oder der Staat sie als amtliche Verteidigung bezahlt.

Inwiefern diese Vorsätze in der Praxis effektiv umgesetzt werden, wäre empirisch zu erforschen. Die Prägung in Schule, Studium und sekundärer Berufssozialisation läuft dem tendenziell zuwider und erzieht den künftigen Strafverteidiger eher zum Paternalismus. Die Anliegen der Mandantin in ihrem gesamten Lebenskontext unvoreingenommen zu explorieren und die Klientin nicht mit Lösungsvorschlägen und technischem Wissen erschlagen zu wollen, ist nicht leicht. Indessen werden bislang solche und andere handwerkliche sowie berufsethische Verteidigungsfragen noch zu wenig diskutiert; namentlich einschlägige Publikationen der Verteidigung sind rar. Der ersten Generation von Fachanwälten Strafrecht und den weiteren versierten

Strafverteidigern obliegt es daher, in den kommenden Jahren Berufsstandards und Weiterbildungen zu etablieren, die ihrem Beruf und gerade solchen Aspekten umfassend gerecht werden.

3. Dominante Staatsanwaltschaft, entmachtete Gerichte, marginalisierte Verteidigung

a) Fort- und Rückschritte für Beschuldigtenrechte

Die Darstellung bliebe unvollständig, wenn der Blick bei der Binnenperspektive des Berufsstandes haften bliebe und nicht auch dessen Wechselwirkung mit dem beruflichen Umfeld einbezöge. Die Professionalisierung der Strafverteidigung vermochte zwar durchaus eine gewisse Stärkung ihrer rechtspolitischen Lobby nach sich zu ziehen: Die Erhöhung der Honorierung der amtlichen Verteidigungen, die zumindest in den städtisch geprägten Kantonen, auch gemessen an den hohen Praxis- und Lebenshaltungskosten, klar besser als in anderen Ländern ist, ist ein Erfolg für den Berufsstand und die Beschuldigten. Denn ohne angemessene Entschädigung der amtlichen Verteidigung sind Beschuldigtenrechte wirtschaftlich prekärer Menschen nicht gesichert, wie beispielsweise die Praxis der Strafverfahren in den USA eindrücklich zeigt. Auch die Zulassung der Verteidigung in der ersten Einvernahme (Anwalt der ersten Stunde nach Art. 159 StPO) seit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung ist als Errungenschaft zu werten. Allerdings zeigt die Erfahrung, dass viele Beschuldigte bei der ersten Einvernahme nicht auf einen Anwalt bestehen. Besonders problematisch ist dabei, dass es oft Mittellose, Fremdsprachige und weniger Privilegierte sind, die aus Angst vor Kosten oder wegen faktischer Zugangsbarrieren zu Verteidigern auf den Anwalt der ersten Stunde verzichten, obwohl besonders sie professioneller Hilfe bedürften. Dies führt zur paradoxen Situation, dass gerade in den praxisrelevanten Strafbefehlsverfahren oft diejenigen nicht verteidigt sind, welche dies besonders benötigen würden.

Ob ansonsten die 2011 in Kraft gesetzte eidgenössische Strafprozessordnung hinsichtlich Beschuldigtenrechten einen Fortschritt gegenüber den früheren kantonalen Praxen darstellt, darf in vielen Kantonen mit guten Gründen bezweifelt werden. Schweizweit lässt sich festhalten, dass die Gerichte entmachteten wurden. Die Bedeutung des Hauptverfahrens mit unmittelbarer Beweisabnahme durch das Gericht nahm markant ab, weil die Prozessordnung dem Gericht weitgehend einen Aktenprozess erlaubt (Art. 343 StPO). Die Urteilskompetenz der Staatsanwaltschaft in Strafbefehlen wurde zudem enorm ausgebaut. Seit 2011 kann sie in Strafbefehlen Strafen von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe verhängen (Art. 352 StPO). In vielen Kantonen

waren es früher drei Monate, anderenorts sogar nur Strafen von bis zu einem Monat. Diese Vermengung von staatsanwaltschaftlicher und richterlicher Kompetenz weicht die Trennung von untersuchender und richterlicher Kompetenz auf und geht hinter ein zentrales Postulat der strafrechtlichen Aufklärung des 18. und 19. Jahrhunderts in Richtung Inquisitionsprozess zurück. Zumal in Strafbefehlsverfahren zahlreiche Beschuldigte gar nicht verteidigt sind und überdies bei einem ausreichend geklärten Sachverhalt der Erlass eines Strafbefehls sogar ohne Einvernahme möglich ist (Art. 352 StPO). Wann der Sachverhalt aber ausreichend geklärt und damit eine Einvernahme obsolet ist, bestimmt wiederum die Staatsanwaltschaft allein. Überdies wurde das abgekürzte Verfahren eingeführt, das Strafen bis zu fünf Jahren im Aushandlungsverfahren zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung erlaubt (Art. 358 Abs. 2 StPO); das Gericht wird da gleichsam zu einer Art Genehmigungsinstanz degradiert (vgl. Art. 361 f. StPO).

Die Judikative dankte daher zu einem beträchtlichen Teil zugunsten der Staatsanwaltschaft als Teil der Exekutive ab. Dies verschlechtert nicht nur die Beschuldigtenposition, sondern ritzt mit Blick auf die in Art. 30 Abs. 1 BV verankerte richterliche Unabhängigkeit auch an staatsrechtlichen Eckpfeilern. Denn nicht sämtlichen Staatsanwälten ist es gegeben, mit der gewährten Machtfülle rechtstaatlich korrekt umzugehen. Diese Verschiebung zeigt sich seither auch zunehmend in der Lobbyschlagkraft von Strafverfolgungsbehörden bei Gesetzgebungsvorhaben. Damit einher geht die Tendenz einer Umdeutung des reaktiven Strafrechts hin zu einem Präventionsrecht: Stationäre Massnahmen, die grundsätzlich anders als Strafen *ad infinitum* verlängert werden können (Art. 59 Abs. 3 StGB), nehmen stark zu und rücken ins strafrechtliche Zentrum. Dabei geht es nicht mehr – wie im traditionellen Strafrecht – primär darum, eine Strafe für vergangenes Unrecht zu sühnen, sondern künftige Delinquenz zu verhindern. Regie führen nicht mehr allein die demokratisch legitimierten Gerichte; prägend für die Rechtsfolge wird viel mehr auch die forensische Psychiatrie.

b) Exkurs: Vereinheitlichte Strafprozessordnung – regionale Diversität

Nebst diesen Tendenzen, die für die gesamte Schweiz gelten, ist allerdings festzuhalten, dass es je nach Landesteil weiterhin unterschiedlich gelebte Strafverfahrenskulturen gibt. Dies ist unter anderem dem Umstand geschuldet, dass die Schweiz erst seit 2011 eine einheitliche Prozessordnung kennt und sich die früheren kantonalen Gesetze vorher sehr stark unterschieden haben. In sämtlichen Kantonen neigt die Strafjustiz daher dazu, frühere kantonale Praxen trotz veränderter Rechtslage fortzusetzen, zumal grundsätz-

lich der grösste Teil der Strafverfolgung der kantonalen Gerichtsbarkeit untersteht (Art. 22 StPO) und die Bundesanwaltschaft eine vergleichsweise marginale Rolle bei letztlich wenigen Delikten spielt (Art. 23 und Art. 24 StPO). Die vorliegende Einführung geht deshalb nicht näher auf diese Verfahren ein. Ebenfalls ausgeklammert werden im Übrigen auch die Besonderheiten von Militärstrafprozessen und Verwaltungsstrafverfahren, die für die meisten Strafverteidigerinnen faktisch kaum eine berufliche Bedeutung haben.

Überregional tätige Verteidigerinnen sind indessen immer wieder erstaunt, wie ein Gesetz unterschiedlich ausgelegt werden kann. In einem föderalistischen und mehrsprachigen Land haben einheitliche Lösungen generell einen schweren Stand. Die Strafprozessordnung überlässt den Kantonen auch einen beträchtlichen Spielraum in der Organisation ihrer Behörden (Art. 14 StPO), den die Kantone sehr unterschiedlich ausfüllen, was unweigerlich verschiedene Rechtskulturen nach sich zieht. Es kommt dazu, dass in einem ländlichen Kanton mit rund 15'000 Einwohnern die Strafjustiz geradezu zwangsläufig anders funktioniert als in einem primär urban geprägten Kanton wie Zürich mit einer Bevölkerung von über 1,5 Millionen.

c) **Insgesamt: Marginalisierung effektiver Verteidigung**

Schweizweit wiederum ist insgesamt unverkennbar, dass die Verteidigung von der Strafjustiz eher als Hindernis bei der Strafverfolgung und nicht als konstitutive Akteurin einer rechtsstaatlichen strafprozessualen Wahrheitsuche angesehen wird. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass die in der eidgenössischen Strafprozessordnung gesetzlich gewährten Teilnahmerechte an Einvernahmen insbesondere von Mitbeschuldigten stetig zurückgedrängt werden oder der Verteidigung ganz grundsätzlich kein Teilnahmerecht an den wirkungsmächtigen psychiatrischen Explorationsgesprächen gewährt wird, obwohl Letzteres die Europäische Menschenrechtskonvention mutmasslich geböte. Dazu kommt, dass die Verteidigung – zumindest auf der Stufe des zentralen Vorverfahrens sowie bis und mit Abschluss des gerichtlichen Hauptverfahrens – zwar ein Recht hat, die Aufnahme von Beweisen anzuregen, im Regelfall dies aber nicht mit einer selbständigen Beschwerde durchsetzen kann (Art. 394 lit. b StPO). Letztlich können abgewiesene Beweisanträge erst im ordentlichen Rechtsmittelzug nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens mit dem Sachentscheid vor zweiter Instanz überprüft werden.

Heikel ist überdies, dass die rechtlichen Grenzen der Verteidigung weitgehend ungeklärt sind, weshalb der legale Spielraum zumindest im Detail oft vage bleibt. Besonders problematisch ist dabei, dass auf die völlig offene berufsrechtliche Generalklausel, die Advokatur habe ihren Beruf sorgfältig und

gewissenhaft auszuüben (Art. 12 lit. a BGFA), weitgehende Restriktionen der Verteidigung, wie ein eingeschränktes Kontaktrecht zu potentiellen Zeugen, abgestützt werden. Damit werden letztlich Grundrechte der Beschuldigten, mithin ihr Recht, maximal verteidigt zu werden, ohne klare gesetzliche Grundlage tangiert. Die Verteidigung bewegt sich zudem bei grundsätzlichen Berufsthemen auf unsicherem rechtlichem Terrain, was ihrem konsequenten, einseitigen Entstehen für Beschuldigtenrechte nicht zuträglich ist.

Vordergründig scheint die Strafprozessordnung mit der Möglichkeit des Anwalts der ersten Stunde Beschuldigtenrechte gestärkt zu haben. Bei Lichte betrachtet ist die Tendenz zu kurzen Prozessen, präventiver Kontrolle und einer Stärkung der Exekutive zulasten der Judikative bei gleichzeitiger Marginalisierung von effektiven Verteidigungsmitteln unverkennbar. Im Ergebnis dankt das justizförmige Verfahren daher zunehmend zugunsten eines Kontrollmanagements abweichenden Verhaltens ab und führt ganz konkret dazu, dass einer sehr dominanten Staatsanwaltschaft mitsamt polizeilichen Hilfskräften und markant entmachteten Gerichten eine (weiterhin) marginalisierte Verteidigung gegenübersteht.

IV. Wahrung fremder Interessen, nicht eigener

1. Verteidigung mit Ausbildungslücken

Die Verteidigung ist zwar in ihrem konkreten Aktionsradius abhängig vom tatsächlichen Handlungsumfeld, hat aber ungeachtet desselben als prinzipielle Stossrichtung sämtlicher Bemühungen fremde Interessen entschieden und konzis zu wahren. Die gesetzlichen Grundlagen für ihre Tätigkeit finden sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung, der Strafprozessordnung, dem Auftragsrecht im Obligationenrecht und dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte. Die Frage bleibt dennoch zurück, wie die Verteidigung dies konkret umsetzt. Denn am Ende ihrer Ausbildung weiss sie juristisch viel über vieles. Ins Berufsleben wird sie aber ohne nennenswerte Kenntnis der strategischen, taktischen, arbeitsorganisatorischen und psychosozialen Aspekte ihres Berufs entlassen. Was es wirklich heissen könnte, fremde Interessen zu wahren und nicht eigene, kognitiv und emotional, in der Erkenntnis und Akzeptanz von Interessen, die in jeder Hinsicht fremd zu den eigenen sind, das hat sie weder an der Universität noch der Anwaltsprüfung reflektieren müssen.

Dass und weshalb die Anwaltsausbildung einen solch zentralen beruflichen Aspekt ausblendet, wirft Fragen auf. Ein Hauptgrund dürfte darin

liegen, dass sich Juristen mit Zwiespältigem, Abgründigem und schwer Justiziablem auseinandersetzen müssten. Fremde Interessen zu wahren, lässt sich weder in Definitionen noch in Gesetzgebung oder Rechtsprechung präzise wiedergeben. Es hat viel mit einer Vertrauensbeziehung in einem Schonraum von Anwältin und Klient zu tun. Seitens der Verteidigung handelt es sich letztlich auch um ein kognitives und emotionales Ringen für ein gelebtes Ethos, das sich zumindest an seinen Rändern exakten juristischen Konturen entzieht. Dies geht auch aus dem Diktum von Gerhard Strate prägnant hervor und ist wohl ein wichtiger Grund, warum sowohl die anwaltliche Ausbildung als auch in der Regel sogar die anwaltliche Fortbildung die Thematik meiden. Das Recht mit seiner binären Logik und in seinem Gefolge der ganze juristische Berufsstand meiden jegliche Ambivalenzen tunlichst. Die fehlende Auseinandersetzung mit der Wahrung fremder Interessen und nicht eigener bleibt damit ein im kollektiven beruflichen Unbewussten belassener anwaltlicher Schatten.

2. Die Entstehung von Mandatsverhältnissen

Mandatiert ein Klient eine Verteidigung, indem er sie auf eine Empfehlung oder Recherche hin ausfindig gemacht hat, ist dies eine optimale Startvoraussetzung für eine gute Vertrauensbeziehung und damit für eine effektive Wahrung fremder Interessen. Es hilft, wenn die beschuldigte Person auf freiem Fuss ist und sie ihre Verteidigerin in deren Büro in einer einladenden Atmosphäre kennenlernt, beispielsweise nachdem sie von der Polizei oder Staatsanwaltschaft eine Vorladung erhalten hat. Ein Erstgespräch bleibt auch dann anspruchsvoll. Viele beschuldigte Personen haben erstmals mit einer Anwältin und der Justiz zu tun, die Rechtswelt ist ihnen fremd. Dem Anwalt obliegt es hier, die verständlichen Schwellenängste der Klientin angepasst abzubauen. In einem ersten Kontakt kann es daher oft nur darum gehen, die Grundlage für eine Vertrauensbeziehung herzustellen; wenige, aber zentrale Informationen mitzugeben, ist sinnvoller als das Streben nach Vollständigkeit. Oftmals macht es Sinn, sich gleich einige Tage später ein zweites Mal zu treffen und die Sache vertiefter auszuleuchten.

Vielfach beginnt allerdings eine Strafverteidigung, im Unterschied zu nahezu allen übrigen anwaltlichen Mandaten, auf eine andere Weise. Oft ist der Klient beim Erstkontakt bereits verhaftet worden und sieht die Verteidigung erstmals unter erheblichen Zeitdruck nach einer überraschenden Hausdurchsuchung in einer polizeilichen Abstandszelle. Die Zelle riecht nicht gut und ist ein bis zwei Quadratmeter klein. Für die Anwältin sind solche Erstkontakte zwar einerseits spannend, andererseits aber auch bei be-

trächtlicher Erfahrung ein Stressor: In wenigen Minuten sollten gleichzeitig die Basis für eine Vertrauensbeziehung gelegt und zentrale Merkpunkte vermittelt werden. Wichtig ist dabei, nicht zu viel zu wollen. Nebst dem Versuch, möglichst rasch einen persönlichen Zugang herzustellen, ist die Konzentration auf wenige und basale Informationen sinnvoll. Eine zu gründliche «Überaufklärung» kann gerade hier auch den Effekt haben, dass das Gesagte gar nicht mehr rezipiert wird.

Gerade wegen dieser schwierigen Ausgangslage ist es für die Verteidigung unabdingbar, die nötigen Arbeitsinstrumente für einen guten Mandatsstart mit sich zu führen: Anwaltsvollmachten; Visitenkarten; Auftragsformulare für den Fall einer erbetenen Verteidigung bzw. einer Gesuchstellung für eine amtliche Verteidigung; Entbindungsformulare vom Berufsgeheimnis, falls bei einer fortdauernden Verhaftung ein Kontakt durch die Verteidigung mit Angehörigen oder behandelnden Ärzten nötig wäre; Gesetze und Handkommentare des StGB und der StPO. Zentral ist überdies ein klarer Kompass der Verteidigung, was unabdingbarer Gegenstand dieses Erstgesprächs ist. Im Kern geht es darum, dass die beschuldigte Person weiss, was sie in den kommenden Stunden der ersten Befragung mutmasslich erwartet und eine sehr rudimentäre Orientierung über den weiteren Verlauf danach. Eine Aufklärung über das ganze Strafverfahren mit allen potentiellen Verästelungen lenkt dagegen von den in dem Moment nötigen Informationen und zu beantwortenden Fragen ab. Zu entscheiden ist insbesondere, ob die Mandantin aussagt oder nicht, wobei auf die Frage, wann sich dies aufdrängt und wann nicht, weiter unten ausführlich eingegangen wird. Zu guter Letzt ist zu klären, ob ein Mandatsverhältnis überhaupt zustande kommt, mithin sind gemeinsam mit der Klientin die nötigen Vollmachten und Auftragsformulare auszufüllen und ist zu vereinbaren, ob unmittelbar im Anschluss zu Beginn der Befragung ein Gesuch um Beiordnung als amtliche Verteidigung gestellt wird.

Die beschuldigte Person wiederum ist vielfach von der ganzen Situationsanlage irritiert, was einem gegenseitigen unbefangenen Zugang auch nicht zuträglich ist. Ihr wurde möglicherweise von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft gesagt, es liege ein Fall einer sogenannten notwendigen Verteidigung vor, also eine Konstellation, in welcher man verteidigt sein muss (Art. 130 StPO). Vereinfacht ausgedrückt liege diese dann vor, wenn entweder der Fall von erheblicher Tragweite ist oder die beschuldigte Person aus persönlichen Gründen sich nicht selbst verteidigen kann. Wenn sie keinen Namen eines Anwalts nenne, rufe man halt einen Verteidiger, der in dem Moment auf Pikett für die Übernahme von Straffällen sei und deshalb ausrücken könne. Besonders vertrauenerweckend ist dieses Vorgehen ge-

messen am Aufbau von Beziehungen in anderen Lebenszusammenhängen nicht. Die Ausgangslage ist dann vielfach nicht einfach; das Misstrauen der beschuldigten Person oft gross, schliesslich wurde ihr ein Anwalt regelrecht aufs Auge gedrückt. Etwas günstiger ist zumindest, wenn die beschuldigte Person gegenüber Polizei oder Staatsanwaltschaft selbst auf einer beliebigen Anwältin der ersten Stunde, einer Pikettverteidigung, bestanden hat, weil sie selber es für sinnvoll hielt, die erste Einvernahme nicht allein zu bestreiten. Der Mandant hat sich dann zwar nicht die konkrete, vor ihm stehende Verteidigerin gewünscht; in der Konstellation ist immerhin eine, wenn auch nicht diese bestimmte Anwältin, willkommen. Die beschuldigte Person kann auch dann nur hoffen, dass die eintreffende Verteidigerin wirklich fachkundig ist.

3. Unzureichende Qualitätskontrolle bei amtlichen Verteidigungen

Sicher ist dies nicht: Auf die Pikettliste können sich alle patentierten Anwältinnen setzen lassen; und weil die Stundenansätze für amtliche Verteidigungen, im Gegensatz zu früher, höher sind und der Anwaltsmarkt zunehmend gesättigt ist, übernehmen immer mehr auch Anwälte amtliche Verteidigungen, die sich nicht in einem Schwerpunkt oder mindestens mit Herzblut dem Strafrecht widmen.

Je nachdem hat die beschuldigte Person Glück oder Pech: Vor ihr kann beispielsweise ein junger, idealistischer Berufsanfänger stehen. Dieser ist zwar noch nicht erfahren, dafür aber engagiert und fest entschlossen, sein Bestes zu geben. Er kompensiert so die fehlende Routine mit Einsatz; weiss er nicht weiter, ruft er älteren Kolleginnen an, wälzt tagelang Bücher und denkt noch abends unter der Dusche über strategische Fragen nach. In dem Fall hat die Beschuldigte Glück gehabt. Noch etwas mehr Glück hat sie, wenn vor ihr zufällig die 43-jährige Fachanwältin Strafrecht steht, die sich seit über 15 Jahren dem Rechtsgebiet verschreibt und sich auch schon besser als der junge Berufsanfänger abgrenzen kann. Da kommen Handlungs- und Erfahrungswissen, Rechtskenntnisse und Engagement in optimaler Form zusammen.

Pech hat sie dagegen, wenn der 55-jährige Wirtschaftsrechtler vor ihr steht, dem es nie recht gelang, sich in seinem avisierten Hauptgebiet zu etablieren, und der deshalb notgedrungen noch ab und zu eine amtliche Verteidigung führt. Obwohl er der Meinung ist, die schweizerische Strafjustiz sei viel zu mild. Deshalb macht er in solchen Mandaten auch nur das absolut Nötigste, den minimalen Dienst nach Vorschrift. Denn die Klienten, findet er, haben auch nichts Besseres verdient, sie zahlen ihn ja auch nicht selbst.

Die Qualitätsunterschiede bei Pikett- und amtlichen Verteidigungen sind enorm; von hochkarätiger bis ungenügender Arbeit findet sich alles. Zudem braucht es in der Praxis gravierendste Fehler, dass die Verfahrensleitung, das heisst im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft und im Hauptverfahren das Gericht, die Verteidigungsleistung als ungenügend taxiert und die Verteidigung von sich aus auswechselt. Das müsste sie eigentlich, wenn die Verteidigungsrechte nicht ausreichend gewahrt werden. Würden solche Wechsel häufiger vollzogen und käme die Strafjustiz ihrer Fürsorgepflicht nach, statt ungenügende Verteidigungen zu akzeptieren, müssten zwar ab und zu – in Fällen notwendiger Verteidigung – Prozesshandlungen wiederholt werden. Der rechtsstaatlichen Legitimität von Strafverfahren wäre dies indessen insgesamt sehr zuträglich, auch wenn ihre Effizienz in wenigen Einzelfällen etwas leiden würde. Weil aber meist die Erledigungsorientierung dominiert, neigen Staatsanwältinnen oder Richter dazu, Verteidigungen selbst dann noch als genügend einzustufen und das Verfahren zu retten, wenn ihnen schon nur beim Gedanken, ihre eigenen Kinder oder gute Freunde könnten dereinst so schlecht verteidigt sein, angst und bange wird.

Es kommt dazu, dass auch von Beschuldigten gestellte Wechselgesuche sehr selten bewilligt werden. Art. 134 Abs. 2 StPO hält zwar fest, dass ein Wechsel der amtlichen Verteidigung zwingend nötig ist, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidigung und beschuldigter Person erheblich gestört ist. Bedauerlicherweise unterwandert die Rechtsprechung diese gesetzliche Lösung und gewährt einen Wechsel faktisch nur bei massiven objektiven Pflichtverstössen, selbst wenn ein Antrag von Beschuldigten solid begründet ist. Dies trägt der Relevanz des Grundvertrauens als zwingend nötige Voraussetzung für jede wirksame Verteidigung nicht ausreichend Rechnung. Es führt im Ergebnis auch dazu, dass zahlreiche beschuldigte Personen durch Anwälte verteidigt werden, die sie gar nicht an ihrer Seite möchten und denen sie mit guten Gründen misstrauen.

Vor diesem Praxishintergrund kann einem die beschuldigte Person im Regelfall wirklich fast nur leidtun, verteidigt der vorher eingeführte 55jährige Wirtschaftsrechtler in einem Fall mit bestrittenem Mordverdacht, aber drohender Verwahrung mit komplexen technischen Sachverständigengutachten und psychiatrischen Expertisen. Denn die ihr zustehende effektive Verteidigung wird kaum gewährleistet sein. Es sei denn, der Wirtschaftsrechtler besinnt sich auf seine beruflichen Obliegenheiten, wälzt das erste Mal seit Jahren strafprozessrechtliche Fachbücher, legt seinen Zynismus ab und zieht am Ende sogar auf seine Kosten die 43-jährige Fachanwältin Strafrecht zurate, wenn er an eine fachliche Grenze stösst.

4. Welche fremden Interessen?

Besonders bei der Verteidigung wegen Kapitalverbrechen kommt ein Prototyp des anwaltlichen Ethos zum Tragen, was an sich auch der 55-jährige Wirtschaftsrechtler wüsste, weshalb zu hoffen ist, dass er sich darauf besinnt: Nicht trotz, sondern gerade weil er eines Schwerverbrechens verdächtigt wird, bedarf der Beschuldigte einer Verteidigerin, die seine Interessen vertritt – und nur seine. In diesen Fällen spürt die Verteidigung so deutlich wie nirgends sonst, was es heisst, fremde Interessen zu wahren und nicht die eigenen. Schuld oder Unschuld stehen erst nach dem Verfahren fest. Unabhängig davon, ob die Presse, die Öffentlichkeit, die Strafjustiz und sogar die Verteidigung selbst den vermeintlichen Schwerebrecher schon vor dem Abschluss des Verfahrens für überführt halten, hat die Verteidigung für die Optimierung seiner Interessen einzustehen. Es fordert den Anwalt besonders, wenn er einen grossen Ekel vor der vermeintlichen Tat spürt, diese moralisch verurteilt, die öffentliche Vorverurteilung immens ist oder der eigene Mandant vorderhand so fremd bleibt, dass er dessen Interessen nur schwer vertreten kann. Dem kann er letztlich nur damit begegnen, dass er entweder das Mandat niederlegt oder von seinen eigenen Gefühlen und seinem Bedürfnis nach sozialer Zugehörigkeit zur Allgemeinheit abstrahiert, um den Zugang zu den konkreten Interessen seines Klienten zu finden. Strafverteidigerinnen bewegen sich oft in aufgeladenen Spannungsfeldern: Der eigene Klient und seine Angehörigen sind belastet, stark verunsichert, daher fordernd oder apathisch, meist aber psychisch angeschlagen. Die Strafjustiz und Öffentlichkeit zeigen wiederum gerade dann oft keinerlei Verständnis für die Aufgabe der Strafverteidigung, wenn wegen des Deliktverdachts oder der Fallkonstellation ein besonders engagierter Anwalt vonnöten ist. Strafverteidiger benötigen daher eine grössere innere Unabhängigkeit vom gesellschaftlichen Mainstream als andere Anwälte. Ihre Aufgabe ist immer auch gegenhegemonial und unbequem – was Jacques Vergès idealtypisch vorgelebt hat.

Dabei hat der Verteidiger nicht ein Mann ohne Eigenschaften zu sein, sondern einen persönlichen Resonanzraum zu bieten und der Mandantin partnerschaftlich auf Augenhöhe zu begegnen. Dies ermöglicht der Klientin im besten Fall, ihre Interessen in, neben und nach dem Verfahren (ansatzweise) zu erkennen und gegenüber der Verteidigung zu formulieren. Denn Klienteninteressen können weit komplexer sein, als «auf ein freisprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken», wie das Bundesgericht seit BGE 106 Ia 105 die Aufgabe der Strafverteidigung in konstanter Rechtsprechung umschreibt. Manchen Klientinnen ist die Wahrung der persönlichen Haltung wichtiger als ein mildes Urteil, für andere erscheint ein faires Verfahren

zentraler als das Resultat des Verfahrens und vielfach stehen verschiedene Klienteninteressen auch in sich im Widerspruch zueinander oder lassen sich nicht gleichzeitig realisieren. Der Verteidigung obliegt es, sich eingehend mit der Klientin und deren konkreten Anliegen auseinanderzusetzen und nötigenfalls ihre eigenen Vorstellungen von einer optimalen Interessenvertretung zurückzustellen, wenn diese den tatsächlichen Interessen der Klientin widersprechen. Gleichzeitig hat die Anwältin ihren Mandanten auch unmissverständlich darüber aufzuklären, was realistische Prozessziele sein können. Kommt sie dem nach, besteht oft die Gefahr, dass beschuldigte Personen eine nüchterne Chanceneinschätzung als fehlendes Engagement missverstehen. Klarheit in der Sache, bei gleichzeitig teilnehmendem Ton, ist nicht immer leicht umzusetzen, aber notwendig. Denn das Vertrauen, die Verteidigung engagiere sich effektiv für Beschuldigten- und nicht für eigene Anwaltsinteressen, ist für viele Mandanten wichtiger als alles andere; davon hängt jede zielführende weitere Verteidigungshandlung ab.

Insgesamt bietet daher die Wahrung fremder Interessen zahlreiche Stolpersteine. Bereits die Selbsterkenntnis der eigenen anwaltlichen Interessen und die Abstraktion von diesen ist ein hoher Anspruch. Das derzeitige kulturelle Leitbild orientiert sich weit mehr an einer unternehmerischen Selbstoptimierung als an der Kultivierung eines ausgereiften und autonomen Selbst. Das Erkennen und Zurückstellen des eigenen Interesses stehen damit quer in der gesellschaftlichen Landschaft und weisen beinahe schon eine subversive Dimension auf.

Einen weiteren, ganz profanen Stolperstein bildet die Wissensasymmetrie zwischen Anwältin und Klient. Die Anwältin darf nicht glauben, dass sie die fremden Interessen besser kennt als der Klient selbst, und ihm deswegen nicht präzise zuzuhören. Die Goldene Regel, den anderen so zu behandeln, wie man selbst behandelt werden möchte, mag für die Anwältin ein sinnvoller gedanklicher Ausgangspunkt sein. Sie reicht allerdings nicht aus. Möglicherweise möchte der Klient auch eine andere Behandlung, als die Anwältin meint in dessen Situation erfahren zu wollen. Überdies hängt die Bedeutung eines Strafverfahrens und einer drohenden Verurteilung auch von den konkreten Lebensumständen ab, die deswegen sorgfältig und partnerschaftlich zu evaluieren sind. Um es an einfachen Beispielen zu verdeutlichen: Für die Lehrerin bedeutet eine Verurteilung wegen einer sexuellen Handlung mit Kindern ebenso wie für den angestellten Buchhalter eine Verurteilung wegen Veruntreuung den beruflichen Tod, auch wenn die Strafe auf Bewährung ausgesprochen wird. Während sie wohl beide mit einer Verurteilung zu einer stattlichen unbedingten Geldstrafe wegen eines Strassenverkehrsdelikts und einem anschließenden längeren Führer-

scheinenzug leben können. Für den 60-jährigen Taxichauffeur, der an der Existenzminimumgrenze lebt, verhält es sich dagegen meist umgekehrt. Und bei allen dreien ist es bei einer drohenden Verurteilung wegen eines Sozialversicherungsbetrugs ein gravierender Unterschied, ob sie Schweizerinnen oder Ausländer sind, denen nebst einer Strafe die Landesverweisung droht. Prozessziele sowie das strategisch und taktisch kluge Vorgehen in Strafverfahren hängen massgebend von solchen und anderen höchstpersönlichen Faktoren der Beschuldigten ab. Daher ist es heikel, wenn man allzu schnell zu wissen glaubt, was die fremden Interessen effektiv sind. Interessenlagen sind sorgfältig zu explorieren und allfällige Widerstände der Klienten im Gespräch sind ernst zu nehmen.

5. Die Verteidigerin als *citoyenne* und *bourgeoise*

Doch selbst wenn es dem Verteidiger stets gelänge, von den eigenen Interessen vollständig zu abstrahieren und die effektiven Interessen der Klientin zu erkennen, bleibt für die meisten die anwaltliche Berufsausübung immer noch zumindest auch wirtschaftsbürgerlicher Broterwerb und nicht ausschliesslich staatsbürgerliches Engagement. Das steht in einem Spannungsverhältnis zur Wahrung der Klienteninteressen: Sofern die Klientin gleichzeitig auch Zahlungsstelle ist, steht die wirtschaftliche Optimierung des Anwalts in einer prinzipiell antagonistischen Anlage zum finanziellen Interesse des Klienten.

Doch selbst wenn Dritte zahlen, wird die Sache wegen dem zusätzlich ins Spiel kommenden Drittinteresse nicht einfacher. Das Drittinteresse deckt sich vielfach weder mit den Klienten- noch dem Anwaltsinteresse. Der Anwalt droht zum Diener zweier Herren zu werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Entschädigung von Bekannten der Klientin, Rechtsschutzversicherungen oder wie häufig in Strafverfahren vom Staat ausgerichtet wird. Zentral dürfte sein, sich solche Spannungsverhältnisse überhaupt bewusst zu machen. Die Erkenntnis der eigenen Abhängigkeiten ist eine wichtige Voraussetzung für eine professionelle Distanznahme. Aber es bleibt auch dann dabei, dass die anwaltliche Unabhängigkeit von explizit oder implizit vorgebrachten (ökonomischen) Drittinteressen unterlaufen zu werden droht. Bei der Vergabe von amtlichen Verteidigungen kommt erschwerend die verunglückte Bestimmung dazu, dass die Verfahrensleitung, im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft und im Hauptverfahren das Sachgericht, die amtliche Verteidigung, das heisst die Verfahrensgegnerin, auswählen kann und keine unabhängige Stelle dafür zuständig ist (Art. 133 Abs. 1 StPO). Die Wünsche der beschuldigten Person sind dabei zwar zu berücksichtigen (Art. 133 Abs. 2 StPO); wobei diese

allerdings oft keinen Anwalt kennen und sich, gerade wenn sie überraschend verhaftet wurden, auch nicht erkundigen können. Dies führt bisweilen zu einer sehr ungesunden Nähe mancher Anwälte zur Staatsanwaltschaft. Manche Kantone mildern dies immerhin mit fix gewählten amtlichen Verteidigungen, andere mit der Ansiedelung eines sogenannten Büros für amtliche Mandate bei der Oberstaatsanwaltschaft etwas ab, so dass der Frontstaatsanwalt keine Einsetzung nach seinem Gutdünken vornehmen kann.

Amtliche Verteidigungen werden überdies im Rahmen eines notwendigen Minimums entschädigt. Dies akzentuiert sich im Strafvollzugsrecht bei Strafgefangenen oder Massnahmenklienten, die einen besonderen anwaltlichen Einsatz in psychosozialer Hinsicht erfordern. Die staatliche Entschädigungspraxis ist, jedenfalls in manchen Kantonen, der sozialen Komplexität der Straffälle nicht angemessen, so dass die Anwaltsseelen als *bourgeois* einerseits und *citoyen* andererseits nahezu zwangsläufig immer wieder in Widerstreit geraten müssen: Just dort, wo Grundrechte besonders gefährdet sind und Betroffenen das Recht, Rechte zu haben, fast abgesprochen wird, scheitert deren Wahrung regelmässig an den finanziellen Ressourcen. Ihrer rechtsstaatlichen Relevanz zum Trotz lässt sich die Vertretung vor allem im Strafvollzug anwaltsmarktförmig nicht gut organisieren; eine gehörige Portion Idealismus ist unabdingbar. Die Anwältin in ihrer Rolle als Wirtschaftsbürgerin gefährdet damit immer wieder den staatsbürgerlichen Auftrag, sämtlichen Menschen unabhängig von deren Herkunft, sozialer Rolle und Finanzkraft den Zugang zum Recht zu verschaffen.

Dies ist nicht ausschliesslich auf strukturelle Umstände zurückzuführen; denn immerhin kann eine Anwältin anders als in anderen Ländern auf einem Mittelklasseniveau auch dann gut leben, wenn sie vorwiegend als amtliche Verteidigerin tätig ist. Die Gefährdung liegt deshalb auch darin, dass manchen Kollegen ihre eigenen ökonomischen Interessen im Vergleich zu den Interessen ihrer Klienten allzu nahe liegen. Augenfällig ist dies, wenn bei einem Wechselgesuch um amtliche Verteidigung (Art. 134 Abs. 2 StPO) mit harten Bandagen, zum Teil bis ans Bundesgericht und streckenweise unter Ritzung des Anwaltsgeheimnisses, um den Verbleib im Mandat gekämpft wird. Nähme der Anwalt die Interessen der Klientin ernst, müsste er auf deren Gesuch hin einem Anwaltswechsel stets zustimmen, damit diese ihre Wunschverteidigerin bekommt. Problematisch ist zudem, dass man sich immer wieder des Eindrucks nicht erwehren kann, dass bei einigen Kolleginnen und Kollegen der Einsatz bei einer lukrativen erbetenen Verteidigung deutlich höher ist als bei einer amtlichen Verteidigung. Und un schön ist, wenn die Verteidigung sich bei Menschen der unteren Mittelklasse mit teilweise fürstlichen Honoraren als Privatverteidiger zahlen lässt,

obwohl ein Anspruch auf amtliche Verteidigung bestünde. Da kann man sich durchaus fragen, ob die Wahrung fremder Interessen nicht zwingend geböte, den Geldbeutel der Klientin zu schonen und sich als Wahlpflichtverteidigung einsetzen zu lassen.

Umso wichtiger ist deshalb, die eigene Rolle als Unternehmerin und die betriebswirtschaftliche Struktur der eigenen Kanzlei unter Einbezug einer integrativen, staatsbürgerlich orientierten Wirtschaftsethik sorgfältig zu analysieren. Dabei ist sich stets vor Augen zu halten, dass Strafverteidigungen ihrer rechtsstaatlichen hohen Relevanz zum Trotz im Vergleich zur Wirtschaftsadvokatur deutlich weniger gut entlohnt sind und bleiben werden. Eine Portion Idealismus ist daher unabdingbar. Gleichzeitig muss der Beruf auch angemessen entschädigt sein, ansonsten unweigerlich Frustrationen aufkommen. Daher ist es auch wichtig, sich bewusst zu machen, dass man nicht nur forensischer Anwalt, sondern mindestens auch Kleinstunternehmerin ist und hat entsprechende organisatorische Vorkehrungen zu treffen. Nur mit einer solchen, solid gelegten betriebswirtschaftlichen Basis ist es möglich, einem Verteidigungsethos effektiv nachzukommen. Herausfordernd bleibt dies aber für alle Verteidiger.

6. Verteidigung als ethische Praxis

Die vorangehenden Ausführungen zusammenfassend und unter grundsätzlichen Gesichtspunkten weiterführend, lässt sich zumindest Folgendes vorläufig festmachen: Der Verteidigung obliegt es, der Klientin sowohl einen tragfähigen persönlichen Boden zu bieten als auch sicherzustellen, dass sie gegen aussen deren konkrete Interessen klug und engagiert wahrnimmt. Dies fordert von ihr viel Standhaftigkeit und Kraft. Mandanten sind oft emotional auf eine starke Anwaltsfigur angewiesen und haben oft sehr ambitionierte Prozessziele. Kann das Klienteninteresse erfüllt werden, ist dies für die Verteidigung befriedigend, der Beruf wird als sinnvoll und man selbst als erfolgreich erlebt.

Niederlagen, enttäuschte Mandanten, schwierige Situationen in emotionalisierten Spannungsfeldern gehören ebenso zum Verteidigungsalltag. Dies kann mitunter anstrengend sein, vor allem dann, wenn die Klientenbeziehung respektive der Fall nicht wie erhofft verläuft oder die Verteidigung sich psychisch oder physisch nicht in einer robusten Lebensphase befindet. Gerade dann ist die berufliche Verantwortung bisweilen persönlich eine beträchtliche Last, geht es doch regelmässig für die eigenen Mandanten um sehr viel. Entsprechend hoch sind auch deren teilweise adäquaten, streckenweise aber auch unrealistischen Hoffnungen und Erwartungen, die sie bezüglich ihrer Verteidigung hegen. Oftmals kann die Verteidigung den Vor-

stellungen der eigenen Mandantin schon nur deshalb nicht entsprechen, weil diese zwar möglicherweise in der Filmvorlage, nicht aber in der prozessualen Realität einlösbar sind; gerade der Handlungsspielraum und der Einfluss der Verteidigung werden durch viele Klienten systematisch überschätzt. Trotz dieser an sich durchaus nüchternen Bestandaufnahme, ist gleichzeitig aber dennoch unabdingbar, gegenüber dem eigenen Klienten, aber auch Drittpersonen einen kämpferischen, zupackenden Eindruck zu vermitteln. Für bedürftige, zögernde, ängstliche, ambivalente Persönlichkeitsanteile bleibt in der sozialen Rolle Verteidiger gerade im Kontakt mit Dritten deshalb wenig Platz. Umso zentraler ist daher, solchen Gefühlen, die sich unweigerlich einstellen, ausreichend und gebührend Raum im passenden Rahmen zu verschaffen. Die Verteidigung muss sich stark exponieren, wird dabei immer wieder Ohnmachtssituationen in Verfahren erleben und mit happigen Themen und heftigen Emotionen von Seiten der eigenen Klienten, aber auch der Strafjustiz und Öffentlichkeit konfrontiert. Wenn man nicht sämtlichen, in der sozialen Rolle aufkommenden Gefühlen einen Raum an geeigneter Stelle ausserhalb des unmittelbaren beruflichen Wirkungsfeldes lässt, wird man schnell zynisch und abgestumpft oder brennt aus. Denn im Strafverfahren selbst dürfen solche Gefühle für den Verteidiger nicht handlungsleitend sein. In seinem Beruf darf er sich nicht von ihnen beeinflussen lassen.

Bislang hat sich unter Strafverteidigern, anders als in anderen Berufen mit ähnlich schwierigen psychosozialen Themen, noch keine Kultur etabliert, wie eine solche nötige Selbstfürsorge gelebt werden kann. Diese Fragen sind in den kommenden Jahren von einer Tabuzone in einen adäquaten, professionellen Umgang mit Supervisionen, kollegialen Beratungen (Intervisionen) sowie entsprechenden Fachdiskursen zu überführen. Bislang kultiviert die weiterhin männlich dominierte Branche allerdings tendenziell ein Einzelkämpfertum, welches der Schnittstelle von fachlichen und persönlichen Weiterentwicklungen im wechselseitigen Austausch entgegensteht. Auch wenn die Strafverteidigung in der konkreten Fallführung schon nur aus finanziellen Gründen auch künftig meist einer Anwältin und keinem Team obliegen wird, könnten die negativen Spitzen des Solistendaseins mit neuen Weiterbildungsformen zumindest abgemildert werden. Denn der Austausch über Berufsschwierigkeiten hülfe am Ende zumindest einzuordnen, welche Themen generelle Berufsfragen und welche individuelle sind, wo sich eine persönliche Weiterentwicklung lohnen könnte und wo wiederum die Zunft als Ganzes gefordert wäre; ausserdem lieferte er auch Anhaltspunkte, welche Zugänge von Kolleginnen und Kollegen für die eigene Praxis hilfreich sein könnten.

Nicht verkannt werden darf allerdings, dass am Ende immer noch ein Paradoxon zurückbleiben wird, das selbst mit einer solchen fortwährenden, auch intersubjektiven Reflexion nicht überwunden, aber immerhin sichtbar gemacht wird: Die Abstraktion von eigenen Interessen ist für die Einlösung des anwaltlichen Kernethos zentral. Ohne eigene anwaltliche Antriebskräfte und Arbeit in Richtung eines umfassend ausgereiften Selbst fehlte es allerdings am nötigen persönlichen Resonanzraum für den eigenen Klienten. Dieser Resonanzraum wiederum ist Voraussetzung, dass der Klient in der Auseinandersetzung mit einem starken Gegenüber seine Interessen überhaupt evaluieren kann und die Verteidigung sodann die nötige Durchsetzungskraft bei der Vertretung dieser Interessen gegen aussen erlangt. Die Anwältin bedarf daher einer greifbaren, konturierten Persönlichkeit bei idealtypisch gleichzeitiger Abstraktion von beziehungsweise zumindest Reflexion der unweigerlich vorhandenen persönlichen Interessen.

Es kommt dazu, dass zwischen den eigenen und fremden Interessen gleichzeitig geradezu zwangsläufig wechselseitige Beeinflussungen stattfinden. Die Wahrung fremder Interessen heisst indessen weder, seine eigenen Interessen auf fremde Interessen zu projizieren, noch sich fremde Interessen zu eigen zu machen, was schon nur wegen wechselseitigen Beeinflussungen der beiden Interessenlagen viel leichter gesagt als getan ist: In einer psychoanalytischen Kategorie ausgedrückt, dürfte es nebst der Psychotherapie kaum einen Beruf geben, der derart anfällig für Übertragungen und Gegenübertragungen ist, wie die Advokatur im Allgemeinen und die Strafverteidigung im Besonderen. Deshalb ist es auch heikel Menschen zu verteidigen, zu denen man in einer zu engen persönlichen Beziehung steht, da es schlicht an der Distanz fehlt. Eine solche, zu grosse Nähe kann bereits vor dem Mandat bestehen, indessen aber auch erst während des Auftrags entstehen, wobei letzteres viel schwieriger zu erkennen ist als ersteres. Eine professionelle Herangehensweise an solche Themen wäre deshalb ungemein wichtig. Denn eine fehlende Reflexion kann auf der einen Seite zu einer übermässigen Abwehr der Klientenanliegen und damit im Ergebnis einem fehlenden Einsatz führen. Ganz besonders gefährlich ist für engagierte, empathische Anwälte umgekehrt auch, sich mit den fremden Interessen des Klienten zu überidentifizieren beziehungsweise sich durch die eigene Mandantin manipulieren und instrumentalisieren zu lassen. Immer wieder sieht sich die Verteidigung mit impliziten oder expliziten Forderungen von Klienten konfrontiert, die sie nicht zu erfüllen vermag. Dafür gibt es verschiedene Gründe: Sei es, weil das Anliegen nicht in ihren Aufgabenbereich fällt, sei es, weil sie damit rechtliche oder ethische Grenzen überschritte, die ihr selbst markant schaden könnten. Eine klare Linie zu entwickeln, die letztlich von Anwältin zu Anwalt,

auch je nach Persönlichkeit, stark variiert und damit auch zu einem beträchtlichen Teil individuell sein kann und darf, ist gerade zu Beginn der Berufslaufbahn anspruchsvoll, aber unabdingbar. Der Anwältin obliegt es, sich immer wieder bewusst zu machen, wo die eigenen und die fremden Interessen beginnen, wo sie enden und wie sie zusammenspielen. Dabei hat sie gleichzeitig empathisch und zugewandt wie auch bei sich selbst zu bleiben. Um dies alles einzulösen, dürften daher künftig neben dem Austausch unter Berufskolleginnen vermehrt auch Supervisionen bei Psychologen in Erwägung gezogen werden.

Die Wahrung fremder Interessen und nicht eigener fordert demnach viel Selbst- sowie Fremdwahrnehmung und stellt Anforderungen an den Anwalt, die sich nicht leicht umsetzen lassen und vielfach auch widersprüchlich sind. Diese Widersprüche lassen sich letztlich zu einem grossen Teil auch mit professioneller Reflexion nicht auflösen. Das fortlaufende Gespräch mit Kolleginnen und Kollegen sowie die dauerhafte persönliche Auseinandersetzung dürften daher die einzige passende Antwort auf all diese Fragen sein; denn eine abschliessende Antwort darauf, was dieses berufliche Kernethos bedeutet, scheidet bereits daran, dass sich verschiedene fremde Interessen der unterschiedlichen Klienten nur scheinbar gleichen. Darüber hinaus verändern sich im Verlauf eines Anwaltslebens auch die eigenen Interessen. Schliesslich stehen die eigenen und fremden Interessen in jeder Konstellation aufs Neue in einem sich verändernden Wechsel- und Zusammenspiel. Im Ergebnis geht es darum, sich ein Berufsleben lang immer wieder bewusst zu machen: Strafverteidigung als institutionalisiert-verrechtlichte Garantin der Beschuldigtenrechte setzt in ihrem Kern ein nicht oder nur begrenzt justiziables Ethos voraus, dessen Umsetzung für den einzelnen Verteidiger stets prekär bleibt.

V. Kernaufgaben der Strafverteidigung

1. Verteidigung im Innenverhältnis: Fürsorge und Beratung

a) Partnerschaftliche Verteidigung als Ausgangspunkt

Die Partnerschaftlichkeit der Verteidigung im Umgang mit ihrer Mandantin ergibt sich aus den im vorangehenden Kapitel erwähnten gesetzlichen Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Bundesverfassung, der Strafprozessordnung, dem BGFA und dem OR. Für die partnerschaftliche Verteidigung ist die Fürsorge für ihre Klientin und deren Beratung zum einen Selbstzweck; nur dies gewährleistet, dass die beschuldigte

Person von ihrer Verteidigung ernst und wahrgenommen wird. Gerade in den eingangs erwähnten Fällen mit einem objektiv sehr beschränkten Handlungsspielraum der Verteidigung, ist echte Fürsorge letztlich der einzige Mehrwert, den die Verteidigung der beschuldigten Person bieten kann; Verteidigung ist in solchen Konstellationen primär begleitende Sozialarbeit. Zum anderen ist ein partnerschaftlicher Zugang auch zwingend nötig, damit die Verteidigung in den Fällen mit einem grösseren Handlungsspielraum auf einer mit der Mandantin gut geklärten Grundlage ihre Aufgaben im Aussenverhältnis, das heisst die Mitwirkungs- und Kontrollpflicht, sinnvoll, im Interesse ihrer Klienten und nach deren Instruktion, wahrnehmen kann. Die Sicht der Betroffenen soll durch die Verteidigung in ein kontradiktorisches Verfahren einfließen können, ihre Anliegen sollen Gehör finden und eingebracht werden. In dem früher dominanten paternalistischen Verteidigungsverständnis war dies teilweise anders. Hier bedurfte es weniger Auseinandersetzungen mit der eigenen Mandantin, da die Verteidigung im Aussenverhältnis weniger weisungsgebunden und nach eigenem Ermessen agierte.

b) Wissens- und Prozessberatung

In einem partnerschaftlichen Berufsverständnis ist unabdingbar, dass die Verteidigung im Innenverhältnis zunächst detailliert klärt, was sie selbst und der Mandant im Aussenverhältnis einbringen und wie sie sich im Verfahren verhalten sollen. Die Verteidigung muss dem Klienten zuhören und seine Sicht möglichst umfassend wahrnehmen. Ihr obliegt es umgekehrt auch, ihren Mandanten verständlich zu orientieren, womit er konfrontiert wird, und darzulegen, wie sie die Chancen hinsichtlich Sachverhaltserstellung und rechtlicher Würdigung einschätzt. Dabei sind diese Einschätzungen laufend dem jeweiligen Verfahrensstand anzupassen.

Die Verteidigung orientiert ihren Mandanten über rechtliche Fragen und gibt auf der Basis ihrer Aus- und Weiterbildung sowie Berufserfahrung strategische und taktische Einschätzungen weiter. Dabei ist sie als Wissensberaterin und Wissensvermittlerin tätig. Daneben ist die Prozessberatung durch die Anwältin zur Evaluation von Klientenentscheidungen zentral. Der Verteidigung kommt die Aufgabe zu, mit ihrer Mandantin partnerschaftlich zu diskutieren, was deren Interessen sind und wie vorzugehen ist. Sie hat die Klientin somit in ihren Entscheidungsprozessen zu begleiten und die Anliegen der Mandantin in ihrem gesamten Lebenskontext unvoreingenommen zu explorieren, mithin die Klientin nicht mit Lösungsvorschlägen und technischem Wissen zu überfordern. Der Anwalt ist zwar kompetent im rechtlichen Wissen, auch in anwaltlicher Strategie und Taktik. Die Klientin bleibt aber Expertin ihrer Lebensführung und muss deshalb durch ihre Verteidi-

gung so informiert werden, dass sie dies auch verdauen kann. Sie gibt nach Orientierung durch den Anwalt über die Rahmenbedingungen vor, was ihr eigentliches Anliegen ist. Der Anwalt hat dabei auch ein rechtlich nicht optimales Ziel zu respektieren. Doch nicht nur bei der Zielsetzung oder grundsätzlichen Strategiewahl, sondern auch bei taktischen Fragen ist schlussendlich die Instruktion der Mandantin massgebend: Erzielt die Verteidigung etwa bei der Frage zum Einreichen eines Beweisantrags keine Einigung mit der Klientin, hat sie, wenn Differenzen nach eingehender Diskussion mit der Mandantin bestehen bleiben, am Ende den Klientenwillen uneingeschränkt zu respektieren oder das Mandat niederzulegen.

Diese Prozessberatung für die Entscheidungsfindung der Klientin ist in die Wissensberatung zu integrieren. Das ist anspruchsvoll, denn das Know-how dazu wird in der juristischen Ausbildung nicht vermittelt. Als hilfreich erweisen sich Anleihen bei der Methodik einer lösungsfokussierten Gesprächsführung, um nicht in einen herkömmlichen anwaltlichen Paternalismus abzugleiten. Prozessberatung darf allerdings nicht dahin missverstanden werden, dass die Anwältin die Gesprächsführung an den Klienten delegiert; vielmehr ist zwingend nötig, dass sie aufgrund ihrer Erfahrung das Gesprächsheft in der Hand behält, damit die nötigen Themen überhaupt zur Sprache kommen können.

Die Verteidigung muss überdies laufend zwischen den Ebenen der Wissens- und der Prozessberatung wechseln. Die Grenzen sind nicht trennscharf und hängen zu einem nicht vernachlässigbaren Teil vom subjektiven Berufsverständnis ab. Grundthematiken der Strafverteidigung lassen sich teilweise nicht eindeutig der Wissens- oder der Prozessberatung zuordnen. Zu denken ist an die Fragen, ob sich der Mandant einlassen oder schweigen soll, ob Ergänzungsfragen bei Zeugeneinvernahmen oder Beweisanträge opportun sind, ob ein Antrag auf ein abgekürztes Verfahren oder der Kampf um einen Freispruch beziehungsweise der Weiterzug eines Entscheides mit einem Rechtsmittel indiziert ist. Sie beinhalten sowohl Elemente der Vermittlung von rechtlichem, strategischem und taktischem Wissen als auch der Begleitung bei Entscheidungsevaluationen der eigenen Mandantin. Daher findet während eines Gesprächs laufend ein Wechsel und ein Zusammenspiel von Wissens- und Prozessberatung statt. Eine Vermischung oder gar Verwechslung der beiden Beratungsformate ist dagegen heikel. Eine Konfusion kann dazu führen, dass Entscheidungsevaluationen als Wissens- statt als Prozessberatung orchestriert werden, was im Ergebnis eine Bevormundung der eigenen Klientin und somit einen Rückfall in ein paternalistisches Verteidigungsverständnis zur Folge hat. Umgekehrt droht die Gefahr, dass die Verteidigung trotz klarer Indikation eine Wissensberatung beziehungsweise

eine fachliche Stellungnahme umschiff und somit eine unzulässige Delegation an den Klienten stattfindet. In diesem Fall würde die Verteidigung dem Auftrag, die Klientinneninteressen kundig wahrzunehmen, auch nicht nachkommen. Beides gilt es zu vermeiden, da sonst eine Verletzung der Berufspflicht vorliegt. Das Auftragsrecht gebietet denkenden Gehorsam der Verteidigung. Strafverteidigung ist deshalb zu einem beträchtlichen Teil psychosoziales Coaching des Mandanten und genauso fachliche Interessenvertretung.

Bislang gibt es in der Schweiz keinerlei Aus- und Weiterbildungen, die sich der Spezifika der Gesprächsführung in der Strafverteidigung vertieft annehmen. Praktikerinnen lernen dies letztlich autodidaktisch *on the job*; viele machen dies auch sehr gut, teilweise auch von Anfang an. Rein auf Naturtalente zu hoffen, hat allerdings wenig mit dem Anspruch an eine solid vermittelte Berufstechnik zu tun. Professionelle Kurse zu entwickeln, dürfte allerdings anspruchsvoll sein. Instrumente aus Sozialarbeit, Coaching oder Mediation sind zwar teilweise durchaus übertragbar und mögen den Beziehungsaspekten wie der Prozessberatung gut Rechnung tragen. Bereits jetzt eine entsprechende Weiterbildung oder einen allgemeinen Kurs in Gesprächsführung für Juristen zu besuchen, schadet sicher nicht. Indessen sind die Unterschiede wegen des zentralen Aspekts der Interessenvertretung sowie der Ausnahmesituationen gerade bei einer Verhaftung doch beträchtlich. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass sich künftig die Anwaltschaft dieser Thematik sinnvollerweise in Zusammenarbeit mit psychosozialen Berufsgruppen vertieft annimmt.

c) Vertrauensverhältnis als Zentralnerv jeder wirkungsvollen Verteidigung

Die Verteidigung muss sich kontinuierlich in jedem Mandat um eine Beziehung zu ihrer Klientin bemühen, was unter Zeitdruck bei den oft auch persönlich fordernden Klientinnen in anspruchsvollen Lebenssituationen nicht leicht einzulösen ist. Eine verbindliche, klare Kommunikation der Verteidigung und Zuverlässigkeit in Absprachen sind deshalb zentral. Die Verteidigung sollte beispielsweise der eigenen Mandantin keine Besuche im Untersuchungsgefängnis oder die Zusendung eines Plädoyers in den nächsten Tagen zusichern, wenn sie dies nicht einhalten kann. Lieber sagt man offen, was möglich ist und was nicht, anstatt falsche Versprechen abzugeben. Auch wenn man sich redlich um ein sorgfältiges Vorgehen bemüht, sind Konflikte zwischen Verteidigung und Klienten immer noch normal und keineswegs pathologisch, liegt doch für die meisten Mandanten eine absolute Ausnahmesituation vor, was unweigerlich Spannungen generiert. Die

Verteidigung ist daher verpflichtet, immer wieder an einer vertrauensvollen, gleichzeitig aber professionellen Beziehung zu arbeiten, selbst wenn der Klient ihr brüsk oder umgekehrt allzu persönlich begegnet und/oder ihr auf die Nerven geht. Neben der Beratungspflicht hat die Verteidigung somit im Innenverhältnis auch die Pflicht zur Beziehungspflege beziehungsweise Fürsorge. Der Fürsorge wird in der Literatur eine marginale Rolle zugemessen. Aus obigen Ausführungen zur Beratungspflicht folgt allerdings, dass Fürsorge der Verteidigung in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis zentral ist. Sie ist nicht bloss Selbstzweck, sondern erweist sich bei Lichte betrachtet als eigentliche Basis jeder Verteidigungsarbeit. Erst eine gelebte Fürsorge nimmt den Mandanten als autonomes Subjekt ernst und ermöglicht eine Begegnung auf Augenhöhe; ohne sie kann auch dem Beratungsauftrag gar nicht nachgekommen werden. Nur eine solche Beziehungsqualität schafft das nötige Vertrauen, um eine gemeinsame Verteidigungsstrategie in der Beratung festzulegen und damit die Verteidigungsobliegenheiten im Aussenverhältnis auch wahrnehmen zu können. Mit anderen Worten stellt die Vertrauensbasis das Herzstück einer zielführenden Verteidigung dar. Diese Beziehungspflege ist allerdings potentiell uferlos und steht überdies in einem latenten Spannungsverhältnis zur nötigen Abgrenzung. Die Balance zwischen Nähe und Distanz in der Klientenbeziehung ist immer wieder aufs Neue auszutarieren. Patentrezepte gibt es keine.

Zusammenfassend sichern in einem partnerschaftlichen Verteidigungsverständnis die Pflichten im Innenverhältnis die Subjektstellung der Beschuldigten ab und legen die Basis für eine wirksame Wahrnehmung der Verteidigungsrechte im Aussenverhältnis. Im Ergebnis legen Verteidigung und Klientin gemeinsam das Prozessziel, das konkrete Vorgehen und Prozessverhalten sowohl der Anwältin als auch der Klientin fest. Wie aber exakt die Pflichten im Innenverhältnis wahrzunehmen sind, ist streckenweise individuell und darf es auch bleiben; indessen bedarf es trotzdem künftig einer soliden professionellen Diskussion, was von Strafverteidigerinnen realistisch erwartet werden kann, wo und wie sie sich weiterentwickeln vermögen, gleichzeitig auch, wo die Grenzen der eigenen Profession liegen.

2. Verteidigung im Aussenverhältnis: Kontrolle und Mitwirkung

Im Aussenverhältnis soll die Verteidigung absichern, dass die Strafjustiz die Verfahrensvorschriften nicht zum Nachteil des Beschuldigten missachtet. Es obliegt ihr sicherzustellen, dass inhaltliche Entlastungsargumente zu seinen Gunsten in einem kontradiktorischen Verfahren Gehör finden und er als Ver-

fahrenssubjekt respektiert wird. Eine Kernaufgabe der Verteidigung im Aussenverhältnis ist daher die Kontrolle der Justizförmigkeit des Verfahrens; wobei sich allein durch die Präsenz der Verteidigung im Verfahren bereits ein gewisser, die Verfahrensanlage verändernder Kontrolleffekt einstellt. Ebenfalls hat die Verteidigung die Pflicht, inhaltlich entlastend am Verfahren mitzuwirken; hierfür ist entscheidend, dass sie die Belastungsperspektive grundlegend in Zweifel zieht. Beide Aufgaben sind strikt einseitig für die Klientin wahrzunehmen. Der Verteidigung kommen deshalb unter anderem die Aufgaben zu, die Akten einzusehen, an Beweiserhebungen wie Einvernahmen teilzunehmen, diese zu kontrollieren und beispielsweise mit Ergänzungsfragen mitzuwirken, eigene Ermittlungen zu tätigen, entlastende Beweismittel einzureichen, Beweisanträge zu stellen, Stellungnahmen abzugeben, vor Gericht zu plädieren, Rechtsmittel einzulegen und mit Privatklägern Kontakt aufzunehmen, um einen Rückzug von Strafanträgen beziehungsweise eine Desinteresseerklärung zu erwirken oder den Zivilpunkt günstig zu regeln. In den kommenden Kapiteln werden exakt diese Aktivitäten der Verteidigung im Aussenverhältnis näher konkretisiert.

In einem paternalistischen Verteidigungsverständnis agierte die Verteidigung im Aussenverhältnis weitgehend nach eigenem Ermessen, während sie in der zeitgemässen partnerschaftlichen Berufsauffassung das Ob und Wie sämtlicher Verfahrensschritte mit ihrer Klientin mindestens in den Grundzügen zu besprechen hat. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Wahl der Mittel von der Mandantin in ihr Ermessen delegiert wurde. Doch selbst in diesem Fall ist im Zweifelsfall stets eine vorgängige Absprache geboten. Das Ausmass dieser Absprache hängt dabei vom Vertrauensverhältnis mit der eigenen Mandantin ab. Die Verteidigung hat im Zweifelsfall Ergänzungsfragen oder Beweisanträge beziehungsweise Beweiseingaben oder Kontaktaufnahmen mit Dritten vorgängig mit ihrer Mandantin zu diskutieren, schriftliche Eingaben vorgängig vorzulegen und mündliche Vorbringen mindestens in den Grundzügen zu besprechen.

In manchen Fällen, die allerdings nicht leichtfertig anzunehmen sind, stösst die Partnerschaftlichkeit an eine Grenze: Beispielsweise mit dementen oder dauerhaft psychotischen Klienten ist eine solche Beziehung und Klärung der Sachlage nicht möglich. Aber auch starke Persönlichkeitsstörungen limitieren den partnerschaftlichen Zugang mehr oder weniger ausgeprägt. In all diesen Fällen kommt die Verteidigung nicht um einen gewissen Paternalismus umhin: Sie hat so vorzugehen, wie es dem mutmasslichen Willen der konkreten Klientin (und nicht etwa objektivierten Interessen) entspricht. Um einen solchen mutmasslichen Willen zu ergründen, bedarf es vielfach einer noch intensiveren Auseinandersetzung mit dem Klienten.

3. Entwicklung einer fallangepassten Verteidigungsstrategie

Das gesamte Vorgehen im Innen- wie im Aussenverhältnis ist in einem stimmigen Sinnzusammenhang, somit in einer Strategie, zu bündeln. Was eine fallangepasste Verteidigungsstrategie ist, bleibt allerdings eine Art Mysterium. Literatur dazu gibt es kaum. Nichtsdestotrotz sprechen Verteidiger untereinander und gegenüber ihren Klientinnen immer wieder von Strategie und Taktik; die Begriffe gebrauchen sie dabei oft synonym. Auch wenn sich Strategie und Taktik nicht präzise voneinander abgrenzen lassen, so drängt sich doch eine Unterscheidung auf: Unter Strategie sind die Grundkonzeption und die Eckpfeiler, mit welchen ein Prozessziel erreicht werden soll, zu verstehen, während mit taktischen Instrumenten Hilfsmittel bezeichnet werden, die in konkreten Konstellationen und situativ eingesetzt werden. Die Wahrnehmung einzelner Rechte und der Einsatz taktischer Hilfsmittel sind dabei mit einer überzeugenden Verteidigungsstrategie in Einklang zu bringen. Daher muss die Verteidigung auch in Absprache mit der Klientin, nach Festsetzung des Prozessziels, eine solche Strategie entwerfen. Mehr als diese vage Leitlinie findet man in der Literatur allerdings kaum; und es ist auch schwierig, allgemeine und gleichzeitig konzise Aussagen über Verteidigungsstrategien zu tätigen.

Unter einer Verteidigungsstrategie ist jedenfalls keine abschliessend festgelegte Konzeption zu Beginn des Verfahrens zu verstehen. Die Anlage eines Strafverfahrens verändert sich während der Untersuchung laufend, so dass eine rollende Planung der Verteidigung im Zusammenwirken mit der eigenen Klientin zur optimierten Interessenwahrung angezeigt ist. Die Verteidigung hat deshalb ständig aufs Neue den gesamten Fall zu analysieren und sich zu fragen, welche Verteidigungsrechte und welche taktischen Instrumente in welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise sinnvollerweise einzubringen sind, um das mit der Klientin definierte Prozessziel zu erreichen. Dabei kann sich im Verlauf eines Verfahrens das Prozessziel selbst verändern. Diese Aufgabe der Verteidigung ist damit sowohl analytisch, juristisch als auch psychosozial anspruchsvoll und hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Sie bedingt überdies eine gute Arbeitsorganisation in jedem Mandat wie im gesamten Büro, ansonsten die Verteidigung den Kopf nicht genügend frei für die nötige Denkarbeit hat. Denn äusserst wichtig ist, dass sich die Strafverteidigerin für jeden Fall ausreichend Zeit für ein gründliches Aktenstudium sowie weiterführende Überlegungen nimmt; damit sie den Fall und nicht der Fall sie führt. Eine unzureichende Organisation, fehlendes Zeitmanagement, Überlastung und die Tendenz nahezu aller Anwälte, zu viele Mandate anzunehmen, laufen

daher einem klugen strategischen Vorgehen tendenziell zuwider. Die seriöse Strafverteidigerin muss sich immer wieder zwingen, nur so viele Fälle zu führen, wie sie zeitlich auch tatsächlich auf der berufsethisch gebotenen Höhe bewältigen kann. Dies ist indessen nicht leicht umzusetzen. Das Gefühl, gefragt zu sein, Verantwortungsbewusstsein für potentielle Mandanten, die sonst kaum eine Anwältin finden, oder auch profan der kleinbürgerliche, von Existenzsorgen geplagte *bourgeois* in praktisch jedem Anwalt treiben sehr viele immer wieder bei entsprechender Nachfrage in der Annahme von Mandanten über die Belastungsgrenze hinaus.

Zentral dürfte dabei, unter der Voraussetzung ausreichender zeitlicher Ressourcen, für sämtliche strategischen und taktischen Überlegungen sein, dass sich die Verteidigung in systemischem Denken übt, um der psychosozial komplexen Anlage eines Strafverfahrens gerecht zu werden. Dies läuft ihrer Berufssozialisation ebenfalls zuwider: Juristen denken nach wie vor tendenziell in linearen Kausalitäten, die Ursache A löst in ihrem Denken bei ihnen zwingend die Wirkung B aus. In systemischen Reflexionen treten indessen an die Stelle strikt monokausaler zirkuläre Erklärungen: Ursache und Wirkungen werden auch in ihren Wechselwirkungen vermessen. Es wird überdies auch nicht davon ausgegangen, dass sich Ursache und Wirkung stets eindeutig festmachen lassen. Statt isolierte Objekte unter die Lupe zu nehmen, werden deshalb die Beziehungen zwischen ihnen betrachtet. Ein systemisches Denken lässt daher erkennen, dass gleiche Ursachen nicht stets gleiche Wirkungen in komplexen Zusammenhängen wie einem Strafverfahren entfalten. Selbst minimale Abweichungen der Fallparameter – seien diese persönlicher oder sachlicher Natur – können zu völlig anderen, ja geradezu gegensätzlichen Resultaten führen. Damit wird nicht die nachträgliche Erklärbarkeit, sondern eine vorgängige Voraussehbarkeit und Beherrschbarkeit von komplexen Abläufen zumindest teilweise infrage gestellt. Einem systemischen Denken ist zudem bewusst, dass man ganz grundsätzlich nicht alle Folgen bedenkt und auch nicht an alle denken kann. Es ist damit eine klare Absage an eine Kontrollillusion, nicht aber an eine gründliche Reflexion unter Einbezug der eigenen Intuition.

Zusammenfassend bewegt sich jede gute, kluge Verteidigungsstrategie im Einzelfall daher zwischen antizipierender Konzeption und rollender Planung und bedarf genügend zeitlicher Ressourcen. Eine solche Auseinandersetzung geht davon aus, dass sich eine kluge Verteidigung nicht auf rein rechtliche Fragen beschränkt, sondern eine instrumentelle, zielgerichtete Vernunft ist, die den Einbezug von strategischen, taktischen und psychosozialen Zugängen bei der Rechtsanwendung voraussetzt. Deshalb ist der

intellektuelle Zugang zum Recht ein anderer als derjenige der Richterin. Das Recht und seine Instrumente werden nicht primär am Kriterium der maximalen juristischen Plausibilität, sondern an der praktischen Anwendung nach dem Nutzen für die eigene Klientin gemessen.

Zweiter Teil

Der Zweite Teil behandelt die Verteidigungspraxis. Das VI. Kapitel konkretisiert die Einflussmöglichkeiten der Strafverteidigung auf das Beweisergebnis. Dabei handelt es sich um eine der zentralen Obliegenheiten der Verteidigung. Primär geht es um das Vorgehen der Verteidigung im Vorverfahren. Beweiserhebungen werden in der heutigen strafprozessualen Realität grösstenteils in diesem Stadium aufgenommen. Hernach wird im VII. Kapitel erörtert, wie dem Einzelfall angepasst dieses Ringen um den Sachverhalt mit rechtlichen Argumenten und einer rhetorischen Dimension sinnvoll zusammengeführt werden kann. Im Fokus steht das gerichtliche Hauptverfahren, wobei auch bereits im Vorverfahren durchaus in diese verbindende Richtung zu denken ist. Das VIII. Kapitel bietet einen Abriss über Besonderheiten bei strafrechtlichen Massnahmen. In diesem Kontext hat sich in den letzten beiden Jahrzehnten eine Art Substrafverfahren innerhalb des Strafverfahrens mit zahlreichen komplexen rechtlichen, politischen und psychosozialen Fragen etabliert. Die Verteidigung droht entkernt zu werden. Es ergibt deshalb Sinn, ihre Handlungsmöglichkeiten gesondert zu betrachten. Das IX. Kapitel diskutiert sodann Spezifika bei der Jugendstrafverteidigung.

VI. Einflussmöglichkeiten der Strafverteidigung auf das Beweisergebnis

1. Ausgangspunkte

a) Strafverfahren als zielgerichtete Sachverhalts(re)konstruktion in einem rechtlichen Rahmen

Das definierte Ziel in Strafverfahren ist die Erforschung der historischen Wahrheit von Amtes wegen (Art. 6 StPO). Und doch werden keine Tatsachen auf der grünen Wiese aus reinem Forschungsinteresse erhoben. Im Zentrum steht ein Verdacht auf eine Straftat; und was eine Straftat ist, definiert das materielle Recht. Tatsachen werden deshalb zielgerichtet mit Blick auf juristische Tatbestände erhoben. Ohne Verdacht auf Erfüllung eines juristischen Tatbestands gibt es kein Strafverfahren.

In Strafverfahren werden meist Tatsachen aus der Vergangenheit eruiert; der Verdacht beschlägt ein vergangenes Geschehen. Selten dauert im

Zeitpunkt der Beweiserhebung ein mögliches Delikt noch fort und selbst dann geht es primär um vergangene Fakten. Anders als der Historiker, ist die Strafjustiz bei der Erforschung der Vergangenheit an ein striktes Regelwerk gebunden. Es gibt keine Wissenschaftsfreiheit: Zentral sind die Strafprozessordnung und Verfahrensgrundrechte, welche vor allem die Bundesverfassung (namentlich in Art. 9, Art. 29, Art. 30, Art. 31, Art. 32) und die Europäische Menschenrechtskonvention (insbesondere in Art. 3, Art. 5 und Art. 6) garantieren. In diesen normativen Grundlagen werden Grundsätze wie die Unschuldsvermutung und die Justizförmigkeit eines kontradiktorischen Verfahrens sowie zentrale Rechte am Strafverfahren beteiligter Personen festgelegt. Letztere umfassen etwa das Recht des Beschuldigten, die Aussage zu verweigern, Zeugnisverweigerungsrechte von Drittpersonen, Abläufe zur Sachbeweiserhebung sowie zu Einvernahmen. Hält die Erforschung des Sachverhalts diesen Regeln nicht stand, so ist sie rechtswidrig.

Dies kann zur Folge haben, dass juristisch so getan wird, als wäre die Tatsache gar nicht erhoben worden, weil eine sogenannte Unverwertbarkeit vorliegt. Das ist allerdings selten: Die Strafjustiz neigt dazu, auch rechtswidrig erhobene Beweise in einer Güterabwägung doch zu verwerten. Der Gedanke, gleichsam so tun als ob, fällt beim Verdacht auf eine strafbare Handlung sehr schwer; und das Gesetz lässt eine Güterabwägung zwischen Verwertung eines rechtswidrig erhobenen Beweises und dem Strafverfolgungsinteresse an der Verwertung zu, ausser bei wirklich gravierenden Rechtsverletzungen. Formale Anforderungen an die Beweiserhebung werden tendenziell salopp behandelt; obwohl für ein faires, justizförmiges Strafverfahren deren Einhaltung bedeutender wäre als die inhaltliche Stimmigkeit eines Urteils. Die Justiz wie auch die Gesetzgebung grenzen sich damit zu wenig dezidiert von der Vorstellung ab, das inhaltlich richtige Urteil als Ziel rechtfertige die Wahl der Mittel. Im Rechtsstaat wird ein sachgerechtes Urteil erst durch die penible Beachtung rechtlich korrekter Mittel legitimiert.

Die Vorstellung von Laien und manchen Strafverfolgerinnen, in Strafverfahren werde die Wahrheit aus der Vergangenheit auf dem freien Feld erforscht, geht deshalb fehl. In Wirklichkeit rekonstruieren Strafverfahren rechtlich vordefinierte Sachverhalte ausgerichtet auf ein rechtliches Ziel in einem strikt rechtlichen Verfahren. Allein deshalb unterliegt die Rekonstruktion der vergangenen Ereignisse in Strafverfahren juristischen Prägungen oder, etwas pointierter ausgedrückt, rechtlichen Verzerrungen. Es kommt dazu, dass alle am Verfahren Beteiligten ein Eigeninteresse haben: Der Beschuldigte will in der Regel Verurteilungen entgehen oder zumindest milde bestraft werden; Zeuginnen sind mit ihm bekannt oder nicht, mögen ihn oder nicht; Privatklägerinnen haben ein Interesse an einer Verurteilung

und möglicherweise auch handfeste finanzielle Anliegen. Auf faktische Determinanten auf Staatsanwaltschaft und Gerichte wurde im «Intro» bereits detailliert hingewiesen. Dies alles zeitigt gewichtige Einflüsse auf das Strafverfahren. Strafverfahren rekonstruieren daher nicht sozusagen als Abbild vergangene Geschehnisse, sondern konstruieren viel eher in der Gegenwart ein rechtlich und von anderen verzerrenden Faktoren geprägtes Bild der Vergangenheit.

Dem heutigen schweizerischen Strafverfahren ist zudem eigen, dass für die Beweisaufnahme primär das Vorverfahren zentral ist. Beweise werden unter der Leitung der Staatsanwaltschaft durch sie selbst und durch die Polizei erhoben. Im Hauptverfahren wäre es an sich möglich, sämtliche Beweise nochmals oder erstmals aufzunehmen, wenn das Gericht der Meinung ist, dies sei nötig. Wegen der sogenannten beschränkten Unmittelbarkeit besteht allerdings nur ein eingeschränkter Rechtsanspruch der beschuldigten Person auf nochmalige oder erstmalige Beweisaufnahme im gerichtlichen Hauptverfahren (Art. 343 StPO). Vereinfacht dargestellt geht es im Vorverfahren um die Beweiserhebung und im Hauptverfahren dagegen vor allem um die rechtliche Interpretation. Auch diese Verfahrensanlage zeitigt einen erheblichen Einfluss, wie bereits eingangs gezeigt wurde. Es kommt dazu, dass Hauptverfahren zur statistischen Rarität verkommen sind.

b) Die Rolle der Verteidigung bei der strafprozessualen Sachverhalts(re)konstruktion

Am Ende eines Strafverfahrens steht die Frage nach einer Verurteilung im Raum. Es darf daher nicht nur darum gehen, welcher Sachverhalt am plausibelsten ist. Viel mehr soll ein für den Beschuldigten ungünstiger Sachverhalt nur dann zur juristischen Wahrheit werden, wenn er mehr oder weniger zweifelsfrei feststeht: *in dubio pro reo* (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 3 StPO).

Indessen wurde eingangs gezeigt, dass die Verwirklichung dieses Grundsatzes in der Rechtswirklichkeit prekär ist. Der Verteidigung obliegt es, im Aussenverhältnis – als Korrektiv zur Strafjustiz – der Unschuldsvermutung und den Beschuldigtenrechten zum Durchbruch zu verhelfen. Ihr obliegt, am Verfahren mitzuwirken und es zu kontrollieren. Entgegen der Auffassung vieler Laien und mancher Strafverfolger ist dieser Beitrag zur Justizförmigkeit des Verfahrens kein Hindernis für ein faires Urteil, sondern konstitutiv dafür, dass von einem rechtsstaatlichen Strafprozess *überhaupt* die Rede sein kann. Ohne strikte einseitige Verteidigung unter Ausschöpfung der rechtlichen Mittel gibt es kein faires Verfahren.

Vereinfacht man die möglichen Handlungen der Verteidigung hinsichtlich ihres Einflusses auf das Beweisergebnis, geht es zum einen darum, dass sie aktiv entlastende Umstände beibringt. Sodann obliegt es ihr, ungünstige und erst recht illegale Beweisaufnahmen temporär oder dauerhaft zu verhindern. Bei bereits rechtswidrig erfolgten Beweiserhebungen hat sie dafür zu sorgen, dass diese nicht verwertet werden und wenn möglich auch keinen unbewussten Einfluss auf das Urteil zeitigen, weil ein Gericht doch noch Kenntnis davon genommen hat, bevor es sich für eine Unverwertbarkeit entschieden hat. Beide Aktivitäten setzen eine einlässliche Auseinandersetzung mit dem Tatverdacht sowie den Untersuchungsakten voraus und lassen sich in der Praxis nicht scharf trennen. Aber unter analytischen Gesichtspunkten drängt sich auf, diese Unterscheidung in «Beweisaufnahmeverhinderin» zum einen und «Beibringerin entlastender Umstände» zum anderen bei der nachfolgenden Darstellung vorzunehmen. So kann wie vorher skizziert die Aufgabe der Verteidigung im Aussenverhältnis sinnvoll konkretisiert werden.

Als Ausgangspunkt ist vorgängig allerdings der Faktor Untersuchungshaft zu diskutieren. Ob eine beschuldigte Person in Untersuchungshaft versetzt wird, prägt vielfach ein Strafverfahren und den Handlungsspielraum der Verteidigung hinsichtlich ihres Einflusses auf das Beweisergebnis entscheidend. Gleichsam vor die Klammer zu ziehen ist auch die Beratung der Klientin zu ihrem eigenen Aussageverhalten. Dabei handelt es sich gleichzeitig sowohl um einen Einfluss der Verteidigung auf die Beweisaufnahme als auch eine Obliegenheit im Innenverhältnis mit der Klientin. Es stellen sich dabei Fragen, die sich im Kontext von anderen Beweismitteln so nicht stellen. Erst danach kann gesondert auf die weiteren Einflussmöglichkeiten der Verteidigung auf das Beweisergebnis und ihre Grenzen eingegangen werden.

2. Der Faktor Untersuchungshaft

a) Rechtsnormen und Rechtswirklichkeiten

Verhaftet die Polizei eine Person, so muss diese spätestens innert 24 Stunden der Staatsanwaltschaft zugeführt werden (Art. 219 Abs. 4 StPO). Dabei findet in den ersten 24 Stunden fast immer eine polizeiliche Befragung statt. Die Polizei hat auch die Möglichkeit, die verhaftete Person zu entlassen, wenn der Tatverdacht bereits entkräftet ist beziehungsweise die Anordnung von Haft zur Sicherstellung einer geordneten Untersuchung nicht vonnöten und/oder unverhältnismässig ist (Art. 219 Abs. 2 und 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft wiederum entscheidet nach der sogenannten Hafteinvernahme, ob die Person freigelassen wird oder ob sie beim Zwangsmassnahmengericht einen Antrag

auf Untersuchungshaft stellt (Art. 224 Abs. 2 StPO). Spätestens 48 Stunden nach der Festnahme muss die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft beantragen, wenn sie keine Freilassung verfügt (Art. 224 Abs. 2 StPO). Dabei muss sie einen dringenden Verdacht und Haftgründe mit den Akten begründen (Art. 224 Abs. 2 StPO). Mit anderen Worten muss sie nicht nur einen dringenden Tatverdacht, sondern auch einen der vier Haftgründe Verdunkelungs-, Flucht-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr (Art. 221 StPO) konkret belegen können. Zudem muss sie darstellen, weshalb der Gefahr nicht mit einem milderen Mittel begegnet werden kann. Zu denken ist an Ersatzmassnahmen wie beispielsweise eine Kautions-, ein Kontakt- beziehungsweise Rayonverbot, Meldeauflagen, Passabgabe oder eine (elektronische) Fussfessel. Innert weiterer 48 Stunden hat das Zwangsmassnahmengericht einen Entscheid zu fällen, ob Untersuchungshaft angeordnet wird oder nicht (Art. 226 Abs. 1 StPO). Dabei könnte es an sich selbst noch Beweise erheben, um den Tatverdacht zu erhärten oder zu entkräften (Art. 225 Abs. 4 StPO). Das kommt in der Praxis selbst bei entsprechenden Anträgen der Verteidigung selten vor. Dennoch ist es zwingend, dass die Verteidigung sich mit der beschuldigten Person eingehend auseinandersetzt, ob und gegebenenfalls welche Ersatzmassnahmen in deren konkreter Lebenssituation sinnvollerweise beantragt werden können.

In der Theorie ist Untersuchungshaft damit nur dann zulässig, wenn ein dringender Tatverdacht, ein konkreter Haftgrund und Verhältnismässigkeit der Haft vorliegen. Sodann findet eine doppelte Prüfung durch Staatsanwaltschaft und Gericht statt. In der Praxis wird Untersuchungshaft allerdings routinemässig beantragt und vom Zwangsmassnahmengericht bewilligt. Ersatzmassnahmen sind selten, obwohl das Gesetz einen ausführlichen, nuncierten und nicht abschliessenden Katalog vorgibt, der von Kautions- über Kontakt- und Rayonverbote bis hin zu zahlreichen weiteren Auflagen geht (Art. 237 Abs. 2 StPO). Für massgeschneiderte Lösungen bestünde reichlich Raum, der viel zu selten genutzt wird. In manchen Kantonen ist es überdies gang und gäbe, dass auch keine dem Einzelfall angepasste Befristung verfügt wird, sondern als Standard von Anfang an drei Monate Haft gewährt werden. Auch nach Ablauf der drei Monate wird oft die mögliche Verlängerung grosszügig gehandhabt (Art. 227 StPO), und die Begründung der erstmaligen Anordnung oft weitgehend übernommen, selbst wenn zwischenzeitlich die Untersuchung nicht beförderlich vorangetrieben wurde. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz, dass Untersuchungshaft nicht länger als die im Fall eines Schuldspruchs zu erwartende Strafe dauern darf, erweisen sich dabei als wenig griffige Schranke. Die Folgen der Untersuchungshaft für das Leben der beschuldigten Personen (Trennung von Familie, drohender

Jobverlust, Hafttrauma) werden selbst bei wenig schwerwiegenden Vorwürfen unzureichend in die Güterabwägung einbezogen. Es fehlt überdies an klaren Grenzen für die Dauer der Untersuchungshaft, wie sie andere Rechtsordnungen kennen. Auch die konkreten Haftgründe, namentlich Kollusions- und/oder Fluchtgefahr, wie der konkrete Tatverdacht werden allzu rasch bejaht. Die schweizerische Praxis, im internationalen Quervergleich schnell, oft und lange Untersuchungshaft anzuordnen, ist Strafverteidigern wie kritischen Rechtswissenschaftlerinnen seit Jahren ein Dorn im Auge. Sie wissen, dass Untersuchungshaft Beschuldigtenrechte faktisch unterminiert und den Aktionsradius der Verteidigung markant schmälert. Untersuchungshaft sichert in einer rechtsrealistischen Betrachtung deshalb nicht nur den geordneten Untersuchungsgang ab, sondern läuft Gefahr, faktisch als Beugehaft zur Erlangung eines Geständnisses zu dienen. Sie droht dadurch rechtsstaatlich garantierte Verteidigungsrechte über Gebühr einzuschränken.

Besonders problematisch ist überdies, dass das Ermessen der Staatsanwaltschaft, einen Antrag auf Untersuchungshaft zu stellen, nahezu nicht begrenzt wird. Diese einmal gestellte Weiche ist im Fortgang des Verfahrens fast nicht mehr korrigierbar. Praktiker sind immer wieder erstaunt, wie selektiv teilweise solche Anträge erfolgen. Es hängt stark von der fallführenden Staatsanwältin ab, ob in gleich gelagerten Konstellationen Haftanträge erfolgen oder nicht. Gelegentlich wird man den Eindruck nicht los, dass die soziale Stellung der Beschuldigten daher zwar ein sachfremdes, allerdings entscheidendes Kriterium ist: Bei einem Einsatz von mehreren Polizisten beispielsweise gegen *people of color* mit schweren Körperverletzungen als Folge wird oftmals kein Antrag auf Untersuchungshaft platziert, obwohl eine Verdunkelungsgefahr der beteiligten Polizisten naheliegt. Dagegen genügt etwa im Nachgang an eine unbewilligte Demonstration bereits der Verdacht auf eine Sachbeschädigung für eine mehrwöchige Untersuchungshaft. Insbesondere bei medienträchtigen Ereignissen wie Fussballspielen oder Demonstrationen könnte man als Verteidiger zur Auffassung gelangen, Untersuchungshaft werde vor allem zur Abschreckung oder als eine Art Präventivhaft, gleichsam als Strafe noch vor Abschluss des Strafverfahrens, verordnet. Obwohl sie an sich nur angeordnet werden dürfte, wenn sie für die Durchführung der Untersuchung unumgänglich wäre; ansonsten ist dies eine fundamentale Verletzung der Unschuldsvermutung ist.

Die gegenwärtige Praxis ist stossend, denn die Frage, ob Untersuchungshaft ausgesprochen wird oder nicht, prägt das Verfahren markant: Fundamentale, aber potentiell verzögernde Verteidigungsinstrumente wie Aussageverweigerung der beschuldigten Person, die Siegelung von Akten oder in manchen Konstellationen auch Beschwerden im Vorverfahren fallen bei

Beschuldigten in Freiheit deutlich leichter. Zumal latent oft die Angst die Verteidigung und die beschuldigte Person dominiert, die Untersuchung erfolge bei angeordneter Haft schleppend, sollte sich der Beschuldigte wehren und von seinen Abwehrmöglichkeiten Gebrauch machen.

b) Der Untersuchungshaftsschock

Untersuchungshaft ist überdies besonders für nicht strafverfahrenserprobte Klienten ein Schock. Die Fürsorgepflicht gebietet ein grosses und erkennbares Engagement der Verteidigung: Regelmässige Gefängnisbesuche sind zwingend, ansonsten die Vertrauensbasis zwischen Beschuldigtem und der Anwältin nicht entsteht. Je nach familiärer und sozialer Situation ist die Verteidigung überdies das Bindeglied zu Angehörigen. Wird Haft angeordnet, ist der eigene Mandant stets zu fragen, wer über die Situation orientiert werden muss. Kontakte mit Drittpersonen sind allerdings heikel. Die Verteidigung bewegt sich dabei in einem Minenfeld von potentiellen Kollusionshandlungen und möglichen Verletzungen des Berufsgeheimnisses, weshalb stets eine explizite Entbindung vom Berufsgeheimnis nötig ist, ansonsten keine Kontakte möglich sind. Sie sollte einzig die Interessen des Mandanten bewahren, dabei auch dessen Umfeld gerecht werden, soweit es dem Klienteninteresse und dem Vertrauensaufbau dient. Der Grat ist schmal, zumal die Verteidigung mit dem sozialen System des Klienten vor der Verhaftung kaum je vertraut war. Die aufzuwendenden zeitlichen und emotionalen Ressourcen sind dementsprechend oft erheblich. Der Aufwand ist so gross, weil mit Mandanten meist erst eine Vertrauensbeziehung entsteht, wenn sie ein erkennbares Engagement der Verteidigung wahrnehmen. In der Praxis mancher Kantone ist allerdings unverkennbar, dass jegliche von ihnen sogenannte «anwaltliche Sozialarbeit» beargwöhnt wird und Honorarnoten bei amtlichen Verteidigungen übermässig gekürzt werden. Solchen Machtdemonstrationen der Strafstuz ist primär mit Rechtsmitteln gegen Kürzungsentscheide sowie berufspolitischen Initiativen zu begegnen, das heisst nicht mit vorauseilendem Gehorsam und Verzicht auf die notwendigen Fürsorgeleistungen. Indessen riskiert die Verteidigung mit einer solchen Haltung, im Ergebnis auch für Bemühungen nicht entschädigt zu werden; wie weit man hier geht oder nicht, bleibt daher eine individuelle Entscheidung.

Die Thematik des Vertrauensaufbaus akzentuiert sich oft bei ausländischen Klienten ohne Aufenthaltsstatus in der Schweiz. Sie werden vielfach ohne Bekannte in einem fremden Land inhaftiert und sind der hiesigen Sprache nicht mächtig. Sie haben aufgrund der Situation vielfach ein nachvollziehbares Misstrauen gegen das gesamte Justizsystem inklusive ihrer amtlichen Verteidigung. In solchen Fällen bricht das Eis oftmals erst nach

einigen Besuchen oder bisweilen gar nicht. Wichtig sind dabei auch scheinbare Kleinigkeiten: So drängt sich beispielsweise auf, nie denselben Dolmetscher zum Gefängnisbesuch mitzubringen, der bei den staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen anwesend war, sondern einen eigenen Vertrauensdolmetscher. Ansonsten kommt bei vielen Beschuldigten sofort der Verdacht auf, amtliche Verteidigung, Übersetzerin und Strafverfolgungsbehörden arbeiteten sich gegenseitig zu.

Doch selbst bei grösstem Einsatz und Integrität der Verteidigung verlieren viele Beschuldigte in Haft ihren Widerstandsgeist und sind zu fast allem bereit, was (vermeintlich) eine rasche Entlassung verspricht – bis hin zu falschen Geständnissen. Es kommt dazu, dass eine einmal angeordnete Untersuchungshaft auch auf das Sachurteil eine sachfremde präjudizierende Wirkung haben kann. Es kostet Gerichte durchaus Überwindung, Beschuldigte mit den entsprechenden Kostenfolgen für die Staatskasse freizusprechen, wenn Untersuchungshaft ausgesprochen wurde. Schon nur ein Strafmass, das die Dauer der Untersuchungshaft deutlich unterschreitet, ist auch aus dem Grund recht selten. Vielmehr kann man sich umgekehrt oft nicht des Eindrucks erwehren, die Dauer der Untersuchungshaft präge faktisch das im Endeffekt ausgesprochene Strafmass mehr als sämtliche subtilen juristischen Beweis- und Zumessungsregeln. Kein Wunder, fürchten Verteidiger diese staatliche Zwangsmassnahme.

c) Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht

Das Zwangsmassnahmengericht setzt nach dem staatsanwaltschaftlichen Antrag eine nicht öffentliche mündliche Verhandlung an (Art. 221 Abs. 1 StPO). Für die Verteidigung ist in Anbetracht der Praxis, dass die Haft oft nicht näher geprüft und geradezu durchgewunken wird, die Versuchung gross, auf eine solche Verhandlung zu verzichten, sich schriftlich vernehmen zu lassen oder ganz auf eine Stellungnahme zu verzichten. Zwingend ist eine Anhörung nicht (Art. 225 Abs. 5 StPO). Der Verzicht empfiehlt sich indessen nicht; ausser man hat den Eindruck, eine Verhandlung ziehe für die Position des Klienten handfeste Nachteile nach sich. In der Regel ist auf einer Haftverhandlung zu bestehen, selbst wenn man sich wenig Chancen ausrechnet, eine Entlassung zu erwirken. Die Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht ist aus verschiedenen Gründen wichtig.

Die Staatsanwaltschaft muss den Verdacht begründen und belegen. Im Rahmen der Verhandlung kommt man daher allenfalls zum ersten Mal mit wichtigen Akten in Kontakt, kann diese kopieren und sich ein zuverlässigeres Bild über den Fall machen. Für das Aktenstudium vor der Verhandlung ist genügend Zeit einzuplanen. Entsteht dennoch ein Zeitdruck, ist primär dar-

auf zu achten, was vor dem Zwangsmassnahmengericht sinnvollerweise vorgebracht werden kann; eine umfassendere Auseinandersetzung ist danach immer noch im Büro möglich. Fast wichtiger ist allerdings überdies, den eigenen Klienten im Vor- und Nachgang zur Verhandlung intensiv zu betreuen. Die Beschuldigte fasst so Vertrauen in eine Verteidigung, die sie wenige Stunden vorher meist gar noch nicht gekannt hat, wenn diese sich mit ihr befasst und engagiert in einem mündlichen Vortrag für sie einsetzt. Allein wegen dieser Stärkung der Beziehung zur Mandantin lohnt sich die Verhandlung vielfach bereits. Wegen des Untersuchungshaftschocks ist es zentral, dass die Klienten den Eindruck gewinnen, ihre Verteidigung lasse nichts unversucht. Auch argumentativ kann man in vielen Fällen, selbst bei Kapitalverbrechen, die Anordnung einer Ersatzmassnahme oder zumindest eine kurze Befristung der Haft sauber begründen und den vielfach nur rudimentären staatsanwaltschaftlichen Anträgen etwas entgegensetzen. Selbst wenn am Ende die Bemühungen beim Zwangsmassnahmengericht keinen Erfolg zeitigen, markiert man damit Widerstandsgeist in Richtung der Strafverfolgungsbehörde. Dieses Signal kann Respekt verschaffen, ist oft für die Psyche des Klienten hilfreich und sollte daher nicht unterschätzt werden.

Nicht in Abrede gestellt werden soll, dass sowohl die Verhandlung als auch die Begründung des Zwangsmassnahmengerichts frustrierend sein können. Verteidigungserfolge sind rar. Befragungen sind allzu kurz. Haftanträge der Staatsanwaltschaft werden meist routinemässig durchgewunken. Die Begründungen dieser Entscheide sind oft floskelhaft bzw. bei Verlängerungen werden bisweilen Ausführungen aus früheren Entscheiden kopiert. Insgesamt läuft diese Praxis den Grundrechten der Beschuldigten vielfach zuwider, lässt sich aber vorderhand nicht oder nur begrenzt ändern. Die Verteidigerin hat – möglichst nahe an Gesetzestext und Dogmatik – die Gerichte daran zu erinnern, was eigentlich gälte, möglichst präzise zu subsumieren und auf den rechtlichen Voraussetzungen zu insistieren. Sie sollte sich insgesamt von der verbreiteten Praxis nicht abschrecken lassen und erfreut zur Kenntnis nehmen, wenn sie auf Richterinnen trifft, die Haftanträge kritisch prüfen und gesetzestreu richten; auch diese kommen durchaus vor. Und wenn bei einer solchen Gerichtsbesetzung eine Befristung der Haft auf bloss einige Wochen erfolgt, mildert es die Schwere des Eingriffs in die Freiheitssphäre der Beschuldigten deutlich.

d) Beschwerden gegen die Anordnung von Untersuchungshaft und Haftentlassungsgesuche

Bei der Frage, ob man einen erstinstanzlichen Haftentscheid mit einer Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO weiterziehen soll, gilt es Verschiedenes mit

zu bedenken. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und abschliessende Erörterung einige Überlegungen: Ist man der Auffassung, man habe gute Chancen auf Erfolg im Rechtsmittelverfahren, spricht in aller Regel kaum etwas gegen einen Weiterzug; notfalls bis ans Bundesgericht. Die Anordnung von Untersuchungshaft kann im Vorverfahren nicht nur an kantonale, sondern auch ans höchste Gericht getragen werden, da sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirkt (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Selbst wenn die Chancen nicht gut sind, kann sich ein Rechtsmittel allenfalls lohnen: Zum einen führt allein ein Weiterzug gelegentlich zu einem gewissen Druck auf die Untersuchungsbehörde, den Fall beförderlich zu behandeln. Zudem ist es ein Zeichen für den Klienten, dass man sich effektiv für ihn einsetzt. Bei vielen Beschuldigten stärkt dies den Durchhaltewillen, mildert den Haftkoller und stärkt das Vertrauen in die Verteidigung.

Sind die Chancen für einen Erfolg im Rechtsmittelverfahren dagegen verschwindend klein, so ist zu bedenken, dass ein negativer Entscheid der Rechtsmittelinstanz nicht nur die Untersuchungshaft, sondern auch die Untersuchungshypothese zu zementieren droht. Es darf überdies jederzeit erneut ein Haftentlassungsgesuch bei der Staatsanwaltschaft platziert werden. Daher ist es, besonders wenn die Haftanordnung mit Verdunkelungsgefahr begründet wurde, oftmals wirkungsvoller, kein Rechtsmittel einzulegen. In solchen Konstellationen macht es bisweilen Sinn, nach einer grösseren Untersuchungshandlung ein Gesuch auf Haftentlassung einzureichen und eine erneute Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht zu beantragen, weil sich der massgebende Sachverhalt verändert habe. Und nach längerem, mehrwöchigem Ausbleiben von Untersuchungshandlungen ist es oft auch wirkungsvoll, der Staatsanwaltschaft ein Haftentlassungsgesuch in Aussicht zu stellen, wenn die Sache nicht beförderlich behandelt werde. Auf diesen informellen Wegen erreicht man oft schnellere Haftentlassungen als im Beschwerdeverfahren.

Bei Rechtsmitteln ist zudem zu berücksichtigen, dass das zweitinstanzliche Verfahren oft mehrere Wochen dauert. Es erfolgt möglicherweise eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zur Beschwerde, eine Replikmöglichkeit des Beschwerdeführers und die darauffolgende Duplik (Art. 390 Abs. 3 StPO). Will man das Verfahren beschleunigen und rasch einen Entscheid erwirken, empfiehlt sich als Verteidigerin, auf eine Replik zu verzichten. Damit entfällt auch die Duplik. Denn in manchen Kantonen ist die Tendenz der zweiten Instanz nicht von der Hand zu weisen, die Beschwerdefälle in die Gegenstandslosigkeit zu verwalten. Die Sache wird so lange verzögert, bis die Staatsanwaltschaft die Beschuldigte ohnehin entlässt und ein Entscheid obsolet wird.

Wird eine Haftanordnung mit Flucht-, Ausführungs- beziehungsweise Fortsetzungsgefahr begründet und ist erkennbar, dass die Staatsanwaltschaft ohnehin aus der Haft ans Gericht anklagen will, so ist in aller Regel wenig zu verlieren. Absolut chancenlose Weiterzüge empfehlen sich auch da nicht; ausser, der Klient neigt nach eingehender Aufklärung dazu und das Rechtsmittel erweist sich für die Vertrauensbeziehung zu ihm als zentral. Wenn die Fortsetzung der Haft bis zur Gerichtsverhandlung unvermeidlich ist und die Mandantin sich in diese Situation schicken kann, ist stets ein Antrag auf vorzeitigen Straf- oder Massnahmenvollzug in Erwägung zu ziehen (Art. 236 StPO); die Bedingungen im ordentlichen Vollzug sind deutlich weniger unangenehm als in der Untersuchungshaft.

Zum Schluss ein rechtlicher Hinweis: Eine hängige Beschwerde gegen einen Haftentscheid steht einem neuerlichen Haftentlassungsgesuch nicht im Wege. Damit soll allerdings nicht einem aktionistischen Vorgehen mit ständigen Haftentlassungsgesuchen das Wort geredet werden. Das kann kontraproduktiv sein und im Übrigen dazu führen, dass eine Frist von bis zu einem Monat gesetzt wird, innerhalb welcher kein Haftentlassungsgesuch mehr gestellt werden darf (Art. 228 Abs. 5 StPO).

3. Beratung der Klientin zu ihrem Aussageverhalten: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?

Bei nahezu jeder Strafverteidigung stellt sich die Grundfrage, ob die beschuldigte Person sich zur Sache einlassen soll oder nicht. Und wenn ja, wann und ob Tatsachen eingestanden, teilweise eingestanden oder bestritten werden sollen. Verweigert sie die Aussage, verhindert die beschuldigte Person eine inhaltliche Beweisaufnahme. Lässt sie sich zur Sache mit oder ohne Geständnis ein, geht es in aller Regel darum, entlastende Umstände beizubringen. Letzteres erfolgt meist für sich selbst, manchmal für eine (nahestehende) Drittperson. In der Situation die Klientin seriös zu beraten, ist in fast jeder Strafverteidigung zentral. Eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der Thematik, sowohl abstrakt als auch in jedem Einzelfall, ist für die Strafverteidigerin zwingend, ansonsten sie ihre Berufspflichten fundamental verletzt. Nachfolgend wird der Versuch unternommen, in sieben Faustregeln, zwei Thesen, einem Joker und einem Exkurs zentrale Grundkategorien für den Verteidigungsalltag zu skizzieren. Eine solche Heuristik vermag selbstverständlich die Einzelfallprüfung nicht zu ersetzen und darf nicht als kochrezeptartige Anleitung missverstanden werden. Es geht einzig darum, in die unendliche Vielfalt praktischer Konstellationen eine gewisse erste Systematik zu bringen.

**a) Aussageverweigerung im Vorverfahren:
Drei Faustregeln und ein Joker**

aa. Erste Faustregel: Vor Akteneinsicht keine Aussage

Wer die Aussage verweigert, gibt kein Terrain preis und wird nicht der Lüge überführt, denn Lügen haben – jedenfalls in der Praxis des Strafverfahrens – oft kurze Beine. Lügen empfehlen sich deshalb für Beschuldigte aus pragmatischen Gründen nicht, auch wenn sie erst dann widerrechtlich sind, wenn damit ein Delikt gegen die Rechtspflege, also beispielsweise eine falsche Anschuldigung, verbunden ist. Die Gefahr von Lügen akzentuiert sich, wenn mehrere Personen beschuldigt werden. Zu Beginn des Vorverfahrens, vor umfassender Akteneinsicht respektive anwaltlicher Beratung, ist Aussageverweigerung häufig richtig. Selbst eine drohende Untersuchungshaft ist in Kauf zu nehmen, da mit einer Einlassung diese ohnehin selten verhindert werden kann. In Anbetracht der grosszügigen Praxis der Zwangsmassnahmengerichte bei Haftanträgen vermag eine Einlassung faktisch eher selten die Haftgründe zu beseitigen.

bb. Zweite Faustregel: Nach Akteneinsicht im Zweifelsfall weiterhin schweigen

Auch nach Akteneinsicht und eingehender anwaltlicher Beratung ist der Rat zur Aussageverweigerung im Vorverfahren oft sinnvoll. Ist angesichts noch ausstehender Untersuchungshandlungen das Beweisergebnis nicht abschätzbar, ist stets zu bedenken, dass eine verfrühte Einlassung später nur schwer an das Resultat der Untersuchung angepasst werden kann. Weil mit dem Stand der heutigen Ermittlungstechnik weit mehr Sachbeweise erhältlich gemacht werden als früher, kann man sich sowohl mit verfrühten Einlassungen als auch zu umfangreichen oder zu knappen Geständnissen gute Chancen vergeben. Wenn der zur Untersuchung stehende Gegenstand rechtlich komplex ist, wie beispielsweise in Wirtschaftsstrafverfahren, ist der Rat zur Aussageverweigerung ebenfalls oft zielführend, da sich eine allfällige Anklage oder ein Strafbefehl auf die Kombination zahlreicher Mosaiksteine stützen muss. Solche Fälle sind ohne die Mitwirkung der beschuldigten Person mitunter fast nicht zum Abschluss zu bringen.

cc. Dritte Faustregel: Im Zweifel die Mitwirkung bei Beweisaufnahmen und psychiatrischen Explorationsgesprächen verweigern

Bei Schrift-, Geh- oder Sprechproben oder einer psychiatrischen Begutachtung im Vorverfahren muss sich die umsichtige Verteidigung fragen, ob der Rat zur Mitwirkungsverweigerung ihrer Klientin dient. Bei der Abgabe der

erwähnten Proben reduziert sich die Frage letztlich darauf, ob das Mitmachen der beschuldigten Person mit grösster Wahrscheinlichkeit zur Entlastung gereicht. Im Vorfeld und während einer wirkungsmächtigen psychiatrischen Begutachtung präsentiert sich die Sachlage komplexer. Als Faustregel lässt sich immerhin festmachen, dass beim Verdacht auf Gewalt- und Sexualdelikte ein Begutachtungsprozess im heutigen sicherheitsgesellschaftlichen Umfeld viele Risiken birgt und grundsätzlich zu vermeiden ist. Namentlich droht eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB, die grundsätzlich auf unbestimmte Zeit verlängert werden kann, oder gar eine Verwahrung nach Art. 64 StGB. Solche Massnahmen gründen stets auf ungünstigen psychiatrischen Expertisen. Daher drängt sich Aussageverweigerung als Strategie oft sogar bei Einvernahmen auf, bei denen die beschuldigte Person Antworten deponieren könnte, die eine Begutachtung indizieren oder deren Ergebnis negativ beeinflussen könnten. Kommt es trotzdem zur Begutachtung, sollte der Klient in aller Regel die Mitwirkung verweigern, wenn er den Vorwurf bestreitet. Ist er geständig, bedarf es einer Einzelfallabwägung, ob sich aus der Begutachtung Chancen ergeben. Diese Abwägung hängt wiederum von vielen Faktoren ab. Die Verweigerung der Mitwirkung ist oftmals zielführend, obwohl auch ein reines Aktengutachten negativ ausfallen kann, wenn viel belastendes Material bei den Akten liegt. Auf die psychiatrische Begutachtung wird weiter unten im VIII. Kapitel eingehend eingegangen.

dd. Der Joker: Aussageverweigerung als Verhandlungspfand

Die eigene Verhandlungsposition wird mit einer Aussageverweigerung nicht geschwächt, weil man sich nicht selbst direkt oder indirekt belastet. Dies übt jedenfalls in manchen Konstellationen einen gewissen Druck auf die Untersuchungsbehörde aus; vor allem wenn noch arbeitsintensive Beweisaufnahmen zu tätigen sind. Aussageverweigerung kann ein gutes Instrument zur Stärkung der Verhandlungsposition sein, im Vorverfahren im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren beziehungsweise die Verhandlung über einen Strafbefehl und den Umfang eines Geständnisses. Eine wichtige Motivation der Staatsanwaltschaft für Verhandlungen ist Arbeitserleichterung. Nach Erhebung der Beweise, inklusive der Aussagen der beschuldigten Person, ist der grösste Teil der staatsanwaltschaftlichen Arbeit erledigt. Die beschuldigte Person tut gut daran, sich die Ausstiegsmöglichkeiten aus dem Verhandlungsetting offenzuhalten. Eine Aussageverweigerung ist dafür oft zielführend.

Im (frühen) Stadium des Vorverfahrens macht Aussageverweigerung insgesamt deshalb oft Sinn; im Zweifelsfall ist in dem Zeitpunkt der Rat zur Aussageverweigerung zu erteilen.

**b) Vierte Faustregel:
Fürs Hauptverfahren Aussageverweigerung hinterfragen**

Allerdings gereicht eine Aussageverweigerung – trotz Unschuldsvermutung – bei der Beweiswürdigung im Hauptverfahren oft zum Nachteil. Schweigen weckt richterliches Misstrauen und wird als mangelnde Einsicht gedeutet, auch weil konsequente Aussageverweigerung ein verhältnismäßig wenig verbreitetes Vorgehen ist. Das verbürgerte Recht auf Aussageverweigerung und insbesondere der anwaltliche Rat dazu, sind überdies historisch eher junge Entwicklungen. Die umsichtige Verteidigung muss dies mitberücksichtigen, selbst wenn ihr dies rechtsdogmatisch und rechtspolitisch Bauchschmerzen bereiten vermag. Aussageverweigerung ist deshalb nach wie vor ein emanzipatorischer Akt des rechtsunterworfenen Beschuldigten, fordert die richterliche Autorität heraus und kann gerade deshalb auch zum Bumerang werden. Spätestens am Ende des Vorverfahrens oder nach erhobener Anklage ist diese Strategie daher gründlich zu überdenken und die Vor- und die Nachteile sind einer Abwägung zuzuführen. Mit Aussageverweigerung einen vollständigen Freispruch zu erwirken, stellt jene Ausnahme dar, welche die Regel bestätigt. Richter zweifeln meist erst, wenn sich aus den Akten eine plausible Alternative zur Anklage ergibt. Eine Beschuldigte wird meist erst freigesprochen, wenn der Richter aufgrund einer beherzten Einlassung von ihrer Unschuld überzeugt ist oder sonst massive Zweifel an der Anklage aufkommen. Als Ausnahmen sind sicherlich rechtlich oder tatsächlich komplexe Fälle zu nennen, in denen sich eine Aussageverweigerung auch im Hauptverfahren als klug erweisen kann. Wenn beispielsweise das Beweissfundament der Anklage dünn oder unverwertbar ist respektive der Sachverhalt, wie oft in Wirtschaftsstrafverfahren, aus in tatsächlicher Hinsicht komplex zu erstellenden subjektiven und objektiven Merkmalen besteht. In diesen Fällen kann die Aussageverweigerung noch durchaus Sinn ergeben, denn die Verteidigung kann dann rein rechtlich argumentieren.

c) Einlassung oder Aussageverweigerung?

aa. These: Kein Königsweg für alle Freispruchverteidigungen

Der Rat zur Aussageverweigerung ist insgesamt in vielen Fällen sinnvoll und – gerade zu Verfahrensbeginn – oft die wirksamste Verteidigungsstrategie. Argumente gegen die Aussageverweigerung sind in jeder Konstellation und in jedem Stadium des Verfahrens fortlaufend und erneut zu (über-)prüfen. Strafverteidigung bedarf einer rollenden Planung. Weder der Rat zur Aussageverweigerung noch jener zum Geständnis darf zum ideologischen Verteidi-

gungskonzept werden. Es gibt keinen Königsweg für sämtliche Fälle und jedes Stadium. In das Verteidigungsrepertoire gehören viele Instrumentarien.

Teilweise macht es deshalb Sinn, sich einzulassen, aber kein Geständnis abzulegen. Als Verteidigung neigt man (berechtigterweise) dazu, sich vor dieser Strategie zu fürchten. Sie ist eine Art Mittelweg zwischen Aussageverweigerung und Geständnis: Im Gegensatz zum Geständnis wird der Verdacht nicht anerkannt, allerdings lässt man sich auf Einvernahmen ein. Das ist grundsätzlich heikel. Dieser Rat setzt voraus, dass man sich eingehend mit der Klientin bespricht und versucht, die Erlebnisbasis des Mandanten zu erforschen und diese auf Herz und Nieren überprüft. Stets sollte man versuchen, die subjektive Wahrheit des eigenen Klienten zu erfahren und sich eingehend mit ihm und seiner Sicht zu befassen. Ohne Kenntnis seiner Version der Ereignisse und einem Gefühl für deren Plausibilität sollte man nie zur Einlassung raten. Und selbst dann bewegt man sich mit einer Empfehlung zur bestreitenden Einlassung stets auf einem schmalen Grat. Als Verteidigerin hat man kaum je die Garantie, dass der Klient in der anwaltlichen Beratung im Büro dasselbe sagt wie in der Einvernahme im Verhörraum.

bb. Fünfte Faustregel: Der Unschuldige verteidigt sich vielfach besser redend

Dennoch gibt es zahlreiche Situationen, in denen eine Einlassung ohne Geständnis sinnvoll ist. Zum Beispiel, wenn jemand nicht als beschuldigte Person, sondern als Auskunftsperson vorgeladen wird, weil noch kein Verdacht vorliegt, aber dieser nicht ausgeschlossen werden kann (Art. 178 lit. d, e und f StPO), kann sie sich mit einer Aussageverweigerung erst effektiv verdächtig machen. Klingt ihre Sichtweise im Instruktionsgespräch überzeugend und liegt mutmasslich kein strafbares Verhalten vor, dürfte der Rat zu einer raschen entlastenden Einlassung sinnvoll sein. Dieser Rat gilt überdies auch beim Vorliegen eines Alibis, fahrlässiger Deliktsbegehung oder bei Rechtfertigungsgründen. In solchen Konstellationen riskiert die schweigende beschuldigte Person, falls sie sich nicht erklärt, wegen einer Vorsatztat verurteilt zu werden; die richterliche ex post-Perspektive wird in solchen Konstellationen oft mit der möglichen ex ante-Betrachtung der beschuldigten Person vermengt.

Gerade auch bei Sexualdelikten stellt sich oft die Frage, ob die beschuldigte Person wissentlich und willentlich den Willen der Geschädigten brach. Wahrnehmungen können auseinandergehen und beide in guten Treuen eine subjektiv wahre Version deponieren. Erwähnenswert ist in diesem Kontext ebenfalls das Phänomen der Autosuggestion von Geschädigten oder gerade

bei Kindern die Suggestion durch Drittpersonen; dies kommt zwar nicht ständig, aber doch immer wieder vor. Ohne entlastende Einlassung der beschuldigten Person droht ihr in dem Kontext vielfach eine Verurteilung, wirkt doch die Aussage von Privatklägern in diesen Fällen überzeugend, weil sie subjektiv zutreffen. Die beschuldigte Person kommt in solchen Konstellationen deshalb vielfach nicht um eine Einlassung herum. Ist die anwaltliche Angst vor einem ungünstig aussagenden Klienten gross, so ist immer ins Auge zu fassen, eine schriftliche Einlassung zu deponieren. Zu berücksichtigen ist, dass diese mit Sicherheit weniger authentisch wirkt als eine mündliche Aussage. Aus dem Grund sollte die Anwältin diese nie selbst erarbeiten, sondern durch ihre Mandantin verfassen lassen und bloss gegenlesen.

cc. These: Die Entscheidung zwischen erster und fünfter Faustregel ist intuitiv

Bei einer avisierten Freispruchverteidigung bleibt stets ein unauflösbares Dilemma zurück, wenn eine Einlassung in Betracht kommt: Eine frühe entlastende Einlassung noch vor einer anwaltlichen Beratung respektive einer Akteneinsicht wirkt glaubwürdiger als eine später deponierte. Die Faustregel, vor Akteneinsicht und anwaltlicher Beratung nicht auszusagen, steht in einem prinzipiell nicht zu lösenden Spannungsverhältnis zum Postulat, möglichst früh auszusagen. Da bedarf es der Einzelfallabwägung, die zahlreiche Faktoren einzubeziehen hat; rationale Überlegungen und anwaltliche Intuition haben zusammenspielen.

In all diesen Konstellationen ist in die Erwägung auch miteinzubeziehen, wie der Informationsstand vor der ersten Einvernahme ist. Bei manchen Polizisten oder Staatsanwältinnen kann die Verteidigung auch vor der offiziellen Akteneinsicht informell sehr viele Informationen erhältlich machen; andere geben konsequent keine Auskunft. Heikel für die Verteidigung ist überdies die Einschätzung des Informationsflusses zwischen ihr und der eigenen Mandantin. Die Unterschiede sind erheblich: Manche Klienten vertrauen sich schnell und transparent der Verteidigung an; andere schweigen, Dritte beschönigen, verschweigen oder lügen. Hat die Verteidigung im Gespräch ein ungutes Gefühl, ist dies jedenfalls ernst zu nehmen. Wie dies aber geeignet in die Beratung eingebracht werden kann, ist unterschiedlich: Manchmal ist ein direktes Ansprechen hilfreich. In anderen Fällen führt dies bloss dazu, dass der eigene Mandant der eigenen Verteidigung misstraut, was der Erarbeitung eines Vertrauensverhältnisses abträglich ist. Kann bis zum Ende der Beratung das anwaltliche Misstrauen gegenüber der Darstellung des eigenen Mandanten nicht grösstenteils beseitigt werden, dürfte sich im Regelfall der Rat zum Schweigen aufdrängen.

d) Sechste Faustregel:**Das Geständnis ist ein Eckpfeiler reiner Strafmassverteidigungen**

Soll der Vorwurf zugestanden werden bzw. ist das Prozessziel primär ein günstiges Strafmass, so empfiehlt sich grundsätzlich die Anerkennung des Vorwurfs in einem Protokoll. Diese Form dient der Arbeitserleichterung der Strafjustiz, weil es Staatsanwaltschaften und Gerichten faktisch die detaillierte Prüfung der Akten erspart, was wohlwollend goutiert wird. Auch wenn der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung an sich gebieten würde (Art. 10 Abs. 2 StPO), ein Geständnis zu hinterfragen, erfolgt diese Prüfung in der Praxis meist oberflächlich. Wie weit sich die Klientin darüber hinaus zur Sache einlässt, hängt vom Einzelfall ab. Bei potentiell Abscheu erregenden Taten sind weitreichende Erklärungen mitunter kontraproduktiv; oft ist ein einlässliches Geständnis zum besseren Verständnis der beschuldigten Person aber hilfreich. Schweigen weckt bei Strafmassverteidigungen im Regelfall keine Sympathie und man verspielt sich oft unnötig einen Bonus.

Das schweizerische Strafverfahren ist, besonders wegen der skizzierten Untersuchungshaftpraxis, strukturell auf ein Geständnis angelegt; der Geständnisdruck ist aus verschiedenen Gründen hoch. Ein Geständnis kann deshalb auch viel Rabatt mit sich bringen. Es kommt dazu, dass die tiefenkulturelle Bedeutung des Geständnisses nicht unterschätzt werden darf. Das Ziel des historischen Inquisitionsprozesses, welcher unser Strafverfahren in vielerlei Hinsicht weiterhin prägt, war das Geständnis. Die Wichtigkeit des Geständnisses ging dabei mit der metaphysischen Überhöhung der *confessio* (Bekanntnis, Geständnis) in der christlichen Beicht- und Bussdisziplin einher: Beiderorts war die Unterwerfung ein zentraler Aspekt. Im strafrechtlichen Geständnis schwang deshalb während des ganzen Mittelalters bis in die Neuzeit stets auch ein religiöses Moment mit, was immer noch nachhallt. Gleichzeitig gehört umgekehrt die Vergabe von (anerkannter) Schuld ebenso zum christlichen Erbe. Noch Anfang des 21. Jahrhunderts machten Stefan Trechsel / Peter Noll, in ihrem bekannten Lehrbuch Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Zürich u. a. 2004, auf S. 148 darauf aufmerksam, dass der englische Richter vorbildlich sei, der vor Jahrzehnten einem soeben Verurteilten nachblickend gesagt habe, nur dank der Gnade Gottes sei nicht er es, der dort gehe. In einer säkularen Welt denken dies wohl wenige Richter noch bewusst so; und erst recht würde es kaum einer laut und explizit in Bezugnahme auf Gott formulieren. Indessen stehen die Staatsanwaltschaften und Gerichte aufrichtig reuigen Beschuldigten doch immer noch auffallend wohlwollend gegenüber, vor allem wenn

der Eindruck entsteht, ein Geständnis sei allenfalls schon dann erfolgt, wenn der Sachverhalt ansonsten nicht vollständig bewiesen werden könnte, und die beschuldigte Person wie ihre Verteidigung gewinnend auftreten. Die Verbindung aus Arbeitserleichterung für die die Strafjustiz, Unterwerfung und echter Einsicht vermag also nach wie vor eine beträchtliche Wirkung zeitigen. Ist man sich als Anwältin vor Einleitung eines Verfahrens sicher, dass ein solches eröffnet wird und es in einer Verurteilung mündet, ist daher allenfalls sogar eine Selbstanzeige in Erwägung zu ziehen, akzentuiert dies doch sämtliche Geständnisboni.

Indessen sollte sich die Anwältin davor hüten, vorschnell den Rat zum Geständnis oder gar einer Selbstanzeige zu erteilen. Bekanntlich kommen falsche Geständnisse weit häufiger vor als angenommen. Ein verfrühtes Geständnis kann eine gute Verhandlungsposition für ein abgekürztes Verfahren verspielen und sogar weitere Verfahren auslösen. Vor einem Geständnis ist daher in aller Regel zumindest das Terrain über das Strafmass bei der Staatsanwaltschaft im persönlichen Gespräch oder telefonisch zu sondieren. Und sogar als Verteidiger neigt man ausserdem gelegentlich dazu, das Belastungsmaterial zu überschätzen, insbesondere bei vorbestraften oder unsympathisch wirkenden Klienten. Rät man schliesslich der beschuldigten Person zum Geständnis, so ist wichtig, dass die Justiz mit dem Anerkennen des Vorwurfs den Fall abschliessen kann und nicht nachträglich neue Gegebenheiten auftauchen. Mit Geständniserweiterungen respektive Aussage-slalomfahrten verspielt man sich viel Goodwill.

e) Exkurs: Mandatsantritt nach getätigten Aussagen

Bisweilen suchen Klientinnen eine Verteidigung erst nach getätigten Aussagen auf. Der Beratungsspielraum ist dann deutlich kleiner. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Einvernahme überhaupt verwertbar ist oder eine Unverwertbarkeit geltend gemacht werden kann, weil die Konstellation einer notwendigen Verteidigung vorliegt und der Klient ohne Anwalt vernommen wurde. Ist dies der Fall, so ist dies vorzubringen und obige Heuristik ist sodann grundsätzlich anwendbar. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch die unverwertbare Einvernahme weiter in der Akte bleibt – es sei denn, diese wird tatsächlich entfernt oder gesiegelt, was in der Praxis, trotz gesetzlicher Pflicht (Art. 141 StPO), selten geschieht. Ist die Einvernahme dagegen verwertbar, sind die Akten sorgfältig zu studieren und ist im Einzelfall der Frage nachzugehen, ob bereits getätigte Aussagen der Präzisierung oder Ergänzung bedürfen, ein Verweis darauf sinnvoll ist oder sich fortan eine konsequente Aussageverweigerung aufdrängt.

**f) Siebte und wichtigste Faustregel:
Der Anwalt rät, die Klientin entscheidet und setzt um**

Das Prüfungsprogramm der Verteidigung ist im Ergebnis in jedem Verfahrensstadium dasselbe: In einem ersten Schritt hat sie sich zu fragen, was an sich in dem Moment das effektivste Aussageverhalten wäre und ob dies in die aktuelle Gesamtstrategie passt. In einem zweiten Schritt ist jedoch eingehend zu prüfen, ob sich dies mit diesem Klienten in der konkreten Situation konsequent umsetzen lässt. Wenn ja, ist der Klientin dieser Rat zu erteilen, wenn nein, sind zweit- oder sogar drittbeste Varianten zielführender. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine Aussageverweigerung eine psychisch robuste Klientin voraussetzt. Deshalb halten beispielsweise Jugendliche und auch nicht strafverfahrenserprobte, erwachsene Klienten das Schweigen oft nicht durch. Aussageverweigerung setzt eingehendes Training, Einsicht in die Richtigkeit des Vorgehens und ernsthafte Durchhaltebereitschaft voraus. Zur Vertiefung dieses Vorgehens dienen kurze Rollenspiele, bei welchen die Verteidigung den befragenden Polizisten oder Staatsanwalt mimt. Ist der Mandant bereits verhaftet, bedarf es einer Schnellbleiche in der Abstandszelle, die für die Verteidigung und die beschuldigte Person ein äusserst anspruchsvoller Prozess ist. Als besonders hilfreich erweist sich, der Klientin klar zu sagen, dass dies schwierig ist, und mit ihr intensiv *einen* Satz zu üben, den sie konsequent als Antwort auf jede Frage deponiert, um dann am Ende nicht doch Auskünfte zu deponieren, beispielsweise «Ich verweigere die Aussage» oder «Auf Anraten meines Verteidigers verweigere ich die Aussage».

Der Mandant sollte in die Erörterung des Für und Wider verschiedener Wege stets einbezogen und es müssen ihm die Vor- und Nachteile der verschiedenen Wege eingehend aufgezeigt werden. Ansonsten droht jedes noch so gute Training mangels Einsicht vergessen zu gehen. Diese Gespräche sind den intellektuellen und emotionalen Ressourcen der Klientin anzupassen. Eine elitäre Haltung respektive (Standes-)Dünkel laufen dem Verteidigungsauftrag diametral zuwider. Der Klient ist ein gleichwertiger Partner und muss sich in der Beratung ernst genommen fühlen. Eine wertschätzende Haltung gegenüber ihm und seiner Persönlichkeit ist unabdingbar. Ohnehin liegt die Entscheidung über das grundsätzliche Vorgehen beim Klienten. Jegliche Druckversuche durch die Anwältin in die eine oder andere Richtung sind entschieden abzulehnen und führen kaum je zu einem sinnvollen Ergebnis. Möchte eine Mandantin beispielsweise aus psychohygienischen Gründen ein Geständnis ablegen, selbst wenn ihr der Vorhalt nicht bewiesen werden könnte, ist sie zwar darüber aufzuklären, dass sie damit eine Position preisgibt; aber auch dieser Entscheid ist ohne Weiteres zu respektieren.

Eine Schwierigkeit der Verteidigung besteht darin, dass in der Praxis die einzelnen Schritte eines solchen Prüfungsprogrammes zusammenfallen. Sie muss – vor allem als Anwältin der ersten Stunde bei der Verhaftung des Klienten kurz vor der ersten Einvernahme – oft schnell mit dem Mandanten eine wegweisende Strategie und ein (provisorisches) Prozessziel festlegen, zumeist ohne diesen zu kennen und einschätzen zu können. Wenn man als Pikettanwalt auf den Plan gerufen wird, ist der Zugang zum neuen Mandanten oft anspruchsvoll. Bei fremdsprachigen Beschuldigten akzentuiert sich diese Problematik: In Abstandszellen unter Zeitdruck nach einer überraschenden Verhaftung in einem Gespräch unter Anwesenheit eines Dolmetschers, der zwar von der Anwältin explizit ans Anwaltsgeheimnis gebunden werden sollte, wenige Minuten später aber für die Polizei oder Staatsanwaltschaft übersetzen wird, eine Vertrauensbeziehung zur Klientin aufbauen, ist äusserst schwierig. Das nachvollziehbare Misstrauen der Betroffenen ist oftmals sehr gross. Nachdem man den Klienten angehört hat, sind wenige, auf den Punkt gebrachte Informationen oft hilfreicher als umfassende, differenzierte Ausführungen. Im Kern geht es darum, in wenigen Sätzen der Mandantin zu erklären, weshalb man ihr zur Aussage bzw. Aussageverweigerung rät und mit ihr hierzu einen Entscheid zu fällen. Hernach ist bei Aussageverweigerung im Wesentlichen ein Satz im Stil von «Ich möchte die Aussage verweigern» als Antwort auf jede Frage zu trainieren. Entscheidet man sich dagegen zur Aussage, ist der Klientin vor allem nahezubringen, wie wichtig es ist, bei ihrer Erlebnisbasis zu bleiben und beispielsweise auch zu Erinnerungslücken zu stehen, statt sich in Ausreden zu flüchten. Die an sich nötige seriöse Vorbereitung des Klienten ist indessen fast nicht möglich. Soll eine Beratung rezipiert werden können, sind deshalb solche Verkürzungen und Vergrößerungen unumgänglich. Eine gute Intuition, die mit wachsender Erfahrung vernehmbarer wird, ist eine zentrale Grundlage. Es führt dennoch kein Weg daran vorbei, dass eine intellektuelle Reflexion über die verschiedenen Konstellationen und die möglichen Situationen der konkreten Beratung vorangehen muss, weshalb vorliegend auch relativ weitgehende Ausführungen getätigt wurden. Nur so kann man vor Ort genügend reaktions-schnell eine Einschätzung treffen.

4. Verteidigung als «Beweisnahmeverhinderin»

a) Ausgangspunkt

Wie bereits dargestellt, unterteilt man die Aufgaben der Verteidigung im Aus-senverhältnis dogmatisch in Mitwirkungs- und Kontrollpflichten. Pragmatisch kann man dagegen unterscheiden, dass die Verteidigung zum einen die

Aufnahme von ungünstigen und vor allem von rechtswidrigen Beweisen dauerhaft oder temporär zu verhindern hat beziehungsweise dafür besorgt zu sein hat, dass illegal erhobene Beweise nicht verwertet werden; zum anderen soll die Verteidigung entlastende Umstände beibringen. Nachfolgend geht es zunächst um die Verhinderung von Beweisaufnahmen.

b) Beweisaufnahmeregeln und Beweisverwertungsverbote

aa. Strafverfahren in rechtlichen Rahmen

Zugespitzt kann Strafverfahrensrecht als ein Rechtsgebiet bezeichnet werden, in dem neben der Organisation von Abläufen und der Kompetenz der Beteiligten schergewichtig Regeln bezüglich der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zentrum stehen. Es geht darum, wann, unter welchen Voraussetzungen, wer, mit welchen Mitteln Tatsachen erheben darf. Die Basis für dieses Regelwerk legen die Bundesverfassung und die Europäische Menschenrechtskonvention. Dort werden bereits Grundlagen zum kontradiktorischen, justizförmigen Verfahren vorgegeben. Die Strafprozessordnung konkretisiert diese Vorgaben und erweitert sie um zahlreiche Regeln. Vorschriften zur Beweisaufnahme gibt es in sämtlichen Kontexten des Strafverfahrens: Bei der Einvernahme von Beschuldigten, Zeugen, Auskunftspersonen (Art. 157 ff. StPO); bei der Einsetzung von Sachverständigen (Art. 182 ff. StPO); bei offenen Zwangsmassnahmen wie Vorladung, Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme (Art. 201 ff. StPO); bei geheimen Überwachungsmassnahmen wie Observation, verdeckter Ermittlung oder Fahndung, Überwachung von technischen Geräten oder des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 269 ff. StPO).

bb. Zur Bedeutung fundierter Rechtskenntnisse der Verteidigung

Die Verteidigung bedarf detaillierter Kenntnisse des Strafverfahrensrechts, muss sich laufend über den Stand der Dogmatik und Rechtsprechung weiterbilden und im Zweifel im Einzelfall profunde Abklärungen tätigen. Zwar ist eine gute Verteidigerin nicht primär Rechtsdogmatikerin, aber Sachverhalte werden wie erwähnt nicht auf einem freien Feld, sondern unter juristischen Rahmenbedingungen erhoben. Diese genau zu kennen, namentlich das Strafprozessrecht sowie die Grundrechte der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention, gehört zum seriösen Rüstzeug, ansonsten die Kontrolle der Justizförmigkeit des Verfahrens durch die Verteidigung zu kurz käme. Zwar ist man am Ende der Anwaltsausbildung hinsichtlich der Rechtskenntnisse weit seriöser auf den Beruf als Strafverteidigerin vorbereitet als bezüglich anderer benötigter Skills. Die Bereitschaft, sich auch hier weiterzuentwickeln und fachlich *à jour* zu bleiben, bleibt eben-

falls unabdingbar, wobei teilweise immer wieder gänzlich neue Herausforderungen zu meistern sind. Beispielsweise kommt heute anders als noch vor einigen Jahren keine Strafverteidigerin, wegen der Möglichkeit, in Strafverfahren Ausländer direkt des Landes zu verweisen, mehr umhin, die Praxis zum Entzug der Aufenthaltsbewilligung der Schweiz wie diejenige des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte präzise zu rezipieren.

Die regelmässige Sichtung, oder besser noch: Lektüre, u.a. des Blogs zur höchstrichterlichen Rechtsprechung «[strafprozess.ch](#)», der Zeitschrift *forum* poenale, aber auch anderer Fachliteratur sowie regelmässige Weiterbildung, dürften ein Minimalstandard sein. Die Fortbildung nach einigen Berufsjahren zum Fachanwalt Strafrecht sollten zumindest diejenigen ins Auge fassen, die regelmässig in Straffällen mit beachtlicher Komplexität verteidigen. Ohnehin sollte die Haltung, juristisch im Sinne einer Straflimitierungs- statt Strafverfolgungsdogmatik über herrschende Meinungen und Rechtsprechung hinauszudenken, ganz grundsätzlich zur zweiten Haut jeder Strafverteidigerin werden, und es sollte in allen Fällen soweit wie nötig rechtlich der Sache konsequent auf den Grund gegangen werden. Strafrechtliche Entwicklungen zugunsten von Beschuldigtenrechten wurden und werden in ihrer praktischen Umsetzung stets von kritischen Strafverteidigern angestossen, indem sie den Gerichten die entsprechenden Rechtsfragen präsentierten bzw. immer noch unterbreiten. Dies sollte Verpflichtung genug sein.

Vor diesem Hintergrund hat die Verteidigung die bei den Akten liegenden Beweise und deren Entstehung fortlaufend auf deren Zulässigkeit zu prüfen. Und entgegen einer weitverbreiteten Annahme werden im Kleinen wie im Grossen solche Regeln mehr oder weniger geritzt. Die Verteidigung hat deshalb einen beträchtlichen Spielraum, Einfluss zu nehmen und damit strikt auf die Einhaltung der Beschuldigtenrechte zu insistieren.

cc. Beweisregeln zwischen Elastizität und Unverwertbarkeit

Hinsichtlich der Konsequenzen bei Verletzungen von Beweisaufnahmeregeln gibt es vereinfacht ausgedrückt drei Kategorien.

Bei ausdrücklichen Beweisverwertungsverböten ist der erhobene Beweis nicht verwertbar; auch sämtliche weiteren Beweise, die sich auf den unverwertbaren Beweis stützen, sind unverwertbar aufgrund der sogenannten Fernwirkung des Beweisverbotes (Art. 140 und 141 StPO). Dies ist etwa der Fall, wenn die beschuldigte Person nicht auf ihr Aussageverweigerungsrecht, die Möglichkeit des Beizugs einer Verteidigung oder eines Übersetzers hingewiesen worden ist (Art. 158 Abs. 2 StPO) oder wenn die beschuldigte Person beispielsweise im Fall einer notwendigen Verteidigung (Art. 130 StPO)

bei Beweiserhebungen nicht oder massiv ungenügend verteidigt worden ist, wobei sie in diesem Fall freiwillig auf eine erneute Beweisabnahme verzichten darf (Art. 130 und 131 Abs. 3 StPO). Die Kategorie der unverwertbaren Beweise bietet meist wenig Schwierigkeiten und ist relativ klar.

Auf der anderen Seite steht die reine Verletzung von Ordnungsvorschriften; da geht es nicht um schützenswerte Interessen der beschuldigten Person, sondern lediglich um den geordneten Verfahrensgang. Solche Verstösse führen nicht zu Beweisverwertungsverboten.

Heikel sind die Verletzung von sogenannten Gültigkeitsvorschriften, wobei deren Abgrenzung von reinen Ordnungsvorschriften dogmatische Fragen aufwirft; Gültigkeitsvorschriften bilden sozusagen die mittlere Kategorie. Sofern diese verletzt sind, darf ein Beweis nicht verwertet werden; ausser die Verwertung ist zur Aufklärung einer schweren Straftat nötig (Art. 141 Abs. 2 StPO). Die Gesetzgebung lässt damit eine Güterabwägung zwischen der Aufklärung der Straftat als Verfahrensziel und den eingesetzten Methoden zu. Damit wird die Türe dafür geöffnet, dass in manchen Fällen der Zweck die Mittel eben doch heiligen soll. Die Rechtsprechung wiederum entscheidet sich oft wider eine konsequente Anwendung der Beweisverwertungsverbote und legt zudem den Begriff der schweren Straftat tendenziell sehr weit aus; es geht längst nicht nur um Mordfälle, bei welchen in der Güterabwägung am Ende zugunsten einer Beweisverwertung trotz Verletzung von Gültigkeitsvorschriften entschieden wird.

Auch die Fernwirkung des Beweisverbotes gilt nicht absolut. Macht die Strafbehörde glaubhaft, dass sie den Folgebeweis auf eine andere Art und Weise als auf der Basis des in Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhobenen Beweises erlangt haben könnte, ist er dennoch verwertbar (Art. 141 Abs. 4 StPO); wobei da ebenfalls kein allzu strenger Massstab angelegt wird.

Diese Gesetzeslage und Rechtsprechung führen im Ergebnis dazu, dass just dort, wo Beweisaufnahmeregeln am penibelsten einzuhalten wären, nämlich bei schweren Straftaten, der Schutz in der Praxis faktisch versagt. Der Verteidigung obliegt es, trotzdem entschieden auf Einhaltung der formalen Regeln zu pochen und deren Wichtigkeit hervorzuheben.

Dieses Insistieren ist ebenfalls wichtig, wenn in Strafverfahren Beweise verwertet werden sollen, die Private, Unternehmen in internen Untersuchungen oder beispielsweise Migrations-, Sozialhilfe-, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden unter Missachtung von strafprozessualen Standards eigeninitiativ erhoben haben und den Strafbehörden zuspiesen. Im Einzelnen haben sich dazu noch keine klare Rechtsprechung und Doktrin herauskristallisiert, so dass der Verteidigung argumentative Spielräume wider eine Verwertbarkeit offenstehen. Namentlich dann, wenn die beschuldigte Person

im parallel laufenden Verwaltungsverfahren nicht auf grundlegende Beschuldigtenrechte aufmerksam gemacht wurde (Schweigerecht, Recht auf Beizug eines Anwalts oder einer Dolmetscherin etc.). Allerdings ist aufgrund der bisherigen Urteile zu befürchten, dass die Strafjustiz die Verwertung auch da generell allzu grosszügig zulassen wird.

dd. Personalbeweise – Gratwanderungen der Verteidigung

In der Praxis erweist sich die Kontrolle bei der Aufnahme von Personalbeweisen als weit anspruchsvoller als bei Sachbeweisen. Bei Sachbeweisen kann die Verteidigung in aller Ruhe in ihrem Büro die Akten respektive Verfügungen studieren und unter Beizug von Literatur und Rechtsprechung prüfen, ob alles mit rechten Dingen zu- und herging. Auch wenn beispielsweise die Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten verweigert werden soll, hat die Verteidigung meist ausreichend Zeit, entsprechende Abklärungen für eine passende Intervention zu tätigen.

An Einvernahmen der eigenen Mandantin, aber auch von Drittpersonen, muss sie dagegen oft spontan reagieren; zumal Einvernahmen meist nicht audiovisuell aufgezeichnet werden, obwohl die Strafprozessordnung dies zulassen würde (Art. 76 Abs. 4 StPO) und beim heutigen Stand der Technik sehr viel dafürspricht. Protokolle müssten Aussagen zwar vollständig und richtig aufnehmen (Art. 76 Abs. 3 StPO), sind jedoch kaum je ein Abbild der Wirklichkeit, sondern eine schriftliche Wiedergabe von Aussagen; wobei diese oft verkürzt notiert werden und nonverbale Momente der Befragung ohnehin verloren gehen. Vor allem im Vorverfahren und insbesondere bei polizeilichen Einvernahmen sind es oft regelrechte Aushandlungsprozesse, was am Ende schriftlich protokolliert wird; da hat die Verteidigung eine aktive Rolle zu spielen, wenn sie den Eindruck hat, das Protokoll gebe die Aussagen nicht richtig wieder und gereiche dem Mandanten zum Nachteil. Nebst Interventionen wegen echter Regelverstösse, wie etwa Suggestivfragen oder fehlender Belehrungen zu Zeugnisverweigerungsrechten in Einvernahmen (Art. 168 ff. StPO), ist diese Detailarbeit von grösster Wichtigkeit. Nicht verkannt werden darf dabei, dass die Protokollierungsaufgabe gerade für Polizeibeamte äusserst anspruchsvoll ist: Sie befragen gleichzeitig wie sie protokollieren; sie müssen Aussagen vom Dialekt oder bei Fremdsprachigen nach einer mehr oder weniger guten Übersetzung in eine verschriftlichte Hochsprache übertragen; die Befragungsatmosphäre ist oft angespannt. Es erstaunt daher nicht, dass sich oft zahlreiche Vergröberungen, Verkürzungen oder Ungenauigkeiten in Protokolle einschleichen.

In zahlreichen Fällen kommt, trotz besserer Möglichkeiten zur Erhebung von Sachbeweisen, den protokollierten Einvernahmen nach wie vor ein

entscheidendes Gewicht zu. Typisches Beispiel sind Sexualstrafverfahren, die sich regelmässig ausschliesslich auf Aussagen der Beteiligten abstützen. Die Strafjustiz überschätzt die Zuverlässigkeit solcher Personalbeweise notorisch und seziert oft in Beweiswürdigungen Halbsätze, Textpassagen, ja einzelne Worte regelrecht und leitet daraus weitreichende Schlüsse ab. Verkannt wird dabei oft, dass eine sogenannte Aussageanalyse mit den Kriterien, wie sie in der Praxis für aussagepsychologische Expertisen, aber auch für eine richterliche Beweiswürdigung relevant sind, nur bei sehr offener Befragung möglich ist. Erfolgt eine Einvernahme mit geschlossenen Fragen, so ist es methodisch sehr heikel, solche Kriterien anzuwenden, und die Beweiswürdigung wird rasch einmal oberflächlich. Auch fundamentale psychologische Themen, wie Übertragungs- und Gegenübertragungseffekte zwischen befragenden Staatsanwältinnen oder Polizisten einerseits, beschuldigten Personen, Zeuginnen und Privatklägern andererseits blendet die Strafjustiz weitgehend beziehungsweise geradezu systematisch aus. Selbst wenn die Verteidigung sich zu all diesen Themen vor Gericht kritisch äussert, darf sie derzeit nicht damit rechnen, tatsächlich Gehör zu finden.

Umso wichtiger ist es deshalb, als Verteidigerin ganz pragmatisch schon ab dem Vorverfahren dafür besorgt zu sein, dass das Protokoll für die eigene Klientin so günstig wie möglich ausfällt. Bedacht werden muss dabei bereits bei der Beweisaufnahme, wie sich belastende Aussagen später am besten infrage stellen lassen bzw. entlastende am meisten Gewicht erhalten. Dies heisst allerdings nicht, sich mit Polizisten unnötige Kleinkriege zu liefern oder ihnen gegenüber mit der Arroganz des Akademikers aufzutreten; das kommt selten gut. Es geht darum, sachlich und dezidiert Fehlentwicklungen und Verletzungen von Regeln zu korrigieren, die manchmal allein wegen des Übertragungsproblem vom Dialekt in die Hochsprache auftreten. Von selbst versteht sich überdies, dass man auf eine Protokollnotiz bestehen sollte, wenn die befragende Person eine Intervention der Verteidigung nicht zulässt, unabhängig davon, ob dies die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder das Gericht ist. Polizeiliche wie staatsanwaltschaftliche Einvernahmen sind insgesamt für die Verteidigung oft sehr fordernd: Auf der einen Seite kommt ihr, während lange dauernden Befragungen, eine zentrale Rolle für den ganzen Verfahrensgang zu. Auf der anderen Seite hat sie sich dabei vielfach lediglich darauf zu beschränken, zuhörend zu kontrollieren. Das kann sehr anstrengend sein und man schweift dabei gerade bei mehrstündigen Einvernahmen und/oder Müdigkeit gedanklich leicht ab, was der Wahrnehmung der eigenen Pflicht zuwiderläuft. Mitschreiben in Stichworten drängt sich deshalb gerade bei langen Befragungen auf, um den roten Faden konsequent mitverfolgen zu können.

Vermehrt in Erwägung zu ziehen wäre überdies ein Antrag der Verteidigung auf audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen (Art. 76 Abs. 4 StPO). Insbesondere wenn diese in eine im Justizalltag wenig gebräuchliche Fremdsprache übersetzt werden, entzieht sich einer gleichzeitigen wie nachträglichen Kontrolle, ob die Aussagen effektiv korrekt übertragen und richtig aufgeschrieben wurden. Auch ohne irgendeinem Beteiligten Absicht zu unterstellen, ist die Übersetzung eine – stets in Betracht zu ziehende – Fehlerquelle in Strafverfahren; zumal diese nur rudimentär geregelt ist (Art. 68 StPO). Eine audiovisuelle Aufzeichnung müsste deshalb als Standard etabliert werden; auch sonst spricht wenig dagegen, dies routinemässig in sämtlichen Einvernahmen zu machen, zumal kaum höhere Kosten verursacht werden. Die Kontrolle durch die Gerichte würde verbessert, weil diese sich wegen der beschränkten Unmittelbarkeit weitgehend auf vorbestehende Akten abstützen. Die engagierte Verteidigung hätte in dem Bereich, der bisher letztlich wenig durch die Rechtsprechung vermessen wurde, allenfalls die Möglichkeit, bessere Kontrollmechanismen zu erwirken ersuchen.

ee. Zeitpunkt von Interventionen bei Beweisaufnahmen

Beweisverwertungsverbote und Verstösse gegen die Vorschriften der Beweisaufnahme können grundsätzlich im ganzen Strafverfahren geltend gemacht werden. Ausnahmen sind an sich gesetzlich vorgegeben. Ein Beispiel ist das Ausstandsbegehren der Verteidigung gegen eine in der Strafbehörde tätige Person, das bei Kenntnis des Ausstandsgrundes ohne Verzug zu platzieren ist, ansonsten rasch die Verwirkung eintritt (Art. 58 Abs. 1 StPO). Absolut unverwertbare Beweise oder menschenrechtlich garantierte Konfrontationsansprüche sind dagegen grundsätzlich von Amtes wegen zu beachten (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK). Solche Unterlassungen bei Beweisaufnahmen können sinnvollerweise erst vor dem Sachgericht moniert werden; und vorher darf die Verteidigung da gelegentlich den Dingen ihren Lauf lassen. Das Gericht steht dann letztlich vor der Wahl, dies entweder nachzuholen oder ein Urteil ohne gewährten Anspruch auf einer weniger solid erhobenen Beweislage zu fällen, was sich für den Beschuldigten günstig auszuwirken vermag.

In der Praxis drängt es sich ansonsten meistens nicht auf, bei rechtswidrig im Vorverfahren erhobenen Beweisen passiv zu bleiben und dann im Plädoyer vor Gericht erstmals spektakulär darauf hinweisen zu wollen. In der Regel macht es Sinn, darauf hinzuwirken, dass die Strafjustiz in rechtswidrig erhobene Beweise möglichst früh keine Einsicht mehr nehmen kann; daher drängt sich auf, gestützt auf Art. 141 Abs. 5 StPO zu beantragen, dass solche Akten bis zum Abschluss des Verfahrens unter Ver-

schluss gehalten und danach vernichtet werden. Zum einen gibt es in der Praxis in Anbetracht der oben skizzierten Rechtslage zu viele Möglichkeiten, die Wahl der Mittel zu heiligen, um das Ziel der Verurteilung zu erlangen. Zum anderen entfalten auch nachträglich als unverwertbar taxierte Beweise unbewusst eine Wirkung auf Strafbehörden, wenn sie diese vorher faktisch zur Kenntnis genommen haben. Allerdings werden solche Anträge eher selten gutgeheissen.

Die Verteidigung hat sodann die Möglichkeit, solche Entscheide mit Beschwerde anzufechten. Denn grundsätzlich sind im Vorverfahren – anders als im Hauptverfahren nach Anklageerhebung – alle Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Polizei und der Staatsanwaltschaft beschwerdefähig (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Ausnahmen sind im Gesetz explizit festzuhalten. Es spricht in der Regel wenig dagegen, eine (einigermassen aussichtsreiche) Beschwerde im Vorverfahren an die zweite kantonale Instanz zu erheben, ausser eine Verfahrensverzögerung liege nicht im Interesse des Klienten. Ein erfolgreicher Weiterzug ans Bundesgericht scheitert meist daran, dass dieses in solchen Konstellationen in aller Regel den drohenden, nicht wiedergutmachenden Rechtsnachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG verneint und argumentiert, die Unverwertbarkeit könne problemlos erneut vor dem Sachgericht geltend gemacht werden. Mit dieser formalen rechtsdogmatischen Betrachtung wird der Rechtsrealität der unbewussten Beeinflussung zu wenig Rechnung getragen.

c) Siegelung als wirkungsvolles Verteidigungsinstrument

Die Siegelung ist nahezu das wirkungsvollste und wichtigste Verteidigungsinstrument im Kontext der Sachbeweiserhebung (Art. 248 StPO). Sofern Schriften, Computer, Mobiltelefone, CDs, DVDs, Memory-Sticks oder Ähnliches von der Strafjustiz beschlagnahmt werden, kann die Verteidigung oder die beschuldigte Person auf Versiegelung bestehen; wobei dies in zeitlichem Zusammenhang mit der Durchsuchung oder Beschlagnahme stehen, also rasch erfolgen muss. Dabei hat sie geltend zu machen, mit der Sichtung werde ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht verletzt oder es dürfe aus einem anderen Grund keine Durchsuchung oder Beschlagnahme erfolgen (Art. 248 Abs. 1 StPO). Sofern die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren nicht innert 20 Tage ein Entsiegelungsgesuch beim Zwangsmassnahmengericht stellt, sind die beschlagnahmten Unterlagen zurückzugeben (Art. 248 Abs. 2 StPO). Kommt es erst im Hauptverfahren zur Beschlagnahme und wird erst dann die Siegelung beantragt, ist das Sachgericht zuständig (Art. 248 Abs. 3 lit. b StPO); das kommt kaum je vor, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Siegelung im Vorverfahren konzentrieren.

An sich müsste das Zwangsmassnahmengericht nach dem staatsanwaltlichen Antrag innert einem Monat entscheiden, ob die Unterlagen zurückgegeben werden oder in die Strafakte kommen; wobei vorher der Verteidigung selbstverständlich in einem schriftlichen oder mündlichen Verfahren das rechtliche Gehör zu gewähren ist (Art. 248 Abs. 3 StPO). Dabei ist nicht nur der Siegelungsgrund als solcher zu prüfen. Daten dürfen nur dann zu den Akten kommen, wenn sie in Bezug zur Strafsache stehen, es braucht somit einen Deliktstkonnex. Eine sogenannte *fishing expedition* der Strafverfolgungsbehörden, das heisst ein Ausforschen von Bürgerinnen ohne konkreten Tatverdacht, ist nicht zulässig. Zwangsmassnahmengerichte neigen überdies oftmals dazu, bei der Güterabwägung zu wenig sachliche oder schon nur zeitliche Limitierungen ins Auge zu fassen, selbst wenn die Verteidigung fundiert ein entsprechendes Begehren deponiert. In vielen Konstellationen spricht wegen fehlenden Deliktstkonnexes juristisch einiges dagegen, für ganze Festplatten die Entsiegelung zu gewähren, was in der Praxis dennoch oft geschieht, selbst wenn die Verteidigung sorgfältig dagegen argumentiert. Der Siegelungsentscheid kann überdies nicht an ein zweitinstanzliches kantonales Gericht, sondern nur noch ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 248 Abs. 3 StPO). Dies ist eine Ausnahme vom in der Strafprozessordnung nahezu durchgehend verwirklichten Zwei-Instanzen-Prinzip.

Sind die Datenmengen enorm gross, wie in vielen Wirtschaftsstrafverfahren, ist die Einhaltung der einmonatigen Frist illusorisch. Das Bundesgericht hat überdies, entgegen dem Gesetzeswortlaut, entschieden, dass in solchen Konstellationen trotzdem die Beschwerde an eine zweite Instanz und nicht direkt ans Bundesgericht möglich sein müsse; für die direkte Anfechtungsmöglichkeit fehle ihm die Infrastruktur. In der Realität hat sich deshalb, und weil überdies der Gesetzestext derart rudimentär ist, eine von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und unterschiedlichen lokalen Gepflogenheiten geprägte Praxis etabliert, die auch je nach Datenmenge und Einzelfall stark variiert. Oft folgt deshalb, unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der von der Beschlagnahme betroffenen Person, vor dem eigentlichen Entscheid eine sogenannte Triage oder Vortriage durch das Zwangsmassnahmengericht, teilweise unter Beizug von Sachverständigen, bisweilen unter Mitwirkung von Vertretern der Strafverfolgungsbehörden, wobei die Verteidigung ein Anwesenheitsrecht hat. Ist eine grosse Menge von Daten von der Siegelung betroffen, nimmt bisweilen allein diese Vortriage enorm viel Zeit in Anspruch. Die Festplatten von mehreren Computern mit unzähligen Dateien lassen sich kaum je seriös in nützlicher Frist auf die potentiell zu beschlagnahmenden Daten und entgegenstehende Siegelungsgründe

durchforschen. Die enorme Datenmenge, welche der Strafjustiz heute durch die Digitalisierung zur Verfügung steht und beschuldigten Personen meist zum Nachteil gereicht, vermag sich deshalb auch als Vorteil bei der Wahrnehmung von Verteidigungsrechten zu erweisen.

Als Faustregel lässt sich mitnehmen, dass nach der Instruktion durch den Klienten bei potentiell belastenden Daten im Vorverfahren meist wenig dagegen spricht, einstweilen auf einer Siegelung zu bestehen. Einzig bei angeordneter Untersuchungshaft ist allenfalls eine andere Güterabwägung zu treffen, als wenn der Mandant auf freiem Fuss ist; denn Siegelungen und Entsiegelungsverfahren führen meist zu Verzögerungen, die sich faktisch anders auswirken, wenn die beschuldigte Person inhaftiert ist. Während etwa bei Gewalt- und Sexualdelikten die Siegelung oft keine Bedeutung erlangt, kann in manchen Verfahren mit enormen Datenmengen, namentlich im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext oder bei internationaler Rechtshilfe, das Entsiegelungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht mit der Thematik der Triage vielfach der absolut entscheidende Teil der Verteidigungsarbeit sein. Sei es, weil damit Verfahren schon nur verzögert werden können, was die Verhandlungsposition stärkt, oder allenfalls eine Verjährung in Aussicht steht; sei es, weil es matchentscheidend für die konkrete Beweisaufnahme sein kann, ob gewisse Dokumente zu den Akten kommen oder nicht. Deshalb ist in diesem Kontext oft eine Verfahrensverzögerung mitsamt Untersuchungshaft in Kauf zu nehmen.

d) Verhandeln als Schlüsselkompetenz der Verteidigung

aa. Schnittstellen von Straf- und Zivilrecht

Im herkömmlichen Bild verhandelt die Anwältin im Zivilrecht und schliesst vielfach Vergleiche ab, während der Strafverteidiger Anträge stellt, plädiert und Rechtsmittel ergreift. In Tat und Wahrheit verhandelt auch die Strafverteidigung. Strafrecht wird vielfach als Instrument eingesetzt für Auseinandersetzungen, die ihren Ursprung in Lebenssachverhalten haben, welche tendenziell dem Zivilrecht zuzuordnen sind. Zivil- und Strafrechtsfälle lassen sich daher oft nicht klar trennen. Anzeigen im familiären Nahbereich, im Arbeits- oder Wirtschaftskontext oder im Nachgang zu Unfällen sind typische Bereiche, wo sich hinter den Strafverfahren oft finanzielle oder emotionale Auseinandersetzungen verbergen und parallel Straf- und Zivilfälle laufen. Das Strafrecht wird oft als Instrument eingesetzt, um Druck zu erzeugen und/oder eine Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen zu erwirken.

Die Optik der klassischen Strafverteidigung ist deshalb vielfach zu eng; effektive Strafverteidigung setzt oft zivilrechtliches Denken und Verhandlungsgeschick bei der Lösungssuche voraus. Auf den Punkt gebracht lassen

sich sehr viele Strafverfahren mit Rückzug von Strafanträgen oder sogar bei Officialdelikten mit Desinteresseerklärungen erledigen, wenn ein zivilrechtlicher Vergleich gefunden wird, der für die Privatklägerschaft befriedigend ist. Liegt ein Antragsdelikt vor, so ist eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft zwingend (Art. 33 StGB). In Fällen mit Verdacht auf häusliche Gewalt in Partnerschaften kann unter gewissen Voraussetzungen zumindest eine Sistierung erwirkt werden, die in eine definitive Einstellung mündet, wenn die Privatklägerschaft nicht innert eines halben Jahres um Wiederaufnahme des Verfahrens ersucht (Art. 55a StGB). Liegt eine Desinteresseerklärung der Privatklägerschaft vor, stellt die Staatsanwaltschaft auch bei Officialdelikten gelegentlich ein Verfahren ein, weil sich ohne deren Mitwirkung und deren Interesse am Verfahrensausgang die Untersuchung gar nicht mit einem ausreichenden Beweisfundament zur Anklage bringen lässt.

Gerade bei Unfällen oder Streitigkeiten im Wirtschaftskontext genügt deshalb oft die Anerkennung eines Schadenersatzes in einem Vergleich, damit Geschädigte ihr Interesse an der Strafverfolgung verlieren. Und im familiären Kontext haben schon unzählige Verfahren wegen Verdachts auf häusliche Gewalt oder Sexualdelikte in Einstellungen gemündet, weil eine Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung beide Parteien zufriedengestellt hat. Die kluge Verteidigung sucht rechtzeitig das Gespräch mit Privatklägerschaften beziehungsweise deren Vertretung. Von Vorteil ist dabei, wenn die Strafverteidigung kompetent genug ist, selbst den parallel laufenden Zivilfall im Arbeits-, Familien-, Vertrags- oder Haftpflichtrecht zu führen, oder man einen Bürokollegen beziehungsweise eine andere Vertrauensanwältin, mit der man gut zusammenarbeiten kann, hinzuzieht. Insgesamt sind solche Verhandlungen wohl die effizienteste Art und Weise, weitere Beweisaufnahmen zu verhindern und Einfluss auf das Beweisergebnis zu nehmen.

bb. Konsensuale Erledigungsformen

In seiner jüngeren Entwicklung kennt das Strafverfahren immer mehr konsensuale Erledigungsarten. Bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung setzte eine Verurteilung in nahezu allen Kantonen, ausser in Bagatelldfällen, ein ordentliches Gerichtsverfahren voraus. Heute kann die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe aussprechen (Art. 352 StPO), was eine beträchtliche Urteilskompetenz ist. Sie kann zudem bis zu Freiheitsstrafen von fünf Jahren mit der Verteidigung über ein abgekürztes Verfahren verhandeln (Art. 358 Abs. 2 StPO). Bei beiden Erledigungsarten spielt das Verhandlungsgeschick der Verteidigung eine entscheidende Rolle. Dies gilt entgegen einem ersten Anschein nicht nur für abgekürzte Verfahren, sondern auch für Strafbefehlsverfahren. In der

Praxis geht es auch hier vielfach darum, dass im Gegenzug zu einem raschen Geständnis eine vertiefte Beweisaufnahme unterbleibt. Die Verteidigung und die beschuldigte Person wollen ein langwieriges Verfahren, die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung oder noch ungünstigere Ergebnisse verhindern; die Staatsanwaltschaft wiederum erspart sich Arbeit. Für den Zugang zur Staatsanwaltschaft empfiehlt sich meist ein vorgängiges Telefonat; denn insgesamt sind solche Erledigungsformen stark informell geprägt.

Auch wenn die Verteidigung eine Einstellung basierend auf dem Opportunitätsprinzip (Art. 8 StPO), aufgrund eines fehlenden Strafbedürfnisses (Art. 52 StGB), einer Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), seltener einer Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) oder einer staatsanwalt-schaftlichen Vergleichsverhandlung (Art. 316 StPO) erwirken möchte, ist es ebenfalls vielfach sinnvoll, vorgängig und mündlich das Terrain mit der Staatsanwaltschaft zu sondieren. Diese Wege sind wohl in mehr Fällen möglich, als derzeit Verteidigungen dies in Betracht ziehen; allerdings sind sie doch tendenziell auf Konstellationen nicht allzu schwerer Delikte beschränkt. Insgesamt führen all diese Entwicklungen weg von der klassischen antragstellenden und plädierenden Verteidigung hin zu einem Berufstypus, der sich immer mehr dem verhandelnden Zivilrechtsanwalt annähert.

Diesen Verhandlungssettings ist gemeinsam, dass sie zwar im Einzelfall manchen Beschuldigten zugutekommen, insgesamt aber in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsgleichheit stehen. Wer ökonomisch gut gestellt ist, kann Privatkläger eher befriedigen. Dies ist nicht nur relevant, um Rückzüge und Desinteresseerklärungen oder eine Einstellung wegen Wiedergutmachung zu erwirken, sondern spielt auch beim abgekürzten Verfahren eine Schlüsselrolle; denn ohne Zustimmung der Privatklägerschaft ist dieses nicht möglich. Beim Strafbefehlsverfahren kommt dazu, dass wirtschaftlich wenig Privilegierte, Mittellose und Migranten sich oft nicht professionell verteidigen lassen; was nicht selten deutlich härtere Strafen nach sich zieht, als wenn eine Verteidigung dabei wäre. Und bei Ausländern hat die Verteidigung ohnehin stets mitzubedenken, dass wegen zahlreicher Delikte eine Landesverweisung droht, die vielfach in der Lebenswelt der Betroffenen deutlich zentraler ist als die Strafe selbst. Dies zwingt oft dazu, bei einem Strafbefehl mit einem Teilgeständnis mitzumachen, bloss um das Risiko einer Anklage mit einem Antrag auf Landesverweisung zu vermeiden. Ausländer sind in solchen Konstellationen im Vergleich zu Schweizerinnen faktisch deutlich benachteiligt.

e) Exkurs: Sockelverteidigung

Ebenfalls Verhandlungsgeschick ist im Umgang mit Verteidigern von Mitbeschuldigten gefragt. Unter dem Schlagwort Sockelverteidigung wird nahe-

zu jeder Austausch unter Verteidigern von Mitbeschuldigten verstanden, wobei diese Kontakte stets das Einverständnis des eigenen Mandanten voraussetzen. Der schillernde Begriff vermag der Vielgestaltigkeit solcher Absprachen nicht gerecht zu werden. Die Bandbreite reicht von kurzen und losen gegenseitigen Erkundigungen im Vorverfahren, in welchen man sich lediglich gegenseitig darüber orientiert, ob der eigene Mandant Aussagen tätigt, bis hin zu effektiv gemeinsamen Prozessstrategien und Absprachen über Verfahrens- oder Beweisanträge beziehungsweise den Plädoyerinhalt. Vielfach geht es primär darum, ungünstige Beweisaufnahmen zu verhindern; bisweilen handelt es sich um eine aktive koordinierte Entlastungsstrategie. Jeder Verteidigerin obliegt es dabei, die Interessen des eigenen Klienten konsequent zu wahren und sicher nicht zu verschlechtern. Dabei muss man stets auch beachten, dass Sockelverteidigungen auseinanderbrechen können und dann alles, was man offengelegt hat, für die anderen weiter verwendbar bleibt.

Die Strafjustiz sieht Sockelverteidigung ungern. Innerhalb der rechtlichen Grenzen der Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches und des Strafprozessrechts sind diese jedoch zulässig; für zusätzliche berufsrechtliche Einschränkungen besteht kein Raum. Aus Sicht der Verteidigung gehört dieses Instrument im Gegenteil geradezu in ihr Pflichtenheft. Koordinierte Verteidigungsbemühungen sind oft wirkungsvoll: Die Verteidigung des Mitbeschuldigten wandelt sich damit von der potentiell unberechenbaren Gegnerin zur latenten Verbündeten; und ein gebündelter Verteidigungswiderstand gegen einen Verdacht kann sehr kraftvoll sein. Verteidiger tun daher gut daran, dieses Vorgehen bei mehreren Mitbeschuldigten in Betracht zu ziehen und sich in Verhandlungen unter Kollegen als zuverlässige Partner einzubringen. Dies soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine falsch verstandene Kollegialität gegenüber der Wahrung der Klienteninteressen prioritär wäre. Gibt es keine Interessenkonvergenz, so ist dies beim Namen zu nennen und sind Gespräche abubrechen; hinterlistige Winkelzüge gegen Mitbeschuldigte und ihre Anwälte haben das Potential, im Verfahren auf den eigenen Klienten zurückzufallen.

f) Zwischenfazit

Fasst man die voranstehenden Ausführungen zusammen, so obliegt der Verteidigung zunächst die Kontrolle der korrekten Beweisaufnahme. Damit verhindert sie die Erhebung rechtswidriger Beweise. Dabei hat sie fortlaufend die erhobenen Beweise entsprechend zu prüfen. Während bei der Kontrolle der Sachbeweisaufnahme die Verteidigung in aller Regel ausreichend Zeit in ihrem Büro hat, ist im Kontext von Personalbeweisen in Einvernahmen situ-

atives Handeln gefragt, was durchaus anspruchsvoll ist. Ausser in begründeten Ausnahmefällen (beispielsweise bei der Verletzung von Konfrontationsansprüchen) macht es insgesamt Sinn, möglichst frühzeitig eine rechtswidrige Beweisaufnahme verhindern zu versuchen, damit keine unbewusste Beeinflussung der Strafbehörden stattfindet und am Ende nicht wegen des Verurteilungsziels die Verletzung der Beweisaufnahmemittel geheiligt wird. Der Antrag auf Entfernung rechtswidrig erhobener Beweise aus den Akten sowie vor allem die Siegelung sind dafür nebst den Interventionen in Einvernahmen im Vorverfahren die wirkungsvollsten Instrumente.

Daneben bestehen weitere Möglichkeiten, unerwünschte Beweisabnahmen zu verhindern. Dabei sind andere Eigenschaften der Verteidigung vonnöten, namentlich ihr Kommunikationsgeschick. In Verhandlungen mit Verteidigern von Mitbeschuldigten, Vertretern der Privatklägerschaft über Rückzüge von Strafanträgen oder mit Staatsanwälten über Einstellungen, Strafbefehle oder abgekürzte Verfahren geht es darum, weitere ungünstige Beweisaufnahmen zu verhindern und den Fall möglichst glimpflich zu erledigen.

5. Verteidigung als «Beibringerin entlastender Umstände»

a) (Pro-)aktive und nicht reaktive Rolle

Wie oben erwähnt, lässt sich nicht trennscharf unterscheiden, wann die Verteidigerin Beweisaufnahmen verhindert und wann sie entlastende Umstände beibringt. Vielfach beinhaltet eine Intervention oder eine Eingabe der Verteidigung Komponenten von beidem. Allerdings hilft die Abgrenzung aus analytischen Gründen.

Verhindert die Verteidigung eine ungünstige oder rechtswidrige Handlung der Strafjustiz, so spricht von Ausnahmen abgesehen kaum etwas dagegen. Sich streiten kann man allenfalls, wann beispielsweise eine Verletzung von Beweisregeln einzubringen ist. Und einer Abwägung bedarf überdies, wann man wie mit wem in Verhandlungen treten soll; denn in diesem Fall agiert die Verteidigung nicht mehr nur reaktiv auf Handlungen der Strafjustiz, sondern tritt bereits gestaltend auf den Plan. Dies akzentuiert sich, will sie proaktiv entlastende Umstände ins Verfahren einspeisen; denn dies zieht definitiv vielfach auch Risiken und nicht nur Chancen nach sich. Oft kann bei einer solchen verfahrensgestaltenden Handlung der Verteidigung im Vorfeld nicht mit letzter Gewissheit vorausgesehen werden, ob sie sich nicht als Bumerang erweisen könnte: Ein offerierter Zeuge kann ungünstig aussagen, eine Ergänzungsfrage den Tatverdacht erhärten statt ausräumen oder ein abgenommener Sachbeweis Antrag das negative Beweisergebnis zementieren. Die Gefahr besteht daher, dass die Verteidigung aus Angst gar nicht mehr

aktiv handelt, sich rein auf Verhinderung beschränkt und nicht mehr gestaltend am Strafverfahren teilnimmt. Bei den meisten Anwälten liegt diese Tendenz viel eher vor, als mit kopflosem Aktionismus unnötige Risiken einzugehen. Denn handelt man nicht, muss letztlich weder der Klient noch die Anwältin sich selbst vorwerfen, aktiv ein Missgeschick begangen zu haben. Auch Verteidiger sind vor angstgeprägtem Sicherheitsdenken nicht gefeit.

Eine solche – primär Fehler vermeidende – Verteidigungskultur reisst nie unerwartet das Steuer herum. Sie ist deshalb ein zu passiver Dienst nach Vorschrift und lässt Chancen vorbeiziehen. Sie läuft letztlich allem zuwider, was Max Alsberg, Jacques Vergès, Gerhard Strate und zahlreiche weitere vorzügliche Anwältinnen unter guter Verteidigung verstehen. Eine aktivere Verteidigung wäre daher öfter sinnvoll, als dies derzeit praktiziert wird. Dies ist wohlgemerkt nicht als Plädoyer für vorschnelles Handeln misszuverstehen. Wer beim aktiven Beibringen entlastender Umstände keine Unsicherheiten verspürt, liegt meist falsch; ausser die Fallumstände sind derart ungünstig, dass sich die Ausgangslage nur verbessern kann, oder der eingebrachte Entlastungsbeweis beinhaltet keinerlei Risiken, was es durchaus, wenn auch eher selten gibt. Oft ist dies nicht so und die Ungewissheit ist letztlich gross. Der Verteidigung bleibt meist nichts anders übrig, als eine gründliche Güterabwägung in der Diskussion mit ihrer Mandantin vorzunehmen. Intuition sowie rationale Überlegungen spielen zusammen. Der vermehrte Austausch mit Kolleginnen – am Telefon, in kollegialen Beratungen und Supervisionen – tut hier wie anderswo oft not, auch wenn generell in der Strafverteidigungsszene ein Einzelkämpferhabitus immer noch recht verbreitet ist. Leitfragen sind dabei unter anderem, was die Risiken und Chancen sind, wenn man handelt oder nicht, wie entscheidend die potentielle Handlung für das gesamte Beweisergebnis ist und wie gut beziehungsweise schlecht die Ausgangslage bei bewusster Passivität ist, wobei der Zeitpunkt einer Intervention gut zu durchdenken ist.

Es soll indessen nicht kleingeredet werden, dass bisweilen selbst erfahrene Anwältinnen mit mehreren Jahrzehnten Berufserfahrung auch nach einer sorgfältigen Auseinandersetzung keine Gewissheit erlangen. Am Ende entscheidet dann meist die Intuition. Deshalb ist es so wichtig, die eigene kopflastige Berufssozialisation zu ergänzen und einen aktiven Zugang zu anderen Herangehensweisen zu schulen und zu finden. Das letzte Buchkapitel geht anhand eigener Erfahrungen auf solche Möglichkeiten ein. Denn keine sehr gute Strafverteidigerin führt ihre Fälle ohne Bauchentscheidungen, die sich letztlich einer exakten ex ante-Erklärung entziehen. Dieser inneren Stimme gutes Gehör zu verschaffen, ist zentral, aber anspruchsvoll; denn sie ist oft so leise, dass sie im beruflichen Alltagslärm kaum vernehmbar ist.

b) Aktive Beteiligung der Verteidigung an Einvernahmen

Geradezu idealtypisch für solche Güterabwägungen ist die Entscheidung am Ende jeder Einvernahme, sei es von einer Zeugin, der Privatklägerschaft oder des eigenen Klienten, ob die Verteidigung von ihrem bereits in Art. 6 Ziff. 3 lit d. EMRK verbürgten Recht auf Ergänzungsfragen Gebrauch machen soll oder nicht; und zwar unabhängig davon, ob die Einvernahme bei der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder vor dem Gericht stattfindet. Eine beliebte anwaltliche Faustregel rät kategorisch davon ab. Sie greift indessen zu kurz.

Bereits ein knapper Pocketguide erlaubt ein differenzierteres Vorgehen: Ausgrund von der allgemeinen Lebenserfahrung und den Erkenntnissen der Aussagepsychologie ist davon auszugehen, dass Tatsachen umso eher zutage kommen, je ausführlicher die Einvernahme ist. Daraus folgt ein letztlich recht simples Schema mit vier Konstellationen: Sagt der Aussagende (jeweils unabhängig davon, ob Zeuge, Privatkläger oder der Beschuldigte selbst) für den Klienten günstig aus und geht die Anwältin davon aus, er sage im Kern die Wahrheit, spricht vieles für Ergänzungsfragen; der Wahrheitsgehalt wird tendenziell noch höher, wenn es gelingt, die Aussageperson zu veranlassen, weitere die Glaubhaftigkeit der Aussage untermauernde Details zu offenbaren. Sagt der Aussagende für den Klienten günstig aus und geht die Anwältin davon aus, er lüge im Kern, spricht demnach vieles gegen Ergänzungsfragen; der Überzeugungsgehalt wird mit weiteren Aussagen im Regelfall abnehmen. Und umgekehrt gilt: Sagt der Aussagende für den Klienten ungünstig aus und geht die Anwältin davon aus, er lüge im Kern, spricht vieles für Ergänzungsfragen; die Wahrheit kommt tendenziell eher ans Licht, denn die Lüge wird offenkundiger. Sagt der Aussagende für den Klienten ungünstig aus und geht die Anwältin davon aus, er spreche im Kern die Wahrheit, spricht vieles gegen Ergänzungsfragen; der Überzeugungsgehalt und damit die Belastung werden tendenziell nur noch höher.

In der Theorie klingt das alles einfach. Die Praxis ist weit schwieriger: Sie setzt ein klares Gefühl der Verteidigung für den Wahrheitsgehalt von Aussagen voraus. Die Theorie vernachlässigt zudem die Mischformen zwischen reiner Wahrheit und klarer Lüge; denn oftmals gibt es in Einvernahmen Anteile von beidem, selbst bezüglich des Kerngehalts des Verdachts. In der konkreten Situation sind deshalb oft eine Einschätzung und eine Sofortreaktion der Verteidigung schwierig. Das Tempo kann man etwas rausnehmen, indem man auf eine Besprechungspause mit der Klientin insistiert, was bei Einvernahme von Zeugen oder Privatklägern zu bewilligen ist. Der eigene Mandant hat bereits aufgrund von Art. 6 Ziff. 3 lit d. EMRK auch ein selbstän-

diges Recht auf Ergänzungsfragen; daher ist eine Absprache mit der Verteidigung zu gewähren. Bei der Befragung des eigenen Mandanten dürfte dies meist nicht nötig sein, da man sich vorgängig mit ihm besprochen hat. Reicht selbst eine Pause für eine solide Überzeugung über das richtige Vorgehen nicht aus und stellt sich keine Intuition ein, so ist die Faustregel, im Zweifel keine Ergänzungsfrage zu stellen, im Ergebnis nicht so schlecht. Ausser man steht hinsichtlich des Beweisergebnisses mit dem Rücken derart zur Wand, dass man fast nichts mehr zu verlieren hat.

Kaum genutzt wird dagegen im gerichtlichen Hauptverfahren der Verteidigungsantrag auf ein direktes Fragerecht (Art. 341 Abs. 2 StPO). Hier stellt in der Befragung die Verteidigung direkt die Fragen und unterbreitet diese nicht wie sonst üblich zuerst der Verfahrensleitung. Anders als ihre angelsächsischen Kollegen werden hierzulande Anwältinnen hinsichtlich solcher Befragungstechniken nicht geschult; dies mag eine der ganz zentralen Ursachen sein, dass die Möglichkeit bisher eher toter Buchstabe blieb. Liegt ein Fall vor, in welchem sich nach obigem Schema und der Kenntnis aus dem Vorverfahren Ergänzungsfragen aufdrängen, spricht an sich wenig dagegen, ein solches direktes Fragerecht zu beantragen; ob es das Gericht bewilligt, steht auf einem anderen Blatt. Leitlinie bei einer gewährten Ausübung ist dann nicht das Kreuzverhör nach der amerikanischen Filmvorlage, sondern eine sachliches, der Nüchternheit schweizerischer Verfahren angepasstes Vorgehen.

c) Private Zeugenbefragung?

Entgegen dem Drehbuch aus Hollywood ist auch die private Zeugenbefragung im Rahmen von eigenen Ermittlungen für die hiesige Verteidigung selten Teil des Berufsalltags. Denn in der profanen helvetischen Strafverfahrenswirklichkeit ist dies ein regelrechtes Minenfeld für die Verteidigung. Ein Zeuge wird von der Strafjustiz meist mit sehr grossem Misstrauen bedacht, wenn vorher eine Befragung allein durch die Verteidigung stattgefunden hat. Offeriert diese im Rahmen eines Beweisantrags einen Entlastungszeugen, so ist ziemlich gewiss, dass die Strafjustiz wissen möchte, ob es zu vorgängigen bilateralen Kontakten gekommen sei, um dadurch den Zeugen und seine Glaubwürdigkeit infrage zu stellen.

Die Aufsichtsbehörden über die Rechtsanwälte schränken gestützt auf die Generalklausel, die Anwaltschaft habe den Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben (Art. 12 lit. a BGFA), eine solche private Zeugenbefragung stark ein: Der vorgängige Zeugenkontakt müsse im Interesse des Klienten sein, der Kontakt müsse sachlich notwendig sein und eine Beeinflussung des Zeugen müsse ausgeschlossen werden können. Diese Rechtsprechung lässt sich juristisch kaum konzis begründen. Das verfassungsmässig und konventionsrecht-

lich garantierte Recht auf Verteidigung lässt sich nicht mit einer derart freihändigen Interpretation einer Generalklausel sorgfältig begründet limitieren. Dahinter verbirgt sich ein obrigkeitsstaatliches Misstrauen gegen die Advokatur und eine Geringschätzung von Verteidigungsrechten. Der Verteidigung müsste es möglich sein, die Qualität eines Entlastungszeugen vorgängig zu prüfen, um ihren Verpflichtungen nachzukommen, und dürfte nicht gezwungen werden, diesen grundsätzlich ins Blaue hinaus zu offerieren.

Unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen bleibt der klugen Verteidigung fast nichts anderes übrig, als im Regelfall auf eine private Zeugenbefragung zu verzichten. Die Risiken sind meist zu gross – nicht nur für sie wegen eines möglichen aufsichtsrechtlichen Verfahrens, sondern auch für ihren Mandanten wegen der Abwertung des Zeugen. Die Qualität eines potentiellen Entlastungszeugen ist deshalb im Grundsatz zu eruieren, namentlich in der Diskussion mit dem eigenen Mandanten.

d) Inhaltliche Sachbeweiskontrolle und Sachbeweisermittlung

Von den rechtlichen Rahmenbedingungen her deutlich günstiger präsentiert sich die Situation hinsichtlich des Aktionsradius der Verteidigung bei ihrer inhaltlichen Sachbeweiskontrolle und ihrer Sachbeweisermittlung. Dabei unterliegt sie kaum Einschränkungen, ausser den straf- und strafprozessrechtlichen Grenzen. Mit anderen Worten darf und muss die Verteidigung Sachbeweise kontrollieren. Und es lohnt sich: Nicht nur ökonomische oder psychiatrische, sondern auch technische oder naturwissenschaftliche Expertisen erweisen sich vielfach als weit weniger zuverlässig als angenommen. Die Verteidigung hat sich hinsichtlich des Standes der Ermittlungstechnik laufend kundig zu machen. Dies ist anspruchsvoll, da dieses Gebiet in der digitalen Welt enorm dynamisch ist. Was gestern Gegenstand des Science Fiction-Genres war, ist heute schon polizeiliche Ermittlungsrealität. DNA-Analysen und Digitalisierung haben die Realität des Strafverfahrens seit den 1990er-Jahren fundamental verändert. Heute sind Ermittlungen, von denen die Strafjustiz früher nicht einmal geträumt hat, problemlos möglich. Allein ein handelsübliches Mobiltelefon hinterlässt eine Unmenge an Spuren und ist ohne gewaltigen Aufwand auswertbar, sofern nicht eine rechtliche Unverwertbarkeit vorliegt, die sinnvollerweise im Siegelungsverfahren geltend gemacht wird. Die Arbeit der Strafjustiz wird deshalb stark durch zahlreiche (technische) Fachkräfte geprägt.

Die Verteidigung ist vielfach nicht kompetent genug, um selbst ihrer Prüfungspflicht nachzukommen. Sie bedarf deshalb oft einer kundigen Hilfskraft, die sie privat mandatieren muss. Effektiv verteidigen heisst deshalb nicht primär, in fremden Fachgebieten selber zu wildern versuchen, sondern

ein Gespür dafür zu entwickeln, wann und wo sich eine fachkundige Prüfung lohnt. Dies gilt ebenso, wenn die Verteidigung private Sachbeweismittlungen tätigt, wobei der Phantasie und Kreativität hinsichtlich möglicher Expertisen zur Entlastung an sich keinerlei Grenzen gesetzt sind. Während begüterte Beschuldigte sehr gerne bereit sind, alle denkbaren Schritte zu unternehmen, selbst wenn die Erfolgsaussichten sehr gering sind, ist dies bereits bei Angehörigen der Mittelklasse, sicher aber im Rahmen von amtlichen Verteidigungen, nicht möglich.

Zwar gewährt die Rechtsprechung vielfach im Rahmen der Spesen moderate Aufwendungen für eine private *second opinion* zur Kontrolle eines amtlichen Gutachtens. Die Kosten sind überschaubar, so dass die Mittelklasse sich dies leisten oder die Anwältin in amtlichen Verteidigungen riskieren kann, schlimmstenfalls die Kosten nicht als Spesen rückerstattet zu erhalten. Allerdings setzt dies in beiden Konstellationen bereits intakte Erfolgsaussichten voraus, ansonsten der Schritt kaum je unternommen wird. Denn auf den Kosten bleiben Verteidigung und beschuldigte Person stets dann sitzen, wenn eine private Expertise ungünstig ausfällt und dann gar nicht eingereicht wird, da die Auftragsvergabe der Strafjustiz aus taktischen Gründen nicht transparent gemacht wird. Die Prüfung komplexer ökonomischer oder naturwissenschaftlich-technischer Gutachten im Wirtschaftskontext dagegen beläuft sich ohnehin schnell auf mittlere fünfstellige Summen. Ist der Mandant nicht solvent, weil er beispielsweise seine frühere soziale Stellung nicht mehr halten konnte, entfallen somit Verteidigungsmöglichkeiten, die andere, begüterte Klienten noch haben. Als Kompromiss bleibt dann bisweilen noch die Einholung einer sogenannten methodenkritischen Stellungnahme, die deutlich günstiger als ein umfassendes Privatgutachten ist und sich einzig dazu äussert, ob die Expertise effektiv *lege artis* erstellt wurde.

e) Beweis- und Verfahrensanträge

aa. Gestaltende Anträge der Verteidigung

Mit Beweis- und Verfahrensanträgen versucht die Verteidigung, gestaltend auf das Verfahren einzuwirken. Von ihrer Mandatierung bis zum Abschluss des zweitinstanzlichen Verfahrens vor Berufungsgericht besteht grundsätzlich die Möglichkeit, auf diese Art und Weise Einfluss zu nehmen. Vor Bundesgericht sind die Spielräume dann stark eingeschränkt.

Unter Beweisanträgen wird im vorliegenden Zusammenhang jeder Antrag verstanden, der einen direkten Einfluss auf die Beweisaufnahme nehmen will; sei es, indem eine Einvernahme von irgendeiner Person (Zeugen, Privatklägerin, aber auch der eigene Klient) oder die Abnahme eines Sachbeweises beantragt wird; sei es, dass die Verteidigung selber einen privat er-

hobenen Sachbeweis oder ein schriftliches Zeugnis einreicht. In der Praxis sind es unterschiedliche Beweise, die beigebracht werden oder deren Abnahme beantragt wird. Beweisanträge sind grundsätzlich bis und mit der zweiten Instanz möglich, da diese volle Kognition hat; allerdings gibt es kaum Konstellationen, wo sich ein so langes Zuwarten lohnt. Meist macht es Sinn, die Anträge früher einzubringen.

Mit Verfahrensanträgen sind sämtliche Anträge gemeint, mit welchen die Verteidigung auf den Fortgang oder Ablauf des Verfahrens (entlastend) Einfluss nehmen will. Ein klassisches Beispiel ist wie oben erwähnt ein Ausstandsbegehren (Art. 58 StPO). Daneben gibt es zahlreiche andere Möglichkeiten. Die juristische Kreativität lässt viel mehr zu, als oft angenommen: Die Strafprozessordnung ist zwar einerseits ein Drehbuch, das klare Abläufe festlegt; andererseits lässt sie viel Ermessen in der Abwicklung von Strafverfahren zu. Die Verteidigung kann deshalb im Vorverfahren begründete Anträge auf Einstellung (Art. 319 StPO) oder Sistierung (Art. 314 StPO) deponieren, sie kann die Reihenfolge von Beweisabnahmen, die Vereinigung (Art. 29 StPO) oder Trennung (Art. 30 StPO) von Verfahren beantragen, wenn sie diese als wichtig erachtet, oder sie kann im Hauptverfahren um den Ausschluss der Öffentlichkeit (Art. 70 Abs. 1 lit. a StPO) ersuchen. Kurz: Die Verteidigung kann überall dort Anträge stellen, wo der Verfahrensleitung, das heisst der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren und dem Gericht im Hauptverfahren, ein schon nur kleinster Ermessensspielraum zusteht. Dabei geht es teils darum, Beweisabnahmen zu verhindern, teils darum, entlastende Umstände beizubringen. Denn Verfahrensanträge sind, wie alle anderen Eingaben auch, grundsätzlich jederzeit möglich (Art. 109 Abs. 1 StPO).

Diese Ausführungen sind nicht dahingehend zu verstehen, dass es klug wäre, die Verfahrensleitung stets mit einer Unzahl an solchen Anträgen einzudecken. Indessen setzen die Ausnutzung dieses Spielraums, oder schon nur das Nachdenken über das mögliche Potential, Detailkenntnisse der Strafprozessverordnung voraus. Daher sollte jeder Strafverteidiger in regelmäßigen Abständen nicht nur zu spezifischen Fragen Weiterbildungen besuchen, sondern hin und wieder die ganze Strafprozessordnung respektive ein einführendes Lehrbuch ganz durchlesen. Auch nach vielen Berufsjahren ist man überrascht, welche Möglichkeiten diese Verfahrensordnung zulässt und welche Spielräume sich öffnen.

bb. Chancen und Risiken

Das grösste Risiko in der Praxis dürften vor allem übersehene Chancen auf Beweis- und Verfahrensanträge sein. Denn nahezu nirgends sind nebst Wissen zum Verfahrensrecht zusätzlich so viel Eigenständigkeit, Initiative und Krea-

tivität gefragt. Die Verteidigung muss dafür aus einer passiven in eine aktive Haltung kommen; der Fall darf sie nicht führen, sie muss den Fall führen. Dies bedarf Zeit und Musse, um in jeden Einzelfall einzutauchen und sein Potential auszuloten. Das heisst zum einen, dass die Verfahrensakten gründlich zu studieren sind. Zum anderen ist fast noch wichtiger, sich den Raum zu nehmen, um strategische und taktische Überlegungen zu treffen; wobei sich kluge Einfälle selten auf Kommando einstellen. Chronische Überlastung und zu viel Stress, was bei vielen Anwälten keine Ausnahme ist, führen allerdings meist dazu, dass man nur noch mit der Abarbeitung der dringendsten Aufgaben beschäftigt ist, im Modus des Dienstes nach Vorschrift zwar passiv an Verfahren teilnimmt, die Strafjustiz also durchaus kontrolliert, aber nicht mehr proaktiv an der Untersuchung mitwirkt und ernsthaft die Belastungsperspektive hinterfragt. Und damit können Entlastungschancen vorbeiziehen.

Eng damit zusammen hängt das Risiko, aus Angst vor negativen Folgen auf Anträge zu verzichten. Aktionismus ist kein guter Ratgeber; Anträge sollen wohlüberlegt sein. In der Praxis ist bei den meisten die Angst vor vorschnellen Anträgen letztlich die grössere Gefahr als hektisches Handeln. Als Ausgangspunkt empfiehlt sich daher, gründlich und offen zu fragen, welche Anträge denkbar sind und was für Alternativen man derzeit hat. Eingehend zu überlegen ist sodann, was mit dem Antrag bezweckt werden will. Denn längst nicht bei jedem Antrag geht es primär darum, dass er nur sofort gutgeheissen wird. Oft geht es vor allem darum, auch narrativ eine Gegendarstellung zum Tatverdacht zu präsentieren, oder er ist Bestandteil einer längerfristigen Strategie, die erst später zum Tragen kommen soll.

Chancen und Risiken sind genau abzuwägen; dabei spielt auch der Zeitpunkt eines Antrags eine Rolle. In manchen Konstellationen drängt sich beispielsweise ein Beweisantrag zu einem frühen Verfahrenszeitpunkt auf, anderorts ist dies kontraproduktiv. Ist das Beweisergebnis bereits günstig, sind generell weniger Risiken einzugehen als bei einer schlechten Ausgangslage. Entscheidend ist ohnehin, die Sache nicht nur bis zur Abnahme des konkreten Beweises, sondern zwei, drei Züge weiter, im Idealfall bis ans Verfahrensende durchzudenken. Dabei sind maximal gute wie schlechte Verfahrensverläufe einander gegenüberzustellen, was durchaus zeitintensiv sein kann. Oftmals zeigt sich dann, dass allzu frühe Anträge den strategischen Spielraum zu stark einzuengen drohen und sich ein Zuwarten empfiehlt. Umgekehrt kommt die Verteidigung ganz am Ende des Vorverfahrens meist zu spät, wenn die Staatsanwaltschaft ihr beim Abschluss der Untersuchung eine letzte Gelegenheit zur Antragsstellung gibt; denn in dem Moment erachtet sie diese als vollständig (Art. 318 StPO). Ihre Bereitschaft, nochmals aktiv zu werden, ist meist sehr klein.

Anders als bei der Frage des Aussageverhaltens oder beim Thema der Ergänzungsfragen lassen sich wegen der Diversität an Konstellationen keine sinnvollen Faustregeln aufstellen. Die Arbeit bleibt stark einzelfallbezogen. Nachdem die Anwältin für sich eine Güterabwägung vorgenommen hat, ist es deshalb vor allem bei komplexen Fällen hilfreich, sich mit Berufskollegen in Supervisionen und kollegialen Beratungen (Intervisionen) auszutauschen. Insbesondere in diesem Kontext erweist sich nebst der persönlichen Reflexion vor allem die anwaltliche Intuition als zentral; um sich da weiterzuentwickeln, ist künftig vermehrt über den Einsatz von ausserjuristischen Kreativitätstechniken, auf die unten noch eingegangen wird, nachzudenken. Oftmals wird so der Weg für überraschende Anträge frei.

cc. Rechtlich und narrativ überzeugende Begründung von Anträgen

Bei der Begründung von Anträgen ist auf juristische und tatsächliche, auf den konkreten Fall und die aktuelle Verfahrenssituation bezogene prägnante Konsistenz zu achten. Gleichzeitig ist zentral, dass ein Antrag in die gesamte Verteidigungsstrategie passt. Daher ist wichtig, dass auch narrativen Momenten genügend Beachtung geschenkt wird und sich die Begründung des Antrags in die gesamte Gegengeschichte der Verteidigung zum Tatverdacht einfügt beziehungsweise diese damit oft erstmals platziert wird. Die Überzeugungskraft eines Antrags bemisst sich nicht nur an rechtlichen Gesichtspunkten; sondern auch daran, ob sie die Verfahrensleitung, das heisst im Vorverfahren der Staatsanwaltschaft und im Hauptverfahren des Gerichts, auch emotional erreicht. Zu bedenken ist ferner, dass die Verteidigungseingabe allfälligen späteren Eingaben oder einem späteren Plädoyer nicht zuwiderlaufen dürfen, sondern vielmehr dort aufgegriffen werden können sollten.

Manchmal drängt sich auf, in einer Eingabe mehrere Anträge zu platzieren. Beispielsweise wird ein Antrag auf Sistierung mit Beweisanträgen kombiniert: Weil bestimmte beantragte und notwendige Beweise derzeit aus tatsächlichen Gründen nicht abgenommen werden können, da sich beispielsweise Zeugen an einem unbekanntem Ort aufhalten, und damit die Untersuchung nicht zu einem Ende geführt werden kann, deshalb – so dann die Schlussfolgerung – ist das Verfahren zu sistieren (Art. 314 StPO). Oder im Hauptantrag wird um Einstellung aufgrund der derzeitigen Aktenlage ersucht (Art. 319 ff. StPO); gleichzeitig wird eventualiter beantragt, dass noch Beweise abzunehmen wären, sofern dem Hauptbegehren nicht entsprochen würde; wobei der Aufwand des weiteren Untersuchungsverfahrens einer Einstellung faktisch zuträglich sein kann. Unzählige weitere Kombinationen sind denkbar; abstrakte Schemata greifen deshalb zu kurz.

dd. Rechtsmittel

Die Beschwerde gegen Verfahrenshandlungen, insbesondere im Vorverfahren, ist nahezu immer möglich und daher ein wohl deutlich zu selten eingesetztes Instrument. Dies gilt auch hinsichtlich abgewiesener Verfahrensanträge. Grundsätzlich sind alle Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei und Staatsanwaltschaft anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO); ausser, das Gesetz schliesst dies explizit aus. Rügegründe bilden nicht nur Rechtsverletzungen, sondern überdies unvollständige oder unrichtige Feststellungen des Sachverhalts sowie Unangemessenheit (Art. 393 Abs. 3 StPO). Nach der zweiten kantonalen Instanz können Zwischenentscheide nur dann an das Bundesgericht weitergezogen werden, wenn sie einen nicht wiedergutmachenden Nachteil bewirken oder die Gutheissung einer Beschwerde einen sofortigen Endentscheid herbeiführen und damit Zeit und Kosten sparen könnte (Art. 93 Abs. 1 lit. a und b BGG). Dies ist zwar einschränkend, lässt aber immerhin die Beschwerde zu bei der Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft (Art. 220 ff. StPO), bei Zwangsmassnahmen wie Beschlagnahmen (Art. 263 StPO), Nichtzulassung einer Person als Partei oder Verweigerung der amtlichen Verteidigung (Art. 132 StPO) sowie bei einem nicht gewährten Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 168 ff. StPO). Nach Erhebung der Anklage – im gerichtlichen Hauptverfahren (Art. 324 ff. StPO) – ist der Spielraum deutlich eingeschränkter, da verfahrensleitende Entscheide nicht mehr mit Beschwerde und damit abgewiesene Anträge erst mit dem Sachentscheid angefochten werden können (Art. 393 Abs. 2 StPO). Bei abgewiesenen Verfahrensanträgen ist deshalb ein Rechtsmittel vor allem im Vorverfahren, sicherlich an kantonale Beschwerdeinstanzen, möglicherweise auch ans Bundesgericht, stets in Erwägung zu ziehen. Mutmasslich liegt bisher viel ungenutztes Potential brach.

Dies ist anders bei Beweisanträgen: Die Schweizerische Strafprozessordnung kennt kein rechtlich belastbares Beweisantragsrecht der Verteidigung, was einen ihrer grössten rechtsstaatlichen Mängel darstellt. Die Möglichkeit, entlastend mitzuwirken, wird dadurch für beschuldige Personen und Verteidigung markant limitiert. Art. 394 lit. b StPO schraubt die Hürde, einen abgelehnten Beweisantrag im Vorverfahren mit einem Rechtsmittel zu überprüfen, enorm hoch: Dies ist nur dann möglich, wenn ein Rechtsnachteil droht, falls der Beweis nicht sofort abgenommen wird. Die Rechtsprechung nimmt überdies einen solchen Nachteil nur in Extremfällen an, so dass abgelehnte Beweisanträge im Vorverfahren im Ergebnis kaum je rechtsmittel-fähig sind. Faktisch führt dies dazu, dass es der Verteidigung verunmöglicht wird, den Tatverdacht frühzeitig zu berichtigen; weshalb dieser reproduziert und zementiert zu werden droht. Die Thematik wird auf das gerichtliche Hauptverfahren vertagt, das zur Rarität verkommen ist. Ein von der Staats-

anwaltschaft abgelehnter Beweis Antrag präjudiziert rechtstatsächlich vielfach den späteren Gerichtsentscheid. Die umsichtige Verteidigung muss sich deswegen im Vorverfahren recht oft sogar die Frage stellen, ob sie einen Beweis Antrag einbringen will oder ob dieser deshalb kontraproduktiv wirkt, da ein Rechtsmittel gegen dessen Ablehnung meist nicht möglich ist. Und sehr oft stehen beschuldigte Person und Verteidigung nach abgelehnten Beweis Anträgen ohnehin vor dem Dilemma, ob sie einen nicht allzu ungünstigen Strafbefehl beziehungsweise eine einigermaßen akzeptable Einigung im abgekürzten Verfahren akzeptieren müssen oder ob sie ein gerichtliches Hauptverfahren riskieren sollen; vor allem dann, wenn selbst bei Abnahme des Beweises der Ausgang schwer prognostizierbar ist. Diese gesetzliche Anlage unterminiert faktisch das Recht auf Verteidigung, indem die Möglichkeit, aktiv eine entlastende Strategie zu verfolgen, stark eingeschränkt wird.

Auch im Hauptverfahren gibt es gewichtige Grenzen des Beweis Antragsrechts. Diese finden sich wiederum in Art. 139 Abs. 2 StPO: Über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, wird in dem Stadium nicht mehr Beweis geführt. Und selbst im Hauptverfahren darf das Gericht einen Beweis Antrag in antizipierter Beweiswürdigung ablehnen (Art. 139 Abs. 2 StPO). Die Verteidigung kann das Gericht zudem nicht sofort mit einer Beschwerde zwingen, einen Beweis erstmals oder nochmals abzunehmen. Lehnt das Sachgericht einen Beweis Antrag ab, so ist dieser Entscheid nur zusammen mit dem Sachentscheid anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO).

Zusammenfassend präsentiert sich die Ausgangslage bezüglich der Rechtsmittel sehr unterschiedlich: Bei abgelehnten Beweis Anträgen wird die Verteidigung stark eingeschränkt und es ist viel eher von einem Recht auf Beweis Anregung statt einem bestandfesten Beweis Antragsrecht zu sprechen. Bei sonstigen Verfahrenshandlungen und Verfügungen, vor allem im Vorverfahren, hat sie dagegen deutlich mehr Spielraum.

f) Zwischenfazit

Führt man die Ausführungen zusammen, ergibt sich folgendes Bild: Die Verteidigung hat mittels Sachbeweiskontrolle, Sachbeweiserhebung, Mitwirkung an Einvernahmen, Beweis- und Verfahrensanträgen einen beträchtlichen Spielraum, entlastend am Verfahren mitzuwirken. Das Potential bleibt indessen zu oft ungenutzt. Die Verteidigung ist bisweilen zu passiv, müsste vermehrt proaktiv und nicht reaktiv handeln. Das ist im hektischen Berufsalltag nicht immer leicht einzulösen; weil es mehr Zeitressourcen bedarf, als sich selbst oft zugestanden werden. Aktives Handeln ist mit Angst vor Fehlern verbunden; einen Umgang damit zu finden, ist anspruchsvoll. Nicht zu-

letzt behandelt die hiesige Literatur und Weiterbildung das Thema Verteidigung als «Beibringerin entlastender Umstände» stiefmütterlich. Die vorliegenden Ausführungen sind als erste Anregung zu verstehen. Sämtlichen Verteidigerinnen und Verteidigern obliegt es künftig in Einzelfällen wie in grundsätzlichen Überlegungen, sich ihrer Entlastungsfunktion vertiefter anzunehmen und die Belastungsperspektive gründlicher zu hinterfragen.

6. Résumé

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verteidigung in mannigfaltiger Art und Weise auf das Beweisergebnis Einfluss nehmen kann, indem sie Beweisaufnahmen und Beweisverwertungen dauerhaft beziehungsweise temporär verhindert oder entlastende Umstände beibringt. Ihr konkreter Spielraum hängt von vielen Faktoren ab; wobei nebst dem Engagement der Verteidigung vor allem die Persönlichkeit des Mandanten sehr wichtig ist. Wie dieser auf eine allfällige Untersuchungshaft reagiert, ob und wie weit er sich zu seinem Aussageverhalten beraten lässt, wie gross sein Kampfgeist effektiv ist, spielt in vielen Fällen *die* entscheidende Rolle. Die Vertrauensbeziehung von beschuldigter Person zur Verteidigung kann indessen ebenfalls nicht hoch genug eingeschätzt werden: Fürsorge und Beratung im Innenverhältnis legen damit die Basis für ein sinnvolles Wirken der Verteidigung im Aussenverhältnis.

Die Anlage jedes Strafverfahrens variiert stark und ist von zahlreichen, mitunter sehr zufälligen Einflüssen geprägt. Durchaus ähnliche Fälle können sehr unterschiedlich verlaufen, wobei dies von Verschiedenem, vielfach auch Persönlichem abhängt. Wer die Privatklägerschaft vertritt, welche Polizistin Einvernahmen führt, wer verteidigt und welcher Sachverständige eingesetzt wird, prägt ein Verfahren mehr, als Laien und Berufsanfängerinnen ahnen; ihr Glauben an den Rechtsstaat litte bei effektiver Kenntnis der vollen Tragweite solcher Zufälligkeiten sehr. Bei zahlreichen Verteidigern machen sich nach längerer Berufsausübung Zweifel breit, inwiefern Verfahrensverläufe effektiv abschätzbar sind. Die Überzeugung, analoge Fälle führten stets zu ähnlichen Resultaten, kommt ihnen, ausser in standardisierten Konstellationen wie bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittel- oder Strassenverkehrsgesetz, tendenziell abhanden. Dies liegt unter anderem daran, dass die das Strafverfahren immer mehr prägenden konsensualen Elemente eine rechtsgleiche Praxis unterminieren. Da spielen die finanziellen, intellektuellen und psychosozialen Möglichkeiten des Beschuldigten eine überproportionale Rolle, die sich kaum mit der das Strafrecht an sich weiterhin prägenden *Offizialmaxime* (Art. 6 StPO) vereinbaren lässt. Strafverfahren und ihre

gesetzlichen Grundlagen sind deshalb auch hierzulande nicht zu-, sondern abnehmend interessenneutral und rechtsgleich. Sie wirken sich faktisch unterschiedlich aus, zum einen nach recht zufälligen Einzelfallverläufen, zum anderen vor allem nach sozialer und ökonomischer Stellung der beschuldigten Person. Strafverfahren lassen deshalb, entgegen einer unter Laien wie Juristen verbreiteten Annahme, vorbestehende soziale Merkmale der Beschuldigten nicht aussen vor, sondern sie reproduzieren und zementieren diese Ungleichheiten über weite Strecken.

VII. Massarbeit im Einzelfall: Ringens um den Sachverhalt, rechtliche Argumente und Storytelling

1. Nochmals: Was ist eine kluge, einzelfallangepasste Verteidigungsstrategie?

Das vorangehende Kapitel mag die Leserin tendenziell mit dem Eindruck zurücklassen, im Kern gehe es bei der Strafverteidigung im Aussenverhältnis vor allem um ein reines Ringen bei der Erstellung des massgeblichen Sachverhalts. Welche Tatsachen erhoben werden, ob sie kritisch hinterfragt werden, sei zentral, alles andere sei sekundär; wobei formell- und materiellrechtliche Kenntnisse für die Beweisaufnahme durchaus wichtig seien, da das materielle Recht den Rahmen des massgeblichen Sachverhalts und das formelle Recht die Grenzen der zulässigen Beweiserhebung setze. Und tatsächlich: Verteidigen hat viel mit Faktenhaarspalten, Zweifeln und Kritisieren an Sachverhalten zu tun. Diese akribische Arbeit bleibt unverzichtbar; es bedarf viel Biss und Sitzleder, Sachverhalte tatsächlich und rechtlich zu hinterfragen und zu entkräften.

Es griffe aber zu kurz, die Verteidigung darauf zu reduzieren und die strategisch-taktische und narrativ-rhetorische Dimension ihrer Tätigkeit zu unterschätzen. Im Vorverfahren treten diese Aspekte oftmals noch etwas weniger offenkundig zutage als im Hauptverfahren; dies heisst aber nicht, dass nicht bereits bei der Beweisaufnahme im Vorverfahren immer wieder der Fall strategisch auf mögliche Verläufe hin zu durchdenken sei und die rhetorische Aufbereitung des Verteidigungsstandpunkts keine Rolle spiele. Zwar geht es im vorangehenden Kapitel schwergewichtig um das Vorgehen der Verteidigung im Vorverfahren; aber eben nicht ausschliesslich, denn auch im Hauptverfahren sind Einflüsse auf die Beweisaufnahme möglich. Das vorliegende Kapitel behandelt zentral das Haupt- und Rechtsmittelverfahren, bei welchen

rechtliche und vor allem narrative Fragen noch mehr ins Zentrum rücken; es ist durchaus auch für das Vorverfahren relevant. Das kluge Vorgehen im Vor- und im Hauptverfahren sind miteinander verzahnt und lassen sich daher nicht trennen. In einem frühen Verfahrensstadium wird oftmals strategisch gesät, was später geerntet wird. Die Arbeit der Strafverteidigung besteht im Kern deshalb darin, durchgehend zwischen der tatsächlichen und der juristischen Ebene hin- und herzupendeln, sich dabei überdies konstant zu überlegen, wann und wie Interventionen strategisch klug einzubringen sind. Mithin ist sich stets zu fragen, was jetzt in diesem Moment indiziert ist, sich aber gleichzeitig den (potentiellen) Längsfallverlauf vor Augen zu halten. Strategisch denken heisst, das ganze Verteidigungsvorgehen in einem schlüssigen Sinnzusammenhang zur maximalen Interessenwahrung für den konkreten Klienten mit seinem individuellen Prozessziel zu rücken.

Tatsächliche und rechtliche Argumente sind narrativ so aufzubereiten, dass sie durch Staatsanwaltschaften im Vorverfahren und danach durch Gerichte rezipiert werden; das heisst, sie dürfen weder zu früh noch zu spät und müssen überdies in der richtigen Tonlage präsentiert werden. Dies wurde bislang eher *en passant* erwähnt, ist allerdings zentral. Denn Menschen erschliessen sich die Welt in Geschichten und weit weniger rational als vielfach angenommen. Staatsanwaltschaftliche und richterliche Entscheidungen gründen nicht nur auf rein juristischen und sachlich-faktischen Argumenten, sondern auch auf ihrem subjektiv gefärbten Bild des Falls. Auf dieses darf und soll die Verteidigung mit einer eingängigen Darstellung Einfluss zu nehmen versuchen. Damit ist nicht eine simple Stimmungsmache gemeint. Es ist aber zwingend, dass gute Argumente in einer verdaulichen Art und Weise schriftlich wie mündlich präsentiert werden und so dem Vorwurf der Strafverfolgung ein juristisch und tatsächlich plausibler Standpunkt der Verteidigung entgegengesetzt wird. Als Prüfstein, ob dieser präsentabel genug ist, mag Folgendes dienen: Kann einer Bürokollegin die eigene Fallvignette nicht in wenigen Sätzen erklärt werden, so hat sie die Verteidigung noch zu wenig durchdacht und muss daran schleifen. Es geht nicht darum, hernach der Justiz diese so eins zu eins zu präsentieren; das wäre deutlich zu plump. Viel mehr dient ein solcher Plot als gedanklicher Ausgangspunkt, an dem sich fortan bei der internen Selbstkontrolle jede mündliche oder schriftliche Äusserung der Verteidigung zu messen hat.

Die auf rationale Rechts- und Faktenanalyse abzielende juristische Ausbildung vernachlässigt solche Aspekte weitgehend. Deshalb widmen sich nachfolgende Ausführungen bewusst lang dem Beispiel des Plädoyers, da dieses die narrative Dimension der Verteidigung idealtypisch verkörpert. Es kommt dazu, dass Plädieren ein zentrales Stück Rechtskultur darstellt und

allein deshalb nicht unterschätzt werden sollte. Dabei ist zu erörtern, wie sich das Plädoyer in die gesamte Verteidigungsgeschichte und Verteidigungsstrategie einzufügen hat. Denn ab dem Hauptverfahren spielt, wie mehrfach erwähnt, die Beweisaufnahme als solche eine geringere Rolle; zentraler wird da die rechtliche und tatsächliche Interpretation der erhobenen Tatsachen, wobei deren Aufbereitung eine wichtige Rolle spielt. Überdies lassen sich viele Ausführungen zur narrativen Funktion des Plädoyers sinngemäss auf sämtliche anderen Eingaben, sei es im Vorverfahren wie im gerichtlichen Haupt- oder im Rechtsmittelverfahren, übertragen.

Welches Gewicht im Einzelfall rechtliche, tatsächliche oder narrative Vorbringen haben, variiert und lässt sich nicht abstrakt sagen. Dies fordert der Reflexion, aber auch der Intuition, was es im konkreten Vorgehen bedarf und welche Dosis an rechtlicher, tatsächlicher oder rhetorischer Ingredienz Sinn macht. Wohl die wichtigste Voraussetzung ist die Kunst, sich in der konkreten Situation auf die zentralen Aspekte zu konzentrieren und den Rest gezielt zu vernachlässigen. Eine solche Intuition basiert zwar auf reflektiertem Handlungs- und Erfahrungswissen, lässt sich aber, anders als oft behauptet, gezielt trainieren; im Kern bedingt dies eine gute Introspektion, was sich die Verteidigung bislang wegen der raren strukturierten Fortbildungen, die sich solchen Themen widmen, auch ausserhalb der üblichen beruflichen Sozialisationsfelder erschliessen muss. Neben dieser Fremd- und Selbstwahrnehmung, sind der Biss und die Bereitschaft, optimale Lösungen zu suchen, sich für seine Fälle Zeit zu nehmen und sich nicht vorschnell zufriedenzugeben, weitere Voraussetzungen, damit für jeden Fall aufs Neue laufend eine optimale Strategie entworfen und bei veränderten Umständen angepasst wird.

2. Das Plädoyer zwischen strafprozessualer Denkmalpflege und wirkungsvollem Verteidigungsinstrument

a) Ausgangspunkt

Die meisten Laien stellen sich den Anwalt als plädierenden Verteidiger vor. Dies ist schon deshalb nicht so, weil sich die wenigsten Anwälte im Schwerpunkt der Strafverteidigung widmen. Zudem verliert wie erwähnt das gerichtliche Hauptverfahren zunehmend an Bedeutung. Nichtsdestotrotz macht es Sinn, sich vorliegend Gedanken über das Plädoyer der Verteidigung vor Gericht zu machen. Zum einen, weil gerichtliche Hauptverfahren nach wie vor doch noch mehr Chancen für die Verteidigung beinhalten, als manche Zyniker behaupten. Zum anderen, weil sich nirgends die hierzulande unterschätzte narrative Dimension der Strafverteidigung derart prägnant

festmachen lässt. Sodann hängt die Entstehung der Rhetorik im 5. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung eng mit der Form des griechischen Gerichtsprozesses zusammen: Der Redner musste seine Sache vor 201 bis 1501 Personen selbst vortragen; anwaltliche Vertretung war nicht zulässig. Die Richter waren Laien und juristisch nicht geschult. Es gab keine Beratung des Gerichts zur Urteilsfindung, sondern bloss eine Abstimmung zu den gestellten Anträgen der Parteien. Unter diesen Voraussetzungen kam dem Stil der Rede eine besondere Bedeutung zu. Es erstaunt daher nicht, dass dies einen Berufsstand von professionellen Rhetoren nach sich zog, die für Prozessparteien einen Vortrag ausarbeiteten, den diese sodann auswendig lernten. Und selbstverständlich wurde deren Wissen zunehmend systematisiert und unterrichtet. Rhetorik blieb fortan bis in die Neuzeit propädeutische Disziplin jeden Studiums und damit prägend für sämtliche abendländischen Wissenschaften; die tiefen historischen Schichten der neuzeitlichen Jurisprudenz gründen zumindest in dieser indirekten Form auf dem griechischen Prozess.

b) Bedeutung des Plädoyers

Auch im US-amerikanischen Geschworenengerichtsprozess kommt dem Plädoyer eine zentrale Bedeutung zu – wenn wohl nicht ganz so stark, wie es Hollywood glauben lässt. In Deutschschweizer Gerichtssälen geht es dagegen mentalitätsbedingt meist nüchtern zu und her; der Verteidiger als brillanter Rhetor ist eine Rarität. Dies liegt neben dem verbreitet schwerfälligen Umgang mit dem mündlichen Vortrag vor allem daran, dass die strafrechtliche Hauptverhandlung nicht nur eine statistisch, sondern aufgrund der (sehr) begrenzten Unmittelbarkeit (Art. 343 StPO), auch real eine deutlich geringere Rolle spielt als in anderen Prozessordnungen. Das Gericht kennt die Akten, bereitet sich eingehend auf das Verfahren vor und bildet sich bereits vor der Verhandlung profund eine Meinung; die Beweise wurden im Vorverfahren zum allergrössten Teil bereits aufgenommen.

In aller Regel läuft ein ordentliches gerichtliches Hauptverfahren ungefähr wie folgt ab: Nach Erhebung der Anklage wird das Verfahren beim Gericht rechtshängig (Art. 328 StPO). Das Gericht prüft, ob Anklageschrift und Akten ordnungsgemäss erstellt sind, Prozessvoraussetzungen gegeben sind oder Verfahrenshindernisse bestehen, bereitet sodann die Hauptverhandlung vor und setzt für diese einen Termin an (Art. 329 ff. StPO). Es setzt den Parteien zudem vorgängig Frist für Beweisanträge an (Art. 331 Abs. 2 StPO); wobei diese nicht nur zu diesem Zeitpunkt, sondern auch noch an der gerichtlichen Hauptverhandlung vorgebracht werden können (Art. 331 Abs. 2 StPO). Das Gericht darf überdies mit den Parteien zu organisatorischen Fra-

gen sogenannte Vorverhandlungen anberaumen, was aber in der Praxis selten vorkommt (Art. 332 StPO). Weit öfter macht das Gericht davon Gebrauch, der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Änderung oder Erweiterung der Anklage zu geben, wenn es diese als ungenügend erachtet (Art. 333 StPO); der Prozessstoff wird daher nicht so strikt fixiert, wie dies bei der Verwirklichung eines konsequenten Anklageprinzips der Fall wäre. Oder das Gericht überweist den Fall an ein anderes Gericht; beispielsweise überweist ein Einzelrichter an ein Kollegialgericht, wenn er der Ansicht ist, entgegen der Anklage komme eine schärfere Strafe in Betracht, als es in seiner Spruchkompetenz liege (Art. 334 StPO). An der Hauptverhandlung selber wird – nach der Behandlung von sogenannten Vor- und Zwischenfragen, welche formale Fragen wie die Gültigkeit der Anklage, Prozessvoraussetzungen, Verfahrenshindernisse, die Öffentlichkeit oder Zweiteilung des Verfahrens sowie die Rechtmässigkeit von Akten und Beweisen betreffen (Art. 339 StPO) – das Beweisverfahren durchgeführt (Art. 341 ff. StPO). An sich wäre es möglich, vor Schranken von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei sämtliche denkbaren Beweise erstmals oder nochmals abzunehmen. In der Praxis reduziert sich das Beweisverfahren zwar meist auf die Befragung der beschuldigten Person und werden eher selten noch andere, entscheidende Zeugen, allenfalls noch ein sachverständiger Zeuge einvernommen. Immerhin lässt sich aber auch beobachten, dass das Bundesgericht einer zu starken Entwicklung in Richtung eines reinen Aktenprozesses doch eine Absage erteilt hat und beispielsweise bei reinen Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen grundsätzlich auf einem Zeugnis vor Gericht besteht. In jüngerer Zeit nehmen daher möglicherweise Beweisabnahmen vor Schranken wieder leicht zu. Im Anschluss an die Beweisverhandlung kommt es dann zu den Parteivorträgen (Art. 346 StPO), zuerst der Staatsanwaltschaft, wenn sie denn anwesend ist, was sie grundsätzlich nur bei einem Antrag auf eine Freiheitsstrafe ab einem Jahr, auf eine freiheitsentziehende Massnahme oder auf Geheiss des Gerichts sein muss (Art. 337 StPO). Hernach plädieren Privatklägerschaft sowie Dritte, welche von einer Einziehung betroffen sind; erst danach die Verteidigung oder die beschuldigte Person selbst, wenn sie nicht professionell vertreten wird (Art. 346 StPO).

Die Verteidigungsrede kommt daher spät, oft zu spät, um etwas Machentscheidendes zu bewegen. In der Schweiz plädiert man überdies meistens vor Berufsrichtern. Cicero mag für das alte Rom Recht haben, dass in der Gerichtsrede der brillante Redner ohne jede Rechtskenntnis wesentlich weiterkomme als der akribische Jurist ohne rhetorische Fähigkeiten. Hierzulande zeichnet sich die gute Strafverteidigung wie gezeigt nicht primär durch ihre forensische Eloquenz aus.

Es wäre aber verfehlt, einem guten Plädoyer jede Wirkung abzusprechen. Mit der überzeugenden Rede wird allerdings (meist) nur noch geerntet, was vorher mittels der durchdachten Strategie, vor allem im Vorverfahren, gesät worden ist. Ein gutes Plädoyer kann daher durchaus ein Gericht noch beeinflussen und etwas auslösen, wobei längst nicht jeder gute Parteivortrag etwas bewirkt. Oft werden die mit Bedacht gewählten Worte freundlich zur Kenntnis genommen, doch im Ergebnis ignoriert, selbst wenn Strategie und Vortrag der Verteidigung exzellent sind. Weil dies allerdings nicht immer so ist, lohnt es sich doch, darüber nachzudenken, was denn eigentlich ein gutes Plädoyer ausmacht. Es kommt dazu, dass Hauptverfahren öffentlich sind. In manchen Strafprozessen nehmen Zuschauerinnen und Presse teil; die Wirkung des Vortrags auf diese Drittpersonen sollte ebenfalls miteinbezogen werden, sofern die eigene Mandantin dem eine Bedeutung zumisst. Bei aufsehenerregenden Prozessen, beispielsweise mit einer gewissen (rechts-)politischen Bedeutung, ist diese Dimension des Plädoyers keinesfalls zu unterschätzen; der anwaltliche Parteivortrag richtet sich dann nicht nur ans Gericht, sondern auch an die Öffentlichkeit, was einen anderen rhetorischen Zugang bedingt als in Standardfällen. Indessen ist dabei auch gut abzuwägen, dass ein Plädoyer für die Galerie die Strafjustiz als Protagonistin auch unnötig verärgern kann. Nicht zuletzt ist für die meisten Beschuldigten die Rede ihrer Verteidigung fast immer emotional sehr wichtig; sich da als Anwältin über die rein verbale Ebene mit einem engagierten Auftritt einzubringen, gebietet daher auch die Fürsorgepflicht. Adressat des Plädoyers ist nicht nur das Gericht, sondern der Mandant, der in seiner existenziellen Ausnahme-situation mit Herzblut verteidigt sein will.

c) Das Plädoyer als Bestandteil der Verteidigungsstrategie

Ein gutes Plädoyer zeichnet sich dadurch aus, dass es in eine in sich stimmige Verteidigungsstrategie eingebettet ist, die in partnerschaftlicher Absprache mit der Klientin er- und überarbeitet wurde. Was im Verlauf des Vorverfahrens respektive des Hauptverfahrens angelegt worden ist, findet da seinen Abschluss. Entgegen der Filmvorlage sind grundlegende Überraschungen in der Verteidigungsrede meist keine gute Idee; das Gericht bewertet es eher positiv, wenn es weiss, womit ungefähr zu rechnen ist, und allenfalls in Details noch Neues erfährt. Eine Ausnahme ist allenfalls dann gegeben, wenn Verletzungen von Konfrontationsansprüchen erst im Plädoyer vorgebracht werden, damit das Gericht nicht im Vorfeld den nötigen Zeugen vorladen kann. Oder wenn eine wirklich massive Verletzung des Anklagegrundsatzes (Art. 325 StPO) erst im Parteivortrag moniert wird, damit das Gericht die An-

klage nicht im Vorfeld zur Hauptverhandlung zurückweist (Art. 333 StPO). Aber auch das kann sich als Bumerang erweisen und das Gericht unnötig verärgern; es bedarf daher guter taktischer oder sogar strategischer Gründe für ein solches Vorgehen.

Ein gutes Plädoyer ergibt sich daher meistens aus der strategischen Verteidigungsarbeit während des ganzen Verfahrens. Dies lässt sich exemplarisch am zentralen Zeitraum zwischen Anklageerhebung und Beginn des Hauptverfahrens verdeutlichen (Art. 324 ff. StPO). Die Vorbereitung des Hauptverfahrens sollte sozusagen am Tag des Eingangs der Anklage beginnen; denn diese bedarf ausreichender Zeit. Auch wenn die Praxis des schweizerischen Strafverfahrens ein echtes Anklageprinzip nicht verwirklicht hat und allzu grosszügig nachträgliche Berichtigungen der Anklage mit Rückweisungen, Ergänzungen und Berichtigungen zulässt (Art. 333 StPO), ist die Anklageschrift doch ein Schlüsseldokument. Es beinhaltet in aller Regel zahlreiche Anhaltspunkte für die Verteidigung: Da wird der Tatverdacht rechtlich und tatsächlich zum strafrechtlichen Vorwurf gebündelt, weshalb man diesen Text minutiös, Satz für Satz und wiederholt lesen muss. Dabei sind nicht nur die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt der Anklageschrift zu prüfen (Art. 325 StPO). Vielmehr ist stets der Abgleich zu tätigen, was sich effektiv aus den Akten ergibt und was entkräftet werden kann, wo ein wunder Punkt in der Anklage liegt und wie beziehungsweise wann man den Finger am besten darauf hält.

Geht es nur um die Strafzumessung einer geständigen Beschuldigten, hat die umsichtige Verteidigung bei der Vorbereitung eingehend mit der Mandantin diskutiert, was diese bei den gerichtlichen Befragungen zur Person und Motivlage deponiert, und achtet darauf, dass dies wann immer möglich an ein früheres Geständnis anschlussfähig ist. Im Vortrag wird dies dann aufgegriffen und in (Lebens-)Zusammenhänge verortet. Optimal ist sodann, wenn die eigene Klientin die Ausführungen der Verteidigung in dem an die Parteivorträge anschliessenden sogenannten letzten Wort der beschuldigten Person (Art. 347 Abs. 1 StPO) selber nochmals in einem oder zwei Sätzen glaubwürdig aufgreift. Nach Möglichkeit hat man sich in diesen Fällen vor der Gerichtsverhandlung mit der Privatklägerschaft bereits über die Höhe der Zivilansprüche geeinigt und sich schriftlich entschuldigt; das erlaubt der Verteidigung, glaubwürdiger auf die Reue des Beschuldigten hinzuweisen.

Bei einer Freispruchverteidigung ist es vielfach sinnvoll, sogar weit früher, mithin bereits im Vorverfahren – etwa im Rahmen von Beweisanträgen oder Haftentlassungsgesuchen –, eine Art Gegendarstellung zur Untersuchungshypothese zu platzieren oder zumindest anzutippen. Auch rechtliche Einwendungen zur Beweisaufnahme vor allem im Vorverfahren spüren die

Beweiswürdigung im Plädoyer oft vor. Nach Eingang der Anklage ist zudem in Erwägung zu ziehen, ob man dem Gericht ein *opening statement* als Gegenklärung einreicht, um der Anklage als Anker vor Beginn des Hauptverfahrens etwas entgegenzusetzen. Eine solche Verteidigungsschrift kann beispielsweise in Beweisanträge oder einen Antrag auf Schuldinterlokut verpackt werden, wenn hierzu Frist angesetzt wird (Art. 332 Abs. 2 StPO).

In der Schweiz ist ein reines *opening statement* eher unüblich. Um zumindest ansatzweise dem Ankereffekt der Anklage etwas entgegenzutreten, müsste dies weit mehr gemacht werden. Eine solche Rechtsschrift kann unterschiedlich ausgestaltet sein. In manchen Fällen drängt es sich auf, eine andere Geschichte als die Anklage vorzubringen; in anderen Fällen kann man einen schwachen Punkt im Anklagefundament herausgreifen und dies mit einem Beweisantrag verbinden; in dritten Fällen mag eine summarische oder eingehende Beweiswürdigung, allenfalls unter Hinweis auf eine Unverwertbarkeit oder die Verletzung eines Konfrontationsanspruchs, bereits in diesem Stadium sinnvoll sein. Solche Eingaben in einem früheren Zeitpunkt als der eigentlichen Verteidigungsrede können einen guten Boden für einen Freispruch bereiten; das Plädoyer allein reisst jedenfalls meist nicht das Steuer herum. Ein guter Verteidigungsvortrag wurde daher bereits im Verlauf des Vorverfahrens und nach Eingang der Anklage vorbereitet und gleichsam präformiert, weicht aber doch zumindest in der Wortwahl so markant von früheren Eingaben ab, dass er nicht repetitiv wirkt.

Anders präsentiert sich einzig die Ausgangslage, wenn die Anwältin erst kurz vor Hauptverhandlung nach Abschluss des Vorverfahrens mandatiert werden soll. Die Übernahme einer solchen Verteidigung ist wohl zu überlegen. Gerade bei grösseren Verfahren ist ernsthaft abzuwägen, ob die nötige Vorbereitung inklusive des Aktenstudiums, der Strategieentwicklung und der Rechts- wie Sachverhaltsabklärungen in der konkret zur Verfügung stehenden Zeit leistbar ist. Zu bedenken ist überdies, dass eine Verteidigungsstrategie in dem Zeitpunkt meist nicht gleichermassen gut entworfen werden kann. In aller Regel empfiehlt es sich, die Anklage und allenfalls auch die Akten zuerst eingehend zu studieren, bevor man das Mandat definitiv übernimmt.

d) Unterschiedliche kantonale Kulturen

Die forensischen Kulturen in der Schweiz unterscheiden sich trotz vereinheitlichter Strafprozessordnung nach wie vor beträchtlich. Bei der Verteidigungsrede kommt dies besonders zum Ausdruck: Mancherorts wird in Dialekt plädiert, anderorts in Hochdeutsch. In einigen Kantonen stellt die Verteidigung zu Beginn, anderorts am Ende ihre Anträge. Manche kantonalen

Gerichte erwarten geradezu, dass man eine schriftliche Fassung des Plädoyers zu den Akten reicht, an anderen Orten gibt es beinahe einen Zwang zum freien Sprechen. Und wie präzise und wortgetreu die Ausführungen der Verteidigung protokolliert werden, hängt nicht nur von den lokalen Gepflogenheiten, sondern vor allem von der Qualität des Gerichtsschreibers ab, auch wenn an sich unumstritten ist, dass sowohl Anträge wie Begründung möglichst präzise zu protokollieren sind (Art. 76 StPO). Die Verteidigung ist jedenfalls relativ oft bei der nachträglichen Lektüre des Protokolls erstaunt, was sie gesagt haben soll. Sie tut daher gut daran, die unterschiedliche Aufzeichnungsqualität und den Lokalkolorit bei ihren Überlegungen zur Form des Plädoyers zumindest mitzubedenken.

e) Freie Rede oder schriftlich verfasstes Plädoyer?

Für das frei vorgetragene Plädoyer in Dialekt oder Hochdeutsch spricht die Lebendigkeit; man kann weit besser auf den Verlauf des Hauptverfahrens und die Stimmung im Gerichtssaal eingehen. Eine Rede ist keine Schreibe. Freies Reden ist immer dann in Erwägung zu ziehen, wenn der Sachverhalt oder die Rechtsfragen bei einer Freispruchverteidigung wenig komplex sind beziehungsweise es stark auf emotionale Momente ankommt.

Dies gilt umso mehr, wenn man eine geständige Beschuldigte vertritt und nur noch die Strafzumessung strittig ist, geht es doch da – trotz zunehmend präziseren Strafzumessungsregeln – wesentlich darum, das Gericht auch auf der emotionalen Ebene zu erreichen. Die technische Strafzumessung, Schuldmilderungs- und Strafschärfungsgründe kennt das Gericht aus dem Effeff; entscheidend ist daher, wie die einzelnen Kriterien bewertet werden, und hierfür ist die Stimmung im Gerichtssaal zentral. Ziel der Verteidigung bei einem Strafzumessungsplädoyer muss sein, den Menschen hinter der Rolle des Beschuldigten dem Gericht näherzubringen und ihm ein individuelles Gesicht zu geben. Das Recht enteignet die Farben der Lebenswelt und reduziert diese auf graue, förmliche Tatbestände. Der Verteidigung obliegt bei der Strafzumessung dagegen, der einzigartigen Geschichte der Mandantin zum Durchbruch zu verhelfen. Dies gelingt am besten, wenn man besondere Charakterzüge oder aussergewöhnliche Wegmarken der Biographie, die für die Beschuldigte sprechen und die Tat erklärbar machen, aufzeigen kann, ohne dabei in Gemeinplätze abzugleiten. Das setzt wiederum einen partnerschaftlichen Zugang zur Klientin voraus. Redet man im Gerichtssaal frei und berücksichtigt die Atmosphäre, kann man besser variieren, wie eingehend man beispielsweise den Lebenslauf und die Motivlage der Klientin schildert und was man besonders erwähnt. Weil es bei Strafzumessungsplädoyers entscheidend auf die Person der Beschuldigten ankommt,

ist es zentral, darauf einzugehen, wie sie sich wenige Minuten vor der Verteidigungsrede präsentiert hat, und dies möglichst vorteilhaft in den Vortrag einfließen zu lassen.

Selbstverständlich bedarf auch die freie Rede der eingehenden Vorbereitung; die nötige Spontaneität verunmöglicht einen Masterplan. In schlechten Momenten vergreift sich daher selbst die sprachgewandte Verteidigung bei der freien Rede unweigerlich etwas in der Tonalität. In den allerbesten Momenten dagegen bekommt ein frei vorgetragenes Plädoyer bisweilen den Charakter eines Stücks Belletristik und berührt: Gerichtsverfahren und die Geschichten in und hinter den Straftaten haben vielfach durchaus die Qualität eines Dramas, worauf Vergès zu Recht hinweist. Es kommt daher nicht von ungefähr, sind Strafrecht und Strafprozesse seit der Antike zentrale literarische Topoi.

Anders sieht es dagegen aus, wenn man im Vortrag eine komplexe Beweiswürdigung beziehungsweise schwierige, nichtalltägliche Rechtsstandpunkte vorträgt. Da dürfte es in aller Regel verfehlt sein, keine schriftliche Fassung des Plädoyers in einem erstinstanzlichen Verfahren abzugeben, wenn die lokale Kultur dies vorsieht; der Preis des schwerfälligeren Vorlesens ist zu zahlen. Zum einen ist dies sinnvoll, damit das Gericht in der Beratungspause nochmals die Ausführungen lesen kann; in solchen Konstellationen ist es illusorisch zu meinen, beim Zuhören nähmen die Richter alles auf. Zum anderen plädiert dann die Verteidigung sehr oft nicht nur für die erste Instanz, sondern ebnet auch das Terrain für das Rechtsmittelverfahren; und die zweitinstanzlichen Richter sind auf eine Berufungsverhandlung deutlich besser im Sinne der Verteidigung vorbereitet, wenn sie deren Überlegungen vor erster Instanz möglichst wortgetreu kennen und lesen. Das heisst nicht, dass man sklavisch an den Notizen kleben soll; Bemerkungen ausserhalb der schriftlichen Fassung verträgt es durchaus. Der grösste Teil des Vortrags sollte indes in der Regel in Schriftform zu den Akten gereicht werden.

Bei der Redaktion ist darauf zu achten, eine Verteidigungsrede nicht zu einer Rechtsschrift verkommen zu lassen: Die Sätze im mündlichen Vortrag sollten kürzer und einfach verständlich sein. Daher kann es auch durchaus sinnvoll sein, wenn das Plädoyer nicht selber redigiert, sondern diktiert wird; die Sprache wird so gleichsam von selbst mündlicher. Und es verträgt wegen der Aufnahmefähigkeit der Zuhörer durchaus ein gewisses Mass an Redundanz; eine Konzentration auf das Wesentliche sowie eine stringente Gedankenführung sind umgekehrt aber ebenfalls unabdingbar. Insgesamt müsste man als Generalprobe stets vor dem Spiegel sich selber das schriftlich redigier- te oder diktierte Plädoyer laut vortragen und es danach nochmals überarbei-

ten. Weil wir dies meist aus Bequemlichkeit oder Scham unterlassen, neigen wir alle berufssozialisationsbedingt dazu, statt einer Rede einen Schriftsatz zu verfassen und im Gerichtssaal beim Ablesen dann zu vertrocknen.

f) Das Plädoyer ist kein einseitiges Urteil

Diese Ausführungen zur Form des Plädoyers bei rechtlich komplexen Fragen sollten allerdings nicht missverstanden werden: Rechtliche Darlegungen zu Selbstverständlichkeiten sind verfehlt. Basiswissen aus einführenden Lehrbüchern eingehend vortragen ist ermüdend. Man darf davon ausgehen, dass Richter ihr juristisches Grundhandwerk verstehen. Selbstverständlich ist wichtig, bei der Redaktion rechtlich minutiös zu arbeiten, so etwa zu prüfen, ob Strafanträge gestellt wurden, Prozessvoraussetzungen gegeben sind, das Anklageprinzip eingehalten worden ist oder Beweise verwertbar sind. Sofern man irgendeinen rechtlichen Anhaltspunkt findet, mit welchem man den Klienten mit guten Gründen gegen die Anklage verteidigen kann, sollte man diesen vorbringen. Gleichzeitig ist aufzupassen, nicht mit zahlreichen mittelmässigen Argumenten wirklich gute zu schwächen. Man kann dem Gericht durchaus auch sonst zeigen, dass man die rechtlichen Hausaufgaben gemacht hat, die einschlägige Literatur und die Textbausteine der Justiz kennt, und damit sprachliche und rechtliche Anschlussfähigkeit markieren. Beispielsweise kann man die rechtlichen Erwägungen in eine schriftliche Fassung des Vortrags integrieren, aber allenfalls darauf verzichten, diese zu verlesen. Und aussergewöhnliche oder strittige rechtliche Fragen kann und soll man durchaus diskutieren. Primär mit guten strafprozessualen (formellen) Einwänden, aber durchaus auch mit materiellrechtlichen Erwägungen gelingt es immer wieder, Gerichte in ihrer vorläufigen Meinung zu erschüttern.

Ein gutes Plädoyer der Verteidigung ist allerdings nicht eine Art einseitiges Urteil, sondern etwas anderes: Die Verteidigung darf und muss im Gegensatz zum Gericht die Akten einzig aus *einer* Optik würdigen, mithin thematisch und stilistisch selektiv sein. Die Verteidigung darf an sich durchaus Ausführungen platzieren, von deren Richtigkeit und Wahrheit sie nicht vollständig überzeugt ist. Für die Wirkung der Rede ist es aufgrund nonverbaler Signale indessen von Vorteil, wenn die Verteidigung von ihrem Standpunkt innerlich überzeugt ist. Weniges überzeugt vortragen ist daher immer besser als eine Auswahlendung von Argumenten, an die man selbst nicht wirklich glaubt. Oftmals ist daher bei der Vorbereitung die Entscheidung, was man weglässt, zentraler, als was man vorbringt. Der Papierkorb ist deshalb im Entwurfsstadium oft der beste Freund der Verteidigung – und zwar nicht nur bei der Redaktion des Plädoyers, sondern auch bei jeder anderen Eingabe.

Ein Plädoyer darf im Gegensatz zu einem Urteil daher eine persönliche Note, bewusste Pointen und ein gewisses authentisches Pathos enthalten. Selbst dosiert eingesetzter Humor hat darin Platz, wogegen ironische oder gar sarkastische Bemerkungen grundsätzlich verfehlt sind. Es muss zudem im Aufbau und in der Sprache nicht einem Gerichtsurteil entsprechen. Es drängt sich etwa auf, nicht von der «beschuldigten Person», sondern von Herrn Huber, Frau Lehmann oder meinem Klienten zu sprechen. Deshalb macht es oft auch keinen Sinn, bei der Sachverhaltserstellung den gerichtsüblichen Aufbau in Wiedergabe der Beweise mit anschließender Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern dies nicht derart strikt zu trennen und im selben Teil des Vortrags beides kombiniert vorzutragen. Insbesondere die in vielen Gerichtsurteilen verbreitete seitenlange Wiedergabe sämtlicher Zeugenaussagen in indirekter Rede mit darauffolgender knapper Würdigung aller Aussagen zieht in einer Verteidigungsrede einzig nach sich, dass das Gericht nicht mehr zuhört, weil dies derart langweilig ist. Oft ist es sinnvoll, im Plädoyer Aussagen eines Zeugen zusammenfassend wiederzugeben, aber ausführlicher zu würdigen, als dies in Urteilen üblich ist; manchmal drängt sich schon nur eine Zitation einer Kernstelle auf. So oder anders ist es oft rhetorisch überzeugender, gleich im Anschluss an die deskriptive Wiedergabe der Aussagen bei jedem Zeugen eine Würdigung vorzunehmen oder bereits «würdigend» die Aussagen wiederzugeben. Selbstverständlich ist es in manchen Fällen auch wirkungsvoll, Aussagen einander kontrastierend gegenüberzustellen, wenn sie sich widersprechen.

Bei der Beweiswürdigung sollte man, wann immer möglich, nicht bloss zweifeln und auf den Grundsatz *in dubio pro reo* hinweisen. Dies reicht oft nicht für einen Freispruch, weil Gerichte stark dazu tendieren, eine Anklage mit einem Schuldspruch zu bestätigen. Selbst bei Verletzungen des Anklagegrundsatzes oder von Konfrontationsansprüchen beziehungsweise unverwertbaren Beweisen neigen Gerichte wie erwähnt dazu, Anklagen retten zu wollen, wenn sie emotional von der Schuld des Angeklagten überzeugt sind. Das heisst nicht, dass man solche rechtlichen Einwände nicht vorbringen soll. Sinnvollerweise ist dies, wenn immer möglich, entweder mit einer regelrechten Demontage eines oder mehrerer wesentlicher Pfeiler des Beweisfundaments zu verbinden und/oder eine mögliche (Alternativ-)Geschichte der Ereignisse darzustellen. Dabei macht es Sinn, sich auch mit möglichen belastenden Argumenten auseinanderzusetzen, diese aber zu entkräften. Für Richter ist es in einer psychologischen Perspektive zentral, nicht nur ein rechtlich richtiges, sondern zugleich ein subjektiv gerechtes Urteil zu fällen; die Anwendung der Unschuldsvermutung fällt wesentlich leichter, wenn man sich eine plastische Story vorstellen kann, wie es anders als in der An-

klage dargestellt gewesen sein könnte. Die Verteidigung sollte versuchen, das Gericht mit ihrer Erzählung entsprechend dahin zu führen. Aus all den Gründen ist ein gutes Plädoyer oft einiges knapper und gleichzeitig wesentlich unterhaltsamer als ein Urteil, welches zahlreichen formalen Anforderungen genügen muss.

g) Dauer des Plädoyers

Ein Bonmot besagt, man könne über vieles reden, nur nicht über eine Viertelstunde. Ein Plädoyer der Verteidigung ist notgedrungen meist länger, auch wenn Kürze anzustreben ist. Eine generelle Maximallänge festzulegen, ist heikel; es hängt zu sehr vom Einzelfall ab. Eine der grössten Fallen bei der Vorbereitung ist, dass man alles sagen will, was man schon nur entfernt sagen könnte; eine Beschränkung auf das Wesentliche ist jedoch unumgänglich. Redet man mehr als 45 bis 60 Minuten, bedarf es guter Gründe. Sofern ein Plädoyer mehr als 90 Minuten zu dauern droht, sollte man bei der Vorbereitung ernsthaft Alternativen in Erwägung ziehen und gründlich über den Aufbau und das Vorgehen nachdenken. Eine bisher nicht allzu verbreitete Variante kann sein, dem Gericht vorgängig eine schriftliche Eingabe einzureichen. Wenn man beispielsweise bei einem geständigen Serientief zu den Zivilansprüchen von 26 Privatkägern detailliert mündlich Stellung nehmen müsste, drängt sich auf, dazu eine Eingabe zu verfassen. Das Gericht wird in der Regel erleichtert auf die Verlesung dieser Ausführungen in der mündlichen Rede verzichten und konzentriert sich dann viel besser beim 20-minütigen Strafzumessungsplädoyer, was dem Beschuldigten nur zugutekommen kann.

In grossen, rechtlich komplexen Fällen mit strittigem Sachverhalt bleibt das Problem ungelöst; gelegentlich dauern Vorträge mehrere Stunden. Allenfalls drängt es sich da auf, dem Gericht vorher eine eingehende schriftliche Würdigung der Beweise (ausführliches *opening statement*) einzureichen, mit der Bitte, dass man auf die Verlesung derselben verzichten dürfe. Vor Ort stellt man im mündlichen Vortrag die Sache prägnant dar. Dies geht allerdings nur, wenn an der Verhandlung ausser der Befragung des Beschuldigten keine Beweise abgenommen werden und taktisch nichts dagegenspricht. Patentrezepte gibt es deshalb nicht. Beachten sollte man aber mindestens, dass Zuhörerinnen bei stundenlangen Vorträgen, die abgelesen werden, kaum mehr konzentriert sind. Das Gericht und den Klienten als Adressaten des Vortrags erreicht man dann während der Rede nicht mehr; das narrative Moment des guten Plädoyers geht so definitiv verloren. Zur Schadensbegrenzung sollte die Verteidigung in diesen Konstellationen zumindest alle 60 bis 90 Minuten eine Pause von ein paar Minuten beantragen, um eine minimale Konzentration bei den Zuhörenden sicherzustellen.

h) Eventualanträge?

Auch aus anderen Gründen kann sich die Verteidigung manchmal nicht des Eindrucks erwehren, ihrer Rede werde von der Justiz oft nicht eine allzu grosse Bedeutung beigemessen. Dies zeigt sich beispielsweise bei einem vorangehenden Antrag auf ein sogenanntes Schuldinterlokut (Art. 342 Abs. 1 StPO). Für die Verteidigung stellt sich oft die knifflige Frage, ob sie Eventualanträge stellen soll. Insbesondere die Thematik, ob sie sich bei einem Freispruchplädoyer zu einer allfälligen Strafzumessung äussern soll, wird kontrovers diskutiert; denn Ausführungen «für den Fall, dass...» stehen immer im Widerspruch zum Hauptstandpunkt und drohen diesen zu unterminieren. Die Verteidigung kann dieser Situation grundsätzlich zu begegnen versuchen, indem sie einen Antrag auf Schuldinterlokut stellt, wenn die Anklage nicht anerkannt wird. Dabei kann man sich durchaus fragen, ob nicht bereits ein solcher Antrag auf ein Schuldinterlokut unbewusst beim Gericht als Zeichen interpretiert werden kann, die Verteidigung rechne mit einem Schuldspruch. Die erstinstanzlichen Gerichte sollten deshalb an sich von Amtes wegen ein Schuldinterlokut anordnen (Art. 342 Abs. 1 StPO). Die Praxis ist indessen weit davon entfernt, da vielfach (sogar manchmal bei einer massiven Strafdrohung) die Zweiteilung der Hauptverhandlung selbst auf Antrag hin nicht gewährt wird. Obschon es nicht einmal einen zeitlichen Mehraufwand nach sich zieht, wenn die Frage der Strafzumessung unmittelbar nach einer Beratung über Schuld und Unschuld, das heisst am selben Tag wie der Schuldpunkt, verhandelt wird. Die Verweigerung des Schuldinterlokuts schwächt dagegen umgekehrt die Verteidigungsrechte deutlich, weil man sich in einem Freispruchplädoyer für oder gegen Eventualanträge entscheiden muss und so oder anders den Klienteninteressen potentiell zuwiderhandelt. Die bisherige, verbreitete Praxis zeigt eine Geringschätzung der Verteidigungs- und Beschuldigtenrechte und stützt sich auf keine guten rechtlichen Gründe; zumal in der Literatur strittig ist, ob die Verteidigung unter bestimmten Umständen sogar einen Eventualstandpunkt zum Strafmass vortragen *muss*, selbst wenn sie im Hauptstandpunkt auf Freispruch plädiert.

Sofern, wie heute üblich, kein Schuldinterlokut von Amtes wegen angeordnet wird, gibt es daher letztlich keine befriedigende Lösung: Manche Kollegen sprechen sich dezidiert gegen jegliche Eventualanträge in Freispruchplädoyers oder sogar den Antrag auf ein Schuldinterlokut aus. Andere «verpacken» Strafzumessungsgründe in das Freispruchplädoyer, beispielsweise in den Erwägungen zur persönlichen Glaubwürdigkeit einer Beschuldigten. Dritte äussern sich zum Strafmass in einer Art Stellungnahme zu den

staatsanwaltschaftlichen Ausführungen. Vierte vertrauen dem Differenzierungsvermögen des Gerichts und stellen Eventualanträge. Und sehr viele Kolleginnen handhaben dies situativ. Ein wichtiges Kriterium ist beispielsweise: Je milder der staatsanwaltschaftliche Antrag nach der Einschätzung der Verteidigung ist, umso weniger wird zur Zumessung plädiert oder ganz darauf verzichtet, weil man nicht mehr allzu viel rausholen kann. Oder ein anderes: Hält man einen Freispruch für wahrscheinlich, wird auf Eventualanträge ganz verzichtet, um ja keine falschen Signale zu senden.

i) Weitere taktische Gesichtspunkte

Eine hinsichtlich des ausgesandten Signals verwandte Frage ist, ob man auf Punkte, die gegen den eigenen Klienten sprechen, eingehen oder diese ignorieren soll. Sofern offenkundig Negatives aus den Akten hervorgeht beziehungsweise von der Staatsanwaltschaft erwähnt worden ist, dürfte es meist besser sein, darauf einzugehen, dieses aber zu relativieren. Beispielsweise: «Das Verschulden meines Mandanten soll zwar nicht bagatellisiert werden; relativierend ist zu erwähnen, dass ...» Oder: «Die Vorstrafe meines Klienten kann nicht negiert werden; es ist aber doch zu bemerken, dass sie nur teilweise einschlägig ist und lange zurückliegt.» Oder: «Auf den ersten Blick könnte die Aussage des Zeugen XY in dem Punkt gegen meinen Mandanten sprechen; bei näherer Betrachtung ergibt sich allerdings, dass ...» Im Zusammenhang mit der Würdigung von Zeugenaussagen, insbesondere von (vermeintlichen) Opfern, ist besonders darauf hinzuweisen, dass jedes offenkundige *bashing* verheerend ist. Kritik an Zeugenaussagen wie überdies an der Arbeit von Staatsanwälten oder Polizeibeamten ist zwar durchaus deziert, aber ausser in Extremfällen stets sachlich vorzutragen. Auch eine dozierende Tonlage oder ein überbestimmtes Auftreten sind generell zu vermeiden, möchte man nicht unerwünschte Gegenreaktionen provozieren. Umgekehrt sollte die Verteidigung keinesfalls gegenüber Staatsanwaltschaft oder Gericht anbiedernd oder gar devot auftreten. Anreden wie «hohes Gericht» statt «Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Bezirksrichter» oder unterwürfiges Bitten sind verfehlt.

j) Plädieren ist Massarbeit

Wie man ein Plädoyer am besten vorbereitet, hängt letztlich vom persönlichen Arbeitsstil ab. Problematisch ist sicher, zu spät zu beginnen oder ohne Konzept loszuschreiben beziehungsweise gar mehr oder weniger planlos zu referieren. Eine gute Verteidigungsrede glänzt nicht primär durch opulente Eloquenz, sondern setzt zunächst vor allem eine präzise Lektüre der Anklage und eine akribische Auseinandersetzung mit sämtlichen Untersuchungsakten und den

rechtlichen Fragen voraus. Ein guter Parteivortrag der Verteidigung gründet vor allem in Knochenarbeit. Zentral ist daher, sich exakt zu überlegen, welche Anträge man stellt, bevor man in die Erarbeitung der eigentlichen Begründung steigt. Auch folgende Themen, die neben der Analyse in der Hauptsache unterzugehen drohen, verdienen gebührende Beachtung und einen Blick in die Literatur: Anträge zu Kosten- und Entschädigungsfolgen (Art. 422 StPO), zum Umgang mit beschlagnahmten Gegenständen (Art. 267 StPO), auf Entlassung aus der Sicherheitshaft (Art. 231 StPO) beziehungsweise auf freies Geleit (Art. 204 StPO) sowie eine Stellungnahme zu Zivilforderungen (Art. 124 Abs. 2 StPO). Selbst wenn im Ergebnis Anträge und Erörterungen dazu oft nur sehr knapp ausfallen, ist es peinlich, wenn sie vergessen gehen oder Spielräume zugunsten des eigenen Mandanten nicht ausgenutzt werden. Gelegentlich ist beispielsweise die Berechnung der Genugtuung und vor allem des Schadenersatzes für ungerechtfertigte Untersuchungshaft (Art. 429 Abs. 1 StPO), gerade bei selbständig Erwerbenden oder eingetretener Arbeitslosigkeit aufgrund des Strafverfahrens, oder die Kontrolle zur Abwehr von Zivilansprüchen der Privatklägerschaft rechtlich und tatsächlich durchaus anspruchsvoll. Solide obligationenrechtliche Überlegungen sind unabdingbar.

Nach den Überlegungen zu den Anträgen ist es zur Strukturierung der eigentlichen Begründung bei der Vorbereitung grundsätzlich hilfreich, wenn man sich an die aus sozialpsychologischer Sicht bewährte Dreiteilung des Aufbaus hält: Das Plädoyer sollte mit einer griffigen Einleitung beginnen und mit einem klaren Appell enden; dazwischen sollte man möglichst konzis seine Verteidigungsthese dartin. Allerdings kann es gute Gründe geben, einen völlig anderen Aufbau zu wählen. Dies zeigt ganz grundsätzlich auf, dass sich nicht abstrakt bestimmen lässt, was in einem konkreten Einzelfall das ordentliche vom guten oder sehr guten Plädoyer unterscheidet. Selbst der erfahrenen, fachlich und sprachlich guten Verteidigung gelingt längst nicht in jedem Fall, eine vorzügliche Verteidigungsrede. Zu viele Tipps und Tricks, Schemata und Stilanleitungen verhindern daher eher eine geistreiche, phantasievolle Herangehensweise bei der Ausarbeitung. Damit soll nicht einer gesuchten Originalität, einem hohlen Pathos oder gar einem Manierismus das Wort geredet werden. Dies stiesse gerade in der nüchternen Deutschschweiz kaum auf positive Resonanz. Ein bisschen farbiger und blumiger dürfte das Verteidigungsplädoyer im oft eher grauen helvetischen Gerichtsalltag allerdings schon sein.

k) Vom Plädoyer bis und mit Urteilsempfang

Nach dem Plädoyer der Verteidigung haben Staatsanwaltschaft, Privatklägerschaft sowie Dritte, die von der Einziehung betroffen sind, sofern anwe-

send, das Recht zur Replik und sodann die Verteidigung zur Duplik. Die zweiten Parteivorträge werden oftmals langfädig, stockend und etwas zusammenhangslos vorgetragen, weil man Punkt für Punkt zur Gegenseite Stellung nimmt und nun wirklich eine gewisse Spontanität gefragt wäre. Das gilt es zu vermeiden. Dabei sollte wirklich nur gesagt werden, was absolut zwingend ist, und die Rede in einem griffigen Appell enden, den man durchaus bereits vor der Verhandlung vorbereiten kann, zumal ja oft durchaus vorhersehbar ist, was die Argumente der Gegenseite sein werden. Weniger ist dann fast immer mehr, ansonsten ein gutes vorangehendes Plädoyer seine Wirkung zu verlieren droht und als letzter Eindruck ein wenig eloquenten Vortrag in Erinnerung bleibt. Unter Umständen können vier, fünf Sätze bereits ausreichen oder kann auch einmal ein Verzicht auf Replik sinnvoll sein.

Bevor das Gericht das Urteil berät (Art. 348 ff. StPO), hat die beschuldigte Person das sogenannte letzte Wort (Art. 347 Abs. 1 StPO). Die Verteidigung hat sie darauf vorzubereiten und mit ihr zu besprechen, ob und gegebenenfalls was sie dort platziert. Dies ist einer der ganz heiklen Zeitpunkte des gesamten Verfahrens, denn manche beschuldigten Personen reden sich hier ohne seriöse Vorbereitung (fast) um Kopf und Kragen. Es sind daher ganz gezielt wenige Sätze abzumachen, die platziert werden. Im Zweifelsfall ist es überdies besser, dass die beschuldigte Person auf die bisherigen Ausführungen von ihr und der Verteidigung verweist oder auf das letzte Wort verzichtet.

Das Gericht wird meist, nachdem es sich zur Beratung zurückgezogen hat, ein Urteil fällen und dann eröffnen (Art. 351 StPO); wobei es an den Sachverhalt der Anklage, nicht aber deren rechtliche Würdigung gebunden ist (Art. 350 Abs. 1 StPO). Immerhin kann es die Verhandlung nochmals aufgreifen, wenn es den Fall nicht als spruchreif erachtet; was doch hin und wieder vorkommt (Art. 349 StPO). Das Urteil ist grundsätzlich mündlich zu eröffnen, wobei das Gericht mit Einverständnis der Parteien darauf verzichten kann (Art. 84 Abs. 3 StPO).

3. Zuspitzung der gewählten Strategie nach dem erstinstanzlichen Urteil

Nach Erhalt des Urteilsdispositivs ist innert zehn Tagen die Berufung anzumelden (Art. 399 StPO), sofern man das Urteil nicht akzeptieren will oder zumindest ein Weiterzug in Erwägung gezogen wird. Wenn für die Gegenseite unklar ist, ob die Verteidigung überhaupt appelliert, ist die Berufung am letzten Tag der Frist zu erklären; um die Staatsanwaltschaft nicht zu animieren, aus taktischen Gründen selbständig Berufung anzumelden, um der

Erklärung mehr Gewicht zu verleihen. Zu prüfen hat die Verteidigung überdies stets eine Berufungsbeschränkung, wenn ein teilweise gutes Ergebnis gesichert werden soll; da das Urteil nicht zum Nachteil der einzigen appellierenden Partei verändert werden kann (Art. 391 Abs. 2 StPO). Klassiker sind reine Strafmassverteidigungen in der zweiten Instanz, sofern realistischere bei den erfolgten Schuldsprüchen kein besseres Resultat erwartet werden kann. Oder wenn beispielsweise die Klientin schuldig gesprochen und zu einer Strafe verurteilt wurde, eine frühere auf Bewährung ausgesprochene Strafe aber nicht widerrufen wurde; dann ficht man sicher nur die neue Strafe an. Sobald die Staatsanwaltschaft eine sogenannte Anschlussberufung erhebt, ist eine Verschlechterung des Urteils wieder möglich, selbst wenn diese ursprünglich nicht selbständig appelliert hat (Art. 401 StPO). Spätestens ab diesem Moment beinhaltet ein Berufungsverfahren nicht nur Chancen, sondern auch Risiken und ist ein Rückzug zu erwägen. Ohnehin ist bei jedem Weiterzug eine umfassende Güterabwägung zu treffen, die auch die Kosten für eine weitere Instanz sowie die Verteidigung mitberücksichtigt.

Anders als beispielsweise in Deutschland oder früher in manchen Kantonen beim Geschworenengerichtsprozess ist das Prinzip der *double instance* im schweizerischen Strafverfahren nahezu voll verwirklicht; das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich jedenfalls theoretisch grundsätzlich nach den Spielregeln des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 405 Abs. 1 StPO). Die zweite Instanz hat damit im Berufungsverfahren dieselbe Prüfungsbefugnis wie die erste (Art. 398 Abs. 2 StPO); das zweitinstanzliche Verfahren zieht deshalb im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung nach sich (Art. 402 StPO). Dies kann die Verteidigung dazu verführen, sich über das unterschiedliche Vorgehen vor dem Berufungsgericht im Vergleich zur ersten Instanz zu wenig Gedanken zu machen und im *copy-paste*-Modus zu agieren.

Vor zweiter Instanz ist indessen nicht nur die Anklage, sondern überdies das vorinstanzliche Urteil ein zentraler Referenzpunkt. Es kann nicht übergangen werden und eine Auseinandersetzung damit ist zwingend. Gleichzeitig ist wichtig, sich nicht unbewusst die erstinstanzliche Begründung zu eigen machen, sondern auf dem Terrain der eigenen Verteidigungsdarstellung zu bleiben. Denn die gewählte Strategie kann dann kaum je mehr verändert werden; sie ist viel mehr gekonnt zuzuspitzen. Ein gutes Berufungsverfahren zu führen, ist deshalb anspruchsvoller, als man *prima vista* annehmen könnte und nicht identisch mit einer Verteidigung vor erster Instanz.

Generell gilt für jede Rechtsmittelinstanz, dass präzis rügen sinnvoll ist; Breitsalven bewähren sich überhaupt nicht. Daher ist das schriftliche Urteil gut auf Schwachpunkte hin zu analysieren. Wichtig ist bereits beim Vorgehen vor erster Instanz und schon im Vorverfahren, daran zu denken, was allen-

falls in einem Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden könnte und welche (rechtlichen) Argumente da eine Wirkung entfalten könnten. Besonders abgewiesene Beweis- oder andere Verfahrensanträge vor erster Instanz oder aus dem Vorverfahren zeitigen ihre Wirkung oft erst in der zweiten Instanz, gelegentlich sogar erst vor Bundesgericht.

Zentral ist überdies, wichtige Begründungen wider die vorinstanzlichen Erwägungen nicht erst im Plädoyer vor der Berufungsinstanz vorzutragen. Zweitinstanzliche Richter bilden sich – noch mehr als erstinstanzliche Gerichte – ihre Meinung aufgrund der Akten, da sämtliche Argumente bereits in der ersten Instanz vorgetragen wurden und auf dem Tisch liegen. Will die Verteidigung vor Berufungsgericht Gehör finden, hat sie dort frühzeitig vorstellig zu werden. Die Berufungserklärung der Verteidigung 20 Tage nach Erhalt des schriftlichen Urteils muss nicht zwingend eine Begründung enthalten (Art. 399 Abs. 3 StPO). Dabei allerdings bereits die zentralen Kritikpunkte in einer Eingabe begründet zu platzieren, kann sich dennoch aus taktischen Gründen sehr lohnen. Das Gleiche gilt für Verfahrens- und Beweisanträge, die klugerweise ebenfalls vorgängig vor der zweitinstanzlichen Verhandlung und nicht erst vor Berufungsgericht zu präsentieren und begründen sind, will man damit punkten. Insgesamt gilt noch mehr als vor erster Instanz: Überraschungen erst vor zweitinstanzlichen Schranken sind selten zielführend. Dem Plädoyer kommt daher vor Berufungsgericht eine deutlich geringere Rolle als in erster Instanz zu. Da reicht es, engagiert, kurz und konzis das Verteidigungsargumentarium im Sinne einer Zusammenfassung vorzutragen; mit Verweisen auf frühere Eingaben und den erstinstanzlichen Vortrag sowie in knapper Auseinandersetzung mit dem Urteil der ersten Instanz. Geht es in der Berufung um reine Rechtsfragen spricht deshalb bisweilen auch wenig dagegen, auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten.

Gerade weil die Verteidigungsstrategie stets auch auf die Längsentwicklung des Falls vom Vorverfahren bis ans höchste Gericht durchzudenken ist, muss eine Mandatsübernahme nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens noch gründlicher bedacht werden als eine nach Abschluss des Vorverfahrens. In aller Regel sind hier zahlreiche Weichen bereits gestellt; auch implizites Fallwissen, beispielsweise über persönliche Eigenschaften von Zeugen oder Privatklägerinnen, lässt sich nicht mehr erschliessen. In Erwägung zu ziehen ist daher bei einer Mandatsanfrage nach der ersten Instanz sinnvollerweise statt eines Anwaltswechsels eine *second opinion* und Zusammenarbeit mit der bisherigen Verteidigung; ausser die Verteidigungsstrategie in zweiter Instanz basiere wesentlich auf der Kritik der Verteidigungsarbeit bis und mit erster Instanz.

Nach Erhalt des zweitinstanzlichen Urteils ist stets ein Weiterzug ans Bundesgericht zu prüfen. Weil sich da kaum noch ein neuer Anwalt finden lässt, ist eine Mandatsniederlegung in diesem Zeitpunkt berufsethisch, aber auch berufsrechtlich sehr heikel, auch wenn nach der derzeitigen Rechtsprechung das höchstrichterliche Beschwerdeverfahren nicht vor der kantonal gewährten amtlichen Verteidigung gedeckt ist, sondern ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung zu stellen ist. Dies ist sehr unbefriedigend, denn der Verteidigung wird hier faktisch ein Kostenrisiko überwälzt. Nach meiner Ansicht sollte sich indessen eine engagierte Verteidigung nicht von dieser Restriktion abschrecken lassen und ausser bei absolut aussichtslosen Fällen auch bei mittellosen Klienten den Fall weiterziehen. Ansonsten führt dies dazu, dass es in solchen Konstellationen von den ökonomischen Verhältnissen der beschuldigten Person abhängt, ob die Sache dem Bundesgericht unterbreitet wird.

Das Verfahren richtet sich dann insgesamt nicht mehr nach der Strafprozessordnung, sondern nach dem Bundesgerichtsgesetz. Dabei gilt es, sich vor Augen zu halten, dass nur noch Rechtsverletzungen im engeren Sinne (Art. 95 f. BGG) beziehungsweise qualifiziert falsche Sachverhaltsfeststellungen (Art. 97 BGG) vorgetragen werden können. Das Bundesgericht ist im Kern und in seinem Selbstverständnis eine Instanz, die lediglich klare Rechtsfehler korrigiert. Dabei haben strafprozessuale Rügen vor Bundesgericht intakte und damit eher bessere Chancen als materiellrechtliche Vorbringen. Es ist deshalb zentral, kurz, konsistent und nüchtern aufzuzeigen, wo exakt im zweitinstanzlichen Urteil Rechtsfehler vorliegen. In aller Regel ist dies auf wenigen Seiten machbar. Ist der Beschwerdeentwurf lang, so ist gut zu prüfen, ob dies wirklich notwendig ist, und es sind allenfalls markante Kürzungen vorzunehmen; narrative Momente haben dabei tendenziell hinter knappen rechtlichen Erwägungen zurückzustehen. In Anbetracht der grossen Geschäftslast am Bundesgericht und einer höchstrichterlichen Justiz, die sehr von Gerichtsschreibern geprägt ist, drängt es sich auf, Beschwerden so zu halten, dass deren juristischer Gehalt rasch erfasst wird. Andernfalls drohen selbst überzeugende rechtliche Argumente in einer zu weitschweifigen Eingabe unterzugehen.

Dies gilt erst recht, wenn ein Weiterzug an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ins Auge gefasst wird. Dieser Gerichtshof droht unter enormen Fall- und Aktenbergen regelrecht zu kollabieren. Deshalb gilt es dann ganz besonders, sehr präzise und strukturiert seine Rügen vorzutragen. Zu beachten ist dabei, dass ein allfälliger Weiterzug nach Strassburg bereits im innerstaatlichen Rechtsmittelzug von Anfang an mitbedacht werden muss; Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention

sind bereits innerstaatlich vorzubringen, ansonsten der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht auf eine Beschwerde eintritt (Art. 35 Ziff. 1 EMRK).

4. Revision – ein unterschätztes Rechtsmittel?

Sehr viele Verurteilte haben nach Rechtskraft des Urteils Mühe, dieses zu akzeptieren. Verteidigerinnen sehen sich recht oft mit Anfragen für eine Wiederaufnahme (Revision) des Verfahrens konfrontiert. Im Wissen darum, dass dies nur unter sehr eingeschränkten gesetzlichen Voraussetzungen möglich ist und die Gerichte die Hürden tendenziell zusätzlich über die Auslegung höher als gesetzlich vorgesehen legen, prüfen Anwälte oft eine Mandatsannahme gar nicht ernsthaft. Möglicherweise gibt es mehr zu Unrecht Verurteilte als angenommen; und möglicherweise hätten bei einigen von ihnen gut redigierte Wiederaufnahmegesuche Chancen, wobei die Betroffenen keinen Anwalt finden, der sich des Anliegens annimmt. Zumal bei mittellosen Klienten überdies erst eine amtliche Verteidigung ab dem Zeitpunkt gewährt wird, wenn das Berufungsgericht im Rahmen der sogenannten Vorprüfung auf das Gesuch eingetreten ist (Art. 412 StPO).

Die Variante gemäss Art. 410 Abs. 2 StPO, wonach eine Revision verlangt wird, weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten hat, die Europäische Menschenrechtskonvention sei verletzt worden, bietet verhältnismässig wenig Schwierigkeiten. Liegt ein entsprechendes Urteil aus Strassburg vor, ist die Revision einzureichen, wobei dies wohl nahezu immer bei einem gutheissenden Verdikt des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfolgt. Darauf wird vorliegend daher ebenso wenig näher eingegangen wie auf die Varianten, dass der Entscheid mit einem späteren Strafentscheid, der den gleichen Sachverhalt betrifft, in unerträglichem Widerspruch steht, oder auf die Variante, dass sich in einem anderen Strafverfahren herausstellt, es sei durch eine strafbare Handlung auf das Ergebnis des Verfahrens eingewirkt worden (Art. 410 Abs. 1 lit. b und c StPO). Diese Konstellationen sind selten, und wenn sie vorliegen, dürften sie relativ klar sein, mithin Verurteilte auch relativ leicht willige Verteidigungen finden.

Zu anspruchsvollen Fragen gibt in der anwaltlichen Bearbeitung daher vor allem die Variante Anlass, dass neue, vor dem Entscheid eingetretene Tatsachen oder neue Beweismittel vorliegen, die geeignet sind, einen Freispruch oder eine wesentlich mildere Bestrafung der verurteilten Person herbeizuführen (Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO). Klienten wünschen sich in der Praxis mit Abstand am meisten, dass um eine Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen ersucht wird und die Akten anders, das heisst zu ihren Gunsten, gewürdigt

werden. Verteidigerinnen winken auch vielfach zu Recht ab, wenn Klienten lediglich eine gerichtliche Neubeurteilung bestehender Akten wollen und gar kein Novum erkennbar ist. Eine solche rein appellatorische Kritik an rechtskräftigen Urteilen ist chancenlos.

Wann umgekehrt effektiv eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel vorliegt, das vor dem Urteil bereits bestanden hat, dem Gericht aber nicht bekannt war, ist eine heikle juristische Frage. Präsentiert der Klient der Verteidigung tatsächlich ein neues Beweismittel, das nicht bei den Akten liegt, kann es sich lohnen, eine Revision vertieft zu prüfen. Vielfach richten Verurteilte ihr Anliegen nicht auf eine zielführende Art und Weise an die Verteidigung und bleiben deshalb ungehört, weil sie gar nicht einschätzen können, was eine revisionstaugliche neue Tatsache wäre, selbst wenn Chancen für eine Wiederaufnahme vorliegen würden. Es bedarf zwischen Anwalt und Klient von Anfang an eines äusserst strukturierten Dialogs, damit sie gemeinsam zu einer seriösen Chancenbeurteilung gelangen. Wichtig erscheint dabei, dass nicht derselbe Anwalt, welcher im ursprünglichen Verfahren verteidigt hat, die Wiederaufnahme prüft. Fast immer bedarf es da eines frischen Blicks; denn möglicherweise ist auch eine (implizite) Kritik an der früheren Verteidigung angezeigt, die ein Beweismittel nicht beigebracht hat oder einem Hinweis des Klienten nicht nachgegangen ist.

Bei der Prüfung der Wiederaufnahme ist zunächst die Frage zu stellen, ob es sich tatsächlich um eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel im Sinne der Strafprozessordnung handelt. Die Hürde ist hoch, jedoch sind die Rechtsprechung und die Dogmatik im Detail nicht konsistent. Besteht zumindest die Möglichkeit, dass ein Gericht dies bei überzeugender Begründung der Verteidigung ebenfalls entsprechend sehen könnte, so ist dem Thema nachzugehen, was sich im Vergleich zum rechtskräftigen Urteil an dem Beweisfundament exakt ändern würde, wenn die neue Tatsache damals bereits bekannt gewesen wäre, und was die rechtlichen Konsequenzen daraus wären.

Im Kontext von Revisionen spielen das Ringen um den massgeblichen Sachverhalt, rechtliche Argumente und Storytelling geradezu idealtypisch zusammen. Der Verteidigung obliegt es, in einer gedrängten Art und Weise konzis und verdaubar darzustellen, weshalb sich vorliegend mit einer neuen Tatsache im Sinne der Strafprozessordnung der Sachverhalt derart anders präsentiert, dass das damalige Gericht in Kenntnis davon anders geurteilt hätte. Weil die Beweislage in seiner damaligen Optik eben fundamental anders gewesen wäre als bei den damaligen Annahmen. Eine übermässige Kritik am ursprünglichen Gerichtsurteil ist dabei meist kein kluges Vorgehen; vielmehr geht es darum, überzeugend darzustellen, warum die Sache wegen

der neuen Tatsache eben heute ganz anders anzusehen ist als damals. Eine gute Revisionseingabe umfasst daher oft wenige Seiten – dahinter steckt aber anwaltliche Massarbeit.

5. Anwaltliche Medienarbeit – modischer Hype oder Notwendigkeit?

a) Ausgangslage

Gerichtliche Hauptverhandlungen sind hierzulande seit dem 19. Jahrhundert grundsätzlich öffentlich. Die Öffentlichkeit ist daher Bestandteil des Strafprozesses. In zahlreichen Fällen spielt die öffentliche Rezeption des Falls für das Verfahren selbst, zumindest die Befindlichkeit und Reputation der beschuldigten Person, eine zentrale Rolle. Solche Umstände werden in herkömmlichen juristischen Lehrbüchern nicht thematisiert, sind aber in der vorliegenden Praxiseinführung zwingend zu erörtern.

Durch den enormen Bedeutungszuwachs des Strafbefehlsverfahrens und des abgekürzten Verfahrens seit Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung nahm die Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit faktisch ab; denn nur das gerichtliche Hauptverfahren, nicht das Vorverfahren ist für das Publikum öffentlich (Art. 69 StPO). Reguläre öffentliche, unmittelbare gerichtliche Hauptverfahren sind rar. Zeitgleich nahmen das öffentliche Interesse am Strafrecht und die Skandalisierung von rechtspolitischen Entwicklungen wie von Einzelfällen tendenziell zu. Manche Verteidigerinnen wünschen sich daher insgeheim, dass keinerlei Berichte über Strafrecht und strafrechtliche Einzelfälle mehr erscheinen. Sie befürchten, dass die Berichterstattung zwangsläufig an einer punitiven Verschärfungsspirale dreht und für Beschuldigte selten günstig ausfällt. Nichtsdestotrotz sind die Öffentlichkeit von Strafprozessen und die Diskussion über das Strafrecht weiterhin einer intransparenten Kabinettsjustiz vorzuziehen, ansonsten die Strafjustiz zu wenig einer Kontrolle unterläge.

b) Spektakelwert von Straffällen

Ein öffentlicher Diskurs über Strafrecht als solches und über dramatische Einzelfälle lässt sich wegen des hohen Spektakelwerts ohnehin nicht vermeiden. Die Öffentlichkeit interessiert sich mehr für Strafrecht und für strafrechtliche Einzelfälle als für jedes andere Rechtsgebiet. Ein Grundwissen zur Funktionsweise von öffentlichen Diskursen ist unabdingbar für jede Strafverteidigerin. Ansonsten bewegt sie sich bei medienträchtigen Fällen im Bereich des Übernahmeverschuldens. Welche Fälle medial wie stark diskutiert respektive skandalisiert werden, ist allerdings unberechenbar, teilweise

auch zufällig. Ein systemisches Denken weiss, dass sich eine Skandalisierung zwar *ex post* erklären, nicht aber *ex ante* prognostizieren lässt. Daher kommt keine Strafverteidigerin mehr umhin, sich mit den Abläufen öffentlicher Debatten zu beschäftigen. Als Faustregel für eine Einschätzung *ex ante* lässt sich festmachen, dass Prominente und/oder ungewöhnlich spektakuläre Fallumstände besondere öffentliche Aufmerksamkeit generieren. In diesen Konstellationen ist mit einem öffentlichen Interesse zu rechnen.

c) Vom öffentlichen Gerichtshof zum Gerichtshof der Öffentlichkeit?

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Inhalte von Strafverfahren, und teilweise schon nur von einem Verdacht auf ein mögliches strafbares Verhalten, zunehmend – auch unter Mitwirkung von Experten – öffentlich diskutiert und beurteilt werden. Insbesondere soziale Medien spielen dabei neben traditionellen Medien eine gewichtige Rolle. In medienrächtigen Fällen konstituiert sich immer häufiger eine Art öffentlicher Gerichtshof. In manchen Fällen kann sich die Strafverteidigung nicht mehr ausschliesslich auf die Verteidigung im Gerichtshof der Justiz konzentrieren, sondern hat diesen öffentlichen Gerichtshof bei ihrem Vorgehen mitzubedenken. Teilweise hat der öffentliche Gerichtshof in seiner Bedeutung für den Beschuldigten dem Gerichtshof der Justiz den Rang abgelassen. Der öffentliche Druck auf Betroffene und die Verteidigung kann in solchen Fällen sehr hoch sein.

Zu bedenken ist, dass die heutigen Strafverteidigerinnen in einer anderen Medienwelt sozialisiert wurden als der, in welcher sie sich heute in ihrem Beruf zurechtfinden müssen. *Social media* sowie die Informationsbeschaffung über das Internet müssen zunehmend als Teil der Massenmedien angesehen werden und gewinnen laufend an Bedeutung für unser Weltverständnis sowie für öffentliche Diskurse. Sie verändern namentlich das Tempo öffentlicher Debatten. Es entsteht eine Art permanente öffentliche Gereiztheit. Die Medien- beziehungsweise Öffentlichkeitsarbeit der Strafverteidigung hat dieser Entwicklung Rechnung zu tragen.

Wie gross effektiv der Einfluss der Medien auf das Strafrecht ist, lässt sich nicht leicht festmachen und bedarf der Differenzierung. Die Berichterstattung in Medien über strafrechtliche Inhalte wirkt sich zweifellos auf das strafrechtspolitische Klima und auf Langzeitentwicklungen in Gesetzgebung und Justiz aus. In Einzelfällen kann diese über generelle Trends hinaus vor allem dann einen besonderen Einfluss zeitigen, wenn sie klar über das übliche Mass hinausgeht; dies trifft in vergleichsweise wenigen Fällen zu. Medienarbeit von Strafverteidigerinnen spielt deshalb nur ausnahmsweise effektiv eine Rolle für das Resultat im Gerichtsverfahren; sie ist recht selten zwingend nötig. Wenn sie aber in Einzelfällen angezeigt ist, weil sie tatsächlich Aus-

wirkungen auf den Ausgang des Verfahrens haben kann, dann kommt ihr möglicherweise eine sehr entscheidende Bedeutung zu.

Ohnehin kann in sehr aufsehenerregenden Fällen Medienarbeit zur Wahrung des sozialen oder beruflichen Ansehens oder der Befindlichkeit des Klienten indiziert sein, selbst wenn diese für das Strafverfahren nicht notwendig wäre. In medienträchtigen Fällen hat die Strafverteidigung bei der Erarbeitung ihrer Verteidigungsstrategie die Rolle der Medien und die Reaktion der Öffentlichkeit mitzubedenken. Sie hat dies mit ihrer Klientin eingehend zu diskutieren und namentlich die Bedeutung der Medien für den Ausgang des Strafverfahrens wie für Reputationsinteressen in ein realistisches Licht zu rücken; das heisst, der Mandantin eine eingehende Chancen- und Risikoabwägung zu präsentieren. Dabei hat sie die eigene Klientin insbesondere auch deutlich auf negative Auswirkungen hinzuweisen, weil die Strafjustiz anwaltliche Öffentlichkeitsarbeit und Druckversuche über die Medien grundsätzlich überhaupt nicht schätzt.

Bisweilen ist Klientinnen, besonders in politischen Kontexten, die Wirkung ihres Auftretens und desjenigen ihrer Verteidigung auf den Gerichtshof der Öffentlichkeit aber sogar wichtiger als auf den Gerichtshof der Justiz. Da hat die Verteidigung mit dem Mandanten das Vorgehen besonders eingehend zu diskutieren. Jacques Vergès, aber auch zahlreiche andere Anwälte haben immer wieder gezeigt, dass der Gerichtshof als öffentliches Forum namentlich beim Plädieren für andere, weitergehende (rechts-)politische Anliegen genutzt werden kann. Dies ist legitim – allerdings nur dann, wenn dies vom Klienten gewünscht wird, denn (Rechts-)Politik darf nie auf dessen Rücken ausgetragen werden. Die Instruktion des Mandanten ist auch da massgebend, die Verteidigung ist stets Wahrerin fremder Interessen. Durchaus interessant ist deshalb überdies die Frage, wie die Anwältin reagieren soll, wenn der Klient von ihr ausdrücklich einen grundlegenden Kampf gegen die bestehende Rechtsordnung mit allen rechtlichen und medialen Mitteln verlangt. Denkt man das partnerschaftliche Verteidigungsverständnis zu Ende, hat die Verteidigung letztlich, solange sie sich nicht im illegalen Bereich bewegt und dies der Klient nicht verlangt, keine andere Wahl, als den Vorrang dieses Interesses des Mandanten zu beachten und dessen Instruktion zu befolgen oder das Mandat niederzulegen.

Statistisch gesehen sind dies Ausnahmekonstellationen. Bewegt sich der öffentliche Diskurs nicht jenseits des Üblichen, so hat er in der Regel kaum Relevanz für den Ausgang des Straffalls, sondern, wenn überhaupt, weit eher für die gesellschaftliche Position der Mandantin. Beschuldigte wie Strafverteidigerinnen neigen überdies tendenziell dazu, das Gewicht des eigenen Falls zu überschätzen. Die Öffentlichkeit ist eine launische Verbündete, die

rasant zu einer unbequemen Gegnerin werden kann. Sie ist zwar beeinflussbar, nie aber kontrollierbar. Klientinnen und manchmal auch ihre Verteidiger schätzen ihre Chancen und die Einflussmöglichkeiten bei einer Medienarbeit deutlich zu optimistisch ein und vernachlässigen gedanklich mögliche Bumerangeffekte. Daher ist eingehend zu bedenken und mit der Mandantin zu besprechen, wie auf Medienanfragen und namentlich die Anwesenheit von Gerichtsberichterstatte(r)innen an Hauptverhandlungen reagiert wird. Insbesondere logistische Überlegungen zu den Rahmenbedingungen des Orts und Zeitpunkts einer Gerichtsverhandlung sind einzubeziehen.

d) Formen und Mittel von Medien- und Öffentlichkeitsarbeit

Traditionellerweise vermieden aus Angst vor negativen Einflüssen wegen der komplexen Ausgangslage viele versierte Strafverteidiger jegliche Medien- und Öffentlichkeitsarbeit: «Kein Kommentar» gehört für sie zum beruflichen *state of the Art*. Medien erscheinen ihnen als Minenfeld, das es vor allem zu meiden gilt. Eher wenige pflegen umgekehrt eine offensive Medienstrategie mit Auftritten in Zeitungen und Fernsehen, bisweilen auch vor allem als Werbung in eigener Sache, oder nutzen den Gerichtshof als Forum um (rechts-)politische Diskurse anzustossen. Bei medienträchtigen Fällen gibt es für Strafverteidigerinnen auch die dritte, bisher oftmals übersehene Möglichkeit, aktiv, aber für Dritte nicht erkenn- und sichtbar Medienarbeit zu betreiben (Guerillataktik): Mittels Statements *off the record* werden Journalisten oder Expertinnen mit gezielten Informationen im Vorfeld zu Berichterstattungen gefüttert. Es wird versucht, indirekt auf öffentliche Diskurse Einfluss zu nehmen. Dies ist wohl vielfach – sicher bei Kriminalfällen ohne grösseren politischen Einschlag – das wirkungsvollste Vorgehen, wenn sich die Strafverteidigerin für Medienarbeit entscheidet.

Doch selbst dann gilt es, vorab sich damit auseinanderzusetzen, dass jede Intervention in der Öffentlichkeit, einmal getan, sich nicht mehr aus der Welt schaffen lässt. Der Zeitpunkt jeder Öffentlichkeits- und Medienarbeit ist daher gründlich zu überlegen. Im Zweifelsfall ist abzuwarten. Aktionismus ist kein guter Ratgeber. Die Planung ist auch hier rollend und es bedarf der gründlichen Abwägung im Einzelfall. Ohnehin versteht sich von selbst, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen zulässiger anwaltlicher Medienarbeit fundiert abzuklären sind und mögliche persönliche Profilierungsinteressen der Verteidigung hinter die Anliegen der Klientin zu stellen sind; die Verteidigung wahrt auch da fremde Interessen und nicht die eigenen. Daher ist zwingend nötig, sich vor jeder Medienarbeit durch den Klienten vom Berufsgeheimnis gegenüber Medienschaffenden entbinden zu lassen und die Mandantin kurz und prägnant über die Risiken und Chancen der geplanten Schritte zu orientieren.

Die umsichtige Strafverteidigerin prüft bei einer allfälligen Öffentlichkeitsarbeit sehr genau, mit welchen Medienschaffenden sie zusammenarbeitet, und wendet sich vorzugsweise an Vertrauensjournalisten. Sie begegnet Medienschaffenden auf Augenhöhe, respektiert diese in ihrer Arbeit, vertritt die Anliegen der Klientschaft gekonnt, ist sich aber bewusst, dass sich Medienschaffende (zu Recht!) nicht kontrollieren lassen.

In medienträchtigen Fällen ist bei entsprechender Finanzkraft der Klientschaft zudem der Beizug einer professionellen Litigation-PR, das heisst einer strategischer Rechtskommunikation durch ein PR-Büro, beziehungsweise zumindest eine entsprechende professionelle Beratung in Erwägung zu ziehen. Der Austausch mit Fachkräften macht durchaus Sinn. Zukünftig wird bei Strafprozessen überdies die Rolle von *social media* und allgemein des Internets mitzubedenken sein. Die Vergabe eines weitgehend selbständigen Auftrags an eine PR-Agentur ist dagegen heikel und die Rollen aller Beteiligten sind initial exakt zu klären. Prozessstrategien und Reputationsinteressen können ein anderes Vorgehen einfordern; die Denkweisen von Kommunikationsberaterinnen und von Juristen unterscheiden sich deshalb fundamental.

e) Zwischenfazit

Die kluge Strafverteidigung plädiert in Standardfällen, aber auch in Konstellationen mit starker öffentlicher Resonanz weiterhin grundsätzlich im Gerichtssaal und nicht in den Medien. Stösst der Fall auf ein breites Echo, sind die Medien und Öffentlichkeit in die Verteidigungsstrategie miteinzubeziehen. Die Beschäftigung mit dem Gerichtshof der Öffentlichkeit spielt deshalb für die Strafverteidigung eine bei Lichte betrachtet grundsätzlich marginale, allerdings in manchen Einzelfällen zentrale Rolle, um das anwaltliche Storytelling zu komplettieren.

6. Résumé

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es der Verteidigung nicht nur obliegt, auf das Beweisergebnis Einfluss zu nehmen. Entscheidend ist auch, stets im Auge zu behalten, wie auf die Interpretation der Beweise sinnvoll eingewirkt werden kann. Nebst den rechtlichen und tatsächlichen Argumenten, die zur Geltung kommen, geht es im gesamten Verfahren auch darum, sämtliche Vorbringen narrativ so aufzubereiten, dass diese gut rezipiert werden können. Das ganze Vorgehen der Verteidigung ist so sinnhaft in eine dem Einzelfall angepasste Verteidigungsstrategie zu bündeln. Diese beruht zwar auf einer grundsätzlichen Konzeption, hat sich aber auch den sich laufend verändernden Gegebenheiten rollend anzupassen.

Während sich im Vorverfahren die Verteidigung im Rahmen ihrer Strategie primär darauf zu konzentrieren hat, entlastende Umstände beizubringen und die Aufnahme ungünstiger Beweise temporär oder dauerhaft zu verhindern, spielen die Analyse der Fakten, juristische Arbeit und das Storytelling von der Anklageerhebung bis zum Abschluss der Rechtsmittelverfahren eine markant grössere Rolle. Nach dem Vorverfahren geht es meist nicht mehr darum, eine Änderung des Beweismaterials zu erzielen, sondern im Zentrum steht, die Bewertung desselben günstig zu beeinflussen. Dabei dürfen weder das Storytelling noch rechtliche Begründungen oder die Ergründung des Sachverhalts beim Vorgehen wie in der Erarbeitung der Strategie zu sehr überhandnehmen. Das Ganze ist mit Sorgfalt auszubalancieren. Würde beispielsweise in einem öffentlich breit diskutierten Fall der anwaltlichen Medienarbeit oder etwa in einer Standardkonstellation der narrativen Dimension im Plädoyer zulasten guter rechtlicher Argumente oder einer präzisen Würdigung der Beweise zu viel Gewicht gegeben, kann sich dies auf ein Gerichtsurteil ungünstig auswirken. Die Justiz will plausiblen Darstellungen folgen und sich nicht von plumper Stimmungsmache beeinflussen lassen. Umgekehrt kann die Vernachlässigung des Storytellings aber dazu führen, dass sorgfältige tatsächliche oder rechtliche Analysen nicht ausreichend Gehör finden.

Als Ausgangspunkt empfiehlt sich deshalb, zur Erarbeitung der Strategie stets auf einen knappen Plot des eigenen Standpunkts hinzuwirken. Dieser ist zwar beim gesamten Vorgehen begleitend, sollte aber nie in einer zu simplen Form vorgetragen werden. Ohnehin müssen sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Argumente von Anfang an zu diesem solid in Bezug gesetzt werden. Gerade im Lauf des Instanzenzugs nimmt insbesondere das Gewicht von reinen Rechtsfragen zu. Es ist allerdings verhängnisvoll, einen solchen Standpunkt erst in diesem Stadium erstmals erarbeiten zu wollen; sondern er ist vielmehr meist bereits vorher solid zu durchdenken und allenfalls auch bereits einzubringen. Dies bedingt von Beginn an einen sorgfältigen Umgang mit den sich stellenden Rechts- wie Sachverhaltsthemen. Masarbeit der Verteidigung im Einzelfall heisst daher, zwischen dem Ringen um den Sachverhalt, rechtlichen Argumenten und dem Storytelling konstant und dem jeweiligen Fallstadium angepasst den Blick hin- und herschweifen zu lassen.

VIII. Spezifika bei strafrechtlichen Massnahmen – Strafverteidigung im Kampf gegen die eigene Entkernung

1. Enklave des Ausnahmezustandes?

Die Sicherheitsgesellschaft verlangt von der Strafjustiz und vom Strafvollzug nicht mehr nur die Aufarbeitung vergangener, sondern zunehmend auch die sichere Verhinderung künftiger Taten. Das Management von potentiell künftigen Verhalten scheint fast wichtiger zu sein als die Aufarbeitung bestehender Schuld. Diese Erwartung ist letztlich kaum erfüllbar, weil sich Künftiges nie mit Sicherheit prognostizieren lässt. Nichtsdestotrotz sieht sich das Strafverfahren mit dieser Forderung konfrontiert.

Zur Legitimation der juristischen Entscheide werden deshalb oft psychiatrische Expertisen in Auftrag gegeben, die häufig ein geradezu determinierendes Gewicht entfalten können. Vielfach wird in einem Strafverfahren nur ein einzelnes Gutachten in Auftrag gegeben. Von gutachterlichen Empfehlungen wird überdies nach der Rechtsprechung grundsätzlich recht selten abgewichen. Es findet deshalb an entscheidenden Stellen weitgehend eine Verantwortungsdelegation von der Justiz an die Psychiatrie statt: Faktisch fällt damit oft der Sachverständige die Entscheidung, während das Gericht formale Entscheidungsträgerin bleibt. Deshalb hängen in Strafverfahren die Schuldfrage und die Rechtsfolge sowie im Strafvollzug die Frage der Entlassung beispielsweise aus einer stationären Massnahme – besonders in Grenzfällen – von der psychiatrischen Auffassung meist lediglich eines einzelnen Sachverständigen ab. Psychiatrische Einschätzungen hängen auch stark von Wertungen ab und können in demselben Fall erheblich divergieren, wie die Erfahrung zeigt, wenn mehrere Expertisen zur selben Sache bei den Akten liegen. Entscheide sind damit oft nicht mehr das Ergebnis der sorgfältigen Abwägung einer Mehrzahl von demokratisch legitimierten Richtern, wenn die Strafjustiz die Gutachten nicht gründlich hinterfragt. Auch der garantierte Rechtsmittelzug droht unterlaufen zu werden, sofern keine zweite Expertise vor Rechtsmittelinstanz eingeholt wird; denn selbst dort wird oft wiederum auf dasselbe einzelne Gutachten abgestellt, was einer umfassenden Güterabwägung ebenfalls nicht zuträglich ist. Immerhin dürfen therapeutische Massnahmen nicht im Strafbefehlsverfahren angeordnet werden, sondern setzen ein ordentliches oder abgekürztes Gerichtsverfahren voraus (Art. 352 StPO).

In den letzten rund 15 Jahren hat sich deshalb zunehmend eine Art Substrafverfahren innerhalb des herkömmlichen Strafverfahrens etabliert. Es

drängt sich daher auf, dessen Besonderheiten in einem eigenen Kapitel zu diskutieren, zumal hier sowohl die Strafjustiz wie die Verteidigung besonders gefordert sind und sich fachfremdes Terrain erschliessen müssen, wollen sie ihrer Kontrollfunktion nachkommen. Massnahmen, die an sich auf Behandlung und Resozialisierung eines hilfsbedürftigen Straftäters angelegt sein sollten, werden tendenziell für Sicherheitsbelange instrumentalisiert. Insbesondere stationäre Massnahmen nach Art. 59 StGB, die für fünf Jahre angeordnet werden, aber immer wieder verlängert werden können, sind hierfür besonders anfällig. Sie weisen keine absolute Höchstgrenze auf. Massnahmen nach Art. 59 StGB werden überdies längst nicht nur bei schweren Delikten angeordnet und dauern oft viel länger, als es die schuldangemessene Strafe würde. In einer Massnahme ist man bisweilen drei, vier Mal so lange weggesperrt, als man es bei einer herkömmlichen Strafe wäre, und die Bedingungen im Massnahmen- und Strafvollzug unterscheiden sich nicht wesentlich. Für die Betroffenen fühlt sich eine stationäre Massnahme also meist wie eine Strafe an. Bei ambulanten Massnahmen (Art. 63 StGB), Suchtbehandlungen (Art. 60 StGB) und Massnahmen für junge Erwachsene (Art. 61 StGB) sind Resozialisierung und zugewandte Behandlung weiterhin relevante Bezugsgrössen; wenn auch da Sicherheitserwägungen zunehmend dominant werden. Nicht verkannt werden darf überdies, dass wegen der sogenannten Flexibilisierung des Massnahmenrechts solche Massnahmen oder sogar Strafen nachträglich in stationäre Massnahmen umgewandelt werden können (Art. 63b Abs. 5, Art. 65 Abs. 1 StGB). Es droht daher selbst nach der Verurteilung bei jeder Sanktion latent eine stationäre Massnahme oder gar eine Verwahrung; sofern ein Delikt mit einem entsprechenden Schweregrad im Sinne von Art. 64 Abs. 1 StGB vorliegt.

Vor einigen Jahren wurden diese Bedenken noch als exotische Position von übersensiblen Rechtsstaatsfanatikern abgetan. Mittlerweile hat es sich in der Justiz und Rechtswissenschaft aber herumgesprochen, dass Massnahmen oftmals stärker in die Grundrechte eingreifen als Strafen. Auch die Literatur behandelt Fragen rund um das Massnahmenrecht und Massnahmenverfahrensrecht nicht mehr stiefmütterlich. Es findet eine rege Diskussion statt. Dies führt dazu, dass man heute bei Gerichten mit Beschuldigtenanliegen bei Massnahmen eine bessere Ausgangslage hat als vor einigen Jahren. Expertisen werden gründlicher und sachkundiger hinterfragt, höhere Standards bei Gutachten werden etabliert, und es werden auch vermehrt, gerade auf begründeten Antrag der Verteidigung, Zweitgutachten in Auftrag gegeben. Überdies stossen bei Gerichten Verhältnismässigkeitserwägungen ebenfalls auf offenere Ohren. Allerdings sind zahlreiche Rechtsfragen in diesem Kontext weiterhin nicht geklärt; insbesondere der (verfahrensrecht-

liche) Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention ist bei Weitem nicht ausgelotet und man stösst in vielen Fällen auf ungeklärte Fragen. Zudem ist die Materie auch materiell und hinsichtlich der Schnittstelle zum medizinisch-psychiatrischen Fachwissen derart komplex, dass die Strafjustiz auch beim besten Willen nicht durchgehend alle Problemfelder in anspruchsvollen Fällen erkennen kann. Sie ist daher im Massnahmenrecht als Korrektiv ganz besonders auf eine kundige, engagierte Verteidigung angewiesen, die sich aktiv und in gründlicher Auseinandersetzung mit den Expertisen wie den rechtlichen Implikationen des Einzelfalls einbringt.

2. Engagierte Verteidigung wider die massnahmenrechtliche Malaise

Strafverteidigerinnen sind deshalb bei strafrechtlichen Massnahmen gefordert, das Strafrecht und Strafprozessrecht in seiner limitierenden Funktion weiterzuentwickeln, und können sich in ihrer ganzen juristischen Kreativität entfalten. Es ist in diesem Bereich möglich, erfolgreiche und grundsätzliche Entscheide zu erwirken. Der Verteidigung obliegt es, einer (drohenden) Enklave des Ausnahmezustandes entgegenzutreten. Sie hat auf bewährten Rechtsgrundsätzen wie den Prinzipien des rechtlichen Gehörs, der Waffengleichheit, des kontradiktorischen Verfahrens, der justizförmigen Beweisaufnahme und der Unschuldsvermutung zu insistieren. Dabei hat sie sich stets zu überlegen, was dies bei der Umsetzung in den zahlreichen rechtlichen Detailproblemen im Massnahmenkontext heisst. Die Verzahnung von Verwaltungsrecht und Strafrecht sowie Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Expertisen und Justiz führen zu zahlreichen prozessualen Fragen. Es bedarf deshalb der Bereitschaft, Lehrmeinungen nicht nur zu rezipieren, sondern auch weiterzuentwickeln. Oft findet sich im Schrifttum immer noch wenig. Ohne dezidierten Einsatz kritisch über den Status quo hinausdenkender Verteidiger wird sich wenig an der derzeitigen Malaise ändern. Das Strafrecht entwickelt sich in einer rechtsrealistischen Betrachtung vor allem darüber weiter, welche Fälle in der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung durch Verteidigerinnen erstritten werden. Die Strafjustiz ist hier zur Sicherung des Rechtsstaats ganz besonders auf engagierte Anwältinnen angewiesen.

Das Massnahmenrecht ist nicht nur rechtlich anspruchsvoll: Eine kritische Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Grundlagen von Massnahmen, namentlich den wirkungsmächtigen psychiatrischen Expertisen, ist nahezu in jedem Fall nötig. Dafür müssen sich Strafverteidiger interdisziplinär weiterbilden. Es kommt dazu, dass im Kontext von Massnahmen Mandate oft lang dauern und die Klienten im Umgang anspruchsvoll sind. Straf-

verteidigung beinhaltet in diesen Fällen nicht nur Wissens- und Prozessberatung in einem üblichen Sinne, sondern vor allem auch Coaching der eigenen Mandanten und ist überdies strategisch wie taktisch besonders herausfordernd. Insgesamt ist das Massnahmenstrafrecht derzeit der in der Rechtsentwicklung dynamischste und bezüglich der Sicherung rechtsstaatlicher Standards bedeutendste Zweig der Strafverteidigung.

3. Die Weichenstellung im Vorverfahren: Psychiatrische Begutachtung

Im Vorverfahren entscheidet die Staatsanwaltschaft als Verfahrensleitung, welche Beweise sie abnimmt (Art. 308 StPO). Damit steht es weitgehend in ihrer Kompetenz zu entscheiden, ob eine psychiatrische Expertise angeordnet wird oder nicht. Ausser in Fällen, in welchen der Verdacht auf eine psychische Erkrankung offenkundig vorliegt, ist man als Verteidiger oft erstaunt, wann ein Gutachten in Auftrag gegeben wird und wann nicht. Die Praxen unterscheiden sich nicht nur von Kanton zu Kanton, sondern divergieren sogar bei Staatsanwälten in derselben Abteilung beziehungsweise bei der gleichen Staatsanwältin von Fall zu Fall. Gemessen an der Bedeutung, die eine solche Auftragsvergabe faktisch entfaltet, ist auch da der Spielraum der Staatsanwaltschaft enorm gross. Eine Prognose, ob eine Expertise eingeholt wird oder nicht, ist ausser in klaren Konstellationen fast nicht möglich. Und die Verteidigung hat kaum eine Handhabe, gegen die Anordnung eines Gutachtens vorzugehen.

Vor dem Hintergrund dieser Ungewissheit muss die Verteidigung die Mandantin beraten. Als Faustregel lässt sich festhalten, dass bei Gewalt- und Sexualdelikten wie überdies beispielsweise bei Drohungen psychiatrische Expertisen immer ein Risiko mit sich bringen, der Fall münde in eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB. Es kann sich deshalb eine Aussageverweigerung bei Einvernahmen aufdrängen, bei denen die beschuldigte Person Antworten deponieren könnte, welche die Staatsanwaltschaft auf die Idee einer Begutachtung bringen könnte. Es kommt dazu, dass Aussagen einem Psychiater potentiell auch Material liefern, welches dann einem Gutachten zugrunde liegen.

Will die Staatsanwaltschaft eine Begutachtung einholen, sollte die Verteidigung bei einem nicht geständigen Beschuldigten stets in Erwägung ziehen, ihr ein Tatinterlokut nahezubringen (Art. 342 Abs. 1 lit. b StPO). Bisläng hat sich diese Praxis nicht eingebürgert. Es lohnt sich, wenn die Verteidigung bei den Staatsanwaltschaften den Versuch unternimmt und dies auch in den Akten dokumentiert, damit vor Gericht darauf hingewiesen werden kann, dass

ein Interlokut sinnvoll gewesen wäre. Steter Tropfen höhlt den Stein. Bei einem Tatinterlokut beschränkt sich die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren darauf, den Sachverhalt abzuklären. Sie gibt kein Gutachten in Auftrag, sondern klagt beim Gericht an und stellt zusätzlich den Antrag, dass im Fall einer Sachverhaltserstellung gemäss Anklage eine psychiatrische Expertise in Auftrag zu geben sei. Das Gericht erstellt hernach in einem ersten Verfahrensteil nur den rechtserheblichen Sachverhalt. Wenn die Anklage sich als zutreffend erweist, wird gestützt auf diesen erstellten Sachverhalt ein Gutachten in Auftrag gegeben. Das Gutachten wird nicht bereits im Vorverfahren erhoben. Eine zu frühe Auftragsvergabe führt zu einem Belastungszirkelschluss und einer faktischen Unterwanderung der Unschuldsvermutung. Sodann droht ein Moraldilemma, wenn aus rechtlichen Gründen ein Freispruch angezeigt wäre, aber ein Sachverständiger eine Massnahme vorschlägt. Nicht zuletzt werden mit diesem Vorgehen überdies ökonomische und zeitliche Ressourcen gespart, wenn sich eine Expertise als überflüssig erweisen sollte, weil der Anklagesachverhalt gerichtlich nicht erstellt werden kann. In aller Regel lassen sich Staatsanwälte kaum auf ein Tatinterlokut ein. Immerhin ist es im Dialog mit der Staatsanwaltschaft gelegentlich möglich, den Begutachtungsprozess an das Ende des Vorverfahrens zu verlagern, wenn dies den Interessen der Klientin dient.

Ordnet die Staatsanwaltschaft eine Begutachtung an, kann man Ausstandsgründe gegen den Experten im Sinne von Art. 183 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 56 StPO geltend machen. Allerdings gelingt es bisweilen vorgängig auf eine eher informelle Art und Weise, im Gespräch mit der Staatsanwaltschaft einen Gutachter zu vermeiden, wenn gegen den vorgeschlagenen Experten Vorbehalte von der Verteidigung oder der beschuldigten Person bestehen. Zudem besteht das Recht auf Ergänzungsfragen. Von Ergänzungsfragen ist vor der Gutachtenserstellung abzuraten. Es sollte allerdings stets ein ausdrücklicher Vorbehalt platziert werden, dass nach Eingang der Expertise allenfalls noch Fragen gestellt werden. Denn ohne Kenntnis der gutachterlichen Einschätzung haben Fragen ins Blaue hinaus das Potential, zum Bumerang zu werden. Das Prozedere zur Anordnung einer Expertise wird allerdings manchmal gar nicht eingehalten, insbesondere werden gelegentlich die kodifizierten Grundsätze des rechtlichen Gehörs verletzt (Art. 184 Abs. 3 StPO). In diesen Fällen, aber auch wenn die Auftragsvergabe tendenziös oder suggestiv erfolgt, ist dezidiert zu opponieren. Gelegentlich gelingt es, im Dialog eine angemessene Auftragsvergabe zu erreichen. Notfalls ist Beschwerde zu führen, wenn die Staatsanwaltschaft nicht von sich aus bereit ist, die rechtlichen Vorgaben einzuhalten.

Besonders problematisch ist in der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die Verteidigung zu den Explorationsgesprächen der

Gutachterin mit der beschuldigten Person grundsätzlich nicht zugelassen wird. Das Bundesgericht hat jedoch festgehalten, dass zumindest in Ausnahmefällen die Teilnahme der Verteidigung zu gewähren sei (BGE 144 I 253). Derzeit ist unklar, wann diese Ausnahmen gegeben sind. Aufgrund der oben skizzierten Problematik sind solche Ausnahmefälle grosszügig anzunehmen. Ein Ausnahmefall dürfte gegeben sein, wenn die Begutachtung eines Nicht-Geständigen ansteht oder wenn aus anderen Gründen die Begutachtung den Schuldpunkt beeinflussen könnte, beispielsweise wenn eine Beeinflussung droht hinsichtlich der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes oder der möglichen Qualifikation eines Delikts. In diesen Fällen hat die Exploration immer auch den Charakter einer Sachverhaltsermittlung, da fast zwangsläufig Angaben zur Tat gemacht werden. Daher müssen die Parteirechte uneingeschränkt gelten, nicht zuletzt zur Wahrung des Nemo-tenetur-Grundsatzes (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II). Der Antrag auf Teilnahme am Explorationsgespräch ist in diesen Konstellationen stets zu stellen. Ebenfalls ist zu deponieren, dass die Explorationsgespräche audiovisuell aufzuzeichnen sind (Art. 76 Abs. 4 StPO) und der Experte anzuhalten ist, ein Wortprotokoll zu erstellen, was bisher nicht Standard ist. Ob die in Strafverfahren übliche Dokumentationspflicht künftig auch hier eingehalten wird, ist derzeit ebenfalls noch nicht geklärt. Der engagierten Verteidigung obliegt es, sich in den kommenden Jahren dezidiert für ein kontradiktorisches Verfahren mit entsprechenden Kontrollmöglichkeiten einzusetzen und der Entkernung des justizförmigen Verfahrens entgegenzutreten. Ansonsten kann sie ihrer Kontrollpflicht nicht ausreichend nachkommen und drohen sich bei Massnahmen Verfahren jenseits rechtsstaatlicher Prinzipien zu verfestigen.

Kommt es zur Begutachtung, so ist die Mitwirkungsverweigerung ernsthaft zu prüfen (Art. 185 Abs. 1 StPO), wenn der Vorwurf bestritten wird und ernsthaft eine stationäre Massnahme nach Art. 59 StGB droht. Gutachter klären nebst der Staatsanwaltschaft regelrecht den Sachverhalt ab. Bei subjektiven Tatbestandsmerkmalen (Vorsatz, Rechtfertigungsgründe etc.) kann dem Gutachten eine Schlüsselrolle zukommen, die sich bei Freispruchverteidigungen oft negativ auswirkt, gerade wenn der eigene Mandant verbal unbeholfen agiert. Umgekehrt kann sich eine Aussageverweigerung aber auch nachteilig auswirken. Man läuft in Gefahr, dass Sachverständige implizit von ihren subjektiven Vorstellungen über den Fall und die beschuldigte Person ausgehen und die Akten einseitig interpretieren. Psychiater haben bisweilen wenig Verständnis für juristische Verfahrensrechte, der unkooperative Explorand wird deshalb nicht als sympathisch wahrgenommen, was sich durchaus auch negativ zu Buche schlagen kann. Die Aussage zu verwei-

gern, wird für Beschuldigte ohne Anwesenheit der Verteidigung überdies erschwert, insbesondere weil Klienten in diesem Kontext oft psychisch angeschlagen sind. Erfahrungsgemäss gelingt es der beschuldigten Person in der Situation ganz auf sich allein gestellt vielfach nicht zu schweigen. Der Anwalt sollte ein allfälliges Schweigen daher jedenfalls vorher schriftlich ankündigen. Insgesamt lässt sich das Problem der Mitwirkung an psychiatrischen Expertisen bei bestrittenen Sachverhalten nicht abstrakt und mit einer eindeutigen Faustregel lösen, das Für und Wider halten sich sehr oft geradezu die Waage.

Bei einem geständigen Klienten bedarf es ohnehin der Einzelfallabwägung, ob sich aus der Begutachtung Chancen ergeben. Diese Abwägung hängt wiederum von vielen Faktoren ab. Auch da ist die Verweigerung der Mitwirkung bisweilen zielführend, wobei umgekehrt sogenannte Aktengutachten ohne Aussagen der Beschuldigten ebenfalls vernichtend sein können, vor allem dann, wenn belastendes Material bei den Akten liegt, namentlich von früheren psychiatrischen Berichten oder Expertisen. Umgekehrt ist aber auch eine Einschätzung zu treffen, ob eine Einlassung zu einer Massnahme führen kann, weil der Klient sich selber belastet. Die Abwägung ist vielfach auch da äusserst heikel.

Erschwerend ist überdies, dass die beschuldigten Personen sich bei Begutachtungen meist in Untersuchungshaft befinden. Die Ausarbeitung der Expertisen dauert lange und die Verteidigung vermag nahezu keinen Einfluss auf die Erstellungsdauer zu nehmen. Im Vorverfahren verlangt die Staatsanwaltschaft vom Gutachter oft, etwa bei Vorwürfen wegen Drohungen, dass er eine sogenannte Vorabeinschätzung zur Ausführungs- und Wiederholungsgefahr abgibt. Ohne solchen gutachterlichen Persilschein bringt man den Mandanten während des Begutachtungsprozesses bis zur Gerichtsverhandlung fast nicht aus der Haft, weil faktisch in diesen Konstellationen die Wiederholungsgefahr sozusagen vermutet wird; notgedrungen ist daher eine Mitwirkung in Erwägung zu ziehen. Dies gilt zumindest dann, wenn eine realistische Chance besteht, dass der Klient vor dem Hauptverfahren entlassen wird, und wenn kein Risiko für eine stationäre Massnahme besteht beziehungsweise auch sonst keine Gründe gegen eine Einlassung sprechen.

4. Hauptverfahren: Kritik der Expertise

Für den Fall, dass eine Expertise günstig ausfällt und diese der Verteidigungsstrategie sowie den Prozesszielen zupasskommt, erübrigen sich weitere Ausführungen: Die Verteidigung wird bei der Antragsstellung im Vor- oder Hauptverfahren darauf Bezug nehmen.

Ist das Gutachten dagegen ungünstig, lässt sich dessen Korrektheit nur mit beträchtlichem Aufwand überprüfen. Die Auseinandersetzung der Verteidigung mit dieser wichtigen Entscheidungsgrundlage hat deshalb unmittelbar nach deren Eingang zu beginnen. Ein Einfallstor sind hier zunächst formelle Erfordernisse an die Gutachten, auf die auch das Bundesgericht immer wieder insistiert. Es ist unabdingbar, diese Anforderungen von Rechtsprechung und Dogmatik exakt zu studieren. Denn nicht selten gelingt es, auf diese Weise, den Verfasser einer inhaltlich ungünstigen Expertise zu disqualifizieren und die Chance auf eine Neubegutachtung des Klienten markant zu steigern.

Auch eine inhaltliche Beschäftigung mit den Gutachten ist zwingend. Dabei ist nötigenfalls psychiatrische und interdisziplinäre Fachliteratur zurate zu ziehen, wobei beispielsweise gerade die Basler Kommentare StGB bzw. StPO bereits sehr viel Basiswissen bereitstellen, das vielfach auch genügt. Die pflichtbewusste, engagierte Verteidigung kann und muss sich hier nötigenfalls aber auch darüber hinaus einarbeiten, was aufwändig, aber machbar ist. Berührungsängste mit psychiatrischen Fachfragen sind zwar nachvollziehbar; ein gewisser Mut fremdes Terrain zu betreten, tut hier aber Not, zumal das Gebiet auf einem gehobenen Laienniveau durchaus erschliessbar ist. Die Verteidigung kommt ohnehin nicht mehr umhin, sich zumindest einen solchen Wissenshorizont anzueignen, dass sie in der Lage ist, die psychiatrische Fachsprache und den Inhalt der Expertisen, wenn auch nicht in jedem Detail, aber immerhin über weite Strecken zu verstehen und zu beurteilen. Es geht letztlich um eine Einschätzung, ob ein Gutachten konsistent und überzeugend erscheint oder Begründungslöcher aufweist. Die erforderlichen Fachkenntnisse lassen sich aufgrund von eigens für Juristen verfasster forensisch-psychiatrischer Literatur (gerade aus Deutschland) gut erwerben. Hilfreich sind zudem auch interdisziplinäre Fortbildungen. Je tiefer man sich in die forensische Psychiatrie einarbeitet, umso mehr wird klar, dass deren Erkenntnisse nicht den Standards einer exakten Wissenschaft entsprechen, sondern sie sind – wie die Jurisprudenz – stark von der jeweiligen Ausrichtung der Fachkraft und deren individuellen Wertvorstellungen geprägt. Entsprechend lassen sich Expertisen, nicht selten durch die Verteidigung, auch relativ leicht infrage stellen. Dies gilt nicht zuletzt für die im Massnahmenrecht sehr häufig relevanten verschiedenen Formen einer Persönlichkeitsstörung sowie für die Fragen rund um die Behandelbarkeit oder die Risikoanalyse, welche den Verfahrensausgang zentral beeinflussen. Das letztgenannte Thema ist ebenso wie die Anordnungsvoraussetzung der rechtsgenügenden Schwere einer psychischen Störung ohnehin nicht rein psychiatrischer Natur. Die Verteidigung ist daher nicht nur legitimiert, sondern auch verpflichtet, sich vertieft einzulassen. Die Erschliessung dieses

Fachwissens ist heute unabdingbar, ansonsten die Verteidigung den Sachverständigenmeinungen geradezu ausgeliefert ist. Überdies neigen Gerichte nach wie vor dazu, die Expertisen von sich aus nicht ausreichend zu hinterfragen, sofern die Verteidigung den Finger nicht mit entsprechendem Wissen auf den wunden Punkt legt. Bringt sich die Verteidigung dagegen ein, so vermag sie immer wieder sowohl auf die Frage der Anordnung oder zumindest der Ausgestaltung von Massnahmen entscheidenden Einfluss zu nehmen.

Doch selbst wenn sich die Verteidigung Kenntnisse über die nötigen Standards solcher Expertisen aneignet und sich fortbildet, bedarf sie am Ende oft der *second opinion* eines Privatgutachters. Ansonsten kann die Qualität einer offiziellen Expertise letztlich nur erschwert eingeschätzt und vor allem nicht überzeugend vor Gericht hinterfragt werden. Gutachten werden heute gerade wegen der klaren höchstrichterlichen Anforderungen formal weit korrekter ausgearbeitet als noch vor einigen Jahren. Daher reichen bisweilen auch private methodenkritische Stellungnahmen, die sich nur dazu äussern, ob der Sachverständige *lege artis* vorging, nicht mehr aus, sondern es bedarf einer gründlicheren Auseinandersetzung des privat beigezogenen Sachverständigen mit dem amtlichen Gutachten. Auch für die Beantwortung der schwierigen Fragen, ob die Verteidigung den Antrag auf Vorladung des Experten als sachverständigen Zeugen vor Gericht stellen soll und, wenn ja, was sie dort sinnvoll ergänzend fragen kann, benötigt sie in aller Regel die Hilfe einer privaten Fachkraft. Denn ersucht die Verteidigung um ergänzende Vernehmung des Gutachters, so ist mittlerweile damit zu rechnen, dass das Gericht dem stattgibt. Die Thematik eines entsprechenden Antrags ist damit von grosser praktischer Relevanz und hat immer wieder das Potential, eine gründliche Vorbereitung vorausgesetzt, eine Expertise zu erschüttern. Es kommt nicht selten vor, dass so Widersprüche in der Beurteilung zutage gefördert werden und/oder Sachverständige negative, apodiktische Einschätzungen relativieren; gerade in Grenzfällen Verwahrung versus stationäre Massnahme oder stationäre Massnahme versus ambulante Massnahme kann die mündliche Befragung das Terrain für die mildere Variante ebnen.

Bei amtlichen Verteidigungen gibt es Entscheide, wonach der Staat diese Kosten einer privaten psychiatrischen Expertise als Spesen zu ersetzen hat. Der gewährte Umfang der Kosten und weitere Fragen sind ungeklärt. Gewisse Risiken der amtlichen Verteidigung bleiben daher bestehen, wenn sie eine solche *second opinion* vorschiesst und der Klient dies nicht selber berappen kann. Überdies kommt es durchaus vor, dass eine Privatbegutachtung ungünstig ausfällt und deshalb nicht eingereicht wird; in diesem Fall kann die Verteidigung die Kosten ohnehin nicht geltend machen. Zudem ist

ein privater Experte nicht leicht zu finden, denn forensische Psychiater sind meist ausge- oder überlastet und arbeiten in der Regel lieber als amtliche Sachverständige. Und selbst wenn am Ende ein dem offiziellen Gutachten widersprechendes Privatgutachten bei den Akten liegt, wird dieses von der Rechtsprechung als mit grösster Vorsicht zu würdigende Parteibehauptung abgewertet. Im Ergebnis geht es daher bei Privatgutachten meist vor allem darum, eine amtliche Zweitbegutachtung zu erwirken.

Eine solche private Expertise erhöht die Chance auf Gutheissung des Antrages einer beschuldigten Person auf eine offizielle Zweitbegutachtung markant. Allerdings sind auch sonst Ansätze einer Trendwende beobachtbar; bei einer sehr gründlichen Auseinandersetzung durch die Verteidigung mit der Expertise und den sich stellenden Rechtsfragen, verbunden mit dem Antrag auf Einsetzung eines zweiten Sachverständigen, ist es auch ohne Privatgutachten möglich, eine zweite Begutachtung zu erwirken. Es scheint vermehrt in juristischen Fachkreisen ein Unbehagen aufzukommen, wenn es in der bisher grössten Anzahl der Fälle bei einer amtlichen gutachterlichen Meinung geblieben ist, die ohne eine andere Stimme nur schwer in Zweifel gezogen werden kann. Diese Praxis weckt bei kritischen Richterinnen, wohl auch vor dem Hintergrund der Erfahrung, dass vor allem Prognosen in psychiatrischen Gutachten mit Vorsicht zu geniessen sind, immer mehr Bedenken. Eine wachsende Anzahl von Gerichten versucht dieser faktischen Entscheidungsdelegation an Sachverständige entgegenzutreten; die Auffassung, dass diese normativen Expertisen stärker lediglich als Hilfsmittel einer unvoreingenommenen richterlichen Entscheidungsfindung angesehen werden müssten, gewinnt an Terrain. Es obliegt deshalb der Verteidigung, dezidiert auf rechtliche Grundsätze hinzuweisen und dem drohenden Automatismus, dass Meinungen von psychiatrischen Experten nahezu direkt Eingang in Urteile finden, mit fundierten juristischen Argumenten entgegenzutreten, zumal die Bereitschaft zunimmt, diesen Standpunkt ernst zu nehmen.

5. Nach dem Verfahren ist vor dem Verfahren: Der Straf- und Massnahmenvollzug

Wenn ein Urteil rechtskräftig abgeschlossen wird, ist bei angeordneten stationären Massnahmen, aber auch bei ambulanten Massnahmen, Suchtbehandlungen und selbst bei herkömmlichen Freiheitsstrafen mit einem sogenannten gerichtlichen Nachverfahren auf Verlängerung oder Änderung der Sanktion zu rechnen (Art. 363 ff. StPO). Das Prinzip der Rechtskraft und die Voraussehbarkeit der Sanktion werden dadurch stark unterminiert. Die

Strafverteidigung hört in vielen Fällen nicht mehr mit Abschluss des regulären Strafverfahrens auf. Es ist allerdings gut zu überlegen, ob nach einer Verurteilung der Fall nicht einer Kollegin ausserhalb der eigenen Kanzlei zu übergeben ist. Oftmals tut ein frischer Blick in diesem Zeitpunkt dem Überdenken der Verteidigungsstrategie gut.

Im Rahmen dieser Einführung in die Strafverteidigung können strategische, taktische und tatsächliche Fragen der Vertretung im Vollzug nicht im Detail abgehandelt werden. Einige Hinweise müssen genügen: Im Vollzugsstadium werden unter verwaltungsrechtlichen Rahmenbedingungen im Gefängnis beziehungsweise in Massnahmenzentren als totale Institutionen mit nahezu durchgehender Überwachung des Insassen tatsächliche Grundlagen geschaffen, die für Vollzugslockerungen von Bedeutung sind, aber dann auch in allfälligen gerichtlichen Nachverfahren das Beweisfundament bilden. Zentral sind dabei Therapieberichte, psychiatrische Expertisen und die wirkungsmächtigen Einschätzungen von Fachkommissionen (Art. 62d Abs. 2 StGB). Fachkommissionen sind ein Beratungsgremium, das sich vor allem aus Vertretern des Strafvollzugs, der Strafverfolgung und der Psychiatrie zusammensetzt und Empfehlungen zuhanden der Vollzugsbehörden ausspricht. Die Empfehlungen wirken sich im Vollzug geradezu determinierend aus. Der Verteidigung obliegt es, auf rechtsstaatliche Grundsätze zu insistieren, denn im Straf- und Massnahmenvollzug sind zahlreiche Rechtsfragen nicht geklärt. Insbesondere fehlt es beispielsweise an der soliden juristischen Vermessung einer Ungefährlichkeitsvermutung als möglichem Pendant zur Unschuldsumvermutung im Strafverfahren. Erschwerend kommt dazu, dass bisher kein Anspruch auf durchgehende amtliche Verteidigung während des Vollzugs besteht; die Verteidigung hat deshalb darum zu kämpfen, für ihre Bemühungen überhaupt entschädigt zu werden.

Die spezialisierte Verteidigung kann sich insgesamt oft des Eindrucks nicht erwehren, im Massnahmenvollzug würden Grund- und Freiheitsrechte strukturell von politisch aufgeladenen Sicherheitserwägungen verdrängt. Die Normierungsdichte in unserer Gesellschaft ist hoch und wächst täglich. Aber ausgerechnet dort, wo es um einen potentiell unbegrenzten Freiheitsentzug geht, gibt es kaum gesetzliche Normen, auf die man sich als Anwalt berufen kann. Die Aufgabe der Verteidiger besteht im Strafverfahren im konfrontativen Insistieren auf dem Recht. Das Massnahmensystem ist dagegen so angelegt, dass die Leute meist erst entlassen werden, wenn sie vorher lange kooperieren. Verweigerung von allen Therapien oder Begutachtungen führt nach einer Verurteilung selbst bei nur mittelschwerer Delinquenz dazu, dass die Betroffenen kaum mehr in Freiheit gelangen. Dies unterminiert den Kern einer echten Verteidigung und zwingt faktisch ein Stück weit

zur Anpassung. Man kommt deshalb im Vergleich zur klassischen Verteidigung nicht umhin, noch mehr einzelfallbezogen zu arbeiten. Die Frage beschäftigt Verteidigung und Klient im Vollzug ständig, ob und wie viel Widerstand sie leisten können, wo es sinnvoll ist, Rechtsmittel auszuschöpfen, und wo der Klient sich den vorgegebenen Rahmenbedingungen anpassen muss. Dies bedingt bei der Verteidigung eine fundierte Auseinandersetzung mit den sachlichen und rechtlichen Details jedes Einzelfalls. Erst auf dieser – in Kleinarbeit erarbeiteten und solid gelegten – Basis gelingt es dann der Verteidigung, gemeinsam mit dem Mandanten eine Art Gendarstellung zu entwickeln und platzieren zu den dominanten und sich im Vollzug oft in der Wechselwirkung von Institutionen, Vollzugsbehörden und Sachverständigen chronifizierenden Bildern zum Fallverlauf.

Ein solches umsichtiges Vorgehen ist besonders wichtig: Während man in einem Strafprozess bis zur Rechtskraft einer Verurteilung oder eines Freispruchs vor allem auch juristische Instrumente grundsätzlich entschieden nutzen kann, weil die Unschuldsvermutung gilt und es andere austarierte Verfahrensregeln gibt, droht im Massnahmenvollzug bei zu viel Renitenz oder schon nur bei einem aufgrund einer Persönlichkeitsstörung primär unangepassten Verhalten ein dauerhafter Wegschluss. Zwar kann es auch in herkömmlichen Strafverfahren vonseiten der Strafjustiz zu Retorsionsmassnahmen bei zu massivem Widerstand kommen, was die Verteidigung bei ihrem Vorgehen miteinzubeziehen hat; auch da ist nicht jeder Kampf zielführend. Im Massnahmenvollzug ist aber die Kooperation der deklarierte Dreh- und Angelpunkt, was die Ausgangslage doch fundamental verändert. Wie hier klug verteidigt werden kann, ist eine Thematik, die generell und in Einzelfällen zu erschliessen ist und über das bewährte Repertoire hinausgeht. Wer sich beruflich auf die Verteidigung im Vollzugsstadium einlassen will, muss sich deshalb gründlich in die Thematik einarbeiten und bereit sein, sich streckenweise *pro bono* zu engagieren. Entschädigt wird er mit einer Arbeit, die kaum Routine kennt, und einem Engagement in einem Bereich, der heute einen der Prüfsteine des Rechtsstaats darstellt. Gerade wer ein Interesse an der Schnittstelle von Recht und Psychiatrie hat und sich für einen fairen gesellschaftlichen Umgang mit Marginalisierten einsetzen möchte, findet hier ein ideales Wirkungsfeld.

6. Nachverfahren: Insistieren auf einen Strafprozess

In gerichtlichen Nachverfahren wird auf Antrag von Vollzugsbehörden im Anschluss an den Straf- und Massnahmenvollzug unter anderem darüber entschieden, ob eine Sanktion zu verändern oder zu verlängern ist (Art. 36 ff.

StPO). Die Aufgabe der Verteidigung besteht darin, die tatsächlichen Grundlagen (namentlich Therapieberichte sowie psychiatrische Expertisen) analog dem Hauptverfahren kritisch zu hinterfragen. Der Erarbeitung eines soliden Verteidigungsplots in Auseinandersetzung mit sachlichen Details als Grundlage für die Präsentation des eigenen Standpunkts kommt eine ganz besonders hohe Bedeutung zu. Oftmals sind Vollzugsakten derart umfangreich, dass sich bei allen Akteurinnen geradezu zwangsläufig selektive Wahrnehmungen und Verzerrungen einschleichen. Bisweilen werden Fallverläufe von einseitigen und sich ständig reproduzierenden Bildern geprägt, die sich über die Jahre immer mehr verfestigen. Der Verteidigung obliegt es hier, einer Historikerin gleich, entscheidende Wegmarken bei der Fallgenese minutiös aufzuspüren und zu hinterfragen. Gleichzeitig hat sie darauf zu insistieren, dass gerichtliche Nachverfahren nach herkömmlichen strafprozessualen Grundsätzen abgehandelt werden. Denn das juristische Terrain ist längst nicht abschliessend durch die Rechtsprechung vermessen. Das Ringen um den Sachverhalt, das Storytelling und die rechtlichen Argumente in Einklang zu bringen, ist deshalb gerade bei Nachverfahren eine der spannendsten Aufgaben der gegenwärtigen Verteidigungspraxis, die viel Fingerspitzengefühl, Knochenarbeit und strategisches Gespür fordert.

Die breite juristische Thematik kann vorliegend allerdings nur rudimentär behandelt werden. Zentral ist, dass die Verteidigung insgesamt den Import von Beweisen aus dem Vollzug, die nach verwaltungsrechtlichen Kriterien erhoben wurden, unter strafprozessrechtlichen Gesichtspunkten prüft. Ansonsten entfalten die Akten und Sichtweise des Massnahmenvollzugs ein geradezu determinierendes Gewicht. Dabei ist, sofern strategisch sinnvoll, darauf zu bestehen, dass Therapieberichte und psychiatrische Expertisen nach kontradiktorischen Prinzipien, unter anderem mittels mündlicher Einnahmen von sachverständigen Zeugen, hinterfragt werden können und Gutachten den strafprozessualen Grundsätzen von Art. 140 f. StPO genügen. Zudem ist die rechtsstaatliche Problematik der – in den Akten liegenden – Einschätzungen der Fachkommissionen für Gerichtsverfahren immer wieder anhand des konkreten Einzelfalls zu thematisieren. Ansonsten können Berichte der Fachkommissionen nicht nur den Vollzug, sondern auch Gerichtsentscheide, zumindest unbewusst, beeinflussen. Dies auch gerade deshalb, weil oft leitende Staatsanwältinnen und psychiatrische Experten daran mitwirken, die daneben als Sachverständige amten; was diesen Stellungnahmen faktisch eine zusätzliche Autorität verleiht. Dabei wird vielfach von Gerichten verkannt, dass der Fokus der Fachkommission auf reinen Vollzugsfragen liegt. Daher ist vor Schranken deren Stellenwert grundsätzlich in Zweifel zu ziehen, zumal bei deren Erstellung Art. 182 ff. StPO nicht beachtet wird, sie

mithin in Nachverfahren nicht zum Nachteil verwertet werden dürfen. Hat man zudem den Eindruck, dass Einschätzungen von Fachkommissionen und/oder von Vollzugseinrichtungen psychiatrische Expertisen über Gebühr und unsachlich beeinflussen, so ist dies aufzuzeigen. Das bedingt eine minutiöse Auseinandersetzung und eine geradezu vergleichend-linguistische Exegese der zahlreichen Akten. Erst so kann vielfach belegt werden, wie Vorstellungen und einseitige, sich perpetuierende Fallnarrative die konkrete Einschätzung im Einzelfall aller Akteure prägen können.

Indessen ist das Nachverfahren wegen seiner faktischen Verzahnung von Strafprozessrecht und Verwaltungsrecht juristisch alles andere als eindeutig geklärt; zumal es in dieser Form eine junge Erscheinung ist. Die engagierte Verteidigung hat dadurch die Möglichkeit, in gründlicher Auseinandersetzung mit dem konkreten Aktenmaterial und insbesondere auch unter Berücksichtigung strafprozessualer Grundsätze wie derjenigen der Europäischen Menschenrechtskonvention, zentrale rechtliche Pionierarbeit zu leisten. In der Praxis zahlt sich hartnäckige juristische Opposition zwar oft nicht dahingehend aus, dass man vollständig obsiegt. Immerhin führt dies aber recht häufig dazu, dass Gerichte zumindest Verhältnismässigkeitsgesichtspunkte eher berücksichtigen, so dass man markant mildere Urteile als von der Vollzugsbehörde beantragt erwirken kann. Beispielsweise wird dann eine stationäre Massnahme bloss um zwei oder drei statt fünf Jahre verlängert.

7. Aus- und Seitenblick: Sicherheitsgesellschaftliche Gefahrenabwehr statt liberales Schuldstrafrecht

Zusammenfassend lässt sich festmachen, dass im Massnahmenrecht die Grenzen zwischen reaktivem Strafen und Verhinderung künftiger Delinquenz sowie Straf- und Verwaltungsrecht zunehmend verwischen und die Verteidigung sich daher mit neuartigen Anforderungen konfrontiert sieht. Bewährte strafprozessrechtliche Regeln drohen entkernt zu werden. Diese Entwicklung lässt sich in eine generelle Tendenz einordnen: Nebst diesem Präventionsstrafrecht entsteht zunehmend auch Verwaltungsrecht mit punitivem beziehungsweise überwachendem Charakter. Unerwünschte Migrantinnen werden mittels Eingrenzungen und Rayonverboten in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Zudem können sie unter dem Titel Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft bis zu achtzehn Monate im Gefängnis inhaftiert werden, allein deshalb, weil eine Ausschaffung in ihr Herkunftsland nicht sofort möglich ist (Art. 75 ff. AIG). In Erlassen wie dem Hooligan-Konkordat vermischen sich strafende und überwachende Massnahmen. Nachrichtendienstliche Befugnisse und polizeiliche Massnahmen

zur Bekämpfung von Terrorismus werden laufend ausgedehnt. Auch das Sozialrecht ist zunehmend von stark invasiven Sanktionen und Überwachungen durchsetzt. Und Erkenntnisse aus diesen Verfahren werden in Strafverfahren exportiert, was komplizierte Abgrenzungs- und Beweisverwertungsfragen nach sich zieht.

Insgesamt entstehen zahlreiche hybride Formen von Straf- und Verwaltungsrecht; Polizei- und Strafprozessrecht fließen ineinander über. Schuld oder angemessene Strafen als Bezugsrahmen verlieren bei diesem neuen pönalen und überwachenden Zugang an Bedeutung und vermischen sich mit Überwachung und Kontrolle. Die Freiheitssphäre vor allem von wenig Privilegierten, Migrantinnen und Marginalisierten wird enger. Möglicherweise wird sich daher ein künftiger kritischer Anwaltstypus neben der Verteidigung in herkömmlichen Strafverfahren nahezu zwangsläufig mit solchen Mischformen beschäftigen.

IX. Besonderheiten der Jugendstrafverteidigung

1. Ausgangspunkte

Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben ist heute unbestritten, dass das Recht auf Verteidigung auch im Jugendstrafrecht gilt. Ihre Aufgabe und Funktion entsprechen grundsätzlich dem Erwachsenenstrafrecht: Sie wahrt einseitig und konsequent die Rechte und Parteiinteressen der jugendlichen Klientin und nicht der gesetzlichen Vertretung. Die Verteidigung hat sich primär am Willen der Jugendlichen zu orientieren. Sie arbeitet – auch wenn psychosoziale Kenntnisse für ihren Auftrag zentral sind – nicht justiziell-pädagogisch. Obwohl Jugendstrafverteidigung damit primär Verteidigung bleibt und sich an den üblichen Regeln des Verteidigerhandwerks orientiert, gibt es gewisse Unterschiede zur Arbeitsweise des Erwachsenenstrafverteidigers, auf die sich die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren.

Jugendstrafbehörden, Sozialarbeiterinnen und gesetzliche Vertretung (meist die Eltern) haben aufgrund ihres Auftrags oder ihrer Vorbefasstheit einen anderen Blickwinkel auf den Fall. Die von ihnen vertretenen Anliegen kollidieren mitunter mit den Interessen der Jugendlichen. Die Behörden haben zwar neben der reinen Strafverfolgungsfunktion einen pädagogischen Auftrag (Art. 2 Abs. 1 JStG). Sie vermögen aus verschiedenen Gründen die Partizipation und den Willen der Jugendlichen oft nicht ausreichend zu berücksichtigen. Eine an den Anliegen der beschuldigten Jugendlichen orientierte Verteidigung bildet nicht nur ein institutionalisiertes Gegengewicht dazu,

sondern stellt im Jugendstrafsystem eine Ergänzung dar, die in einem den Kinderrechten verpflichteten Staat unabdingbar ist. Verteidigung ist nicht nur ein Instrument zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, sondern dient der Partizipation der Jugendlichen.

Der Verteidigung in Jugendstrafverfahren wurde immer wieder mit Argwohn begegnet. Man befürchtete, sie könnte erzieherische Bemühungen torpedieren. Gewisse paternalistische Vorstellungen werden bis heute immer wieder in die Jugendstrafverteidigung hineingetragen. Behörden wie Erziehungsberechtigte erwarten oft von der Verteidigung, dass diese erzieherisch auf Jugendliche einwirke.

Indessen gilt auch bei Jugendlichen ein partnerschaftliches Verteidigungsverständnis. Die Verteidigung soll im Innenverhältnis mit der Jugendlichen deren kurz- und langfristige Interessen und die Vor- und Nachteile von Sanktionen beziehungsweise von verschiedenen Strategien eingehend erörtern. Sie darf und soll gegenüber der jugendlichen Klientin ihre Auffassung einer sinnvollen Zukunftsgestaltung einbringen. Im Aussenverhältnis gegenüber Dritten entspricht ihre Aufgabe derjenigen der Erwachsenenstrafverteidigung. Für eine Distanzierung von den Interessen und dem Willen der Jugendlichen, selbst mit wohlmeinenden pädagogischen Absichten, besteht kein Raum. Die erzieherische Orientierung am Kindes- oder Jugendlichenwohl bringen andere Verfahrensbeteiligte ein; die Verteidigung vertritt die Jugendliche dagegen konsequent anwaltlich.

Eingangs ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass im Stadium der Feststellung der Tat- und Schuldfrage die Verteidigung nach den üblichen strafprozessualen Regeln des Erwachsenenrechts geboten ist. Dafür bedarf es einschlägiger rechtlicher Kenntnisse und prozessualer Erfahrung. Solange das Jugendstraf(prozess)recht sich wie heute weitgehend im erwachsenenstraf(prozess)rechtlichen System bewegt, ist das Handwerk einer verurteilten Strafverteidigerin unabdingbar.

Im Bereich des Findens der geeigneten Sanktion hat die Verteidigung – im Innenverhältnis mit der Klientin wie im Aussenverhältnis gegenüber Dritten – eine wichtige Rolle zu spielen. Hinsichtlich der Strafart und des Strafmasses, vor allem bei einer allfälligen Unterbringung in sozialpädagogischen oder psychiatrischen Institutionen muss sie aus Sicht der Jugendlichen parteilich deren Interessen einbringen und die Jugendliche informieren und beraten. Gerade da unterscheidet sich das Jugendstrafverfahren massgeblich vom Erwachsenenstrafverfahren, weil die Massnahmen beziehungsweise Institutionen für Jugendliche variationsreicher sind als bei Erwachsenen. Zudem beginnt der Schutzmassnahmenvollzug aufgrund von vorsorglichen Platzierungen oftmals früh, das heisst bereits im Vorverfahren,

mithin vor einer Hauptverhandlung. Demnach bedarf es eines strafrechtlichen und strafprozessualen Rüstzeuges, psychosozialer Fähigkeiten und eines guten Zugangs zu Jugendlichen sowie Kenntnissen über die jugendstrafrechtliche Vollzugslandschaft sowie das Jugendstraf(prozess)recht. Deshalb ist Jugendstrafverteidigung eine Kür der Strafverteidigung und nicht eine Verteidigung zweiten Ranges.

2. Verteidigung und Klientin

a) Der Wille und die Interessen der Jugendlichen

Die Verteidigung ist dem Willen und den Interessen der Jugendlichen verpflichtet. Daher darf die urteilsfähige, aber unmündige Jugendliche selbst eine Verteidigung mandatieren und bevollmächtigen (Art. 23 JStPO). Das Mandatsverhältnis unterscheidet sich diesbezüglich kaum von einem anderen anwaltlichen Auftrag. Bei einer Mandatierung allein durch die Jugendliche ist indessen wohl nahezu immer ein Gesuch um amtliche Verteidigung nötig. Im Aussehenverhältnis, im Umgang mit Behörden und gesetzlicher Vertretung (das heisst meist den Eltern), schuldet die Verteidigerin der Jugendlichen Loyalität. Jugendliche haben in aller Regel ein gutes Sensorium, ob die Verteidigung zu ihr steht. Ihnen ist oft fast noch wichtiger als Erwachsenen zu spüren, dass jemand an ihrer Seite ist und ihre Anliegen ernst nimmt.

Es soll nicht negiert werden, dass dies die Verteidigung recht oft auf die Probe stellt. Jugendliche wünschen sich in Strafverfahren selbst nach eingehenden, kritischen Besprechungen relativ oft etwas, das kaum durchsetzbar ist, oder lehnen ab, was kaum vermeidbar ist. Die Verteidigung muss dies aushalten und den Standpunkt des Jugendlichen gegen Dritte vertreten. Dieses konsequente Einstehen der Verteidigung für Klientinneninteressen stösst immer wieder bei gesetzlicher Vertretung, Gerichten und Behörden auf Unverständnis. Einer erfahrenen Verteidigerin ist dies zwar alles aufgrund ähnlicher Reaktionen in ihrem angestammten Gebiet vertraut. Pädagogische Absichten von Behörden und Eltern können eine negative Reaktion auf das Wirken der Verteidigung noch verstärken.

Eine weitere Herausforderung besteht darin, dass der Wille der Jugendlichen oft schwieriger abzuklären ist als bei Erwachsenen. Dies bedingt, dass sich die Jugendstrafverteidigerin noch vertiefter und ausgedehnter mit ihrer Mandantin auseinandersetzen muss als in der Erwachsenenverteidigung. Respektvolle, eingehende Gespräche sind unabdingbar, um die nötige Nahbarkeit herzustellen. Auch dann ist der Zugang für die erwachsene Verteidigerin zur Klientin manchmal nicht einfach: Jugendliche haben andere Prioritäten als Erwachsene, sind oft im und um das Verfahren sehr emotionalisiert,

schätzen die Lage nicht adäquat ein und empfinden das Verfahren subjektiv als eine «Alles-oder-nichts»-Situation. Es ist daher zentral, den Kontakt zur Klientin selbst dann aktiv zu suchen, wenn diese sich nicht mehr meldet und ein Austausch aus prozessualen oder anderen Gründen wichtig ist. Mehrheitlich schätzen Jugendliche ein regelmässiges Nachfragen über ihre aktuelle Situation. Ein kontinuierlicher Austausch über die Lebensumstände der Jugendlichen verbessert zudem die Vertrauensbasis. Altersbedingt sind sie zudem oft sprunghaft, ihr Zeitbegriff entspricht nicht der Erwachsenenuhr, der Wille wechselt rasch und ist vielfach ambivalent; auf der einen Seite wollen sie oft eine Entwicklung (mit-)machen, die sie auf der anderen Seite verweigern. Dritte wie Freundinnen und Kolleginnen, aber auch die Eltern und andere Erwachsene, welche im Rahmen von solchen Verfahren auf die Jugendlichen einwirken, spielen zudem bei der Willensbildung eine entscheidende Rolle. Die Aufgabe der Jugendstrafverteidigung besteht darin, den authentischen Willen der Jugendlichen sorgfältig zu eruieren und ins Verfahren einzubringen.

Die Verteidigung muss die Konsequenzen und den Gang des Verfahrens der Jugendlichen aufzeigen, mögliche Zukunftsszenarien besprechen und im Gespräch kritisch auf ihre Realisierungschancen prüfen. Der Verfahrensablauf ist oft weniger prognostizierbar als im Erwachsenenstrafrecht. Die Behörden haben ein grösseres Ermessen, und eine formalrechtlich identische Massnahme kann etwa bei Platzierungen in der Lebenswelt der Jugendlichen völlig andere Folgen nach sich ziehen, denn die Kulturen und konkreten Ausprägungen dieser Institutionen unterscheiden sich. Aktuelle Kenntnisse über diese Angebotslandschaft sind für eine Verteidigerin wichtig beziehungsweise bei Kollegen einzuholen.

b) Aufgabe der Jugendstrafverteidigung

Der Jugendstrafverteidigung obliegt es, wie in jeder anderen Verteidigung, mit der (jugendlichen) Klientin Grundentscheidungen des Strafverfahrens, wie Einlassung zur Sache oder Aussageverweigerung, Bestreiten oder Anerkennen des Sachverhaltes, Stellen von Beweisanträgen und Einlegen von Rechtsmitteln, zu besprechen. Nach dem oben beschriebenen Auftrag erfolgt dies an sich grundsätzlich nach der üblichen Abwägung einer Erwachsenenstrafverteidigung; sowohl Beratungsort wie Beratungsform sind der Jugendlichen möglichst massgeschneidert anzupassen.

Relativierend ist zu berücksichtigen, dass Jugendliche erfahrungsgemäss noch weniger als Erwachsene in der Lage sind, prozessuale Verhaltensstrategien wie beispielsweise eine Aussageverweigerung konsequent durch- und auszuhalten; dem ist bei der Beratung Rechnung zu tragen. Es kommt dazu,

dass es für eine Jugendliche auch persönlich sinnvoll sein kann, eine Sache mit einem Geständnis zu bereinigen, weil allein das Verfahren eine Belastung darstellt; in der bilateralen Diskussion zwischen Verteidigung und Klientin soll dies durchaus in die Erwägungen mit einbezogen werden, wobei dies die konsequente Vertretung im Aussenverhältnis nicht torpedieren darf, will die Klientin den verfahrensrechtlichen Spielraum voll ausschöpfen. Ausserdem sind die strafrechtlichen Folgen einer Verurteilung oft weit weniger eingriffsintensiv als bei Erwachsenen. Die Sanktionen sind milder, es droht grundsätzlich kein Landesverweis, und Strafregistereinträge zeitigen weniger gravierende Folgen beziehungsweise werden Verurteilungen sehr viel seltener überhaupt eingetragen. Es ist daher deutlich häufiger als im Erwachsenenstrafrecht sinnvoll, etwas einzugestehen und einen Schlussstrich zu ziehen. Jugendanwaltschaften haben überdies auch einen weiteren Auftrag als Staatsanwaltschaften. Neben der Strafverfolgung obliegt es ihnen, pädagogische Gesichtspunkte einzubeziehen, was die ganze Verfahrenskultur und den Umgang mit beschuldigten Personen prägt. Insgesamt erweist sich die Abwägung bei Jugendlichen in vielen Fällen als etwas anders als bei Erwachsenen; zumindest so lange, wie sich die Gesetzgebung nicht dazu hinreissen lässt, sogar für Jugendliche Massnahmen ohne Befristung oder gar Verwahrungen einzuführen.

Dies soll allerdings nicht als Plädoyer für ein grundsätzliches Anerkennen der Vorwürfe bei Jugendlichen verstanden werden: Vor allem wenn ein schweres Delikt zur Debatte steht, etwa im Sexualstrafrecht, oder adhäsionsweise massive Zivilansprüche drohen, beispielsweise bei Sachbeschädigungen an Demonstrationen oder durch Sprays, kann eine entschiedene Linie nach allen Regeln der Verteidigungskunst durchaus indiziert sein.

3. Verteidigung und Eltern (gesetzliche Vertretung) der Klientin

a) Die Rolle der Eltern (der gesetzlichen Vertretung) in Jugendstrafverfahren

Die Eltern (gesetzliche Vertretung) der Jugendlichen haben Parteistellung im Jugendstrafverfahren (Art. 18 lit. b JStPO). Dieser Einbezug ist durchaus sinnvoll; denn sie wollen und sollen über die Zukunftsgestaltung der Jugendlichen mitreden. Es ist auch legitim, dass die Eltern (die gesetzliche Vertretung) sich zur Wahrung ihrer eigenen Rechte im Jugendstrafverfahren anwaltlich vertreten lassen können. Die Anwältin zur Wahrung dieser Rechte ist indessen keine zweite Verteidigerin, sondern ein Rechtsbeistand *sui generis*. Gegen die Annahme eines solchen Mandats zur Interessenwahrung der gesetzlichen Vertretung spricht nichts, wenn man von Anfang klärt, wessen Rechte man wahrt. Problematisch ist dagegen, dass die Eltern (die gesetzliche Vertretung) be-

rechtigt sind, eine Verteidigung für die Jugendlichen ohne deren Zustimmung zu mandatieren (Art. 23 JStPO). Dies ist heikel, denn die Verteidigung sollte tatsächlich der Interessenwahrung der Jugendlichen verpflichtet sein. Daher ist es zwingend, dass die urteilsfähige Jugendliche ihre Verteidigung auch ausdrücklich bevollmächtigt, ansonsten Interessenkonflikte angelegt sind. Die Wahl der Jugendstrafverteidigung ist ein höchstpersönliches Recht der beschuldigten Jugendlichen. Dies ist jedoch unvereinbar mit der derzeit nach dem Gesetzestext möglichen Mandatierung, Instruktion und (direkten) Honorierung von Verteidigerinnen durch Eltern. Erst recht heikel ist die Wahrnehmung von eigentlichen Verteidigungsfunktionen durch gesetzliche Vertreterinnen, allenfalls sogar gegen den Willen der Jugendlichen. Daher sollte man grundsätzlich keine Verteidigungen einer Jugendlichen annehmen, wenn die Eltern (gesetzliche Vertretung) das Mandat allein erteilen, respektive die Initiative zur Auftragserteilung spürbar von ihnen ausgeht und die Wünsche der Jugendlichen übergangen werden.

Schwieriger ist die Frage bei einer gemeinsamen Mandatserteilung durch Eltern und Jugendliche. Selbst bei solchen Doppelvollmachten entstehen bisweilen Probleme hinsichtlich der Instruktionen und vor allem hinsichtlich der Abgrenzung der Verteidigung gegenüber den Eltern. Die Interessen der Jugendlichen und ihrer Eltern sind oft nicht deckungsgleich. Als Konsequenz müsste vermehrt – bereits bei ersten Anzeichen für Interessendivergenzen – in Fällen notwendiger Verteidigung eine amtliche, das heisst ausschliesslich den Interessen der Jugendlichen verpflichtete Verteidigung angeordnet werden. Ausserdem sollten in diesen Fällen Anwältinnen, welche einzig von den Eltern mandatiert worden sind, von der Jugendstrafjustiz nicht mehr als Jugendstrafverteidigerinnen, sondern nur noch als Beistand der Eltern akzeptiert werden.

Weil die Praxis dies derzeit teilweise (noch) anders handhabt, sollte bei einer solchen Doppelvollmacht in der schriftlichen Honorarvereinbarung beziehungsweise Auftragserteilung darauf hingewiesen werden, dass die Verteidigung die Interessen der Jugendlichen und nicht der Eltern wahrt und das Anwaltsgeheimnis grundsätzlich auch gegenüber ihnen gilt. Ausserdem drängt es sich ohnehin auf, bei divergierender Interessenslage ein Gesuch um amtliche Verteidigung zu stellen, statt sich von den Eltern finanzieren zu lassen. Dies verhindert präventiv entsprechende Spannungen. Bei mittellosen Eltern erübrigt sich die Frage, weil die jugendliche Klientin fast nie in der Lage ist, die Verteidigung aus der eigenen Tasche zu zahlen. Doch selbst bei vermögenden Eltern sollte ein Gesuch um amtliche Verteidigung gutgeheissen werden, wenn erhebliche Interessensdifferenzen zwischen ihnen und der Klientin durch die Verteidigung glaubhaft gemacht werden können.

b) Umgang mit den Eltern (der gesetzlichen Vertretung)

Im Umgang der Verteidigung mit den Eltern beziehungsweise der gesetzlichen Vertretung ist eine klare Kommunikation erforderlich. Sie sind zwar nicht Klienten, aber oft wichtige Informanten und manchmal auch Brückenbauer zur Klientin. Es ist meist wichtig, mit den Eltern zu reden, um Chancen von Anträgen einzuschätzen; ob eine Fremdplatzierung nötig ist, hängt beispielsweise von den Eltern und deren Verhältnis zur Klientin ab. Ausserdem reagieren die Eltern bisweilen auf Delinquenz mit erzieherischen Strafen oder anderen Reaktionen, wie einem Wechsel der Schule. Das Wissen um solche Umstände ist für die Verteidigerin wichtig.

Das Verhältnis der Verteidigung zu den Eltern ist gelegentlich schwierig, weil diese die Verteidigung als Einmischung oder Sabotage der Erziehungsbemühungen empfinden. Auf Unverständnis stösst auch oft, dass die Verteidigung parteilich für die Jugendliche agiert, die Eltern daher nicht vollständig in Gespräche mit der Klientin einbeziehen darf und aufgrund des Anwaltsgeheimnisses Informationen zurückhalten muss. Manchmal sind Eltern wiederum gar nicht präsent oder mit der Situation überfordert, so dass man nahezu nichts von ihnen mitbekommt.

Generelle Regeln über den Umgang mit und den Einbezug der gesetzlichen Vertretung (besonders der Eltern) aufzustellen, ist schwierig. Zentral ist sicher, diese nicht ohne oder gar gegen den Willen der Klientin einzubeziehen. In manchen Extremfällen, wenn die Beziehung zwischen Klientin und Eltern stark spannungsgeladen ist, drängt es sich allenfalls sogar auf, gestützt auf Art. 35 Abs. 2 JStPO dem Gericht den Antrag zu stellen, diese von der Verhandlung auszuschliessen. Jedenfalls ist beim Erstkontakt mit den Eltern höflich, aber deutlich die eigene Rolle zu erklären und zu erläutern, wessen Verteidigung man ist.

4. Spezifika des Jugendstrafverfahrens

a) Jugendkriminalität, Jugendstrafrecht, Jugendstrafprozessrecht

Die vorliegende Praxiseinführung kann keinen Überblick über Jugendkriminalität, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht liefern. Wer mit dem Gedanken spielt, regelmässig Jugendstrafverteidigungen zu übernehmen, sollte sich rudimentär mit einem kriminologischen Lehrbuch über Delinquenzverläufe kundig machen.

Jugendkriminelles Verhalten ist in psychosozialer Hinsicht nicht dasselbe wie Kriminalität von Erwachsenen; es ist oft altersbedingt und eine Episode, die sich gleichsam auswächst. Man kann sich durchaus fragen, ob

die Anwendung der Tatbestände des Erwachsenenstrafrechts auf Jugendliche geeignet ist und ob Kinder und Jugendliche dasselbe Unrecht empfinden wie Erwachsene haben. Beim Spiel von Kleinkindern wird im Sandkasten jedenfalls täglich genötigt, es werden Tätlichkeiten ausgetauscht, die Ehre verletzt und die Schaufel des Spielkameraden sogar öfters geraubt. Von diesem kleinkindlichen Entwicklungsstadium zu einem den gesellschaftlichen Gegebenheiten angepassten erwachsenen Normverhalten gibt es zahlreiche Übergänge, so dass eine Übertretung von Strafnormen in der Pubertät durchaus altersentsprechend ist. Jugendkriminalität präformiert also bei Weitem keine kriminelle Laufbahn als Erwachsener.

Für eine solide Jugendstrafverteidigung sind Kenntnisse im materiellen und formellen Jugendstrafrecht vonnöten. Das Gebiet ist wegen der knappen gesetzlichen Regulierungsdichte und der problematischen Konzeption gleichsam als reines Ergänzungsgesetz zum Erwachsenenstrafrecht (Art. 1 Abs. 3 JStG, Art. 3 Abs. 1 JStPO) im Detail komplex; viele dogmatische Probleme sind ungeklärt. Man stösst in Einzelfällen immer wieder auf Fragen, die juristischen Scharfsinn beziehungsweise die fundamentale Hinterfragung vermeintlich bewährter Usanzen nötig machen.

b) Der Massnahmenvollzug beginnt im Untersuchungsverfahren

Aus dem oben Ausgeführten folgt, dass die allermeisten jugendstrafrechtlichen Fälle ohne Verteidigung abgewickelt werden (können). Und selbst wenn eine Verteidigung eingesetzt wird, steht relativ oft keine Schutzmassnahme zur Diskussion; in all diesen Fällen entspricht die Aufgabe der Verteidigung derjenigen im Erwachsenenstrafrecht.

In komplexeren Jugendstrafverfahren findet eine Verzahnung mit dem Vollzugsverfahren statt, was in dieser Art eine jugendstrafrechtliche Besonderheit ist, weshalb im Folgenden speziell darauf eingegangen wird. Das Scharnier ist die vorsorgliche Anordnung von sogenannten Schutzmassnahmen oder stationären Beobachtungsmassnahmen (Art. 5 JStG). De facto heisst dies, dass Jugendliche beispielsweise bereits während des laufenden Verfahrens ohne Schuld nachweis in einer Institution vorsorglich oder zur Beobachtung platziert werden können. Rechtsmittel dagegen sind selten erfolgreich. Die gerichtliche Hauptverhandlung segnet dann oft nur noch einen bereits während Monaten oder gar mehr als einem Jahr bestehenden Status quo ab. Solche vorsorglichen Platzierungen zeitigen auch hinsichtlich der Frage eines Schuld- oder Freispruchs präjudizierende Wirkung; denn bei einer entsprechenden Anordnung fällt ein Freispruch sehr schwer, wäre er doch ein Eingeständnis eines fundamentalen juristischen Irrwegs. Der Vollzug beginnt also bereits während des Jugendstrafverfahrens; und die Insti-

tutionslandschaft ist – wie bereits erläutert – deutlich verschiedenartiger als im Erwachsenenstrafvollzug. Eine gute Jugendstrafverteidigung hat daher den Blick noch mehr auf den konkreten Vollzug zu richten als die Verteidigung von Erwachsenen. Es gibt durchaus Situationen, in welchen sich eine Jugendliche mit der vorsorglichen Unterbringung einverstanden erklärt, ihr jedoch der Vollzugsort beziehungsweise die Institution nicht zusagt. In solche Diskussionen muss die Verteidigung aktiv einbezogen sein, um die Interessen der Jugendlichen glaubwürdig und rechtsgenügend wahrzunehmen.

Irritierend ist allerdings, dass im eigentlichen Vollzugsverfahren nach Abschluss des Gerichtsverfahrens die Jugendstrafverteidigung meist aus ihrem Mandat entlassen wird. Wenn der Fall juristisch oder psychosozial komplex ist, drängt sich daher unmittelbar nach Abschluss eines Jugendstrafverfahrens auf, einen Antrag auf weitere Einsetzung als Verteidiger im Vollzugsverfahren zu stellen. Die Fragen der Eignung einer Institution, des *timing* von Ein- und Übertritten und der Überbrückung von Zwischenzeiten durch sogenannte *timeouts* bereiten immer wieder erhebliche Probleme und erlangen oft zentrale Bedeutung. An deren Lösung muss die Jugendstrafverteidigung aus der Perspektive der Jugendlichen aktiv mitarbeiten und dies nicht nur im Untersuchungs- beziehungsweise Gerichtsverfahren, sondern auch im eigentlichen Vollzugsverfahren. Analog zum Massnahmenvollzug bei Erwachsenen wird man bei Jugendlichen oft den Eindruck nicht los, dieser sei wenig rechtlich solid und der Eingriffstiefe angemessen vermessen.

c) Formen der Verteidigungspartizipation am Verfahren

Grundsätzlich ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Verteidigung im Jugendstrafverfahren wie in einem regulären Erwachsenenstrafverfahren agiert und partizipiert: Sie berät die Klientin, nimmt an Einvernahmen teil, stellt Beweisanträge, plädiert und legt Rechtsmittel ein. Die Verteidigung wahrt die Verfahrensrechte der Jugendlichen nach allen Regeln der strafprozessrechtlichen Kunst. Wegen der Nähe zu den konkreten Vollzugsfragen ist dies aber nicht ihre einzige Obliegenheit. Gerade in dieser Zusatzaufgabe sowie dem zentralen Einbezug des sozialen Umfelds liegen die entscheidenden Unterschiede der Mandatsführung.

Zentral ist weiter, dass man als Verteidigerin der Kultur des gelebten Jugendstrafrechts Beachtung schenkt. Die Verfahrenskultur ist im Vergleich zum Erwachsenenstrafverfahren eher weniger konfrontativ und formal; sie ist mehr von Zusammenarbeit zwischen allen Beteiligten geprägt. In den Jugendanwaltschaften arbeiten nebst Juristinnen auch Sozialarbeitende, was die Arbeitskultur mitprägt. Selbst wenn der punitive Zeitgeist längst Spuren hinterlassen hat, haben viele Jugendanwältinnen in der Grundhaltung

weiterhin einen anderen Zugang zu ihren Fällen und zu den beschuldigten Personen als Staatsanwältinnen. Der pädagogische Auftrag ist nach wie vor oft spürbar und für viele genauso wichtig für das Arbeitsverständnis wie der Strafverfolgungs- und Aufklärungswille, auch wenn ihre Gestaltungsspielräume für innovative und massgeschneiderte pädagogische Lösungen markant abgenommen haben.

Die Verteidigung hat dafür zu sorgen, dass die Anliegen der Jugendlichen formuliert beziehungsweise ausgesprochen werden und echtes Gehör finden. Dafür sind wegen der Kultur dieser Verfahren oft informelle Gespräche mit Jugendanwaltschaft, Eltern oder Sozialpädagoginnen wirkungsvoller als formelle Eingaben. Solche Gespräche oder Telefonate sind, wann immer möglich, nicht nur im Vor- oder Nachgang zu formellen Verhandlungen und Sitzungen zu führen. Der Ermessensspielraum bei der Anordnung von Massnahmen und Strafen bleibt für Behörden und Gerichte und vor allem für Jugendanwältinnen gross, was in einem auffälligen, hinsichtlich der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit bedenklichen Kontrast zum Zwangsmoment für den Jugendlichen steht. Deshalb scheut sich die konsequent und hartnäckig die Klienteninteressen vertretende Verteidigung zwar nicht vor Eingaben und Rechtsmitteln, vermeidet aber nach Möglichkeit unnötige Konfrontationen mit Entscheidungsträgerinnen. Sie sollte vor allem versuchen, Verständnis für den Standpunkt und die Sichtweise der Jugendlichen zu wecken. Dies ist nicht nur meist zielführender, sondern führt oft schneller zu guten Lösungen als der rechtliche Weg, der sich wegen der Ermessensspielräume auch als Bumerang erweisen kann.

Outro

X. Strafverteidigung im System, aber *out of the box*

1. Strategisches und taktisches Denken lernen und kultivieren

Fasst man die Ausführungen der vorangehenden Kapitel zusammen, ist für die Strafverteidigung nebst einem soliden Berufsethos und der Bereitschaft, sich intensiv mit der eigenen Mandantin sowie den tatsächlichen und rechtlichen Umständen des Einzelfalls zu befassen, letztlich zentral, strategisch und taktisch zu denken und zu handeln. Dabei ist unabdingbar, sich nicht vom vorgesehenen Fahrplan der Strafprozessordnung einengen zu lassen. Herkömmliche juristische Lehrbücher reichen als strategische, taktische und ethische Schulung für die Strafverteidigung nicht aus; sie vermitteln kein kreatives Vorgehen im System des Strafverfahrens, aber gedanklich *out of the box*.

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Jede Strafverteidigung, sei sie noch so unkonventionell oder gegenhegemonial, nimmt zwangsläufig eine bestimmte Rolle im System des Strafverfahrens ein. In der Rolle der Strafverteidigung gibt es kein vollständiges Ausserhalb-des-Verfahrensystems-Stehen. Auch die kritischste Verteidigung, die den Gerichtshof gegenhegemonial als öffentliches Forum für rechtspolitische Auseinandersetzungen nutzt, nimmt gleichzeitig eine bestimmte Funktion im Verfahren wahr. Selbst wenn sie in der Tradition von Jacques Vergès die Legitimation des Verfahrens und der gesamten Rechtsordnung an sich infrage stellt, tut sie dies als Teilnehmerin an einem Verfahren in einer weitgehend vordefinierten beruflichen Rolle. Reagiert die Strafjustiz auf einen solchen Angriff unprofessionell, gibt sie durch ihr Handeln der Verteidigung recht, was eine Wirkung auf öffentliche Diskurse zeitigen kann. Dagegen neutralisiert die Justiz mit einem gelassenen Konter das Vorbringen der Verteidigung und die angriffige Verteidigung legitimiert dann das Verfahren sogar, statt es zu delegitimieren, wie es ihre Absicht wäre. Die rechtliche und öffentliche Legitimation der Strafjustiz misst sich daran, wie souverän sie mit der hartnäckigen Verteidigung umgeht. Es gibt deshalb für die Verteidigung letztlich keinen Handlungsort jenseits des Verfahrens. Ihr Vorgehen weist je nach Konstellation

durchaus markant über ein Verfahren hinaus. Die Rolle im System kann sie demnach im schlechten Fall vom reinen rechtsstaatlichen Feigenblatt bis hin zu im besten Sinne des Wortes subversiven Gerichtshofnarren im System, aber *out of the box* und bisweilen sogar über das System der Strafjustiz hinaus füllen. Die Variationsbreite ist enorm. Es ist jedenfalls zu hoffen, dass unter Strafverteidigern künftig vermehrt eine Reflexion stattfindet, wie die Wahrnehmung ihrer Spielräume zu lernen und zu kultivieren ist.

Restlos einlösbar sind diese Anforderungen an die Strafverteidigung allerdings nie. Strafverteidigerinnen haben unterschiedliche Stärken und Schwächen. Statt Perfektion anzustreben, ist die eigene persönliche Entwicklung das sinnigere Ziel. Sowohl die juristische Ausbildung bis und mit Anwaltspatent wie die Weiterbildung fokussieren zu einseitig auf die juristischen Kenntnisse. Andere Fähigkeiten werden nicht systematisch geschult, obwohl sie für die Strafverteidigung ebenso wichtig sind. Ein zentraler Ausgangspunkt dürfte weiterhin ein strukturierter Austausch unter Kolleginnen und Kollegen sein. Eine offene Bürokultur in einer Kanzlei hilft bereits sehr. Büroübergreifende Supervisionen und kollegiale Beratungen (Intervisionen) unter Strafverteidigern sind als Standard zu etablieren. Sie finden bisher zu selten statt. Strafverteidigungen sind zwar meist Einzelkämpfermandate; eine gewisse Veränderung wäre aber sehr wohl möglich. Auch Seminare, die sich bewusst strategischen, taktischen und berufsethischen Fragen sowie einer umfassenden beruflichen Persönlichkeitsentwicklung annehmen, sollten vermehrt durchgeführt werden.

Die Strafverteidigerin benötigt zweifellos juristisches Denken als solide Hintergrundgrammatik und muss jederzeit darauf zurückgreifen können. Sie sollte sich stets bewusst sein, dass sie in ihrem Beruf nicht primär einer objektiven Rechtssuche verpflichtet ist, sondern zielgerichtet, lösungsorientiert, instrumentell und allein im Dienst der eigenen Klientin bis an die Grenze des rechtlich Zulässigen vorzugehen hat. Exakt darin liegt ihr Dienst am Recht, nicht im Dienst nach Vorschrift gemäss strafprozessualen Drehbuch. Der Strafverteidigung obliegt es, wohl dosiert und dem Einzelfall angepasst, kreative, auch ausserjuristische Ressourcen zu aktivieren, welche die Rahmenbedingungen des Strafverfahrens zwar berücksichtigen, aber zumindest gelegentlich zu Ergebnissen führen, die über das übliche strafprozessuale Drehbuch hinausgehen. Und engagierte Berufsanfängerinnen dürfen sich einiges zutrauen; denn sie haben vielfach einen Biss, eine Kreativität und durch ihre Unvoreingenommenheit ein Potential, das mit der Zeit durch Routine und erschaffene vermeintliche Patentrezepte verloren zu gehen droht.

2. Zur Integration ausserjuristischer Zugänge ins Handwerk der Strafverteidigung

Am Ende dieser Schrift bleibt dennoch eine Art Rätsel zurück. Der ganze Essay kreist um die Thematik, was Strafverteidigung ist und wie ihr sinnvolles Vorgehen aussehen könnte; bemängelt wird, dass es hierzulande viel zu wenig Literatur dazu gibt und die Ausbildung der Strafverteidigung praxisfremd sei. Dennoch gibt es seit Jahrzehnten zahlreiche Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, die in ihrer Fallführung fast immer klug und umsichtig vorgehen. Es bleiben daher letztlich die Fragen im Raum stehen, weshalb diese Kolleginnen und Kollegen trotz der kritisierten Ausbildungs- und Fortbildungsmängel ihr Berufshandwerk profund beherrschen, wie sie an den beruflichen Ort kamen und welche ausserjuristischen Zugänge sie in ihrem Vorgehen integriert haben.

Ein Blick zurück zeigt die Bedeutung strategischer Prozessführungen für die Entwicklung der Strafverteidigung als Berufsstand. Strategische Prozesse sind Gerichtsverfahren, die gezielt eingesetzt werden, um strukturelle Grundrechtsverletzungen zu thematisieren. Exemplarisch: Die professionalisierte Strafverteidigung im deutschsprachigen Raum entstand wie erwähnt in der Weimarer Republik – in der Verteidigung linker politischer Beschuldigter gegen eine willkürliche Strafjustiz. Bei der Verteidigung von Freiheitskämpfern im Algerienkrieg entwickelte wie dargetan Jacques Vergès seine gegenhegemoniale Strategie Konfrontation statt Anpassung und ebnete damit das Terrain für heute gängige Konfliktverteidigungen. Und es ist kein Zufall wurde als Folge von Prozessen gegen Mitglieder der «Bewegung 2. Juni» in BGE 106 Ia 100 erstmals in der Schweiz höchstrichterlich die Rolle der Anwältin in Strafsachen als einseitige Verfechterin von Parteiinteressen klargestellt. Erst seit damals ist überdies beispielsweise auch der anwaltliche Rat zur Aussageverweigerung hierzulande üblich. Die entscheidenden strategischen strafrechtlichen Prozessführungen finden derzeit wider das Präventionsstrafrecht statt. Sie werden die künftigen Strategien auch in anderen Strafverfahren prägen.

Daher: Will die Strafverteidigung als Profession sich nicht in der zwerghaften Rührigkeit eines beflissenen Dienstes nach Vorschrift erschöpfen, kommt sie nicht um strategische Prozessführungen umhin. Ein technisch-handwerklicher Zugang ist zwar durchaus notwendig, aber nicht hinreichend für die kreative Strafverteidigungspraxis *out of the box*. Denn die Geburten und Wiedergeburten zentralen verteidigungsstrategischen Denkens entspringen meist aus dem Geiste strategischer Prozessführungen.

Es erstaunt daher nicht, dass viele gute Strafverteidiger im deutschsprachigen Raum in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts insbesondere in ihren ersten Berufsjahren politisch deutlich links des Mainstreams sozialisiert wurden. Ihre kritische Opposition, möglicherweise auch kombiniert mit der Schulung in marxistischer Dialektik, war offenkundig einem klugen beruflichen Vorgehen zuträglich. Andere Kollegen eher konservativer Prägung schwören dagegen nach wie vor auf ihre militärische Schulung in der helvetischen Milizarmee; diese habe *den* markanten Grundstein für ihre Berufspraxis gelegt.

Die Frage nach ausserjuristischen Einflüssen kann allerdings nicht abschliessend beantwortet werden und der blosser Hinweis auf die Bedeutung strategischer Prozesse oder militärischen Denkens reicht nicht aus. Ich wähle deshalb zur Illustration einen biografischen Zugang und gehe von meiner Entwicklung aus: Als Militärdienstuntauglicher bleiben mir die Vorzüge der militärischen Denkweise wie nahezu allen weiblichen Kolleginnen verschlossen. Nebst ausserjuristischer, namentlich sozial- und geisteswissenschaftlicher Lektüre erwiesen sich für mich letztlich vor allem Techniken, die mir primär Zugang zu Handlungswissen vermittelten, als zuträglich. Für den Umgang mit den Klientinnen und anderen Akteuren im Strafverfahren kommen mir meine Mediationsausbildung, Inter- und Supervisionen sowie Seminare in kooperativer Kommunikation zupass. Der Zugang zu meiner Intuition und Fremd- wie Selbstwahrnehmung schärfen bis heute meine Meditationspraxis und vor allem *Focusing*. Gerade die Reflexionstechnik *Focusing*, die vom amerikanischen Psychotherapeuten und Philosophen Eugene Gendlin entwickelt wurde, halte ich für den in der Strafverteidigung zwingend nötigen Zugang zur Intuition für besonders hilfreich. Sie setzt, für Juristen äusserst ungewohnt, bei einer bestimmten Kategorie des körperlichen Erlebens, dem sogenannten *felt sense* bzw. *the vague behind awareness*, an und bietet damit eine Strukturhilfe zur Integration von implizitem Wissen, das sonst oft verloren geht. In all diesen Bereichen habe ich bei mir nach der juristischen Ausbildung die grösste Entwicklungsnotwendigkeit geortet; und bei diesem – eher schwierig in Worten beschreibbaren – Bereich sehe ich insgesamt den markantesten Nachholbedarf für die meisten Verteidigerinnen und Verteidiger.

Anregend für ein sinnvolles Vorgehen im System, aber *out of the box*, waren und sind für mich unter anderem Weiterbildungen zu systemischen Strukturaufstellungen. Ich kann mir auch gut vorstellen, dass Techniken aus dem Innovationsbereich, beispielsweise *design thinking* als systematischer und agiler Ansatz zur Lösung komplexer Problemstellungen in verschiedenen Lebensbereichen, sehr fruchtbar für die Strafverteidigung sein könnten.

Hier fehlt es mir an persönlicher Erfahrung, und soweit mir ersichtlich, hat dies bisher niemand erprobt. Ich vermute, dass solche Methoden, die im Kontext der Digitalisierung entstanden sind, ganz besonders geeignet sind, eine kreative Verteidigungspraxis im digitalen Zeitalter weiterzuentwickeln. Last but not least sehe ich in chinesischen Listtechniken ein Repertoire an strategischem und taktischem Denkraaster, das seinesgleichen sucht.

Exemplarisch möchte ich zum Schluss für strategisches und taktisches Vorgehen eine Denkfigur systemischen Strukturdenkens sowie basierend auf den chinesischen Strategemen List als weiche Waffe der Verteidigung einführen. Damit soll aufgezeigt werden, was die Integration ausserjuristischer Denkweisen in das Handwerk der Strafverteidigung bedeuten kann. Die beiden Beispiele sollen die Leserinnen dazu anregen, sich selbst zu überlegen, welcher ausserjuristischen Techniken sie sich bisher bedienten, wo noch persönliches Potential ungenutzt bleibt und welche Formen von Fortbildung zukünftig sinnvoll sein könnten.

a) **All dies und selbst das nicht – vom Nutzen systemischer Strukturen für die Strafverteidigung**

aa. Binäre aristotelische Logik

Der Beschuldigte wird frei oder schuldig gesprochen. Die Forderungsklage wird gutgeheissen oder abgewiesen. Der Tatbestand einer beliebigen Norm ist erfüllt oder nicht erfüllt. Seine Rechtsfolge tritt ein oder nicht ein. Das Recht ist, wie das abendländische Denken insgesamt, durch die binäre aristotelische Logik geprägt. Es ist daher nicht weiter erstaunlich, dass sich als Folge auch das strategische und taktische Denken der Verteidigung oft ausschliesslich in diesem Koordinatensystem bewegt.

bb. Doppelt negiertes Tetralemma

Anders funktioniert das traditionelle indische Rechtsdenken: Prägend für die richterliche Haltung war dort eine Figur, die ins Deutsche mit Tetralemma übersetzt wird und im systemischen Strukturdenken von Matthias Varga von Kibéd und Insa Sparrer eine prominente Rolle spielt. Vereinfacht sieht die Figur in ihrer klassischen Ausprägung wie folgt aus: Die erste Position ist «Das Eine» beziehungsweise im richterlichen Denken «Die eine Partei hat Recht»; die zweite Position ist der Gegensatz dazu «Das Andere» beziehungsweise «Die andere Partei hat Recht». Bis an den Punkt ist uns die Denkweise vertraut. Auch die dritte Position «Beides» beziehungsweise «Beide Parteien haben Recht», die (übersehene) Vereinbarkeit, ist nicht nur Zivilrechtsanwälten wegen der zentralen Figur des Vergleichs, sondern überdies zunehmend

verhandlungsklugen Verteidigerinnen bekannt. Dabei geht es um eine Art interne Kontexterweiterung in der alternativ gestellten Fragestellung. Weit seltener fließt in unsere (rechtliche) Denkweise die vierte Position ein: «Keines von Beiden» beziehungsweise «Keine Partei hat Recht». Dabei geht es im Ergebnis um die externe Kontexterweiterung, mithin den allenfalls übersehenen Kontext der Fragestellung. Leitfragen bei der Auseinandersetzung in der vierten Position können sein, weshalb «Das Eine» und «Das Andere» bedeutsam wurden, wann und weshalb der Gegensatz auftaucht, was die alternativ gestellte Frage ausblendet und in welchem Kontext der Gegensatz und die Fragestellung Sinn machen.

Im besten Sinne des Wortes irritierend wird die Figur dann, wenn die vier klassischen Positionen um die fünfte (Nicht-)Position ergänzt wird, die Position der doppelten Negation: «All dies nicht – und selbst das nicht». Diese Position wurde ursprünglich von Nagarjuna eingeführt, einem bedeutenden, skeptischen Philosophen des Mahayana-Buddhismus, welcher im 2. Jahrhundert unserer Zeitrechnung lebte. Es erstaunt nicht, dass die Figur in dieser Tradition entwickelt wurde; denn das Prinzip der Nichtanhaftung ist ein Grundpfeiler der buddhistischen Philosophie. Mit dieser (Nicht-)Position werden die vier ersten Positionen und ihre Grundannahmen gründlich reflektiert, möglicherweise sogar dekonstruiert. Die ursprüngliche alternativ gestellte Fragestellung kann – wenn nötig – einer neuen alternativen Fragestellung auf einer anderen, höheren Ebene zugeführt werden. Dieses sogenannte doppelt negierte Tetralemma ist damit eine Art spiralförmige, potentiell unendlich andauernde Denkweise für Entscheidungssituationen.

Weil strategisches und taktisches Denken zu einem guten Teil in der Evaluation von Entscheidungen besteht, bietet eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Tetralemma, und erst recht mit dem doppelt negierten Tetralemma, ein Potential, das möglicherweise intuitiv bereits angewandt wird.

cc. Ein Anwendungsbeispiel

Als Einstieg soll ein Beispiel ein solches Vorgehen skizzieren. Es belegt einerseits, dass manche Verteidiger ein solches Denken im doppelt negierten Tetralemma in ihrer Vorgehenswahl zumindest unbewusst bereits anwenden. Zum anderen – und exakt da liegt die eigentliche Stärke in der Auseinandersetzung mit dieser Figur – zeigt es ansatzweise auf, wie dieser Zugang unbewusste Intuition ins bewusste Denken überführt.

Die Verteidigung und ihr Klient diskutieren, ob sie als Beweis für eine bereits aktenkundige Behauptung des Mandanten eine Urkunde einreichen sollen, welche das Vorbringen weitgehend, aber nicht ganz stützt. Oder sie

überlegen, ob sie eine Zeugin beantragen sollen, von der sich der Mandant nicht sicher ist, ob sie die Behauptung vollumfänglich bestätigen wird. Zur Diskussion steht als dritte Möglichkeit, beide Beweise zu offerieren. Die vierte Position (keines von beidem) besteht darin, auf die beiden Beweise zu verzichten und einzig auf die Aussage des eigenen Mandanten zu verweisen. In der fünften (Nicht-)Position werden die vier Positionen gründlich reflektiert. Vielleicht fragen sie sich im Klientengespräch, ob die Anwältin eine vorgängige private anwaltliche Zeugenbefragung mit all den berufsrechtlichen und verfahrenstaktischen Risiken eingehen soll. Oder sie suchen gemeinsam nach einem anderen Beweis. Oder sie diskutieren, ob sie die Behauptung rhetorisch in einen klar belegten anderen Kontext einordnen können. Auf diese Weise wäre ein Beweis neben der Aussage des Mandanten allenfalls gar nicht mehr zentral. Damit wird die ursprüngliche Fragestellung, welchen der beiden Beweise sie zur Stützung der Mandantenaussage einreichen sollen, hinter sich gelassen.

Am Ende präsentiert sich eine neue Fragestellung, die erneut alternativ gestellt werden kann. Auch diese kann wiederum mit der Figur des Tetralemmas erörtert werden. Dies kann so lange mit immer wieder neuen Endbeziehungsweise Anfangsfragen wiederholt werden, bis sich das Gefühl einstellt, eine passende Antwort gefunden zu haben.

dd. Brachliegendes Potential

Bereits konsequent die klassischen vier Positionen des Tetralemmas auf strategische und taktische Fragestellungen anzuwenden versuchen, ist eine Erweiterung zum gängigen Denken, welches sich üblicherweise in den ersten zwei, allenfalls drei Positionen bewegt. Die vierte Position gewährt ein Zurücktreten von einengenden Alternativen und verortet diese in dem erweiterten (und oft übersehenen) Kontext. Noch mehr Potential für die Verteidigungspraxis liegt nach meiner Erfahrung in der Einnahme der fünften (Nicht-)Position. Damit wird der ursprüngliche Kontext allenfalls ganz verlassen. Diese Position anzudenken, bleibt selbst nach längerer Auseinandersetzung mit dem doppelt negierten Tetralemma herausfordernd und zeitintensiv. Oft, ja meist, macht sich bei der Einnahme oder Nichteinnahme der (Nicht-)Position zunächst eine verunsichernde Leere breit. Just in dieser nicht anhaftenden Durchbrechung des üblichen Denkens liegt der potentiell grösste Erkenntnisgewinn. Eine solche stetige Selbstüberprüfung kurbelt die Phantasie an, überwindet Erstarrungen und verhindert vorschnelle, allzu naheliegende Antworten. Sie führt dazu, sich beruflichen Themen anders als in den gewohnten Bahnen und mutmasslich auch kreativer zu stellen.

b) Die List als weiche Waffe der Strafverteidigung

aa. List in der Strafverteidigung als gelebte Praxis und blinder theoretischer Fleck

In der Schweiz gibt es, wie erwähnt, wenig Schrifttum zu Strategie und Taktik der Strafverteidigung. Sichtet man die reichhaltige Literatur aus Deutschland, fällt auf, dass diese meist einzelne typische Situationen einer Strafverteidigung aufbereitet und das Pro und Contra verschiedener Vorgehensweisen erörtert und teilweise Checklisten bereithält. Sie beschäftigt sich indessen kaum mit der Frage, wie die grundsätzliche berufliche Strategie und Taktik aussehen könnten und welche Zugänge dafür vonnöten sind. Wenn darauf eingegangen wird, werden beispielsweise Konflikt- beziehungsweise Konsensverteidiger unterschieden. Ein einziger Habitus für alle Fälle erscheint allerdings prinzipiell verfehlt, da die Verteidigung ihr Vorgehen massgeschneidert anpassen sollte.

Zweifellos gibt es Fälle, in welchen sich die Rolle der Verteidigung darin erschöpft, dem Beschuldigten Fürsorge zu leisten, ihn zu beraten und die Justizförmigkeit des Verfahrens zu kontrollieren. Ist der Sachverhalt eindeutig zum Nachteil des Beschuldigten erstellt, bietet die rechtliche Würdigung wenig Anlass zu Diskussionen. Bewegt man sich im hinsichtlich der Rechtsfolge standardisierten Bereich der Strassenverkehrs- und Betäubungsmittelgesetzeswiderhandlungen oder der mittels Strafmassempfehlungen vereinheitlichten Bagatelldelinquenz, ist der Spielraum auch der engagiertesten Verteidigung klein. Verteidigen heisst dann primär, dem Klienten Fürsorgende, begleitende Sozialarbeit zu bieten, das Verfahren allein durch Präsenz auf seine Rechtmässigkeit hin zu kontrollieren und allenfalls gewisse entlastende Aspekte zur Senkung des Strafmasses hervorzuheben, welche die Strafjustiz zu wenig gewichtet. Anders, wenn der Sachverhalt in der Untersuchung unklar bleibt, wenn rechtliche Fragen strittig sind oder zumindest der Rahmen des Strafmasses nicht durch zahlreiche andere Vergleichsfälle bereits abgesteckt ist: Dann kann die Verteidigung einiges bewirken und einen Einfluss auf die Gravitationskräfte eines Strafverfahrens nehmen. Die Wahl ihrer strategischen und taktischen Mittel ist dabei entscheidend.

Strategische und taktische Themen sind – es kann nicht genug wiederholt werden – eine Querschnittsdisziplin der Strafverteidigung: Sie treten als Anwalt der ersten Stunde bei der Beratung des Beschuldigten zu seinem Aussageverhalten auf, ebenso bei der Entscheidung, ob man im Vorverfahren einen Beweisantrag stellt oder wie man im Hauptverfahren plädiert. Gemeinsam ist dem guten taktischen Hilfsmittel in den unterschiedlichsten

Situationen, dass man stets versuchen will, etwas zu bewirken, was sonst nicht zustande käme, und es in eine Strategie einbettet, die auf Freispruch respektive ein mildes Urteil zielt. Das kluge Vorgehen der Strafverteidigung, welches sich vom uninspirierten, stereotypen Dienst nach Vorschrift oder dem Abspulen kochrezeptartiger Anleitungen unterscheidet, ist im Einzelfall ein «schlaues Mittel, mit dessen Hilfe man etwas zu erreichen sucht, was man auf dem normalen Weg nicht erreichen könnte». Just so beschreibt der Duden in einer weiten Definition «List». Die engere Definition im Duden fügt noch hinzu, dass man dabei andere täuscht. List wird wohl deswegen in unserem kulturellen Kontext meist mit einer Täuschung gleichgesetzt und negativ konnotiert.

bb. Listblinde, abendländische Moderne

Der fahle Beigeschmack der List mag unter anderem auch darin gründen, dass der moderne abendländische Begriff der Vernunft diese ausblendet. In den letzten Jahrhunderten fehlen weitgehend systematische wissenschaftliche Abhandlungen zu List. Anders in abendländischen kulturellen Erzählungen: In den Märchen der Brüder Grimm triumphieren oft die Listigen, in der griechischen Sage kam der listenreiche Odysseus gerade deswegen weit. Und David hätte im Alten Testament Goliath kaum besiegt, wenn er nicht seine Steinschleuder listig eingesetzt hätte. Auch in klassischen Kinderbüchern identifizieren wir uns mit listigen Protagonisten: Als Schweizer liegt vielen von uns sicher Wrigley in «Mein Name ist Eugen» von Klaus Schädelin ebenso nahe wie Huckleberry Finn in «The Adventures of Tom Sawyer» von Mark Twain. Bis vor ein paar Jahren konnte die deutschsprachige Strafverteidigerin sich nur im Fundus dieser erzählten Geschichten bedienen, wenn sie aus Büchern etwas über List erfahren wollte. Eine systematische Darstellung von Listtechniken lag nicht vor.

Der Sinologe und Rechtswissenschaftler Harro von Senger setzt sich seit Jahren fundiert mit chinesischen List-Techniken auseinander und publiziert dazu rege auf Deutsch. Literaturhinweise finden sich im Anhang. Weil List in unserem kulturellen Zusammenhang negativ besetzt ist, wählt Harro von Senger zur Übersetzung bewusst den in Vergessenheit geratenen Terminus *Strategem*. Damit signalisiert er, dass es ihm um die Beschreibung und nicht um die Bewertung von List geht. Die Technik der List soll rein deskriptiv beschrieben werden. In Anlehnung an von Senger bin ich der Auffassung, dass wir Europäer viel vom chinesischen Wissen lernen können. Dieses bewegt sich auf einer höheren Abstraktionsstufe als die bekannten europäischen Erzählungen, systematisiert es doch Listtechniken in 36 durchnummerierte Kategorien.

Es drängt sich auf, in der Strafverteidigung über den Einsatz dieser 36 Strategeme nachzudenken. Denn man steht als einzelner Beistand des Beschuldigten einem gut organisierten Justizapparat gegenüber und befindet sich strukturell stets in der schwächeren Position. Die chinesischen List-Techniken sind nicht nur Augen öffnende Tabubrecher, die uns einen vorurteilsfreien Zugang zu dieser Dimension menschlichen Verhaltens verschaffen. Sie sind vor allem auch eine weiche, gleichzeitig messerscharfe Waffe der Schwachen in prekären Situationen und damit prädestiniert für die Wahrnehmung der fragilen Beschuldigtenrechte.

cc. Strategeme in Verteidigungskonstellationen

In der Auseinandersetzung mit den chinesischen List-Techniken wird die Strafverteidigerin feststellen, dass sie zahlreiche Strategeme intuitiv anwendet oder Kollegen diese einsetzen. Exemplarisch: Die klassische Verteidigungshaltung, die vor allem passiv, aber wachsam wartet, bis die Staatsanwaltschaft oder die Gerichte einen Fehler machen, und diesen dann zu ihren Gunsten zu nutzen versucht, beschreiben metaphorisch das Strategem Nr. 9 «Die Feuerbrunst am gegenüberliegenden Ufer beobachten» oder Nr. 12 «Mit leichter Hand das Schaf wegführen» einschlägig. Versucht die Verteidigung dagegen, aktiv einen Fehler der Verfahrensgegnerin zu provozieren, wird dies mit «Auf das Gras schlagen, um die Schlangen aufzuscheuchen» (Nr. 13) beschrieben. Räumt die beschuldigte Person beispielsweise im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens einen Teil des Vorwurfs ein, damit im Gegenzug gewichtige Verdachtsmomente ad acta gelegt werden und so ein günstiges Urteil erwirkt wird, entspricht dies der Metapher «einen Backstein hinwerfen, um einen Jadestein zu erlangen» (Nr. 17). Hat man dafür die Verhandlungsbereitschaft der (erschöpften) Staatsanwaltschaft erlangt, indem man beispielsweise zahlreiche Beweisanträge gestellt hat und deswegen zahlreiche weitere Abklärungen getätigt werden müssten, oder in komplexen Fällen, in welchen ohne die Mitwirkung des Beschuldigten ein Verfahren nur sehr erschwert sinnvoll durchgeführt werden kann, auf Rat der Verteidigung die Aussage verweigert, spräche man wohl mit dem Strategem Nr. 4 davon, dass man «Ausgeruht den erschöpften Feind erwartet». Und weil in einer solchen Konstellation immer wieder mehrere Strategeme nacheinander zielgerichtet eingesetzt werden, liegt oft ein sogenanntes Verkettungsstrategem vor (Nr. 35).

Auch Beschuldigte haben häufig klare Vorstellungen, mit welchen Finnen sie einer Verurteilung entgehen wollen. Ein bekannter Verteidiger scheint ihnen vielfach am meisten Heil bringend zu sein; allein durch seinen grossen Namen erhofft man den Ausgang eines Verfahrens günstig beein-

flussen zu können (Strategem Nr. 29: «Dürre Bäume mit künstlichen Blumen schmücken»). Weniger wird daran gedacht, dass eine unbekannte, kluge und engagierte Berufsanfängerin, die unterschätzt wird und ihr Understatement bewusst einsetzt, just deswegen manchmal mehr an Wirkung erzielt (Strategem Nr. 10: «Hinter dem Lächeln den Dolch verbergen» oder Nr. 27: «Verrücktheit mimen, ohne das Gleichgewicht zu verlieren»).

Ohnehin muss die Wahl der List-Techniken mit Umsicht erfolgen, ansonsten sich dies kontraproduktiv auswirken kann – vor allem dann, wenn List zur Hinterlist wird oder wenn sie zu plump eingesetzt wird. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise in Erinnerung zu rufen, dass sehr solvente Beschuldigte gelegentlich gleich mehrere Privatgutachten ins Recht legen (wollen). Der chinesische Listkatalog beschreibt dies mit der bereits erwähnten Metapher, dass man auf einem Baum künstliche Blumen blühen lässt (Nr. 29) beziehungsweise das Strategem wird auch als Variante in einer Fabel, in welcher sich der Fuchs die Autorität des Tigers leiht, schön beschrieben.

Und da gilt es wie anderswo aufzupassen, denn weniger wäre zumindest hierzulande mutmasslich oft mehr: Einen Tiger (Privatgutachter) einzusetzen, der in einer schriftlichen Stellungnahme sachlich Aspekte aufzeigt, die sonst in den Ausführungen des Fuchses (Verteidigung) von der Justiz übergangen werden können, ist vielfach ein durchaus sinnvolles Instrument. Eine ganze Tigermeute (Brigade von zahlreichen Privatgutachtern) auf den Plan zu rufen, hat dagegen meist eher den fahlen Beigeschmack gekaufter Expertisen. Der Strafverteidigerin obliegt es dann, auch begüterten Klienten solche Gesichtspunkte aufzuzeigen. Wird ein Strategem zu durchsichtig eingesetzt, löst es unter Umständen eine verständliche Abwehrhaltung der Justiz aus, da sich niemand gerne überlisten lässt. Und empfindet die Strafjustiz die Verteidigerin sogar als hinterlistig, kann dies eine unerwünschte Retorikmassnahme auslösen. Der Grat bleibt schmal.

dd. List der Strafverteidigung jenseits von Moraldilemmata

Die kritische Leserin wird sich nun vielleicht fragen, was denn der konkrete Nutzen für die Strafverteidigungspraxis sei und ob sie in der Auseinandersetzung mit den 36 Strategemen einzig eine fernöstliche, metaphorreiche Systematisierung für menschliches Überlistungsverhalten erhalte, das ohnehin bekannt ist und intuitiv angewendet wird. Der eigentliche Erkenntnisgewinn bei der Beschäftigung mit den 36 Strategemen liegt nicht primär darin, dass man ein Raster zur menschlichen List erhält und das bisherige eigene Verhalten und dasjenige der anderen darin einordnen kann. Viel mehr regt der chinesische Katalog darüber hinaus die Phantasie an, wie man

eigene Handlungen als Verteidigung anders als in den gewohnten Bahnen planen kann. Im besten Fall geht man nach der Beschäftigung mit dem Thema im Berufsalltag etwas weniger plump vor und setzt List subtiler ein.

Sicher – die Denkweise in Strategemen ist ungewohnt und entspricht in keinerlei Hinsicht der üblichen (beruflichen) Sozialisation. Und in Standardfällen krampfhaft nach deren Einsatzmöglichkeiten über das bislang Übliche hinaus zu suchen, dürfte kaum zielführend sein. Eine Auseinandersetzung mit der chinesischen Kunst der List trägt indessen einiges zur Horizonterweiterung bei und ist eine vergnüglich-grundsätzliche Denkschulung in Strategie und Taktik. Sie dürfte darüber hinaus dem praktischen Handlungsrepertoire in komplexeren Strafverteidigungsfällen zuträglich sein.

Ein Strafverfahren wird – durch die Brille der chinesischen Strategeme betrachtet – vom rein rechtlichen Kampffeld zu einem Feld zwischenmenschlicher Auseinandersetzungen. Die Verteidigung versucht mit ihren begrenzten Möglichkeiten, das heisst auch und gerade der List, das Beste für den Beschuldigten zu erwirken. Allenfalls gelingt es künftig in manchen Konstellationen wegen des überraschenden und unerkannten Einsatzes eines Strategems, ein freisprechendes, milderes oder wenigstens den Klienten einigermaßen zufriedenstellendes Urteil zu erwirken. Und falls den listblind erzo-genen abendländischen Strafverteidiger bei der Anwendung der chinesischen Strategeme, trotz aller redlichen Absichten um konsequent einseitige Interessenwahrung für die beschuldige Person, am Ende eben doch Gewissensbisse packen und er in ein Moraldilemma geraten sollte, findet er zwar wenig Absolution in der neuzeitlichen westlichen Philosophie, aber immerhin in der Heiligen Schrift (Matthäus 10, 16):

«Seid klug wie die Schlangen und arglos wie die Tauben.»

Zentrale Quellen – pour aller plus loin

Diese Praxiseinführung basiert über weite Strecken, bisweilen sogar wörtlich, auf früheren Veröffentlichungen von mir. Der Verweis auf diese Publikationen dokumentiert meinen persönlichen Zugang; andere Quellen wären für eine gute Strafverteidigung ebenso denkbar. Diese Fachbeiträge enthalten teils umfassende Verweise in einem für die Rechtswissenschaft üblichen Fussnotenapparat. Zentral für diese Einführung sind nachfolgende eigene Publikationen:

- Anwaltliche Gewinnoptimierung ohne Schranken – eine Replik, *Anwaltsrevue* 11-12/2009, S. 529 ff.
- Klienteninteressen gehen Anwaltsinteressen vor, *plädoyer* 2/2010, S. 68 ff.
- Der lange Marsch zur Institution, *plädoyer* 1/2011 S. 12 ff.
- Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, *Jusletter* vom 13. Februar 2012 (Sondernummer zur Strafprozessordnung)
- Jugendstrafverteidigung: ein kurzer Praktikerinnenleitfaden, *Anwaltsrevue* 10/2012, S. 469 ff. (gemeinsam mit STEFAN BLUM)
- Wechsel der amtlichen Verteidigung: gesetzeswidrige Rechtsprechung, *ZStrR* 1/2013, S. 87 ff.
- Amtliche Verteidigung darf nicht zweitklassig sein, *plädoyer* 2/2013, S. 72 ff.
- Anregungen für ein gutes Plädoyer der Verteidigung, *plädoyer* 4/2013, S. 64 ff.
- In dubio pro reo?, *forum poenale* 2/2013, S. 112 ff.
- Psychiater als heimliche Strafrichter, *NZZ* vom 25. April 2013 (Rubrik «Meinung & Debatte»), S. 23
- Übersetzung als Fehlerquelle in Strafverfahren, *Anwaltsrevue* 1/2014, S. 35 ff.
- Die List als weiche Waffe im Strafprozess, *plädoyer* 4/2014, S. 62 ff.
- Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?, *Sonderheft forum poenale* 2014
- Menschen ohne Lobby konsequent verteidigen, *plädoyer* 1/2015, S. 30 f.
- Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, *ZStrR* 1/2015, S. 76 ff. (gemeinsam mit RAFAEL STUDER)
- Take Care – Fürsorge als Basis der Verteidigung, *forum poenale* 4/2015, S. 231 ff.

- Praxisferne Anwaltsausbildung, plädoyer 2/2016, S. 24 f.
- All dies nicht – und selbst das nicht, Anwaltsrevue 1/2017, S. 29 ff.
- Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in: ANDRÉ KUHN / CHRISTIAN SCHWARZENEGGER / JOËLLE VUILLE (Hrsg.), Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Band 35, Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 139 ff.
- Ungleiches Strafrecht für Alle, ZStrR 2/2017, S. 117 ff.
- Strafuntersuchung – was tun?, 5. Aufl., Zürich 2017 (gemeinsam mit Kolleginnen und Kollegen vom Verein Rechtsauskunft Anwaltskollektiv)
- Nachverfahren im Rechtsstaat, in: MARIANNE HEER / ELMAR HABERMEYER/STEPHAN BERNARD (Hrsg.), Forum Justiz & Psychiatrie, Band 3, Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, Bern 2018, S. 91 ff. (gemeinsam mit RAFAEL STUDER)
- Vom Umgang der Strafverteidigung mit Medien, in: DANIEL KIPFER / ANNE KÜHLER (Hrsg.), Justizberichterstattung in der direkten Demokratie, Stuttgart 2019, S. 73 ff.
- Wahrung fremder Interessen, nicht eigener, ContraLegem 2019/1, S. 56 ff.
- Nach dem Fall Ruppertswil, Anwaltsrevue 4/2019, S. 163 ff.
- Wissens- und Prozessberatung als Pflichten der Verteidigung, forumpoenale 4/2019, S. 306 ff.
- Anforderungen an die Strafverteidigung, plädoyer 6/19, S. 80.

Viele weitere Überlegungen entstanden in Gesprächen mit Kolleginnen und Kollegen, namentlich in der *learning community* für Fachanwälte Strafrecht. Fruchtbar waren die jahrelangen wöchentlichen Intervisionen im kollegialen Austausch mit meinen Bürokolleginnen INGRID INDERMAUR, MAGDA ZIHLMANN und meinem Bürokollegen BEDA MEYER LÖHRER sowie all unseren juristischen Mitarbeitenden. BEDA MEYER LÖHRER hat zudem folgende lesenswerte Aufsätze verfasst, auf die ich mich ebenfalls abstütze:

- Ergänzungsfragen ja oder nein? Pocket-Guide einer Kardinalsfrage, forumpoenale 5/2018, 418 ff.;
- «Freispruch!» Zum taktischen Einsatz von kognitiven Verzerrungen durch die Strafverteidigung, forumpoenale 2/2021, S. 117 ff (gemeinsam mit SIMONE LÖHRER).

In der Schweiz gibt es kaum aktuelle Literatur zu handwerklichen Verteidigungsfragen, aber immerhin zwei ausgezeichnete ältere Sammelbände, die für mich prägend bleiben:

- MARCEL NIGGLI ALEXANDER / PHILIPPE WEISSENBERGER, (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel u.a. 2002, S. 5 ff.
- HANS BAUMGARTNER / RENÉ SCHUHMACHER (Hrsg.), Ungeliebte Diener des Rechts, Baden-Baden, 1999.

Nicht missen möchte ich den wiederholten Besuch des Forums Strafverteidigung (www.forum-strafverteidigung.ch), das Verteidigungsthemen seit über zwei Jahrzehnten in Veranstaltungen pflegt.

Anregend ist überdies, gerade für auditive Lerntypen, der Podcast von DURIBONIN rund um die Strafverteidigung «Auf dem Weg als Anwältin».

Hinweisen möchte ich zudem auf einen wichtigen Aufsatz von WOLFGANG WOHLERS, der den grundlegenden Unterschied eines partnerschaftlichen im Vergleich zu einem paternalistischen Verteidigungsverständnis für die Schweiz erstmals in aller Deutlichkeit herausgeschält und meine intuitiven Gefühle in dieser Kernfrage rechtswissenschaftlich untermauert hat:

- Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 1/2012, S. 55 ff.

Als zentral erachte ich überdies, dass die Verteidigung für ihre Berufspraxis einen sozialwissenschaftlichen Blick auf Strafverfahren und die Strafjustiz schult und schärft. Die entscheidenden Tore haben bei mir vor mehr als 20 Jahren an der Universität Bern der sozialhistorische Zugang zum Recht von PIO CARONI und der Kriminologe KARL-LUDWIG KUNZ aufgestossen, prägnant nachzulesen beispielsweise in

- PIO CARONI, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel u.a., 1988, sowie
- KARL-LUDWIG KUNZ / TOBIAS SINGELNSTEIN, Kriminologie, 7. Aufl., Stuttgart 2018.

Geradezu eine Pflichtlektüre für jede Strafverteidigerin ist nach meiner Ansicht auch

- MARK SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Zürich 2005; und lesenswert bleibt der Klassiker von
- RÜDIGER LAUTMANN, Justiz – die stille Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2011.

Für dogmatische strafprozessuale und strafrechtliche Fragen konsultiere ich die gängigen Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Zeitschriften und Aufsätze und versuche die bestehende Literatur im Sinne einer Straflimitierungsdogmatik weiterzudenken. Der Einstieg in Fachfragen lohnt sich oft über das Lehrbuch von

- NIKLAUS RUCKSTUHL / VOLKER DITTMANN / JÖRG ARNOLD, Strafprozessrecht, Zürich 2011,

das dogmatisch der Sicht der Verteidigung aufs Strafverfahren nahesteht.

Und dem Solothurner Verteidiger KONRAD JEKER kommt der grosse Verdienst zu, in seinem Blog www.strafprozess.ch nahezu täglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus Sicht der Verteidigung kritisch zu kommentieren.

Aus der nahezu unüberschaubaren deutschen Literatur zu handwerklichen Verteidigungsfragen verweise ich auf folgende Bücher (obzwar deren Ausführungen sich wegen der unterschiedlichen Strafprozessordnungen und der unterschiedlichen Rechtskultur nicht unmittelbar in die Schweiz übertragen lassen):

- STEPHAN BARTON, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl., München 2013
- HANS DAHS, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl., Köln 2015
- GERHARD JUNGFER, Strafverteidigung. Annäherung an einen Beruf, Berlin 2016
- ULRICH SOMMER, Effektive Strafverteidigung, 4. Aufl., Köln 2020

Nicht nur für rechtshistorisch Interessierte lohnt sich die Lektüre der Schriften von MAX ALSBERG nach wie vor:

- JÜRGEN TASCHKE (Hrsg.), MAX ALSBERG, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, auf Deutsch hat wohl kaum jemand derart eindringlich Grundfragen der Verteidigung thematisiert.

Und neben einem fachlichen Erkenntnisgewinn erhält einen grossen Lesegenuss, wer sich antiquarisch oder in einer Bibliothek das leider vergriffene Buch von JACQUES VERGÈS besorgt:

- JACQUES VERGÈS, Konfrontation oder Anpassung: Verteidigungsstrategien in politischen Prozessen, Frankfurt 1979

Zur Rhetorik gibt es zahlreiche Kurse und populärwissenschaftliche Bücher. Allerdings erachte ich es als weit sinnvoller, folgendes systematisch und historisch fundierte, wissenschaftliche Grundlagenwerk durchzuarbeiten; der

Umgang mit der narrativen Verteidigungsdimension wird danach anders sein:

- GERT UEDING / BERND STEINBRINK, Grundriss der Rhetorik, 5. Aufl., Stuttgart u.a. 2005.

Systemische Strukturaufstellungen oder eine lösungsfokussierte Gesprächsführung sind selbst für hartgesottene Autodidakten nicht aus Büchern zu lernen. Deshalb macht es Sinn, ein Seminar zu besuchen, beispielsweise im Istituto MARCO RONZANI (www.istituto.ch). Das Gleiche gilt für Focusing nach GENDLIN, das in der Schweiz beispielsweise bei EVELINE MOOR gelernt werden kann und hilfreich für den Zugang zur eigenen Intuition ist (www.focusingausbildung.ch).

Falls Skeptikerinnen trotzdem zur einen oder anderen Methode vorgängig ein Buch lesen möchten, bevor sie sich in Fortbildungen stürzen:

- FREDRIKE BANNINK, Lösungsfokussierte Fragen, Göttingen 2015
- PETER DE JONG / KIM BERG, Lösungen (er-)finden, 7. Aufl., Dortmund 2014
- RENATE DAIMLER, Basics der Systemischen Strukturaufstellungen, 6. Aufl., München 2008
- EUGENE T. GENDLIN, Focussing, 11. Aufl., Hamburg 2016
- PAUL JACKSON / JANINE WALDMANN, Positive Gespräche, 2012
- INSA SPARRER
 - Einführung in die Lösungsfokussierung und Systemische Strukturaufstellung, Heidelberg 2007
 - Systemische Strukturaufstellung, 3. Aufl., Heidelberg 2016
- ANN WEISER CORNELL
 - Focussing – Der Stimme des Körpers folgen, 14. Aufl., Hamburg 2017
 - Die Kunst des Annehmens, Norderstedt 2013

Wer sich für den Fundus chinesischer Listtechniken interessiert, mache sich mit den Büchern von HARRO VON SENGER vertraut:

Spezifisch für Juristen:

- 36 Strategeme für Juristen, Bern 2020,

einleitend:

- Die Kunst der List, 5. Aufl., München 2007, oder
- Die Klaviatur der 36 Strategeme: In Gegensätzen denken lernen, München 2013,

sehr gründlich, das zweibändige Monumentalwerk:

- 36 Strategeme: Lebens- und Überlebenslisten aus drei Jahrtausenden, Frankfurt am Main 2011.

Und ausserdem empfehle ich allen angehenden wie bereits forensisch tätigen Anwältinnen und Anwälten, mithin nicht nur Strafverteidigerinnen, sondern auch Zivilisten, den Essay von

- JACOB STICKELBERGER, Der Gerichtshof-Narr, in Hans Baumgartner / René Schuhmacher (Hrsg.), Recht, Macht und Gesellschaft, Zürich 1995, S. 21 ff.,

er schafft bei gleichzeitiger Wertschätzung für die eigene Profession die notwendige subtil-ironische Distanz.

Sach- und Personenregister

A

Akteneinsichtsrecht 9

Alsberg, Max 15, 16, 18, 19, 80, 158

Alternativgeschichte 11

Ambulante Massnahmen 5, 8, 120, 127, 128

Amtliche Verteidigung 22, 23, 29, 30, 33, 34, 35, 53, 54, 88, 110, 111, 127,
129, 135, 138, 155

Anklageschrift 94, 97

Antragsdelikt 76

Anwalt der ersten Stunde 23, 150

Anwaltskollektiv IX, 20, 156

Anzeige 3, 75

Audiovisuelle Aufzeichnung 72

Auskunftsperson 61, 67

Aussageverweigerung 52, 58, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 122, 124, 136

Ausstandsbegehren 72, 85, 123

Autosuggestion 61

B

Barbie, Klaus 17

Belastungsperspektive 5, 6, 10, 16

Belastungszirkelschluss 123

Beratungspflicht 42

Berufung 107, 109

Berufungsgericht 84, 108, 109, 111

Beschlagnahmung 73

Beschuldigte Person VII, IX, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 21, 27,
28, 29, 30, 32, 33, 38, 39, 49, 50, 53, 51, 52, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64,
65, 68, 69, 71, 73, 75, 77, 84, 89, 91, 95, 97, 102, 107, 110, 113, 122, 123,
124, 125, 128, 137, 142, 152, 157

Beschwerde 13, 25, 52, 55, 56, 57, 73, 74, 88, 89, 110, 111, 123

Beweisantrag 40, 82, 86, 88, 89, 98, 150

Beweisergebnis VIII, 12, 47, 50, 58, 76, 79, 80, 82, 86, 90, 117

Beweismittel 1, 43, 50, 111, 112

Beweiswürdigung 7, 8, 60, 63, 71, 89, 98, 100, 102

Bouhired, Djamila 17

Bundesanwaltschaft 25

C*Carlos* 17**D***Danuser, Gian Andrea* 20

Desinteresseerklärung 43, 76, 77

Dolmetscher 54, 66, 68, 70

Durchsuchung 67, 73

E

Einlassung ohne Geständnis 61

Einstellung des Verfahrens 11

Einvernahme 4, 23, 24, 25, 29, 43, 48, 50, 54, 59, 61, 62, 64, 66, 67, 70, 71,
72, 78, 79, 81, 84, 90, 122, 131, 141

Ergänzungsfragen 40, 43, 81, 82, 87, 123, 156

Ermittlungen 3, 43, 58, 67, 82, 83, 124

Ersatzmassnahme 51, 55

F

Fachanwalt Strafrecht 68

Familienrecht 76

Fehlenden Strafbedürfnisses 77

Festnahme 51

Fluchtgefahr 51, 57

forumpoenale (Zeitschrift) 68, 155, 156

Forum Strafverteidigung 21

Fürsorge 19, 30, 38, 39, 42, 53, 90, 96, 150, 155

G

Gefahrenabwehr 3, 132

Geheimen Überwachungsmaßnahmen 3, 67

Genugtuung 106

Gerichte 3, 6, 7, 8, 11, 12, 16, 23, 26, 24, 49, 54, 55, 63, 68, 72, 92, 99, 101,
102, 104, 109, 111, 120, 128, 132, 131, 142, 152, 135

Gerichtshof der Öffentlichkeit 114, 115, 117

Gerichtsverhandlung 57, 97, 116, 125

Geschädigte 61, 76

Geständnis 8, 52, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 77, 97, 137

Griechischer Prozess 94

Gültigkeitsvorschrift 69

Gutachter 5, 8, 30, 59, 71, 83, 84, 114, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125,
126, 127, 128, 129, 131, 132, 153, 155

H

Hauptverhandlung 4, 5, 6, 7, 11, 23, 25, 30, 33, 47, 49, 60, 73, 77, 82, 85, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 104, 113, 116, 125, 131, 135, 140, 150

Hausdurchsuchung 27

Hug, Barbara 20

Hussein, Saddam 17

I

Interessenwahrung 10, 44, 92, 137, 138, 154

J

Jugendanwalt 137, 141

Jugendstrafverteidigung 47, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 155

K

Kaution 51

Konfrontationsanspruchs 98

Kontrolle 15, 16, 26, 29, 39, 42, 43, 66, 67, 70, 72, 78, 83, 84, 89, 92, 106, 113, 124, 133, 155

Kreativität 10, 84, 85, 121, 144

Kreuzverhör 82

L

Landesverweisung 33, 77

Lügen 18, 58, 62

M

Marias, Javier 2

Mitwirkung 11, 15, 16, 39, 42, 58, 59, 66, 74, 76, 89, 114, 125, 152

N

Nachverfahren 8, 128, 129, 130, 131, 132, 156

Nagarjuna 148

Notwendige Verteidigung 28, 30, 64, 68, 138

O

Observation 67

Öffentlichkeit 5, 31, 77, 85, 95, 96, 113, 114, 115, 116, 117, 156

Offizialdelikt 76

Opening statement 98, 103

Opportunitätsprinzip 77

Ordnungsvorschriften 69

P

Partnerschaftliches Verteidigungsverständnis 134

Paternalistisches Verteidigungsverständnis 40

Personalbeweis 70, 71, 78

Pikett Strafverteidigung 21

plädoyer (Zeitschrift) 155, 156

Plädoyer 11, 72, 78, 80, 87, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103,
104, 105, 106, 107, 109, 118, 137, 155

Prävention 9, 24, 132

Privatklägerschaft 7, 76, 77, 79, 81, 90, 95, 97, 106

Protokoll 63, 70, 71, 99, 124

R

Rambert, Bernard 20

Revision 4, 111, 112

Rhetorik 94, 158, 159

Rückschaufehlers 6

S

Sachbeweise 7, 58, 70, 83, 84, 89

Schönenberger, Edmund 20

Schuldinterlokut 98, 104

Sexualstrafrecht 7, 59, 61, 75, 76, 122, 137

Sicherheitshaft 88, 106

Sistierung 76, 85, 87

Sockelverteidigung 77, 78

Sparrer, Insa 147, 159

Staatsanwaltschaft 3, 4, 5, 8, 12, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 49, 50,

51, 52, 54, 55, 56, 57, 59, 62, 63, 64, 66, 71, 73, 76, 77, 79, 81, 85, 86, 87,
88, 92, 195, 105, 106, 107, 108, 122, 123, 124, 125, 131, 137, 142, 152

Storytelling 10, 12, 17, 19, 86, 87, 91, 92, 93, 103, 110, 112, 117, 118, 131, 132, 159

Strafantrag 3

Strafbefehl 3, 4, 5, 23, 24, 58, 59, 76, 77, 79, 89, 119

Strafvollzug 9, 34, 119, 120, 129, 141

Strate, Gerhard 15, 18, 19, 27, 80

Strategeme 147, 152, 153, 154, 159

Strategie 10, 11, 15, 17, 39, 40, 42, 44, 45, 59, 60, 61, 65, 66, 78, 86, 87, 89,

91, 93, 96, 98, 107, 108, 109, 115, 116, 117, 118, 125, 129, 134, 136, 150, 151,
154, 158

Suggestivfragen 70

T

Tabumandat 10

Taktik 39, 44, 116, 150, 154

Tatinterlokut 122, 123

Teilnahmerecht 9, 25

Tetralemma 147, 148, 149

Therapiebericht 129, 131

U

Überwachung, geheime 3, 67

Ungefährlichkeitsvermutung 129

Unschuldsvermutung (*in dubio pro reo*) VII, 1, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 48, 49, 52, 60, 102, 121, 123, 129, 130, 155

Untersuchungseröffnung 11

Untersuchungshaft 3, 6, 8, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 63, 75, 90, 106, 125

Unverwertbarkeit 48, 50, 64, 68, 73, 83, 98

Urteil 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 16, 20, 21, 23, 31, 32, 33, 48, 49, 50, 54, 62, 64, 70, 72, 73, 76, 94, 101, 102, 106, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 118, 120, 124, 127, 128, 129, 130, 132, 137, 151, 152, 154, 156

V

Varga von Kibéd, Matthias 147

Verdacht VII, 1, 3, 4, 8, 10, 13, 30, 31, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 59, 61, 74, 76, 78, 79, 81, 86, 87, 88, 97, 114, 122, 152

Verdeckte Ermittlung 67

Verdunkelungsgefahr 52, 56

Vergès, Jacques 15, 17, 18, 19, 31, 80, 100, 115, 143, 158

Versiegelung 73

Vertrauen 18, 27, 28, 30, 32, 41, 42, 43, 53, 55, 56, 57, 62, 66, 90, 136

Verwahrung 5, 8, 30, 59, 120, 127, 137

Vollzugsakten 8, 131

Voltaire 17

von Senger, Harro 151, 159

Vorladung 27, 67, 127

Vorverfahren 3, 4, 5, 6, 7, 11, 25, 30, 33, 47, 49, 52, 56, 58, 59, 60, 70, 71, 72, 73, 75, 78, 79, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 108, 109, 113, 118, 122, 123, 125, 134, 150

W

Wahrheit 16, 21, 25, 47, 48, 49, 61, 75, 81, 101

Wechsel der amtlichen Verteidigung 30, 155

Wiederholungsgefahr 125

Wirtschaftsstrafverfahren 58, 60, 74

Z

Zeugen und Zeuginnen 7, 26, 48, 67, 71, 81, 82, 83, 84, 87, 95, 96, 102, 105, 109, 127, 131

Zeugnisverweigerungsrecht 48, 70, 73, 88

Zivilansprüche 97, 103, 106, 137

Zwangsmassnahmengericht 50, 51, 54, 55, 56, 58, 73, 74, 75

Zweifel, Hans 20

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

sui generis Buchreihe

herausgegeben von Daniel Hürlimann und Marc Thommen

In dieser Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher dieser Reihe erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher in der *sui generis* Reihe erschienen:

- 001 — **Monika Simmler:** Normstabilisierung und Schuldvorwurf
- 002 — **Marc Thommen:** Introduction to Swiss Law
- 003 — **Silvio Hänsenberger:** Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften
- 004 — **Mais A.M. Qandeel:** Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory
- 005 — **Moritz Oehen:** Der Strafkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren
- 006 — **Jens Lehne:** Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?
- 007 — **Lorenz Garland:** Waffengleichheit im Vorverfahren
- 008 — **Christoph Urwyler:** Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug
- 009 — **Dominik Elser:** Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben
- 010 — **David Henseler:** Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
- 011 — **Lorenz Raess:** Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
- 012 — **Christoph Hurni/Christian Josi/Lorenz Sieber:** Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 — **Emanuel Bittel:** Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht

- 014 – **Stephan Bernard**: Was ist Strafverteidigung?
015 – **Frédéric Erard**: Le secret médical
016 – **Valentin Botteron**: Le contrôle des concentrations d'entreprises
017 – **Monika Pfyffer von Altshofen**: Ablehnungs- und Umsetzungsraten
von Organtransplantationen
018 – **Kristin Hoffmann**: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen
und Verfahren
019 – **APARIUZ XXII**: Unter Gleichen
020 – **Raphaël Marlétaz**: L'harmonisation des lois cantonales
d'aide sociale
021 – **Roger Plattner**: Digitales Verwaltungshandeln
022 – **Nicole Roth**: Miteigentum an Grundstücken und
einfache Gesellschaft

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*, herausgegeben von
Daniel Hürlimann und Marc Thommen.

2. Auflage 23. August 2021

© 2021 Stephan Bernard

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



ISBN: 978-3-907297-14-8

DOI: 10.38107/014-2

Korrektorat: Christoph Meyer

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Illustration auf dem Umschlag: Heidi Bernard, MOKA Designbüro

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

014

WAS IST STRAFVERT EINE PRAXISEINE

Wenige Berufe lösen ähnlich ambivalente Gefühle aus wie die Strafverteidigung: Er kämpft die Strafverteidigung einem Unschuldigen einen Freispruch, wird sie bewundert. Tritt die Strafverteidigung dagegen für die Rechte eines Schwerverbrechers ein, kommt die wiederkehrende Frage gewiss, wie man *den* verteidigen könne.

Bisher gab es bezogen auf die Schweiz keine Einführung in die Praxis und das Handwerk der Strafverteidigung. Das Buch schliesst damit eine zentrale Lücke. Es richtet sich nicht primär an routinierte Fachleute, sondern auch und gerade an Berufsanfängerinnen, Studierende und ein interessiertes breites Publikum.

Stephan Bernards anschauliche Ausführungen basieren auf seinen früheren Veröffentlichungen rund um die Strafverteidigung in Fach- und Publikumsmedien. Sie gründen indessen mindestens ebenso auf seinem persönlichen Handlungs- und Erfahrungswissen aus über 15 Jahren breiter Strafverteidigungspraxis.

sui generis

ISBN 978-3-907297-14-8

DOI 10.38107/014-2