

## Verteidigungsgründe

### Eine alte Perspektive mit neuen Aspekten für Wissenschaft, Studium und Praxis

*Stephan Barton*

#### 1. Heranführung an Verteidigungsgründe

Für den Erfolg jeder Verteidigung ist es entscheidend, dass der Anklage etwas entgegengesetzt werden kann. Man braucht triftige Gründe, will man als Verteidiger den Richter davon überzeugen, dass die Beschuldigung unzutreffend oder wenigstens nicht so schwerwiegend wie angenommen ist. Fehlt es daran, kann sich der Verteidiger noch so sehr bemühen; er wird den Beschuldigten nicht vor einer Verurteilung und prozessualen Zwangsmaßnahmen bewahren können. Mit dem Vorliegen eines entsprechenden durchgreifenden Grundes steht und fällt damit die Schutzfunktion des Verteidigers. Diese Gründe werden hier Verteidigungsgründe genannt.

Sucht man in der stetig wachsenden praxisbezogenen Verteidigerliteratur nach dem Begriff »Verteidigungsgrund«, wird man allerdings nicht fündig werden. Die Stichwortverzeichnisse zeigen keine Treffer an; in den alphabetischen Auflistungen fehlt zwischen »Verteidigungsfunktionen« und »Verteidigungshandeln« der Begriff »Verteidigungsgrund«.<sup>1</sup> Auch in der Sache beschäftigt sich die Praxisliteratur nicht systematisch mit den Gründen, die den strafrechtlichen Vorwurf entkräften könnten. In akademischen Lehrbüchern zum Strafprozessrecht verhält es sich nicht anders. Es scheint, als lohne sich die Behandlung von Verteidigungsgründen weder für die Wissenschaft noch für die Praxis.

Ich möchte zeigen, dass die Beschäftigung mit Verteidigungsgründen neue Perspektiven eröffnet und zwar sowohl für Wissenschaft und Studium als auch für die Praxis. Und ich hoffe, selbst bei einem ausgewiesenen Strafrechtsspezialisten und Verteidigerkünstler, wie *Christian Richter II* das zweifellos ist, Interesse für dieses Thema wecken zu können.

<sup>1</sup> Vgl. nur *Bockemühl* (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Strafrecht*, 2. Aufl., 2002; *Brüßow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* (Hrsg.), *Strafverteidigung in der Praxis*, 3. Aufl., 2004; *Cramer/Cramer* (Hrsg.), *Anwalts-Handbuch Strafrecht*; *Dahs*, *Handbuch des Strafverteidigers*, 7. Aufl., 2005; *Pforte/Degenhardt*, *Der Anwalt im Strafrecht*, 2005; *Ziegert* (Hrsg.), *Grundlagen der Strafverteidigung*, 2000.

2. *Verteidigungsgründe in der Prozessrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*

Überraschenderweise haben Verteidigungsgründe in früheren Zeiten größere Beachtung gefunden. Man muss gar nicht weit zurück schauen, dann stößt man auf zahlreiche Beiträge, in deren Zentrum die Beschäftigung mit Verteidigungsgründen stand. Das gilt im deutschsprachigen Raum namentlich für die Verteidigerliteratur des 19. Jahrhunderts.

In seiner »Anleitung zur Verteidigungskunst« hatte beispielsweise der Heidelberger Professor *Carl Joseph Anton Mittermaier* vor mehr als 150 Jahren den »Verteidigungsgründen, ihren Quellen und den Mitteln, sie aufzusuchen«<sup>2</sup> zentralen Stellenwert beigemessen. Er definierte Verteidigungsgründe wie folgt:

»Jeder positiv rechtliche, in den Akten liegende Grund, welcher den Mangel einer zur vollen Strafanwendung gesetzlich nothwendigen Bedingung beweist, und zur Ausschließung aller Strafe, oder zur Strafminderung führt, oder als Strafmilderungsgrund wirken kann, ist Verteidigungsgrund, auf welchen der Verteidiger sich berufen muß.«<sup>3</sup>

Eine vollständige Aufzählung aller Verteidigungsgründe hielt er zwar für unmöglich, er benannte aber die »Hauptquellen, aus welchen Verteidigungsgründe zu nehmen sind«.<sup>4</sup> Dabei differenzierte er zwischen sieben Bereichen: Er beginnt (1) mit Verteidigungsgründen, die sich aus den »Bedingungen der Prozessführung« ergeben. Der Sache nach behandelt er dabei Rügen, die sich auf Fragen der Zuständigkeit des Gerichts und der Unbefangenheit der Richter stützen, also – nach heutigem Verständnis – im Prozessrecht zu Hause wären und absolute Revisionsgründe (§ 338 StPO) darstellten. An zweiter Stelle stehen bei *Mittermaier* die Verteidigungsgründe, die sich daraus ergeben, dass eine Tat nach den Gesetzen eines Landes nicht unter einem »Strafgesetze« steht; heutzutage würde man damit das Erfordernis einer gesetzlichen Kodifizierung als Straftat (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG) bezeichnen. Dem folgen (3) »Verteidigungsgründe, abgeleitet von den Bedingungen als den allgemeinen Merkmalen eines Verbrechens überhaupt«, worunter man nach heutigem Verständnis die Verbrechensvoraussetzungen »menschliche Handlung, Erfolg und Kausalität« verstehen würde. Es folgen (4) differenzierte Ausführungen zur »Zurechnung und Willensbestimmung des Täters«, also die Anforderungen an die Schuldfähigkeit und den Vorsatz. Verteidigungsgründe bilden (5) »Bestimmungen des Thatbestandes eines bestimmten einzelnen Verbrechens«, also schwerpunktmäßig Fragen der Tatbestandsmäßigkeit nach dem StGB-BT. Fragen, die im Zusammenhang mit dem »Beweis« (u.a. Vollständigkeit des Beweises, sodann Fragen einzelner Beweis-

2 *Mittermaier*, Anleitung zur Verteidigungskunst im deutschen Strafprozesse und in dem auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit gebauten Strafverfahren mit den Eigenthümlichkeiten der Verteidigung vor Geschworenengerichten mit Beispielen, 4. Aufl. 1845, S. 79 ff.

3 *Mittermaier*, a.a.O., S. 81.

4 *Mittermaier*, a.a.O., S. 81.

mittel: Augenschein, Kunstverständiger, Geständnis, Zeugenbeweis, Urkunde, Verdachtsgründe bei »Indicien und Vermuthungen«, Beweis der bösen Absicht) stehen, bilden den vorletzten Schwerpunkt. Abschließend werden Verteidigungsgründe dargestellt, die sich nach heutiger Diktion aus der Möglichkeit von Strafrahmenverschiebungen bei Versuch und Teilnahme ergeben, sowie solche, die eine milde Bestrafung (bei gegebenen Strafrahmen) ermöglichen.

Ähnlich – nur noch differenzierter – behandelt der österreichische Dozent *Vargha* eine Generation später Verteidigungsgründe. Er definiert sie wie folgt:

»Ein Vertheidigungsgrund wird somit jeder Umstand sein, den der Richter bei seiner Beurtheilung der Strafbarkeit des Beschuldigten zu dessen Gunsten zu berücksichtigen verpflichtet ist.«<sup>5</sup>

Sodann folgen zahlreiche Kapitel zu diversen Verteidigungsgründen, die – ähnlich wie die Ausführungen von *Mittermaier* – nach heutiger Sicht eher unsystematisch erscheinen. Das beruht jedoch schlicht und einfach darauf, dass die seinerzeitige Dogmatik nicht ähnlich trennscharf wie die heutige zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht<sup>6</sup> differenzierte. Ferner hat die moderne Strafrechtsdogmatik im Bereich der Straftatvoraussetzungen zunehmend subtilere Zurechnungsfiguren entwickelt. Und auch die Rechtsfolgenbestimmung ist mittlerweile zu feineren strafrechtssystematischen Nuancierungen in der Lage. Aber auf all dies kommt es an dieser Stelle gar nicht an. Entscheidend ist, dass sich die seinerzeitige Verteidigerliteratur ausgiebig sowohl mit der wissenschaftlichen Systematik von Verteidigungsgründen beschäftigte als auch mit deren Übertragung auf die Bedürfnisse des in der Praxis tätigen Verteidigers. Für unser Thema lässt sich deshalb festhalten:

Der Gedanke der Verteidigungsgründe stellt auf die Perspektive des praktisch tätigen Verteidigers ab; es werden auf diese Weise materielles und formelles Recht sowie anwaltliche Pragmatik miteinander verklammert. Bezweckt wird damit eine hohe Wirksamkeit (»Kunst«) der Verteidigung im Strafverfahren.

### 3. Rechtsvergleich: Defenses im amerikanischen Strafverfahren

Die Beschäftigung mit Verteidigungsgründen ist aber keinesfalls nur von historischem Wert. Wagen wir deshalb einen Rechtsvergleich und schauen wir auf eine höchst interessante Errungenschaft des US-Rechtssystems, die sog. Defenses. Ihnen kommt im amerikanischen Strafrecht große Bedeutung zu. Die

5 *Vargha*, Vertheidigung in Strafsachen, 1879, § 261, S. 461.

6 Dem entspricht es, dass bis zur Aufklärung nicht zwischen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgründen und prozessualen Verteidigungsrechten des Beschuldigten (also zwischen materieller und formeller Defension) getrennt wurde; beides bezeichnete man als »defensio«; vgl. *Armbrüster*, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, 1980, S. 103.

Straftatlehre wird dort in zwei Teile, die Straftat (sog. offense) und die »Verteidigungsmöglichkeiten«<sup>7</sup> (defenses) zerlegt. Der Vortrag der offenses obliegt im Prozess der Staatsanwaltschaft; gelingt dies, begründet dies die Vermutung der Strafbarkeit. Die defenses, deren Vorliegen grundsätzlich von der Verteidigung zu beweisen ist, können diese Vermutung widerlegen. Defenses werden als die »Werkzeuge des Beschuldigten« bezeichnet, die der Abwehr des anklägerischen Angriffs und damit »der Verhinderung eines drohenden Übels in Gestalt strafrechtlicher Verfolgung oder Sanktion« dienen<sup>8</sup>; sie stellen also mit anderen Worten die Argumente dar, welche die Verteidigung inhaltlich stützen können. Wichtig für das Verständnis der defenses ist, dass sie nicht rein materiellrechtlich zu fassen sind, sondern in ihrer Systematik als Antworten auf »offenses« (Angriffe) der StA zu verstehen und stets mit Fragen des Beweises und der Beweislast verquickt sind.<sup>9</sup> Für die sog. »regular« defenses gelten dabei andere Beweislastverteilungen als für die »affirmativ« defenses. Wichtig ist ferner, dass sie im Kontext einer »fallbezogenen« (induktiven) Anwendung von Recht stehen, auf die Handhabung durch den Verteidiger zugeschnitten sind und dabei namentlich die Chancen der Gestaltung des Verfahrens durch den Verteidiger wie auch dessen Verantwortung für die professionelle Heranziehung entlastender Momente für den Beschuldigten betonen. Deshalb kommen defenses der Sache nach den Verteidigungsgründen im Sinne der Prozessrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sehr nahe.

Defenses sind im angloamerikanischen Recht nicht einheitlich. Auch in den USA gibt es in den einzelnen Bundesstaaten Unterschiede in den zulässigen defenses. Auf diese Differenzen kommt es hier nicht an.<sup>10</sup> Wichtiger ist, dass die historische Anleihe (Verteidigungsgründe) und der Rechtsvergleich (defenses) zeigen, dass die materielle Defension<sup>11</sup> stets im Rahmen und auf der Grundlage des jeweiligen positiven Rechts zu erfolgen hat und dass die Systematisierung von

7 Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Darstellung von *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 139. *Dubber* bezeichnet die defenses dabei als »Verteidigungsmöglichkeiten«.

8 *Stauder*, Die allgemeinen defenses des New York Penal Law, 1999, S. 4. *Stauder* hat hierzu die einschlägigen Wörterbücher durchgesehen und folgende weitere Definitionen für defenses gefunden: Jeder Beweis, »den ein Angeklagter vorbringt, um einen strafrechtlichen Vorwurf zu Fall zu bringen«; »Tatsachen- oder Rechtsfragen, die den Angeklagten, sofern sie zu seinen Gunsten entschieden werden, ganz oder teilweise von der strafrechtlichen Verantwortung freistellen«; alle nachvollziehbaren Umstände, »die die Bestrafung wegen einer Straftat verhindern können« oder schlicht »Verurteilungssperre«.

9 *Dubber*, a.a.O., S. 140 sieht das kritisch; er meint, im amerikanischen Strafrecht neige der »prozessuale Schwanz« dazu, mit dem »materiellen Hund zu wedeln«.

10 Vgl. dazu *Dubber*, a.a.O., S. 144 ff. An einem konkreten Beispiel – dem U-Bahn-Fall Goetz – schildert *Fletcher* eindrucksvoll die Unterschiede zwischen der US-Amerikanischen und der deutschen Strafrechtsdogmatik; *Fletcher*, Notwehr als Verbrechen, 1993; dazu geht er auf S. 91 ff. auch kurz auf Fragen der defenses ein.

Verteidigungsgründen immer dem Stand der jeweiligen Dogmatik entsprechen muss.

Und ein weiteres wird deutlich: Wenn man aus der Sicht des amerikanischen Strafrechts bzw. von der Warte der deutschen Prozessrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts auf unser heutiges Strafrecht schauen würde, müsste man irritiert unsere strenge Trennung von materiellem und formellen Recht bzw. die Loslösung der Theorie vom praktischen Fall zur Kenntnis nehmen. Und man würde sich fragen, warum die Figur des Verteidigers in der deutschen Juristenausbildung so gut wie vollständig fehlt. Das, was uns heutzutage selbstverständlich scheint, ist es also von außen gesehen noch lange nicht.

#### 4. Verteidigungsgründe und Strafrechtssystematik

Nach den historischen und rechtsvergleichenden Betrachtungen kann nunmehr eine Definition erfolgen: Verteidigungsgrund ist jeder Umstand, der geeignet ist, einen Mangel in der strafrechtlichen Zurechnung zu begründen oder als Strafmitderungsgrund zu wirken. Als Verteidigungsgründe sollen ferner solche Umstände gelten, welche die mit dem Strafverfahren verbundenen Belastungen für den Beschuldigten abschwächen oder der Förderung sonstiger Beschuldigteninteressen dienen können.

Als Verteidigungsgründe im letztgenannten Sinn kommt also alles das in Betracht, was dazu beitragen kann, die aus dem Strafverfahren resultierenden Belastungen für den Beschuldigten zu mildern; ein Verteidigungsgrund wäre deshalb auch ein Argument, mit dem sich U-Haft<sup>12</sup> vermeiden oder eine Besserstellung bei der Strafvollstreckung erreichen lässt.<sup>13</sup>

Kurz gesagt stellt alles das einen Verteidigungsgrund dar, was gegen die Anklage ins Feld geführt werden kann und dazu geeignet ist, zu einer Besserstellung des Beschuldigten zu führen. Alle Verteidigungsgründe müssen dabei dem Richter bzw. dem Staatsanwalt, falls jener die entsprechende Entscheidung trifft, vermittelt werden.

Damit ist aber nicht alles, was vom Beschuldigten oder vom Verteidiger im Prozess vorgebracht wird, automatisch als Verteidigungsgrund anzusehen. Recht-

11 Auch der Begriff der materiellen Defension ist in Vergessenheit geraten. Gemeint ist damit alles das, was inhaltlich auf die Zurückweisung des strafrechtlichen Vorwurfs zielt; vgl. *Schroeder NJW 1987, 301*.

12 Anders *Mittermaier, a.a.O., S. 42* (dort Fn. 13), der in der Beschwerde des Angeklagten wegen »unartigen Benehmens des Richters und langer Untersuchungshaft« keinen Akt der eigentlichen Verteidigung sehen wollte; dagegen wendet sich allerdings schon ausdrücklich *Vargha*, der darauf hinweist, dass im Reformierten Strafprozess dem Richter »rück-sichtlich der Behandlung des Beschuldigten gesetzliche Schranken gezogen sind«; *Vargha, a.a.O., § 261, Fn. 1*.

13 Diese »Verteidigungsgründe im weiteren Sinne« verdienen eine gesonderte Vertiefung, die an dieser Stelle nicht erfolgen kann.

liche Argumente, die nicht der Abwehr gegen einen Angriff dienen, stellen keine Verteidigungsgründe dar. Hierunter fällt beispielsweise das Stellen von Strafanzeigen gegen andere Verdächtige. Das ist keine Verteidigung, sondern ein Angriff; und ein solcher führt keine Verteidigungs-, sondern Angriffsgründe ins Feld.

Verteidigungsgründe sind auch von den konkreten Aktivitäten, die der Verteidiger im Prozess entfaltet (etwa das Stellen eines Beweisantrages, in welchem die Vernehmung eines Zeugen beantragt wird, um den Verteidigungsgrund der Notwehr zu belegen), abzugrenzen. Deshalb stellen beispielsweise Rügen des Verteidigers, Zwischenrechtsbehelfe (etwa die Anrufung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2 StPO) und Rechtsmittel sowie die Wahrung prozessualer Obliegenheiten (wie namentlich die Einhaltung von Präklusionsvorschriften) keine Verteidigungsgründe dar. Auch Ausstiegsstellen aus dem Prozess, etwa eine Einstellung des Verfahrens nach dem Opportunitätsprinzip (§§ 153 ff. StPO) sind selbst keine Verteidigungsgründe. Etwas anderes gilt für die inhaltlichen Argumente, die eine solche Einstellung des Verfahrens rechtfertigen, z.B. das Vorliegen geringer Schuld und das fehlende öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bei einem Vergehen.

#### a) *Überblick*

Verteidigungsgründe können sich aus dem Gesetz, ferner aus dogmatischen Kunst- und praktischen Anwendungsregeln ergeben. In erster Linie sind dies Besserstellungen, die einen Mangel in der strafrechtlichen Zurechnung der Straftatvoraussetzungen begründen und so die Bestrafung des Beschuldigten verhindern. Aber auch Umstände, die sich als Strafmilderungsgrund auswirken, also den Beschuldigten nicht vollständig von Strafe freistellen, sondern nur die Rechtsfolgenbestimmung zugunsten des Beschuldigten betreffen (wie z.B. die Annahme eines minder schweren Falles und die damit bedingte Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung), stellen Verteidigungsgründe dar. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich das rechtliche Argument direkt auf die materiell-rechtliche Zurechnung bezieht (nur als ein Beispiel: fehlende Garantenstellung) oder mittels strafprozessualer Zwischenschritte (z.B. durch Thematisierung eines Beweisverwertungsverbots, das sich zugunsten des Beschuldigten auswirkt) zum Tragen kommt oder sich rein tatsächlich ergibt (durch Zweifel am Beweiswert von Zeugenaussagen). Entscheidend ist nur, dass die strafrechtliche Zurechnung unter dem Strich infrage gestellt wird.

Verteidigungsgründe können also auf verschiedenen Ebenen des Rechtssystems angesiedelt sein. Hier sollen exemplarisch solche behandelt werden, die sich im Straftatsystem widerspiegeln oder aus Prozessvoraussetzungen und Beweisverboten ergeben.

b) *Fehlende Straftatvoraussetzungen als Verteidigungsgründe*

Im Rahmen des objektiven Tatbestandes kann jedes fehlende Tatbestandsmerkmal einen Verteidigungsgrund darstellen, angefangen beim Tatsubjekt, über die Handlung und den Erfolg bis hin zur Kausalität und objektiven Zurechnung. Bezogen auf den Vorwurf eines Betrugs kämen in Abhängigkeit vom Fall u.a. folgende Verteidigungsgründe in Betracht: Der beschuldigte Unternehmer war gar nicht der Täter bzw. die Tat lässt sich ihm nicht nachweisen (also eine reine Tatsachenverteidigung); der Beschuldigte hat nicht einen anderen i.S.d. § 263 StGB getäuscht oder dieser irrte jedenfalls nicht; es ist kein Vermögensschaden eingetreten; oder die Täuschung war nicht ursächlich für den Irrtum.

Besonders klar lassen sich Verteidigungsgründe auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ausmachen. Es handelt sich dabei schlicht und einfach um Rechtfertigungsgründe. Diese bedürfen hier keiner weiteren Erläuterung oder Vertiefung; es kann vielmehr auf die einschlägigen Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des StGB verwiesen werden.<sup>14</sup>

Auch auf der Ebene der Schuld lassen sich zahlreiche durch das Straftatsystem vorgegebene Verteidigungsgründe ausmachen: Fehlende Schuldfähigkeit (§ 20 StGB), der Erlaubnistatbestands- und der Erlaubnisirrtum oder die Entschuldigungsgründe (§§ 33, 35 Abs. 1 Satz 1 StGB) stellen nicht nur »klassische« Zurechnungskategorien aus dem StGB-AT dar, sondern begründen auch klar konturierte Verteidigungsgründe.

Speziell die subjektive Tatseite birgt vielfältige Ansatzpunkte für durchgreifende Verteidigungsgründe. Das beginnt schon beim subjektiven Tatbestand: Handelte der Täter ohne Vorsatz, scheidet eine Vorsatzstrafbarkeit aus (§ 16 StGB). Besonders interessante Verteidigungsmöglichkeiten eröffnen sich dabei im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen bedingt vorsätzlichem und bewusst fahrlässigem Verhalten (Stichwort bei Tötungsdelikten: »Hemmschwellentheorie«<sup>15</sup>) und bei Tatbeständen, die einen gesteigerten Vorsatzgrad verlangen.<sup>16</sup> Die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (wie z.B. die Zueignungsabsicht bei § 242 StGB oder die Bereicherungsabsicht bei § 263 StGB) eröffnen der Verteidigung ebenfalls Angriffspunkte. Das gilt z.B. für die Beutesicherungsabsicht des § 252 StGB: In der Praxis erlebt man immer wieder Fälle, in denen ein Beschuldigter nach einer Wegnahme (beispielsweise im Kaufhaus) ertappt wird und mit der Beute flieht. Das wird nicht selten als Verbrechen des räuberischen Diebstahls angeklagt. Dem kann zuweilen der Verteidigungsgrund der fehlenden

14 Vgl. etwa *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 35. Aufl., 2005, Rn. 282 oder *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, §§ 6-9.

15 Zur Hemmschwellentheorie des BGH mit Nachweisen aus der Rechtsprechung *Stern*, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 2. Aufl., 2005, Rn. 169 ff.; *Verf. NStZ* 2004, 309 ff.; *Lackner/Kühl*, a.a.O., § 212 Rn. 3.

16 Vgl. *Weider*, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, 2000, S. 11.

Besitzerhaltungsabsicht entgegengestellt werden. Wenn der Dieb sich nämlich nur deshalb der Beute nicht entledigt hat, um nicht ergriffen zu werden, fehlte es an der erforderlichen Absicht. Die obergerichtliche Rechtsprechung legt hier strenge Maßstäbe an den subjektiven Tatbestand an.<sup>17</sup>

Die strafrechtsdogmatische Irrtumslehre liefert ebenfalls zahlreiche Ansatzpunkte für Verteidigungsgründe: Tatbestands- und Erlaubnistatbestandsirrtümer lassen den Vorsatz bzw. die Vorsatzschuld und damit eine Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdelikts entfallen. In der Praxis sind Fälle, in denen der Täter fälschlicherweise glaubt, einen Anspruch gegen das Opfer zu haben, und diesen durch List, Drohung oder Gewalt durchsetzt, nicht selten. Anklagen, die das als Diebstahl, Raub, Erpressung oder Betrug werten, übersehen leicht, dass die Rechtswidrigkeit von Zueignung und Bereicherung ein Tatbestandsmerkmal darstellt, und der Irrtum hierüber einen Tatbestandsirrtum begründet.<sup>18</sup> Unterliegt der Täter einem Verbots- und Erlaubnisirrtum, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden kann (§ 17 StGB). Derartige Irrtümer kennt die Praxis speziell im Bereich des Nebenstrafrechts.<sup>19</sup>

Beim Versuch können das Nichtvorliegen des Tatentschlusses (Abgrenzung zur bloßen Vorbereitung) und die Freiwilligkeit des Rücktritts Verteidigungsgründe begründen. Auch bei Fahrlässigkeitsdelikten können sich erfolgversprechende Verteidigungsgründe im subjektiven Bereich ergeben, etwa bei der Frage der subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung.

Diesen und weiteren<sup>20</sup> Verteidigungsgründen ist gemeinsam, dass sie stark von subjektiven Elementen geprägt sind und deshalb im Wesentlichen durch die Einlassung des Beschuldigten belegt werden können. Von erfahrenen Praktikern wird in diesem Zusammenhang betont, dass die Einlassung nach erfolgter anwaltlicher Beratung die Möglichkeit bietet, »Unklarheiten bei dem Vorliegen der Voraussetzungen einzelner Vorschriften« zu beseitigen, um auf diese Weise ein günstiges Ergebnis zu erreichen.<sup>21</sup> »Von überragender Bedeutung« sei es in diesem Zusam-

17 Vgl. die von *Tondorf* mitgeteilten Rechtsprechungsbelege in: *Cramer/Cramer* (Hrsg.), *Anwalts-Handbuch Strafrecht*, 2003, Teil D, Rn. 151; die Literatur steht dazu nicht unkritisch: vgl. *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 27. Aufl., 2004, Rn. 371; *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 7. Aufl., 2005, § 10 Rn. 13.

18 *Schlothauer*, *Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger*, 2. Aufl., 1998, Rn. 79a; vgl. auch *Weider*, a.a.O., S. 11.

19 Vgl. *Kühl*, a.a.O., § 13 Rn. 51 mit Beispielen für Verbotsirrtümer.

20 Weitere Beispiele bei *Weider*, a.a.O., S. 11.

21 *Weider*, a.a.O., S. 11 f.



menhang, »welche Erklärungen der Beschuldigte bislang nach außen« abgegeben habe; optimal sei es, habe er bisher geschwiegen.<sup>22</sup>

c) *Prozessvoraussetzungen*

Auch Prozessvoraussetzungen eröffnen Verteidigungsgründe. Unter Prozessvoraussetzungen werden die Bedingungen für die Zulässigkeit eines Urteils in der Sache selbst (Sachurteil, also Verurteilung oder Freispruch) verstanden.<sup>23</sup> Mit dem Vorliegen von Prozessvoraussetzungen steht und fällt das gesamte Verfahren. Fehlt es an den sog. positiven Prozessvoraussetzungen – also den Umständen, die gegeben sein müssen, damit das Verfahren betrieben werden kann (etwa der Strafantrag bei den Antragsdelikten) – oder liegen umgekehrt negative vor – also Umstände, die nicht gegeben sein dürfen, soll das Verfahren betrieben werden (etwa Eintritt der Rechtskraft, anderweitige Rechtshängigkeit, Verjährung) –, dann ist das Verfahren einzustellen. Besonders bei den negativen Prozessvoraussetzungen liegt die Übereinstimmung mit Verteidigungsgründen auf der Hand: Sie stellen unmittelbar Verteidigungsgründe dar. Bei den positiven Prozessvoraussetzungen muss man nur die Vorzeichen umdrehen: Fehlt eine, ist ein Verteidigungsgrund gegeben. Mängel bei den Prozessvoraussetzungen ziehen stets die Einstellung des Verfahrens nach sich.<sup>24</sup> Prozessvoraussetzungen sind zwar von Amts wegen zu beachten, was aber nicht immer durch Staatsanwaltschaft und Gericht geschieht. Die Verteidigung hat ihre Aufmerksamkeit darauf zu richten.<sup>25</sup>

In der Praxis und auch in Teilen des Schrifttums lässt sich eine Tendenz feststellen, den Kreis der Verfahrenshindernisse mit der Begründung, es sei von den Ermittlungsbehörden in grundrechtlich geschützte Positionen eingegriffen worden, zu erweitern. Deshalb werden auch und gerade von Verteidigern Verfahrenshindernisse geltend gemacht, die sich auf die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren stützen. Begründet wird das u.a. mit einer überlangen Verfahrensdauer, dem Einsatz von Lockspitzeln, völkerrechtswidriger Entführung, aber

22 *Stern*, a.a.O., Rn. 1355; zu den Vorteilen eines Verteidigers durch Schweigen vgl. *Richter II StV* 1994, 687 (692).

23 *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005, Rn. 273; besonders wichtige werden dargestellt in Rn. 293; vgl. ferner *LR-Rieß*, 25. Aufl., 1999, Einl. J Rn. 48. Ihrer Natur nach gehören sie zum Verfahrensrecht; vgl. *Wessels/Beulke*, a.a.O., Rn. 151.

24 Im Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO, im Zwischenverfahren nach § 204 Abs. 1 StPO, außerhalb der Hauptverhandlung nach § 206a StPO und aufgrund einer Hauptverhandlung nach § 260 Abs. 3 StPO; vgl. *LR-Rieß*, Einl. J Rn. 50.

25 Vgl. insofern die Ausführungen in der Verteidigerliteratur, etwa von *Malek*, Verteidigung in der Hauptverhandlung, 3. Aufl., 1999, Rn. 57 ff.; *Gatzweiler/Mehle* in: *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 3. Aufl., 2004, § 10 Rn. 46 ff.

auch mit öffentlicher Vorverurteilung oder dem Versuch der Herbeiführung einer Verurteilung um jeden Preis.<sup>26</sup> Gerade die beiden letztgenannten Gründe dürften verständlich machen, dass die Rechtsprechung derartigen neuen Verfahrenshindernissen skeptisch gegenüber steht.<sup>27</sup> Wenn gleichwohl ein Verteidiger, um rechtsstaatswidrige Ermittlungsmethoden zu kritisieren, fordert, den Prozess einzustellen, kann dies im Rahmen einer entsprechenden Verteidigungskonzeption durchaus vertretbar und auf vernünftige Neuentwicklungen und Rechtsfortbildung hin angelegt sein. Bestimmte Praxisrituale, die gerade in spektakulären Prozessen wahrnehmbar sind und die darin bestehen, dass am ersten Sitzungstag ein Feuerwerk an ominösen Verfahrenshindernissen geltend gemacht wird, sind damit allerdings nicht gemeint.

#### d) Beweisverbote als Verteidigungsgründe

Beweisverbote verbieten die Erhebung oder Verwertung bestimmter Informationen im Strafprozess;<sup>28</sup> sie entfalten zwar nicht aus sich heraus Bedeutung für die materiell-strafrechtliche Subsumtion oder Rechtsfolgenbestimmung, aber sie setzen gewichtige prozessuale Grenzen der Wahrheitsfindung<sup>29</sup> und bestimmen damit mittelbar die Tatsachengrundlage, auf der die Schuld- und Straffrage entschieden wird. Beweisverbote sind deshalb auch als Verteidigungsgründe von hoher Bedeutung. Dies hängt sicherlich damit zusammen, dass der Gedanke der Justizförmigkeit Verteidigern vielfach nicht als Fessel ihres Verteidigungsarsenals, sondern als dessen Bereicherung erscheint.<sup>30</sup>

Von besonderer Bedeutung für Wissenschaft und Praxis sind die sog. Beweisverwertungsverbote; deren Vorliegen führt dazu, Beweisergebnisse von einer zulässigen Berücksichtigung im Urteil auszuschließen. Besonders deutlich wird dies beim Beweisverwertungsverbot des § 136a StPO: Verbotene Vernehmungsmethoden führen zwingend zur vollständigen Unverwertbarkeit einer Aussage; das einmal Gesagte darf – auch wenn es inhaltlich zutreffend sein sollte – in kei-

26 Beispiele stammen von LR-Rieß, Einl. J Rn. 53; vgl. auch SK-StPO-Paeffgen § 206a Anh. 25 ff.; weitere Beispiele bei Volk, Grundkurs StPO, 4. Aufl., 2005, § 14 Rn. 27 ff. (30).

27 So auch Volk, a.a.O., § 14 Rn. 27 ff mit zahlreichen Rechtsprechungsbelegen und guten Gründen für diese Position.

28 Grundsätzlich zu den Beweisverboten und zu ihrer Differenzierung vgl. Beulke, a.a.O., Rn. 454 ff.; Rose/Witt JA 1997, 762 f.; Volk, a.a.O., § 28 Rn. 1 ff.

29 Schlothauer, a.a.O., Rn. 10.

30 Die Betonung der Form durch den Verteidiger steht allerdings im Gegensatz zum »modernen« Verständnis des Strafprozesses: »Für einen Strafprozess, der von der Unschuldsvermutung zur Opfervermutung driftet, werden schützende Formen der Strafprozessordnung zu Lästigkeiten, zu Anachronismen, zu Gerümpel, die in einem modernen Verfahren nichts mehr zu suchen haben«; König, Das Pappenheimer-Syndrom, in: Barton (Hrsg.), Beziehungsgewalt und Verfahren, 2004, S. 49 (57).

ner Weise gewürdigt und noch nicht einmal vorgehalten werden.<sup>31</sup> Das gilt nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO selbst für den Fall, dass der Vernommene der Verwertung zustimmt. Verwertungsverbote stellen ein schier unerschöpfliches Thema für Wissenschaft und Praxis dar. Auch in der Lehre und in Prüfungen kommt ihnen eine erhebliche Bedeutung zu. Die Kenntnis der wichtigsten Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote sowie die Grundzüge ihrer Behandlung in Rechtsprechung und Lehre gehören zum erforderlichen Prüfungswissen von Studierenden.<sup>32</sup>

Allerdings erweist sich die Behandlung der Beweisverwertungsverbote als schwierig, da nur ein ganz geringer Teil gesetzlich geregelt ist; in der StPO ist das neben § 136a Abs. 3 Satz 2 in den eher randständigen Bereichen der §§ 81a Abs. 3, 81c Abs. 3 Satz 5, 98b Abs. 3, 100b Abs. 5, 100d Abs. 5, 108 Abs. 2, 110e, 161 Abs. 2 StPO der Fall.<sup>33</sup> Auch außerhalb der StPO sind nur einzelne Beweisverwertungsverbote kodifiziert.<sup>34</sup> Im Übrigen können sich Verwertungsverbote aber als unselbstständige Beweisverwertungsverbote aus Beweiserhebungsverböten ableiten bzw. als selbstständige Beweisverwertungsverböte unmittelbar aus Eingriffen in Grundrechte (namentlich das Persönlichkeitsrecht) ergeben.<sup>35</sup> Allgemeine Kriterien für die Bestimmung von konkreten Beweisverboten fehlen; über ihre Voraussetzungen und Ableitungen besteht keine Einigkeit in Rechtsprechung und Lehre.<sup>36</sup> Üblicherweise werden sie in Fallgruppen dargestellt und behandelt.<sup>37</sup>

Beweisverböte beinhalten ein erhebliches Potential für die professionelle Verteidigung: *Stern* führt allein 24 mögliche Beweisverwertungsverböte hinsichtlich belastender Äußerungen des Beschuldigten auf, die zu deren »Sperren« für die richterliche Beweiswürdigung führen.<sup>38</sup> Ansatzpunkte für weitere Verwertungsverböte können sich u.a. im Zusammenhang mit belastenden Zeugen- und Sach-

31 *Stern*, a.a.O., Rn. 1417.

32 Vgl. nur *Rössner*, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003 und dort das 17. bis 22. Problem; sie betreffen allesamt Beweisverwertungsverböte.

33 Vgl. *Beulke*, a.a.O., Rn. 456.

34 *Beulke*, a.a.O., Rn. 456 nennt hier §§ 51 BZRG, 393 Abs. 2 AO, 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, 4 ff. StUG, 6 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. 7 Abs. 6 G 10, 11 Abs. 7 GwG, 4 Abs. 2, 7 Abs. 2 ABMG und Art. 13 Abs. 5 Satz 2 GG.

35 Zur Systematik vgl. *Beulke*, a.a.O., Rn. 457; *Rose/Witt* JA 1997, 762 ff.; *Volk*, a.a.O., § 28 Rn. 4 f.

36 *Beulke*, a.a.O., Rn. 457; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl., 2002, Rn. 364; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 24 Rn. 20; *Volk*, a.a.O., § 28 Rn. 8.

37 Vgl. zu diesen Fallgruppen *Beulke*, a.a.O., Rn. 460; *Rose/Witt* JA 1998, 401 und 403.

38 *Stern*, a.a.O., Rn. 1421 ff.; es sind dies u.a. Nichtbelehrung über die Aussagefreiheit, unterbliebene Belehrung zum Konsultationsrecht, Belehrung eines Verhandlungsunfähigen, Verwehrung der Konsultation, Verschweigen eines bereitstehenden Verteidigers, Unterlaufen des Konsultationswunsches usw.

verständigenaussagen ergeben.<sup>39</sup> Das kann und braucht hier nicht vertieft zu werden. Wichtiger ist etwas anderes: Die Geltendmachung von Verwertungsverboten gestattet dem Verteidiger ein »gezieltes Eliminieren belastender Erkenntnisse«.<sup>40</sup> Zahlreiche Beweisverbote sind nämlich disponibel; d.h. der Betroffene muss sich ausdrücklich auf sie berufen, damit sie Wirkungen entfalten.<sup>41</sup> Dieser disponible Charakter, der Beweisverwertungsverboten innewohnt, eröffnet dem Verteidiger erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten. Er kann nämlich im Einzelfall auch ein Beweisverwertungsverbot ungerügt lassen<sup>42</sup>, um einen für die Verteidigung ansonsten verschlossenen Sachverhalt zu eröffnen. Eine Verletzung der Formen des Verfahrens wird ein Verteidiger also nur dann rügen, wenn dies Vorteile für den Beschuldigten erwarten lässt. Ist beispielsweise bei einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren die Ladung des Verteidigers übersehen worden (Verletzung von § 168c V StPO), dürfen die entsprechenden Vernehmungsniederschriften in der Hauptverhandlung nicht verwertet werden, wenn der Verteidiger widerspricht.<sup>43</sup> Der Verteidiger hat es in der Hand, bei einer für den Beschuldigten negativen Zeugenaussage die Verwertung zu verhindern; bei einer positiven Aussage kann er dagegen von der Entfaltung des Beweisverwertungsverbots absehen.

Die Durchsetzung von Verwertungsverboten im Prozess stellt den Verteidiger vor nicht geringe Aufgaben; er muss sich möglichst frühzeitig mit deren Voraussetzungen auseinandersetzen.<sup>44</sup> Er hat zu berücksichtigen, dass Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Beweisverwertung einen ausdrücklichen Widerspruch in der Hauptverhandlung erforderlich machen und dass ggf. ein Gerichtsbeschluss gegen die Verwertung eines Beweises herbeizuführen ist.<sup>45</sup>

## 5. Verteidigungsgründe als Teil anwaltlicher Methodik

Die nahezu unendliche Vielzahl möglicher Verteidigungsgründe wirft die Frage auf, wie der praktisch tätige Verteidiger im Einzelfall den richtigen Verteidigungsgrund oder die richtigen Verteidigungsgründe findet. Damit wird ein neues Feld betreten, nämlich das der Methodik professioneller Verteidigung. Für jede Ausübung professioneller, nicht auf bloßen Zufall angelegter Strafverteidigung

39 Eine gute alphabetische Übersicht über Verwertungsverbote gibt *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 3. Aufl., 2003, Rn. 428-438.

40 *Stern*, a.a.O., Rn. 1416.

41 So ausdrücklich *Stern*, a.a.O., Rn. 1418.

42 *Schlothauer*, a.a.O., Rn. 81 spricht davon, dass der Verteidiger dies »übersieht«.

43 *Schlothauer*, a.a.O., Rn. 11 m. Rspr.-Nachweis.

44 Vgl. *Burhoff*, a.a.O., Rn. 440; wie auch sonst ist das mit erheblicher Knochenarbeit verbunden.

45 *Burhoff*, a.a.O.; ergänzend *Schlothauer*, Zur Bedeutung der Beweisverwertungsverbote im Ermittlungs- und Zwischenverfahren, in: FS-Lüderssen, S. 761 ff.

ist es erforderlich, dass eine in Grundzügen verbindliche Methodik beachtet wird. Auch wenn man sich über die einzelnen Schritte des methodischen Vorgehens streiten mag, sollte es doch unbestritten sein, dass bei einem kunstgerechten Vorgehen des Verteidigers der Frage der Verteidigungsgründe – egal, ob man diese so oder anders bezeichnet – besondere Beachtung zu schenken sein wird. Denn, wie schon einführend festgestellt wurde, ohne Verteidigungsgründe gibt es in der Sache nichts zu verteidigen. Was bedeutet das nun konkret?

Zunächst einmal heißt dies, dass die Ermittlung von Verteidigungsgründen eine zentrale Aufgabe des Verteidigers darstellt und dass die Suche danach umfassend und strukturiert zu erfolgen hat.

Das muss jedenfalls für die Behandlung von Verteidigungsgründen im Studium oder durch Berufsanfänger gelten. Erfahrene Praktiker werden ggf. mit dem »Blick für das Wesentliche« dazu in der Lage sein, treffsicher bestimmte Verteidigungsgründe zu erkennen. Anwaltliche Routine gestattet es insofern, neuralgische Punkte schneller zu identifizieren; andererseits kann ein zu vorschnelles Abstellen auf einen einzelnen Punkt auch dazu führen, dass ein erst bei gründlicherer Prüfung deutlich werdender Verteidigungsgrund im Einzelfall übersehen wird.

Auch wenn es für die Belange der Verteidigung reichen kann, einen einzigen durchgreifenden Verteidigungsgrund ausfindig zu machen, darf dieses Unterfangen also keinesfalls kürzer, schlanker oder weniger anspruchsvoll ausfallen, als dies bei der richterlichen Herangehensweise der Fall ist. Es wäre deshalb ein Missverständnis, wenn man annehmen würde, Verteidiger bedürften bei der Suche nach Verteidigungsgründen weniger oder grundsätzlich anderer rechtlicher Kenntnisse als Richter oder sie könnten gar sprunghaft und willkürlich vorgehen. Für beide gelten dieselben Gesetze und dieselben strafsystematischen Vorgaben, die sie umfassend kennen und beherrschen sollten. Es unterscheiden sich nur die inneren Rationalitäten bei der Anwendung. Je besser ein Verteidiger die gängigen strafrechtlichen Konstruktionen beherrscht, desto leichter wird ihm auch das Aufspüren und Durchsetzen von Verteidigungsgründen fallen. Bei der Ausschau nach konkreten Verteidigungsgründen hat sich der Verteidiger also wie der Richter am Straftatsystem zu orientieren, dieses nur gewissermaßen »umgekehrt« zu lesen. Für ihn zählt nicht, die Kette der Anklageglieder miteinander zu verbinden und zu schließen, sondern er sucht nach deren schwächsten Elementen und nach fehlenden Scharnieren.

Verteidigungsgründe können dabei auf drei verschiedenen Wegen gefunden werden. Von besonders hoher Bedeutung für das Aufspüren von Verteidigungsgründen stellt sich die Schwachstellenanalyse der Beschuldigung dar. Der Verteidiger bewertet dabei entsprechend der richterlichen Methodik die vorliegende Anklage auf ihre Stichhaltigkeit und mögliche Widerlegung. Er muss sich dazu in die Seele des Richters versetzen<sup>46</sup> und wie dieser entsprechend den dogmati-

<sup>46</sup> *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 1957, vor § 137 Rn. 7 unter Bezugnahme auf *Beling*.

schen und praxisüblichen Regeln subsumieren – nur mit einem kritischen Erkenntnisinteresse. Dabei sucht er nach möglichen tatsächlichen oder rechtlichen Schwachstellen der Anklage.

Dies sei am Beispiel des sog. Handtaschenraubs dargestellt, einem sowohl für das Studium wie für die Praxis bedeutsamen Phänomen.<sup>47</sup> Damit werden Konstellationen bezeichnet, in denen ein nicht selten jugendlicher Täter seinem Opfer mit schnellem Griff die Handtasche entreißt. In der Praxis wird das überraschende Zugreifen häufig als Ausübung von Gewalt angesehen und als Verbrechen des vollendeten Raubes gem. § 249 StGB angeklagt. Hat der Täter aber die Wegnahme lediglich mit »List und Schnelligkeit« durchgeführt, handelt es sich nach neuerer BGH-Rechtsprechung nicht um Raub, sondern nur um einfachen Diebstahl, ggf. greift gar § 248a StGB ein.<sup>48</sup> Wenn der Täter die Handtasche – nachdem sich in der Handtasche entgegen seinen Erwartungen kein Geld befunden hat – enttäuscht wegwirft, fehlt es sogar an der Vollendung der Tat.<sup>49</sup> Die Schwachstellenanalyse des Verteidigers wird damit bei einer entsprechenden Anklage den Umständen der Gewalt und der Vollendung der Wegnahme besondere Aufmerksamkeit widmen.

Besonders gutes Gehör finden dabei in der Praxis sicherlich solche Verteidigungsgründe, die sich auf eindeutige Präjudizien in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gründen lassen: Angesichts der breiten Auslegungsmöglichkeiten, die mit dem modernen Strafrecht verbunden sind, stellen Tatrichter weniger darauf ab, ob ein Sachverhalt abstrakt unter eine Norm zu subsumieren ist, als vielmehr darauf, ob in einer vergleichbaren Situation ein Obergericht eine entsprechende rechtliche Konsequenz mitgetragen hat.<sup>50</sup> Aus der Rechtsprechung können sich damit effektive Verteidigungsgründe ergeben; ihre Kenntnis ist für den professionellen Verteidiger deshalb von besonderer Bedeutung. Dies erklärt auch, weshalb in der einschlägigen Verteidigerliteratur die Judikatur des BGH breit und umfassend dargestellt wird, namentlich solche Entscheidungen, die ein Potential für Verteidigungsgründe enthalten.

Weitere besonders praxisrelevante Verteidigungsgründe, die sich durch immer wiederkehrende tatrichterliche Fehler ergeben, finden sich in den Rechtspre-

47 Vgl. aus der Studienliteratur *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O., Fall 25 (Rn. 314, 332); ferner *Rengier*, a.a.O., § 7 Rn. 1 und 7; aus der Rechtsprechung seien genannt: BGH NStZ 1986, 218; StV 1990, 205 und 262.

48 Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, a.a.O., Rn. 332 m. Rspr.-Nachweis.

49 Vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt der »Verteidigungsmöglichkeit des sog. Herunterdefinierens des Strafvorwurfs« *Schlothauer*, a.a.O., Rn. 79a mit weiteren Beispielen.

50 Dazu ausführlich *Schlothauer*, a.a.O., Rn. 80.

chungsübersichten der strafrechtlichen Zeitschriften.<sup>51</sup> Nicht nur im Zusammenhang mit der Anfertigung von Revisionen können diese typischen Fehler Ansatzpunkte für Verteidigungsgründe bilden.

Verteidigungsgründe können sich aber auch durch die Einbringung neuer Tatsachen ergeben.<sup>52</sup> Von der Schwachstellenanalyse unterscheidet sich diese Vorgehensweise dadurch, dass der Verteidiger hier neue, dem Gericht bisher nicht bekannte Umstände ins Spiel bringt, die sich zugunsten des Beschuldigten auswirken. Dies kann beispielsweise durch die Einlassung des Beschuldigten geschehen, der bisher noch nicht bekannte Informationen vorträgt, oder auch durch neue Zeugen- oder Sachverständigenbekundungen.

Verteidigungsgründe können schließlich aus alternativen Bewertungen folgen. In diesem Fall sieht der Verteidiger also den Fall nicht mit den Augen eines unterstellten »Normal-Richters«, sondern sucht nach Neuinterpretationen. Zahlreiche Rechtsprechungsänderungen wurden auf diese Weise von Verteidigern initiiert; man denke nur an die dem BGH »abgekämpfte« Annahme eines Beweisverwertungsverbotes bei unterbliebener Belehrung des Beschuldigten (BGHSt 38, 214) oder bei verweigerter Verteidigerkonsultation (BGHSt 38, 372) oder an Korrekturen der BGH-Rechtsprechung durch das BVerfG (z.B. die verfassungskonformen Interpretationen des Haftgrundes der Tatschwere, BVerfGE 19, 342 und des § 261 Abs. 2 StGB bei der Annahme kontaminierten Honorars durch den Verteidiger, BVerfGE 110, 226). Die Rechtssoziologie misst dem Verteidiger gerade im Bereich derartiger Innovationen besondere Bedeutung zu.<sup>53</sup>

Verteidigungsgründe fallen dem Verteidiger dabei nicht in den Schoß. Sie sind weniger das Resultat von Geniestreichen und Geistesblitzen als von harter juristischer Knochenarbeit. Das setzt zunächst einmal voraus, dass der Verteidiger die Akten sorgfältig studiert und auch die weiteren Informationsquellen ausgeschöpft hat. Das ist es aber nicht allein: Ohne gründliche inhaltliche Auseinandersetzung mit der Anklage lassen sich wohl kaum durchgreifende Verteidigungsgründe finden. Das wird vielfach eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Judikatur und

51 Vgl. die Rechtsprechungsübersichten in der NStZ z.B. zum Beweisantragsrecht (*Becker NStZ* 2003, 415 ff.; 2004, 432 ff.), zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht (*Deter NStZ* 2003, 471 ff.; 2004, 134 ff. und 486 ff.; NStZ 2005, 143 ff.), zu U-Haft-Sachen (*Paeffgen NStZ* 2004, 77 ff.; 2005, 75 ff.), zu Tötungsdelikten (*Altwater NStZ* 2004, 23 ff.; 2005, 22 ff.) und in der NStZ-RR z.B. zum Strafverfahrensrecht (*Becker NStZ-RR* 2004, 33 ff., 65 ff., 225 ff. und 321 ff.; 2005, 65 ff.); zum Recht der Strafverteidigung (*Müller/Schmidt NStZ-RR* 2004, 97 ff.; 2005, 129 ff.), zum Jugendstrafrecht (*Böhm NStZ-RR* 2003, 257 ff.; 2004, 257 ff.) und zur Beurteilung der Schuldfähigkeit (*Theune NStZ-RR* 2004, 161 ff. und 198 ff.).

52 »Belastungsmaterial lässt sich vielleicht mit geeigneten strafprozessualen Schachzügen oder mit neuen (entgegenstehenden) Tatsachen entkräften bzw. erschüttern«; *Stern*, a.a.O., Rn. 1784.

53 Vgl. *Sack* in: *Holtfort* (Hrsg.), *Strafverteidiger als Interessenvertreter*, 1979, S. 132 (148).

Bibliotheksrecherchen erforderlich machen. Wenn dann noch Phantasie und gute Ideen bei der Umsetzung hinzukommen, ist der Verteidiger auf dem richtigen Weg.

Die Findung eines geeigneten Verteidigungsgrundes steht also nicht am Ende einer erfolgreichen Verteidigung, sondern markiert deren Beginn. Dem müssen sodann weitere Schritte folgen, insbesondere die umfassende Entwicklung und Umsetzung einer Alternative zur Anklage. Aber ohne diesen ersten Schritt bleiben alle weiteren Schritte Stückwerk: Das Finden eines Verteidigungsgrundes ist insofern nicht alles, aber ohne einen solchen fehlte der gesamten Verteidigung die erforderliche Basis.

## 6. *Verteidigungsgründe und anwaltsorientierte Juristenausbildung*

Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11. Juli 2002 verpflichtet dazu, schon im Studium die rechtsberatende Praxis zu berücksichtigen (§ 5a Abs. 3 Satz 1 DRiG). Das gilt für alle Rechtsgebiete, auch für das Strafrecht. Rechtsberatende Praxis im Strafrecht stellt dabei primär auf die Verteidigung ab, daneben auch auf die Nebenklagevertretung. Wie eine Erhebung der Lehrangebote deutscher Fakultäten zeigt, machen die Universitäten von der Einbeziehung der rechtsberatenden Praxis im Strafrecht allerdings nur zurückhaltend Gebrauch. Etwa die Hälfte der Fakultäten hat ihr Lehrangebot noch nicht auf die neuen Herausforderungen eingestellt; im Übrigen findet die Anwaltsorientierung im Strafrecht überwiegend in Vorlesungen zum Strafprozessrecht in der neuen Schwerpunktbereichsausbildung Berücksichtigung.<sup>54</sup> Ein Grund für diese Zurückhaltung könnte darin zu sehen sein, dass es an einem geeigneten Ansatzpunkt fehlt, um die Verteidigerperspektive sinnvoll in das Studium integrieren zu können.

Der Gedanke der Verteidigungsgründe erscheint nun geradezu ideal, um die anwaltliche Sichtweise jedenfalls partiell in das Studium einzubeziehen; das gilt nicht nur für eine etwaige Fortgeschrittenenausbildung, sondern schon für das Grundstudium. Die Nähe der Verteidigungsgründe zum Straftatsystem kann es erlauben, anwaltliches Denken unter der Perspektive der Verteidigungsgründe frühzeitig an der Universität zu thematisieren. Dies ist keinesfalls mit einem den Studierenden unzumutbaren Erfordernis verbunden, neuen Lehrstoff einüben zu müssen, sondern nur mit einem Perspektivenwechsel. Der Strafrechtsfall ist also nicht mehr allein aus der Perspektive des Richters wahrzunehmen und zu entscheiden, sondern kann durch die Ausrichtung auf Verteidigungsgründe die anwaltliche Blickweise in das Studium integrieren. Das von den Studierenden sowieso Gelernte ist also in ein neues Koordinatensystem einzustellen; dann lässt

54 Näheres dazu in *Barton*, Statement zur Umsetzung der Ausbildungsreform im Straf- und Strafprozessrecht, 7. Soldan-Tagung (im Druck); vorab im Internet unter »www.strafverteidiger-ausbildung.de« zu finden.



sich die Herangehensweise des Verteidigers an den Strafrechtsfall lehren, lernen und auch prüfen.

Zugleich können Studierende durch die methodisch angeleitete Beschäftigung mit Verteidigungsgründen das Recht von einer ganz anderen Seite kennen lernen. Hatten sie es vorher aus der richterlichen Perspektive als hoheitlich-autoritär wahrgenommen, und hatten sie gelernt, Strafrechtsfälle ausschließlich aus neutraler, unabhängiger und unparteiischer Sicht, also frei von jeden Zwecken, zu entscheiden, können sie jetzt erfahren, dass im freiheitlichen Rechtsstaat auch der parteiische Kampf ums Recht möglich ist.<sup>55</sup>

Neben die »bekennend-normative« Sichtweise, die idealtypisch für Richter bei der Rechtsanwendung ist, kann durch die Behandlung der Verteidigermethodik im Allgemeinen und der Verteidigungsgründe im Besonderen auch eine »praktisch-normative«<sup>56</sup> Sichtweise hinzutreten und damit ein kognitives, wenn nicht sogar instrumentelles<sup>57</sup> Verhältnis zum Recht vermittelt werden. Bei einer solchen Herangehensweise wird das Recht also nicht um seiner selbst willen angewandt, sondern unter dem Blickwinkel seines rechts- und verfahrensgestaltenden Potentials wahrgenommen, also inwieweit es dem Beschuldigten helfen kann. Das Recht gewinnt in der anwaltlichen Perspektive dabei eine neue und freiheitsstärkende Dimension. Es streift seine autoritäre Dimension ab, und dient der individuellen Freiheit. »Das Recht wird zur Sache des Bürgers, nicht mehr des Staats.«<sup>58</sup>

Damit ist – um möglichen Einwänden vorzugreifen – keine Abkehr von der Vermittlung der richterlichen Denkweise im Studium bezweckt, denn die Anwaltsorientierung soll nur ergänzend neben die Richterperspektive treten. Und selbst bei der Behandlung von Strafrechtsfällen vom Standpunkt der Verteidigung aus werden richterliche Relevanzen keinesfalls überflüssig. Vielmehr muss jedes Verteidigungsvorbringen letztlich darauf abzielen, beim Richter Gehör zu finden. Verteidigungsgründe sind also umso zugkräftiger, je mehr sie den richterlichen Vorstellungen richtigen Rechts entsprechen. Rechtsfortbildende Diskurse werden damit allerdings nicht ausgeschlossen.

## 7. Zusammenfassung und Ausblick

Im Gegensatz zum 19. Jahrhundert und zu anderen Rechtsordnungen sind Verteidigungsgründe in der zeitgenössischen deutschen Praxis- und Studienliteratur in

55 Vgl. dazu *Raiser/Schmitt/Bultmann*, Anwaltsklausuren, 2000, S. 10.

56 *Hommelhoff/Teichmann* in: AG der Fachanwälte für Steuerrecht (Hrsg.), *Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen*, S. 537 (550).

57 *Jost*, Anwaltsorientierung und Rechtsbegriff, in: Haverkate u.a. (Hrsg.), *Anwaltsorientierte Juristenausbildung*, Zweite Hans Söldan Tagung, 2000, S. 53 (55).

58 *Raiser/Schmitt/Bultmann*, a.a.O., 2000, S. 10.

Vergessenheit geraten. Historisch gesehen dürfte das seinen Grund darin haben, dass sich die deutsche Strafrechtswissenschaft in den letzten 100 Jahren auf die differenzierte Behandlung des Straftatsystems konzentriert hat. Dieses Unterfangen ist so gründlich ausgefallen, dass dabei der Verbund mit der Rechtsfolgenbestimmung, dem Prozessrecht und mit der anwaltlichen Methodik verloren gegangen ist. Auch die neue auf den Verteidiger zugeschnittene Praxisliteratur hat diese Trennung nicht rückgängig gemacht. Sie orientiert sich zwar am Verteidiger und berücksichtigt anwaltliche Zweckmäßigkeitserwägungen, aber eine Renaissance von Verteidigungsgründen ist damit nicht verbunden.

Wenn hier für eine Neubeschäftigung mit Verteidigungsgründen geworben wird, soll damit das Rad der Geschichte nicht zurückgedreht werden. Die dogmatischen Ausdifferenzierungen sind sinnvoll und die eingetretenen Entwicklungen unumkehrbar. Am allerwenigsten soll damit eine eigene Rechtsdogmatik für Verteidiger propagiert werden! Für Verteidiger wäre es wertlos, in einer anderen Rechtssprache zu reden als Richter; und für die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Verteidigung macht es keinen Sinn, die im Studium mühsam erlernten strafrechtsdogmatischen Figuren aufzugeben. Darum geht es nicht, sondern um lohnende Aspekte, die sich aus der methodischen Beschäftigung mit Verteidigungsgründen ergeben. Diese liegen nicht nur darin, dass Verteidigern die Suche nach triftigen Gründen, die einem unberechtigten Vorwurf entgegengehalten werden können, erleichtert wird. Vielmehr sind auch bereichernde Effekte für die Strafrechtswissenschaft zu erwarten. Die durch die Beschäftigung mit Verteidigungsgründen in den Blick tretenden Möglichkeiten anwaltlicher Rechts- und Verfahrensgestaltung können vielleicht sogar eine Perspektive eröffnen, in der Wissenschaft und Praxis wieder näher zueinander rücken.