

Dr. h.c. R. Deckers

Strafzumessungsverteidigung mit Blick auf die §§ 20, 21 StGB und 46a StGB¹

A | Einleitung

I.

Ich registriere in der jüngeren Vergangenheit strafprozessualer Wirklichkeit zwei Tendenzen auf der Ebene erstinstanzlicher Verhandlungen vor dem Landgericht, die es zunächst verdienen, unabhängig voneinander betrachtet zu werden, um erst in einer zweiten Stufe die Frage aufzuwerfen, ob die Strafzumessung zwischen zwei Mühlsteine geraten ist, die drohen, sie zu staubigem Mehl und Spielball flüchtiger Winde verkommen zu lassen.

Da ist zunächst die *Absprache im Strafprozess*² zu nennen. Die These lautet, dass in dieser Verfahrensart der apokryphe Strafzumessungsgrund, dem erkennenden Gericht viel Arbeit zu ersparen im Konzert aller Zumessungserwägungen einen derartigen Stellenwert genießt, dass alles andere dahinter weit zurücktritt.

Um es deutlicher zu sagen: Die entfaltete Kultur einer Strafzumessung, wie sie sich beispielsweise im Buch »Praxis der Strafzumessung« 4. Auflage 2008 G. Schäfer/Sander/van Gemmeren, aber selbstverständlich auch in der Kommentierung des § 46 StGB von Fischer – 56. Aufl. 2009 – wiederfindet³, gerinnt zum grobschlächtigen Spiel des »Über-Den-Daumen-Peilens«, in dem vorrangig außerhalb der vom Gesetz vorgesehenen zumessungsrelevanten Tatsachen folgende Aspekte im Vordergrund stehen:

- Wie lange wird das Verfahren dauern?
- In welchem Verhältnis stehen Verfahrensdauer und erwartbarer Rechtsfolgenertrag?
- Wie steht es um die (Prozess-)Ökonomie auf allen Seiten?
- Welche Prangerwirkung wäre mit einem länger dauernden Verfahren verbunden?

- Wie hoch sind die Chancen des Angeklagten einzuschätzen, freigesprochen zu werden?
- Wie hoch ist die Hemmschwelle für den Angeklagten, ein Geständnis abzulegen und welche Modalitäten können gefunden werden, um diese zu überwinden?
- Wie schwer wiegen Aspekte »medialer Hinrichtung des Angeklagten« im Verlauf des Ermittlungsverfahrens?

Die zweite zu benennende Tendenz ist die - vornehmlich durch das 6. Strafrechtsreformgesetz⁴ vom 26. Januar 1988 in Gang gesetzte - »neue Lust am Strafen«, vor der die Filigrantechnik elaborierter Strafmaßverteidigung weitgehend versagt.

Wenn der Gesetzgeber unter dem Stichwort der »Harmonisierung« die Strafraumen des StGB penetrant ausweitet, nimmt es nicht Wunder, dass sich die Gerichte bei Rechtsfolgenabwägungen sehr bald in einem anderen - höheren - »Stockwerk« bewegen. Mit Zumessungstatsachen einen Bruchteil von dem Terrain wieder zurückzuerobern, das vorher längst verloren gegangen ist, kann schnell zu einer frustrierenden, auf Dauer Resignation verbreitenden Angelegenheit werden.

Esliegt auf der Hand, dass mit nach obenerweiterten Strafandrohungen - etwa bei Kapital-, Körperverletzungs- und Sexualdelikten - das »Drohpotenzial« für Tatgerichte wächst, auf eine »Geständnisverteidigung« und eine damit verbundene verkürzte Verhandlungs- und Beweisführung hinzuwirken.

Mit der sog. »Sanktionsschere«⁵ sind dabei nur die evidenten Ausreißer zu charakterisieren, aber es versteht sich von selbst, dass hohe Straferwartungen und für den Angeklagten wirtschaftlich ruinöse - weil lang dauernde - Verfahren den Zwang der Verständigung in einer Weise verstärken, dass deshalb die Tendenz, sich in diesen Verfahrensgestaltungen mit klassischen Zumessungsgründen intensiv zu befassen, eher rückläufig sein dürfte.

Hinzu kommt, dass nach meinen Beobachtungen die Obergerichte die Maßstäbe revisionsgerichtlicher Kontrolle über Rechtsfolgenentscheidungen und den ihnen zugrundeliegenden Strafzumessungserwägungen eher großzügig handhaben. Den Tatgerichten wird zunehmend ein breiter Spielraum zuerkannt.⁶

Je geringer die Kontrolle, desto mehr gerät die Strafzumessung außer Form!

Lohnt es sich für die Verteidigung überhaupt noch, um einzelne Strafzumessungsgründe zu kämpfen, wenn das Tatgericht nur alle wesentlichen für die Zumessung relevanten Umstände erwähnen und abwägen muss - um dann in der Rechtsfolgenentscheidung unangreifbar zu sein?

Wenn man – aktuell - im rechtspolitischen Raum aus der Ebene der Revisionsrichter Verlautbarungen zur Strafhöhe vernimmt, so stehen Klagen über Urteile mit als *zu niedrig empfundenen* Strafen im Vordergrund.

Dabei droht in den Hintergrund zu rücken, dass Strafzumessung und Strafzweck eng miteinander verknüpft sind, was bedeutet, dass die Vermittlung einer Rechtsfolgenentscheidung mit Blick auf Spezial- und positive Generalprävention überproportional abnimmt, je mehr das Verhältnis von Zumessungsgründen und Rechtsfolge auseinanderdriftet.

Konkret: Die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters zu stehen hat, verpflichtet die Gerichte, alle dazu relevanten Umstände anhand konkreter Tatsachen zu ermitteln⁷.

Diese Aufgabe ist Teil der Umsetzung des Strafzwecks. So findet sich bereits in § 46a Abs. 1 S. 2 StGB der wichtige spezialpräventive Aspekt, dass die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters zu erwarten sind, berücksichtigt werden müssen. Damit ist gemeint, dass die Strafe im Sinne einer Resozialisierung auf den Täter einwirken, dass die Wirkung der Strafe eine Entsozialisierung vermeiden und dass die Strafe im Sinne einer positiven Generalprävention (Integrationsprävention) zur Normbegründung im Sinne der Stabilisierung des allgemeinen Wertbewusstseins durch eine gerechte Strafrechtspflege beitragen soll.⁸

Sinkt demnach das Niveau der Strafzumessung auf breiter Ebene – einige Aspekte und Gründe sind genannt –, versagen sich strafgerichtliche Entscheidungen im wachsendem Maße der Umsetzung von Strafzwecken selbst: Der verurteilte Täter versteht die Parameter einer Strafzumessung nicht mehr und fühlt sich undurchschaubaren Machtspielen in und um den Strafprozess ausgeliefert, die interessierte Öffentlichkeit wird zunehmend auf die Wahrnehmung des Strafrechts und des Strafens als solches reduziert, nicht aber in die Lage versetzt nachzuvollziehen, ob und wenn ja welche rational orientierten Gerechtigkeitserwägungen mit der jeweiligen verhängten Rechtsfolge verknüpft sind.

Normenstabilisierung und Spezialprävention leiden also gleichermaßen unter den benannten Tendenzen, hohe oder unausgehandelte Strafen sind wenig geeignet, das Bild einer gerechten Strafrechtspflege zu vermitteln.⁹

II.

Wie können die Elemente eines Fortschritts gesehen werden?

1. In der Rückkehr zur Normalität des Aufklärungsprozesses.
2. In der Akzeptanz der Kontradiktion im Strafverfahren hin zu einer entfalteten Streitkultur.¹⁰
3. In der Rückkehr zu den eigentlichen Zumessungsgründen des § 46 StGB unter den besonderen Aspekten, die Wirkung von Strafe auf das zukünftige Leben des Täters zu bedenken, schädliche »Nebenwirkungen« der Strafe¹¹ ebenso zu vermeiden wie eine durch Strafe hervorgerufene Entsozialisierung. Als Leitgedanke steht das pädagogische Grundprinzip, zwar *Grenzen zu setzen* aber *Ausgrenzungen zu vermeiden*.
4. In der Stärkung von Verteidigungsrechten bei der Aufklärung strafzumessungsrelevanter Tatsachen und Umstände.
5. In der Qualitätssicherung und -kontrolle der Strafzumessungsentscheidungen in Urteilen.
6. In gesetzgeberischen Maßnahmen zur Herabsetzung von Strafraumen und zur Homogenisierung der Strafraumen des besonderen Teils des StGB.
7. In der Erweiterung der Dispositionsmacht von Verteidigung und Nebenklage im Strafverfahren durch eine großzügigere Handhabung des § 46a StGB.

B | Konsequenzen für die Verteidigung

Soweit Verteidigung in diesem Katalog angesprochen ist, sei dies für zwei Gebiete erläutert:

- Verteidigung mit Blick auf §§ 20, 21 StGB
- Verteidigung und Täter-Opfer-Ausgleich.

I.

Verteidigung mit Blick auf eine verminderte oder aufgehobene Schuldfähigkeit ist genuine Strafmaßverteidigung. Regelmäßig erfordern die Feststellungen der Tatsachen, die die Tatbestände der §§ 20, 21 StGB begründen können, dass ein psychiatrisches und/oder psychologisches Gutachten eingeholt wird.

Da es stets um die Auswirkungen eines außergewöhnlichen psychischen Zustandes auf die konkrete Tat geht, muss der Beschuldigte/Angeklagte grundsätzlich bereit sein, mit einem Sachverständigen über diesen Zusammenhang zu sprechen. Der bestreitende oder schweigende Angeklagte kann also in der Regel diese Schuld minderungschanse nicht in Anspruch nehmen¹², ein Umstand der namentlich in Kapitalstrafverfahren die Verteidigung vor ein schier unlösbares Dilemma stellt. Dieses könnte m. E. allein über ein Schuldinterlokat gelöst werden. Der Gesetzgeber müsste der Verteidigung das Antragsrecht auf ein solches Schuldinterlokat verschaffen, soll vermieden werden, dass einem Angeklagten – nur weil er die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. II MRK in Anspruch nimmt – der Weg zu – häufig naheliegenden – Schuld minderungen nach § 21 StGB verbaut ist.¹³

Die Informationsplattform für die Verteidigung ist dem Bericht des Mandanten zu entnehmen zu seiner Persönlichkeit, der Entwicklung, die Vorgeschichte, den unmittelbaren Anlass und die Ausführung der Tat, die möglichen psychischen Beeinträchtigungen, die dieses Geschehen beherrscht haben können, sowie das Verhalten nach der Tat. Liegen in diesem Kontext Anhaltspunkte für eine krankhafte seelische Störung, eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung, Schwachsinn oder eine andere seelische Abartigkeit vor und kann deshalb die Unrechtseinsicht oder die Steuerungsfähigkeit ausgeschlossen oder erheblich vermindert gewesen sein, so stellt sich die Frage ob und ggf. auf welche Weise die Verteidigung auf einen Schuldausschluss oder -milderungsgrund abhebt.

Außer bei der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung (Affekt) ist stets zu bedenken, dass, wenn die Voraussetzungen des § 20 oder 21 StGB positiv vorliegen,¹⁴ unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 63, 64 (auch §§ 69, 70) StGB eine der dort genannten Maßregeln angeordnet werden kann. Namentlich also bei einer krankhaften seelischen Störung – darunter ist beispielsweise auch die Alkoholsucht zu verstehen - die SASA - Hauptanwendungsfall: Persönlichkeitsstörung oder Schwachsinn - droht die Gefahr, dass im Anschluss an die positive Feststellung, dass die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten aufgrund eines außergewöhnlichen Zustands erheblich vermindert war, die Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB gestellt und der Angeklagte der Unterbringung mit offenem Ende in der Maßregelvollstreckung zugeführt wird.

Die Zahl der Unterbrachten in der Forensik hat sich vom Jahre 1998 bis 2005 etwa verdoppelt, die durchschnittliche »Verweildauer« liegt beim aktuellen Stand der Unterbringung bei etwa 6 Jahren.¹⁵

Mit einem – wie auch immer gearteten – Pfund, verminderte Schuldfähigkeit geltend zu machen, kann Verteidigung heute also nicht mehr wuchern, sie muss sogar äußerst sorgfältig abwägen, welchen Weg sie einschlägt.

Strafzumessungsverteidigung, die sich also daran macht, Anknüpfungstatsachen für eine verminderte oder ausgeschlossene Schuldfähigkeit des Mandanten bei der Tatbegehung vorzutragen und deshalb zu begehrt, dass ein Sachverständigengutachten einzuholen ist, muss sich von Anfang an der Gefahr bewusst sein, dass das immer weiter um sich greifende Sicherheitsdenken auch Psychiater¹⁶ und Richter beeinflusst – eine erhoffte Strafmilderung also – im »worst case« in eine unbefristete Sanktion im Rahmen einer Maßregel umschlägt.

Dieses Gefahren-Tor ist unter anderem durch eine Rechtsprechung des 2. Strafsenats des BGH weiter geöffnet worden, die besagt, dass ein Umstand i. S. d. § 63 schon dann gegeben ist, wenn aufgrund der dauerhaften Störung des Täters bereits alltägliche Ereignisse eine erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können.¹⁷

Dies hat der Senat sowohl für den Alkoholkranken – der bei leichtem Alkoholkonsum gefährdet ist, in einen Zustand eingeschränkter Steuerungsfähigkeit zu verfallen, angenommen¹⁸ als auch bei einem Persönlichkeitsgestörten, dessen überdauernder psychischer Defizit keine ununterbrochene Befindlichkeit zu sein brauche, ausreichend sei, dass bereits alltägliche Ereignisse eine akute erhebliche Beeinträchtigung auslösen können.¹⁹

Das ist - im Kern - eine prognostische Frage, die - notwendig - mit allen Imponderabilien ausgestattet ist, die für Prognosen - regelmäßig - gelten.

Die Verteidigung kann sich also – in diesem Feld – nicht mehr auf die Darstellung einer situativen, konfliktgebundenen psychischen Beeinträchtigung verlassen.

Auch wenn sich – nach der Tat – das soziale Umfeld des Beschuldigten völlig anders gestaltet und ein ähnlicher Konflikt – wie dem Tatgeschehen zugrundeliegend – gar nicht absehbar oder auch nur wahrscheinlich ist, bleibt das – ubiquitäre – *Alltagsrisiko*.

Es scheint um diese »Sicherheit im Alltag« zu gehen. Benjamin Franklin wird der Satz zugesprochen: »Der Mensch der bereit ist, die Freiheit aufzugeben, um Sicherheit zu gewinnen, wird beides verlieren.«²⁰ Die drohende Unterbringung ist nicht *nur* als unbefristete Sanktion zu fürchten, auch das Regime wird unter den herrschenden Bedingungen immer strenger und rigider.

Die ZEIT-Redakteurin Sabine Rückert hat in ihrem Dossier vom 11.12.2008 über »Menschen in der Lebensversicherungsanstalt« einen ergreifenden Bericht dazu verfasst. Jährlich - so formuliert sie - wird die Maßregel des § 63 StGB von deutschen Gerichten derzeit an rund 800 Personen verhängt. Umso bedauerlicher ist die Eingrenzung der Eingangsvoraussetzungen -, der Einfluß der Verteidigung auf die Auswahl des Gutachters.²¹ Es ist eines der wesentlichen Elemente der Machtkonzentration bei der Staatsanwaltschaft, die die Gegenreform vom 09.11.1974 mit der neuen Norm des § 161a StPO mit sich gebracht hat, dass sie das gem. § 73 StPO exklusiv beim Richter angesiedelte Auswahlrecht für das Ermittlungsverfahren auf den Staatsanwalt delegiert hat.²²

De facto bleibt es - regelmäßig - für das gesamte Verfahren bei dem von der Strafverfolgungsbehörde beauftragten Sachverständigen. Richter reklamieren ihr originäres Auswahlrecht nach § 73 Abs. 1 S. 1 StPO - wenn ein Sachverständiger bereits im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft beauftragt worden ist - äußerst selten. Dass sie im Zwischenverfahren gem. § 83 Abs. 3 S. 1 StPO das mit der Anklage vorgelegte Gutachten kritisch prüfen und - wenn sie es für ungenügend halten - eine neue Begutachtung anordnen, wird ohne eine vorausgegangene intensive Intervention der Verteidigung zu den absoluten Ausnahmefällen zählen.

Der - an Klarheit und Deutlichkeit - kaum misszuverstehende Satz: »Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Auswahl erfolgt durch den Richter«, wird also in praxi nach der Reform der Vorschrift des § 161a StPO aus dem Jahre 1974 komplett unterlaufen.

Von einer - wie immer gearteten - Teilhabefunktion der Verteidigung bei dieser Auswahl ist dabei im Gesetz keine Rede, die Richtlinie Nr. 70 RiStBV kommt als unverbindliche Empfehlung daher und so wird sie auch in der Realität gehandhabt.

Dieses - inquisitorisch verankerte - Auftragssystem zeitigt notwendig Folgen, Erkenntnis und Interesse lassen sich eben nicht voneinander trennen.

Wenn also Fabricius²³ den forensischen Psychiatern die Frage vorhält, wie sie im sozialen Raum verortet sind und was die Spezifika des juristischen Feldes seien, auf der sich Psychiater bewegen und damit die mangelnde Selbstreflexion über die Grundlage ihrer Tätigkeit kritisiert, so ist auch und gerade dieser Aspekt notorischer Einseitigkeit bei der Beauftragung anzusprechen. Als weiteren - eine strukturelle Schiefelage fördernden Umstand nennt Fabricius die Art der Aktenauswertung, die dem Gutachten - regelmäßig vorangestellt wird:

»Dass es einer kritisch historischen Analyse bedarf, einer Quellenkritik, dass Akten hoch selektiv und einseitig sind, anders kaum sein können [...], dass Unabhängigkeit hier erodieren kann« wird selten bedacht.

Umgekehrt braucht der Psychiater schon ein hohes Maß an Eigenständigkeit, Souveränität, Selbstbewusstsein, wenn er sich von diesen äußeren und inneren Einflussfaktoren fernhalten will.

Es versteht sich - vor diesem Hintergrund - von selbst, dass ein chancengleiches Ringen, ein faires-rechtsstaatliches Gehör um Tatsachen, Befunde und Bewertungen mit Blick auf eine eingeschränkte oder aufgehobene Schuldfähigkeit nur dann stattfinden kann, wenn die Verteidigung an der Auswahl des Sachverständigen und an der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren teil hat, so dass die Kontradiktion von Anfang an in den Erkenntnisprozess – auch des Sachverständigen – einfließt.

Für das psychische Gutachten zu §§ 20, 21 StGB bedeutet dies vor allem, dass es eine Beschuldigtenvernehmung in Fällen notwendiger Verteidigung ohne Verteidigungskonsultation **und** Anwesenheit des Verteidigers bei der Ermittlungsvernehmung nicht geben darf.²⁴

Das Aussagematerial vom Beschuldigten, das wesentlicher Teil der Aktenanalyse des Psychiaters wird, darf nicht jenes Pygmalion-Konstrukt bleiben, das - regelmäßig - die ausgehandelte Wirklichkeit zwischen erfahrenen Kriminalbeamten und laienhaften Beschuldigten widerspiegelt. Auf beiden Ebenen ist Remedur notwendig.

Zur Auswahl des Sachverständigen weist die Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH²⁵ den richtigen Weg: In Streitfällen soll die Staatsanwaltschaft sich vor der Auswahl mit dem zukünftig zuständigen Richter »ins Benehmen setzen«

Ich schlage vor, für Streitfälle das Recht der Verteidigung auf einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu normieren, wie es – für das Akteneinsichtsrecht - § 147 Abs. 5 S. 2 StPO vorsieht.

Ebenso muss die Pflicht des Staatsanwalts, die Verteidigung darüber zu informieren, dass und welchen Sachverständigen sie zu beauftragen beabsichtigt, gesetzlich vorgeschrieben werden.

Das soll jedenfalls für die Gutachten gelten, in denen eine Mitwirkung des Beschuldigten an der Sachverständigen-Untersuchung erforderlich ist.

Für die notwendige Mitwirkung der Verteidigung bei einer Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren hat die Entscheidung des 1. Strafsenats²⁶ zur Belehrung über das Recht auf Verteidigungskonsultation und zur

Notwendigkeit einer Verteidigungsbestellung im Ermittlungsverfahren den richtigen Weg gewiesen:

Der Senat hat es zwar dahinstehen lassen,

»ob sich aus § 141 Abs. 3 S. 2 StPO für die Staatsanwaltschaft nicht nur die Pflicht zur Stellung des Antrags auf Beiordnung ergibt (scil: in einem Fall evidenter, notwendiger Verteidigung), sondern aus dieser Bestimmung auch die Verpflichtung herzuleiten ist, mit Ermittlungen, welche die Mitwirkung des Beschuldigten erfordern, innezuhalten, bis der Verteidiger tatsächlich gerichtlich bestellt ist und seine Tätigkeit aufgenommen hat. Dies würde allerdings bedeuten, dass in einer solchen Lage die weitere Entgegennahme des Geständnisses eines in Kenntnis seiner Rechte aussagebereiten Beschuldigten abzulehnen wäre.«

Der Gesetzgeber hat nun im Rahmen der Reform des Untersuchungshaftrechts die Pflichtverteidigungsbestellung im Ermittlungsverfahren geregelt. Nach Erlass eines Haftbefehls ist dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Die Reform hat zwar nicht der rechtspolitischen Forderung von großen Teilen der Rechtswissenschaft und den Strafverteidigervereinigungen entsprochen, die Bestellung eines Verteidiger von dem Augenblick an zur Pflicht zu machen, da sich der Beschuldigte nicht mehr auf freiem Fuß befindet, aber das Verteidigerkonsultationsrecht ist - bei Beschuldigten, die Untersuchungshaft erleiden - weit ins Anfangsstadium des Ermittlungsverfahrens vorverlegt.²⁷

Der Zusammenhang zwischen dem Einfluss auf die Auswahl des Sachverständigen und auf grundlegende Entscheidungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren - also die Rekonstruktion seines Informationsbeherrschungsrechts durch frühzeitig zu bestellenden anwaltlichen Beistand- wirken mit Blick auf die Strafzumessungsgründe aus §§ 20, 21 StGB mehr als alles andere.

Hat nämlich der erfahrene Kriminalbeamte erst einmal die Existenz von sog. »Kontra-Indizien« mit dem Beschuldigten »ausgehandelt«, die gegen eine verminderte oder aufgehobene Schuldfähigkeit sprechen, wie...

... Tatvorbereitung

... planmäßiges Vorgehen bei der Tat

... die Fähigkeit abzuwarten und den Tatplan möglichen wechselnden Gegebenheiten anzupassen

... einen komplexen Handlungsbedarf in Etappen darzustellen

... Vorsorge gegen Entdeckung betrieben zu haben

... die Möglichkeit anderes Verhalten unter vergleichbaren Umständen, ...

ist der Weg zu dieser Strafmilderung - regelmäßig - verbaut; unabhängig davon, ob die Verteidigung auf eine krankhafte Störung, eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung oder eine SASA (sonstige andere seelische Abartigkeit) abgestellt werden könnte.

Dabei versteht es sich von selbst, dass die in einer penetrant asymmetrischen Vernehmungssituation oktroyierte Introspektion nicht das wirkliche Bild der inneren Befindlichkeit des Beschuldigten bei der Tat widerspiegelt.²⁸

Wenn aber die Qualität und der Vorzug einer psychiatrischen Begutachtung gerade darin liegt, »durch das Wissen und vor allem die professionelle Technik des Untersuchers, zu Befunden zu gelangen, die bei einfacher Befragung nicht zu erheben wären«²⁹, so ist – regelmäßig – eine einseitige – fremdbestimmte – deformierende – Erstvernehmung eines Beschuldigten der Altar, auf dem alle wesentlichen Strafzumessungserwägungen, die zu seinen Gunsten anzubringen wären, geopfert werden.

Dass eine psychiatrische Exploration über solches Aussagematerial hinweg eine eigenständige und unabhängige Befunderhebung und -bewertung zu treffen vermag, dürfte zu den seltenen Glücksfällen im Strafprozess gehören.

Hier wären zunächst ein Geständniswiderruf³⁰ oder formelle Einwendungen gegen das Zustandekommen der Erstvernehmung anzubringen.

Der Strafprozess kann aber nicht auf Ausnahmefällen ausgelegt werden. Er muss mit einer Struktur der Chancengleichheit für den Beschuldigten sicherstellen, dass dieser mit den für ihn streitenden Zumessungsgründen gehört werden und durchdringen kann.

Bevor ich nun das Kapitel des Psychosachverständigen verlasse, sollen noch einige Bemerkungen zur Beauftragung des Sachverständigen durch die Verteidigung angefügt werden.

Während in der Glaubhaftigkeitsbegutachtung wie auch in anderen - etwa den kriminaltechnischen oder verkehrstechnischen Gutachten - Aufträge durch die Verteidigung zum Justizalltag gehören, halten sich forensische Psychiater von Verteidigungsaufträgen fern. Sie erfahren mitunter - wie etwa der Psychiater Nedopil auf einer Fachtagung in Niederpöcking am Starnberger See berichtet hat - eine kalte Ablehnung bei Gericht (wenn Sie durch die Verteidigung beauftragt wurden), die ihnen einen unmittelbaren Eindruck »traumatischen Erlebens« verschafft, und schon das wirft ein bezeichnendes Licht auf das Grundverständnis von Justiz und Psychiatrie im Geltungsbereich der StPO.

Wesentliche Zumessungsaspekte sollen - offensichtlich - der Präsentation durch die Verteidigung entzogen bleiben und Psychiater müssen - auch nach eigenem

Selbstverständnis - über die Grundentscheidung, Aufträge der Verteidigung nicht anzunehmen, ihre Position im strafprozessualen Gefüge festigen. Es zeugt nicht gerade von Eigenständigkeit, Objektivität und Unabhängigkeit forensischer Psychiater, Aufträge exklusiv von der Staatsanwaltschaft (oder dem Gericht) zu bedienen.³¹

Ein Schritt in die richtige Richtung führt über das schriftliche methodenkritische Gegengutachten, das zu erstellen auch namhafte Psychiater häufig bereit sind.

Damit die Verteidigung damit allerdings wirksam operieren kann, benötigt sie eine verständige Revisionsinstanz, die Beweisanträge auf Einholung eines weiteren Gutachtens sorgfältig prüft und versteht, ein Gutachten anhand formaler und inhaltlicher Kriterien an den Anforderungen zu messen, wie sie in Rechtsprechung und Literatur an forensisch-psychiatrische Gutachten anzulegen sind.³² Ein Schulbeispiel eines gelungenen Angriffs der Verteidigung gegen ein Gutachten, das dem Angeklagten die Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB eingebracht hatte, stellt die Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH – StV 2005, 124 – dar. Die Verteidigerin hatte das Ursprungsgutachten mit einem Beweisantrag auf der Grundlage einer methodenkritischen Stellungnahme angegriffen und dieses war vom Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen worden, das Gegenteil der behaupteten Tatsachen sei bewiesen. Der Senat hob das Urteil auf und legte nahe, zur Frage der Schuldfähigkeit und der Maßregelanordnung einen anderen Sachverständigen mit der Begutachtung zu beauftragen.

C | Zum TOA - § 46a StGB

Fischer kommentiert zur ratio legislatoris (§ 46a Rn. 2 StGB):

»Mit dem Täter-Opfer-Ausgleich und einer stärkeren Berücksichtigung von Schadenswiedergutmachung soll das Interesse des Opfers an einer Straftat an Schadenskompensation stärker zur Geltung gebracht werden; zugleich soll dem Täter die Verwerflichkeit seines Handelns und dessen Folgen zu Bewusstsein gebracht und seine Bereitschaft gefördert werden, hierfür Verantwortung zu übernehmen. Im Ergebnis soll im Bereich unterer bis mittlerer Kriminalität die Verhängung von Strafe zurückgedrängt werden«.

Der 1. Strafsenat des BGH hat in verschiedenen Entscheidungen die Notwendigkeit eines kommunikativen Prozesses mit dem Ziel eines friedensstiftenden Ausgleichs in den Vordergrund gestellt.³³

Unklarheit besteht z.T. darüber, ob der TOA auch bei schweren – namentlich Gewalt- - Delikten anwendbar sei und ob ein Geständnis generell oder nur in bestimmten Konstellationen Voraussetzung für einen gelungenen TOA ist.

Nach der Entscheidung des 1. Senats (BGHSt 48, 134) ist bei Gewaltdelikten und Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung regelmäßig ein Geständnis zu verlangen. Der 2. Senat sieht das offensichtlich ebenso (Entscheidung vom 06.02.2008 - 2 StR 561/07), betont aber, dass das nicht verallgemeinerbar sei, Ausnahmen seien vielmehr möglich, namentlich nach gelungenem, auf einem kommunikativen Prozess beruhenden Ausgleich mit dem Tatopfer.³⁴ Voraussetzung bleibe aber auch in diesem Fall, dass der TOA Zeichen der Übernahme von Verantwortung für die Tat ein müsse.

Es entspricht der wechselhaften Geschichte des Strafverteidigertages, dass die für eine Täter-Opfer-Konfrontation typischen Sexualstrafverfahren kontrovers diskutiert worden sind. Sowohl der Umgang der Gerichte mit fraglichen Opfern als auch verschiedenen Formen von Verteidigungen von präsumptiven Sexualstraftätern, wie auch eine inkonsistente Gesetzeslage und Rechtsprechung sind kritisiert worden.

Zwischenzeitlich haben wir umfangreiche Gesetzesnovellen im Sexualstrafrecht, eine starke Opferbeteiligung im Verfahren und erheblich gewachsene Strafandrohungen zu verzeichnen aber auch - nach erheblichen Konfliktfällen - eine weitgehende Versachlichung in diesen Verfahren in den letzten Jahren. Ich gehe davon aus, dass gerade den Strafverteidigertag viele Kolleginnen und Kollegen besuchen, die sich auf das Gebiet der Nebenklage, des Opferanwalts³⁵ spezialisiert haben, vor allem aus jenem Grundverständnis und Engagement heraus, das auf den früheren Tagungen immer ein Bestandteil der thematischen Ausgestaltung war. Was uns fehlt ist eine Diskussion über Interessenskongruenzen von Nebenklage und Strafverteidigung in den Fällen, in denen fragliche Täter und fragliche Opfer beteiligt sind.

Ich nehme nicht Stellung zu anderenorts zu definierenden gleichen Interessen, was die Form des Verfahrens anbetrifft. Aber ist nicht in vielen Fällen ein Brückenschlag zwischen den professionellen Beratern auf beiden Seiten möglich um

- a) Schadenskompensation für das fragliche Opfer umzusetzen
- b) einen friedensstiftenden Kommunikationsprozess in Gang zu bringen und am Ende

c) die Verhängung solcher Freiheitsstrafen zurückzudrängen, die zugleich geeignet sind die fraglichen Täter zu entsozialisieren und jeglicher Schadenswiedergutmachung die Basis zu entziehen?

Es geht mir dabei um die Aspekte der Mediation, der Selbstregulierung und der Eroberung einer gewissen Dispositionsmacht im Bereich der Strafzumessung. Was die Schadenskompensation anbetrifft, gehen fragile Opfer meist leer aus, wenn erst einmal ein Strafverfahren eingeleitet ist. Häufig werden Anzeigen verzögert erstattet, bevor es dann zu einer Hauptverhandlung kommt, ist es für Adhäsionsanträge zu spät, weil zwischenzeitlich mehr als drei Jahre vergangen sind. Nebenkläger warten oft erst den Ausgang – oft langwieriger – Strafverfahren ab.

Zivilrechtliche Forderungen werden oft nicht rechtzeitig geltend gemacht. Wird überhaupt – beispielsweise im Rahmen einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a Abs. 2 Nr. 1 StPO oder im Rahmen einer Bewährungsauflage nach § 56 Abs. 2 Nr. 1 eine Wiedergutmachungsleistung auferlegt – hat das fragile Opfer noch keinen vollstreckbaren Titel in der Hand.

Ein gelungener TOA könnte in vielen Fällen Schadenskompensation bewirken und maßvolles Strafen mit Blick auch auf materiellen und immateriellen Schadensausgleich fördern.

Es scheint angezeigt, bezogen auf die Rechtsprechung für größere Akzeptanz auch bei Kolleginnen und Kollegen auf beiden Seiten des Strafprozesses für eine Umsetzung solcher gemeinsamen Interessen zu werben.

D | Ich fasse zusammen:

Gegenläufige, nachgerade widerständige Tendenzen gegen eine Entfaltung professioneller Strafverteidigung sind:

1. eine ausufernde Verständigung im Strafverfahren mit der Entwicklung pauschalisierter Strafmaßbildung auf der Basis apokrypher Zumessungsgründe,
- 2) eine übermäßige Strafmaßaufstockung mit der jegliche Bemühungen filigrane Zumessungskultur anzubringen marginalisiert werden,
- 3) eine revisionsgerichtliche Kontrolle, die den Tatgerichten weitreichende Freiräume überlässt und in zunehmenden Maße eher in solche Urteile eingreift, in denen die Strafe als zu milde empfunden wird.

Zu fordern ist - konkret auf die Position der Strafverteidigung im Verfahren bezogen - eine Verstärkung von Verteidigungsrechten

- namentlich bei der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen, das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei allen Vernehmungen des Beschuldigten und die obligatorische Umsetzung des Verteidigerkonsultationsrechts in den Fällen, in denen sich von Anfang an abzeichnet, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung i. S. d. § 140 Abs. 1 und/oder Abs. 2 StPO vorliegt, schließlich ein großzügigerer Umgang mit Anträgen auf Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens,
- ferner eine Erweiterung des Einflusses auf die Straffindung und die Schadenskompensation für Verteidigung und Nebenklage durch eine großzügigere Handhabung des § 46a StGB.³⁶

An die Revisionsgerichte richtet sich der Appell, einen engeren Kontrollrahmen zur Qualitätssicherung von Rechtsfolgeentscheidungen in Urteilen der Tatgerichte zu spannen und dabei die Aspekte der Spezialprävention und der positiven Integrationsprävention in den Vordergrund zu stellen.

Anmerkungen

1 Der Vortragsstil ist beibehalten.

2 Vgl. zur gesetzlichen Neuregelung: Meyer-Gofner StPO, 52. Aufl. Ergänzungsheft.

3 Vgl. dazu auch die instruktive Rechtsprechungsübersicht bei Detter, NSTZ 2008, 264 u. 554.

4 Zur Kritik: Fischer, NSTZ 1999, 13; Bussmann StV 1999, 613; Arzt ZStW 111 (1999), 757, Mitsch ZStW 111, 64; Stächel StV 1998, 98.

5 Vgl. BGH StV 2007, 453 – 2 StR 523/06 -; BGH StV 2007, 619 – 3 StR 266/07.

6 Vgl. dazu: Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, Rn. 464: »Der Tatrichter muss sich in der Oktave vergriffen haben«. Lesenswert: Die unter dieser RN aufgeführte Tabelle für – nach Ansicht des BGH – unvertretbar hohe und unvertretbar niedrige Strafen.

7 Vgl. BVerfG NJW 1994, 1339; Jarass/Pieroth GG Art. 20 Rn. 99.

8 Zum Ganzen: Schäfer/Sander/v. Gemmeren a.a.O. Rn. 445.

9 Kritisch zu den Entwicklungen im strafrechtlichen Sanktionensystem: B.-D. Meier, StV 2008, 263.

- 10 Zum Missverständnis über »Konfliktverteidigung«: Fuchs in *Kriminalistik* 2009, 386.
- 11 BGH StV 1989, 479; Schäfer/Sander/v. Gemmeren a.a.O. Rn. 450.
- 12 Dies gilt nicht bei Anknüpfungstatsachen für eine krankhafte seelische Störung vgl. BGH StV 1996, 4 – Hirschschädigung – zur Aufklärungspflicht vgl. auch: BGH StV 1995, 113.
- 13 Diese Diskrepanz ergibt sich nicht selten in Kapitalstrafverfahren, in denen die Verteidigung auf einen Freispruch abzielt, bei einer geständigen Erklärung des Angeklagten sich aber erhebliche Anknüpfungstatsachen für eine Schuldminde­rung aufdrängen, die auch im Tatbild, dem Tatvor- und –nachgeschehen bereits aufscheinen.
- 14 Vgl. BGH NStZ-RR 2007, 6; StraFo 2007, 119.
- 15 Dessecker, *KrimZ* (2008), Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychisch­atmosphärischen Krankenhaus.
- 16 Instrukтив zur »Psychiatrie in dieser Zeit«: Machleidt/Passie/Spazier: *PsychiaterSein – Karl Peter Kisker – Auswahl seiner Schriften* (2007).
- 17 Fischer § 63 Rn. 6a.
- 18 BGHSt 44, 369.
- 19 NStZ-RR 2005, 371.
- 20 Zitat nach Haffke, »Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat« in: Nahlah Saimeh (Hrsg.) »Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2006. S. 88 ff.
- 21 Dazu: Deckers, Auswahl und Kontrolle des Sachverständigen, in: Widmaier (Hrsg.) *Strafverteidigung* (2006), S. 2574 ff.)
- 22 Vgl. dazu: Deckers, 25 Jahre Strafverteidigung im Gegenwind, *StraFo* 2009, 2 ff.
- 23 In seinem äußerst lesenswerten Aufsatz: „Forensische Psychiatrie: Blinde Flecken, neuralgische Punkte« *StV* 2008, 45.
- 24 Vgl. BGHSt 47, 172.
- 25 BGHSt 44, 26 [31 f.].
- 26 BGHSt 47, 172.
- 27 Nachträglich ins Manuskript eingefügter Passus Stand Juli 2009.
- 28 Vgl. dazu Foerster, *StraFo* 1997, 165 ff.
- 29 Günter, Begutachtung im Familienrecht, in: Venzlaff/Foerster (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, 2004, S. 539 ff. [560.]
- 30 Vgl. dazu: Volbert/Böhm, Falsche Geständnisse, in: Volbert/Steller (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie* Bd. 9 (2008) S. 253.
- 31 Vgl. dazu das »Streitgespräch« Rasch/Jungfer in *StV* 1999, 513.
- 32 Vgl. dazu: Boetticher et al., Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten, *NStZ* 2005, 57 ff.
- 33 Vgl. nur: *NStZ* 2002, 29; zum TOA aus psychologischer Sicht: Bilsky in: Volbert/Steller (Hrsg.) *Handbuch der Rechtspsychologie*, S. 180 ff.
- 34 BGH StV 2008, 464.
- 35 zum Verhältnis Verteidigung/Opferanwalt vgl. Deckers, *StV* 2006, 353 ff.
- 36 Vgl. dazu: Hupfeld-Heinemann/Oswald, Richterliche Urteilsbildung, Strafentscheid und Strafzumessung, in: Volbert/Steller (Hrsg.) *Handbuch der Rechtspsychologie* S. 477 ff.