

**Strafverteidigung steht immer im Konflikt mit dem Staat und seinen Verfolgungsorganen. Oder doch nicht? Haben sich nicht längst konsensuale Elemente der »Prozesserledigung« vor die konflikthafte Freispruchverteidigung geschoben? Ist der Anspruch also, im »Kampf ums Recht« auf der Seite der (materiell und prozessual) Benachteiligten zu stehen, vielleicht doch nur ein bequemer Mythos aus Zeiten, als kritische auch immer politische Verteidigung war? Jörg Arnold versucht, mit dem Instrumentarium einer kritischen Systemtheorie eine Antwort zu finden.**

Jörg Arnold

## Staatskritik und »Kampf ums Recht«

Ist Strafverteidigung ein tauglicher Gegenstand von Rechtskritik? |<sup>1</sup>

Strafverteidigung ist Staats- und Rechtskritik in Aktion. Das zeigte sich besonders deutlich bei der Verteidigung von Mitgliedern der Rote Armee Fraktion (RAF) und anderer terroristischer Gruppen in den 70er Jahren. Die Verteidigung damals gilt als Geburtsstunde eines neuen, »kritischen Typs« der Strafverteidigung: Kämpferisch für die Mandanten, konfliktbereit gegenüber Justiz und Gesetzen, mit denen der Staat eine effektive Verteidigung zunichte machen wollte – das waren die herausragenden Wahrzeichen dieser »Verteidigertypologie«. |<sup>2</sup> »Linksanwälte« ist die seither oft gebrauchte Metapher dafür. |<sup>3</sup> Aber es waren nicht allein die beteiligten Anwalt\*innen, die ein anderes Verständnis von Strafverteidigung zum Ausdruck brachten, sondern auch die Gründung kritischer anwaltlicher Berufsorganisationen – Strafverteidigervereinigungen und Strafverteidigertage sowie der Republikanische Anwältinnen und Anwälteverein (RAV). |<sup>4</sup>

### Diskontinuitäten staats- und rechtskritischer Strafverteidigung

In der Folgezeit verschwand Strafverteidigung wieder zunehmend aus dem öffentlichen Blickfeld, parallel zum Rückgang politischer Kämpfe, die noch für die Phase der Verteidigung in den RAF-Prozessen festzustellen war, wo neben der Verteidigung innerhalb der Gerichtssäle stets auch in eine gesellschafts-politische Auseinandersetzung außerhalb stattfand. Sieht man von dezidiert politischen Verfahren ab, wie etwa den Strafprozessen gegen Funktionsträger der DDR in den 90er Jahren, nahm die über das eigentliche Verfahren hinausweisende Bedeutung politischer Verfahren sukzessive ab. Dies änderte sich wohl erst durch die Verteidigung in den »Terroristenprozessen« im Zusammenhang mit den Anschlägen des 11.9.2001, die im letzten Jahrzehnt in der Bundesrepublik geführt wurden, |<sup>5</sup> ferner durch die Verteidigung in den in Deutschland stattgefundenen und stattfindenden PKK-Verfahren |<sup>6</sup> sowie durch die Verteidigung von Nazi-Gegnern, gegen die die Justiz nach wie vor vorgeht. |<sup>7</sup> Die *Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger* führt zurzeit gerade eine Ringveranstaltung zur »Verteidigung in politischen Prozessen« durch und beleuchtet diese unter historischen und aktuellen Gesichtspunkten. |<sup>8</sup>

Jenseits solcher dezidiert »politischen« Strafverteidigung ist die aktuelle Strafverteidigung der letzten drei Jahrzehnten auf einen Alltag in den Mühen der Justizebenen ausgerichtet, der weniger durch Konflikte,

1 Für die Veröffentlichung im »freispruch« überarbeitete und erweiterte Fassung eines Impulsstatements, das ich am 8.4.2016 auf dem Plenum 2 der Tagung »Praxen der Rechtskritik« gehalten habe, die vom 7.4. bis 9.4.2016 an der Humboldt-Universität zu Berlin stattfand und von der Redaktion der »Kritischen Justiz« (KJ) gemeinsam u.a. mit dem Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV), mit dem European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), der Neuen Richtervereinigung (NRV) und der Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen (VDJ) stattfand. Der Vortragsstil wurde teilweise beibehalten.

2 Vgl. dazu u.a. *Bernsmann*, StV 2006, 342 ff.; *Guthke* u.a., in: ...kein Grund zu feiern. 30 Jahre Strafverteidigertag, Berlin 2007, S. 9 ff.

3 Vgl. *Brunn/Kirn*, Rechtsanwälte. Linksanwälte, Frankfurt a.M. 2004; ferner *Lang/Werning*, Die Rückkehr der Strafverteidiger, freispruch 8/2016, 21 ff.

4 Vgl. *Arnold*, in: KJ (Hg.), Streitbare JuristInnen, Baden-Baden 2016, S. 219 ff.

5 Vgl. nur *Strate*, HRRS 2004, 239 ff.

6 Vgl. nur <http://www.jungewelt.de/2016/08-05/016.php> (Stand: 5.6.2016).

7 Vgl. dazu die Rede der leider viel zu früh verstorbenen und unvergessenen Münchener Rechtsanwältin *Angelika Lex* anlässlich der Verleihung des Georg-Elser-Preises, in: Informationsbrief des RAV 112/2016 14 ff. (18 f.).

8 Vgl. freispruch 7/2015, 26.

als vielmehr durch neue Harmonisierungstendenzen zwischen Verteidiger\*innen und dem Staat in Gestalt von Absprachen, des »Deals« im Strafprozess gekennzeichnet ist. Anstelle der »Konfliktverteidigung«, des kämpferischen Anwalts als Errungenschaft politischer Auseinandersetzungen der 70er Jahre tritt als Merkmal der gegenwärtigen Epoche scheinbar eine Strafverteidigung, die durch »kaufmännisches« Verhalten ebenso wie den Rückzug in das »Versteck« des Rechtsstaates geprägt ist – oder, wie es in der Ankündigung der erwähnten Veranstaltungsreihe unter Berufung auf Gerhard Mauz heißt: die »Rückentwicklung der Verteidigung zu einem rechtsstaatlichen Feigenblatt«. In der Ankündigung wird die mehr rhetorisch zu verstehende Frage aufgeworfen, ob die »Entpolitisierung der Gesellschaft« auch große Teile der Zunft von Strafverteidiger\*innen erreicht habe. Heutige Medien würden diese Art der Strafverteidigung als »professionelle« Strafverteidigung preisen. Ist Verteidigung – so wird weiter gefragt – »die nicht aneckt, nicht stört, sondern ihren Beruf lautlos verrichtet in Zeiten der gesetzlichen Kodifikation von Verständigungen im Strafprozess politisch gewollt?«<sup>9</sup>

Ein Befund, den auch der Berliner Strafverteidiger Udo *Grönheit* teilt, wenn er im Zusammenhang mit dem NSU-Prozess einen Trend konstatiert, »wonach offenbar jeder Verteidiger jeden ohne Ansehen der Person und des ihm vorgeworfenen Delikts verteidigt, so wie ein Arzt einen Kranken ohne Ansehen seiner Person und Krankheit behandelt. Die Berufsbezeichnung ‚Fachanwalt für Strafrecht‘ deutet an, in welche Richtung der Zug fährt.«<sup>10</sup>

Der 40. Strafverteidigertag schließlich machte die Frage nach dem »Selbstverständnis von Strafverteidigung« zum Generalthema der Tagung.<sup>11</sup>

Bei der Diskussion zum (politischen) Selbstverständnis von Strafverteidigung spielten in der letzten Zeit besonders zwei Fragen eine Rolle: Zum einen die (auch unlängst in »freispruch« 7/2015 thematisierte) Frage: »Darf man Nazis verteidigen?«,<sup>12</sup> zum anderen der Umgang mit den sog. »Opferanwälten«. Letztere Frage wurde vor allem im Zusammenhang mit den auf dem 40. Strafverteidigertag kritisierten Opferverschiebungen im Strafverfahren problematisiert.

Die in »freispruch« 7/2015 aufgeworfene Frage, ob man Nazis verteidigen darf, richtet sich wohl zuerst an die Mitglieder der Strafverteidigervereinigungen selbst. Anlass für diese Frage boten das Verfahren gegen Beate Zschäpe in München und der Prozess gegen den ehemaligen SS-Mann in Auschwitz, Oskar Gröning, der in Lüneburg stattfand. Beide Verfahren, so heißt es unter der Überschrift weiter, »werfen erneut die Frage auf, ob und wie

man (Neo-) Nazis verteidigen kann. Ist eine solche Verteidigung mit dem eigenen Selbstverständnis vereinbar?« Da die Verteidiger\*innen in diesen Strafverfahren – und darüber hinaus in dem Verfahren gegen die mutmaßliche Terrorgruppe »Oldschool Society« – wohl ganz überwiegend Mitglieder in den Strafverteidigervereinigungen sind, handelt es sich explizit um die Frage, ob es mit dem Selbstverständnis der Mitglieder der Strafverteidigervereinigungen vereinbar ist, (Neo-)Nazis zu verteidigen.

Hier geht es nicht darum, die bisherigen (konträren) Diskussionen und den unterschiedlichen Meinungsstand zu beiden Fragen darzustellen.<sup>13</sup> Vielmehr soll untersucht werden, welchen Beitrag die Rechtskritik bei der Frage nach dem Selbstverständnis von Strafverteidigung leisten kann. Beide Problemfelder (Verteidigung von Nazis & Ausbau von Opferrechten im Strafprozess) werden in der wissenschaftlichen Literatur zur Rechtskritik diskutiert (wobei die Frage, ob man Nazis verteidigen darf, verneint wird,<sup>14</sup> die Frage nach dem weiteren Ausbau von Opferrechten im Strafverfahren Zustimmung erfährt<sup>15</sup>). Anhand der Frage, ob man Nazis verteidigen darf, soll überprüft werden, ob sich durch Aneignung und weitere Durchdringung kritischer Rechtstheorie als Bestandteil kritischer Systemtheorie eine nähere Bestimmung von Strafverteidigung vornehmen lässt.<sup>16</sup>

## Praxen der Rechtskritik und Strafverteidigung

Der wohl bisher einzige Versuch, theoretische Aussagen zu den Praxen der Rechtskritik auf die Strafverteidigung anzuwenden, stammt von Ulrike *Müller*.<sup>17</sup> Ihre Position mündet allerdings letztlich in einer Schwächung der Rolle von Strafverteidigung. Es dürfe – so Müller – nicht um die Reproduktion alt-linker Konzepte von der Strafverfolgung als Kampf des anklagenden

<sup>12</sup> freispruch 7/2015, 13 f.

<sup>13</sup> Verwiesen werden kann auf die Quellen zu den Auffassungen der Berliner Strafverteidigervereinigung [Berliner Anwaltsblatt 3/2014, 80.], ferner der Strafverteidiger Udo *Grönheit* [Berliner Anwaltsblatt 9/2013, 299 f.] und Andreas *Wattenberg* [Berliner Anwaltsblatt 5/2014, 166 ff.], Jens *Janssen* und Jasper *von Schlieffen* [beide: freispruch 7/2015, 13 f.] sowie auf eine Podiumsdiskussion zum NSU-Prozess mit Anja Sturm (Verteidigerin der Hauptangeklagten Zschäpe), Johannes Bausch (ebenfalls Verteidiger im NSU-Verfahren) und Edith Lunnbach (eine der Nebenklagvertreterinnen) [online unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/2.220/anwaltsdebatte-ueber-nsu-prozess-linke-anwaltsgegen-zschaepe-verteidigerin-1.1785541> (Stand: 7.6.2016)]. Hinsichtlich der zu den Opferverschiebungen auf dem diesjährigen Strafverteidigertag erzielten kritischen Ergebnisse sei hier auf den entsprechenden Bericht der Arbeitsgruppe verwiesen [<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2016.html> (Stand: 3.8.2016)].

<sup>14</sup> *Müller*, Forum Recht 4/2012, 200 ff.

<sup>15</sup> So wohl in der Tendenz *A. Schmidt*, Strafe und Versöhnung, Berlin 2012.; *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Rechte des Beschuldigten, Hamburg 2014.

<sup>16</sup> Die Frage nach den Opferverschiebungen kann hier nicht behandelt werden. Insoweit verweise ich auf die bald nachlesbaren übereinstimmend kritischen Referate, die dazu auf dem diesjäh-

<sup>9</sup> Informationsbrief des RAV 112/2016, 30.

<sup>10</sup> *Grönheit*, Berliner Anwaltsblatt 9/2013, 299 f. (299).

<sup>11</sup> Vgl. auch die kritische Anmerkung zu dem vom 40. Strafverteidigertag in diesem Rahmen behandelten Thema »Mindeststandards der Strafverteidigung« bei *Annohn*, HRRS 2016, 253 ff.; siehe aber *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, Baden-Baden 1994; *ders.*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. München 2013.

Goliath gegen den beschuldigten David gehen, da damit das Tatopfer und die gesellschaftlichen Macht- und Gewaltverhältnisse, die in einer Straftat zum Ausdruck kommen, übergangen würden. Dies sei keine emanzipatorische Sichtweise.<sup>18</sup>

Müller bezieht sich dabei besonders auf die kritischen Theorien bei Sonja Buckel<sup>19</sup> und Andreas Fischer-Lescano.<sup>20</sup> Kritische Rechtstheorie als Bestandteil einer kritischen Systemtheorie ist aber alles andere als homogen; so wie sie die Widersprüche in der Gesellschaft offenlegt und dem Recht dabei eine dialektische Rolle bei der Suche nach Veränderungen und Lösungen zuweist, so sehr lebt kritische Rechtstheorie auch von ihren eigenen (produktiv nutzbaren) Widersprüchen und unterschiedlichen Ansätzen.<sup>21</sup> Es soll daher im Rahmen kritischer Systemtheorie bzw. radikaler Rechtskritik gefragt werden, was es wirklich heißt, das Recht für die Strafverteidigung emanzipatorisch umzudeuten<sup>22</sup> und weiter, ob eine Antwort auf diese Frage unweigerlich oder ausschließlich in der von Müller beschriebenen Konsequenz besteht.

## Das System Strafverteidigung

Der systemtheoretische Ausgangspunkt<sup>23</sup> dürfte darin liegen, zunächst das *System Strafverteidigung* näher zu betrachten, das wiederum innerhalb des *Systems Strafverfahren* besteht.

Das »Recht der Strafverteidigung« befindet sich in ständiger Kommunikation mit den anderen Strafverfahrensrechten, es ist nicht abgrenzbar vom Strafverfahren, insofern ist es ein Element oder Untersystem des Systems Strafverfahren. Ohne das Untersystem Strafverteidigung ist das System Strafverfahren nicht denkbar. Indes kommt dem Untersystem Strafverteidigung im Strafverfahren relative Autonomie zu; in ihm existieren eine Vielzahl und Vielfalt von formellen wie informellen Programmen für die Strafverteidigung, das heißt von geschriebenen und ungeschriebenen Regeln für das professionelle Handeln der Strafverteidigung,<sup>24</sup> die noch dazu im Streit liegen.

Die Legitimität durch Verfahren besteht aber in der Prämisse, dass der Verteidigung alles erlaubt ist, was

rigen Strafverteidigertag gehalten wurden.

17 U. Müller, Forum Recht 4/2012, 200 ff.

18 Ebenda, 202.

19 Vgl. Buckel, in: Buckel u.a. (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 1. Aufl., Stuttgart 2006, S. 117 ff.; dies., in: Demirovic (Hrsg.), Kritik und Materialität, Münster 2008, S. 127 ff.

20 Buckel/Fischer-Lescano (Hrsg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, Baden-Baden 2007.

21 Vgl. dazu nur Amstutz/Fischer-Lescano (Hg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013; Fischer-Lescano, DZfPh 2/2013, 179 ff.; Boulanger u.a. KJ 2010, 431 ff.

22 Vgl. Fischer-Lescano, KJ 2014, 171 ff., 182.

23 Vgl. zum System Strafverfahren Theile, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, Tübingen 2009, S. 85 ff; ferner Börner, Legitimation durch Strafverfahren, Berlin 2014.

nicht durch Gesetz verboten ist. Das, was Niklas Luhmann für die Anerkennung von Entscheidungen dahingehend formuliert hat, dass es dabei weniger auf motivierte Überzeugungen als vielmehr auf ein motivfreies, von den Eigenarten individueller Persönlichkeiten unabhängiges Akzeptieren ankomme,<sup>25</sup> gilt auch gegenüber jener Prämisse für die Verteidiger\*innen, die Akteure des Legitimierungsprozesses. Gleichwohl ist jedes Verfahren individuell, hat seine eigene Geschichte.

Gerade in einem solchen relativ autonomen Handlungssystem – als Reduktion der Komplexität des gesamten Verfahrens als sozialem System – bewegt sich Strafverteidigung, und nur in diesem Rahmen – und nicht als »Organ der Rechtspflege« oder »Vertragspartner« der Mandatschaft – agieren die Strafverteidiger\*innen nach einem formellen und informellen Programm, nach systemeigenen Regeln, wird der Grundsatz, dass Verteidigung alles erlaubt sein muss, was nicht durch Gesetz verboten ist, ausdifferenziert, erfolgt die Suche nach dem im Einzelfall richtigen Weg einer effektiven Strafverteidigung, verbunden mit der richtigen ausdifferenzierenden Anwendung des gesamten, dem Beschuldigten bzw. Angeklagten als einem autonomen Prozesssubjekt zur Verfügung stehenden strafprozessualen Reservoirs.

Als Konsequenz aus diesen Überlegungen ergeben sich Grundlagen für die Verteidigung, die mit dem aktuellen verfahrensrechtlichen Gesetzeszustand nicht in voller Übereinstimmung stehen. Denn jene Vorschläge, die sich am ehesten systemtheoretisch begründen lassen würden, und in einem Gesetzesentwurf eines *Arbeitskreises Strafprozessreform*<sup>26</sup> im Jahre 1978 unter dem Titel »Die Verteidigung« ihren Niederschlag fanden,<sup>27</sup> wurden kriminalpolitisch bis heute nicht umgesetzt.

Der Zusammenhang dieser Vorschläge zu einer systemtheoretischen Legitimation durch Verfahren wird zwar nicht ausdrücklich angesprochen, ist aber offensichtlich:

So werden Aufgaben und Stellung des Verteidigers in der Weise beschrieben, dass dieser die Interessen des Beschuldigten vertritt und sich auf dessen Vertrauen stützt. Der Verteidiger ist unabhängig. Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistandes einer oder mehrerer Verteidiger seiner Wahl bedienen. Die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch einen gemeinschaftlichen Verteidiger wird für zulässig erklärt. Der Beschuldigte ist berechtigt, eine als Verteidiger wählbare Person auf Kosten der Staatskasse mit seiner Verteidigung zu beauftragen. Geregelt werden die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung. Für den Fall notwendiger Verteidigung wird der Beschuldigte, der noch keinen Verteidiger hat, aufgefordert, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger zu wählen.<sup>28</sup>

24 Vgl. Hassemer, StV 1982, 377 ff.

25 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M., 1. Aufl. 1983, S. 32.

26 Vorgelegt von den Strafrechtslehrern Günter Bemann, Gerald Grünwald, Winfried Hassemer, Detlef Krauß, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Hans-Joachim Rudolphi und Jürgen Welp.

27 Arbeitskreis Strafprozessreform, Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung, Heidelberg 1979.



Ein Teil dessen findet in der Strafprozessordnung hinsichtlich des Wahlverteidigers seine Legitimität. Es sind dies jene Passagen, die in § 1 des Gesetzentwurfes von 1978 als Aufgaben und Stellung des Verteidigers beschrieben werden.<sup>29</sup>

1. Der Verteidiger vertritt die Interessen des Beschuldigten. Er stützt sich auf dessen Vertrauen.
2. Der Verteidiger ist unabhängig.

Soweit in Fällen notwendiger Verteidigung die Verteidiger\*innen aufgrund des Vertrauens des Beschuldigten vom Gericht beigeordnet werden, sind auch insoweit diese beiden Prämissen erfüllt. Die Beordnungspraxis der Gerichte ist jedoch nach der Untersuchung von Matthias Jahn<sup>30</sup> höchst problematisch und gewährleistet nicht, dass der Beschuldigte vom Anwalt seines Vertrauens verteidigt wird. § 142 StPO wird als verfassungswidrig angesehen.<sup>31</sup> Mithin besteht alle Veranlassung, auf jene kriminalpolitischen Vorschläge zurückzukommen, die bei der Verteidigerauswahl ausgehend vom Autonomieprinzip dem Willen des Beschuldigten grundsätzlich Vorrang einräumen.<sup>32</sup> Aufgezwungener Verteidigung (Zwangverteidigung) ist eine klare Absage zu erteilen.<sup>33</sup>

Aus der spezifischen Rolle<sup>34</sup> von Verteidiger\*innen als *vertrauensvolle* und *unabhängige* Interessenvertreter\*innen der Beschuldigten ergeben sich die Aufgaben, die die Akteure der Strafverteidigung im Strafverfahren zu erfüllen haben. Dabei ist der unterlegenen Stellung Rechnung zu tragen, in der sich ein oft hilfloser und desorientierter Mandant befindet.<sup>35</sup>

Zugleich agiert Strafverteidigung im »erlaubten Konflikt«<sup>36</sup> mit den weiteren institutionellen Rollen im Strafverfahren: der Anklagebehörde auf der einen Seite und dem Gericht auf der anderen. Mit den Überlegungen von Ulrich Sommer zur »Notwendigkeit eines Korrektivs im Prozesssystem zu Gunsten von Beschuldigtenpositionen«<sup>37</sup> und der damit einhergehenden Begründung von Kontrollfunktionen der Verteidigung im Strafverfahren<sup>38</sup> lässt sich eine an Jürgen Welp und an den »Gesetzentwurf Verteidigung« anschlussfähige Weiterentwicklung der Bestimmung der Aufgaben der Verteidigung erkennen. Die allgemeine Aufgabe der Strafverteidigung – so Sommer – könne dahingehend verstanden werden,

28 Ebenda, Titel I und II, S. 3 ff.

29 Ebenda, S. 3.

30 Jahn, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, Berlin/Boston 2014, u.a. S. 173 ff.; ders., StraFo 2014, 177 ff.

31 Leitmeier, StV 2016, 515 ff.

32 Vgl. Arbeitskreis Strafprozessreform, Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung, Heidelberg 1979, S. 59; vgl. auch Welp, ZStW 90 (1978), 101 ff. (107 ff.).

33 Vgl. u.a. Wohlers, vor §§ 137 ff. StPO, Rn. 42 ff., in: SK-StPO, Bd. III, 4. Aufl., 2011.

34 Zum soziologischen Rollenverständnis Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M. 1983, 1. Aufl., S. 82 ff.

35 Welp, in: FS für Gallas, Berlin, New York 1973, S. 391 ff. (zitiert nach Welp, Verteidigung und Überwachung, Baden-Baden 2001, S. 34).

36 Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt a.M., 1. Aufl. 1983, S. 100 ff.

37 Sommer, Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl., Köln 2016, S. 32 ff.

»unter den prozessualen Bedingungen der Wahrheitssuche letztendlich systemkonform den Prozess als besonderes Element der Skepsis und Kontrolle mitzugestalten. Soll der Beschuldigte aufgrund der gesetzlichen Konzeption bereits vor richterlicher Willkür geschützt werden und besteht die legislative Strategie in der Formalisierung des Verfahrens, muss seine Aufgabe in der besonderen Einhaltung dieser Formen bestehen. Darüber hinaus hat Verteidigung schwer fassbare Faktoren aufzuspüren, die – persönliche Vorurteile, Emotionen, etc. – die Rationalität der Schuldfeststellung und ggf. der Strafzumessung störend beeinflussen.«<sup>39</sup>

Der Verteidiger ist weit entfernt von der Rolle des Richtergehilfen.<sup>40</sup> Vielleicht ist jedenfalls in Abgrenzung dazu der Begriff »Prozesssubjektsgehilfe« sinnvoll,<sup>41</sup> insgesamt dürfte eine Bezeichnung des Verteidigers als »Strafprozesssubjektsbeistand« dadurch aber nicht obsolet werden, auch wenn diese nicht gerade elegant daher kommt.

Im Übrigen sei angemerkt, dass sich die »Thesen zur Strafverteidigung« des Strafrechtsausschusses der BRAK aus dem Jahre 2015 jedenfalls vom Wortlaut der Thesen 1 und 2 her gesehen offensichtlich ganz in der Nähe des oben dargestellten Grundverständnisses von Strafverteidigung befinden,<sup>42</sup> wenngleich die Begründung der Thesen zeigt, dass der Zusammenhang zur »Organtheorie« gewahrt werden soll.<sup>43</sup>

## Kritische Systemtheorie und Strafverteidigung

Wie aber ist der bisher unternommene Versuch, Strafverteidigung systemtheoretisch zu umschreiben, dahingehend erweiterungsfähig, Strafverteidigung auch mit kritischer Systemtheorie in Verbindung zu bringen? Denn bei ihrer Antwort auf die Frage, ob man Nazis verteidigen darf, beruft sich Ulrike Müller gerade darauf. Das setzt voraus, jene Sentenzen kritischer Systemtheorie aufzuzeigen, die für Strafverteidigung anschlussfähig sein könnten. Für Müller ist dies der Aspekt der Emanzipation. Dabei müsste aber zunächst das rechtskritische und politische Potential untersucht werden, dass im »System Strafverteidigung« per se schon angelegt ist und das von Müller ganz offenbar unterschätzt wird, wenn sie von einer altlinken »stark unterkomplexen« Betrachtung spricht.<sup>44</sup> Es wird sich nämlich zeigen, dass Strafverteidigung starke Elemente kritischer Systemtheorie schon in sich birgt, was nichts anderes bedeutet, als dass es nicht allein um die Anschlussfähigkeit des Systems Strafverteidigung an kritische Systemtheorie geht, sondern

38 Ebenda, S. 37 ff.

39 Ebenda, S. 39.

40 Ebenda.

41 Vgl. Wohlers, vor §§ 137 ff. StPO, Rn. 29, in: SK-StPO, Bd. III, 4. Aufl., 2011.

42 Strafrechtsausschuss der BRAK, Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. München 2015.

43 Ebenda, S. 18.

zugleich um den dialektischen »Zirkelschluss«: dass kritische Systemtheorie sich als anschlussfähig an das System Strafverteidigung erweist!

## **Strafverteidigung als System immanenter Kritik**

Strafverteidigung ist ein *System immanenter Kritik*. Immanente Kritik ist ein wesentlicher Aspekt kritischer Systemtheorie.<sup>45</sup> Strafverteidigung verfügt auch per se über eine emanzipatorische Seite. Das *emanzipatorische Ideal* von kritischer Systemtheorie besteht zuvörderst in der »Stabilisierung normativer Widerständigkeit in praxi«.<sup>46</sup>

Diese *kritisch-emanzipatorische Seite des Systems Strafverteidigung* ist zum einen Staatskritik: Kritik an dem staatlichen Strafvorwurf gegenüber dem Mandanten, reduziert auf Kritik gegenüber der Staatsanwaltschaft, die als Vertreter des Staates die Anklage vertritt. Diese Kritik verleiht der Verteidigung auch ihre politische Dimension. Oder wie es Hans Dachs in immer noch gültiger Weise schon vor längerer Zeit formuliert hat:

»Verteidigung ist Kampf. Kampf um die Rechte des Beschuldigten im Widerstreit mit den Organen des Staates, die dem Auftrag zur Verfolgung von Straftaten zu genügen haben. Im Strafverfahren bringt der Staat gegen persönliche Freiheit und Vermögen des einzelnen seine Machtmittel mit einer Wucht zum Einsatz wie in keinem Bereich des gesellschaftlichen Lebens.«<sup>47</sup>

In ihrer Entwicklungslinie sind Strafrecht politisches Strafrecht und Strafverfahrensrecht politisches Strafverfahrensrecht – und dies schon deshalb, weil Strafrecht und Strafverfahrensrecht immer mehr zu einem politischen Steuerungsmittel gesellschaftlicher Belange ausgebaut werden. Beim Strafrecht geschieht dies durch das Schaffen immer neuer Tatbestände, um Strafbarkeiten begründen zu können. Hinsichtlich des Strafverfahrensrechts zielt die Entwicklung auf die Erweiterung des gesetzlichen Verfolgungsinstrumentariums, während zugleich Beschuldigtenrechte eingeschränkt werden. Beides steht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ausbau eines Sicherheitsstaates in vielfältigen teils verdeckten, teils offenen Facetten. Strafrecht und Strafverfahrensrecht befinden sich im Zugriff und in der Verfügbarkeit der Politik. Die Marginalisierung der Strafverteidigung durch geheime Ermittlungsmaßnahmen und –verfahren ist dabei ebenso zu kritisieren, wie die Harmonisierung der Verteidigerrolle durch konsensuale Verfahrensformen.<sup>48</sup>

Die in diesen Zusammenhängen tätigen Justizakteure sind damit – ob sie sich dessen bewusst sind oder nicht

– nicht nur rechtliche, sondern zugleich »politische Akteure«. Der Kampf um das Recht mit den Mitteln der Strafverteidigung ist in diesem Kontext zugleich ein »politischer« Kampf, ist »politische« Staatskritik. Dieses politische Verständnis von Strafverteidigung ist zunächst sozusagen ein objektives, es ist genuin, d.h. es charakterisiert Strafverteidigung als solches, unabhängig von der konkreten persönlichen politischen Einstellung eines Strafverteidigers oder Strafverteidigerin in einem konkreten Verfahren und auch unabhängig davon, ob sich der/die einzelne Strafverteidiger\*in selbst als politischen Akteur wahrnimmt.

Zum anderen kommt die *emanzipatorische, widerständige* Seite der Strafverteidigung allein schon durch ein effektiv-kämpferisches Eintreten für die Belange des Mandanten in Kollision mit den Justizorganen zum Ausdruck, wozu auch die Kontrolle der Einhaltung der Gesetzlichkeit des Verfahrens gehört. Das System Strafverfahrensrecht soll so auf seine Responsivität gegenüber Strafverteidigung verpflichtet werden.

Gerade diese emanzipatorische, widerständige Seite der Strafverteidigung – mit Herausbildung eines demgemäßen »neuen Typs« des Strafverteidigers – wurde in den politischen Prozessen gegen die RAF errungen, mit nachhaltiger Folgewirkung bis in die Gegenwart.<sup>49</sup> Das sieht auch Müller nicht anders,<sup>50</sup> obwohl sie diese Sichtweise an anderer Stelle – worauf schon kritisch hingewiesen wurde – als stark unterkomplexe, linksanwaltschaftliche Argumentation bezeichnet.<sup>51</sup>

Dabei geht diese »stark unterkomplexe Argumentation« zurück auf genau jenes grundlegende Anliegen kritischer Systemtheorie, das Rechtssystem mittels Kritik zu verändern, und zwar im Sinne des Einflusses auf die Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse.<sup>52</sup> Realparadoxien in der Gesellschaft »sollen die Verhältnisse zum Tanzen bringen.«<sup>53</sup> Zwar war der Kampf um das Recht bei der Strafverteidigung in den RAF-Prozessen, der verbunden war mit dem Kampf um die freie Advokatur, begleitet von strafverfahrensrechtlich gesetzten Vorschriften, die die Verteidigung deutlich erschweren sollten und erschwerten. Hemmende, wenn nicht gar verhindernde Bedingungen für Strafverteidigung wurden geschaffen, die gesetzlich teilweise noch heute bestehen. Aber im Ergebnis dieses (auch) gesellschaftsverändernden Prozesses setzte sich die relative Autonomie von Strafverteidigung durch, wurden die Freiheit der Advokatur ebenso anerkannt wie das System Strafverteidigung als ein hohes Gut freiheitlich-demokratischen

S. 925.

49 Vgl. dazu u.a. Honecker/Kaleck, in: KJ (Hg.), Streitbare JuristInnen, Baden-Baden 2016, S. 557 ff.; dazu auch Kaleck, Gegen den obrigkeitshörigen Mainstream, <http://blog.zeit.de/recht-subversiv/2016/05/12/linke-juristen-obrigkeit/> (Stand: 20.7.2016).

50 Müller, KJ 2013, 467 ff.

51 Müller, Forum Recht 4/2012, 201.

52 Vgl. Schultz, Spiegelungen von Strafrecht und Gesellschaft. Eine systemtheoretische Kritik der Sicherungsverwahrung, Frankfurt a.M. 2014, S. 363 ff.

53 Fischer-Lescano, in: Fischer-Lescano/Amstutz (Hg.), Kritische

44 Müller, Forum Recht 4/2012, 201.

45 Siehe dazu Fischer-Lescano, in: Amstutz/Fischer-Lescano (Hg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, S. 31 ff.

46 Ebenda, S. 35.

47 Dachs, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Köln 2005, S. 6.

48 P.A. Albrecht, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Berlin 2010,

Rechtsstaates – rechtlich abgesichert vor allem durch die Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR, was seinen Niederschlag übrigens auch in der Europäischen Grundrechtecharta gefunden hat. Auf diese Weise erfolgte eine Entparadoxierung der realen Kollisionen zwischen dem unbedingten Strafanspruch des Staates und der Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren, dies freilich in einer gesellschaftssystemimmanenten Weise, aber in einer Weise, die davon sprechen lässt, dass das Recht auf Verteidigung »vergesellschaftet« worden ist.<sup>54</sup>

Seinen konsequentesten Ausdruck findet dies in einem Anwaltsverständnis vom »Rechtshelfer sozialer Gegenmacht«, das in einer solchen Weise insbesondere von Werner *Holtfort* begründet worden ist.<sup>55</sup> *Holtfort* ging davon aus, das Recht stets neu als Ergebnis gesellschaftlicher Auseinandersetzung entsteht und deshalb kein Anwalt sich als »Organ der Rechtspflege« verstehen könne, sondern nur als Vertreter von Mandanteninteressen, als parteigebundener Helfer und als ein Stück sozialer Gegenmacht, ohne die jeder Angeschuldigte jeder Staatsgewalt unendlich unterlegen wäre.<sup>56</sup> Im Hinblick auf die Strafverteidigung ist dies das rechtskritische Modell eines Verständnisses von der Strafverteidigerin und dem Strafverteidiger als »Interessenvertreter des Mandanten im Streben nach sozialem Gegengewicht zur Strafverfolgung«.<sup>57</sup>

Es ist dies in erster Linie auch die Begründung eines Rechtsanwaltsverständnisses, das in unmittelbarem Zusammenhang zu der grundgesetzlichen Garantie der Freiheit der Advokatur steht.<sup>58</sup> Das System Strafverteidigung wird durch diese gesetzliche Garantie auf markanteste Weise abgesichert. Der »freie« Verteidiger dient mit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten unter den sozialen Bedingungen freiheitlicher Demokratie in erster Linie dem Rechtsschutzbedürfnis seiner Mandanten und damit der Beschränkung staatlicher Macht.<sup>59</sup>

## Die Gefährdungen der Verteidigung

Daraus folgt aber nicht, wie bei *Müller* herauszulesen, dass das Recht auf Verteidigung heutzutage keinen Gefährdungen mehr ausgesetzt wäre. Denn *einerseits* hat die Bedeutung der Hauptverhandlung in den letzten Jahren immer mehr abgenommen.<sup>60</sup> Klassische Strafverteidigung erscheint allein aufgrund dieser Tatsache nur noch rudimentär. Bedenkt man weiter, dass selbst

dann, wenn Hauptverhandlungen stattfinden, diese in nicht unbeträchtlicher Weise mittels Verständigung beendet werden, dann obsiegt hier das Konsensuale, quasi das »Kaufmännische«, jedenfalls nicht das Kämpferische, denn gerade darauf kommt es hier nicht mehr an.<sup>61</sup>

*Andererseits* weiß wohl jede/r praktizierende Strafverteidiger\*in ein Lied davon zu singen, welche Anstrengungen von Seiten der Justiz unternommen werden, um einer rechtsstaatlichen Verteidigung entgegenzuwirken. *Sommer* nennt dies: »Konfliktpotential aufgrund der asymmetrischen Stellung der Verteidigung.«<sup>62</sup> Über der Strafverteidigung schwebt ein permanenter Missbrauchsverdacht, der einen Höhepunkt in der Rechtsprechung des BGH zur sogenannten »Rügeverkümmern« gefunden hat.<sup>63</sup> Das Agieren von Strafverteidiger\*innen wird von der Justiz – auch vom BGH – erneut, jedenfalls tendenziell, zum »Feindbild« erklärt.<sup>64</sup>

Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahrzehnten – durch permanenten Abbau von Beschuldigtenrechten mittels eines immer Mehr an neuen Verbrechens- und Terrorismusbekämpfungsgesetzen, durch eine immer weitere Vorverlagerung von Strafbarkeit, durch die Geheimhaltung in und von Ermittlungen – viel dazu beigetragen hat, dass sich die Justiz zu einer »Verhinderungsjustiz« effektiver Strafverteidigung entwickelt. Strafverteidigung befindet sich hier inmitten einer historischen Entwicklungslinie des Straf- wie Strafprozessrechts zu einem »Feinstrafrecht«. Die einst erkämpfte Freiheit der Advokatur und das erkämpfte System kritisch-emanzipatorischer Strafverteidigung sind vielfältigen Gefährdungen ausgesetzt.

Gegenwärtig spitzt sich das Problem wohl noch weitaus tiefgreifender und grundlegender zu. Denn ist die »Verhinderungsjustiz« effektiver Strafverteidigung bisher selbst Ausdruck der historischen kriminalpolitischen Entwicklungslinie hin zu einem »Feindstrafrecht«,<sup>65</sup> so gehen gegenwärtige politische und wissenschaftliche Überlegungen insbesondere im Zusammenhang mit der Dimension des Terrorismus durch Selbsttötungsattentate offenbar noch weit darüber hinaus. Die konstatierte Ohnmacht des Straf- und Strafprozessrechts bei Vorbeugung, Schutz und der Bekämpfung neuer Dimensionen von Terrorismus scheinen dazu zu führen, die Frage nach der Reichweite von Strafrecht und Strafverfahrensrecht zur Erfassung der »bösen Gedanken« zu stellen. Sollte dies in der Tat dazu führen, beiden

Systemtheorie, Bielefeld 2013, S. 16.

54 Vgl. zur Vergesellschaftung des Rechts *Fischer-Lescano*, DZPhil 61 (2013), 179 ff., 185 ff.

55 Vgl. *Holtfort*, in: *Holtfort* (Hrsg.), *Strafverteidiger als Interessenvertreter*, Neuwied und Darmstadt 1979, S. 37 ff.

56 Ebenda, S. 37 ff., 45.

57 Vgl. *Arnold*, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa*, Berlin 2015, S. 162.

58 Vgl. dazu *Schneider*, in: *Holtfort*, *Strafverteidiger als Interessenvertreter*, Neuwied und Darmstadt 1979, S. 26 ff.

59 Ebenda, S. 29.

60 *Wächtler*, in: 28. Strafverteidigertag, Berlin 2005, S. 9 ff.

61 Darauf ist *Stefan König* in seiner bislang unveröffentlichten Antrittsvorlesung an der Universität Göttingen am 14.7.2016 ausführlich eingegangen; vgl. früher schon *König*, *Rechtsstaatsmüdigkeit?* In: 25. Strafverteidigertag, Berlin 2002, S. 7 ff.

62 *Sommer*, *Effektive Strafverteidigung*, 3. Aufl., Köln 2016, S. 43 ff.

63 Dazu im Einzelnen *Börner*, *Legitimation durch Strafverfahren*, Berlin 2014, S. 220 ff.

64 Vgl. die Nachweise bei *Arnold*, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa*, Berlin 2015, S. 27 ff. – dortige Fn. 138 ff.



Normgefügen eine Bedeutung dabei zuzumessen, dürfte es sich dann insoweit wohl kaum mehr um Straf- und Strafprozessrecht handeln, selbst wenn noch so sehr um rechtsstaatliche Grenzen gerungen werden würde. In letzter Konsequenz bliebe das ein bloßer Maskeradentanz, der an der Herausbildung eines Sicherheitsrechts *sui generis*, möglicherweise im Zuge einer Verschmelzung mit dem Polizeirecht, nichts ändern könnte. Für diesen Bereich würde das zugleich einen kompletten Kompetenzverlust des Systems Strafverteidigung zur Folge haben, oder anders gesagt: Strafverteidigung würde aus einem System Sicherheitsrecht *sui generis* (sukzessive) ausgeschlossen. Es ist schon heute eine immer stärkere materiellstrafrechtliche Vorverlagerung festzustellen, wie etwa durch § 89a StGB, durch dessen Ermittlungsrahmen eine wirksamen Verteidigung von vornherein kaum wirklich möglich sein dürfte.

Wenn kritische Systemtheorie eine »Ästhetik des Widerstandes« ist, dann gilt für die Strafverteidigung, dass sie diesen Gefährdungen Widerstand entgegensetzen hat, sei es im System der Strafverteidigung selbst, wobei die Wirksamkeit hier begrenzt ist, sei es – und hier wird der Schwerpunkt liegen – durch die Beteiligung an politisch-rechtlichen Netzwerken außerhalb des Systems Strafverteidigung. Für den Widerstand innerhalb des und durch das System Strafverteidigung ist immer auch der Blick offen zu halten für neue Verteidigungsbereiche, die durch das strafrechtliche Agieren des Staates auf bzw. gegen neue politische Entwicklungen wie die Migration entstehen. So erwächst daraus für kritische Strafverteidigung der Aktionsbereich der Verteidigung von Migrant\*innen wie auch in sogenannten Schleuser- bzw. Schlepperverfahren.<sup>66</sup> Dazu gehören auch die neuen Herausforderungen für Strafverteidigung, die sich aus weiteren transnationalen Entwicklungen ergeben.<sup>67</sup>

### **Strafverteidiger\*innen als »Juridische Intellektuelle« und ihr Einfluss auf die Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse**

Die Akteure der »Verteidigung der Verteidigung«, die Strafverteidiger\*innen, lassen sich in Anlehnung an eine bestimmte Seite kritischer Systemtheorie als »juridische Intellektuelle« bezeichnen und charakterisieren.<sup>68</sup> Schon vor einiger Zeit wurde Rechtsanwält\*innen eine solche Rolle zugeschrieben.<sup>69</sup> Heute liest sich das bei

65 Vgl. statt vieler den Überblick bei *Arnold*, HRRS 8/9 2006, 303 ff.

66 Gerade letzteres wird auch ein Thema auf dem 9. EU-Strafrechtstag am 21./22.10.2016 in Bonn sein. In seinem im Oktober 2016 beginnendem Fachlehrgang Migrationsrecht bietet der RAV auch einen Schwerpunkt zur Strafverteidigung an, und zwar bezogen auf die Handlungsmöglichkeiten im Strafvollzug/Strafvollstreckung sowie zum Abschiebungshaftrecht. Siehe aber auch *J. Schmidt*, StV 2016, 530 ff.

67 Vgl. u.a. *Arnold*, Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa, Berlin 2015; ferner grundlegend zum transnationalen Recht *Callies* (Hrsg.), Transnationales Recht, Tübingen u.a. 2014.

68 Vgl. dazu näher *Müller*, ARSP-Beiheft 140, 137 ff., 141 f.

69 *Preuß*, in: Fabricius-Brand u.a. (Hrsg.), Rechtspolitik »mit aufrechtem Gang«, Baden-Baden 1990, S. 17 ff., 21 f.

*Buckel* und *Fischer-Lescano* in Anlehnung an Antonio Gramsci wie folgt:

»Die juridischen Intellektuellen organisieren den hegemonialen Konsens unter den besonderen materiellen Voraussetzungen der Rechtstechnologie. Sie beherrschen mit der juristischen Argumentation eine spezifische Wissenstechnik und organisieren die juridischen Verfahren. Dabei kommt es gerade im Recht weniger auf die großen Intellektuellen, die RechtsphilosophInnen, an als auf die geschäftige Alltagspraxis der kleinen Intellektuellen, die sich zwar strikter an konsentrierte Maßstäbe halten [...], aber über ihre immanente Kenntnis des Rechtssystems für die Organisation der Hegemonie *in der juristischen Argumentation* (der Dogmatik) zuständig sind. [Hervorheb. im Original – J.A.] Letztere ist das materielle Bezugsgerüst unterschiedlicher Normen und Entscheidungen, das einmal gefundene Lösungen in der Zeit fixiert und damit reproduzierbar macht, Rechtsfiguren etabliert, Systematisierungen und Ausdifferenzierungen ermöglicht und vielfältige Lösungsmodelle sowie vergangene Konflikte speichert.«<sup>70</sup>

Es fällt auf, dass die juridischen Intellektuellen bei *Buckel/Fischer-Lescano* auf Rechtsanwält\*innen bezogen werden, ohne dabei Differenzierungen zwischen deren beruflichen Funktionsgebieten vorzunehmen. Bei *Holtfort* dagegen finden sich das Spezifikum der Strafverteidiger\*innen in ihrer die Bedrohungen des Mandanten durch das staatliche Gewaltmonopol abwehrenden Rolle und die damit zugleich einhergehende Verteidigung der Freiheit der Advokatur. Das aber ist zunächst einmal politisch engagierte Anwaltstätigkeit im Rahmen der Verwirklichung und Gewährleistung bürgerlich-freiheitlicher Grundrechte, die nicht zuerst ein breites politisches Potential für die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse entfaltet, sondern notwendiger Ausdruck der Systemimmanenz von Strafverteidigung bedeutet. Strafverteidigung muss in erster Linie auf die Verteidigung des Mandanten gegen die vom Staat erhobenen Vorwürfe ausgerichtet sein und nicht primär auf die Veränderung gesellschaftlicher und damit durchaus auch staatlicher Verhältnisse.

Die Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse, so wie das von einer kritischen Systemtheorie angestrebt wird, zielt auf die Herstellung einer gerechteren (Welt-)Gesellschaft mittels Recht. Recht wird in seiner Abhängigkeit von Ökologie, von sozialen, menschlichen und natürlichen Ressourcen beschrieben. Das System Strafverteidigung hat in diesem Diskurs aber nur eine mittelbare Bedeutung.

So ist nicht auszuschließen, dass die gesellschaftspolitische Wirksamkeit von Strafverteidigung im Einzelfall über deren Systemimmanenz hinausreicht; dies aber ist dann eine weitergehende Folge von Strafverteidigung und nicht das originäre Ziel.

70 *Buckel/Fischer-Lescano*, in: *Buckel/Fischer-Lescano* (Hrsg.), Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis, Baden-Baden 2007, S. 85 ff., 93.

Wenn beispielsweise mit der erfolgreichen Verteidigung im Wiederaufnahmeverfahren Gustl Mollath durch Gerhard *Strate* zugleich eine justizielle und gesellschaftliche Sensibilisierung für die gravierenden Fehler bei der strafrechtlich angeordneten Unterbringung in der Psychiatrie und von psychiatrischen Gutachten im Gerichtsverfahren, für gerichtliche Fehlurteile und das Verhalten der Justizakteure erreicht worden ist, dann ist genau dies eine solche auf gesellschaftliche Veränderung abzielende Folge von Strafverteidigung, freilich transportiert mit Hilfe der Publizistik (hier des Strafverteidigers selbst)|<sup>71</sup> sowie der modernen Medien. Wenn weiter die engagierte Verteidigung von Jörg Kachelmann durch Johann *Schwenn* zugleich als engagierte Verteidigung der strafprozessualen Unschuldsvermutung gegen alle Angriffe durch Staatsanwaltschaft und das erkennende Gericht gesellschaftlich wahrgenommen wird, dann vermag das der gesellschaftlichen Tendenz von immer stärkeren justiziellen und medialen Versuchen, den Grundsatz der Unschuldsvermutung ins Wanken zu bringen, einen Pflock einzuschlagen. |<sup>72</sup> Und schließlich – als ein letztes Beispiel – sei das Verfahren der sächsischen Justiz gegen den Jugendpfarrer Lothar König aus Jena erwähnt, der sich wegen seines Eintretens gegen neonazistische Umtriebe aus Anlass der Bombennacht des 13./14. Februar 1944 in Dresden strafrechtlich verantworten musste. Kämpferische und öffentlichkeitswirksame Strafverteidigung durch Johannes *Eisenberg*, die sich insbesondere auf die tönernen Füße der Beweisaufnahme bezog, hat hier dazu geführt zu erkennen, dass die Blindheit der sächsischen Justiz auf dem rechten Auge durch ein Vergrößerungsglas auf dem linken Auge ersetzt wurde – eine altbekannte Tatsache bundesdeutscher Justiz übrigens, auf die Heribert *Prantl* in der Süddeutschen Zeitung schon vor vielen Jahren hingewiesen hatte. |<sup>73</sup>

## **Emanzipatorische Rechtskritik und politische Überzeugungen**

*Müller* besteht darauf, dass es sich bei der Ablehnung der Verteidigung von Nazis und – was dabei immer mitschwingt – bei der Ablehnung der Verteidigung in Sexualstraftaten um emanzipatorische Rechtskritik handelt, die zugleich politische Bündnisfähigkeit im Blick haben müsste.

Aber ist dem wirklich so? Oder haben wir es hier nicht genau mit einer jener Fragen zu tun, die gerade eine Entscheidung außerhalb des Rechts und losgelöst vom Recht bedeutet, eine zutiefst politische Entscheidung, eine Kritik *am* Recht und Emanzipation *außerhalb* des Rechts? Handelt es sich mithin nicht um eine bewußte Entscheidung eines juristischen Intellektuellen, das Sy-

stem Strafverteidigung in einer konkreten Situation aus einer politischen Überzeugung nicht zu betreten? Hier würde dann nicht das Recht emanzipiert, sondern das Recht der Verteidigung erschien im Widerspruch zu der politischen Überzeugung des juristischen Intellektuellen, der dann aber möglicherweise nach rechtlichen Alternativen sucht, wie jene, sich dafür zu entscheiden, stattdessen die Opfer der Straftaten zu vertreten.

Formulierungen wie »politische Überzeugung« oder »linke politische Gesinnung« weisen bereits daraufhin, dass die subjektiven Entscheidungsprozesse »gegen« das System Strafverteidigung in konkreten Fällen von dem persönlichen Vorverständnis des juristischen Intellektuellen nicht zu trennen sind, genauso wenig übrigens wie die subjektive Entscheidung für das System Strafverteidigung im konkreten Fall. Insgesamt aber ist über diese Entscheidungsprozesse sehr wenig bekannt. Es handelt sich dabei wohl um ein bislang kaum erforschtes Gebiet der »Psychologie der Strafverteidigung«, auf dessen Defizite bislang insbesondere Gerhard *Jungfer* hingewiesen hat. |<sup>74</sup> Es wäre interessant herauszufinden, ob und inwieweit die von *Jungfer* zur Diskussion gestellten Grundtypen von Strafverteidiger\*innen auch prägend für bestimmte persönliche Entscheidungen bei der Mandatsannahme sind. |<sup>75</sup>

Es spricht jedenfalls gegenwärtig noch vieles dafür anzuerkennen, dass die Kommunikation über die Frage, ob man Nazis verteidigen darf, nicht über die Tatsache hinauszugehen vermag, dass es sich wie bei jeder anderen Mandatsannahmeentscheidung um eine zunächst höchstpersönliche, subjektive Angelegenheit handelt, was sich insbesondere bei sensiblen Konstellationen wie bei angetragenen »Nazi-Mandaten« oder der Frage nach der Verteidigung in Sexualstrafverfahren als eine Gewissensentscheidung erweisen kann, womit die Auffassung von Jasper *von Schlieffen* (in freispruch 7/2015) bestätigt wird. Im Sinne des Kampfes für eine gerechte (Welt-)Gesellschaft beträfe das im Übrigen nicht allein die Frage, ob man *auf diesen Feldern* verteidigen darf, sondern beispielsweise dann auch, ob das nicht ebenso für die Verteidigung von »Wirtschaftskapitänen«, die Verteidigung von des illegalen Waffenhandels Beschuldigten oder von des Terrorismus Verdächtigten wie auch die Verteidigung in Verfahren wegen schwerer Völkerrechtsverbrechen oder auch in Verfahren der internationalen Strafgerichtsbarkeit zutreffen müsste, um noch einige weitere Betätigungsfelder der schon von Andreas *Wattenberg* vorgenommen Aufzählung hinzuzufügen. |<sup>76</sup>

Als Teil der bürgerlichen Gesellschaft ist das System Strafverteidigung von vornherein erst einmal nicht für eine gerechte Weltgesellschaft konstitutiv oder von diesbezüglicher transzendierender Funktion. Wollte man dies anders sehen, müsste dies die praktische und letzte

71 *Strate*, Der Fall Mollath. Vom Versagen der Justiz und Psychiatrie, Zürich 2014 - dazu Rezension *Pollähne*, StV 2016, 469 ff; vgl. ferner u.a. *Ritzer/Przybilla*, Die Affäre Mollath, München 2013.

72 Vgl. J. *Kachelmann/M. Kachelmann*, Recht und Gerechtigkeit. Ein Märchen aus der Provinz, München 2012.

73 SZ vom 10.3.1992, S. 12.

74 *Jungfer*, StV 2007, 380 ff.

75 Zu den Grundtypen *Jungfers*, ebenda, S. 381 ff.

76 Berliner Anwaltsblatt 5/2014, 66 ff.



Konsequenz nach sich ziehen, dass sich die juristischen Intellektuellen – konkret die Akteure der Strafverteidigung – diesem System generell verweigern, oder es zumindest in Frage stellen, was eine besonders problematische Paradoxie wäre, an der allerdings auch sichtbar wird, dass es in einer kritisch-systemtheoretischen Perspektive also gar nicht hauptsächlich oder allein um die Frage gehen kann, ob man Nazis sowie Beschuldigte von Sexualstraftaten verteidigen darf.

## Ethik und Moral

Es bleibt die Frage nach Ethik und Moral in einer kritischen Systemtheorie und in der Strafverteidigung. Hierbei kann nicht daran vorbeigegangen werden, dass dieses Thema jedenfalls in kritischer Systemtheorie wohl keinen bedeutenden Stellenwert aufweist.<sup>77</sup> Daher erscheint es umso schwieriger, entsprechende Überlegungen über Ethik und Moral der Strafverteidigung anzustellen.

Deutlich zeichnet sich aber ab, dass die Frage, ob man Nazis verteidigen darf, eine solche politischer Moral ist und darüber außerhalb des Systems Strafverteidigung entschieden wird. Es ist zuvörderst eine Entscheidung, die in der Autonomie eines Akteurs der Strafverteidigung liegt, und im konkreten Fall bedeutet, dass Strafverteidigung durch diesen einen konkreten Akteur entweder abgelehnt oder übernommen wird. Die politische Moral ist hierbei zu trennen von der Ethik der Strafverteidigung – unabhängig davon, dass auch die Ethik der Strafverteidigung bisher nicht abschließend diskutiert und näher beschrieben worden ist. Versuche, diesen Zustand zu verändern,<sup>78</sup> sind zu begrüßen, soweit sie nicht den oben als Ausfluss der Autonomie von Strafverteidigung beschriebenen Grundsatz, dass Strafverteidigung alles erlaubt sein muss, was nicht durch Gesetz verboten ist, konterkarieren. Die formellen wie informellen Programme zur Annäherung an Ethik (in) der Strafverteidigung müssen sich von diesem Grundsatz leiten lassen.<sup>79</sup>

Auch die Entscheidung für oder gegen eine Verteidigung in Sexualstrafverfahren ist eine moralische Kommunikation, die die Autonomie des einzelnen Entscheiders als juristischen Intellektuellen respektiert. Die Ablehnungen derartiger Mandate stehen dabei nicht ausnahmslos in einem herrschaftskritischen Kontext. Das Argument, in derartigen Verfahren aus besonderer Ablehnung gegenüber derartigen Tatgeschehen nicht zu verteidigen – etwa aus mitunter nicht näher konkretisierbaren Gründen eigener Befangenheiten, die einer wirksamen Strafverteidigung dann im Wege stehen

– sind keinesfalls selten und werden nicht zuletzt von Strafverteidigerinnen ins Feld geführt. Überhaupt sind es oft ganz persönliche Motive, die über Annahme oder Ablehnung von Mandaten entscheiden.

Es zeigt sich, ebenso wie bei der Kommunikation über »Nazi-Mandate«, dass es kaum möglich ist, jedenfalls mit kritischer Systemtheorie kaum begründbar, einer bestimmten persönlichen oder politischen Moral dabei zum Durchbruch zu verhelfen. Das gilt besonders für jene Gründe, die Jens *Janssen* und Udo *Grönheit* bei ihrer Verneinung der Frage, ob man Nazis verteidigen darf, angeführt hatten;<sup>80</sup> dies gilt aber auch, wenn die persönliche Entscheidung zu Gunsten des Systems Strafverteidigung und »gegen« die politische Bewegung getroffen wird.

Es mag nahe liegen, dass Akteure des Systems Strafverteidigung, die in politischen Bewegungen aktiv sind, auch der politischen Ethik dieser Bewegungen folgen, und wenn sie dies nicht tun, verstoßen sie möglicherweise gegen die Ethik dieser Bewegung. Aber das ist keine Frage emanzipatorischen Rechts, betrifft nicht die moralische/ethische Rechtsautonomie des Einzelnen, sondern erscheint als ein spezifischer Ausdruck für ein besonderes Spannungsverhältnis, das zwischen kritischem Recht einerseits und politischer Moral andererseits im Einzelfall durchaus bestehen kann. Dieses Spannungsverhältnis ist nur in einem kritischen Diskurs zu klären, nicht aber durch eine bewegungsmotivierte Exklusion aus der politischen Bewegung. Aber auch die Ethik der Strafverteidigung – dies lässt sich bei aller vielfältigen Diskussion darüber wohl verallgemeinerungswürdig sagen – verlangt den Respekt vor den persönlichen Entscheidungen, die mit Mandatsannahmen oder -ablehnungen zusammenhängen, dies um so mehr, wenn derartige problematische Mandatsübernahmen durch kritische Strafverteidiger\*innen erfolgen, die sich den Satzungen der Strafverteidigervereinigungen in einem menschenrechts- und demokratieorientiertem Kontext verpflichtet fühlen.<sup>81</sup>

Freilich wird dadurch eine Auseinandersetzung mit derartigen Fragen nicht obsolet, sofern sie nicht dazu führt, dass sich jene kritischen Akteure, die derartige Mandate übernommen haben, dabei rechtfertigen müssen. Das Problem ist vielmehr vorurteilsfrei als das zu

77 Vgl. aber *Francot-Timmermanns*, in: Amstutz/Fischer-Lescano (Hg.), *Kritische Systemtheorie*, Bielefeld 2013, S. 111 ff., 114 f., 117.

78 Vgl. dazu u.a. *Fischer*, in: *Materialheft. Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz. 37. Strafverteidigertag*, 11 ff.; *Gillmeister*, in: *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2009, S. 124 ff.; *Salditt*, *StraFo* 2009, 312 ff.

79 Vgl. *Hassemer*, *StV* 1982, 377 ff.

80 *Janssen*, *freispruch* 7/2015, 13; *Grönheit*, *Berliner Anwaltsblatt* 9/2013, 299 f.

81 Beispielhaft genannt dazu sei einerseits nur die Verteidigung von Oskar Gröning durch Rechtsanwalt Hans *Holtermann*, Vorstandsmitglied der Vereinigung Niedersächsischer und Bremer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, deren langjähriger Vorsitzender Holtermann war. Der 93jährige Gröning war wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 Fällen im Konzentrations- und Vernichtungslager Auschwitz als damaliger SS-Unterscharführer angeklagt und wurde vom Landgericht Lüneburg zu einer bisher nicht rechtskräftigen vierjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Ein anderes Beispiel ist die Verteidigung des Hauptangeklagten Andreas H. in dem Prozess wegen des Vorwurfs von Taten im Zusammenhang mit der mutmaßlichen rechtsextremen terroristischen Vereinigung »Oldschool Society« vor dem Landgericht Augsburg durch Rechtsanwalt Michael *Rosenthal*, u.a. Mitglied im Strafrechtsausschuss des DAV.

diskutieren, als das es sich darstellt: Als moralischer Impuls, der in der konkreten Entscheidungssituation entweder der Ethik der Strafverteidigung folgt oder der politischen bzw. persönlichen Moral, oder falls es in dieser Konstellation besteht: sowohl der Ethik der Strafverteidigung als auch der politischen bzw. persönlichen Moral.

Einmal mehr aber erweist sich das System Strafverteidigung auch hier – abgesehen von den angedeuteten möglichen mittelbaren gesellschaftsverändernden Folgen – als begrenzt in seiner Anschlussfähigkeit an eine gesellschaftsverändernde kritische Systemtheorie, die über das System des bürgerlichen Rechtsstaates hinausweisen will.

Ulrike Müller hat auf Auffassungen in der Literatur hingewiesen, wonach anwaltliche Fähigkeiten spezifisch geeignet für die Etablierung bürgerlicher und politischer Freiheitsrechte sind.<sup>82</sup> Nach den vorstehenden Überlegungen scheint das jedenfalls für das System Strafverteidigung eine zutreffende und begrenzende Feststellung zu sein. Dieses Spezifikum des Systems Strafverteidigung bedeutet indes ganz und gar nicht, Strafverteidiger\*innen jenes entscheidende politische gesellschaftsverändernde Potential abzusprechen, das »in einer begrifflichen Übertragungsleistung« besteht.<sup>83</sup>

»Dazu gehört ein gewisses Maß an Kreativität und gleichzeitig das Anknüpfen an gegenwärtige juristische Verständnisse. [...] ‚Herrschende‘ und ‚Mindermeinungen‘ geben in unübertroffener Offenheit den aktuellen Zustand des hegemonialen Konsenses im Recht wider. [...] Die Erfahrungen, Positionen und Interessen, die in diesen Kräfteverhältnissen marginalisiert und unausgesprochen sind, können durch Anwälte\_innen artikuliert und verbreitet werden.«<sup>84</sup>

Dieses Potenzial lässt sich für kritische Strafverteidiger\*innen vor allem außerhalb des Systems Strafverteidigung entfalten, wofür es vielfältige Möglichkeiten und Beispiele gibt, insbesondere durch aktives Mitwirken in kritischen Berufsorganisationen und Veranstaltungen, durch Publikationen, rechtspolitische Stellungnahmen, kritische Lehrveranstaltungen an Universitäten, kritische Prozessbeobachtungen (auch im Ausland), wie die Strafverfahren gegen kritische Anwältinnen und Anwälte in der Türkei, hier ist das Zusammenwirken zwischen der Berliner Strafverteidiger\*innenvereinigung und dem RAV vorbildlich, aber auch in organisatorischen außerrechtlichen politischen Verbänden und Bewegungen. Strafverteidiger\*innen haben hier – nicht zuletzt auch im Verbund mit »außerstrafrechtlichen« Berufskolleg\*innen – die Chance, sich in kritischen politisch-rechtlichen Netzwerken an den gesellschaftsverändernden, widerständigen Prozessen in einem auf

Hegemonie abzielenden Diskurs wirkungsvoll zu beteiligen. Gerade auch hierin liegt das von Holtfort ebenso präferierte außerverfahrensrechtlich zu nutzende Potenzial der »sozialen Gegenmacht«. Mehr noch: Die mittels Strafverteidigung anzustrebende »soziale Gegenmacht« wurde in der damaligen gesellschaftspolitischen Auseinandersetzung der 70er Jahre als ein auf die »Systemüberwindung« ausgerichtetes Ziel von Strafverteidigung offenbar entgegen besseren Wissens – etwa durch Werner Beulke –<sup>85</sup> missverstanden. Denn der Strafverteidigung ist es in der Logik ihres eigenen Systems in wesentlich begrenzterem Umfang überhaupt nur möglich, über die ihr zukommende gesellschaftsgestaltende Rolle der »Verteidigung der Verteidigung« hinausgehend in die politischen und rechtlichen Kämpfe unserer Zeit wirksam einzugreifen.<sup>86</sup>

»Sozialismus oder Barbarei«, diese Alternative von Rosa Luxemburg, die Werner Holtfort bei ihr entlehnt hat, beschreibt die Gefährdungen unserer Welt in leider zutreffender Weise, die heute aktueller denn je ist. »Wir können noch umkehren«, schrieb Holtfort vor fast 30 Jahren, »wenn wir alle moralischen und intellektuellen Kräfte anspannen und Gemeinsinn an Stelle des Eigennutzes, Solidarität an Stelle des Wolfsverhaltens setzen. Nicht, was den Kapitalinteressen, sondern was der sozialen Gemeinschaft nutzt, darauf kommt es an. Bürgerliche Freiheiten müssen mit sozialer Verantwortung verbunden, Demokratie und Sozialismus unauflöslich miteinander verbunden werden.«<sup>87</sup>

Auch Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger können dazu einen wirkungsvollen Beitrag leisten, der insoweit vor allem außerhalb des Systems Strafverteidigung liegt.

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Jörg Arnold ist Forschungsgruppenleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau.*

*Er ist Mitglied im Vorstand des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins e.V. sowie Mitglied der Vereinigung Baden-Württembergischer Strafverteidiger e.V.*

85 Vgl. die Nachweise bei Arnold, in: KJ (Hrsg.), Streitbare Juristinnen, Bd. 2, Baden-Baden 2016, S. 219 ff., 228 ff.

86 Zu diesen Kämpfen siehe u.a. Arnold, in: Gropp u.a. (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio. Gießener Gedächtnisschrift für Günther Heine, Tübingen 2016, S. 13 ff.

87 Ebenda, S. 19.

82 Müller, KJ 2014, 451.

83 Ebenda, 452.

84 Ebenda.