

Wahrnehmungsverzerrungen im Strafprozess – die Beweisprüfung im Zwischenverfahren der StPO und US-amerikanische Alternativen

Von Carsten Momsen und Sarah Lisa Washington*

I. Status quo des deutschen Zwischenverfahrens

Die Effektivität des in den §§ 199 bis 211 StPO abschließend geregelten Zwischenverfahrens wird mit guten Gründen in Zweifel gezogen.¹ Derartige Zweifel können allerdings nur entstehen und bewertet werden, wenn man sich zuvor darüber im Klaren ist, was überhaupt der Sinn bzw. die Funktion eines Zwischenverfahrens sein kann – so wie es geregelt ist – oder sein *sollte* – so wie es geregelt werden *könnte*.

Das Gesetz sagt nicht sehr viel zur Funktion dieses Verfahrensabschnitts.² In § 202 StPO wird angedeutet, dass es zumindest auch darum geht, zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft qualitativ und quantitativ ausreichende bzw. überzeugende Beweise erhoben hat und anbietet, um das Gericht davon zu überzeugen, dass die Anklage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Verurteilung des Angeklagten führen wird. Wann und unter welchen Voraussetzungen Beweise in der Hauptver-

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin und nebenberuflich als Strafverteidiger tätig. Sarah Lisa Washington, LL.M. (Columbia), Attorney at Law (N.Y.), ist an der Freien Universität Berlin beurlaubt und arbeitet als Public Defender bei „The Bronx Defenders“ in New York.

¹ Schünemann, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlusseffekt, StV 2000, 159; ders., Perseverance in Courtroom Decisions, in: Wegner/Lösel/Haisch, Criminal Behavior and the Justice System. Psychological Perspectives, 1989, S. 181 ff.; Gössel, in: Gössel/Kaufmann, Strafverfahren im Rechtsstaat, FS Kleinknecht, 1985, S. 131 ff.; LR-StPO/Stuckenberg, 26. Aufl. 2008, Vor § 198 Rn. 15 ff.; mit Blick auf die Ressourcen alternativlos Meyer-Göfner/Schmitt, 60. Aufl. 2017, Vor § 198 Rn. 1; relativ unkritisch SSW-StPO/Rosenau, 3. Aufl. 2018, § 198 Rn. 3; umfassend u. a. die Arbeiten von Ernst, Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1986; Heghmanns, Das Zwischenverfahren im Strafprozeß, 1991; Hofer, Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens unter Berücksichtigung der englischen sowie internationalen Entwicklungen, 2005; jüngst Bockemühl, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, Der Schrei nach Strafe. 41. Strafverteidigertag in Bremen, 2017, S. 97 (105 ff.).

² Vgl. zu historischer Perspektive, Kritik und bisherigen Reformvorschlägen LR-StPO/Stuckenberg (Fn. 1), Vor § 198 Rn. 15 ff.

handlung vom Gericht als überzeugend bewertet werden können und dürfen, ist Gegenstand eines Standardwerks von Ulrich Eisenberg.³ Hier allerdings geht es um eine vorgelagerte Prüfung, die gleichwohl einen ähnlichen Gegenstand hat. Etwas offener würde es ein amerikanischer Kollege wohl formulieren und sagen, es gehe darum, das Gericht davon zu überzeugen, dass die Anklage das Potenzial hat, ein erfolgreiches Unternehmen zu werden.⁴ Mögliche Defizite benennt *Eisenberg* gleich zu Beginn seines Standardwerks:

„Allerdings ist unstreitig, dass in der Praxis zu einem zumindest nicht vernachlässigungsfähigen Anteil der Verfahren auf Grund (partiell oder gänzlich) falscher Tatsachenfeststellungen beschuldigt bzw. angeklagt und auch verurteilt wird. Hierzu trägt mitunter auch die mediale Begleitung der Strafverfahren bei, ggfs. gar unter Verletzung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Hierfür mögen entgegen § 160 Abs. 2 u. a. verfrühte Festlegungen im Ermittlungsverfahren und eine (ggfs. u. a. von der Sorge um Reputationsverlust veranlasste) institutionelle Tendenz relevant sein, auf dem Bestehen des jeweils von Gesetzes wegen erforderlichen Verdachts zu beharren. Das Bekanntwerden des Ausmaßes solcher Versäumnisse hängt nicht selten davon ab, ob es der Verteidigung möglich ist, im Rahmen eigener Ermittlungen ihrerseits Aufklärung zu betreiben und Beweise herbeizuschaffen.“⁵

Daher sei, so *Eisenberg*,

„bei sämtlichen hier erwähnten Vorbereitungen, insbesondere bei dem Durcharbeiten der Ermittlungsakten, [...] Voreingenommenheit wie Vorurteilsbildung zu wehren, da sie zu Wahrnehmungsverzerrungen bis hin zu Fehlern in den Vernehmungsprotokollen führen können [...]. Ein methodischer Grundfehler wäre es daher, die Vernehmungsführung (einschließlich der eingesetzten Verfahrens- und Interpretationsweisen) auf die Erhärtung dieses Verdachts auszurichten.“⁶

Dass gerade aus dem Ermittlungsverfahren schon Vorfestlegungen resultieren, die über das Zwischenverfahren kaum gefiltert in die Hauptverhandlung transferiert werden können, mahnt *Eisenberg* ebenfalls an: „Im Einzelnen hat die StA u. a. auf Anzeichen verfrühter Prägnanz in den Ermittlungen zu achten. Von Amts wegen muss sie prüfen, ob die Möglichkeit alternativer Geschehensabläufe hinreichend berücksichtigt wurde und ob ggf. entlastende Umstände ignoriert oder ihnen nicht hinreichend nachgegangen wurde.“⁷ In allen Verfahrensstadien sei daher der Gefahr zu begegnen, dass aus einem Verdacht eine „sich selbst erfüllende“ Prognose wird.⁸

³ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017.

⁴ Vgl. bspw. *Allen/Stuntz/Hoffmann/Livingston/Leipold/Meares*, Criminal Procedure: Investigation and Right to Counsel, 3. Aufl. 2016, S. 1049.

⁵ *Eisenberg* (Fn. 3), Rn. 2.

⁶ *Eisenberg* (Fn. 3), Rn. 537.

⁷ *Eisenberg* (Fn. 3), Rn. 741a.

⁸ *Schmitz*, Tatgeschehen, Zeugen und Polizei, 1978, S. 208 ff; dazu *Eisenberg* (Fn. 3), Rn. 537 f.

II. Anklageerhebung und Zwischenverfahren – Vertrieb und Verkauf eines Produkts?

Der Blick auf die funktional vergleichbaren Verfahrensstrukturen und Institutionen im amerikanischen Verfahren (Vergleich unter III., VI. 2.) kann in vielerlei Hinsicht weiterhelfen.⁹ Doch sucht man zunächst weiter im deutschen Recht nach Sinn und Funktion, so sieht man, das Zwischenverfahren ist wie ein Spiegel, in dem sich das Gericht am Morgen des Hauptverfahrens zu allererst einmal selbst sieht. Denn es ist ja das Gericht der Hauptsache, das hier geradezu wie ein potentieller Kunde schaut, ob es von dem mit der Anklage angebotenen Produkt der Staatsanwaltschaft überzeugt ist. Dieses Produkt hat einen genau definierten Zweck: Es muss eine Verurteilung und Bestrafung eines bis dato dem Gericht unbekannten Menschen versprechen. Das Produkt ist überzeugend, wenn die Gegenleistung des Gerichts – die Arbeit einer Hauptverhandlung zu verrichten – den versprochenen Lohn – die Verurteilung – mit hoher Sicherheit erwarten lässt. Wie jeder potentielle Kunde darf auch das Gericht das Produkt im Regal lassen, wenn es minderwertig erscheint. Das Gericht darf aber auch sein grundsätzliches Interesse formulieren für den Fall, dass die Staatsanwaltschaft ihr Angebot nachbessert (§ 202 StPO).

Die dem Strafrecht traditionell eher fremde Perspektive eines Kaufvertrags ist zugegebenermaßen mit einigen Unschärfen belastet, aber sie kann verschiedene Dinge dennoch deutlicher hervortreten lassen: Zum einen zeigt sich, wer eigentlich am Zwischenverfahren gleichsam als Vertragspartei beteiligt ist, das Gericht und die Staatsanwaltschaft, sowie dass hier ausschließlich die Interessen dieser beiden „Vertragsparteien“ eine Rolle spielen. Wechseln wir kurz zurück in die strafprozessuale Perspektive, so ist diese dafür geschärft, dass die Beteiligten mit einer klaren Zielvorstellung in das Zwischenverfahren gehen. Wird dem Gericht, gleichsam ein Stammkunde der Staatsanwaltschaft, eine Anklage angeboten, so ist damit die Annahme verbunden, dass es eben etwas anzuklagen gibt. Das ist, vorsichtig gesprochen, banal. Aber nur rechtlich, nicht psychologisch. Denn es entsteht natürlich durch die Anklageerhebung eine Erwartungshaltung. Diese Erwartungshaltung prägt die Prüfung des Angebots. Ein erster, ganz wesentlicher Schritt für die Entstehung von kognitiven Dissonanzen¹⁰ – und um genau deren Vermeidung wird es nachfolgend gehen.

Zum anderen kann auch die Staatsanwaltschaft gar nicht anders, als in die Rolle eines Verkäufers zu schlüpfen. Damit – und darum geht es – hat die Staatsanwaltschaft zum Zeitpunkt der Anklageerhebung bereits ihre Neutralität aufgegeben. An dieser Stelle, spätestens, erfolgt eine psychologische Festlegung darauf, dass der Erfolg nur eine Verurteilung sein kann. In der Regel wird diese Festlegung aller-

⁹ Grundlegend *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (285); vgl. auch LR-StPO/*Stuckenberg* (Fn. 1), Vor § 198 Rn. 20.

¹⁰ BeckOK-StPO/*Eschelbach*, 29. Aufl. 2018, § 261, Rn. 3.1 ff.; *Bockemühl* (Fn. 1), S. 97 (105) diagnostiziert „Voreingenommenheit im System“.

dings deutlich früher erfolgen, wenn nämlich die Konstruktion tragfähig erscheint, also die zentralen Beweise gesammelt sind.¹¹

Festzuhalten ist, dass das Gericht es im Zwischenverfahren nicht mehr mit einer neutralen Staatsanwaltschaft zu tun hat, sondern strukturell mit einer verurteilungsorientierten interessegeleiteten Partei.

Das Gericht seinerseits befindet sich in einer eigentümlichen Lage. Zwar soll es eine Qualitätskontrolle durchführen, müsste also objektiv Bedarf für und Qualität der Anklage prüfen. Doch ihm selbst ist schon der unmittelbare Blick auf den Angeschuldigten und die vorgeworfene Tat verwehrt, so dass es sich damit begnügen muss, durch die eben nicht objektive Verkäuferbrille der Staatsanwaltschaft zu schauen und den Bedarf abzuschätzen. Zwar ist aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abzuleiten, dass der Angeschuldigte ein nicht formalisiertes Recht auf eine gelegentlich sog. „Schutzschrift“, also eine Stellungnahme hat, diese muss jedoch nicht beschieden oder nach formalisierten Standards überprüft werden.

Damit gerät auch das Gericht unweigerlich in eine Erwartungshaltung, die hier die Gefahr von späteren Wahrnehmungsverzerrungen schafft.¹² Denn das Gericht hat erst einmal einen Bedarf formuliert. An dieser Stelle offenbart sich sodann die zentrale Problematik, wie sie gleich im ersten Satz des § 199 StPO erscheint: „Das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht entscheidet [...]“. Es findet keine *unabhängige* Prüfung des Produkts vor seiner Verwendung statt.

III. Kognitive Dissonanzen als systemimmanentes Phänomen

Kehren wir nun endgültig in die strafprozessuale Perspektive zurück. Wie ist der Umstand zu bewerten, dass es das Gericht der Hauptsache ist, welches zugleich über die Schlüssigkeit der Anklage im Zwischenverfahren befindet?

Die Problematik der *personalen Identität* ist bekannt.¹³ Primär wird sie allerdings unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache diskutiert, häufig unter der Fragestellung der sog. „kognitiven Dissonanz“¹⁴ und der damit zusammenhängenden „Perseveranz-“¹⁵ und „Inertia“-Effekte¹⁶, die den Kern des Pro-

¹¹ Vgl. auch Schünemann StV 2000, 159 ff.

¹² LR-StPO/Stuckenberg (Fn. 1), Vor § 198 Rn. 20.

¹³ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), Vor § 261.

¹⁴ „Kognitive Dissonanz“ ist ein Begriff der psychologischen Theorie über die Verarbeitung relevanter Informationen nach einer Entscheidung, http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body_kognitive_dissonanz.html, zuletzt abgerufen am 10.12.2017.

¹⁵ Der Perseveranz-Effekt beschreibt die Erkenntnis, dass ursprüngliche Eindrücke über ein Ereignis oder eine Person den Beobachter für die Zukunft und bei späteren Beobachtungen und Wertungen so nachhaltig prägen bzw. beeinflussen, dass später hinzukommende Informationen nur mit Mühe die entwickelte Meinung verändern.

blems ausmachen.¹⁷ Daneben ist jedoch auch die Funktion des Zwischenverfahrens im Blick zu behalten, welche nicht nur aufgrund der fehlenden Unabhängigkeit des Gerichts der Hauptsache von dem Gericht des Zwischenverfahrens weitgehend verfehlt wird. Als besonderes funktionales Defizit erweist sich drittens die fehlende Unabhängigkeit des Gerichts des Zwischenverfahrens von der *Staatsanwaltschaft*, soweit es die Grundlage der Prüfung betrifft. Während in Richtung Hauptverfahren die persönliche Unabhängigkeit fehlt, fehlt aus Richtung des Zwischenverfahrens die *sachliche Objektivität*. Dazu gehört, dass das Gericht im Zwischenverfahren keinen unmittelbaren Eindruck von der Beweisgrundlage, noch nicht einmal vom Beschuldigten, vor Augen hat. Überprüft wird also *lediglich* die Schlüssigkeit der Einschätzung der Staatsanwaltschaft *allein* auf der Grundlage des staatsanwaltschaftlichen *Narrativs* von der Überzeugungskraft ihrer eigenen Beweiserhebung und -würdigung. Viertens ist der oben skizzierte Verlust der *Neutralität* der Prüfungsperspektive der Staatsanwaltschaft in einem nur individuell zu bestimmenden Zeitpunkt *vor* Anklageerhebung zu berücksichtigen.

Diesen vier Fragestellungen werden wir im Folgenden (VI. 1. bis 3. und VII.) nachgehen, in der Reihenfolge, in der sie einerseits im Verfahren auftreten und sich andererseits gegenseitig verstärken. Dabei werden auch die strukturellen Verschiebungen, welche das deutsche Verfahrensrecht in den letzten Jahren prägen – Bedeutungsgewinn des Ermittlungsverfahrens und Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung sowie sich erweiternde Optionen für informell-konsensuale Erledigungen im Ermittlungsverfahren – einzubeziehen sein.¹⁸ Denn diese Entwicklung führt zu einer stärkeren Position der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren im Verhältnis zur Stellung des Gerichts im Hauptverfahren. Man findet hier unverkennbar Elemente, die sich häufig in adversatorischen Verfahren finden. Als mögliche Alternative wird daher der vergleichbare Verfahrensabschnitt im amerikanischen Strafverfahren, die „klassische“ Grand Jury und deren funktionale Äquivalente – in New York wäre dies beispielsweise die sogenannte *Conversion* – untersucht.¹⁹

¹⁶ Inertia-Effekt = Trägheitseffekt: Einmal getroffene Entscheidungen bleiben gegen widersprechende Informationen immun (Einstellung). Der Wert von Informationen, die der präferierten Alternative oder Hypothese entsprechen, wird überschätzt, der Wert entgegen gerichteter Informationen unterschätzt, <http://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/inertia-effekt/7116>, zuletzt abgerufen am 10.12.2017.

¹⁷ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261.

¹⁸ Der Umstand, dass nach § 202a StPO auch eine „Erörterung des Verfahrensstands“ im Zwischenverfahren selbst möglich ist, hat relativ geringe Auswirkungen im Hinblick auf Absprachen, vgl. MüKo-StPO/Wenske, 1. Aufl. 2016, § 199 Rn. 4.

¹⁹ Jeder US-Bundesstaat hat eine eigene Strafprozessordnung. Wenn hier vom US-Recht die Rede ist, ist damit – sofern nicht anders erwähnt – grundsätzlich das Recht des Bundes (Federal Law) gemeint.

IV. Beweisprognosen nach Aktenlage

Nach § 203 StPO hat das Eröffnungsgericht zu überprüfen, ob „nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint“.

Es geht also um die „Prognose, ob ein hinreichender Tatverdacht nach Aktenlage besteht“²⁰. Ein solcher „hinreichender Tatverdacht“ verlangt eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 170 Abs. 1 StPO). Diese ergibt sich aus rechtlichen, vor allem aber aus tatsächlichen Erwägungen auf Basis der von der Staatsanwaltschaft zusammengetragenen – belastenden – Beweise. Diese allerdings lernt das Gericht nur *mittelbar* aus der von der Staatsanwaltschaft gefertigten Anklageschrift und den mitübersandten Akten kennen.

Damit, so ist zu lesen, diene das Zwischenverfahren gleichsam als „Filter dafür, dass nicht über jede angeklagte Tat zwingend nach Durchführung einer Hauptverhandlung entschieden wird. Diese Kontrolle schützt in erster Linie den Angeschuldigten vor überschießenden oder ungerechtfertigten Anklagen“²¹. Es sei „anhand der mit Anklageerhebung vorgelegten Verfahrensakten *eigenständig* [Hervorh. d. Verf.] zu prüfen, ob die als solche bezeichneten Angeschuldigten der angeklagten Taten hinreichend verdächtig sind“²². Es finde, so ist gar zu lesen, „einmal mehr das die Strafprozessordnung durchziehende rechtsstaatstypische Prinzip von ‚checks and balances‘ an einer wichtigen Nahtstelle des Strafverfahrens Bestätigung“²³.

Nur angedeutet wird in den meisten Ausführungen zum Zwischenverfahren, auf welche Weise bzw. anhand welcher Kriterien die Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Arbeit zu erfolgen hat. Der „hinreichende Tatverdacht“ stellt insoweit lediglich die Messlatte dar. Natürlich geht es auch um die rechtliche Würdigung der rechtlichen Ausführungen der Staatsanwaltschaft. An diesem Punkt kann die Verteidigung mit ihren Argumenten theoretisch im Rahmen einer nicht formalisierten sog. „Schutzschrift“ durchdringen. Diese ist zwar Ausdruck rechtlichen Gehörs, verlangt jedoch keine Reaktion seitens des Eröffnungsgerichts.

Damit wird die Beweisprognose zum eigentlich interessanten Teil des Zwischenverfahrens. Tatsächlich kann es nur darum gehen, ob in ausreichendem Umfang belastende Beweise erhoben wurden, ob mögliche entlastende Beweise mit der erforderlichen Gründlichkeit über die gesamte Dauer des Ermittlungsverfahrens gesucht und überprüft wurden, ob ggf. eine Abwägung unvereinbarer Beweisergebnisse stattgefunden hat, ob die belastenden Beweise nach aktuellem Kenntnisstand verwertbar

²⁰ Bockemühl (Fn. 1), S. 97 (105).

²¹ MüKo-StPO/Wenske (Fn. 18), § 199 Rn. 4; so auch LR-StPO/Stuckenberg (Fn. 1), Vor § 198 Rn. 12.

²² So etwa BeckOK-StPO/Ritscher (Fn. 10), § 199, Rn. 4; OLG Nürnberg NStZ-RR 2011, 251 f.

²³ KK-StPO/Schneider, 7. Aufl. 2013, § 199 Rn. 1; kritischer SSW-StPO/Rosenau (Fn. 1), § 199 Rn. 1 ff.

sind und schließlich, ob die Würdigung der belastenden Beweise eine Verurteilung hinreichend wahrscheinlich erscheinen lässt.

V. Empirische Daten

Statistisch²⁴ ergibt sich ein relativ stabiler Wert von ungefähr 90 bis 95 % nicht freigesprochener Beschuldigter. Ein vergleichbares Bild ergibt sich für die zugelassenen Anklagen, hier mit etwas geringeren Werten von ca. 88 % positiver Prognose durch das Eröffnungsgericht.²⁵ Die auf den ersten Blick unstimme höhere Verurteilungsquote dürfte sich u. a. damit erklären lassen, dass Anklagen mit mehreren Beschuldigten noch häufiger zugelassen werden als solche mit einem bzw. nur wenigen Beschuldigten.

Die von Bockemühl und Schünemann ermittelten Zahlen zeigen eindeutig, dass vom Zwischenverfahren statistisch kaum Filterwirkung ausgeht. Die Zahl der Fälle, in denen sich das Eröffnungsgericht im Zwischenverfahren nicht der Auffassung der Staatsanwaltschaft anschließt, bleibt unter 10 %. Blickt man auf das Verhältnis von angeklagten und verurteilten Beschuldigten, so erweist sich dasselbe: Die Hauptverhandlungsgerichte weichen nur in Ausnahmefällen von der Eröffnungsprognose ab, welche wie gezeigt im Wesentlichen der staatsanwaltschaftlichen Einschätzung im Ermittlungsverfahren entspricht.²⁶ Die aktuellsten Werte finden sich in der Rechtspflegestatistik. Hier ergeben sich inklusive der Strafbefehle, deren Werte infolge des Einspruchsverfahrens einen gewissen Verzerrungseffekt herbeiführen, immer noch über 80 % Verurteilte von allen Abgeurteilten.²⁷ Das bedeutet, dass sich der durch die Anklage vorgegebene Entscheidungstrend in der Hauptverhandlung fortsetzt. Allerdings geht vom Hauptverfahren eine etwas stärkere Filterwirkung aus als vom Zwischenverfahren. Diese lässt sich damit erklären, dass das Gericht anders als im Zwischenverfahren hier eigene Beweiserhebungen vornimmt.

Objektiv gehen dementsprechend weder vom Zwischenverfahren noch von der Hauptverhandlung entscheidende Wertungsimpulse aus. Ob dieser Befund einerseits die oben dargestellten Hypothesen stützt und ob dies zugleich auf einen Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung hindeutet, wird nachfolgend aus verschiedenen Perspektiven untersucht.

²⁴ Bockemühl (Fn. 1), S. 97 (107).

²⁵ Vgl. auch Schünemann, StV 2000, 159 ff., SSW-StPO/Rosenau (Fn. 1), § 199 Rn. 3.

²⁶ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261 Rn. 3.1 ff.; Eschelbach, in: Fischer/Hoven, Verdacht, 2016, S. 29 (34); Isfen, ZStW 125 (2013), 325 f.

²⁷ Für 2016 ergeben sich bspw. von 900 615 Abgeurteilten 737 873 Verurteilte; <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Rechtspflege/Tabellen/AbgeurteilteVerurteilte.html>, zuletzt abgerufen am 30.5.2018.

VI. Strukturelle Analyse

Erledigen die Staatsanwaltschaften ihre Arbeit zu nahezu 100 % fehlerfrei und sind sie bei der Anklageerhebung von sich aus bereits so zurückhaltend, dass fast nur „sichere Fälle“ zur Anklage gelangen und gibt es daher aus richterlicher Sicht nur in seltenen Ausnahmefällen Anlass zu Korrekturen? Oder werden alle zweifelhaften Fälle von vornherein der gerichtlichen Prüfung entzogen und einer einverständlichen Lösung bereits im Ermittlungsverfahren zugeführt, bei der keine oder keine substantielle Prüfung durch ein Gericht erforderlich ist?

Die beiden vorgenannten Thesen formulieren alternative, ebenfalls naheliegende Deutungsmuster zur Interpretation der Zahlen. Sie werden im Weiteren gewissermaßen als Antithesen dienen. Zu berücksichtigen ist der in beiden Varianten sehr unterschiedliche Ansatz. Antithese 1 spricht für die Funktionsfähigkeit und Effizienz des derzeitigen Systems. Antithese 2 indiziert dagegen ein massives Systemversagen, da sich die Strafverfolgungspraxis offensichtlich von den gesetzlichen Vorgaben entfernt und nach Umgehungsstrategien sucht. Antithese 2 stellt zudem keine echte Antithese dar, sie wäre mit den nachfolgenden Hypothesen zumindest teilweise vereinbar.

1. Mangelnde Unabhängigkeit des Gerichts von der Staatsanwaltschaft

Oben wurde die These aufgestellt, dass die fehlende Unabhängigkeit des Gerichts des Zwischenverfahrens von der Staatsanwaltschaft ein funktionales Defizit darstellt, soweit es die Grundlage der Prüfung betrifft. Während in Richtung Hauptverfahren die persönliche Unabhängigkeit fehlt, fehlt aus Richtung des Zwischenverfahrens die sachliche Objektivität. Dazu gehört, dass das Gericht im Zwischenverfahren keinen unmittelbaren Eindruck von der Beweisgrundlage, noch nicht einmal vom Beschuldigten, hat. Überprüft wird also lediglich die Schlüssigkeit der Einschätzung der Staatsanwaltschaft allein auf der Grundlage des staatsanwaltschaftlichen Narrativs von der Überzeugungskraft ihrer eigenen Beweiserhebung und -würdigung.

Schon Max Alsberg sprach davon, dass der Richter im Zwischenverfahren von der Staatsanwaltschaft „präpariert“ sei, durch „die Akten, welche den Firmenstempel der Staatsanwaltschaft tragen“²⁸:

„Man hat den Richter, in dessen Hände man die unvoreingenommene, lediglich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfende Entscheidung legen wollte, zugleich zu dem machtvollsten Organ der Überführung des Angeklagten gemacht. Und zwar dadurch, dass man ihm die Leitung der Hauptverhandlung übertragen hat. Präpariert durch die Akten, die von der Staatsanwaltschaft geschaffen sind und ihren Firmenstempel tragen, tritt er dem Angeklagten gegenüber, um [...] den Angeklagten einzukreisen.“²⁹

²⁸ Alsberg, Das Weltbild des Strafrichters, 1930, in: Taschke, Max Alsberg, 2. Aufl. 2013, S. 565 (575); vgl. Bockemühl (Fn. 1), S. 91 (106).

²⁹ Bockemühl (Fn. 1), S. 91 (106).

Nun wäre es wohlfeil, die Realität der Weimarer Strafverfolgung und Rechtsprechung unkritisch auf die Gegenwart zu übertragen. Gleichwohl trifft Alsbergs Diagnose im Prinzip weiterhin zu. Aber spricht nicht auch etwas dafür, das Hauptverhandlungsgericht selbst über die Eröffnung entscheiden zu lassen? So könnte man davon ausgehen, dass ein Gericht im Hinblick auf die Güte der Anklage besonders kritisch wäre, wenn es diese als Grundlage der eigenen späteren Arbeit betrifft. Würde das Eröffnungsgericht die Folgen der eigenen Entscheidung nicht erfahren, so könnte es die Anklage ggf. oberflächlicher beurteilen.

Diese These ist jedoch wenig überzeugend. Denn der Konnex zur eigenen Befassung in der Hauptverhandlung führt nicht zu einer per se gründlicheren Prüfung im Zwischenverfahren. Die Güte dieser Bewertung des hinreichenden Verdachts wird vielmehr durch die schmale Untersuchungsbasis beschränkt. Das Eröffnungsgericht hat eben nichts anderes als die Anklage nebst Anlagen. Selbst wenn die Verteidigung in der Lage sein sollte, eine substantiierte Stellungnahme im Zwischenverfahren abzugeben, bleibt das Prüfungsprogramm durch die Anklage bestimmt. Im Hinblick auf die Tatsachengrundlage und damit die Beweisgrundlage der Anklage verfügt das Eröffnungsgericht nur über aus der Anklage selbst abgeleitete Kontrollmöglichkeiten. Zwar kann eine Prüfung an dieser Stelle Inkohärenzen oder Widersprüche der Anklage *selbst* aufdecken, aber kaum einmal Widersprüche der Anklage zu der durch die Beweise gespiegelten Realität.

Eschelbach, einer der entschiedensten Kritiker der Verfahrenskonstruktion, die bis in die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO hineinwirkt, beschreibt die Situation wie folgt:

„Stattdessen sind bei allen der Verdachtsannahme widerstrebenden Aspekten erhebliche Dissonanzreduktionen festzustellen. Weil die schon in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluss, ggf. aber auch bei weiteren Zwischenentscheidungen favorisierte Verdachtshypothese als vorzugswürdig empfunden wird, werden die Informationen, die mit der Verdachtshypothese unvereinbar sind, tendenziell unterbewertet, ignoriert oder umgangen. Wo dies nicht gelingt, werden Informationen, die den Verdacht bestätigen, überbewertet und überbetont. Je mehr dem Angeklagten nachteilige Zwischenentscheidungen aufgrund der Verdachtshypothese ergangen sind und je schwerer die hierdurch entstehenden Belastungen werden, etwa bei lange andauernder Untersuchungshaft oder Vermögensbeschlagnahme, desto mehr wirkt ein Rechtfertigungsdruck auf die Entscheidungsträger ein. Eingriffsakte und beschwerende Entscheidungen werden tendenziell iSd. Lehre von der kognitiven Dissonanz im Übermaß als richtig angesehen, schon weil die Annahme einer zu Unrecht erfolgten Beschränkung von Grundrechten für den verantwortlichen Entscheidungsträger unangenehm und unattraktiv wirkt. Dissonanzreduktionen werden mit steigendem Belastungsgewicht der hoheitlichen Eingriffe in Freiheit, Eigentum oder Persönlichkeitsrechte von Beschuldigten im Lauf des Verfahrens nur umso attraktiver und deshalb intensiver praktiziert.“³⁰

³⁰ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261, Rn. 3.2.; mit Verweis auf: Eschelbach (Fn. 26), S. 29 (32); Raske, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012, S. 25 ff.

Welche anderen Modelle sind vorstellbar? Das Eröffnungsgericht könnte die in der Anklage in Bezug genommenen Beweise selbst evaluieren. Der Vorteil läge in einer wesentlich nachhaltigeren Prüfung der Anklage. Der Nachteil bestünde ganz offensichtlich darin, dass ein solches Zwischenverfahren eine weitgehende Vorwegnahme der Hauptverhandlung wäre und diese weitgehend obsolet werden ließe. Das Problem der kognitiven Dissonanz würde in Bezug auf eine spätere Hauptverhandlung allerdings nicht entscheidend beeinflusst. Alternativ könnte die Identität zwischen Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht aufgebrochen werden. Damit allein verbreitert sich zwar nicht die Basis der Bewertung des von der Anklage angenommenen hinreichenden Tatverdachts im Zwischenverfahren, aber die Erwägungen des Zwischenverfahrens würden nicht unmittelbar in das Hauptverfahren importiert werden. Denkbar wäre auch, ein lediglich über die Eröffnung entscheidendes Gericht mit erweiterten Prüfungskompetenzen auszustatten, jedenfalls aber die Beteiligungsmöglichkeit der Verteidigung auszubauen. Damit würde sich die Funktion des Zwischenverfahrens eventuell verändern (s. u. 4.).

2. Die Grand Jury – Trennung von Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht

Ein der zweiten Option (Aufbrechen der Identität zwischen Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht) entsprechendes Modell kennt das amerikanische Zwischenverfahren in Form der Grand Jury. Das Recht auf *Screening*³¹ durch die Grand Jury ist in den USA verfassungsrechtlich durch den Fünften Zusatzartikel geschützt. Die Grand Jury besteht aus 16 bis 23 Laienrichtern. Es ist Aufgabe der Grand Jury, die von der Staatsanwaltschaft präsentierten Beweise zu bewerten und im Ergebnis die von der Staatsanwaltschaft behaupteten Vorwürfe zu bestätigen oder alternativ die Anklage zu vereiteln. Insofern ist die Grand Jury – zumindest in der Theorie – zugleich Schutzschild gegen staatlichen Machtmissbrauch und Schwert in den Händen der Staatsanwaltschaft. Der Beweisstandard, auf dem die Entscheidung der Grand Jury beruht, ist *Probable Cause*. Anders als in der Hauptverhandlung muss die Jury also nicht von der Schuld des Angeklagten „über vernünftige Zweifel hinaus“ (*Reasonable Doubt*) überzeugt sein. Es genügt, dass die Jury die Begehung der Tat für *wahrscheinlich* hält. Bejaht die Grand Jury den *Probable Cause*, so kann die Staatsanwaltschaft die Anklage formell vor Gericht einleiten. Lehnt die Grand Jury die Vorwürfe ab, so ist der Staatsanwaltschaft die Einleitung der Anklage verwehrt. Es liegt eine sog. *No-True-Bill-Situation* vor. Der Supreme Court befasste sich 1920 mit der Frage, ob die Staatsanwaltschaft den *selben* Fall einer neuen Grand Jury präsentieren kann, wenn die erste Grand Jury die Anklage verwehrt – also eine *No-True-Bill-Situation* vorlag. Der Supreme Court kam hier zu dem Schluss, dass eine erneute Überprüfung verfassungsrechtlich zulässig sei.³² Dies ist ein entscheidender

³¹ Der englische Begriff „Screening“ beschreibt in diesem Kontext die Untersuchung und Bewertung der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung durch die Grand Jury.

³² United States v. Thompson, 251 U.S. 407 (1920).

Vorteil für die Staatsanwaltschaft und schwächt die Schutzfunktion der Grand Jury für den Angeklagten erheblich.

Die Schutzfunktion der Grand Jury – als Schild gegen staatlichen Machtmissbrauch – ist jedoch aus Verteidigerperspektive auch aus anderen Gründen unbefriedigend. Erstens: Das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf eine Untersuchung durch die Grand Jury vor Anklageerhebung gilt nur für die *Bundesebene*. Der Fünfte Zusatzartikel findet – anders als der Großteil der Bill of Rights – auf die einzelnen Staaten weder direkte noch indirekte Anwendung durch den Vierzehnten Zusatzartikel zur Verfassung.³³ Zahlreiche Bundesstaaten haben die Grand Jury jedoch – auch wenn dies verfassungsrechtlich nicht geboten ist – zumindest zum Teil in ihre Prozessordnung integriert.³⁴ Weiterhin beschränkend wirkt die Begrenzung des Fünften Zusatzartikels auf schwere Delikte. Das Recht auf eine Grand-Jury-Untersuchung findet nur auf sogenannte *Felony Charges* Anwendung, also auf Strafanklagen, die sich auf Delikte beziehen, die mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bestraft werden. *Verbrechen* sind die deutsche Entsprechung zu *Felonies*. Für alle anderen Fälle – *Misdemeanors* (*Vergehen*) – finden sich zum Teil besondere Regelungen in den Rechtsordnungen der einzelnen Bundesstaaten. Verpflichtend sind solche Regelungen jedoch nicht.

Als Beispiele für Grand-Jury-Äquivalente sollen hier die Bundesstaaten New York und Florida dienen, die sehr unterschiedliche, aber verfassungsrechtlich zulässige Regelungen haben. In New York müssen *Misdemeanor Complaints* – Anklagen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich Vergehen – mittels *Conversion* in eine *Information* (Anklageinstrument) umgewandelt werden.³⁵ Complaints stellen kein gültiges Anklageinstrument dar. Beschuldigte haben das Recht, auf Grundlage einer *Information* strafrechtlich verfolgt zu werden. Auf dieses Recht kann gem. CPL 170.65 (3) verzichtet werden (*Waiver*). Eine Verurteilung ohne *Information* ist rechtswidrig, sofern kein Verzicht vorliegt. Eine ordnungsgemäße *Conversion* erfordert beispielsweise, dass eine Person, die direktes Wissen (*first-hand knowledge*) von der Tat hat, die Fakten, auf denen die Anklage beruht, unter Eid bestätigt. Zur Verdeutlichung: Wirft die Staatsanwaltschaft A vor, er habe B geschlagen, so muss die Staatsanwaltschaft – sofern sie sich auf B als Zeugen stützen möchte – die Aussage von B unter Eid dokumentieren. Dies soll die Staatsanwaltschaft bereits zu einem frühen Zeitpunkt dazu bringen, ihre Anklagen auf fundierte Beweise zu stützen.

Bundesstaaten wie Florida haben keine *Conversion* Vorschriften. Die Verteidigung kann lediglich eine Anhörung vor Gericht beantragen (*Preliminary Hearing*), um die Vorwürfe der Staatsanwaltschaft in Zweifel zu ziehen. Ist die Anhörung erst einmal gerichtlich zugelassen, kann die Verteidigung Zeugen mittels Kreuzverhör

³³ Viele Rechte der Bill of Rights finden über den 14. Zusatzartikel Anwendung auf die Bundesstaaten. Es handelt sich um die sog. *Incorporation Clause*.

³⁴ Beispielsweise Kalifornien, New York, New Jersey, Florida, Massachusetts, Illinois, North Carolina und South Carolina.

³⁵ Vgl. New York CPL 170.65(1).

vernehmen. Dies gilt zumindest für *Adversary Preliminary Hearings* (hierzu sogleich). Sinn und Zweck eines *Preliminary Hearings* ist es zu bestimmen, ob *Probable Cause* für das Vorliegen einer Straftat vorliegt. Die Anhörung wird häufig vor demjenigen Richter verhandelt, der auch die Hauptverhandlung leitet – sofern es zu einer solchen Hauptverhandlung kommt.³⁶ Auch wenn in einem solchen Fall Identität zwischen Richter in der Phase *vor* der Hauptverhandlung (*Pre-Trial*) und dem Richter *in* der Hauptverhandlung besteht, gibt es immer noch einen entscheidenden Unterschied zum deutschen Strafprozess. Sofern es sich bei der Hauptverhandlung um einen Jury-Verhandlung handelt – gemeint ist hier dann nicht die Grand Jury, sondern die Petit Jury innerhalb der Hauptverhandlung – *entscheidet* nicht der Berufsrichter, sondern die Jury, die *vor* der Hauptverhandlung am Prozess vollständig unbeteiligt war. Insofern besteht selbst in diesem Fall eine entscheidende Aufspaltung der Entscheidungsträger, die kognitive Dissonanzen verringern kann.

Besonders problematisch ist die fehlende Existenz von Verteidigungsrechten in der Grand Jury. Verteidiger haben schon gar kein Anwesenheitsrecht. Das Verfahren findet allein unter Anwesenheit der Laienrichter, der Staatsanwaltschaft, der geladenen Zeugen und des gerichtlichen Berichterstatters statt. Es gibt kein Anwesenheitsrecht der Öffentlichkeit. Insofern wird das Verfahren vor der Grand Jury auch als geheimes Verfahren bezeichnet. Die Verteidigung kann keine Beweise präsentieren und der Beschuldigte hat kein Anwesenheitsrecht.³⁷ Die sonst recht strengen Beweisrechte sind zu Gunsten der Staatsanwaltschaft entschärft. So gilt beispielsweise das Verbot von Zeugenaussagen, die auf Hörensagen beruhen, nicht.³⁸ Auch verfassungswidrig erlangte Beweise, die in einer späteren Hauptverhandlung nicht verwendet werden dürfen (*Exclusionary Rule*), können der Grand Jury präsentiert werden.³⁹ Insgesamt ist das Verfahren dementsprechend einseitig zu Gunsten der Staatsanwaltschaft gewichtet. Daher auch der Spruch: „The Grand Jury will indict a ham sandwich“.⁴⁰ Soll heißen, die Grand Jury befürwortet ohnehin jede Anklage – selbst wenn ein Schinkensandwich auf der Anklagebank säße. Tatsächlich entscheidet

³⁶ Nur etwa 3 % aller Strafverfahren erreichen in den USA das Stadium der Hauptverhandlung. Für die US District Courts 2010 ergibt sich sogar ein Wert von nur gut 2,5 % – 87.418 *pleas of guilty or nolo contendere* gegenüber 257 *convictions by court* und 2.066 *convictions by jury*, vgl.: <https://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222010.pdf>, zuletzt abgerufen am 30. 5. 2018.

³⁷ Einige Bundesstaaten erkennen ein solches Aussagerecht jedoch an. In New York steht es Beschuldigten beispielsweise frei, ob sie in der Grand Jury aussagen möchten.

³⁸ So der Supreme Court in *Costello v. United States*, 350 U.S. 359 (1956).

³⁹ Vgl. *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

⁴⁰ Dieser Ausspruch stammt von Sol Wachtler, Chief Judge of New York State, <https://www.newyorker.com/news/news-desk/use-grand-jury>, zuletzt abgerufen am 30. 5. 2018, und wurde von Tom Wolfe in „The Bonfire of the Vanities“ paraphrasiert zu „a grand jury would indict a ham sandwich if that's what you wanted.“, vgl. Reynolds, „Ham Sandwich Nation: Due Process When Everything is a Crime“, *Columbia Law Review Sidebar*, 2013; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203713, dazu <https://www.nytimes.com/1985/02/18/opinion/do-we-need-grand-juries.html>, beide zuletzt abgerufen am 30. 5. 2018.

sich die Grand Jury auf Bundesebene in über 95 % der Fälle für eine Anklage.⁴¹ Aktuelle Prominenz und Erweiterung erlangte diese Aussage in den letzten Jahren im Zusammenhang mit tödlichen Schüssen weißer Polizisten auf schwarze Bürger in den Vereinigten Staaten.⁴² Hier lehnte die Grand Jury regelmäßig eine Anklage ab. Dies prägte die Aussage: „The Grand Jury will indict a ham sandwich, but apparently not a white police officer.“⁴³

Die Basis der Eröffnungsentscheidung durch die Grand Jury lässt erhebliche Bedenken aufkommen. Auch wenn der Grand Jury zumindest in der Theorie eine gewisse Kontrollfunktion zugesprochen werden kann, wiegen die Nachteile aus Verteidigerperspektive schwer. Das Verfahren vor der Grand Jury erlaubt es der Staatsanwaltschaft in gewisser Hinsicht einen Testlauf der Argumente zu präsentieren, die dann für die Hauptverhandlung optimiert werden können. Effektiver erscheinen *Preliminary Hearings*, die der Verteidigung Beweisrechte gewähren. Zumindest dann, wenn keine Identität zwischen Entscheidungsträger in der Hauptverhandlung und des Hearings besteht.

Bleibt man bei dem Beispiel Florida, muss zwischen zwei verschiedenen Formen des *Preliminary Hearings* unterschieden werden – *Nonadversary Preliminary Hearing* und *Adversary Preliminary Hearing*. Ein *Nonadversary Preliminary Hearing* muss durchgeführt werden. Es werden hier vor allem zwei Dinge entschieden: Besteht *Probable Cause* für die strafrechtlichen Vorwürfe und wird eine Kautions festgesetzt? Diese Anhörung muss innerhalb von 48 Stunden nach Verhaftung des Beschuldigten stattfinden.⁴⁴ In diesem Verfahren hat die Verteidigung regelmäßig *nicht* die Möglichkeit, Zeugen zu benennen und zu befragen. Auch andere möglicherweise entlastende Beweise spielen keine Rolle. Ziel der Verteidigung ist es hier vor allem, Untersuchungshaft zu umgehen. *Adversary Preliminary Hearings* müssen von der Verteidigung beantragt werden.⁴⁵ Hier können beispielsweise Zeugen geladen und mittels Kreuzverhör befragt werden. Anders als im Grand-Jury-Verfahren werden dem Gericht nicht nur einseitige Beweise der Staatsanwaltschaft präsentiert. Wie

⁴¹ Washington Post mit Auszügen aus Bureau of Justice Statistics vom 14. 11. 2014, https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2014/11/24/the-single-chart-that-shows-that-grand-juries-indict-99-99-percent-of-the-time/?utm_term=.f63adc8e288e, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

⁴² Vgl. u. a. den Report der Civil Rights Division des Department of Justice „Investigation of the Ferguson Police Department“ vom 4. März 2015; https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2015/03/04/ferguson_police_department_report.pdf; „Investigation of the Baltimore City Police Department“ vom 16. August 2016; „Investigation of the Chicago Police Department“ vom 13. 1. 2017, <https://www.justice.gov/opa/file/925846/download>, alle zuletzt abgerufen am 11. 3. 2018.

⁴³ Independent, vom 25. 11. 2014, <http://www.independent.co.uk/news/world/americas/a-grand-jury-could-indict-a-ham-sandwich-but-apparently-not-a-white-police-officer-9882529.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

⁴⁴ Florida Criminal Procedure 3.133(a)(1).

⁴⁵ Florida Criminal Procedure 3.133(b).

viel an dieser Stelle präsentiert wird, ist natürlich eine strategische Entscheidung der Verteidigung im Hinblick auf eine spätere Hauptverhandlung.

Kehrt man gedanklich zurück zur Grand Jury, erkennt man, der zentrale Unterschied im amerikanischen Strafprozess liegt darin, dass die beiden Gerichte vollständig isoliert voneinander bewerten und entscheiden. Die personelle Zusammensetzung ist so unterschiedlich, dass eine auch nur funktionale Bindung an die Eröffnungsentscheidung sehr weit minimiert wird. Dies gilt nicht nur für Grand-Jury-Verfahren, sondern – wie exemplarisch dargestellt – auch in modifizierter Form für andere Pre-Trial-Verfahren.

Die Schwächen des Grand-Jury-Verfahrens zeigen sich jedoch an anderer Stelle. Angesprochen ist hier insbesondere der Mangel an Verteidigungsrechten. Ausgeglichen – im Sinne von Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung – sind Adversary Preliminary Hearings. Diese existieren jedoch nicht in allen Bundesstaaten.

3. Personale Identität und kognitive Dissonanz

Die für das deutsche Zwischenverfahren spezifischere Problematik der personalen Identität ist bekannt.⁴⁶ *Primär* wird sie allerdings unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache diskutiert, häufig unter der Fragestellung der sog. „kognitiven Dissonanz“⁴⁷ und der damit zusammenhängenden Perseveranz- und Inertia-Effekte, die den Kern des Problems ausmachen.

Die „kognitive Dissonanz“ ist ein Begriff der psychologischen Theorie über die Verarbeitung relevanter Informationen nach einer Entscheidung. So werden situativ Informationen ausgewählt, die eine zuvor getroffene Entscheidung (weiterhin) als richtig erscheinen lassen, während durchaus verfügbare gegenteilige Informationen abgewehrt oder nicht beachtet werden. Dissonanz bedeutet in diesem Kontext einerseits die Nichtübereinstimmung bzw. Unvereinbarkeit zwischen verschiedenen Wahrnehmungen, Meinungen oder Verhaltensweisen. Der Begriff beschreibt aber auch die daraus entstehende Spannung, wie Unbehagen oder Unlustgefühl, welche das Individuum grundsätzlich aufzuheben trachtet. Gemäß der Theorie der kognitiven Dissonanz besteht im Individuum eine starke Tendenz (eine Motivation), nicht miteinander übereinstimmende kognitive Elemente zu vermeiden und die erlebte kognitive Dissonanz zu reduzieren. Das heißt, nicht mit der ursprünglichen Entscheidung kompatible Informationen werden, soweit vorhanden, tendenziell ausgeblendet. Zugleich wird aber auch die Wahrnehmung dahingehend beeinflusst, dass

⁴⁶ Vgl. dazu bereits Momsen/Washington, FS Rogall, 2018.

⁴⁷ http://www.medpsych.uni-freiburg.de/OL/glossar/body_kognitive_dissonanz.html, zuletzt abgerufen am 10.2.2018.

eine Selektion oder gesteigerte Sensitivität zugunsten in das Erwartungsbild passender Informationen stattfindet.⁴⁸

Das Problem stellt sich im Übergang vom Zwischenverfahren so dar, dass das Eröffnungsgericht eine Erwartung im Hinblick auf die (wahrscheinliche) spätere Verurteilung geäußert und bekanntgegeben hat. Empfänger dieser Erwartung ist nicht nur das Hauptverhandlungsgericht (gewissermaßen als zweites Ich des Eröffnungsgerichts), sondern sind auch die übrigen Verfahrensbeteiligten. Dadurch entsteht strukturell eine innere und äußere Bindung, welche zur Grundlage der beschriebenen kognitiven Dissonanz werden kann.

Dass dieser Effekt erwartungsdeterminierter Wahrnehmung auch im Strafverfahren einen entscheidenden Verzerrungsfaktor darstellen kann, wurde schon verschiedentlich dargelegt.⁴⁹ Explizit formulierten Bandilla und Hassemer: „Auch Strafrichter unterliegen in ihren Entscheidungsprozessen den durch die Sozialpsychologie aufgehellten Gesetzmäßigkeiten menschlicher Information-Apperzeption und Verarbeitung.“⁵⁰ Diese Problematik wird auch vereinzelt zu Revisionsentscheidungen, i. d. R. anlässlich einer Rüge der Verletzung des § 261 StPO.⁵¹

Zu den in Bezug genommenen Gesetzmäßigkeiten zählen namentlich der bereits angesprochene Inertia-Effekt sowie der Perseveranz-Effekt. Ersterer beschreibt, dass einmal getroffene Entscheidungen immunisiert bleiben gegen widersprechende Informationen und sich damit eine gegebenenfalls unbewusste innere Einstellung eines Gerichts entwickelt. Sie wird zudem mit jeder weiteren Entscheidungssituation tendenziell verstärkt, sofern nicht eine Information so stark abweicht, dass sie nicht in das gebildete Paradigma integriert werden kann und dieses aufbricht. Mit diesem sich tendenziell verstärkenden Effekt wird der Wert von Informationen, die der Einstellung entsprechenden Alternative oder Hypothese folgen, überschätzt, der Wert entgegen gerichteter Informationen unterschätzt.⁵² Der Perseveranz-Effekt bezeichnet im Prinzip dasselbe Wahrnehmungsdefizit: Ursprünglich wahrgenommene Eindrücke von einem Ereignis oder einer Person prägen bzw. beeinflussen Beobachter nachhaltig. Demgegenüber gelingt es nur noch mit Mühe, später hinzukommende Informationen aufzunehmen und ggf. zuzulassen, dass sie die bereits entwickelte Meinung verändern“.

⁴⁸ Ausführlich dazu BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261 Rn. 3.1–3.8.

⁴⁹ Richardson/Goff, Self-Defense and the Suspicion Heuristic, Iowa Law Review 98 (2012), 293 ff.; Kahneman, Thinking, Fast and Slow, 2012 (für ökonomische und juristische Entscheidungssituationen).

⁵⁰ Bandilla/Hassemer, StV 1989, 551 (554); vgl. dazu Bockemühl (Fn. 1), S. 91 (105).

⁵¹ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261 Rn. 3.1: „Zunehmend sind bei der richterlichen Beweiswürdigung die Erkenntnisse aus erfahrungs- oder naturwissenschaftlichen Gebieten zu berücksichtigen“, mit Hinweis auf BGHSt 6, 70 (72 f.); BGH, NJW 1982, 2882 f.

⁵² Der Inertia-Effekt wird auch als eine Art Trägheitseffekt charakterisiert, vgl. <http://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/inertia-effekt/7116>, zuletzt abgerufen am 10.12.2017.

Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass sich die meisten Richterinnen und Richter dieser Fehlerquellen durchaus bewusst sind. Allerdings spielen sich die beschriebenen Effekte weitgehend gerade im Bereich des Unbewussten ab, dringen also gar nicht auf die Ebene vor, auf der sie durch bewusste Entscheidungen korrigiert werden könnten. Gerade die spezifische Struktur des Übergangs vom Ermittlungs- ins Hauptverfahren begünstigt durch zwei Faktoren die beschriebenen Verzerrungseffekte: Zum einen besteht die angesprochene personale Identität, welche die Perseveranz- und Inertia-Effekte dadurch extrem begünstigt, dass eine eigene Entscheidung, welche einen Verfahrensabschnitt mit rechtlicher Außenwirkung abschließt⁵³, zum Gegenstand der eigenen Prüfung im nächsten Abschnitt wird. Das Gericht überprüft also im Hauptverfahren (auch) die Qualität seiner eigenen Vorentscheidung, d. h. seiner bisherigen Arbeit – und dies vor den Augen der Öffentlichkeit.

Zum anderen erfolgt die initiale Prüfung auf einer relativ geringeren Erkenntnisbasis als die spätere Überprüfung. Das ist zwar auf den ersten Blick eine schlüssige Konstruktion, soweit für das Überprüfungsprogramm der Hauptverhandlung mit der eigenen Beweisaufnahme gewissermaßen zusätzliche „Validierungstools“ zur Verfügung stehen. Die Verzerrungseffekte betreffen jedoch gerade die Anwendung dieser Tools und die Gestaltung des Prüfungsparadigmas. Sie führen daher, sofern und soweit sie auftreten, zu einer Entwertung der Beweisaufnahme und -bewertung in der Hauptverhandlung. Die Hauptverhandlung kann eines nicht garantieren: eine unabhängige und neutrale Prüfung der Stichhaltigkeit der Anklage, da keine neutrale Instanz für die Durchführung zur Verfügung steht. Weiter erschwert wird die Überprüfung bereits in diesem Verfahrensabschnitt durch unzureichende Dokumentationen der Entscheidungsfindungsprozesse.⁵⁴

Dieses zentrale Problem wird mit einem Grand-Jury-Modell zumindest wesentlich entschärft. Die Verzerrungseffekte beziehen sich nicht auf eine eigene Vorentscheidung, es geht nicht um die öffentliche Bewertung der eigenen Arbeit. Ein Problem bleibt aber die grundsätzliche Ausgestaltung des Grand-Jury-Verfahrens, insbesondere die schwache Position der Verteidigung.

Die Grand-Jury-Modelle brechen die personale Identität von Entscheidung und Überprüfung der Entscheidung auf, stellen sich damit als personelles Interlokt der Verhandlung dar. Die positiven Effekte, welche man sich Ende der 1970er Jahre von der Einführung eines Schuld- oder Tatinterlokuts in der deutschen Hauptverhandlung versprach, lassen sich weitgehend übertragen.

Vorbilder für eine solche bindende Zwischenentscheidung über die Schuldfrage vor der Entscheidung über die Rechtsfolgen fand man insbesondere im angelsächsi-

⁵³ Streng genommen werden durch die Eröffnungsentscheidung sogar zwei Verfahrensabschnitte rechtsverbindlich abgeschlossen, das Ermittlungsverfahren und das Zwischenverfahren selbst.

⁵⁴ BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261 Rn. 7; vgl. auch Schünemann, StV 2000, 159 ff.; Bandilla/Hassemmer, StV 1989, 551 f.; Geipel, AnwBl 2006, 784 f.; Kühne, GA 2008, 361 (369 ff.).

schen Recht. Es führt zu einer Zweiteilung der strafrechtlichen Hauptverhandlung in einen Abschnitt mit Erhebungen zur Schuld- und einen getrennten Abschnitt mit tatsächlichen Erhebungen und rechtlichen Würdigungen zur Straffrage.⁵⁵ Betrachtet man die mittlerweile in verschiedenen Phasen des Strafverfahrens vorgesehenen rechtlichen Erörterungen⁵⁶ aus dieser Perspektive, so stellen sie sich als eine Vorform eines Interlokuts dar.⁵⁷ Das amerikanische Bundesrecht kennt mit dem Jury Verdict bzw. Court's Findings im Gegensatz zu Sentencing und Judgment eine vergleichbare Struktur.⁵⁸ Während die Jury über die Schuld des Angeklagten befindet, entscheidet der Richter über die Strafe auf Grundlage des Jury Verdicts.

4. Neutralitätsverlust und Beharrungseffekt

Weiterhin ist der oben skizzierte Verlust der Neutralität der Prüfungsperspektive der Staatsanwaltschaft in einem nur individuell zu bestimmenden Zeitpunkt vor Anklageerhebung zu berücksichtigen.

„Die Wahrheitssuche erfährt in der Hauptverhandlung von Rechts wegen ihren Höhepunkt“⁵⁹, sie hat dort aber weder ihren Anfang noch ein Ende.⁶⁰

Geht man in der Entstehungsgeschichte möglicher Wahrnehmungsfehler noch einen weiteren Schritt zurück, so gelangt man zu der Entstehung der Anklage, welche den Gegenstand der Prüfung des Eröffnungsgerichts bildet, ohne dass von dieser unabhängige „Validierungstools“ zur Verfügung stehen. Die Anklage bildet das Ergebnis der eigenen Ermittlungen aus der Sicht und nach der Bewertung der Staatsanwaltschaft ab. Trotz dieser Verpflichtung zur Neutralität, die nichts anderes als eine Konkretisierung der Unschuldsvermutung ist, ist es wichtig zu erkennen, dass die staatsanwaltschaftliche Abschlussentscheidung über den hinreichenden Tatverdacht nach § 170 StPO anders als die nachfolgenden gerichtlichen Entscheidungen keine Entscheidung mit Überprüfungscharakter ist. Sie bildet lediglich Schlussstein und Zusammenfassung eines Entwicklungsprozesses. Da sie von der – jedenfalls in Teilen – für die Ermittlung selbst zuständigen Stelle getroffen wird, können die oben be-

⁵⁵ Umfassend Dölling, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung – Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten. Kriminologische Studien, Band 28, 1978; ders., Die Zweiteilung der Hauptverhandlung im Lichte praktischer Erfahrungen mit einem Reformmodell, in: Moos/Steininger, Probleme der Strafprozeßreform. Rechtsvergleichendes Seminar über das Vorverfahren und die Hauptverhandlung, 1982, S. 116 ff.

⁵⁶ §§ 160b, 202a, 212, 257b, 257c StPO.

⁵⁷ Zu Vorläufern bzw. Erscheinungsformen informeller Interlokute Kleinknecht, in: Lüttger/Blei/Hanau, FS Heinitz, 1972, S. 651 ff.

⁵⁸ Rule 32(k) der Federal Rules of Criminal Procedure, fakultativ möglich auch nach § 256 Abs. 2 der ÖStPO und Art. 342 der SchwStPO. Rechtsvergleichend Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des Anglo-Amerikanischen Strafprozesses, 1971, S. 103 f.

⁵⁹ So BVerfGE 86, 288 (318); BGHSt 46, 349 (352 f.).

⁶⁰ So BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261, Rn. 5.

schriebenen Verzerrungseffekte selbstverständlich bereits ein erstes Mal auf dieser Ebene auftreten und dann in das Zwischenverfahren transportiert und dort durch weitere Verzerrungen überlagert oder verstärkt werden.

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens tritt ein weiterer Faktor stärker in den Vordergrund, da das Ermittlungsverfahren stärker als Kausal- bzw. Erkenntniskette aufgebaut ist als Zwischen- und Hauptverfahren. Gemeint ist der ebenfalls aus der angelsächsischen Sozialpsychologie bekannte sog. „Slippery-Slope“-Effekt.⁶¹ Er wird beschrieben als „a course of action that seems to lead inevitably from one action or result to another with unintended consequences“⁶². In strafrechtlichem Kontext berief sich prominent Bernie Madoff auf eine geradezu unausweichliche Verknüpfung von Ereignissen: „Well, you know, what happens is, it starts out with you taking a little bit, maybe a few hundred, a few thousand‘ notorious fraudster Bernie Madoff told *Vanity Fair* after stealing \$ 18 billion from investors. ‚You get comfortable with that, and before you know it, it snowballs into something big.‘“ Das zugrundeliegende Prinzip wird in einer neueren Untersuchung beschrieben: „Getting away with minor infractions ends up making it easier for people to justify bigger, more serious ethical violations. Over time, small ethical transgressions – like stealing pens from work – can put employees on the ‚slippery slope‘ of increasingly bad behavior“⁶³, bzw. „the slippery slope argument views decisions not on their own, but as the potential beginning of a trend. In general form, this argument says that if we allow something relatively harmless today, we may start a trend that results in something currently unthinkable becoming accepted“.⁶⁴

Es geht also verkürzt gesagt in der Perspektive des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens darum, dass bspw. eine ungenau übersetzte Zeugenaussage⁶⁵, ein nicht vollständig ausgewertetes Datenpaket eines VOIP-Telefonats⁶⁶ oder eine fehlerhaft zugeordnete DNA-Spur⁶⁷ dazu führen können, dass ein Ermittlungsverfahren eine völlig falsche Richtung einschlägt, die u. U. später nicht mehr korrigiert werden kann. Korrekturen sind auch deshalb schwierig, weil die weiteren Ermittlungen sich ggf. organisch an die vorherigen anschließen und die Überzeugungskraft des

⁶¹ <https://www.psychologicalscience.org/news/minds-business/the-slippery-slope-effect-minor-misdeeds-lead-to-major-ones.html>, zuletzt abgerufen am 17. 12. 2017.

⁶² <https://www.merriam-webster.com/dictionary/slippery%20slope>, zuletzt abgerufen am 17. 12. 2017.

⁶³ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/slippery%20slope>, zuletzt abgerufen am 17. 12. 2017.

⁶⁴ <http://www.bbc.co.uk/ethics/introduction/slipperslope.shtml>, zuletzt abgerufen am 17. 12. 2017.

⁶⁵ Vgl. dazu ausführlich Momsen/Rackow/Schwarze, NStZ 2018, Heft 6 (im Erscheinen).

⁶⁶ Näher Momsen, in: Beck/Meier/Momsen, Cybercrime und Cyberinvestigations. Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, 2015, S. 67, 73 ff.

⁶⁷ Dazu Lipphardt, Freispruch 11 (2017), 8 ff.; Bliewier, Freispruch 11 (2017), 4 ff.; Momsen, Freispruch 11 (2017), 20 ff.; A. Lipphardt/V. Lipphardt, BioSkop 2017, 3 ff.

sich ergebenden Bildes immer größer wird, je länger die Ermittlung dauert. Idealtypisch zeigte sich dieser Vorgang im Kontext der NSU-Ermittlungen, in Bezug auf die zunächst erstellten, erwartungs- und vorurteilsbasierten völlig unzutreffenden Täterprofile.⁶⁸ Die Entwicklung kulminierte dann in der Verdachtszuordnung des sog. „Phantoms von Heilbronn“⁶⁹ an eine „osteuropäische nicht sesshafte weibliche Person“. Zwar konnte dieses Profil im Ergebnis widerlegt werden, jedoch ist davon auszugehen, dass wegen der langfristigen Fehlsteuerung der Ermittlung erhebliche Beweisverluste eingetreten sind. Bemerkenswert ist i. Ü., dass hier der Slippery-Slope-Effekt auf (im Ergebnis auch rassistisch basierten) kognitiven Fehlschlüssen aufsatelte, was zu erheblichen Verstärkungseffekten führte.⁷⁰

Allerdings zeigt das Slippery-Slope-Argument lediglich eine mögliche Entwicklung auf. Es hat keinerlei Aussagekraft im Hinblick auf eine notwendige oder auch nur empirisch generell wahrscheinliche Abfolge von Ursachen. Würde man einen entsprechenden kausalen Zusammenhang konstruieren wollen, indem mögliche Folgen zu wahrscheinlichen oder sogar vorherbestimmten Folgen gemacht werden, wird das Slippery-Slope-Argument zu einem Fehlschluss, weil es uns suggeriert, dass A notwendig zu B führen muss und B wiederum notwendig zu C, bis man zwangsläufig am unerwünschten Endpunkt Z angekommen ist. Dabei ist überhaupt nicht sicher, ob A wirklich zu B führt – und selbst wenn, müsste für jeden einzelnen weiteren Schritt – C, D, E, F usw. – nachgewiesen werden, dass sein Eintreten kausal oder logisch aus den vorangegangenen Schritten folgt.⁷¹ Das Argument hat also methodisch keine prädiktive Aussage dahin, dass der mögliche Effekt auch tatsächlich auftreten muss.

Allerdings geht es vorliegend auch nicht um die Bildung von Kausalketten, sondern um das Aufzeigen von Risiken – und deren Bewertung. In diesem Sinne ist es zielführend, mit Dürrenmatt davon auszugehen, dass eine Geschichte erst dann zu Ende gedacht ist, wenn sie die schlimmstmögliche Wendung genommen hat.⁷² Diese läge vor, wenn zunächst die Ermittlung einem auch nur moderaten Slippery-Slope-Effekt unterliegen würde und dieser dann im weiteren Verfahren nicht aufgedeckt würde, weil Perseveranz-Effekte dazu führen, dass die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung nicht in ausreichender Weise kritisch durchgeführt wird.

Zu berücksichtigen ist daneben auch, dass die kritische Überprüfungsfunktion der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung kumulativ durch weitere Faktoren beeinträchtigt werden kann – etwa dann, wenn es zu einem frühen Zeitpunkt zu einer Ver-

⁶⁸ Washington, Die Ermittlungsarbeit im Rahmen der NSU-Morde als Form des Racial Profiling, 2015, online verfügbar unter: <https://nsuprozessengrenzen.wordpress.com/2015/03/20/die-ermittlungsarbeit-im-rahmen-der-nsu-morde-als-form-des-racial-profiling/#more-226>, zuletzt abgerufen am 6. 3. 2018.

⁶⁹ Lipphardt, Freispruch 11 (2017), 8 ff.

⁷⁰ Lipphardt, Freispruch 11 (2017), 8 ff.; Bliewier, Freispruch 11 (2017), 4 ff.

⁷¹ <http://www.hoheluft-magazin.de/2015/11/na-logisch-das-slippery-slope-argument/>, zuletzt abgerufen am 17. 12. 2017.

⁷² Dürrenmatt, Die Physiker, 1962, S. 70.

fahrensabsprache nach § 257c StPO kommt, in deren Folge weitere Beweiserhebungen zumindest teilweise unterlassen werden.⁷³

Auch hier ist ein Blick auf das US-Verfahren aufschlussreich. Absprachen oder *Plea Agreements* werden als einer der Hauptgründe für Fehlurteilungen gesehen.⁷⁴ Die Ursache hierfür ist aber möglicherweise – anders als in Deutschland – nicht auf kognitive Dissonanzen des Gerichts zurückzuführen. Eine gescheiterte Absprache, an der das Gericht mitgewirkt hat, gibt es in den USA in der Form nicht.⁷⁵ *Plea Bargaining* findet regelmäßig zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem statt. Das Gericht ist erst wieder in der *Sentencing*-Phase – nach der Entscheidung über die Schuld des Angeklagten – Hauptakteur. Hier unterscheidet sich der adversatorische entschieden von dem inquisitorischen Strafprozess. Gründe für das Versagen des amerikanischen *Plea-Bargaining*-Systems hängen wohl eher mit dessen Zwangswirkung zusammen.

Abschließend könnte man auch hier frühe Verteidigung als ein Korrektiv annehmen. Je stärker das Verfahren eine adversatorische und konsensuale Struktur annimmt, umso mehr müssen sich die Gestaltungsmöglichkeiten in allen Stadien des Verfahrens angleichen. Zudem ist die immer stärkere Tendenz zum Transfer von Beweismitteln aus dem Ermittlungsverfahren in das Hauptverfahren zu berücksichtigen. Gerade letzteres kann die vorhandenen Perseveranz-Effekte noch verstärken, da der Verteidigung die Einflussnahme auf die Auswahl, Überprüfung und Würdigung von Beweisen weiter erschwert wird. Daher wäre neben der Gewährleistung einer frühen Verteidigung vor allem auch die Einräumung von Mitwirkungsrechten, insbesondere einem Beweisanspruchs- oder Überprüfungsrecht im Ermittlungsverfahren, geboten.⁷⁶

VII. Fazit und mögliche Alternativen

Die Struktur des Zwischenverfahrens im deutschen Strafprozess zeigt eine hohe Anfälligkeit für Wahrnehmungs- und daraus folgende Bewertungsfehler. Diese werden begünstigt durch die personelle Identität von Eröffnungs- und Hauptverhand-

⁷³ Gleiches gilt für die beschriebenen Effekte innerhalb des Ermittlungsverfahrens, wenn dieses vor Anklageerhebung nach § 153 ff. StPO (also faktisch ebenfalls durch eine Verständigung) beendet wird.

⁷⁴ *Roach*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 2010, 387 (396).

⁷⁵ Vgl. zu den dadurch i.R. § 257c StPO entstehenden Verzerrungseffekten *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, 2018.

⁷⁶ Entsprechende Reformen sind gem. der „Richtlinie 2016/800 v. 11.5.2016 über Verfahrensgarantien für Kinder als Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren“ sowie der „Richtlinie 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls“ v. 26.10.2016 ohnehin durchzuführen.

lungsgericht. Da zudem keine sachlich und methodisch unabhängige Prüfung der Anklage durch das Eröffnungsgericht erfolgen kann, bleibt das Versprechen einer unabhängigen gerichtlichen Prüfung der Anklage uneingelöst.

Die gleichwohl (scheinbar) moderate Quote von Fehlurteilen⁷⁷ lässt sich letztlich nur auf die persönliche Integrität der agierenden Personen zurückführen und auf die derzeit relativ geringen Störfaktoren (wie politische oder sonst begründete Voreingenommenheit).

Trotz der günstigeren Struktur ist auch das amerikanische Verfahren erheblichen Verzerrungsfaktoren ausgesetzt, die vielfältigen Innocence-Projects, die insbesondere noch nicht vollstreckte Urteile zur Todesstrafe mit Blick auf unzutreffend oder nicht ausgewertete Beweise untersuchen⁷⁸, und ihre Erfolge sind ein beredtes Beispiel für teilweise haarsträubende Verzerrungen in der Wahrnehmung der Strafverfolgungsorgane. Die Kontrollfunktion des amerikanischen Äquivalents zum Zwischenverfahren ist zwar weniger von kognitiven Dissonanzen geplagt, aber zumindest aus Sicht der Verteidigung ein zahloser Tiger. Sinnvoller scheinen hier *Adversary Preliminary Hearings* – wie man sie in der Strafprozessordnung von Florida findet. Ein solches Verfahren gibt der Verteidigung die Möglichkeit, entlastende Beweise noch vor einer Hauptverhandlung zu präsentieren und so Zweifel an der Anklage zu einem Zeitpunkt zu säen, in dem sich das Gericht noch keine abschließende Meinung über das Geschehen bilden konnte. Um die zu Beginn eingeführte Analogie zu einer Verkaufssituation aufzugreifen, schaut das Gericht auch im Falle eines *Preliminary Hearings* zwar zum Teil weiterhin durch die Brille der Staatsanwaltschaft. Der Verteidigung wird es aber erlaubt, korrigierend tätig zu werden und den Blick des Gerichts ggf. zu schärfen oder auf völlig neue Perspektiven zu verweisen. Es findet eine Korrektur des staatsanwaltschaftlichen Narrativs statt.

Strukturelle Schwächen des deutschen Strafprozesses können natürlich zuvorderst durch eine personelle Trennung von Eröffnungs- und Hauptverhandlungsgericht verringert werden. Grundsätzlich bietet sich eine institutionelle Trennung im Sinne exklusiver Spruchkörper für das Zwischenverfahren an. Als weniger ressourcenintensive Maßnahme erscheint es sinnvoll, dass eine schriftliche Prognose im Hinblick auf die Verwertbarkeit der von der Anklage in Bezug genommenen Beweise im Eröffnungsbeschluss erfolgen muss. Auf diese Weise wird das Eröffnungsgericht

⁷⁷ Solange man nicht die Zahlen von *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO (Fn. 10), § 261 Rn. 69 ff. zugrunde legt. Diese sind zwar argumentativ überzeugend, jedoch nur unzureichend empirisch nachprüfbar. Methodische Kritik kann natürlich auch an den Untersuchungen von *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Bände, 1970–1974 und *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozess, 1960, S. 88 f. (dazu *König*, StV 1998, 113; vgl. auch *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 39) geübt werden, die zu den erwähnten relativ moderaten Zahlen kommen; *Pieplow*, Freispruch 10 (2017), 20 f.

⁷⁸ Vgl. *Medwed* (Hrsg.), *Wrongful Convictions and the DNA-Revolution – Twenty-Five Years of Freeing the Innocent*, Cambridge 2017.

regelmäßig dazu veranlasst, auch die Entstehungsgeschichte der in Bezug genommenen Beweise zu hinterfragen.

Der Anklage sollte auch eine Aufstellung der nicht verwerteten Beweismittel beigegeben werden, um dem Eröffnungsgericht nicht nur eine Prüfung der Qualität der präsentierten Beweise zu ermöglichen, sondern auch eine Überprüfung der Auswahl der Beweise.

Hingegen erscheint der Schluss, dass gerade wegen der Verzerrungsgefahren durch Inertia-, Perseveranz- und Slippery-Slope-Effekte der Grundsatz der Wahrheitsermittlung im Prinzip jedweder Verfahrensabsprache entgegenstehe⁷⁹, weder in dieser Schärfe zuzutreffen noch im Ergebnis wünschenswert. Vielmehr kann gerade die Absprache dazu führen, dass auch die Perspektive der Verteidigung eine größere Bedeutung gewinnt und Möglichkeiten entstehen, aufgrund eigener Initiative auf die Beurteilung der Beweisgrundlage Einfluss zu nehmen. Der pragmatische Zwang, die Beweiswürdigung im Verfahren zu diskutieren, kann im Gegenteil einen positiven Effekt auf die Öffnung der Beweiswürdigung gegenüber alternativen Deutungsmöglichkeiten erlangen und insoweit – günstigstenfalls – Verzerrungseffekte reduzieren. Dass hieraus eine funktionale Relativierung des Ziels der Wahrheitsermittlung folgt, ist letztlich eine Anerkennung der gegenwärtigen Verfahrensrealität, die im Blick zu behalten ist.

Aufgrund der eigenständigen Verzerrungseffekte im Ermittlungsverfahren wäre eine generelle Begründung von Einstellungsentscheidungen nach §§ 153 ff. StPO wünschenswert, um die bis dato weitgehend informelle Beweiswürdigung überprüfen zu können. Um diese Verpflichtung effektiv zu gestalten, spricht einiges dafür, über eine grundsätzliche richterliche Überprüfungsmöglichkeit entsprechender Beschlüsse auf die Einhaltung bestimmter Rahmenbedingungen nachzudenken.⁸⁰

Schließlich zeigt auch der rechtsvergleichende Blick, dass ein Ermittlungsverfahren in kaum zu behebender Weise anfällig für Verzerrungseffekte ist. Für den deutschen Strafprozess sollte daher das Narrativ von der Neutralität von Ermittlungsmaßnahmen und Ermittlungspersonen formell aufgegeben werden. Unabhängig von der keineswegs überflüssigen Regelung des § 160 StPO sollte aber eine unabhängige Überprüfung der Ermittlungen durch die Verteidigung ermöglicht werden. Zu fordern sind dementsprechend eine Gewährleistung früher Verteidigung mit u. a. Beweisanspruchs- und Überprüfungsrechten sowie ein eigenes Antragsrecht der Verteidigung im Zwischenverfahren.

⁷⁹ So aber BeckOK-StPO/Eschelbach (Fn. 10), § 261 Rn. 6 f.

⁸⁰ Dann allerdings benötigt man eine zumindest bereichsspezifische Form von „Sentencing Guidelines“ – dazu Momsen/Grützner, CCZ 2017, 242 ff.; Momsen, Pragmatische Reform oder Verflüssigung von Verfahrensstandards, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, Bild und Selbstbild der Strafverteidigung. 40. Strafverteidigertag in Frankfurt a. M., 2016, S. 83 ff.; Frase/Momsen/O'Malley/Washington, Proportionality in Sentencing, Cambridge 2018 (im Erscheinen).

Verteidigung bei Untersuchungshaft

Von Christine Morgenstern

I. Überblick

Tatverdächtige, denen Untersuchungshaft droht, sehen sich zwei Schwierigkeiten ausgesetzt: Sie müssen auf ihre drohende Inhaftierung reagieren und sich auf das anstehende Strafverfahren vorbereiten. Die Wahrnehmung ihrer Beschuldigten- und Verteidigungsrechte ist daher nicht nur doppelt wichtig, sie ist eine komplexe Aufgabe. Auch der Jubilar hat sich mit der Verhängung von Untersuchungshaft mit Blick auf junge Beschuldigte, aber auch mit Blick auf die notwendige Verteidigung beschäftigt.¹ Sein kritischer Blick auf die oftmals mangelbehaftete hafterichterliche Entscheidungsfindung soll hier für das allgemeine Strafrecht aufgegriffen und die Notwendigkeit angemessenen Beistands in der Entscheidungssituation und während der Haft diskutiert werden. Dazu werden empirische und kriminologisch-vergleichende Erkenntnisse herangezogen, insbesondere aus einer qualitativen Studie zur Untersuchungshaftpraxis in Europa. Am Ende stehen Vorschläge zur Verbesserung der gegenwärtigen Situation in Deutschland.

II. Verteidigung bei Untersuchungshaft

1. Bedeutung und Aufgaben der Verteidigung

Beschuldigte müssen zur „Wahrung ihrer Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluss nehmen“ können,² das Recht auf umfassende Verteidigung gehört „zu den fundamentalen Attributen menschlicher Würde und zu den grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats“.³ Die prozessuale Garantie einer wirklichen Verteidigung durch professionelle Unterstützung ist damit ein Menschenrecht und lässt sich zum einen aus Art. 6 Abs. 3 EMRK, zum anderen verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und mit Art. 1 GG ableiten. Einfachgesetzlich findet sich die Garantie in § 137 Abs. 1 S. 1 StPO, wonach der Be-

¹ Z. B. Eisenberg/Tóth, GA 1993, 293 ff.; Eisenberg, StV 2015, 180 ff.; Eisenberg/Wolf, ZJJ 2016, 412 (415 ff.).

² BVerfG, NJW 1984, 113 (114); BVerfGE 46, 202 (210).

³ Z. B. BGH, NJW 2010, 3010.