



Lic. iur. Stephan Bernard, LL.M., Rechtsanwalt, Mediator SAV/AFM, Zürich

## In dubio pro reo?<sup>1</sup>

### Inhaltsübersicht

- I. In dubio pro reo: Rechtsgrundsatz und Rechtswirklichkeit
- II. Im Vorverfahren: in dubio pro duriore
  1. Die Gewichtung belastender und entlastender Tatsachen
  2. Die zahlreichen Hüte der Staatsanwaltschaft
  3. Exkurs: die Belastungsperspektive psychiatrischer Expertinnen
  4. Zwischenergebnis
- III. Im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren: in dubio pro reo?
  1. Vor Gericht: in dubio pro reo?
  2. Kognitive Täuschungen vor Gericht
  3. Primäre Emotionen und sekundäre rechtliche Berufssozialisation
  4. Zusammenfassung
- IV. Und wo bleibt die Verteidigung?!
  1. Die Verteidigung als Sand im Getriebe
  2. Verteidigen heisst zweifeln und Zweifel säen
  3. Grenzen der Verteidigung

### I. In dubio pro reo: Rechtsgrundsatz und Rechtswirklichkeit

Ein Eckpfeiler des demokratischen Rechtsstaates ist in seinem Selbstverständnis der Grundsatz in dubio pro reo.<sup>2</sup> Dieser wird in Art 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV festgehalten und hat damit Verfassungsrang.<sup>3</sup> Das Bundesgericht führt konstant aus, «der Grundsatz «in dubio pro reo» betreffe sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise. Als Beweislastregel bedeute er, dass der

Richter den Angeklagten freisprechen müsse, wenn er nicht sämtliche schuld- und strafbegründenden Tatsachen für nachgewiesen erachte. Als Beweiswürdigungsregel besage die Maxime, dass sich der Richter nicht von einem Sachverhalt überzeugt erklären dürfe, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen blieben, ob sich der Sachverhalt verwirklicht habe.»<sup>4</sup> Nachfolgend geht es nicht um einen Präziserungsbeitrag zum exakten normativen Gehalt des Prinzips, denn hierzu gibt es viele hervorragende Publikationen.<sup>5</sup> Ich versuche der Frage nachzugehen, inwieweit der Rechtsgrundsatz Rechtswirklichkeit ist und wo sich Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung auftun.<sup>6</sup> Weil rechtstatsächliche Studien in der Schweiz eher rar sind, stütze ich mich diesbezüglich bisweilen bei meiner Argumentation zwangsläufig auf deutsche Publikationen. Ein solcher grenzüberschreitender Analogieschluss scheint mir im Rahmen einer theseartigen und durchaus pointierten Skizze vertretbar, sind doch das helvetische und deutsche Strafverfahren zumindest in den Grundzügen vergleichbar.

### II. Im Vorverfahren: in dubio pro duriore

#### 1. Die Gewichtung belastender und entlastender Tatsachen

Nach der gesetzlichen Konzeption hat die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren belastenden und entlastenden Tatsachen gleichermaßen nachzugehen.<sup>7</sup> Die Struktur des Strafverfahrens erschwert dies aber. Die Untersuchungseröffnung setzt

<sup>1</sup> Ich danke Marko Soldo für die Hilfe bei der Überarbeitung des Manuskripts.  
<sup>2</sup> Die Wortwahl lehnt sich ein Stück weit an eine Formulierung der verstorbenen Zürcher Verteidigerin BARBARA HUG in einem Plädoyer an, <http://www.advogart.ch/hug.htm> (zuletzt besucht am 24.1.2013).  
<sup>3</sup> Statt vieler SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 10 N 1; DERS., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 2009, N 215. Sofern eine Meinung zur Strafprozessordnung herrschende Lehre ist, wird sie hier und fortan in der Regel einzig mit diesen Standardwerken belegt.

<sup>4</sup> Statt vieler BGE 120 Ia 31, 33.

<sup>5</sup> Neben der üblichen Lehrbücher und Kommentare verweise ich hier auf SCHUBARTH, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel 1978; ARZT, Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin 1997, Heft 149; TOPHINKE, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung: aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organe und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Bern 1999.

<sup>6</sup> Zum Unterschied des «law in action» vom «law in books» REHBINDER, Rechtssoziologie, 4. Aufl., München 2000, 2 ff. Gerade etwa der «Rechtsrealismus» setzte sich zum Ziel, die «eigentlichen Mechanismen» des Rechts und der richterlichen Entscheidungsfindung zu erforschen: KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Bern 2006, 131 ff.

<sup>7</sup> SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Art. 6 N 2; DERS. (Fn. 3), N 156.



nach herrschender Meinung einen Anfangsverdacht als Hypothese voraus, wobei im Zweifelsfall ein Verfahren zu eröffnen ist.<sup>8</sup> Die darauf folgenden Untersuchungshandlungen eines Strafverfahrens, gerade mit den weitreichenden Zwangsmassnahmen, stehen in einem denknötwendigen Spannungsverhältnis zur Unschuldsumutung, das hingenommen werden muss.<sup>9</sup> Aufgrund des Bestätigungsfehlers (selektive Wahrnehmung)<sup>10</sup> wird die Staatsanwaltschaft aber auch über diesen Umstand hinaus belastende Tatsachen zwangsläufig stärker gewichten als entlastende; zumal sie im Zweifelsfall am Ende der Untersuchung den Fall nicht einzustellen, sondern Anklage zu erheben hat (in dubio pro duriore).<sup>11</sup>

## 2. Die zahlreichen Hüte der Staatsanwaltschaft

Ausserdem vertritt die Staatsanwaltschaft nach Abschluss des Vorverfahrens die Anklage grundsätzlich als Partei vor Gericht.<sup>12</sup> Weil sie dies von Anfang an weiss, hat sie eine mögliche Anklage bei der Untersuchung stets vor Augen. Demgemäss legt sie die Untersuchung tendenziell darauf an, eine allfällige Anklage zu untermauern. In praxi steht damit die staatsanwaltschaftliche Doppelrolle Untersuchungsrichterin/Anklägerin mit Parteistatus<sup>13</sup> in einem gewissen Widerspruch und führt dazu, dass bereits die Untersuchungsrichterin fast immer auch als (potentielle) Anklägerin und nicht bloss als neutrale Beweissammlerin agiert.<sup>14</sup>

Es kommen als weitere staatsanwaltschaftliche Rollen die Verhandlungspartei im abgekürzten Verfahren bei gleichzeitiger Verhandlungsleitung<sup>15</sup> sowie diejenige der Einzelrichterin mit mittlerweile beträchtlicher Urteilskompetenz im Strafbefehlsverfahren<sup>16</sup> dazu. Auch diese Aufgaben sind der Gewichtung entlastender Tatsachen nicht zuträglich. Denn die Verhandlungsführung im abgekürzten Verfahren oder die Redaktion eines Strafbefehls bzw. einer Anklage sind meist weit effizienter als das Verfassen einer wohlbegründeten Einstellungsverfügung. Dies gilt gerade auch dann, wenn von

Seiten einer Privatklägerschaft Rechtsmittel drohen; es ist empirisch erwiesen, dass die Intensität der Strafverfolgung mit dem Auftreten einer Privatklägerschaft deutlich steigt.<sup>17</sup> Überdies zeichnen beispielsweise bereits die Medien und Filme ein Bild der Staatsanwaltschaft als einseitige Anklägerin; nur eine Verurteilung der beschuldigten Person wird als Erfolg von ihr angesehen. Dies färbt wiederum auf das berufliche Selbstverständnis ab, was sich unter anderem darin manifestiert, dass Staatsanwaltschaften Rechtsmittel fast ausschliesslich zu Ungunsten beschuldigter Personen ergreifen.

Aus all diesen Gründen kann nicht damit gerechnet werden, die Staatsanwaltschaft gehe entlastenden mit gleicher Akribie wie belastenden Momenten nach.

Nur als Randbemerkung: Man kann mit Fug die Frage aufwerfen, ob es nicht redlicher wäre, stünde die Strafprozessordnung in ihrer Konzeption dazu, ein kontradiktorisches Zwei-Parteien-System zu sein, in welchem die Staatsanwaltschaft als einseitige Anklägerin von Anfang an einzigen belastenden Tatsachen nachginge; die Staatsanwaltschaft würde damit vom Tragen des einen oder anderen Huts befreit. Die Staatsanwaltschaften des Kantons Zürich verlangen jedenfalls bereits heute zur Vereinfachung ihres Pflichtenhefts in Stelleninseraten einen «ausgeprägten Strafverfolgungswillen», nicht aber eine Affinität zu den fragilen Beschuldigtenrechten.<sup>18</sup>

## 3. Exkurs: die Belastungsperspektive psychiatrischer Expertinnen

Ergänzend sei hier nur noch erwähnt, dass beispielsweise auch die meist schon im Vorverfahren von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebenen wirkungsmächtigen psychiatrischen Expertisen gerade bei Risikoprognosen ebenfalls der Belastungsperspektive verfangen sind.<sup>19</sup> «Die Begutachtung stützt sich im Wesentlichen auf Akten, deren Festschreibung bei der Prognose im Sinne einer self-fulfilling-prophecy reproduziert werden.»<sup>20</sup>

8 SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Art. 299 N 3; DERS. (Fn. 3), N 1227 f.

9 SCHMID (Fn. 3), N 972; ACKERMANN, Tatverdacht und Cicero – in dubio contra suspicionem maleficii, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin: zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2007, 319, 323.

10 Dazu SCHWEIZER, Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, Justice – Justiz – Giustizia (Schweizerische Richterzeitung) 2007/3.

11 SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Art. 324 N 1, Art. 319 N 5 und Art. 352 N 4; lesenswert ferner WOHLERS, «In dubio pro duriore» – zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B\_123/2011 = BGE 137 IV 219, FP 2011, 370 ff.

12 SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Art. 104 N 5.

13 Die weibliche Form schliesst in meinem Beitrag die männliche ein.

14 Ähnlich GODENZI, Heimliche Einvernahmen, ZStrR 129 (2011), 336 ff.

15 SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Art. 358 N 3, Art. 359 N 1 und Art. 61 N 1.

16 SCHMID, StPO PK (Fn. 3), Vor Art. 352–378 N 1, spricht hier von einer urteilsähnlichen Kompetenz der Staatsanwaltschaft; zur Kritik des Strafbefehlsverfahrens nach der neuen Strafprozessordnung prägnant statt vieler SALUZ, Der Strafbefehl – Effizienz gegen Fairness, Anwaltsrevue 2012, 229 f.

17 BARTON, Ausserrechtliche Einflüsse auf Revisionsentscheidungen – eine rechtsstatsächliche Betrachtung, in: NIGGLI/JENDLY (Hrsg.), Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, Bern 2012, 65 ff.

18 [http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz\\_inneres/staatsanwaltschaften/de/aktuell/offste/stellenausschreibungen/20120529.html](http://www.staatsanwaltschaften.zh.ch/internet/justiz_inneres/staatsanwaltschaften/de/aktuell/offste/stellenausschreibungen/20120529.html) (zuletzt besucht am 30.8.2012).

19 BERNARD, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter vom 13. Februar 2012, mit Verweisen.

20 SINGELSTEIN/STOLLE, Die Sicherheitsgesellschaft, Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 3. Aufl., Wiesbaden 2012, 72. Gl.M. auch BRUNNER, Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, Plädoyer 3/2005, 40. Der Autor schreibt zu Recht, dass gutachterliche Akteneinsicht Vorurteile bewirke, weshalb er für eine zurückhaltende Aktenherausgabe plädiere.

#### 4. Zwischenergebnis

Insgesamt droht daher, dass Tatsachen im Vorverfahren zum Nachteil der beschuldigten Person deutlich stärker gewichtet werden als solche, die ihr zum Vorteil gereichten.

### III. Im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren: in dubio pro reo?

#### 1. Vor Gericht: in dubio pro reo?

An sich könnte die strukturelle staatsanwaltliche Belastungsperspektive mehr oder weniger verkräftet werden, wenn die Gerichte strikt nach dem Grundsatz in dubio pro reo richten würden. Die rechtsdogmatische Rechtfertigung des Grundsatzes in dubio pro reo liegt ja letztlich auch in dieser Annahme bzw. in der vom Bundesgericht ausdrücklich vertretenen Auffassung, Staatsanwaltschaften dürften nicht über Recht und Unrecht richten.<sup>21</sup> Indessen zeigt die Praxis, dass die Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» für die Gerichte ebenfalls nicht leicht umsetzbar ist.

#### 2. Kognitive Täuschungen vor Gericht<sup>22</sup>

Empirische Untersuchungen fördern zutage, dass eine starke Tendenz der Gerichte besteht, Anklagen als bestehende Untersuchungshypothesen und gesetzte Anker zu bestätigen (Bestätigungs- und Ankereffekt).<sup>23</sup> Aufgrund des Rückschaufehlers wird gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten oder bei der Annahme von Eventualvorsatz häufig die Vorhersehbarkeit überschätzt und die ex-ante- und ex-post-Betrachtung vermengt.<sup>24</sup> Weitere kognitive Täuschungen vor Gericht liessen sich anfügen, müssen hier aber aus Platzgründen aussen vor bleiben.<sup>25</sup> Studien zeigen indessen, dass Richterinnen insgesamt die Anklage bestätigende konsonante Informationen genauso systematisch über-, wie sie die Anklage widerlegende dissonante Informationen unterschätzen.<sup>26</sup> Es darf ferner als gesichert gelten, dass Gerichte stark dazu neigen, nicht bereits dann freizusprechen, wenn die Anklage nicht plausibel ist, sondern erst wenn sich aus dem Prozessstoff eine mindestens gleich plausible oder plausiblere Alternativgeschichte wie die Anklage ergibt,<sup>27</sup> was der Unschuldsvermutung zuwiderläuft. Dazu kommt die nicht zu unterschätzende prä-

judizierende Wirkung der Untersuchungshaft, wobei anzumerken ist, dass diese im internationalen Vergleich in der Schweiz häufig angeordnet wird.<sup>28</sup>

#### 3. Primäre Emotionen und sekundäre rechtliche Berufssozialisation

Der Grundsatz im Zweifel für die Beschuldigte statt nach dem Motto «wo Rauch ist, ist auch Feuer» setzt eine rationale Gefühlsaskese voraus und läuft emotionalen Impulsen tendenziell zuwider. Juristinnen meinen oft, dies sei für sie kein Problem; sie pflegen in ihrem Selbstbild häufig eine naive Wertungsabstinenz.<sup>29</sup> Der Tübinger Emeritus FRITJOF HAFT hält dazu ironisch fest: «Emotionen sind unter Juristen verpönt. Wie die Sioux-Indianer kennen sie weder Schmerz noch Freude.»<sup>30</sup> Indessen dürfen Emotionen und die psychische Konstitution von Richterinnen für die Urteilsfindung keinesfalls unterschätzt werden; sie sind weit wirkungsmächtiger als gemeinhin unter Juristinnen angenommen und verdrängen oft die sekundäre, rechtlich-rationale Berufssozialisation.<sup>31</sup> Bei Entscheidungen spielen neben dem bewussten Willen viele unbewusste Antriebe eine zentrale Rolle; weder der Verstand noch die Gefühle geben allein den Ton an, sondern dies alles steht in einer komplexen Wechselwirkung.<sup>32</sup>

Gerade bei einem emotional aufgeladenen Rechtsgebiet wie etwa dem Sexualstrafrecht kann dies besonders zum Tragen kommen.<sup>33</sup> Typischerweise gibt es zudem in solchen

21 BGE 137 IV 219.

22 SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Zürich 2006.

23 SCHWEIZER (Fn. 22), 77 ff.; ENGLISCH, Ankereffekte im juristischen Kontext, in: BIERHOFF/FREY (Hrsg.) Handbuch der Psychologie, Band III, Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, Göttingen 2006, 309 ff. Geistreich zum «unstillbaren Durst nach Bestätigung» TALEB, Der Schwarze Schwan, München 2008, 74 ff.

24 SCHWEIZER, Rückschaufehler oder ich wusste, dass das schief gehen musste, Justice – Justiz – Giustizia (Schweizerische Richterzeitung) 2008/1.

25 SCHWEIZER (Fn. 22), 64 ff.

26 SCHÜNEMANN, Der Richter als manipulierter Dritte?, StV 2000, 159 ff.

27 SOMMER, Effektive Strafverteidigung, Köln 2011, 172 f. und 214 mit Verweisen.

28 KRAUSS, Strafverteidigung – wohin?, recht 1999, 117, 121.

29 BERNARD, Klienteninteressen gehen Anwaltsinteressen vor, Plädoyer 2/2010, 70 und 72, mit Verweisen.

30 HAFT, Juristische Rhetorik, 6. Aufl., München 1999, 168.

31 Weiterführend mit zahlreichen Verweisen SOMMER (Fn. 27), 162 ff. und SCHWEIZER (Fn. 22), 5 ff.; zudem bereits das Grundlagenwerk von WEIMAR, Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidungen, Bern 1996. Ein illustratives Beispiel findet sich bei GMÜR, Die Unfähigkeit zu zweifeln, Stuttgart 2006, 173 ff.: Ein Geschworener hatte wider seine Überzeugung für die Verurteilung eines Beschuldigten die entscheidende Stimme für das nötige Zweidrittelmehr gegeben, weil er Angst hatte, sich mit seiner Haltung lächerlich zu machen. Die Ursache dafür lag in schlechten Erfahrungen mit Minderheitspositionen in seiner Biographie.

32 ROTH, Persönlichkeit, Entscheidung und Verhalten, Stuttgart 2007, 11; SCHWEIZER, Urteilen zwischen Intuition und Reflexion, Justice – Justiz – Giustizia (Schweizerische Richterzeitung) 2009/4.

33 Ohnehin bedürfte der Umgang mit wertungsaufgeladenen Themen einer Kulturänderung in der Justiz. Um dies am Beispiel der sexuellen Übergriffe durchzubuchstabieren: Diese sind meist traumatisch und werden oft nicht aufgearbeitet; sie beeinflussen damit ein Opfer in einem umfassenden Sinn. Empirischen Untersuchungen zufolge kommen solche Übergriffe bei Frauen, aber auch Männern, sehr häufig vor, weshalb feststehen dürfte, dass es in der Strafjustiz eine keinesfalls zu vernachlässigende Anzahl an Mitarbeitenden mit solchen Erlebnissen gibt. Dies disqualifiziert meines Erachtens nicht grundsätzlich zur Arbeit an entsprechenden Fällen. Wichtig wäre allerdings, dass die Integration einer solchen Vorgeschichte und deren Einfluss auf die tägliche Arbeit professionell (psychologisch) begleitet würden; hierfür wäre eine offene Kultur mit Interventionen, Supervisionen und Coaching unabdingbar. Und: Ziemlich sicher gibt es auch unbestrafte Sexualstraftäterinnen in der Justiz; dies wirkt sich mit Sicherheit ebenfalls für den Umgang mit solchen Fällen aus.



Fällen wenige oder keine Sachbeweise und zudem meist keine unabhängigen Zeuginnen, was die Beweiswürdigung noch heikler macht. Hier der Unschuldsumutung nachzuleben kann für Gerichte sehr schwierig sein. Der ehemalige Solothurner Oberrichter Dr. BANNWART hielt jedenfalls nach seiner Pensionierung mit einem gewissen Abstand zur Praxis der täglichen Strafjustiz zutreffend fest, der Grundsatz im Zweifel für die Beschuldigte bedeute spiegelbildlich im Zweifel gegen das Opfer. Er führte weiter aus, dass uns dies bei Sexual- und Gewaltdelikten Mühe mache, seien wir doch gleichsam im emotionalen Impuls näher beim leidenden Menschen. Sodann warf er die Frage auf, ob wir in solchen Fällen aus Empathie für das (mutmassliche) Opfer geneigt seien, vom Grundsatz in dubio pro reo abzuweichen und bejahte dies.<sup>34</sup> Die richterliche Verpflichtung zum Zweifel ist allerdings ganz grundsätzlich und nicht nur in diesen Fällen schwer umsetzbar; denn «der Mensch fühlt sich gewöhnlich nicht wohl, wenn er zweifelt, er will überzeugt sein. Er strebt nach Gewissheit und Ganzheit, er will auf sicherem Boden stehen.»<sup>35</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Insgesamt erstaunt daher nicht, dass Verurteilungen nach erfolgter Anklage weit mehr vorkommen als Freisprüche; letztere sind Ausnahmen, welche die Regel bestätigen.<sup>36</sup> Der Grundsatz in dubio pro reo droht daher in einer rechtstat-sächlichen Betrachtungsweise nicht nur im Vorverfahren, sondern auch im Hauptverfahren unterlaufen zu werden:

Das Strafverfahren ist bei einer bestrittenen Anklage strukturell tendenziell auf einen Schuldspruch angelegt. Es kommt dazu, dass bei einem Geständnis, also einem anerkannten Anklagevorwurf, ohnehin kaum je noch eine eigentliche Beweiswürdigung erfolgt.<sup>37</sup> Auch bei widerrufenen Geständnissen dürften Freisprüche enorm rar sein, denn mit einer Geständnisslalomfahrt macht man sich kaum beliebt.<sup>38</sup> Berücksichtigt man den hohen Geständnisdruck im schweizerischen Strafverfahren<sup>39</sup> und die daraus resultierende Versuchung der beschuldigten Person auch ein falsches Geständnis abzulegen,<sup>40</sup> erstaunt nicht, dass es wohl zu mehr Fehlurteilen zu Ungunsten der beschuldigten Person kommt, als gemeinhin angenommen wird.<sup>41</sup> Denn auch das Rechtsmittelverfahren zementiert strukturell aus denselben, wie eben angeführten Gründen eher die Belastung.

In dubio pro reo? Ein Blick in die Rechtswirklichkeit zeigt, dass sich die Praxis immer wieder von diesem Rechtsgrundsatz wegzubewegen droht; ein Eckpfeiler des demokratischen Rechtsstaates steht damit auf den zweiten Blick weit weniger solid in der Rechtslandschaft als prima vista angenommen wird. Und die Erfahrung zeigt, dass Laien den Grundsatz weit buchstäblicher nehmen als Juristinnen: Die Situation Aussage gegen Aussage führt entgegen einer weit

34 BANNWART, Vortrag in einem aussagepsychologischen Seminar der Universität St.Gallen «Zwischen Wahrheit und Lüge» vom 12.2.2008, 8, soweit ersichtlich nicht publiziert. Pointierte Stimmen wie der Kachelmann-Verteidiger SCHWENN halten (für Deutschland) sogar fest, in solchen Fällen habe faktisch schon längst eine Beweislastumkehr stattgefunden, was ich mindestens für die Schweiz in der Absolutheit für übertrieben halte (SCHWENN, Fehlurteile und ihre Ursache – die Wiederaufnahme im Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs, StV 2010, 705 ff.). Eine US-amerikanische Untersuchung führte in jüngster Zeit empirisch belegt zutage, dass gerade bei Vergewaltigungsvorwürfen eine Verurteilung Unschuldiger besonders häufig vorkommt (BOSSHARD, Die Verurteilung Unschuldiger, recht 2012, 184, mit entsprechendem Verweis).

35 So aus einer psychoanalytisch geprägten Perspektive der bekannte forensische Psychiater GMÜR (Fn. 31), 303.

36 Weiterführend zum Thema Strafverfolgung, Aburteilung und Verurteilung KUNZ, Kriminologie, 6. Aufl., Bern 2011, 223 ff. Wie hoch insgesamt der Prozentsatz an Freisprüchen in der Schweiz nach erfolgter Anklage ist, konnte ich trotz Recherche nicht eruieren. Auch für die meisten Kantone sind keine Daten publiziert. Gemäss Jahresbericht des Kantons Basel-Stadt 2011 erledigte beispielsweise das Strafgericht Basel im Jahr 2010 888 Fälle. Im selben Jahr wurden bloss 159 Freisprüche registriert; zählt man Einstellungen im Vorverfahren und Freisprüche vor Gericht zusammen, so beläuft sich die Quote in dem Jahr auf ca. 1.7 % des Totals an Fällen (Jahresbericht 2011 des Kantons Basel-Stadt, 382 f., [www.regierungsrat.bs.ch/jahresbericht-2011.pdf](http://www.regierungsrat.bs.ch/jahresbericht-2011.pdf), zuletzt besucht am 9.7.2012). Auch in Deutschland ist die Quote ähnlich tief: Eine Untersuchung aus Baden-Württemberg ergab beispielsweise, dass im Jahre 2005 nach einer durchgeführten Hauptverhandlung die Freispruchquote bei ca. 2.3 % (!) lag; dazu SOMMER (Fn. 27), 174.

37 Die Praxis begnügt sich mit Formulierungen wie: «Die beschuldigte Person ist geständig. Das Geständnis deckt sich mit dem übrigen Untersuchungsergebnis, weshalb der eingeklagte Sachverhalt rechtsgenügend erstellt ist.»

38 LANDMANN, Betäubungsmitteldelikte, in: NIGGLI/WEISSENBERGER (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel u.a. 2002, 637, 686.

39 Bereits vor Jahren hat der ehemalige Basler Strafrechtsordinarius KRAUSS (Fn. 28), 117 ff., darauf hingewiesen, gerade im schweizerischen Strafprozess sei nicht die Wahrheit gefragt, sondern ein Geständnis um beinahe jeden Preis und damit sei dieser mehr noch als andere Prozessordnungen dem Verfahrensziel der klassischen Inquisition verhaftet; er führte dies unter anderem auf die im internationalen Vergleich hohe Rate der Untersuchungshaft und die Beschränkung richterlicher Unmittelbarkeit auf bestrittene Tatsachen zurück, 121. Entwicklungen wie das abgekürzte Verfahren oder die erweiterte Strafbefehlskompetenz akzentuieren dies, GILLIÉRON, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich 2010.

40 Falsche Geständnisse gibt es häufiger als man meint: VOLBERT, Falsche Geständnisse bei Kapitaldelikten: Grundlagen und STELLER, Falsche Geständnisse bei Kapitaldelikten: Praxis – Der Fall Pascal Eugen Weschke: Prävention und Kriminalpolitik, beide in: MÜLLER/SANDER/VÁLKOVÁ (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, München 2009, 205 ff. und 213 ff.; BENEKE, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, Frankfurt u.a. 1990, 121 ff.

41 Klassisch dazu die umfangreiche Untersuchung von PETERS, Fehlerquellen im Strafprozess, Eine Untersuchung zum Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1970/1972/1974; für die USA neuerdings GARRETT, Convicting the innocent, Harvard 2011; vgl. dazu die konzise Zusammenfassung von BOSSHARD (Fn. 34), 184 ff. Wie hoch die Quote von Fehlurteilen zu Ungunsten der beschuldigten Personen tatsächlich ist, wird sich kaum je eruieren lassen, müsste man doch hierfür in den Fällen die «Wahrheit» kennen, was wiederum einen Blick auf die Erde aus dem «kosmischen Exil» voraussetzen würde (die Formulierung lehnt sich an den Philosophen QUINE, Wort und Gegenstand, Stuttgart 2002, 474 f. an).

verbreiteten Annahme keinesfalls stets zum Freispruch – im Gegenteil.

## IV. Und wo bleibt die Verteidigung?!

### 1. Die Verteidigung als Sand im Getriebe

Die kritische Leserin wird sich spätestens bei der letzten Bemerkung gefragt haben, wo bei der Argumentationskette die Verteidigung bleibt. Es erstaunt schliesslich etwas, wenn ich diese, zumal als praktizierender Strafverteidiger, bis hier ausblende; denn Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung sind «einander zugeordnete und korrespondierende Elemente einer Sinneinheit.»<sup>42</sup>

Der gewählte Aufbau soll indessen zeigen, dass das Strafverfahren in seiner tatsächlichen Ausprägung strukturell einer gut geschmierten Maschinerie gleicht, die Richtung Verurteilung rollt, und die Verteidigung gedanklich gleichsam später, im besten Fall als eine Art Sand im Getriebe, dazu kommt. Sie ist der einzige Beistand, der einem beschuldigten Individuum in der Abwehr gegen einen gut organisierten Justizapparat zur Seite steht;<sup>43</sup> sie verteidigt Menschen und keine Taten. Im Einzelfall mag es zwar sicher sinnvoll sein, wenn sie ein Mandat nicht annimmt oder niederlegt, weil sie wegen einer Tat in ein persönliches Moraldilemma gerät; denn eine Verteidigung *contre coeur* hilft keiner beschuldigten Person.<sup>44</sup> Im Grundsatz aber sind zu grosse Berührungängste mit heiklen «Tabumandanten» für eine Verteidigerin problematisch und man wendet sich wohl dann besser anderen Rechtsgebieten zu.<sup>45</sup>

### 2. Verteidigen heisst zweifeln und Zweifel säen

Eine der Grundaufgaben der Verteidigung besteht – sinngemäss in den unpräzisen Worten des Zürcher Verteidigers LORENZ ERNI – darin, selber ernsthaft an der Belastungsperspektive zu zweifeln und sodann Zweifel zu säen,<sup>46</sup> um dem normativen Konzept der Unschuldsumutung zum tatsächlichen Durchbruch zu verhelfen; oder hochtrabender mit dem wohl prominentesten Strafverteidiger der Weimarer Republik MAX ALSBERG: «*Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen will der Kritizismus des Strafverteidigers!*»<sup>47</sup> Wie im Einzelfall sinnvoll Zweifel gesät

werden, bedarf einer Verteidigungskonzeption,<sup>48</sup> wobei darunter nicht eine Art abschliessendes «*vademecum*», sondern eine rollende Planung zu verstehen ist, die sich den wechselnden Gegebenheiten eines Strafverfahrens anpasst; der Verteidigungsphantasie sind hier grundsätzlich keine Grenzen gesetzt.

Der im «*forum poenale*» mit 30 000 Zeichen begrenzte Rahmen eines Beitrags würde gesprengt, würden die vielen Möglichkeiten nur ansatzweise erörtert; für die Verteidigungsarbeit gibt es auch ein ausgezeichnetes, leider etwas veraltetes Handbuch.<sup>49</sup> Ohne einem kopflosen Verteidigungsaktionismus das Wort zu reden, scheint mir allerdings, der helvetischen Anwaltschaft stünde ein Schuss mehr frecher Kreativität bisweilen gut an; oft ist nach meiner Ansicht hierzulande die Verteidigung eher zu passiv, abwartend, defensiv und konfliktscheu.

Bereits im Vorverfahren kann man etwa mit Beweisanträgen oder einem gut begründeten Antrag auf Einstellung des Verfahrens oder anderer Mitwirkung möglicherweise einiges auslösen. Auch mit einer eingehenden Erörterung der Grundfragen jeder Verteidigung, ob sich die beschuldigte Person zur Sache einlassen, gestehen oder die Aussage verweigern soll, und einer guten Umsetzung des Rates durch die beschuldigte Person kann allenfalls einiges bewirkt werden. Denn kommt es zu einer Anklage, wird wie oben gezeigt die Sache noch schwieriger.

Mit der allfälligen Anklageerhebung beginnt die Vorbereitung der Hauptverhandlung; hier hat die Verteidigung ihre Konzeption nochmals zu überdenken. Sie hat mit der beschuldigten Person zu erörtern, ob sich diese zur Sache einlässt, sie hat (Beweis-)Anträge in Erwägung zu ziehen und sie sollte sich allenfalls auch fragen, ob es sinnvoll ist, eine Art schriftliche Gegendarstellung zur Anklage vor der Hauptverhandlung einzureichen, um bereits so Zweifel zu säen und dem staatsanwaltlichen «Anklageanker» früh etwas entgegenzusetzen. An der Verhandlung selber – gerade im Plädoyer – scheint nach dem oben Gesagten wichtig, nicht bloss zu zweifeln und auf den Grundsatz in *dubio pro reo* hinzuweisen; denn dies reicht kaum je für einen Freispruch. Sinnvollerweise ist eine Art andere mögliche Geschichte der Ereignisse darzustellen, sich dabei auch mit möglichen belastenden Argumenten auseinandersetzen, diese aber zu entkräften versuchen.<sup>50</sup> Der bekannte französische Anwalt JACQUES VERGÈS bringt dies auf folgenden (pathetischen) Punkt: «Als Anwalt an einem Fall zu arbeiten, ist, wie als Schriftsteller an einem Roman zu schreiben. Es geht immer wieder darum, eine Geschichte zu entwickeln, die besser ist als die der anderen.»<sup>51</sup>

42 DAHS, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Köln 2005, N 176.

43 HUG, Moral und Verteidigung, in: BAUMGARTNER/SCHUMACHER (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts*, Baden-Baden 1999, 57 ff.; Rechtsauskunft Anwaltskollektiv (Hrsg.), *Strafuntersuchung – was tun?*, 4. Aufl., Zürich 2011, 12 ff. und 58 ff.

44 BERNARD (Fn. 29), 70 f.

45 STICKELBERGER, *Tabuverteidigung*, in: BAUMGARTNER/SCHUMACHER (Hrsg.), *Ungeliebte Diener des Rechts*, Zürich u.a. 1999, 64 ff.

46 ERNI, *Ich säe Zweifel*, NZZ-Folio Nr. 249, 4/2012, 28 f.

47 ALSBERG, *Die Philosophie der Verteidigung* (1930), erneut abgedruckt, in: TASCHKE (Hrsg.), *Max Alsberg – Ausgewählte Schriften*, Baden-Baden 1992, 323, 328.

48 BARTON, *Einführung in die Strafverteidigung*, München 2007, 287 ff.

49 NIGGLI/WEISSENBERGER (Hrsg.), *Strafverteidigung*, Basel u.a. 2002.

50 Ähnlich ERNI (Fn. 46), 33 f.

51 VERGÈS, Interview, *Wie ein Drama von Shakespeare*, Weltwoche Nr. 14 (2012), 57.

### 3. Grenzen der Verteidigung

Auch wenn hier dezidiert eine aktive, engagierte Verteidigung befürwortet wird, tut diese insgesamt aber aus psychohygienischen Gründen doch gut daran ihren Spielraum nicht zu überschätzen und sich – ohne dabei zu resignieren oder zynisch zu werden – mit ihren begrenzten Mitteln ein Stück weit abzufinden; damit es ihr nicht ständig so erscheint, als versuche sie mit einem Regenschirm die Niagarafälle aufzuhalten. Denn die oben erwähnten richterlichen Emotionen und kognitiven Täuschungen können auch dann spielen, wenn das Gericht um diese Möglichkeit weiss und von der Verteidigung noch explizit darauf hingewiesen wird;<sup>52</sup> eine echte Beeinflussung eines richterlichen Entscheidungsprogramms dürfte auch aus neurobiologisch-psychologischer Sicht eher die Ausnahme sein, welche die Regel der begrenzten Wirkungskraft der Verteidigung bestätigt.<sup>53</sup> Daher kann sich ihre Aufgabe auch nicht bloss in einem juristisch-technischen Kritizismus erschöpfen, sondern geht viel weiter; in der schönen Formulierung von GERHARD STRATE: «Die Aufgabe des Strafverteidigers ist es, Vertrauen zu schenken, wo es jeder verweigert, Mitgefühl zu entfalten, wo die Gefühle erstorben sind, Zweifel zu säen, wo sie keiner mehr hat, und Hoffnung zu pflanzen, wo sie längst verfliegen war.»<sup>54</sup>

**Stichworte:** In dubio pro reo, Unschuldsvermutung, Rechtsrealismus, Rechtstatsachen, Verteidigung

**Mots-clés:** in dubio pro reo, présomption d'innocence, réalisme juridique, faits ayant une portée juridique, défense

■ **Zusammenfassung:** Der Beitrag geht der Frage nach inwieweit der Rechtsgrundsatz in dubio pro reo Rechtswirklichkeit ist. Die Unschuldsvermutung hat sowohl im Vorverfahren als auch vor Gericht tendenziell einen schweren Stand; auch die engagierte Verteidigung vermag ihr bisweilen nicht oder nur begrenzt zum Durchbruch zu verhelfen.

**Résumé:** L'auteur de la présente contribution se penche sur la question de savoir dans quelle mesure le principe in dubio pro reo constitue une réalité juridique. Au cours de la procédure préliminaire comme devant les tribunaux, la présomption d'innocence occupe tendanciellement une position difficile; même une défense pugnace ne parvient parfois pas, ou alors de manière limitée seulement, à la faire triompher.

<sup>52</sup> SCHWEIZER (Fn. 22), 89; DERS. (Fn. 32).

<sup>53</sup> ROTH (Fn. 32), 261 ff. und 291 ff.

<sup>54</sup> STRATE, «Welt am Sonntag» vom 18.1.2004 ([http://www.strate.net/de/person/anwalt\\_der\\_stars\\_und\\_star\\_der\\_anwaelte.html](http://www.strate.net/de/person/anwalt_der_stars_und_star_der_anwaelte.html), zuletzt besucht am 31.5.2012).

