



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Carolin Tronicsek

Der Verteidiger zwischen eigener Strafbarkeit und Schlechtverteidigung

Ein Beitrag zu den Pflichten des Verteidigers

Band 27



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Internationale Göttinger Reihe
Rechtswissenschaften

Band 27

Carolin Tronicsek

Der Verteidiger zwischen eigener
Strafbarkeit und Schlechtverteidigung

Ein Beitrag zu den Pflichten des Verteidigers

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2011

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2010

978-3-86955-805-9

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2011

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2011

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-805-9

Für Mike

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2010 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis April 2010 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg, für die Ermöglichung und Betreuung der Dissertation sowie das mir entgegengebrachte Vertrauen. Dank sagen möchte ich außerdem Herrn Prof. Dr. Tonio Walter für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus bedanke ich mich ganz herzlich bei all jenen, die mich während der Promotionszeit unterstützt haben, insbesondere meinem Ehemann, dem die Arbeit auch gewidmet ist.

Regensburg, im Juni 2011

Carolin Tronicsek

Inhalt

Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers	5
1.1 Die herrschende Lehre von der Doppelstellung	6
1.2 Abweichende Theorien	12
1.2.1 Vertretertheorien	12
1.2.1.1 Spendel	13
1.2.1.2 Wolf	15
1.2.2 Vertragstheorie	17
1.2.3 Theorie vom Prozesssubjektsgehilfen	19
1.2.4 Verfassungsrechtlich-prozessuale Theorie	20
1.3 Stellungnahme	21
2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem	29
2.1 Wahlverteidigung	30
2.1.1 Öffentlich-rechtliche Komponente aufgrund Verteidigerseriosität	31
2.1.2 Lüderssen: Vertragstheorie	33
2.1.3 Barton: Ansatz von den Einfallspforten	34
2.1.4 Stellungnahme	35
2.2 Pflichtverteidigung	38
2.2.1 Bundesverfassungsgericht: Gesetzliches Schuldverhältnis	40
2.2.2 Lüderssen: Vertragstheorie	41

Inhalt

2.2.3	Jahn: Stellvertretung	44
2.2.4	Stellungnahme	46
3	Unzulänglichkeiten der Verteidigung	53
3.1	Die Rolle des Verfahrensrechts	56
3.1.1	Amtsaufklärungspflicht	57
3.1.2	Gerichtliche Fürsorgepflicht	58
3.1.3	Rechtsbehelfe und Rechtsmittel	61
3.2	Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung	63
3.2.1	Analoge Anwendung von § 1833 BGB	64
3.2.2	Die Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses	64
3.2.3	Der Vorwurf der überzogenen Anforderungen an den Anwalt	68
4	Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers	73
4.1	Verteidigungsspezifische Delikte	74
4.2	Zum Tatbestand des § 258 StGB	76
4.3	Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verteidigerhandeln	78
5	Die Pflichten des Verteidigers	85
5.1	Die Rolle des Berufs- und Standesrechts	87
5.2	Bestimmung von Verteidigerpflichten	90
5.2.1	Die Kardinalpflichten des Zivilrechtsanwalts	90
5.2.1.1	Aufklärungspflicht	92
5.2.1.2	Rechtsprüfungspflicht	93
5.2.1.3	Pflicht zur Beratung und Belehrung	94
5.2.1.4	Grundsatz des sichersten Wegs	96
5.2.2	Übertragbarkeit des allgemeinen Pflichtenkatalogs	99
5.2.3	Pflichtverletzung und Weisungen des Beschuldigten	107
5.2.3.1	Situation beim Zivilrechtsanwalt	107
5.2.3.2	Übertragbarkeit auf den Verteidiger	108
5.2.3.3	Situation beim Verteidiger	109
5.2.3.4	Lösung	115
5.2.4	Problematik des Entscheidungsspielraums	119
5.2.4.1	Behandlung von Zweckmäßigkeitserwägungen	120

5.2.4.2	Andere pragmatische Erwägungen	123
5.2.4.3	Konsequenzen für die Bestimmbarkeit von Verteidigerpflichten	124
5.2.4.4	Überprüfbarkeit des Entscheidungsspielraums . . .	125
5.2.4.5	Spielraum bei mit strafrechtlichem Verbot korrespondierender Pflicht	129
5.2.4.6	Fazit	131
5.2.5	Bartons Mindeststandards	131
5.2.5.1	Bartons Ansatz	132
5.2.5.2	Fallgruppen, die eine Ableitung konkreter Mindeststandards erlauben	134
5.2.5.3	Konkretisierte Mindeststandards	135
6	Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten	137
6.1	Umgang mit dem Beschuldigten	140
6.1.1	Auskunft und Beratung	140
6.1.1.1	Strafrechtliches Risiko	140
6.1.1.2	Mindestanforderung	144
6.1.2	Weitergabe von Informationen	158
6.1.2.1	Strafrechtliches Risiko	159
6.1.2.2	Mindestanforderung	161
6.1.3	Sonstige Hilfen	163
6.2	Verständigung im Strafverfahren	164
6.2.1	Strafrechtliches Risiko	165
6.2.2	Mindestanforderung	166
6.3	Beweismittel	168
6.3.1	Strafrechtliches Risiko	169
6.3.1.1	Zeugen und Strafantragsberechtigte	171
6.3.1.2	Urkunden	173
6.3.2	Mindestanforderung	174
6.3.2.1	Zeugen und Strafantragsberechtigte	177
6.3.2.2	Sachverständigenbeweis	179
6.3.2.3	Urkunden	181

Inhalt

6.4 Vortrag und Plädoyer	182
6.4.1 Ausführungen	182
6.4.1.1 Strafrechtliches Risiko	182
6.4.1.2 Mindestanforderung	184
6.4.2 Antrag auf Freispruch beim erwachsenen Angeklagten	187
6.4.2.1 Strafrechtliches Risiko	187
6.4.2.2 Mindestanforderung	189
6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren	191
6.5.1 Die Frage der erzieherischen Verpflichtung des Verteidigers	193
6.5.1.1 Für den Vorrang des Erziehungsgedankens	195
6.5.1.2 Für eine teilweise erzieherische Einbindung	197
6.5.1.3 Gegen eine Bindung des Verteidigers	200
6.5.1.4 Stellungnahme	202
6.5.2 Strafrechtliches Risiko	206
6.5.3 Mindestanforderung	207
7 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	209

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Heinrich:** Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten, in: NJW 1954, 1385–1388.
- Alsberg, Max:** Philosophie der Verteidigung, Mannheim 1930.
- Augstein, Josef:** Der Anwalt: Organ der Rechtspflege? in: NStZ 1981, 52–54.
- Bandilla, Wolfgang / Hassemer, Raimund:** Zur Abhängigkeit strafrichterlicher Beweiswürdigung vom Zeitpunkt der Zeugenvernehmung im Hauptverfahren, in: StV 1989, 551–554.
- Barton, Stephan:** Sachverständiger und Verteidiger, in: StV 1983, 73–81.
- Barton, Stephan:** Das Vertragsprinzip – ein neues Strafverteidiger-Paradigma? in: StV 1990, 237–240.
- Barton, Stephan:** Mindeststandards der Strafverteidigung. Die strafprozessuale Fremdkontrolle der Verteidigung und weitere Aspekte der Gewährleistung von Verteidigerqualität, Baden-Baden 1994.
- Barton, Stephan:** Anmerkung zu OLG Nürnberg, Urteil vom 29.06.1995 – 8 U 4041/93, in: StV 1998, 606–607.
- Barton, Stephan:** Anmerkung zu KG, Urteil vom 17.01.2005 – 12 U 302/03, in: StV 2005, 450–451.
- Barton, Stephan:** Einführung in die Strafverteidigung, München 2007.
- Becker, Walter:** Zur Frage des Jugendverteidigers, in: Jugendwohl 1952, 130–133.
- Bemmann, Günther u. a.:** Arbeitskreis Strafprozeßreform. Die Verteidigung. Gesetzesentwurf mit Begründung, Heidelberg u.a. 1979.
- Bernsmann, Klaus:** Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafverfahren, in: StraFo 1999, 226–230.
- Bessler, Markus Frank:** Zur Verteidigung und Beistandschaft von straffällig gewordenen Jugendlichen, Tübingen 2000.

Literaturverzeichnis

- Beulke, Werner:** Der Verteidiger im Strafverfahren. Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt am Main 1980.
- Beulke, Werner:** Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16.05.1983 – 2 ARs 129/83, in: NStZ 1983, 504–505.
- Beulke, Werner:** Funktionen der Verteidigung im Jugendstrafverfahren, in: StV 1987, 458–462.
- Beulke, Werner:** Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen, Heidelberg 1989.
- Beulke, Werner:** Der numerus clausus der Verfahrensrechte und -pflichten als Schlüssel für die Bestimmung der Rechtsstellung des Strafverteidigers? in: StV 2007, 261–266.
- Beulke, Werner:** Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg u.a. 2008.
- Beulke, Werner / Müller, Eckhart (Hrsg.):** Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006.
- Beulke, Werner / Ruhmannseder, Felix:** Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen. 2. Auflage, Heidelberg 2010.
- Beulke, Werner / Schaffstein, Friedrich:** Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung, 14. Auflage, Stuttgart 2002.
- Bockemühl, Jan (Hrsg.):** Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 4. Auflage, Köln 2009.
- Boergen, Rüdiger:** Haftungsbegrenzungen beratender Berufe, insbesondere der Rechtsanwälte, in: NJW 1969, 913–915.
- Borgmann, Brigitte/Jungk, Antje/Grams, Holger:** Anwaltshaftung. Systematische Darstellung der Rechtsgrundlagen für die anwaltliche Berufstätigkeit. 4. Auflage, München 2005.
- Bottke, Wilfried:** Wahrheitspflicht des Verteidigers, in: ZStW 96 [1984], 726–760.
- Brunner, Rudolf:** Jugendgerichtsgesetz, 8. Auflage, Berlin u.a. 1986.
- Brunner, Rudolf / Dölling, Dieter:** Jugendgerichtsgesetz. Kommentar, 11. Auflage, Berlin u. a. 2002.
- Brüssow, Rainer u. a. (Hrsg.):** Strafverteidigung und Strafprozeß. Festgabe für Ludwig Koch, Heidelberg 1989.

- Brüssow, Rainer u. a.:** Strafverteidigung in der Praxis, Band 2, 4. Auflage, Bonn 2007.
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.):** Verteidigung in Jugendstrafsachen, Bonn 1987.
- Chab, Bertin:** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.07.2004 – IX ZR 132/03, in: BRAK-Mitt. 2004, 261–262.
- Chab, Bertin:** Neue Regressprobleme im strafrechtlichen Mandat, in: AnwBl 2005, 497–498.
- Cobler, Michael:** So einen verteidigt man nicht! in: Moral 1980, 97–105.
- Cohnitz, Wolf-Günther:** Der Verteidiger in Jugendsachen. Ist im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig? in: RdJ 1956, 196–198.
- Cohnitz, Wolf-Günther:** Der Verteidiger in Jugendsachen, Berlin u. a. 1957.
- Dahs, Hans:** Stellung und Grundaufgaben des Strafverteidigers, in: NJW 1957, 1158–1162.
- Dahs, Hans:** Absprachen im Strafprozess – Chancen und Risiken –, in: NStZ 1988, 153–159.
- Dahs, Hans:** Handbuch des Strafverteidigers, 7. Auflage, Köln 2005.
- Dessecker, Axel:** Strafvereitelung und Strafverteidigung: ein lösbarer Konflikt? in: GA 2005, 142–154.
- Diemer, Herbert/Schoreit, Armin/Sonnen, Bernd-Rüdiger:** Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen. Kommentar, 5. Auflage, Heidelberg 2008.
- Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / Rössner, Dieter (Hrsg.):** Gesamtes Strafrecht. StGB. StPO. Nebengesetze. Handkommentar, Baden-Baden 2008.
- Duttge, Gunnar (Hrsg.):** Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit. Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozeß-)rechtlicher Sicht zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Ellen Schlüchter. Baden-Baden 1998.
- Ehrlicher, Verena:** Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 16.12.1994 – 2 StR 461/94, in: NStZ 1995, 357–357.
- Eisenberg, Ulrich:** Jugendgerichtsgesetz, 13. Auflage, München 2009.
- Feuerich, Wilhelm E./Weyland, Dag/Vossebürger, Albert:** Bundesrechtsanwaltsordnung, Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partner-

Literaturverzeichnis

- schaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung, 7. Auflage, München.
- Fischer, Thomas:** Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Auflage, München 2010.
- Friedhoff, Volker:** Der hypothetische Inzidentprozeß bei der Regreßhaftung des Anwalts. Die Haftung des Prozeßanwalts und ihre Abhängigkeit von der „richtigen“ gerichtlichen Entscheidung, Hamburg 2002.
- Fuchs, Siegfried:** Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren, Frankfurt am Main u.a. 1992.
- Gallas, Wilhelm:** Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, in: ZStW 53 [1934], 256–271.
- Gatzweiler, Norbert:** Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung, in: StraFo 2001, 187–192.
- Goldschmidt, James:** Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925.
- Graf, Jürgen Peter (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar StPO, München, Stand: 1.10.2009, Edition: 5.
- Haffke, Bernhard:** Zwangsverteidigung – notwendige Verteidigung – Pflichtverteidigung – Ersatzverteidigung, in: StV 1981, 471–499.
- Hamm, Rainer (Hrsg.):** Festschrift für Werner Sarstedt zum siebzigsten Geburtstag, Berlin 1981.
- Hamm, Rainer / Leipold, Klaus (Hrsg.):** Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Auflage, München 2010.
- Hammerstein, Gerhard:** Verteidigung und Moralität, in: NStZ 1990, 261–265.
- Hammerstein, Gerhard:** Verteidigung wider besseres Wissen? in: NStZ 1997, 12–15.
- Hannich, Rolf / Appl, Ekkehard (Hrsg.):** Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Auflage, München 2008.
- Hartmann, Tanja:** Der Strafverteidiger und sein Handeln – oftmals Strafverteilung und Geldwäsche? – Ein Überblick, in: AnwBl 2002, 330–335.
- Hassemer, Winfried:** Reform der Strafverteidigung, in: ZRP 1980, 326–332.
- Hassemer, Winfried / Kempf, Eberhard / Moccia, Sergio (Hrsg.):** In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, München 2009.

- Hauber, Rudolf:** Das Dilemma der Verteidigung jugendlicher Straftäter, in: RdJ 1979, 355–363.
- Heeb, Wolfgang:** Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Tübingen 1972.
- Heinicke:** Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland. Die Geschichte ihrer Beziehung und die Rechtsstellung des Verteidigers heute, München 1984.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar StGB, München, Stand: 1.10.2009, Edition: 10.
- Henssler, Martin / Prütting, Hanns (Hrsg.):** Bundesrechtsanwaltsordnung mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln, 2. Auflage, München 2004.
- Herdegen, Gerhard:** Das Beweisantragsrecht – Zum Rechtsmissbrauch – Teil III, in: NStZ 2000, 1–8.
- Hilgendorf, Eric:** Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung gem. § 143 StPO, in: NStZ 1996, 1–7.
- Hinrichsen, Kurt:** Zur Frage, ob im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Stellungnahmen zu dem vorstehenden Aufsatz von Wolf-Günther Cohnitz, in: RdJ 1956, 201–202.
- Hippel, Robert von:** Der deutsche Strafprozess, Marburg 1941.
- Hirsch, Hans Joachim / Wolter, Jürgen / Brauns, Uwe (Hrsg.):** Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003.
- Hirsch, Johannes Magnus:** Der zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellte Beweisantrag und seine strafprozessuale Behandlung, Frankfurt am Main u.a. 1995.
- Jahn, Matthias:** „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998.
- Jahn, Matthias:** Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung, in: JR 1999, 1–5.
- Jahn, Matthias:** Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.06.1998 – 24 U 161/97, in: StV 2000, 431–433.

Literaturverzeichnis

- Jungk, Antje:** Haftung in strafrechtlichen Mandaten, in: AnwBl 1998, 152–154.
- Kappellmann, Tobias:** Die Strafbarkeit des Strafverteidigers. Zur Abgrenzung von strafbewehrten und straffreien Prozesshandlungen durch zweckorientierte Auslegung prozessualer Befugnisse, Baden-Baden 2006.
- Kett-Straub, Gabriele:** Darf das Gericht dem Pflichtverteidiger „kündigen“? in: NSTZ 2006, 361–366.
- Kindhäuser, Urs:** Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Kleine-Cosack, Michael:** Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, 5. Auflage, München 2008.
- Knemeyer, Franz-Ludwig:** Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage, München 2007.
- Kniemeyer, Claus-Dieter:** Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinem Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Frankfurt am Main 1997.
- Köllner, Rolf:** Die Haftung des Strafverteidigers, in: ZAP Fach 23 [1997], 303–310.
- Krause, Daniel M.:** Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, in: NSTZ 2000, 225–234.
- Krekeler, Wilhelm:** Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, in: NSTZ 1989, 146–153.
- Kudlich, Hans:** Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschluss vom 17.11.1997 – 2 Ws 255-97, in: NSTZ 1998, 588–590.
- Kühne, Hans-Heiner:** Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 7. Auflage, Heidelberg u.a. 2007.
- Lehmann, Jens:** Der Anspruch auf Einsicht in die Unterlagen des Sachverständigen, in: GA 2005, 639–647.
- Leipold, Klaus:** Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren, in: NJW-Spezial 2009, 520–521.
- Liszt, Franz von:** Die Stellung des Strafverteidigers, in: StV 2001, 137–139.
- Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner:** Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Band 3, 25. Auflage, Berlin 2004.

- Lüderssen, Klaus:** Die Pflichtverteidigung – Zum gegenwärtigen Stand der Konkretisierung des § 140 StPO, in: NJW 1986, 2742–2748.
- Malek, Klaus:** Verteidigung in der Hauptverhandlung, 3. Auflage, Heidelberg 1999.
- Malek, Klaus:** Die neue Kronzeugenregelung und ihre Auswirkungen auf die Praxis der Strafverteidigung, in: StV 2010, 200–206.
- Maurer, Hartmut:** Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2009.
- Meyer-Goßner, Lutz:** Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 52. Auflage, München 2009.
- Meyer-Goßner, Lutz:** Was nicht Gesetz werden sollte! Einige Bemerkungen zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Verständigung im Strafverfahren, in: ZRP 2009, 107–109.
- Müller, Eckhart / Gussmann, Klaus:** Berufsrisiken des Strafverteidigers, München 2007.
- Müller, Henning Ernst:** Rechtsprechungsüberblick zu den Rechtspflegedelikten (1997-2001) - (§§ 153ff., 164, 258, 339, 356 StGB), in: NStZ 2002, 356–364.
- Müller-Dietz, Heinz:** Strafverteidigung und Strafvereitelung, in: Jura 1979, 242–255.
- Müller-Gerteis, Anja:** Die zivilrechtliche Haftungssituation des Strafverteidigers. Zugleich eine Darstellung seines Pflichtenprogramms, Konstanz 2005.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.):** Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Auflage, München 2008.
- Neuhaus, Ralf:** Notwendige Verteidigung im Erkenntnisverfahren, in: ZAP Fach 22 [1995], 147–168.
- Niemöller, Martin:** Prozessverschleppung – die Absicht genügt, in: NStZ 2008, 181–188.
- Niemöller, Martin:** Nochmals Prozessverschleppung – Entgegnung auf Bauer, NStZ 2008, 542, in: NStZ 2009, 129–130.

Literaturverzeichnis

- Niemöller, Martin/Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim:** Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar, München 2010.
- Niese, Werner:** Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950.
- Olk, Sebastian:** Die Abgabe von Sacherklärungen des Angeklagten durch den Verteidiger, Frankfurt am Main u.a. 2006.
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.):** Reform oder Roll-Back? Weichenstellung für das Straf- und Strafprozeßrecht. 21. Strafverteidigertag vom 11. bis 13. April 1997 in Kassel, Köln 1997.
- Ostendorf, Heribert:** Strafvereitelung durch Strafverteidigung, in: NJW 1978, 1345–1350.
- Ostendorf, Heribert:** Die Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren, in: StV 1986, 308–312.
- Ostendorf, Heribert:** Jugendgerichtsgesetz, 7. Auflage, Baden-Baden 2007.
- Ostendorf, Heribert:** Jugendstrafrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2007.
- Palandt, Otto (Begr.):** Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen; insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I- und Rom II-Verordnungen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 69. Auflage, München 2010.
- Paulus, Rainer:** Dogmatik der Verteidigung, in: NStZ 1992, 305–311.
- Peters, Karl:** Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg 1985.
- Pfeiffer, Gerd:** Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln, in: DRiZ 1984, 340–349.
- Pfeiffer, Gerd:** Strafprozessordnung, Kommentar, München 2005.
- Pfordte, Thilo / Degenhard, Karl:** Der Anwalt im Strafrecht, Baden-Baden 2005.
- Potrykus, Gerhard:** Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 3. Auflage, Darmstadt u.a. 1955.
- Potrykus, Gerhard:** Zur Frage, ob im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Stellungnahmen zu dem vorstehenden Aufsatz von Wolf-Günther Cohnitz, in: RdJ 1956, 202–203.

- Prinz, Hans-Josef:** Der juristische Supermann als Maßstab, in: *VersR* 1986, 317–320.
- Randt, Karsten / Schauf, Jörg:** Selbstanzeige und Liechtenstein-Affäre: Ist der Weg in die Straflosigkeit noch möglich oder sind die Taten schon entdeckt? in: *DStR* 2008, 489–491.
- Riedel, Fritz / Sußbauer, Heinrich (Begr.):** Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte. Kommentar, 8. Auflage, München 2000.
- Rinsche, Franz-Josef/Fahrendorf, Klaus/Terbille, Michael:** Die Haftung des Rechtsanwalts. Haftungsrecht, Haftungsbeschränkungen, Haftpflichtversicherung; ein Praxishandbuch, 7. Auflage, Köln u.a. 2005.
- Rode, Christian:** Das Geständnis in der Hauptverhandlung, in: *StraFo* 2007, 98–103.
- Roxin, Claus / Schönemann, Bernd:** Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 26. Auflage, München 2009.
- Roxin, Claus / Widmaier, Gunter (Hrsg.):** 50 Jahre BGH. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozessrecht, München 2000.
- Rudolphi, Hans-Joachim / Wolter, Jürgen (Hrsg.):** Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band 3, Neuwied/Kriftel Loseblattausgabe.
- Rüffer, Wilfried / Halbach, Dirk / Schimikowski, Peter (Hrsg.):** Versicherungsvertragsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2009.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1-240, ProstG, 5. Auflage, München 2006.
- Salditt, Franz:** Das Interesse an der Lüge, in: *StV* 1999, 61–64.
- Satzger, Helmut / Schmitt, Bertram / Widmaier, Gunter (Hrsg.):** Strafgesetzbuch. Kommentar, Köln 2009.
- Schäfer, Gerhard:** Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte, 6. Auflage, Stuttgart u. a. 2000.
- Schier, Wolfgang:** Die Stellung des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, in: *AnwBl* 1984, 410–416.
- Schilling, Robert:** Zur Frage, ob im Jugendstrafverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Stellungnahmen zu dem vorstehenden Aufsatz von Wolf-Günther Cohnitz, in: *RdJ* 1956, 203–204.

Literaturverzeichnis

- Schlecht, Kerstin:** Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, Tübingen 2006.
- Schlee, Heinz:** Haftungsgefahren bei strafrechtlichen Mandaten, in: AnwBl 1986, 31–32.
- Schlickum, Gunter:** Verteidigung in Jugendstrafsachen: Mithilfe zur Verurteilung? in: StV 1981, 359–362.
- Schlothauer, Reinhold:** Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger, 2. Auflage, Heidelberg 1998.
- Schlüchter, Ellen:** Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln u.a. 1983.
- Schmidt, Eberhard:** Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Auflage, Göttingen 1964.
- Schmidt, Rolf / Priebe, Klaus:** Strafrecht – Besonderer Teil I. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 7. Auflage, Grasberg bei Bremen 2008.
- Schnarr, Karl Heinz:** Das Schicksal der Vollmacht nach Beiordnung des gewählten Verteidigers, in: NStZ 1986, 488–493.
- Schneider, Egon:** Die missglückte ZPO-Reform, in: NJW 2001, 1357–1358.
- Schneider, Egon:** Die Klage im Zivilprozess mit Klageerwiderung und Replik, 3. Auflage, Köln 2007.
- Schneider, Rolf:** Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst (Begr.):** Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Auflage, München 2006.
- Schünemann, Bernd:** Die Verständigung im Strafprozeß – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung? in: NJW 1989, 1895–1903.
- Senge, Lothar:** Missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten - wesentliches Merkmal der Konfliktverteidigung? Abwehr der Konfliktverteidigung, in: NStZ 2002, 225–233.
- Slobodenjuk, Dimitri:** Vertragliche Anwaltpflichten – überspanntes Haftungsrisiko? in: NJW 2006, 113–117.
- Spendel, Günther:** Zur Vollmacht und Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: JZ 1959, 737–741.

- Staudinger, Julius von (Begr.):** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Berlin 2003, Stand: Neubearbeitung 2003.
- Steffen, Stern:** Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 2. Auflage, Heidelberg 2005.
- Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (Hrsg.):** Thesen zur Strafverteidigung, München 1992.
- Streng, Franz:** Jugendstrafrecht, Heidelberg 2003.
- Stumpf, Olaf:** Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), Baden-Baden 1999.
- Ulrich, Eisenberg:** Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren, in: NJW 1984, 2913–2920.
- Vollkommer, Max (Begr.):** Anwaltshaftungsrecht, 3. Auflage, München 2009.
- Vormbaum, Thomas:** Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, Berlin 1987.
- Wahle, Eberhard (Hrsg.):** Mandant und Verteidiger. Symposium zum 60. Geburtstag von Rechtsanwalt Prof. Dr. Egon Müller, Band 12, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, München 2000.
- Waldhorn, Georg:** Das Verhältnis von Strafverteidigung und Begünstigung, Würzburg 1967.
- Walter, Michael:** Stellung und Bedeutung des Strafverteidigers im jugendkriminalrechtlichen Verfahren, in: NSTZ 1987, 481–486.
- Walter, Michael (Hrsg.):** Strafverteidigung für junge Beschuldigte. Versuch einer Bestandsaufnahme und einer Bilanz der „Kölner Richtlinien“, Pfaffenweiler 1997.
- Warda, Günter u. a. (Hrsg.):** Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1976.
- Wassermann, Rudolf (Hrsg.):** Kommentar zur Strafprozessordnung. Reihe Alternativkommentare, Band 2 Teilbd. 1 §§ 94 - 212 b, Neuwied u.a. 1992.
- Weigend, Thomas:** Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 20.03.1996 – 2 ARs 20/96, in: NSTZ 1997, 47–48.
- Weihrauch, Matthias:** Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 6. Auflage, Heidelberg 2002.

Literaturverzeichnis

- Welp, Jürgen:** Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: ZStW 90 [1978], 804–828.
- Welp, Jürgen:** Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, in: ZStW 90 [1978], 101–131.
- Widmaier, Gunter:** Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust(?), in: NStZ 1992, 519–523.
- Widmaier, Gunter (Hrsg.):** Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, München 2006.
- Wolf, Gerhard:** Das System des Rechts der Strafverteidigung. Die Struktur der gesetzlichen Regelung und ihre Bedeutung für die Praxis, Frankfurt (Oder) 2000.
- Würtenberger, Thomas:** Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe. 10. Internationaler Lehrgang in Freiburg/Br., 2.-8. Okt. 1960, veranstaltet von der Internationalen Gesellschaft für Kriminologie in Verbindung mit der Kriminalbiologischen Gesellschaft und dem Institut für Kriminologie und Strafvollzugskunde an der Universität Freiburg/Br., Stuttgart 1961.
- Zeifang, Gregor:** Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers im Spannungsfeld zwischen prozessuaalem und materiellem Recht, Marburg 2004.
- Zieger, Matthias:** Verteidiger in Jugendstrafsachen – Erfahrungen und Empfehlungen, in: StV 1982, 305–313.
- Zieger, Matthias:** Verteidigung in Jugendstrafsachen, 5. Auflage, Heidelberg 2008.
- Ziegert, Ulrich (Hrsg.):** Grundlagen der Strafverteidigung. Handbuch für die Aus- und Weiterbildung des Fachanwalts, Stuttgart u. a. 2000.
- Zugehör, Horst u. a.:** Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Auflage, Recklinghausen 2006.
- Zwiehoff, Gabriele:** Haftung des Strafverteidigers? in: StV 1999, 555–562.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufbau-Lfg.	Aufbau-Lieferung
Aufl.	Auflage
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Bundesgerichtshof Report
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer Mitteilungen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung

Abkürzungsverzeichnis

BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte
etc.	et cetera
f.	folgende Seite / Randnummer
ff.	folgende Seiten / Randnummern
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.E.	im Ergebnis
i.R.	im Rahmen
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KK-StPO	Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung
LBG	Landesbeamtenengesetz

Abkürzungsverzeichnis

LG	Landgericht
lit.	litera
LPK-StGB	Lehr- und Praxiskommentar Strafgesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MRK	Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport
o.ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Oberlandesgericht Report
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PR	Public relations
RdJ	Recht der Jugend
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
Rn.	Randnummer
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Seite
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
sog.	sogenannte(r)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidigerforum
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen
StV	Strafverteidiger
Teilbd.	Teilband

Abkürzungsverzeichnis

u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z.B.	zum Beispiel
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Welche Grenzen der Strafverteidigung darf der Verteidiger nicht überschreiten, um sich weder dem Vorwurf einer strafbaren Handlung noch dem einer schlechten Verteidigung ausgesetzt zu sehen? Für den Verteidiger besteht die Gefahr, sich in Ausübung seiner Tätigkeit selbst – insbesondere wegen Strafvereitelung – strafbar zu machen. Ein weiteres Risiko liegt in der zivilrechtlichen Haftung.

Während der im Zivilrecht tätige Rechtsanwalt von jeher ein beträchtliches Haftungsrisiko trägt, bestand für den Verteidiger lange Zeit keine Veranlassung, sich wegen einer Inpflichtnahme aufgrund unzureichender Dienstleistung Gedanken zu machen. Eine steigende Zahl von Haftungsprozessen in den vergangenen Jahren hat der bisher weitgehend unbeachtet gebliebenen Thematik zu Aktualität verholfen.

Von den Beiträgen aus der Wissenschaft zur Verteidigerhaftung kommt dem von Barton¹ herausragende Bedeutung zu. Nicht nur hat er sich, soweit ersichtlich, als Erster eingehend mit der Problematik aus strafprozessualer Sicht befasst. Er hat mit seinem Konzept der Mindeststandards auch den Nachweis erbracht, dass eine Formulierung konkreter, vom Verteidiger zu beachtender Mindeststandards möglich ist². Für den Verfahrensabschnitt der Vorbereitung der Hauptverhandlung hat Barton einzelne Verteidigerpflichten im Sinne von haftungsrechtlichen Mindeststandards herausgearbeitet³.

Im Übrigen existiert kein auch nur annähernd umfassender Pflichtenkatalog für den Verteidiger⁴. Die konkreten Pflichten des Verteidigers gegenüber

¹Barton, Mindeststandards.

²Barton, Mindeststandards, S. 293 ff.

³Barton, Mindeststandards, S. 324 ff.

⁴So u.a. auch Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2101; Schlecht, Haftung, S. 75; Zwiethoff, StV 1999, 555 (556). Zur zivilrechtlichen Seite des Verteidigerregresses gibt es inzwi-

Einleitung

seinem Mandanten⁵ sind weder gesetzlich geregelt, noch haben sie bisher durch Literatur oder Rechtsprechung eine im Ansatz abschließende Klärung erfahren. Die Anforderungen, denen das Handeln eines Verteidigers genügen muss, um sich nicht dem Vorwurf der Schlechtverteidigung auszusetzen, liegen weitgehend im Dunkeln.

Im Gegensatz hierzu beschäftigt sich mit der Problematik der eigenen Strafbarkeit des Verteidigers, also der Frage der Obergrenze der Verteidigung, eine kaum mehr zu übersehende Anzahl an Publikationen. Inzwischen hat sich die von der Rechtsprechung vertretene Abgrenzung von (noch) erlaubter Verteidigung zu unzulässiger und damit strafbarer Verteidigung auf breiter Ebene durchgesetzt⁶.

Die vorliegende strafprozessuale Untersuchung arbeitet einzelne konkrete Pflichten des Verteidigers im Sinne von Mindestanforderungen heraus. Sie behandelt die Frage, wann sich bei mandatsinterner Kenntnis von der Schuld Verfahrensrechte des Verteidigers zu einer Pflicht gegenüber dem Beschuldigten verdichten, sodass ein abweichendes Handeln den Vorwurf der Schlechtverteidigung und möglicherweise einen zivilrechtlichen Haftungsanspruch begründet.

Da wie erwähnt die Problematik der unzureichenden Verteidigertätigkeit bisher wenig Beachtung erfahren hat und die Anzahl der Urteile zum Verteidigerregress überschaubar ist, wäre es vermessen, eine umfassende Systematik der Pflichten des Verteidigers erstellen zu wollen. Die Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf die Konstellation der mandatsinternen Kenntnis von der Schuld erfolgt, weil der Verteidiger in dieser Situation zudem dem Risiko ausgesetzt ist, sich wegen Strafvereitelung strafbar zu machen⁷. Im Rahmen eines eigenen Ansatzes sollen die mit dem jeweiligen für

schen erste Dissertationen: Schlecht, Haftung (2006), und Müller-Gerteis, Haftungssituation (2005).

⁵Im Folgenden wird statt „Mandant“ in der Regel der Begriff des Beschuldigten gebraucht, den § 157 StPO als für alle Verfahrensstadien geltenden Oberbegriff verwendet. Zum Beschuldigtenbegriff Meyer-Goßner, StPO, § 157 Rn. 1 ff.

⁶Richtungsweisende höchstrichterliche Entscheidungen sind u.a.: BGHSt 29, 99 (insbes. 102 ff.) = NJW 1980, 64 (64 f.); BGHSt 38, 345 (insbes. 347 ff.) = NJW 1993, 273 (insbes. 274); BGHSt 46, 53 (53 ff.) = NJW 2000, 2433 (2433 ff.). Zu Einzelheiten vgl. insbes. die Ausführungen unter 4.3.

⁷Darüber hinaus läuft der Verteidiger Gefahr, sich in der genannten Konstellation auch wegen anderer Tatbestände strafbar zu machen. Wie sich zeigen wird, kommt dem der Strafvereite-

den Verteidiger geltenden Verbot korrespondierenden Pflichten konturiert und konkretisiert werden. Der Rechtsprechung und den Arbeiten zur Obergrenze der Verteidigung können mannigfaltige Aussagen über die Pflichten des Verteidigers entnommen werden, während aus der spärlichen Rechtsprechung zum Verteidigerregress sich nur vereinzelt allgemeine Mindestanforderungen ableiten lassen.

Nicht untersucht wird die Frage, ob die unzureichende Verteidigerleistung im Einzelfall in einen Verteidigerregress und damit in eine Kompensation der Unzulänglichkeit auf dem Zivilrechtsweg münden kann. Zivilrechtliche Fragestellungen rund um die Verteidigerhaftung wurden in den vergangenen Jahren mehrfach aufgegriffen⁸. Die vorliegende Arbeit widmet sich der Konturierung und Konkretisierung der Verteidigerpflichten, also der Untergrenze der Strafverteidigung.

Zwar bedeutet eine inhaltliche Konkretisierung noch nicht, dass eine unzureichende Verteidigerleistung zu einer zivilrechtlichen Haftung führt, doch ist sie hierfür Bedingung. Ist beispielsweise die Pflichtwidrigkeit nur schwer dem Beweis zugänglich, so ist eine Konkretisierung der Pflichtwidrigkeit Voraussetzung dafür, dass sie überhaupt dem Beweis zugänglich sein kann.

Die Verteidigerpflichten abzuklären, ist auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unerlässlich. Der Beschuldigte hat nicht nur einen grundgesetzlich verbürgten Anspruch auf einen Verteidigerbeistand, sondern auch einen Anspruch auf eine wirksame Verteidigung. Jeglicher Forderung nach Gewährung einer wirksamen Verteidigung ist aber die Frage vorgelagert, wann der Verteidiger seine Pflichten in nicht mehr ausreichendem Maß erfüllt.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet zwangsläufig die auch heute noch immer wieder aufgegriffene, wenngleich weitgehend geklärte Frage, welche Stellung der Verteidiger im Strafprozess einnimmt. Aus diesem Grund wird die überzeugende herrschende Meinung aufgezeigt, allerdings

lung eine herausragende Bedeutung zu. Außerdem besteht natürlich die Möglichkeit einer Strafbarkeit des Verteidigers wegen versuchter Strafvereitelung, wenn er fälschlicherweise an die Schuld des Beschuldigten glaubt und damit ein untauglicher Versuch vorliegt.

⁸So beispielsweise von Müller-Gerteis, Haftungssituation, und Schlecht, Haftung.

Einleitung

ergänzt um die Darstellung einiger ausgewählter, vor allem jüngerer Ansätze.

Das anschließende Kapitel beleuchtet die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem. Einzugehen ist hier neben der Wahlverteidigung auf das Institut der Pflichtverteidigung. Besondere Bedeutung hat in dem Zusammenhang die Frage, ob die Mandatsbeziehung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger eine öffentlich-rechtliche Komponente aufweist.

Die mögliche Schlechtleistung des Verteidigers behandelt das dritte Kapitel zusammen mit der Frage, inwieweit Unzulänglichkeiten der Verteidigung durch das Strafprozessrecht kompensiert werden. Sodann werden die Grundlagen einer zivilrechtlichen Verteidigerhaftung skizziert.

Das folgende Kapitel legt dar, wie sich ein Verteidiger in Ausübung seiner Tätigkeit strafbar machen kann. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der „Strafvereitelung“, dem für die Strafbarkeit von Verteidigerhandeln zentralen Tatbestand. Als Vorarbeit für die Konkretisierung korrespondierender Pflichten wird dargelegt, wo die Grenze zwischen rechtmäßiger Verteidigung und Strafvereitelung verläuft.

Das fünfte Kapitel beschäftigt sich mit den Pflichten des Verteidigers. Breiten Raum nimmt hier die Frage ein, wie Verteidigerpflichten bestimmt werden können. Diskutiert wird unter anderem der dem Verteidiger zur Verfügung stehende Entscheidungsspielraum sowie die Frage, ob ein Pflichtenverstoß ausscheidet, wenn der Verteidiger aufgrund einer Weisung des Beschuldigten gehandelt hat.

Im letzten Kapitel erfolgt die Konturierung und Konkretisierung von mit verbotenem Verteidigerhandeln korrespondierenden Pflichten, das heißt die Ober- und Untergrenzen der einzelnen Verteidigertätigkeiten.

Mit der vorliegenden Arbeit soll so ein Beitrag zur Kasuistik der Verteidigerpflichten geleistet und der in dem Bereich herrschenden Rechtsunsicherheit entgegengewirkt werden.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Die Frage nach der Stellung des Verteidigers im Strafprozess, seiner Funktion und seinen Aufgaben treibt seit Ende der Inquisitionsprozesse und Beginn der Verteidigung, wie wir sie heute kennen, sowohl die Wissenschaft als auch die Praxis um.

Vor der Ära des reformierten Strafprozesses gab es kaum Veranlassung, über die Stellung des Verteidigers nachzusinnen, da die ihm eingeräumte Position vernachlässigenswert, ja praktisch ohne Bedeutung war¹. Davon kann heute nicht mehr die Rede sein; dennoch schweigt die StPO zur Stellung des Verteidigers im Strafverfahren. Lediglich § 137 Abs. 1 StPO enthält eine allgemeine Regelung, wonach sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen kann, die Zahl der gewählten Verteidiger aber nicht mehr als drei betragen darf. Darüber hinaus besagt § 1 BRAO, dass der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist.

Über Jahrzehnte hinweg hat sich eine fast nicht mehr zu überblickende Anzahl von Monographien, Dissertationen und anderen Beiträgen mit der Stellung des Strafverteidigers befasst. Die zentralen Fragestellungen sind dabei weitgehend die gleichen geblieben. Erkennbar wird dies beispielsweise anhand des thematisch einschlägigen Vortrages von Franz von Liszt aus dem Jahr 1901². Seine Fragestellungen gelten noch über hundert Jahre später. Überdies klingen seine Ansichten so zeitgemäß, dass sie der Gegenwart entstammen könnten.

¹Zur Bedeutungslosigkeit vgl. Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 7 ff., Rn. 19.

²Franz von Liszt hielt den Vortrag auf einer Zusammenkunft des Berliner Anwaltsvereins im Jahr 1901. Anlässlich des 25. Strafverteidigertages in Berlin im Jahr 2001 wurde der Vortrag erneut abgedruckt: von Liszt, StV 2001, 137.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Auch wenn die Diskussion weiter schwelt, hat sich inzwischen auf breiter Ebene die Ansicht durchgesetzt, dass der Verteidiger sowohl Beistand des Beschuldigten als auch Organ der Rechtspflege ist. Im Folgenden wird daher neben der herrschenden Meinung auf einige ausgewählte, neuere Ansätze eingegangen.

Die Frage nach der Stellung des Strafverteidigers bildet denknotwendig den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung. Denn von der Ortung des Verteidigers im System hängt ab, wie das Innenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem einzuordnen ist. Die Ausgestaltung der rechtlichen Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem wiederum wirkt sich auf den möglichen Kreis der Verteidigerpflichten aus. In dem Zusammenhang ist insbesondere die Frage von Bedeutung, ob der Verteidiger unabhängig vom Willen des Beschuldigten handeln kann oder an dessen Weisungen gebunden ist.

Mehr als den Ausgangspunkt bildet die Problematik der Stellung des Verteidigers aber nicht, weil sich aus keiner der vertretbaren Ansichten und den damit einhergehenden Fragen hinsichtlich Funktion und Aufgaben des Verteidigers *konkret* ergibt, wann der Verteidiger die Grenze zum Verbotenen überschreitet und welchen Mindestanforderungen seine Tätigkeit genügen muss.

Zunächst also zur Stellung des Verteidigers, außen vor bleibt die problematische Abgrenzung von unerlaubter zu nicht mehr erlaubter Verteidigung. Die Erörterung der eigenen Strafbarkeit des Verteidigers, also der Obergrenze der Verteidigung, erfolgt in einem eigenen Kapitel.

1.1 Die herrschende Lehre von der Doppelstellung

Nach der insbesondere von der Rechtsprechung entwickelten und zwischenzeitlich auch in der Literatur vorherrschenden Organtheorie kommt dem Verteidiger eine Doppelstellung zu. Er ist einerseits Beistand des Beschuldigten, andererseits ein selbständiges Organ der Rechtspflege³. Die Institu-

³So u.a.: BVerfGE 34, 293 (300) = NJW 1973, 696 (697); BVerfGE NJW 1975, 2341 (2341); BGHSt 9, 20 (22); BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); BGHSt 46, 36 (39) = NJW 2000, 2217 (2218);

1.1 Die herrschende Lehre von der Doppelstellung

tion der Verteidigung im Strafprozess liegt danach nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern auch im Interesse einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege⁴.

Sowohl an der öffentlichen Funktion des Verteidigers als Organ der Rechtspflege als auch an seiner privaten Funktion als Beistand des Beschuldigten besteht ein öffentliches Interesse. Grund hierfür ist die Ausgestaltung des Strafprozesses und der gerichtlichen Wahrheitsfindung⁵.

Im Gegensatz zum reinen Inquisitionsprozess ist im heutigen Strafprozess der Richter nicht zugleich Ankläger, sondern die einzelnen Aufgaben – anklagen, verteidigen, urteilen – sind verschiedenen Prozessorganen zugewiesen⁶. Entsprechend dieser dialektischen Struktur obliegt es Anklage und Verteidigung, das Für und Wider in den Prozess einzubringen⁷. Auf die Weise soll die gerichtliche Wahrheitsfindung und eine gerechte Entscheidung gewährleistet werden⁸, die auch im Interesse des Staates liegt⁹.

Der Verteidiger hat als „kalkuliertes Gegengewicht“ zur Anklage streng einseitig zugunsten des Beschuldigten zu agieren¹⁰, damit das Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen genügt¹¹. Er ist ein „Glied eines auf zweckmäßige Wahrheitsforschung gerichteten Mechanismus“¹².

Der Verselbständigung der Anklagefunktion im heutigen Strafprozess entsprechend ist der Beschuldigte nicht mehr wie im Inquisitionsprozess Objekt

Müller-Dietz, Jura 1979, 242 (248 f.); Augstein, NStZ 1981, 52 (54); Pfeiffer, DRiZ 1984, 340 (342); Hammerstein, NStZ 1997, 12 (13); Senge, NStZ 2002, 225 (225).

⁴So etwa BGHSt 29, 99 (106) = NJW 1980, 64 (65); BGHSt 38, 111 (114) = NJW 1992, 1245 (1246).

⁵Hierzu Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815), sowie Dahs, Handbuch, S. 9.

⁶Hierzu Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815), sowie Dahs, Handbuch, S. 9.

⁷Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815); Dahs, Handbuch, S. 9.

⁸Für viele Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815), sowie Dahs, Handbuch, S. 9.

⁹So schon RGSt 77, 153 (155 f.); siehe auch Welp, ZStW 90 [1978], 101 (117 ff.) m.w.N.

¹⁰Für viele: Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815 f.); Dahs, Handbuch, S. 9.

¹¹Hierzu anschaulich Beulke, Strafprozessrecht, S. 94 (Rn. 150), der aber die von ihm entwickelte eingeschränkte Organtheorie vertritt.

¹²Gallas, ZStW 53 [1934], 256 (262).

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

des Verfahrens¹³, sondern ein der Anklage gegenübergestelltes Prozesssubjekt¹⁴.

Als Prozesssubjekt muss er die Möglichkeit haben, Gang und Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen¹⁵. Dies gebietet der verfassungsrechtlich gewährleistete Grundwert der Menschenwürde¹⁶. Der Beschuldigte darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs herabgesetzt werden¹⁷.

Damit der Beschuldigte seine Rechte vollumfänglich wahrnehmen kann, muss er das Recht haben, seinen Verteidiger frei zu wählen¹⁸.

Als Beistand hat der Verteidiger für die sachgerechte Verteidigung des Beschuldigten zu sorgen, indem er zum einen alle zugunsten des Beschuldigten sprechenden Umstände geltend macht und zum anderen über die strenge Justizförmigkeit des Verfahrens wacht¹⁹. Ihm obliegt der Ausgleich von Defiziten, die der Beschuldigte in rechtlicher und sonstiger Hinsicht – etwa infolge der mit dem Verfahren einhergehenden persönlichen Betroffenheit – aufweist²⁰.

¹³So die st. Rspr., BVerfGE 9, 89 (95) = NJW 1959, 427 (427); BVerfGE 26, 66 (71) = NJW 1969, 1423 (1424); BVerfGE 46, 202 (210) = NJW 1978, 151 (151); BVerfGE 63, 380 (390) = NJW 1983, 1599 (1599); so auch Gallas, ZStW 53 [1934], 256 (261); Welp, ZStW 90 [1978], 804 (816); Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 28; Dahs, Handbuch, S. 7. Auch der Zeuge darf, trotz seiner prozessualen Funktion als Beweismittel, nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht werden, BVerfGE 38, 105 (114) = NJW 1975, 103 (104).

¹⁴So Gallas, ZStW 53 [1934], 256 (261), und Welp, ZStW 90 [1978], 804 (816).

¹⁵So u.a. BVerfGE 26, 66 (71) = NJW 1969, 1423 (1424); BVerfGE 46, 202 (210) = NJW 1978, 151 (151); BVerfGE 63, 380 (390) = NJW 1983, 1599 (1599).

¹⁶BVerfGE 27, 1 (6) = NJW 1969 (1707); BVerfGE 45, 187 (228) = NJW 1977, 1525 (1526); BGHSt 14, 358 (364) = NJW 1960, 1580 (1582).

¹⁷BVerfGE 45, 187 (228) = NJW 1977, 1525 (1526); BVerfGE 28, 386 (391) = NJW 1970, 1453 (1454).

¹⁸So etwa BVerfGE 34, 293 (302) = NJW 1973, 696 (697).

¹⁹Für viele: BGHSt 9, 20 (22); BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); BGHSt 15, 326 (327) = NJW 1961, 614 (614); BGH NJW 1964, 2402 (2403); OLG München NJW 1976, 252 (253).

²⁰Hierzu etwa: Beulke, Strafprozessrecht, S. 93 (Rn. 148); Kühne, Strafprozessrecht, S. 108 (Rn. 170); Welp, ZStW 90 [1978], 804 (813 f.). Beulke weist an der Stelle darauf hin, dass das Herstellen von Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten und den übrigen Organen zu den Verfahrenszielen zählt, auch wenn dieses Ziel aufgrund der Regeln des Parteiprozesses, die im Strafprozess Anwendung finden, nicht immer erreicht werden kann.

1.1 Die herrschende Lehre von der Doppelstellung

Dabei agiert der Verteidiger aus eigenem Recht und im eigenen Namen, er tritt selbständig an der Seite des Beschuldigten auf und ist nicht dessen Vertreter²¹.

Als Organ der Rechtspflege ist der Verteidiger mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattet²² und dem Gericht sowie der Staatsanwaltschaft gleichgeordnet²³. Er übt einen freien Beruf aus, ist also unabhängig und weder gerichtlicher noch staatlicher Kontrolle unterworfen; es gilt der Grundsatz der freien Advokatur²⁴.

Der ihm zugeschriebenen unabhängigen Position entsprechend ist der Verteidiger nicht an Weisungen des Beschuldigten gebunden²⁵, er kann auch gegen dessen Willen handeln²⁶.

Ein Recht zur Lüge hat der Verteidiger nicht, im Rahmen seiner Beistandsfunktion darf er nur zu Mitteln greifen, die nach Prozess- und Landesrecht erlaubt sind²⁷. Auch die Beratung bei einer Lüge ist ihm untersagt²⁸.

²¹So die h.M., für viele: BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); OLG Celle NStZ 1988, 426 (426); Meyer-Gofßner, StPO, Vor § 137 Rn. 1. Die StPO sieht nur in wenigen Konstellationen eine „echte“ Vertretung des Beschuldigten durch seinen Verteidiger vor, so in § 145a Abs. 1 StPO (Zustellungsvollmacht), §§ 234, 234a StPO (betrifft die Vertretung des abwesenden Angeklagten in der Hauptverhandlung), § 350 Abs. 2 StPO (Vertretung in der Hauptverhandlung in der Revision), § 387 Abs. 1 StPO (Vertretung in der Hauptverhandlung im Privatklageverfahren) und § 411 Abs. 2 Satz 1 StPO (Vertretung in der Hauptverhandlung nach Einspruch gegen Strafbefehl).

²²BGHSt 9, 20 (22). Seine Rechte und Pflichten sind umfassend, BGHSt 27, 148 (150) = NJW 1977, 1206 (1207).

²³Für viele: BVerfGE 53, 207 (214) = NJW 1980, 1677; BGHSt 15, 326 (326) = NJW 1961, 614 (614); KG NJW 1997, 2390.

²⁴So u.a. BVerfGE 22, 114 (122) = NJW 1967, 2051 (2052); BVerfGE 34, 293 (302) = NJW 1973, 696 (697); BVerfGE 37, 67 (77 f.) = NJW 1974, 1279 (1279). Der Grundsatz der freien Advokatur gehört zu den Voraussetzungen eines Verfahrens, in dem der Beschuldigte Prozesssubjekt und nicht -objekt ist, vgl. BVerfGE 34, 293 (302 f.) = NJW 1973, 696 (697).

²⁵BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); BGHSt 13, 337 (343) = NJW 1960, 253 (255); BGHSt 38, 111 (114) = NJW 1992, 1245 (1246); Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, Vor § 137 Rn. 5. Bei § 297 StPO, wonach der Verteidiger für den Beschuldigten nicht gegen dessen ausdrücklichen Willen Rechtsmittel einlegen kann, spricht der BGH von einer „scheinbaren Ausnahme“, da die Vorschrift dem Verteidiger aufgrund seiner Stellung eine besonders weitgehende Befugnis einräumt, BGHSt 12, 367 (369) = NJW 59, 731 (732).

²⁶So u.a. BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); BGHSt 39, 310 (313) = NJW 1993, 3275 (3279); OLG Celle NStZ 1988, 426 (426); Kühne, Strafprozessrecht, S. 113 (Rn. 178).

²⁷So z.B. BGH NStZ 1999, 188 (189); Bottke, ZStW 96 [1984], 726–760 (757 f.).

²⁸Für viele: BGH NStZ 1999, 188 (189); Bottke, ZStW 96 [1984], 726–760 (757 f.).

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Das BVerfG beschreibt die öffentliche Funktion des Rechtsanwalts beziehungsweise Verteidigers wie folgt:

„Als unabhängiges Organ der Rechtspflege und als der berufene Berater und Vertreter der Rechtsuchenden hat er die Aufgabe, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen, das Gericht – und ebenso Staatsanwaltschaft oder Behörden – vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren und diesen vor verfassungswidriger Beeinträchtigung oder staatlicher Machtüberschreitung zu sichern; insbesondere soll er die rechtsunkundige Partei vor der Gefahr des Rechtsverlustes schützen.“²⁹

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weist Rechtsanwälten allgemein eine zentrale Position als Mittler zwischen der Öffentlichkeit und den Gerichten zu³⁰. Er fordert die Mitwirkung an einer ordentlich funktionierenden Justiz, um zum Erhalt des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Justiz beizutragen³¹.

Die Doppelstellung des Verteidigers als Beistand wie Organ der Rechtspflege führt zu einem Spannungsverhältnis. Denn während seine Aufgabe als Beistand des Beschuldigten naturgemäß auf dessen Schutz vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung abzielt³², wird er als Organ der Rechtspflege auch für den prozessordnungsgemäßen Verfahrensablauf in die Pflicht genommen. Neben dem bereits angesprochenen Lügeverbot ist dem Verteidiger insbesondere nicht gestattet, den Sachverhalt aktiv zu verzerrern oder zu verdunkeln und so die Wahrheitsfindung zu behindern oder Beweismittel

²⁹So BVerfGE 71, 171 (191) = NJW 1988, 191 (193). Die Formulierung griff das BVerfG später wieder auf, vgl. BVerfG NJW 1996, 3267 (3267), und BVerfG NJW 1996, 3268 (3268). In der letztgenannten Entscheidung war Verteidigerhandeln in der Hauptverhandlung Gegenstand der Entscheidung. Im Übrigen sah bereits das RG den Verteidiger in der Pflicht, bei der Suche nach einem gerechten Urteil mitzuwirken, RGSt 77, 153 (155).

³⁰EGMR NJW 2004, 3317 (3317); EGMR NJW 2006, 2901 (2901). Bei der letztgenannten Entscheidung geht es um einen Rechtsanwalt, der einen des Mordes angeklagten Beschuldigten verteidigt.

³¹EGMR NJW 2004, 3317 (3317); EGMR NJW 2006, 2901 (2901).

³²So u.a. BGHSt 29, 99 (102) = NJW 1980, 64 (64); BGHSt 46, 36 (44) = NJW 2000, 2217 (2218 f.).

1.1 Die herrschende Lehre von der Doppelstellung

zu verfälschen³³. Die Rolle des Verteidigers bei der Ermittlung der Entscheidungsgrundlage skizziert der BGH unter anderem folgendermaßen:

„Als Diener am Recht wirkt er im Strafverfahren mit; zur Überführung seines Klienten braucht er aber nicht beizutragen; das Gewicht seiner Tätigkeit liegt, neben dem Gericht und der Anklagebehörde, auf der Betonung der Rechtsgarantien des Strafverfahrens und vor allem auf der Ermittlung der entlastenden Umstände.“³⁴

In einer späteren Entscheidung aus dem Jahr 1991 spricht der BGH hinsichtlich der Aufgabe des Verteidigers von „der Notwendigkeit der Mitwirkung an einer ordnungsgemäß zu fördernden Hauptverhandlung“³⁵. Wie weitgehend die Inpflichtnahme des Verteidigers in seiner Funktion als Organ gehen kann, zeigen Ausführungen des BGH, wonach „ein Verteidiger den Angeklagten in der Hauptverhandlung keineswegs nach Belieben ‚schalten und walten lassen‘ darf, sondern dass ihn eine Pflicht trifft, mit dafür Sorge zu tragen, dass das Verfahren sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen durchgeführt wird“³⁶. Der Umstand, dass der Verteidiger als Beistand inhaltlich streng einseitig zugunsten des Beschuldigten zu agieren hat, stellt für den BGH keinen Widerspruch dar³⁷.

Die verschiedenen Funktionen des Verteidigers als Organ und Beistand führen auch nach Ansicht des BGHs zu einem Spannungsverhältnis, das eine Abgrenzung von zulässigem und unzulässigem Verteidigerverhalten erforderlich macht³⁸. Dies gilt insbesondere für den Tatbestand der Strafvereitelung nach § 258 StGB³⁹. Nach der von der Rechtsprechung vorgenommenen Grenzziehung, die sich weitgehend durchgesetzt hat, ist hinsichtlich einer Strafbarkeit des Verteidigers wegen Strafvereitelung auf der Ebene des Tatbestands anhand des Prozessrechts abzugrenzen, sodass prozessual zulässiges Handeln nicht tatbestandsmäßig ist.

³³Hierzu u.a. BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274); BGH NStZ 1999, 188 (189).

³⁴BGHSt 2, 375 (377 f.) = NJW 1952, 894 (896). Die Wendung „Diener am Recht“ verwendete schon das RG, vgl. RGSt 70, 82 (87) und RGSt 70, 390 (392).

³⁵BGHSt 38, 111 (115) = NJW 1992, 1245 (1246).

³⁶BGHSt 38, 111 (115) = NJW 1992, 1245 (1246).

³⁷BGHSt 38, 111 (115) = NJW 1992, 1245 (1246).

³⁸BGHSt 38, 345 (347) = NJW 1993, 273 (274).

³⁹BGHSt 38, 345 (347) = NJW 1993, 273 (274).

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Hinsichtlich der Untergrenze der Verteidigung, also der Frage, was Strafverteidigung leisten muss, muss dem Beschuldigten auf der Grundlage des Verfahrensrechts eine wirksame Verteidigung ermöglicht werden⁴⁰. Dies gebietet das Gebot der Rechtsstaatlichkeit⁴¹.

1.2 Abweichende Theorien

Der herrschenden Organtheorie stehen verschiedene andere Ansätze gegenüber, die den Verteidiger nicht als Organ der Rechtspflege sehen oder ihm nur in beschränktem Umfang eine öffentliche Funktion zuschreiben. Je nach Konzept ist die einseitige Interessenwahrnehmung die alleinige oder vordringlichste Aufgabe des Verteidigers. Im Folgenden werden einige der Gegentheorien zur herrschenden Meinung, vor allem radikale oder neuere Konzeptionen, behandelt.

1.2.1 Vertretertheorien

Während nach herrschender Meinung der Verteidiger nur ausnahmsweise in den gesetzlich normierten Fällen als Vertreter des Beschuldigten agiert⁴² und im Übrigen (und damit hauptsächlich) als dessen Beistand seine prozessualen Rechte im eigenen Namen ausübt⁴³, ist er nach anderer Ansicht ausschließlich der Vertreter des Beschuldigten. Die Anhänger der Vertretertheorien verneinen damit die Organeigenschaft des Verteidigers. Für diesen Standpunkt werden verschiedene dogmatische Begründungen hervorgebracht.

⁴⁰BGHSt 29, 99 (106) = NJW 1980, 64 (65); BGHSt 46, 36 (44) = NJW 2000, 2217 (2219).

⁴¹BGHSt 29, 99 (106) = NJW 1980, 64 (64 f.); BGHSt 46, 36 (44) = NJW 2000, 2217 (2219).

⁴²Zum Verteidiger als Vertreter des in der Hauptverhandlung abwesenden Angeklagten siehe Barton, Einführung Verteidigung, S. 4 ff.

⁴³Für viele: BGHSt 9, 356, 357 = NJW 1956, 1727 (1728); OLG Düsseldorf StV 1984, 327; Schnarr, NSTZ 1986, 488 (489 f.); Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 5.

1.2.1.1 Spendel

Für Spendel ist der Verteidiger beispielsweise ausschließlich ein Vertreter des Beschuldigten. Denn wer zur Wahrnehmung der Interessen eines anderen berechtigt ist, sei als dessen Vertreter anzusehen⁴⁴.

Die „klassische“ Vertretertheorie wird hier nicht nur der Vollständigkeit halber angesprochen, sondern auch, weil unter einem zivilrechtlichen Blickwinkel der Gedanke des Verteidigers als Vertreter des Beschuldigten so fern nicht liegt. Zudem stellt sich, wie sich zeigen wird, die Frage der Übertragbarkeit zivilrechtlicher Ansätze und der Vergleichbarkeit des Zivilrechts mit dem Strafrecht auch bei der Verteidigerhaftung und schließlich der Frage, welchen Mindestanforderungen die Verteidigung genügen muss.

Die Vertretertheorie, der sich außer Spendel beispielsweise auch Waldhorn angeschlossen hat⁴⁵, verlangt festzustellen, wer als Vertreter anzusehen ist, weil er berechtigterweise die Interessen eines anderen wahrnimmt⁴⁶. Eine andere, hiervon abzugrenzende Fragestellung ist, wie weit die Vertretungsmacht reicht⁴⁷. Im Gegensatz zum Zivilprozessrecht finden sich nach Spendel in der StPO zum Umfang der Vertretungsmacht des Verteidigers nur einzelne, mitunter verschlüsselte Regelungen⁴⁸. Dies ändere aber nichts daran, dass es sich auch beim Strafverfahren um einen Parteiprozess handle, wobei der Staat und der Beschuldigte die Parteien sind, ersterer vertreten durch den Staatsanwalt, letzterer durch seinen Verteidiger⁴⁹.

Nichts anderes kann laut Spendel § 137 StPO entnommen werden, dessen Abs. 1 Satz 1 besagt, dass sich der Beschuldigte in jeder Lage des Ver-

⁴⁴Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); von Hippel, Strafprozess, S. 289 ff., 291.

⁴⁵Waldhorn, Strafverteidigung, S. 19 ff.; ebenfalls Anhänger waren: von Hippel, Strafprozess, S. 291; Alsberg, Verteidigung, S. 6 ff.

⁴⁶Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); von Hippel, Strafprozess, S. 289 ff., 291.

⁴⁷Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); so auch von Hippel, Strafprozess, S. 289 ff., 291.

⁴⁸Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); Spendel, JZ 1959, 737 (740).

⁴⁹Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (685 f.); so auch schon von Hippel, Strafprozess, S. 224 ff.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

fahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen kann⁵⁰. Denn aus der in § 149 Abs. 1 Satz 1 StPO enthaltenen Regelung, wonach der Ehegatte oder Lebenspartner des Angeklagten in der Hauptverhandlung als Beistand zuzulassen und auf Verlangen zu hören ist, folge, dass die StPO unter „Beiständen“ andere Prozessbeteiligte versteht.⁵¹

Spendel argumentiert darüber hinaus, dass das Gesetz ausweislich § 2 EGGVG sowohl den Zivilprozess als auch den Strafprozess dem Oberbegriff der „ordentlichen *streitigen* Gerichtsbarkeit“ zuordnet⁵². Auch der Wortlaut von § 3 BRAO Abs. 1 spricht seiner Auffassung nach für die Annahme eines Parteiprozesses, da danach der Rechtsanwalt „der berufene, unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“ ist und dies strafrechtliche Angelegenheiten mitumfasst⁵³.

Dem Beschuldigten schreibt die Vertretertheorie eine Doppelrolle zu. Sie sieht in ihm zum einen ein Prozesssubjekt, zum anderen – insbesondere bei seiner Einlassung zur Sache – ein Inquisit, also ein Untersuchungsobjekt⁵⁴. Materiell sei die Einlassung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung wie jede Zeugenvernehmung Beweisaufnahme⁵⁵, der Beschuldigte agiere folglich nicht nur als Partei, sondern auch als Beweismittel⁵⁶. Nimmt er in dieser Funktion am Prozessgeschehen teil, hinterlässt er gemäß der Vertretertheorie als Partei eine Lücke, die von seinem Verteidiger als Vertreter zu füllen sei⁵⁷.

Für Spendel ergibt sich deshalb aus der Tatsache, dass der Verteidiger seinen Mandanten nicht bei seinen Erklärungen im Rahmen von Vernehmungen und bei den Einlassungen in der Hauptverhandlung vertreten kann, ein

⁵⁰Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (686 f.).

⁵¹Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (686 f.).

⁵²Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (685); von Hippel, Strafprozess, S. 227 f.

⁵³Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (691); Spendel, JZ 1959, 737 (740).

⁵⁴Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); Spendel, JZ 1959, 737 (739).

⁵⁵Spendel, JZ 1959, 737 (739).

⁵⁶Alsberg, Verteidigung, S. 6; Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); Spendel, JZ 1959, 737 (739).

⁵⁷Alsberg, Verteidigung, S. 7; Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687); von Hippel, Strafprozess, S. 291.

1.2 Abweichende Theorien

Argument für die Vertreterstellung des Verteidigers und nicht, wie allgemein angenommen wird, ein Argument dagegen⁵⁸.

Spendels These vom Verteidiger als Vertreter hat, soweit ersichtlich, aktuell keine Anhänger. Sie muss daher heute als überholt angesehen werden.

1.2.1.2 Wolf

Mit einer „eigenen“ Vertretertheorie wartet Wolf auf, wonach die Stellung des Verteidigers allein aus dem Gesetz und ausschließlich durch methodische Gesetzesauslegung zu ermitteln sei⁵⁹. Seines Erachtens normieren die StPO sowie das StGB und die BRAO die Freiheiten und Schranken der Verteidigung in optimaler Weise⁶⁰, weshalb es keiner Verteidigerleitbilder bedarf, sondern methodische Gesetzesauslegung das Gebot der Stunde sei⁶¹.

Wolfs Ansatz liegen zwei Annahmen zu Grunde, die, soweit ersichtlich, in der Form von niemand sonst vertreten werden. Die erste Annahme lautet, dass jedem Verfahrensbeteiligten und damit auch dem Verteidiger nur die ihm vom Gesetz eingeräumten Rechte zustehen⁶². Ebenso unterliege jeder Verfahrensbeteiligte auch nur den vom Gesetz vorgesehenen prozessualen Beschränkungen⁶³. Dabei sei der Katalog der prozessualen Rechte und Beschränkungen abschließend, sodass sich sowohl die Art als auch der Inhalt sämtlicher Rechte und Pflichten des Verteidigers aus der Auslegung des Gesetzes ergeben⁶⁴.

Dieses Dogma des Numerus clausus der Verfahrensrechte und -beschränkungen kombiniert Wolf mit der zweiten Annahme, dass die StPO dem Verteidiger nur wenige eigene Rechte verleihe⁶⁵. So verneint Wolf unter anderem selbst ein eigenes Beweisantragsrecht des Verteidigers⁶⁶. Bei der

⁵⁸Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (687 f.); Spendel, JZ 1959, 737 (739).

⁵⁹Wolf, System Verteidigung, S. 437 f.

⁶⁰Wolf, System Verteidigung, S. 377.

⁶¹Wolf, System Verteidigung, S. 435.

⁶²Wolf, System Verteidigung, S. 116 ff.

⁶³Wolf, System Verteidigung, S. 118.

⁶⁴Wolf, System Verteidigung, S. 118 f.

⁶⁵Wolf, System Verteidigung, S. 154 ff., 179, 428.

⁶⁶Wolf, System Verteidigung, S. 177.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Mehrheit der Rechte handele es sich um solche des Beschuldigten⁶⁷. Unabhängig vom Beschuldigten ist der Verteidiger nach Auffassung von Wolf bei Ausübung der wenigen Rechte, die ihm als eigene eingeräumt wurden⁶⁸. Im Übrigen und damit meistens sei er ausschließlich ein Vertreter des Beschuldigten, der nur mit dessen Zustimmung auf Weisung und auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht – aus dem Gesetz ergäbe sich keine Vertretungsmacht – handeln könne⁶⁹.

Wolf sieht den Platz des Verteidigers an der Seite des Beschuldigten; öffentlichen Interessen sei er nicht verpflichtet⁷⁰. Einer solchen Verpflichtung bedürfe es auch nicht, um eine Bindung des Verteidigers an Recht und Gesetz bejahen zu können. Denn dies sei eine Binsenweisheit und ergebe sich zudem bereits aus der Allgemeinheit der Gesetze⁷¹.

Gegen die Ansicht vom Verteidiger als Organ führt Wolf zum einen an, dass sich hierfür keine Stütze im Gesetz finde⁷². Zum anderen meint er, dass dem Beschuldigten auf die Weise seine Position als Prozesssubjekt entzogen werde, weil es eine Bevormundung des Beschuldigten bedeute, wenn ihm unter dem Deckmäntelchen der juristischen Hilflosigkeit ein Verteidiger zur Seite gestellt wird, der letztlich für ihn entscheide⁷³. Die Bezeichnung des Beschuldigten als Prozesssubjekt verkomme so zum bloßen Lippenbekenntnis, da ihm die eingeräumten Rechte – wie erwähnt stehen nach Wolfs Auffassung die prozessualen Befugnisse mehrheitlich allein dem Beschuldigten zu – faktisch wieder genommen würden⁷⁴.

Darüber hinaus argumentiert Wolf, dass es sich beim Verteidiger auch faktisch nicht um ein selbständiges Organ handele, das weisungsunabhängig vom Beschuldigten handeln und diesen bevormunden könne⁷⁵. Denn der Beschuldigte könne sich wehren, indem er im Falle der Wahlverteidigung

⁶⁷Wolf, System Verteidigung, S. 154 ff., 179.

⁶⁸Wolf, System Verteidigung, S. 179.

⁶⁹Wolf, System Verteidigung, S. 179 f., 428.

⁷⁰Wolf, System Verteidigung, S. 372 f.

⁷¹Wolf, System Verteidigung, S. 373.

⁷²Wolf, System Verteidigung, S. 372.

⁷³Wolf, System Verteidigung, S. 372.

⁷⁴Wolf, System Verteidigung, S. 372.

⁷⁵Wolf, System Verteidigung, S. 373.

das Mandat entziehe, im Falle einer Pflichtverteidigung die Zusammenarbeit verweigere⁷⁶.

1.2.2 Vertragstheorie

Der von Lüderssen entwickelten Vertragstheorie liegt die Annahme zugrunde, dass die Anerkennung der Autonomie des Beschuldigten die entscheidende Errungenschaft des Inquisitionsprozesses der Moderne sei⁷⁷. Diese Ansicht erfordert zur Sicherung der Autonomie des Beschuldigten, die Beziehung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger uneingeschränkt dem Vertragsrecht zu unterstellen⁷⁸. Aufgrund der vertraglichen Bindung sieht Lüderssen den Verteidiger als allein dem Beschuldigten gegenüber verpflichtet⁷⁹. Folglich ergreife der Verteidiger nicht im öffentlichen Interesse einseitig Partei für den Beschuldigten⁸⁰ und sei Organ der Rechtspflege⁸¹.

Der Inhalt der Beistandspflicht des Verteidigers ergibt sich laut Lüderssen ausschließlich aus dem Vertragsverhältnis⁸². Raum für eine Unabhängigkeit des Verteidigers vom Beschuldigten gebe es nicht, da es nach der von Lüderssen entwickelten Vertragstheorie hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehle⁸³. Vielmehr folgert Lüderssen aus der Verwendung der Formulierung „des Beistandes eines Verteidigers bedienen“ in § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO, dass der Verteidiger die ihm zugewiesene dienende Rolle nicht verlassen dürfe⁸⁴. Dementsprechend ist der Verteidiger als Vertragspartner des Beschuldigten an dessen Willen und Weisungen bis zur Grenze der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit gebunden⁸⁵ und nicht Mitgarant eines justizförmigen Verfahrensablaufs⁸⁶.

⁷⁶Wolf, System Verteidigung, S. 373.

⁷⁷Vgl. hierzu Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 22.

⁷⁸Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 33 ff.

⁷⁹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 33 ff.

⁸⁰Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 100.

⁸¹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 89.

⁸²Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 109.

⁸³Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 130 und 105.

⁸⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 33.

⁸⁵Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 62 und Rn. 50 ff.

⁸⁶Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 163.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Das Tätigwerden des Verteidigers auf vertraglicher Grundlage entnimmt Lüderssen auch dem Umstand, dass der Beschuldigte seinen Verteidiger bevollmächtigt⁸⁷. Denn eine Bevollmächtigung erfolge entweder nach Vertragsschluss oder mit ihr werde ein Vertragsverhältnis begründet⁸⁸.

Aus der Geschichte der Strafverteidigung ergibt sich für Lüderssen zum einen der Autonomiestatus des Beschuldigten, zum anderen, dass es sich bei der parteilichen Verteidigung nicht um ein vom Staat zugeteiltes Recht handelt⁸⁹. Letzteres bedeute eine staatsunabhängige Legitimation des Verteidigers, der keine obrigkeitliche Funktion habe⁹⁰, mit der Konsequenz, dass der Staat mit der parteilichen Verteidigung kein eigenes Interesse an einem rechtsstaatlichen Verfahren verfolge.

Ausgangspunkt von Lüderssens Überlegungen sind die zwei grundsätzlichen Möglichkeiten, wie dem Beschuldigteninteresse zur Geltung verholfen werden kann. Entweder steht der Staat obrigkeitlich-fürsorglich für eine parteiliche Verteidigung ein, da er sie zu den internen Staatszielen zählt⁹¹. Oder der Staat bleibt außen vor und der Beschuldigte „findet in der dem Staat gegenüber tretenden Gesellschaft die Ressourcen für seine Verteidigung“⁹². Da nur der letztgenannte Weg Eingang in den deutschen Strafprozess gefunden habe⁹³, erschöpft sich nach Lüderssen die staatliche Aufgabe in der Gewährleistung der „vorstaatlichen Freiheitssphäre des Bürgers“, was den Autonomiestatus des Beschuldigten und somit seine parteiliche Verteidigung mitumfasse⁹⁴.

Der Staat hat danach für den Rahmen zu sorgen, innerhalb dessen die Gesellschaft beziehungsweise der einzelne Beschuldigte ohne direkte Staatsbeteiligung seine Interessen verfolgen kann. Die Parteilichkeit des Verteidigers ist nach Lüderssens Ansatz daher „Ausdruck einer Unabhängigkeit“ vom Staat und nicht Ausfluss staatlicher Fürsorge⁹⁵.

⁸⁷Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 34.

⁸⁸Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 34.

⁸⁹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 30 ff.

⁹⁰Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 29, 78.

⁹¹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 21.

⁹²Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 21.

⁹³Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 22; Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743).

⁹⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 30.

⁹⁵Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 22; Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743).

1.2.3 Theorie vom Prozesssubjektsgehilfen

Für Wohlers ist der Verteidiger Prozesssubjektsgehilfe des Beschuldigten⁹⁶.

Der Ausdruck des Prozesssubjektsgehilfen beschreibe die Funktion des Verteidigers zutreffend, weil es die Aufgabe der Verteidigung sei, Defizite des Beschuldigten, gleich ob sie tatsächlicher oder rechtlicher Art sind, auszugleichen, ihn bei Wahrnehmung und Ausübung seiner Rechte beizustehen und als Institution die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu überwachen⁹⁷. Wohlers weist darauf hin, dass hinsichtlich der prozessualen Rechte, die dem Beschuldigten als einem mit eigenen Rechten ausgestattetes Subjekt einzuräumen sind, auch die Vorgaben des GG und der EMRK maßgebend seien⁹⁸.

Die Organtheorie lehnt Wohlers ab, weil sie seines Erachtens in Verbindung mit der These des vom Beschuldigten unabhängigen Verteidigers den Status des Beschuldigten als Prozesssubjekt gefährde⁹⁹. Ein Zusammentreffen der beiden Thesen führe zu einer Entmündigung des Beschuldigten¹⁰⁰.

Wohlers streitet nicht ab, dass die Tätigkeit des Verteidigers auch im öffentlichen Interesse liegt, da sie zur Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens beiträgt beziehungsweise die Rechtsstaatlichkeit mitüberwacht¹⁰¹. Jedoch handele es sich hierbei lediglich um einen „willkommenen Schutzreflex“, der keinesfalls dazu benutzt werden dürfe, die Schutzfunktion der Verteidigung auszuhöhlen¹⁰².

⁹⁶Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 28 ff. Auch Barton hält die Bezeichnung für zutreffend und verweist neben Wohlers auf Schmidt, Lehrkommentar, S. 73 f.

⁹⁷Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 28 ff.

⁹⁸Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 28.

⁹⁹Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 11.

¹⁰⁰Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 11.

¹⁰¹Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 29.

¹⁰²Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 29.

1.2.4 Verfassungsrechtlich-prozessuale Theorie

Aus der neueren Zeit stammt die sogenannte verfassungsrechtlich-prozessuale Theorie. Danach kann nur eine effektive Verteidigung die durch Art. 1 I GG geschützte Menschenwürde garantieren¹⁰³.

Für die Anhänger dieses Ansatzes, wie Paulus, Ignor, Peters und Danckert¹⁰⁴, ist die maßgebende Basis des Instituts der Strafverteidigung Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip¹⁰⁵. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass es sich bei der Strafverteidigung um eine Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren handelt¹⁰⁶. Die Stellung des Verteidigers ergebe sich aus der Gesamtheit der die Verteidigung betreffenden Rechte und Pflichten, insbesondere der in der Verfassung und der StPO enthaltenen Normen¹⁰⁷. Eine verfassungskonforme Interpretation der StPO-Regelungen sei deshalb unabdingbar¹⁰⁸. Dem Rechtsstaatsprinzip entnehmen die Vertreter dieser Auffassung, dass dem Verteidiger die Überwachung der Justizförmigkeit des Verfahrens ausschließlich im Interesse des Beschuldigten obliegt¹⁰⁹.

Für die Rechte und Pflichten des Verteidigers sind nach dieser Ansicht allein die in der StPO enthaltenen, verfassungsgemäßen Regelungen maßgeblich, die im Lichte und unter Berücksichtigung des Wechselspiels der grundrechtlich geschützten Beschuldigtenrechte auszulegen sind¹¹⁰. Infolgedessen komme eine Beschränkung der prozessualen Verteidigerrechte ohne eine entsprechende, vom Gesetz eingeräumte Befugnis unabhängig da-

¹⁰³Paulus, NStZ 1992, 305 (307); Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67.

¹⁰⁴Anhänger dieser Theorie sind Paulus, NStZ 1992, 305 ff., Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67 f., und Danckert/Ignor in: Ziegert, Strafverteidigung, S. 18 f.; in diese Richtung geht auch Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 21 f.

¹⁰⁵Paulus, NStZ 1992, 305 (310); Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67.

¹⁰⁶Danckert/Ignor in: Ziegert, Strafverteidigung, S. 17. Die Rechtsprechung teilt diese Annahme, wie oben i.R.d. Darstellung der herrschenden Meinung erwähnt. Vgl. hierzu auch BVerfGE 39, 156 (163) = NJW 75, 1013 (1014).

¹⁰⁷Danckert/Ignor in: Ziegert, Strafverteidigung, S. 16 f.

¹⁰⁸Paulus, NStZ 1992, 305 (310); Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 21.

¹⁰⁹Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 68 f.

¹¹⁰Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67 f.; Paulus, NStZ 1992, 305 (309); Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 21.

1.3 Stellungnahme

von, ob man den Verteidiger als Organ der Rechtspflege ansieht, nicht in Betracht¹¹¹.

Paulus räumt dem Verteidiger ausdrücklich ein Lügerecht ein¹¹². Er folgert dies aus der mit Art. 2 GG grundrechtlich verbrieften Verteidigungsfreiheit und argumentiert außerdem, dass weder dem Beschuldigten, noch seinem Verteidiger das Lügen durch Prozessrecht verboten sei¹¹³. Laut Paulus ist die Ausübung des Lügerechts abhängig vom Willen des Beschuldigten, weil ihm die Entscheidung vorbehalten bleiben muss, ob ein Vorwurf abgestritten werden soll oder nicht¹¹⁴.

Der verfassungsrechtlich-prozessualen Theorie zufolge hat das Prozessrecht den Schutz der objektiven Rechte des Beschuldigten zu gewährleisten¹¹⁵. Die verfahrensrechtlichen Regelungen sichern zum einen des Beschuldigten „Menschenwürde (Art. 1 GG) als (positiv) mitwirkungs- und dialogfähiges Prozesssubjekt in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren mit (negativ) qualifizierter Kontrollierbarkeit gegen ihn gerichteten Staatshandelns, zum anderen (...) die Wahrheitsfindung gerade auch durch einseitig-beschuldigtenbegünstigendes Verteidigen, damit – im Interesse des Staates und seiner Strafrechtspflege – dem Beschuldigten kein Unrecht geschehe“¹¹⁶. Das Prozessrecht erfährt also eine Einschränkung durch die Privatautonomie des Beschuldigten, da diese eine Schranke der verfassungsgemäßen Ordnung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG ist¹¹⁷.

1.3 Stellungnahme

Die vorliegende Untersuchung will mit der Obergrenze der Verteidigung korrespondierende Untergrenzen herausarbeiten. Eine ausführliche Darstel-

¹¹¹Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67 f.; Paulus, NStZ 1992, 305 (309).

¹¹²Paulus, NStZ 1992, 305 (310).

¹¹³Paulus, NStZ 1992, 305 (310).

¹¹⁴Paulus, NStZ 1992, 305 (310).

¹¹⁵Paulus, NStZ 1992, 305 (307). Paulus nimmt subjektive Interessen des Beschuldigten ausdrücklich aus und nennt in einer Fußnote als Beispiel den Beschuldigten, der sich gegen Entlastungsbeweise wendet, weil er aus persönlichen Motiven ein ungerechtfertigte Verurteilung seiner Person anstrebt, Paulus, NStZ 1992, 305 (307).

¹¹⁶Paulus, NStZ 1992, 305 (307 f.).

¹¹⁷Paulus, NStZ 1992, 305 (307).

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

lung des Streits um die Stellung des Verteidigers ist nicht angezeigt, da – wie eingangs bereits angesprochen – keiner der zur Verteidigerstellung vertretenen Ansichten konkrete Angaben zu den vom Verteidiger zu beachtenden Ober- und Untergrenzen entnommen werden kann¹¹⁸. Zudem hat sich die Lehre von der Doppelstellung auf breiter Ebene durchgesetzt.

Die Verortung des Verteidigers im System gibt jedoch eine Richtung vor, wenn es um die Beantwortung von Zweifelsfragen hinsichtlich seiner Aufgaben und Funktionen geht. Hinsichtlich der dem Verteidiger obliegenden Pflichten ist von Belang, ob er als vom Willen des Beschuldigten unabhängig oder als an die Weisungen des Beschuldigten gebunden einzuordnen ist.

Wie dargestellt bestreitet niemand die Funktion des Verteidigers als Beistand des Beschuldigten. Umstritten ist allein, ob der Verteidiger daneben auch ein Organ der Rechtspflege ist und in welchem Maß ihm die einseitige Interessenswahrnehmung obliegt.

Der Ansatz, der im Verteidiger ausschließlich oder zumindest in erster Linie einen vom Willen des Beschuldigten weisungsabhängigen Vertreter sieht, ist nicht mit der Beistandsaufgabe in Einklang zu bringen.

Der Verteidiger muss Defizite beim Beschuldigten ausgleichen. Ist er jedoch vollständig den Weisungen des Beschuldigten unterworfen und kann er nur als dessen abhängiger Vertreter agieren, steht zu befürchten, dass er diese Aufgabe zumindest nicht optimal erfüllen kann.

Natürlich soll sich der Verteidiger möglichst nach den Wünschen und Weisungen des Beschuldigten richten. Aber eben nur, sofern er dem Beschuldigten beistehen kann.

Der Beschuldigte bedarf aufgrund rechtsstaatlicher Grundsätze des Rechtes auf einen Verteidiger, weil er unter verschiedenen Gesichtspunkten Defizite aufweist und mit einem Verteidiger an seiner Seite in die Lage versetzt werden soll, seine Rechte umfassend wahrzunehmen. Gerade wegen seiner Defizite wird es ihm aber nicht immer möglich sein, dem Verteidiger die Weisungen zu erteilen, die ein Ausschöpfen seiner Möglichkeiten bedeuten.

Dem Beschuldigten mangelt es nicht nur (zumindest meist) an juristischen Kenntnissen und einschlägigen Erfahrungen, um das gegen ihn geführte

¹¹⁸Ein anderes Vorgehen würde in Anbetracht der in großer Zahl bereits vorhandenen Abhandlungen zur Problematik der Stellung des Verteidigers auch den Rahmen der Arbeit sprengen.

1.3 Stellungnahme

Verfahren unter Wahrnehmung seiner Rechte zu bewältigen. Darüber hinaus sind weitere Defizite denkbar, etwa eine gegebenenfalls nur vorübergehende Unfähigkeit, Entscheidungen zu treffen oder komplexe Sachzusammenhänge zu erfassen. Hinzu kommt die persönliche Betroffenheit, die in einem mehr oder minder großen Maß ebenfalls dazu führt, dass der Beschuldigte einen Beistand braucht. Aus gutem Grund ist die Stellung des Beschuldigten mit der des Verteidigers unvereinbar, weshalb der Rechtsanwalt nicht sein eigener Verteidiger sein kann, dies nicht zuletzt wegen mangelnder Distanz bei persönlicher Betroffenheit¹¹⁹.

In mehrfacher Hinsicht befindet sich der Verteidiger – und das wird soweit ersichtlich von niemandem bestritten – im Vergleich zum Beschuldigten in einer überlegenen Position. Damit er diese zugunsten des Beschuldigten nutzen kann, muss er ein vom Beschuldigten unabhängiger Beistand mit eigenen Rechten sein. Eine Degradierung des Verteidigers zum weisungsabhängigen Vertreter würde angesichts seiner überlegenen Position zudem eine Ressourcenverschwendung bedeuten.

Die Natur des Strafverfahrens und insbesondere die Rolle des Beschuldigten als Prozesssubjekt, das seine Rechte zur Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze ausüben können muss, spricht gegen den weisungsabhängigen, den Beschuldigten vertretenden Verteidiger.

Gegen die Annahme des Verteidigers als Vertreter spricht, um ein Argument von Paulus aufzugreifen¹²⁰, ferner das Gesetz, weil die StPO in nur wenigen normierten Fällen eine echte Stellvertretung kennt. Außerdem argumentiert Paulus zu Recht, dass es sich beim Strafverfahren, das vollkommen unabhängig vom Willen des Beschuldigten seinen Lauf nimmt, nicht um einen Parteiprozess handelt¹²¹.

Auf den ersten Blick einnehmend erscheint der Ansatz von Wolf, wonach die Stellung des Strafverteidigers und seine Rechte und Pflichten optimal durch die vorhandenen Gesetze geregelt würden und eine methodische Gesetzesauslegung zielführend sei¹²².

¹¹⁹Vgl. hierzu BVerfGE 53, 207 (214) = NJW 80, 1677 (1678).

¹²⁰Paulus, NSTZ 1992, 305 (307).

¹²¹Paulus, NSTZ 1992, 305 (307).

¹²²So etwa Wolf, System Verteidigung, S. 437 f. Im Übrigen ist auf obige Ausführungen zu verweisen.

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Wolfs Ansatz besticht durch seine vermeintliche Einfachheit und Offensichtlichkeit – Gesetzesauslegung ist schließlich das Werkzeug des Juristen. Er wirft die Frage auf, ob alle außer ihm den Wald vor lauter Bäumen nicht gesehen und Jahrzehnte der Lösung eines Scheinproblems gewidmet haben. Dies ist zu verneinen, da sein Ansatz letztlich nicht überzeugt.

Wolfs Konstrukt basiert auf der Annahme eines Numerus clausus der Verfahrensrechte und -beschränkungen des Verteidigers¹²³. Eben diesen Numerus clausus belegt er aber, wie Beulke zutreffend ausführt¹²⁴, weder anhand des Gesetzes noch auf andere Weise. Im entsprechenden Kapitel seiner Habilitationsschrift beschränkt sich Wolf darauf, im Rahmen zweier Fußnoten auf den Numerus clausus im Sachen- und Gesellschaftsrecht hinzuweisen¹²⁵, und zieht sich im Übrigen auf die Aussage zurück, dass der Numerus clausus „im prozessualen Schrifttum bisher nicht hinreichend beachtet“ wird¹²⁶.

Auch die zweite Annahme von Wolf, wonach die StPO dem Verteidiger nur wenige eigene Rechte verleihe¹²⁷, kann nicht überzeugend auf den Gesetzeswortlaut gestützt werden.

Wolfs Ansicht nach ist der Verteidiger (wie oben angesprochen) ein vom Beschuldigten abhängiger Vertreter, der prozessuale Rechte nur nach dessen Willen und Weisungen wahrnehmen kann und kaum eigene Rechte hat¹²⁸. Hiergegen lässt sich eine Vielzahl von stichhaltigen Argumenten ins Feld führen¹²⁹.

Insbesondere überzeugt nicht, wenn Wolf die von ihm gefundene Lösung mit einer Wortlautauslegung von § 297 StPO untermauert¹³⁰. Denn mit § 297 StPO¹³¹ normiert das Gesetz nur eine „scheinbare Ausnahme“¹³² zum Grundsatz des Verteidigers, der aus eigenem Recht und eigenem Namen und nicht als Vertreter des Beschuldigten handelt. Eine andere Sicht-

¹²³Hierzu etwa Wolf, System Verteidigung, S. 116 ff.

¹²⁴Beulke, StV 2007, 261 (262).

¹²⁵Wolf, System Verteidigung, S. 117, Fn. 15, und Wolf, System Verteidigung, S. 120, Fn. 21.

¹²⁶Wolf, System Verteidigung, S. 117.

¹²⁷Vgl. hierzu Wolf, System Verteidigung, S. 154 ff., 179, 428.

¹²⁸Wolf, System Verteidigung, S. 179 f., 428.

¹²⁹Sehr eingängig in dem Zusammenhang Beulke, StV 2007, 261 (262).

¹³⁰Wolf, System Verteidigung, S. 156 ff.

¹³¹§ 297 StPO lautet: „Für den Beschuldigten kann der Verteidiger, jedoch nicht gegen dessen ausdrücklichen Willen, Rechtsmittel einlegen.“

¹³²So BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732).

1.3 Stellungnahme

weise trägt nicht dem Umstand Rechnung, dass der Verteidiger Antragsrechte, die das Gesetz dem Beschuldigten einräumt, nur in dessen Namen ausüben kann, wenn er hierfür vom Beschuldigten eine Vertretungsvollmacht erhalten hat¹³³. Der Verteidiger kann in diesen Fällen also nicht als Beistand an Stelle des Beschuldigten agieren. § 297 beinhaltet hierzu eine Ausnahme und gestattet dem Verteidiger in seiner Funktion als Beistand Rechtsmittel einzulegen, sofern der Wille des Beschuldigten nicht ausdrücklich entgegensteht¹³⁴.

Der Verteidiger kann daher weder ausschließlich noch in erster Linie als Vertreter des Beschuldigten angesehen werden. Den Vertretertheorien ist eine Absage zu erteilen. Auch Lüderssens Vertragstheorie kann nicht gefolgt werden.

Hinsichtlich der anderen zur Stellung des Strafverteidigers vertretenen Ansichten ist anzumerken, dass sie sich oft nicht sehr von der herrschenden Organtheorie unterscheiden.

Namentlich Wohlers bestreitet nicht, dass die Tätigkeit des Verteidigers auch im öffentlichen Interesse liegt, da er zur Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens beitrage¹³⁵. Dass es sich dabei laut Wohlers um einen willkommenen Schutzreflex handelt, der unter keinen Umständen dazu genutzt werden darf, die Schutzfunktion der Verteidigung auszuhöhlen¹³⁶, betrifft die Frage, wie weit die Inpflichtnahme des Verteidigers aufgrund öffentlicher Interessen gehen darf. Unbestritten bleibt, dass der Verteidiger auch die Stellung eines Organs inne hat.

Ebenso mit der herrschenden Organtheorie in Einklang gebracht werden kann die der verfassungsrechtlich-prozessualen Theorie zugrunde liegende Annahme, dass den grundgesetzlich verbürgten Rechten, wie dem Grundwert der Menschenwürde, eine tragende Rolle bei der Bestimmung der Stellung des Verteidigers zukommt¹³⁷.

¹³³So BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732).

¹³⁴So BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732).

¹³⁵Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lieferung April 2004, Vor § 137 Rn. 29.

¹³⁶Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lieferung April 2004, Vor § 137 Rn. 29.

¹³⁷Zur tragenden Rolle der Menschenwürde vgl. Paulus, NStZ 1992, 305 (307), sowie Ignor/Peters in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 67, auf der einen Seite und BVerfGE 27, 1 (6) = NJW 1969 (1707), BVerfGE 45, 187 (228) = NJW 1977, 1525 (1526), BGHSt 14, 358

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Sofern der herrschenden Organtheorie Vorbehalte oder Ablehnung entgegengebracht werden, steht dahinter vor allem die Befürchtung, sie könnte als Argument für die Einschränkung von Verteidigerrechten dienen¹³⁸.

So sieht beispielsweise Ostendorf das Leitbild des Strafverteidigers durch die Einführung des Begriffs des Organs der Rechtspflege beeinträchtigt und untermauert seine Ansicht mit (mittlerweile über 50 Jahre zurückliegenden) Beispielen, in denen die Beschneidung von Verteidigerrechten mit der Organstellung begründet wurde¹³⁹. Nach dem von ihm skizzierten Leitbild hat der Verteidiger stets einseitig und entlastend zugunsten des Beschuldigten zu agieren, der Verteidiger „dient (...) der Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeitsverwirklichung, dem Recht gerade und nur dadurch, dass er die ihm anvertrauten Parteiinteressen vertritt“¹⁴⁰. Der Verteidiger dient laut Ostendorf nur insoweit der Rechtspflege, als mit ihm die Rechte des Beschuldigten ernst genommen werden¹⁴¹. Insbesondere anhand der letztgenannten Ausführung Ostendorfs wird deutlich, dass er der Organstellung nicht insgesamt eine Absage erteilt, sondern es ihm um eine umfassende Wahrnehmung der Beschuldigtenrechte geht. Auch nach der herrschenden Lehre von der Doppelstellung obliegt es dem Verteidiger, alle zugunsten des Beschuldigten sprechenden Gesichtspunkte geltend zu machen und im Interesse des Beschuldigten auf eine strenge Justizförmigkeit des Verfahrens zu achten¹⁴². Aus dem Grund kann Ostendorfs Ansatz zumindest nicht als konträr zur herrschenden Meinung eingeordnet werden¹⁴³.

Natürlich kann die Organstellung herangezogen werden, um eine Inpflichtnahme des Verteidigers hinsichtlich eines geordneten Verfahrensablaufs und dem staatlichen Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege zu begründen. So handhabt es die Rechtsprechung des BGH, wonach „ein Verteidiger den Angeklagten in der Hauptverhandlung keineswegs nach Belie-

(364)= NJW 1960, 1580 (1582), auf der anderen Seite. Die Anhänger der verfassungsrechtlich-prozessualen Theorie beziehen sich an den genannten Stellen auch auf die Rechtsprechung.

¹³⁸Vgl. hierzu etwa Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1348), Krekeler, NStZ 1989, 146 ff., und Gatzweiler, StraFo 2001, 187 (188); Bernsmann, StraFo 1999, 226 (227 f.).

¹³⁹Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1348).

¹⁴⁰Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1348).

¹⁴¹Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1348).

¹⁴²Hierzu etwa BGHSt 15, 326 (327) = NJW 1961, 614, sowie BGH NJW 1964, 2402 (2403).

¹⁴³Anders Beulke, Verteidiger, S. 55 f.: Er sieht Ostendorf Platz bei den Vertretern der Gegenmachtsthese.

1.3 Stellungnahme

ben ‚schalten und walten lassen‘ darf“¹⁴⁴. Dennoch kann nicht der Schluss gezogen werden, dass sich die Rechtsprechung nur auf die Organtheorie stützt, wenn es um die Beschneidung von Verteidigerrechten geht¹⁴⁵. Genauso kann mit der Organtheorie für den Verteidiger und seine Rechte argumentiert werden, wie dies beispielsweise in der vielzitierten Entscheidung BGHSt 29, 99 ff. geschehen ist¹⁴⁶. In dieser Entscheidung diente die Organtheorie dem BGH als Begründung für den Freispruch eines Verteidigers von den gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Vorwürfen¹⁴⁷. Zutreffend spricht Ignor daher von einer „Spannbreite der ‚Organtheorie‘“, die von den BGH-Entscheidungen abgedeckt wird¹⁴⁸.

Zum gleichen Ergebnis – die Organeigenschaft wird nicht, zumindest nicht überwiegend, als Argument zur Inpflichtnahme des Verteidigers herangezogen – kommt Schiers in seiner Untersuchung der Stellung des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte¹⁴⁹.

Nach dem BVerfG darf die Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege nicht zur Begründung eines Eingriffstatbestands herangezogen werden¹⁵⁰. In einer jüngeren Entscheidung spricht das BVerfG von dem staatlichen Vertrauensvorschuss, den der Verteidiger kraft seiner Organstellung bis zum Beweis des Gegenteils hat¹⁵¹.

Unter praktischen Gesichtspunkten ist Malek zuzustimmen, der den Hinweis des Gerichts auf die Organstellung als ein ungeeignetes Mittel ansieht, um das Verhalten des Verteidigers zu steuern und meint, dass wer „sich durch eine derartige Belehrung ins Bockshorn jagen lässt“, solle „seine Berufswahl ernsthaft überprüfen“¹⁵².

¹⁴⁴BGHSt 38, 111 (115) = NJW 1992, 1245 (1246).

¹⁴⁵So wie hier Ignor in: Duttge, FS Schlüchter, S. 39 (40 f.).

¹⁴⁶Ignor erörtert neben dieser auch andere Entscheidungen, vgl. Ignor in: Duttge, FS Schlüchter, S. 39 (40 f.).

¹⁴⁷Vgl. BGHSt 29, 99 (101 ff.) = NJW 1980, 64 (65).

¹⁴⁸Duttge, FS Schlüchter, S. 39 (40).

¹⁴⁹Schier, AnwBl 1984, 410 (415).

¹⁵⁰BVerfGE 15, 226 (233 f.); BVerfGE 22, 114 (120) = NJW 1967, 2051 (2052); BVerfGE 34, 293 (299 f.) = NJW 1973, 696 (696).

¹⁵¹BVerfG NJW 2006, 1500 (1501).

¹⁵²Malek, Hauptverhandlung, S. 9. Malek meint weiter, man könne gegebenenfalls das Gericht darauf aufmerksam machen, dass es sich beim Verteidiger um ein Organ handelt, das selb-

1 Die prozessuale Stellung des Strafverteidigers

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der weiteren Untersuchung die Lehre von der Doppelstellung zugrunde gelegt werden kann. Was hieraus hinsichtlich der Ober- und Untergrenzen der Verteidigung folgt, gilt es herauszuarbeiten. Aus der Organtheorie selbst ergeben sich keine Antworten. Die vielfach geäußerte Kritik der Inhaltsleere des Begriffs des Organs der Rechtspflege¹⁵³ erweist sich damit ein weiteres Mal als berechtigt.

ständig und Gericht und Staatsanwaltschaft gleichgeordnet ist, Malek, Hauptverhandlung, S. 9.

¹⁵³Beispielsweise Wohlers wirft der Organtheorie ihre inhaltliche Beliebigkeit vor, da der Terminus Organ der Rechtspflege nichts über Funktion und Stellung des Verteidigers aussage, Wohlers in: Rudolphi/Wolter, SK-StPO, 38. Aufbau-Lfg. April 2004, Vor § 137 Rn. 11.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

Einen weiteren Ausgangspunkt für die Bestimmung von Verteidigerpflichten und damit der Untergrenze der Strafverteidigung bildet die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem.

Gemäß § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO kann sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen¹.

Verteidiger können zum einen Rechtsanwälte, zum anderen Rechtslehrer an deutschen Hochschulen² sein, § 138 Abs. 1 StPO. Im Übrigen kann eine Person nur mit Genehmigung des Gerichts Verteidiger sein, § 138 Abs. 2 StPO³. Handelt es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung, genügt die Genehmigung des Gerichts allein nicht, vielmehr ist die Verteidigung durch eine vom Gericht genehmigte Person nur in Gemeinschaft mit einem Rechtsanwalt oder Hochschullehrer zulässig, § 138 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO.

¹Das Recht der freien Verteidigerwahl wird supranational gewährleistet, so z.B. in Art. 14 Abs. 3 lit. d IPBPR, BGBl 1973, 1533. Im deutschen Recht ergibt es sich u. a. aus Art. 2 Abs. 1 GG, hierzu BVerfGE 39, 156 (163) = NJW 1975, 1013 (1014), und BVerwG NJW 1976, 2032 (2033).

²Der Hochschullehrer muss ausweislich des Gesetzeswortlauts auch die Befähigung zum Richteramt aufweisen, also neben dem Ersten auch das Zweite Juristische Staatsexamen absolviert haben.

³Als andere Personen im Sinne von § 138 Abs. 2 StPO können insbesondere Angehörige der steuerberatenden Berufe im Steuerstrafverfahren zu Verteidigern gewählt werden, § 392 Abs. 2 StPO.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

In den meisten Fällen hat der Beschuldigte als Verteidiger einen Rechtsanwalt an seiner Seite⁴. Die folgende Darstellung wird daher auf diese Konstellation beschränkt.

Das Innenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem ist zu unterscheiden vom Außenverhältnis, das die Vertretungsbefugnis und Rechtsstellung des Verteidigers gegenüber den anderen am Verfahren Beteiligten betrifft.

Darüber hinaus hängt die rechtliche Einordnung des Verhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem davon ab, ob der Beschuldigte den Verteidiger selbst mandatiert hat (Wahlverteidigung) oder ob der Verteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt und dem Beschuldigten beigeordnet wurde (Pflichtverteidigung).

2.1 Wahlverteidigung

Mit der Beauftragung eines Rechtsanwalts kommt zwischen diesem und dem Mandanten zivilrechtlich ein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande⁵, sodass gemäß § 675 BGB großteils Auftragsrecht zur Anwendung gelangt. Im Regelfall weist der Geschäftsbesorgungsvertrag einen Dienstvertragscharakter auf, wobei es sich um Dienste höherer Art im Sinne von § 627 BGB handelt⁶. Damit wird auch in zivilrechtlicher Hinsicht der besonderen Vertrauensstellung, die der Rechtsanwalt gegenüber seinem Mandanten inne hat, Rechnung getragen.

In Ausnahmefälle kann ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter vorliegen, etwa wenn der Rechtsanwalt mit dem Erstellen ei-

⁴Neben der StPO enthält auch die VwGO eine Bestimmung, die Hochschullehrer zum Tätigwerden ermächtigt. Die Beteiligten in einem Verwaltungsverfahren können sich nach § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO von einem Hochschullehrer vertreten lassen. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob das Rechtsberatungsgesetz auch auf den Hochschullehrer Anwendung findet. Hinsichtlich § 138 StPO gibt es keine ausdrückliche gerichtliche Entscheidung der Streitfrage. Sofern das Problem angesprochen wird, geht es zudem meist um ein Verwaltungsverfahren (vgl. Kühne, Strafprozessrecht, S. 107 f. (Rn. 168), m.w.N.). Dies stützt die hier geäußerte Ansicht, dass der Beschuldigte im Strafverfahren meist einen Rechtsanwalt zum Verteidiger hat.

⁵Sprau in: Palandt, BGB, § 675 Rn. 23.

⁶Sprau in: Palandt, BGB, § 675 Rn. 23.

2.1 Wahlverteidigung

nes Gutachtens betraut oder die Erteilung einer Rechtsauskunft über eine konkrete Frage begehrt wird⁷.

Bei unentgeltlichem Tätigwerden des Verteidigers kommt es zwischen ihm und dem Beschuldigten zu einem Auftragsverhältnis gemäß § 662 BGB. Ein solches wird indes selten vorliegen, da der Beschuldigte in den meisten Fällen einen Rechtsanwalt zum Verteidiger wählt und es Rechtsanwälten gemäß § 49b Abs. 1 BRAO grundsätzlich nicht gestattet ist, weniger in Rechnung zu stellen als vom Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vorgesehen, geschweige denn unentgeltlich tätig zu werden.

Der Verteidiger hat wie im ersten Kapitel dargelegt im Außenverhältnis sowohl eine private als auch eine öffentliche Funktion. Er nimmt nicht nur das mittels zivilrechtlichem Geschäftsbesorgungsvertrag erteilte Mandat wahr, sondern ist sowohl Beistand des Beschuldigten als auch unabhängiges Organ der Rechtspflege⁸.

Im Folgenden ist zu klären, ob auch das Innenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem eine öffentlich-rechtliche Komponente aufweist. Eine solche könnte zu einer Verpflichtung des Verteidigers führen, die sich aus dem Innenverhältnis ergibt, gleichwohl ihren Ursprung außerhalb des Mandatsvertrages hat. Bei Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Komponente könnte das Prinzip der Privatautonomie, welches das Zivilrecht beherrscht und auch die vertragliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem bestimmt, eine Einschränkung erfahren. Insbesondere der Wirksamkeit von Weisungen könnten bereits im Innenverhältnis Grenzen gesetzt werden.

2.1.1 Öffentlich-rechtliche Komponente aufgrund Verteidigerseriosität

Für eine öffentlich-rechtliche Komponente des Mandatsvertrages hat sich Hanack ausgesprochen⁹. Eine solche Komponente folgt nach Hanack vor al-

⁷BGH NJW 1965, 106 (106); BGH NJW 1996, 661 (662).

⁸Für viele: BVerfGE 34, 293 (300) = NJW 1973, 696 (697); BGHSt 9, 20 (22).

⁹So Ernst-Walter Hanack in einem unveröffentlichten Vortrag vor dem Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer am 24.10.1980, zitiert nach Barton, Mindeststandards, S. 287 ff.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

lem aus der „Seriosität“ des Strafverteidigers, die „eine Art ‚Einbindung‘ in das ‚Prozessziel‘ ergibt oder ergeben soll“¹⁰. Die Grundlagen der öffentlich-rechtlichen Komponente ergäben sich insbesondere aus dem anwaltlichen Berufsrecht und den strafprozessualen Befugnissen, die dem Verteidiger unabhängig vom Beschuldigten zustehen¹¹. Zum damaligen Zeitpunkt – im Jahr 1980 – konnte laut Hanack die öffentlich-rechtliche Komponente nicht geortet werden. Zur Möglichkeit, die „öffentlich-rechtliche Komponente“ in ein System zu bringen (...) und von diesem System her die ungezählten Anwendungsfälle („Grundlagen und Inhalt“) einigermaßen darzustellen“, führt er aus, dies „könnte ein Professorenleben ausfüllen“¹².

Auch Dahs kommt bei der Frage einer öffentlich-rechtlichen Komponente auf die Seriosität des Verteidigers zu sprechen¹³. Seiner Auffassung nach ist die Vertragsbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem dem Zivilrecht unterstellt und daher bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Dienstverhältnisses anhand bürgerlichen Rechts¹⁴. Dies allerdings nur „so weit sich nicht Besonderheiten aus der Zuordnung des Verteidigers zur Rechtspflege ergeben“¹⁵. An der Stelle verweist Dahs auf seine Ausführungen zum Verteidiger als selbständiges Organ der Rechtspflege¹⁶.

Zur öffentlich-rechtlichen Komponente erklärt Dahs, dass es sich auch angesichts der Fälle notwendiger Verteidigung oder gar Zwangsverteidigung nicht um eine rein privatrechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handeln kann¹⁷. Ansonsten meint er, dass auf die Frage, ob die Institution der Strafverteidigung eine öffentlich-rechtliche Komponente auf-

¹⁰Hanack 1980, S. 2, zitiert nach Barton, Mindeststandards, S. 286.

¹¹Hanack 1980, S. 10 ff., zitiert nach Barton, Mindeststandards, S. 286.

¹²Hanack 1980, S. 14, zitiert nach Barton, Mindeststandards, S. 286 f.

¹³Dahs, Handbuch, S. 14 f.

¹⁴Dahs, Handbuch, S. 83 f.

¹⁵Dahs, Handbuch, S. 83. Ähnlich wenig aussagekräftig spricht sich Schnarr, NSTZ 1986, 488, für eine öffentlich-rechtliche Komponente aus: „Der Verteidigervertrag hat einen öffentlich-rechtlichen Einschlag, weil er die Voraussetzung dafür ist, dass der Verteidiger in die ihm von der Strafprozessordnung zugewiesene Rechtsposition eintreten kann.“

¹⁶Dahs, Handbuch, S. 83.

¹⁷Dahs, Handbuch, S. 14.

2.1 Wahlverteidigung

weist, ebenso wenig eine befriedigende Antwort gefunden werden kann wie auf die Frage nach dem rechtlichen Gehalt der Organstellung¹⁸.

Im Übrigen betreffen Dahs Ausführungen das Außenverhältnis, wenn er darlegt, dass der Gewährung der prozessualen Verteidigerrechte seitens des Gesetzgebers die Vorstellung einer Seriosität des Verteidigers und seiner Haltung zur Strafrechtspflege zugrunde liegt¹⁹. Der Gesetzgeber gehe vom „Leitbild eines an Wahrheit und Fairness orientierten Verhaltens“ aus²⁰. Aus dem so skizzierten Leitbild ergäben sich aber keine konkreten Rechten und Pflichten für den Einzelfall²¹.

2.1.2 Lüderssen: Vertragstheorie

Die Annahme, die Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem werde auch durch eine öffentlich-rechtliche Komponente bestimmt, ist mit dem von Lüderssen entwickelten Vertragsprinzip nicht zu vereinbaren²². Nach Lüderssen bestimmt ausschließlich Vertragsrecht die Position des Wahlverteidigers, sodass eine Verpflichtung zur Wahrnehmung auch öffentlicher Interessen nicht in Betracht kommt²³. Der Verteidiger ist als Beistand des Beschuldigten an dessen Willen und Weisung gebunden, ein Organ der Rechtspflege ist er nicht²⁴.

Für eine öffentlich-rechtliche Komponente gibt es laut Lüderssen weder eine gesetzliche Grundlage, noch braucht das Mandatsverhältnis eine solche²⁵. Denn die Autonomie des Beschuldigten werde vollumfänglich durch die Anwendung von Vertragsrecht auf die Beschuldigten-Verteidiger-Beziehung gewährleistet²⁶.

¹⁸Dahs, Handbuch, S. 14. Wie Barton trennt Dahs die Frage, ob der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege ist, von der Problematik der öffentlich-rechtlichen Komponente.

¹⁹Dahs, Handbuch, S. 15.

²⁰Dahs, Handbuch, S. 15.

²¹Dahs, Handbuch, S. 15.

²²Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 34, 102; Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743). Lüderssens Ansatz wurde bereits im Rahmen des ersten Kapitels unter „Abweichende Theorien“ (1.2) erläutert.

²³Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743).

²⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 50 ff., 89.

²⁵Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 34, 102 f.

²⁶Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 22, 33.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

Eine Aufgabe des Staates sieht Lüderssen allein in der Sicherung der vorstaatlichen, bürgerlichen Freiheitssphäre, was eine parteiliche Verteidigung zur Gewährleistung des Autonomiestatus des Beschuldigten einschließt²⁷. Im Übrigen erschöpft sich seiner Meinung nach die unmittelbare staatliche Fürsorge gegenüber dem Beschuldigten in der Objektivitätspflicht von Gericht und Staatsanwaltschaft²⁸.

Der Gesetzgeber hat demnach die parteiliche Verteidigung zu sichern, die auch nach Lüderssens Auffassung im öffentlichen Interesse liegt²⁹. Davon strikt zu trennen ist für Lüderssen die Frage, ob der Verteidiger auch im öffentlichen Interesse einseitig zugunsten des Beschuldigten Partei ergreift³⁰. Nach der Vertragstheorie kann das nur verneint werden. Der Verteidiger wird „wirklich nur um des einzelnen Beschuldigten willen“ tätig³¹, da die Autonomie des Beschuldigten allein durch eine rein privatrechtliche Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses gewährleistet werden kann. Im Übrigen müsse der Verteidiger sich Autorität auch nicht „durch eine staatliche Bindung (...) erkaufen“³².

2.1.3 Barton: Ansatz von den Einfallspforten

Einen Mittelweg bildet der von Barton entwickelte Ansatz von den Einfallspforten.

Mit Lüderssen stimmt Barton überein, dass das Mandatsinnenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zivilrechtlich ausgestaltet ist³³. Jedoch kann seines Erachtens die zivilrechtliche Fundierung des Innenverhältnisses nicht strikt von der öffentlich-rechtlichen Komponente getrennt werden³⁴.

Mit den §§ 134, 138 und 276 BGB, die auch Lüderssen ausdrücklich in seine Überlegungen miteinbezieht, weist das Zivilrecht Normen auf, die den

²⁷Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 30.

²⁸Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 102.

²⁹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 100.

³⁰Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 100.

³¹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 100.

³²Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 102a.

³³Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

³⁴Barton, Mindeststandards, S. 288.

2.1 Wahlverteidigung

Schutz öffentlicher Interessen bezwecken³⁵. Durch sie wird laut Barton die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit aus öffentlichem Interesse eingeschränkt, insbesondere der „Werteordnung des Grundgesetzes“ wird zur Geltung verholfen³⁶.

Die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln bezeichnet Barton als „Einfallspforten“ öffentlich-rechtlicher Interessen in das Privatrecht³⁷. Wie in anderen Rechtsgebieten auch gebe es hinsichtlich des Mandatsverhältnisses neben den allgemeinen Einfallspforten Sonderregelungen, die §§ 137 ff. StPO³⁸. Dementsprechend sind Bartons Ansatz nach die BGB-Generalklauseln nur unter Berücksichtigung des Zusammenspiels mit den spezielleren Vorschriften der §§ 137 ff. StPO und in Einklang mit der Wertevorstellung des Grundgesetzes anzuwenden³⁹.

2.1.4 Stellungnahme

Gegen die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Komponente aufgrund Verteidigerseriosität bringt Barton zu Recht vor, dass so eine öffentlich-rechtliche Komponente weder rechtlich abgeleitet noch begründet, sondern durch „einen rechtlich nicht operationalisierbaren Begriff ersetzt“ wird⁴⁰.

Hanacks Vortrag zur Seriosität des Verteidigers trug zwar den Titel „Grundlagen und Inhalt der ‚öffentlich-rechtlichen Komponente‘ des Mandatsverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger“⁴¹, behandelte

³⁵Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238). Barton führt hier außerdem die §§ 242, 157 und 826 BGB sowie die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen an.

³⁶Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

³⁷Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

³⁸Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

³⁹Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238). Eine vom Thema der öffentlich-rechtlichen Komponente abzugrenzende Frage ist, ob der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege ist. Barton betont, dass mit Bejahung einer öffentlich-rechtlichen Komponente nicht zugleich eine Organstellung des Verteidigers befürwortet wird, Barton, StV 1990, 237 (238).

⁴⁰Barton, Mindeststandards, S. 288.

⁴¹Der Titel des Vortrages wird von Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Fn. 164, genannt. Auch Lüderssen sieht eine Notwendigkeit, die Verteidigerseriosität zu wahren. Entsprechend seinem Ansatz soll das jedoch nicht durch eine organschaftliche Teilhabe am Staat geschehen, sondern das Berufsrecht und damit Regeln, die sich der Berufsstand selbst gibt, sollen auf eine Seriosität abzielen. Hierzu Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 101 f.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

faktisch aber das Verteidigungsaußenverhältnis im Sinne einer Untersuchung der berufsrechtlichen und strafprozessualen Dimension der Strafverteidigung und nicht das zivilrechtliche Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger⁴².

Auch Dahs spricht mit seinen Ausführungen zur Seriosität vor allem das Außenverhältnis an. Im Übrigen hält er das Problem der öffentlich-rechtlichen Komponente für nicht lösbar, zumindest nicht befriedigend⁴³.

Wenn Dahs unter Verweis auf das Institut der Pflichtverteidigung meint, das Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem könne kein rein privatrechtliches sein⁴⁴, so liefert er ein Argument für eine öffentlich-rechtliche Komponente für den Fall der Pflichtverteidigung. Hinsichtlich der Vertragsbeziehung zwischen Beschuldigtem und Wahlverteidiger ist damit nichts gesagt.

Mit der Verteidigerseriosität lässt sich daher keine öffentlich-rechtliche Komponente der Rechtsbeziehung zwischen Wahlverteidiger und Beschuldigtem begründen.

Gleichwohl weist das Innenverhältnis eine öffentlich-rechtliche Komponente auf. Zu folgen ist Bartons Ansatz von den Einfallspforten. Dies ergibt ein Blick auf den Zweck, der mit zivilrechtlichen Generalklauseln, wie beispielsweise den §§ 134 und 138 BGB, verfolgt wird.

Bei den genannten Normen handelt es sich um Sollbruchstellen für das öffentliche Recht. Sie helfen der Rechtsordnung, ihre Grundwerte zu verteidigen⁴⁵.

Die Grundwerte ergeben sich in erster Linie aus der Verfassung und der darin enthaltenen objektiven Werteordnung der Grundrechtsnormen⁴⁶. Auf die Weise wirken die Grundrechte in das bürgerliche Recht hinein, es handelt sich um die „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte⁴⁷. Die Privatautonomie als Rechtsmacht erfährt so eine Einschränkung⁴⁸.

⁴²So Barton, Mindeststandards, S. 287.

⁴³Vgl. die obige Darstellung sowie Dahs, Handbuch, S. 14.

⁴⁴Dahs, Handbuch, S. 14.

⁴⁵So zu § 138 BGB Armbrüster in: Säcker/Rixecker, MüKo BGB, § 138 Rn. 1.

⁴⁶Sack in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 40.

⁴⁷Sack in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 40.

⁴⁸So hinsichtlich § 138 BGB Armbrüster in: Säcker/Rixecker, MüKo BGB, § 138 Rn. 1.

2.1 Wahlverteidigung

Im Grundgesetz wird die Privatautonomie und allgemeine Handlungsfreiheit eines jeden verbürgt. Voraussetzung dafür, dass der einzelne seine Privatautonomie und allgemeine Handlungsfreiheit wahrnehmen kann, ist ein einigermaßen ausgewogenes Kräfteverhältnis zwischen den Parteien, sonst setzt sich das Recht des Stärkeren durch⁴⁹. Über die Sollbruchstellen soll dies verhindert und ein sachgerechter Interessenausgleich ermöglicht werden, wenn sich die Kräfte der Parteien nicht einmal annähernd in einem Gleichgewicht befinden⁵⁰. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind unter Berücksichtigung ihrer Wechselwirkungen dergestalt einzuschränken, dass sie für die Beteiligten so weitgehend wie möglich wirksam werden⁵¹.

Neben den bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln zielen auch andere Normen im öffentlichen Interesse auf einen Ausgleich zwischen den Parteien ab, wenn das Kräftegleichgewicht empfindlich gestört ist. Sie greifen entweder neben den allgemeinen Sollbruchstellen wie beispielsweise die §§ 74 und 74a HGB oder sind *lex specialis* wie § 241 Nr. 4 AktG. Zutreffend sieht Barton für die Strafverteidigung die §§ 137 ff. StPO als „Einfallspforten“ öffentlich-rechtlicher Interessen in das Privatrecht⁵².

Das Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Wahlverteidiger bestimmt sich – und insoweit besteht Einigkeit – nach dem Zivilrecht. Infolgedessen kommen auch die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln zur Anwendung und öffentlichen Interessen wird bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Geltung verholfen. Eine öffentlich-rechtliche Komponente ist daher zu bejahen, sie geht einher mit der zivilrechtlichen Fundierung des Innenverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger.

Eine andere Sichtweise kann insbesondere angesichts des strukturellen Ungleichgewichts, welches gerade das Mandatsverhältnis prägt, nicht überzeugen.

Der Verteidiger hat nicht nur aufgrund seiner juristischen Kenntnisse und Erfahrungen gegenüber dem Beschuldigten (zumindest meist) einen Wissensvorsprung. Er befindet sich auch infolge der persönlichen Betroffen-

⁴⁹Hierzu BVerfG NJW 94, 36 (38), sowie Sack in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 40.

⁵⁰Vgl. hierzu BVerfG NJW 94, 36 (38), und BVerfG NJW 94, 2749 (2749 f.). Zum Ganzen: Sack in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 40.

⁵¹Hierzu BVerfG NJW 94, 36 (38); vgl. auch Sack in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 40 m. w. N.

⁵²Barton, Mindeststandards, S. 288 f.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

heit des Beschuldigten in einer überlegenen Position. Hinzu kommen andere denkbare Defizite des Beschuldigten, beispielsweise eine gegebenenfalls nur vorübergehende Unfähigkeit, komplizierte Sachverhalte zu erfassen. Aus der originären Aufgabe des Verteidigers, Defizite des Beschuldigten auszugleichen, ergibt sich auch das strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Parteien.

Es leuchtet daher nicht ein, warum es hinsichtlich der Vertragsbeziehung zwischen Beschuldigtem und Wahlverteidiger keine Sollbruchstellen und damit kein Gleichauf mit anderen zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen geben soll. Selbstverständlich kommen die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zur Anwendung. Aber sie müssen wie in anderen Rechtsbeziehungen auch über die „Einfallspforten“ zum Tragen kommen können.

2.2 Pflichtverteidigung

Das Institut der notwendigen Verteidigung regeln die §§ 140 StPO ff. Nach ständiger Rechtsprechung enthalten diese Vorschriften eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips⁵³. Das darin enthaltene Gebot des fairen Verfahrens gebietet es, dem nicht verteidigten Beschuldigten in schwerwiegenden Fällen von Amts wegen und, sofern er sich einen Rechtsbeistand nicht leisten kann, auf Staatskosten einen Verteidiger zur Seite zu stellen⁵⁴. Im öffentlichen Interesse ist so für einen prozessordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu sorgen⁵⁵.

Die StPO schreibt die Mitwirkung eines Verteidigers vor, wenn ein Fall von notwendiger Verteidigung vorliegt. Wann ein solcher zu bejahen ist, regelt § 140 StPO. Der erste Absatz der Norm enthält einen Katalog konkreter Fälle, in denen die Bestellung eines Pflichtverteidigers zwingend ist, zum Beispiel

⁵³BVerfGE 63, 380, 390 = NJW 1983, 1599 (1599); BVerfGE 66, 313 (318 f.); BVerfGE 46, 202 (210) = NJW 1978, 151 (151). In der Praxis stößt das Institut der Pflichtverteidigung an die Grenzen des Rechtsstaatsprinzips, wenn der Beschuldigte die Bestellung eines Pflichtverteidigers ablehnt, vgl. Weiler in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 140 StPO Rn. 1.

⁵⁴BVerfGE 39, 238 (243) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfGE 65, 171 (174) = NJW 1984, 113 (113).

⁵⁵BVerfGE 39, 238 (243) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfGE 65, 171 (174) = NJW 1984, 113 (113); OLG Düsseldorf NStZ 1986, 137 (137).

2.2 Pflichtverteidigung

bei einer erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht oder Landgericht (§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO), wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen angelastet (§ 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO) oder ein Sicherungsverfahren durchgeführt wird (§ 140 Abs. 1 Nr. 7 StPO). § 140 Abs. 2 StPO umschreibt allgemein weitere Fälle notwendiger Verteidigung. Danach sind maßgeblich die Schwere der Tat, die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage sowie das erkennbare Unvermögen des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen. Darüber hinaus enthält der zweite Absatz in Satz 2 die Vorschrift, dass dem Antrag eines hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten zu entsprechen ist.

In den Fällen des § 140 Abs. 1 und 2 muss der Vorsitzende dem Beschuldigten einen Verteidiger von Amts wegen bestellen, wenn dieser aus welchen Gründen auch immer keinen Verteidiger beauftragt hat (§ 141 Abs. 1 und 4 StPO). Wenn nötig ist auch die Beiordnung mehrerer Verteidiger zulässig⁵⁶. Ebenso kann die Beiordnung eines Verteidigers oder mehrerer Verteidiger neben einem bereits für den Beschuldigten tätigen Wahlverteidiger angezeigt sein⁵⁷.

Die Pflichtverteidigerbestellung ist also unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des Beschuldigten vorzunehmen, wenn der Fall als schwerwiegend oder in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht als schwierig einzustufen ist oder sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.

Durch die Bestellung wird eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Verteidigers begründet, der er nachzukommen hat⁵⁸. Nur aus wichtigem Grund kann er in den engen Grenzen der §§ 48 Abs. 2 BRAO und 49 BRAO eine Befreiung verlangen⁵⁹.

Der Pflichtverteidiger hat einen Anspruch auf Vergütung gegenüber der Staatskasse, § 45 Abs. 3 RVG. Eine Inanspruchnahme des Beschuldigten kommt nur in Betracht, wenn dieser wirtschaftlich leistungsfähig ist, § 52 Abs. 2 RVG.

Gemäß § 142 Abs. 1 Satz 2 soll dem Beschuldigten die Möglichkeit gegeben werden, einen Verteidiger zu benennen. Der genannte Verteidiger ist

⁵⁶Meyer-Goßner, StPO, § 141 Rn. 2.

⁵⁷BGHSt 15, 306 (309) = BGH NJW 1961, 740 (741); BGH NJW 1973, 1985 (1985).

⁵⁸Meyer-Goßner, StPO, § 142 Rn. 14.

⁵⁹Meyer-Goßner, StPO, § 142 Rn. 14.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

vom Vorsitzenden zu bestellen, außer es stehen wichtige Gründe entgegen, § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO.

Hat der Beschuldigte bereits einen Wahlverteidiger mandatiert, so kann dieser auf entsprechenden Antrag hin als Pflichtverteidiger beigeordnet werden. Das Auswahlermessen, das der Vorsitzenden des erkennenden Gerichts gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO hat, ist dann in der Regel auf die Person des bisherigen Verteidigers und damit auf null reduziert⁶⁰. Voraussetzung einer Beiordnung des bisherigen Verteidigers ist, dass dieser sein Mandat niederlegt⁶¹. Ein Antrag des bereits tätigen Verteidigers auf Beiordnung als Pflichtverteidiger ist nach herrschender Auffassung dahingehend zu verstehen, dass die Wahlverteidigung mit der Bestellung endet⁶².

Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Pflichtverteidiger und Beschuldigtem ist umstritten. Die gängigsten Meinungen werden im Folgenden skizziert.

2.2.1 Bundesverfassungsgericht: Gesetzliches Schuldverhältnis

Das Bundesverfassungsgericht⁶³ und ihm folgend weite Teile der Literatur⁶⁴ schreibt dem Institut der Pflichtverteidigung einen öffentlich-rechtlichen Charakter zu. Bei der Pflichtverteidigerbestellung handele es sich um eine besondere Form der „Indienstnahme Privater zu öffentlichen Zwecken“⁶⁵. Als Rechtsgrundlage für die Bestellung nennt die Rechtsprechung § 141 StPO; die Regelung wird ihrer ratio entsprechend auch als allgemeine Rechtsgrundlage für die Rücknahme der Bestellung herangezogen⁶⁶.

⁶⁰BGHSt 43, 153 (156) = NJW 1997, 3385 (3386); OLG Düsseldorf NJW 1990, 527; OLG Hamm NStZ 1999, 531 (531).

⁶¹Meyer-Goßner, StPO, § 142 Rn. 7.

⁶²BGH StV 1981, 12 (12); OLG Köln NStZ 1991, 248 (249); OLG Düsseldorf StV 1983, 190 (190).

⁶³BVerfGE 39, 238 (241) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfG NJW 1985, 727 (728); BVerfG NJW 1998, 444 (444).

⁶⁴Ehrlicher, NStZ 1995, 357 (357); Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (363); Hilgendorf, NStZ 1996, 1 (1 ff.); Weigend, NStZ 1997, 47 (47); Haffke, StV 1981, 471 (472)

⁶⁵BVerfGE 39, 238 (241) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfG NJW 1985, 727 (728); BVerfG NJW 1998, 444 (444).

⁶⁶BVerfGE 39, 238 (244) = NJW 1975, 1015 (1016).

2.2 Pflichtverteidigung

Bei Bestellung und Abberufung des Pflichtverteidigers handelt es sich nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts um richterliche Verfügungen, die ihrem Inhalt und ihrer Qualität nach einem begünstigenden Verwaltungsakt beziehungsweise dessen Widerruf gleichen⁶⁷. Auf die Aufhebung der Bestellung seien deshalb die von der Rechtsprechung und Lehre zum Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes entwickelten Grundsätze anzuwenden⁶⁸.

Nach den Ausführungen der Rechtsprechung soll mit dem Institut der Pflichtverteidigung dem Anwalt nicht eine zusätzliche Möglichkeit gegeben werden, seinem Beruf nachzugehen⁶⁹. Bezweckt werde allein die Gewährleistung eines prozessordnungsgemäßen Verfahrens im öffentlichen Interesse⁷⁰. Nur die Indienstrafe selbst, also die Bestellung zum Pflichtverteidiger, könne daher ein Eingriff in die von Art. 12 I GG gewährte anwaltliche Berufsausübung sein⁷¹. Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger ist nach der Rechtsprechung folglich kein Vertrag, sondern der Pflichtverteidiger wird aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung tätig, die ihm das Gericht durch die Bestellung auferlegt⁷².

Ist der Verteidiger bereits vom Beschuldigten mandatiert worden, so erlischt laut dem BGH mit der Bestellung die allgemeine, dem Verteidiger als Wahlverteidiger erteilte Vollmacht, da § 168 Satz 1 BGB entsprechende Anwendung findet⁷³.

2.2.2 Lüderssen: Vertragstheorie

Nach Lüderssen gilt das Vertragsprinzip auch für die Pflichtverteidigung⁷⁴. Lüderssen bejaht entweder einen Vertrag oder einen Quasi-Vertrag zwischen

⁶⁷BVerfGE 39, 238 (244) = NJW 1975, 1015 (1016).

⁶⁸BVerfGE 39, 238 (244) = NJW 1975, 1015 (1016).

⁶⁹BVerfG NJW 1985, 727 (728); BVerfG NJW 1998, 444 (444).

⁷⁰BVerfGE 39, 238 (243) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfG NJW 1985, 727 (728); BVerfG NJW 1998, 444 (444).

⁷¹BVerfGE 39, 238 (241) = NJW 1975, 1015 (1016); BVerfG NJW 1998, 444 (444).

⁷²Hierzu u.a. BVerfG NJW 1985, 727 (728).

⁷³BGH NSTZ 1991, 94 (95).

⁷⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 75 ff.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

Verteidiger und Beschuldigtem, je nachdem, ob es sich um einen vom Beschuldigten akzeptierten oder um einen aufgezwungenen Pflichtverteidiger handelt.

Bei Einverständnis mit dem Pflichtverteidiger deutet Lüderssen den Akt der Bestellung als ein hoheitlich eingeleitetes Vertragsverfahren zwischen Verteidiger und Beschuldigtem⁷⁵. Laut Lüderssen wird als Folge der Bestellung der Verteidiger der Vertragspartner des Beschuldigten und agiert faktisch unter denselben rechtlichen Bedingungen wie der Wahlverteidiger⁷⁶. Dies zeige sich unter anderem daran, dass meist auch der Pflichtverteidiger sich vom Beschuldigten bevollmächtigen lässt und die Gerichte vom Pflichtverteidiger eine Vollmachtvorlage fordern⁷⁷.

Nach Lüderssen kommt es im Falle eines aufgezwungenen Verteidigers unter staatlichem Kontrahierungszwang ebenfalls zu einem Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, wenn der Beschuldigte dem Druck nachgibt oder die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung einsieht⁷⁸. Der Kontrahierungszwang liefere kein Argument gegen die Einordnung als Vertragsverhältnis, da er unserem Recht nicht fremd ist; dies zeigt für Lüderssen ein Blick in das Pflichtversicherungsrecht oder auf die zivilprozessualen Regelungen zum Anwaltszwang⁷⁹.

Bleibt der Beschuldigte bei der Ablehnung eines Verteidigers, schreibt Lüderssen der Bestellung die Funktion zu, ein Auftragsverhältnis und damit einen Quasi-Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zu begründen⁸⁰. Durch die Bestellung werde zugleich der Fortbestand des Auftragsverhältnisses gewährleistet⁸¹. Bei der Tätigkeit des Verteidigers handelt es sich nach Lüderssen um eine Geschäftsführung ohne Auftrag nach den zivilrechtlichen Vorschriften mit dem Beschuldigten als Geschäftsherrn⁸². Ein entgegensehender Wille sei nach § 679 BGB unbeachtlich⁸³.

⁷⁵Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 75.

⁷⁶Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 74.

⁷⁷Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 74.

⁷⁸Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 6.

⁷⁹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 77.

⁸⁰Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 7.

⁸¹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 7.

⁸²Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 7.

⁸³Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 8.

2.2 Pflichtverteidigung

Die Notwendigkeit, auch die Pflichtverteidigung dem Vertragsprinzip zu unterstellen, ergibt sich für Lüderssen aus der Anerkennung der Autonomie des Beschuldigten. Denn der Autonomiestatus des Beschuldigten bedeutet nach Lüderssens Vertragstheorie unter anderem, dass das Beschuldigteninteresse nicht zum Staatsziel erklärt wurde⁸⁴. Die Durchsetzung des Beschuldigteninteresses erfolgt danach ohne direkte staatliche Beteiligung, indem der Beschuldigte „in der dem Staat gegenüberstehenden Gesellschaft die Ressourcen für seine Verteidigung“ findet⁸⁵. Der Verteidiger hat nach diesem Ansatz keine öffentlichen Interessen wahrzunehmen, sondern ist allein dem Beschuldigten aufgrund der vertraglichen Bindung verpflichtet⁸⁶. Aus dem Grund kommt nach Lüderssens Ansicht auch für das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger allein die Rechtsform des Vertrages in Betracht.

Den Staat trifft nach der Vertragstheorie die Verpflichtung, die vorstaatlichen Freiheitsrechte des Bürgers zu erhalten, wozu auch die Garantie der autonomen Stellung des Beschuldigten und somit dessen parteiliche Verteidigung gehört⁸⁷. Eine aufoktroierte Verteidigung durch den Staat erfolgt daher zur Erfüllung eben dieser staatlichen Obliegenheit und damit aufgrund eines Autonomiedefizits des Beschuldigten⁸⁸. Nach diesem Ansatz wird dem Beschuldigten eine Verteidigung also nicht wegen eines staatlichen Interesses an einem rechtsstaatlichen Verfahren aufgezwungen, sondern aufgrund eines Autonomiedefizits seiner Person⁸⁹.

Lüderssen argumentiert darüber hinaus, dass das Autonomieprinzip nicht teilbar sei, weshalb auch im Falle einer Pflichtverteidigung der Wille des Beschuldigten bestimmend sein müsse⁹⁰. Die Position des pflichtverteidigten Beschuldigten müsse daher soweit wie möglich der des Beschuldigten mit einem Wahlverteidiger angenähert werden⁹¹. Dies kann seines Erach-

⁸⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 21 f.

⁸⁵Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 21.

⁸⁶Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 34, 109.

⁸⁷Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 30.

⁸⁸Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 78.

⁸⁹Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 78; Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2744).

⁹⁰Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743).

⁹¹Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 78; Lüderssen, NJW 1986, 2742 (2743).

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

tens durch einen aufgezwungenen Vertragsschluss bewerkstelligt werden⁹². In dem Zusammenhang weist Lüderssen darauf hin, dass erst die Annahme eines Vertrages erklärt, warum nach allgemeiner Auffassung auch der Pflichtverteidiger sich um ein Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten bemühen muss.⁹³

2.2.3 Jahn: Stellvertretung

Auch nach Jahn kann es zwischen Pflichtverteidiger und Beschuldigtem nur ein vertragliches Verhältnis geben⁹⁴. Nur so kann seiner Ansicht nach die unabdingbare Gleichstellung des pflichtverteidigten Beschuldigten mit dem Beschuldigten, der einen Wahlverteidiger bezahlen kann, erreicht werden⁹⁵. Auch im Falle einer Wahlverteidigung weise das Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger keine öffentlich-rechtliche Komponente auf⁹⁶.

Jahn zufolge kommt es zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger zu einer rein zivilrechtlichen Vertragsbeziehung, da die allgemeinen Regeln über Angebot und Annahme von Willenserklärungen, also die §§ 145 ff. sowie 164 ff. BGB, anzuwenden sind⁹⁷. Der Vorsitzende fungiere dabei als Vertreter des Beschuldigten⁹⁸. Die Bestellung zum Pflichtverteidiger, die der Vorsitzende vornimmt, stellt für Jahn ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages und damit eine Willenserklärung im Sinne von § 164 BGB dar⁹⁹. Die Annahme des Angebots durch den Verteidiger erfolge gemäß den §§ 133, 157 BGB spätestens durch das Tätigwerden als Pflichtverteidiger¹⁰⁰.

Laut Jahn handelt der Vorsitzende aufgrund gesetzlicher Vertretungsmacht aus § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO, wenn er ohne Mitwirkung des Beschuldigten einen Verteidiger wählt und Gebrauch von dem Auswahlermessen

⁹²Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 78.

⁹³Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 78.

⁹⁴Jahn, JR 1999, 1 (2 ff.); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 240 ff.

⁹⁵Jahn, JR 1999, 1 (1).

⁹⁶Jahn, JR 1999, 1 (2 ff.); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 238.

⁹⁷Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 243 ff.

⁹⁸Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245.

⁹⁹Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245.

¹⁰⁰Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 243 ff.

2.2 Pflichtverteidigung

macht, das ihm § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO zugesteht¹⁰¹. Dass in einem solchen Fall meist keine ausdrückliche Erklärung des Beschuldigten vorliegt, schade nicht. Denn nach Ablauf der in § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgesehenen Frist, innerhalb der der Beschuldigte einen Verteidiger bezeichnen soll, könne entsprechend der Verkehrssitte im Strafverfahren regelmäßig eine Willenserklärung durch „beredtes Schweigen“ angenommen werden¹⁰².

Benennt der Beschuldigte einen Verteidiger, den er als Pflichtverteidiger wünscht, so liegt darin nach Jahn die Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht im Sinne von § 166 Abs. 2 BGB¹⁰³. Diese ermächtigt den Vorsitzenden zur Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages gegenüber dem genannten Verteidiger¹⁰⁴.

Dem Vorsitzenden schreibt Jahn Vertreterwillen mit dem Argument zu, dieser wolle die in § 140 StPO enthaltene gesetzliche Vorgabe erfüllen¹⁰⁵. Dabei handele es sich um eine echte Stellvertretung und nicht um eine bloße Vermittlung, da der Vorsitzende sein Auswahlermessen ausüben müsse und damit eine inhaltlich-materielle Entscheidung treffe¹⁰⁶. Ist das Auswahlermessen infolge einer Erklärung des Beschuldigten reduziert, so bleibe dem Vorsitzenden die Prüfung, ob gewichtige Gründe im Sinne von § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO gegen die Bestellung des vom Beschuldigten gewünschten Verteidigers sprechen¹⁰⁷. Laut Jahn gibt der Vorsitzende folglich auch eine eigene Willenserklärung ab, wenn das Auswahlermessen reduziert ist¹⁰⁸.

Keinen Raum für eine vertragliche Beziehung zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger sieht Jahn dagegen im Falle einer sog. Zwangsverteidigung, wenn der Beschuldigte trotz notwendiger Verteidigung die Beordnung eines Verteidigers ablehnt¹⁰⁹. Für die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages fehle es an einer freiverantwortlichen Annahmeerklärung

¹⁰¹Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245.

¹⁰²Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 244.

¹⁰³Jahn, JR 1999, 1 (5); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 246.

¹⁰⁴Jahn, JR 1999, 1 (5); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 246.

¹⁰⁵Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245.

¹⁰⁶Jahn, JR 1999, 1 (4 f.); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245.

¹⁰⁷Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245 f.

¹⁰⁸Jahn, JR 1999, 1 (4); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 245 f.

¹⁰⁹Jahn, Konfliktverteidigung, S. 247 f.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

des vom Vorsitzenden übermittelten Angebots durch den Verteidiger¹¹⁰. Eine Geschäftsbesorgung ohne Auftrag komme aufgrund des bekanntermaßen entgegenstehenden Willen des Beschuldigten nicht in Betracht¹¹¹. In der Konstellation gibt es auch nach Jahn allein zwischen Staat und Pflichtverteidiger vertragliche Beziehungen¹¹².

Dabei steht Jahn der Zwangsverteidigung ablehnend gegenüber. Ein Verteidiger, der dem Beschuldigten durch staatlichen Hoheitsakt aufoktroiyert wird, stellt seines Erachtens ausschließlich eine Belastung für den Beschuldigten dar¹¹³.

2.2.4 Stellungnahme

Das Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger im Falle einer Pflichtverteidigung ist öffentlich-rechtlich fundiert. Dies ergibt sich aus der Natur und Ausgestaltung des Instituts der Pflichtverteidigung.

Die Rechtsbeziehung des Beschuldigten zu einem von ihm gewählten Verteidiger weist eine öffentlich-rechtliche Komponente auf. Was auf das Mandatsverhältnis zum Wahlverteidiger zutrifft, gilt erst recht für das Verhältnis des Beschuldigten zu einem ihm beigeordneten Verteidiger. Dieses Verhältnis basiert nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, sondern hat einen öffentlich-rechtlichen Charakter.

Jahns Ansatz von der Stellvertretung im Falle einer Pflichtverteidigung ist konsequent, verneint er doch auch bei der Wahlverteidigung eine öffentlich-rechtliche Komponente und hält die rein zivilrechtliche Fundierung zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger zur Gewährleistung eines Gleichaufs zwischen den zwei möglichen Formen der Verteidigung für unerlässlich¹¹⁴.

¹¹⁰Jahn, JR 1999, 1 (5); Jahn, Konfliktverteidigung, S. 247 f.

¹¹¹Jahn, Konfliktverteidigung, S. 247 f.

¹¹²Jahn, Konfliktverteidigung, S. 248.

¹¹³Jahn, Konfliktverteidigung, S. 247 f. So auch Hassemer, ZRP 1980, 326 (327); allerdings bezieht sich Hassemer auf die Konstellation, dass neben dem Wahlverteidiger entgegen den Willen des Beschuldigten ein Pflichtverteidiger beigeordnet wird, um den Verfahrensablauf zu gewährleisten. Dabei handelt es sich unbestritten um eine problematische Situation, die jedoch für die grundsätzliche Beurteilung des Innenverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger nicht ausschlaggebend sein kann.

¹¹⁴Vgl. Jahn, JR 1999, 1 (1).

2.2 Pflichtverteidigung

Jahns Annahmen wirken jedoch konstruiert und überzeugen darüber hinaus aus mehreren Gründen nicht. Es ist nur sehr schwer vorstellbar, dass ein Vorsitzender sich als Vertreter des Beschuldigten begreift. Ebenso ist dieser Gedanke aus der Sicht des Beschuldigten fernliegend. Aus dem Grund kann dem Beschuldigten auch nicht der Wille unterstellt werden, dem Vorsitzenden eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zum Vertragsabschluss zu erteilen, wenn er einen Verteidiger benennt, den er als Pflichtverteidiger will. Gerade angesichts der Tatsache, dass die Privatautonomie des Beschuldigten gewahrt werden soll, lässt sich das Handeln des Beschuldigten nicht als Vollmachtserteilung qualifizieren.

Darüber hinaus kann dem Wortlaut von § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO keine Ermächtigung für den Vorsitzenden entnommen werden, namens des Beschuldigten einen Vertrag mit dem Verteidiger abzuschließen. Die Vorschrift nennt den Kreis der Rechtsanwälte, aus denen der Vorsitzende auszuwählen hat¹¹⁵. Aus der Wendung „der zu bestellende Verteidiger“ ergibt sich, dass der Pflichtverteidiger zu bestellen ist, über die rechtliche Natur der Bestellung ist damit nichts gesagt. Jedenfalls kann der Vorgang der Bestellung nicht nur als technische Notwendigkeit im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsschlusses abgetan werden¹¹⁶.

Ein Argument für die vertragsrechtliche Gleichbehandlung von Wahl- und Pflichtverteidigung ergibt sich für Jahn aus der Regelung des § 100 Abs. 1 Satz 1 BRAGO (jetzt § 52 Abs. 1 Satz 1 RVG)¹¹⁷, wonach der Verteidiger gegen den Beschuldigten grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung seiner Gebühren hat¹¹⁸. Eine vertragliche Bindung und damit ein Honoraranspruch des Verteidigers nach § 612 BGB auch gegen den pflichtverteidigten Beschuldigten kann aber aus der genannten Norm nicht gefolgert werden. Eine dahingehende Aussage beinhaltet auch nicht die von Jahn angeführte Entscheidung des LG Offenburg, denn darin stellt das Gericht le-

¹¹⁵§ 142 Abs. 1 Satz 1 StPO lautet: „Der zu bestellende Verteidiger wird durch den Vorsitzenden des Gerichts möglichst aus der Zahl der bei einem Gericht des Gerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwälte ausgewählt.“

¹¹⁶So Jahn, JR 1999, 1 (5), hinsichtlich der Variante, dass der Beschuldigte einen Verteidiger benennt und § 142 Abs. 1 Satz 3 greift.

¹¹⁷Jahn, JR 1999, 1 (5).

¹¹⁸Der freilich entfällt, wenn die Staatskasse zahlt, § 52 Abs. 1 Satz 2 RVG bzw. § 100 BRAGO Abs. 1 Satz 1.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

diglich fest, dass durch § 100 BRAGO „in den dort angeführten Grenzen gebührenrechtlich“ eine Gleichstellung zwischen gerichtlich bestelltem und gewähltem Verteidiger bewirkt wird¹¹⁹.

Der Inhalt des § 52 RVG (vormals § 100 BRAGO) lässt nicht auf ein Vertragsverhältnis schließen, sondern ist ein Indiz dafür, dass zwischen dem Beschuldigten und seinem Pflichtverteidiger überhaupt ein Schuldverhältnis zustande kommt¹²⁰. Mit der Bestellung wird dem Verteidiger eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt und ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet¹²¹. Auf der Bestellung, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, beruht der Anspruch des Pflichtverteidigers gegen den Beschuldigten; der besagte Anspruch hat deshalb seine Wurzeln ebenfalls im öffentlichen Recht¹²².

§ 52 Abs. 1 Satz 1 liefert also ebenfalls kein Argument für eine Vertragsbeziehung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, eine zivilrechtliche Fundierung der Pflichtverteidigung scheitert. Dies zeigt auch der Umstand, dass im Falle einer Zwangsverteidigung selbst nach Jahn kein Vertragsverhältnis zwischen dem Beschuldigtem und seinem Verteidiger konstruiert werden kann¹²³.

Wenn Lüderssen hier eine Geschäftsführung ohne Auftrag annimmt und meint, ein entgegenstehender Wille sei nach § 679 BGB unbeachtlich¹²⁴, so überzeugt das nicht. In dem Punkt ist Jahn zuzustimmen, der ausführt, dass kein Vertragsschluss und auch kein Quasi-Vertrag zustande kommt, sondern sich in den Fällen fortdauernder Ablehnung des Verteidigers regelmäßig „das Gegenteil manifestiert“¹²⁵. Am Fall der Zwangsverteidigung zeigt sich unweigerlich die öffentlich-rechtliche Natur des Instituts der Pflichtverteidigung.

¹¹⁹LG Offenburg NSTZ 95, 243 (243).

¹²⁰So auch OLG Düsseldorf in NJW-RR 1999, 785 (786) = StV 2000, 430 (430). In vorbenannter Entscheidung lässt das Gericht die Frage der Natur des gesetzlichen Schuldverhältnisses offen.

¹²¹Zum gesetzlichen Schuldverhältnis: OLG Düsseldorf in NJW-RR 1999, 785 (786) = StV 2000, 430 (430); Riedel/Sußbauer, Bundesgebührenordnung, S. 661; Barton, Einführung Verteidigung, S. 135.

¹²²Riedel/Sußbauer, Bundesgebührenordnung, S. 661.

¹²³Jahn, JR 1999, 1 (5).

¹²⁴Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, § 141 Rn. 7 f.

¹²⁵Jahn, JR 1999, 1 (5).

2.2 Pflichtverteidigung

Wie dargelegt greift laut Lüderssen ein staatlicher Kontrahierungszwang, wenn der Beschuldigte den beigeordneten Verteidiger annimmt. Lüderssen stützt diese Ansicht auf andere Bereiche, in denen es anerkanntermaßen einen Kontrahierungszwang gibt. Dazu ist anzumerken, dass in den genannten Beispielen – dem Pflichtversicherungsrecht und den zivilprozessualen Regelungen zum Anwaltszwang – die gesetzliche Pflicht zum Vertragsschluss zumindest auch im öffentlichen Interesse liegt.

Der Kontrahierungszwang besteht für wichtige Bereiche der Daseinsfürsorge nicht nur, um dem einzelnen Bürger im Versicherungsfall einen Anspruch zu verschaffen. Mit dem Konzept der Pflichtversicherung soll auch die Allgemeinheit und damit letztlich der Staat vor einer möglicherweise immensen finanziellen Belastung geschützt werden, die ein hilfsbedürftiger Nichtversicherter auslöst¹²⁶. Mit der Pflicht zur Versicherung wird also einem öffentlichen Interesse Rechnung getragen. Auch hinter den Regelungen zum Anwaltszwang in der ZPO steht neben dem Schutz der Partei das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege¹²⁷.

Vor dem Hintergrund ist der Schritt von der Annahme eines Kontrahierungszwanges zumindest auch aus öffentlichem Interesse zu einer – zutreffenden – öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Instituts der Pflichtverteidigung nicht mehr weit. Jedenfalls wird deutlich, dass auch unter Zugrundelegung von Lüderssens Konstrukt, das einen Kontrahierungszwanges beinhaltet, eine öffentlich-rechtliche Komponente zum Tragen kommt, weil auch im Falle der Pflichtverteidigung ein Kontrahierungszwang nur zumindest auch aufgrund öffentlich-rechtlichem Interesse denkbar ist.

Die Anstrengungen, die beispielsweise Jahn unternimmt, um eine Pflichtverteidigung ohne einen öffentlich-rechtlichen Einschlag zu konstruieren, führen zu der Frage, was die Vorbehalte gegen eine öffentlich-rechtlichen Fundierung sind.

Sofern es um eine Inpflichtnahme des Verteidigers geht, kann auf die Ausführungen zur Stellung des Strafverteidigers verwiesen und kurz festgestellt werden: Um die Organeigenschaft des Verteidigers kommt man nicht herum. Um diese Diskussion kann es aber vorliegend nicht gehen, da unbestritten zwischen dem Mandatsinnenverhältnis und dem Mandatsaußenverhält-

¹²⁶Vgl. hierzu Brömmelmeyer in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, VVG, Einleitung, Rn. 10 f.

¹²⁷BGH FamRZ 1987, 57 (58); BVerwG NJW 1984, 625 (625); Musielak, ZPO, § 78 Rn. 1 m.w.N.

2 Die rechtliche Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

nis zu unterscheiden, die Frage des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis von der des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis abzugrenzen ist¹²⁸.

Sieht man die Privatautonomie in Gefahr, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Beschuldigte im Falle einer notwendigen Verteidigung und Beiordnung eines Pflichtverteidigers aus wirtschaftlichen oder anderen Gründen seine Privatautonomie nicht, zumindest nicht hinreichend, wahrnehmen kann. Dem soll mit dem Institut der Pflichtverteidigung – im Interesse des Beschuldigten und im Interesse des Staates an einer funktionierenden Strafrechtspflege – abgeholfen werden. Der Beschuldigte konnte (oder wollte) aus welchen Gründen auch immer den „privaten“ Weg über die Wahlverteidigung¹²⁹ nicht gehen. Um diese Ausgangssituation kommt man nicht umhin, unabhängig davon, ob man wie beispielsweise Jahn einen Vertragsschluss unter Einschaltung des Vorsitzenden als Vertreter des Beschuldigten konstruiert. In der genannten Situation bleibt nur die Möglichkeit der Pflichtverteidigung, der nach diesseitiger Auffassung nun mal nicht ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zugrunde liegt.

Die für die vorliegende Arbeit entscheidende Frage lautet, ob die Pflichten des Verteidigers anders ausgestaltet sind, wenn er als Pflichtverteidiger und damit nach richtiger Ansicht nicht aufgrund einer Vertragsbeziehung mit dem Beschuldigtem, sondern aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses handelt. Dies kann nur verneint werden¹³⁰, soll der Beschuldigte doch durch die Beiordnung eines Pflichtverteidigers genauso wie der wahlverteidigte Beschuldigte in die Lage versetzt werden, seine Rechte als Prozesssubjekt wahrzunehmen. Die Annahme eines nach Inhalt und Umfang anderen Pflichtenkreises widerspricht dem mit dem Institut der Pflichtverteidigung verfolgten Zweck, ohne Rücksicht auf insbesondere wirtschaftliche Belange ein Gleichauf zwischen den Beschuldigten zu bewirken. Es geht um die Durchsetzung des staatlichen Interesses an einem prozessordnungsgemäßen Strafverfahren, nicht zuletzt durch die Sicherstellung einer wirk-

¹²⁸Vgl. hierzu Jahn, JR 1999, 1 (2).

¹²⁹Wie oben aufgezeigt weist auch das Innenverhältnis zum Wahlverteidiger eine öffentlich-rechtliche Komponente auf.

¹³⁰So auch Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 598; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltschaftung, S. 65; Kölner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (308); Krause, NStZ 2000, 225 (225).

2.2 Pflichtverteidigung

samen Verteidigung des Beschuldigten¹³¹. Dementsprechend sah bereits das Reichsgericht hinsichtlich der Rechte und Pflichten des Verteidigers keinen Unterschied zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung¹³². Auch nach dem BVerfG hat der Pflichtverteidiger nach der StPO die gleichen Aufgaben wie der Wahlverteidiger¹³³.

¹³¹Vgl. hierzu etwa BVerfGE 65, 171 (174) = NJW 84, 113 (113), und BGHSt 3, 395 (398) = NJW 1953, 514 (515).

¹³²RGSt 17, 315 (315 f.).

¹³³BVerfG NJW 1985, 727 (728).

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Der Verteidiger trägt bei Ausübung seiner Tätigkeit ein Haftungsrisiko. Ein Umstand, der bis vor kurzem sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis wenig Beachtung fand¹, weil der Verteidiger sich von wenigen Ausnahmen abgesehen vor einer Haftung wegen unzureichender Leistung sicher fühlen konnte. Erst in den vergangenen Jahren ist es vermehrt zu Haftungsurteilen gegen Verteidiger gekommen, deren Anzahl aber weiterhin überschaubar ist.

Hinsichtlich der Ursachen für die seltene Inanspruchnahme des Verteidigers wegen Schlechtleistung gibt es verschiedene Erklärungen und Vermutungen. Jedenfalls lässt sich das Phänomen nicht darauf zurückführen, dass der in Strafsachen tätige Anwalt weniger oft eine unzureichende Dienstleistung erbringt als seine Kollegen in Zivilsachen.

Ein beträchtlicher Unterschied im Haftungsrisiko rührt daher, dass der Verteidiger Beistand und nicht Vertreter seines Mandanten ist. Infolgedessen kann ein Verschulden seinerseits bei der Einhaltung von Fristen sowie Prozesshandlungen im Übrigen dem Beschuldigten nicht nach § 85 Abs. 2 ZPO² zugerechnet werden³. Besonders mit der Haftung für Fristversäumnisse – hier greift im Strafprozess die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 44 StPO – entfällt ein sehr haftungsträchtiger Bereich, was die vergleichsweise niedrigen Fallzahlen beim Verteidigerregress teilweise erklärt.

¹Vgl. etwa Barton, Einführung Verteidigung, S. 133 f., sowie Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 587 f. m.w.N.

²§ 85 Abs. 2 ZPO lautet: „Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich.“

³Für viele: BVerfG NJW 1991, 351 (351); BGHSt 14, 306 (308) = NJW 1960, 1774 (1776); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 588 f. m.w.N.

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Darüber hinaus wird gemutmaßt, dass die mit Fällen von Verteidigerhaftung befassten Gerichte bisher ihre Entscheidungen in dem Bereich nicht veröffentlicht haben, um nicht „Begehrlichkeiten“ einer bestimmten Klientel“ Vorschub zu leisten⁴.

Als weiteren Grund für die geringe Zahl von Haftungsfällen sieht Barton das mangelnde Bewusstsein der Mandanten hinsichtlich der Möglichkeit, ihren Verteidiger wegen unzureichender Leistung in Anspruch zu nehmen⁵. Ähnlich argumentiert Krause. Er hält es für möglich, dass ein Verteidigerregress von den Betroffenen nicht in Betracht gezogen wird, weil der jeweilige Beschuldigte die Rechtsfolgen eines Strafverfahrens als gegen ihn allein und höchst persönlich gerichtet empfindet⁶.

Außerdem hielt Barton eine Zurückhaltung seitens der Anwälte für denkbar, wenn es darum geht, Schadensersatzansprüche gegen einen Kollegen wegen dessen ungenügender Verteidigerleistung geltend zu machen⁷.

Das zuletzt genannte Argument von Barton überzeugt wenig. Schließlich wird sich der von einer anwaltlichen Schlechtleistung Betroffene zur Durchsetzung seines Regressanspruchs eines Anwalts bedienen, ob es sich nun um eine Zivil- oder Strafsache handelt. Dieser Ansatz vermag daher nicht das Gefälle hinsichtlich der Häufigkeit der Haftungsfälle in den verschiedenen Rechtsbereichen zu erklären.

Hinzu kommt, dass zumindest für die Gegenwart angesichts der großen Zahl von Rechtsanwälten und des gestiegenen wirtschaftlichen Drucks von einer derartigen „Rücksichtnahme“ gegenüber Kollegen nicht ausgegangen werden kann.

Auf was auch immer man den Umstand zurückführt, dass der Verteidiger ein weitaus geringeres Haftungsrisiko trägt als sein im Zivilrecht tätiger Anwaltskollege oder die Angehörigen anderer freien Berufe: Unstreitig gibt es Fälle von Verteidigerhaftung und in den letzten Jahren ist es vermehrt zu Regressprozessen gegen Verteidiger gekommen. Der Grund für die ver-

⁴Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 588. Auch Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (307), hält ein mangelndes Veröffentlichungsinteresse für möglich.

⁵Barton, Einführung Verteidigung, S. 134; Barton, Mindeststandards, S. 283.

⁶Krause, NStZ 2000, 225 (225).

⁷Barton, Mindeststandards, S. 283.

gleichsweise wenigen Fälle kann daher nicht sein, dass es keine zivilrechtliche Handhabe gegen den pflichtvergessenen Verteidiger gibt⁸.

Eine Minimierung des Haftungsrisikos ergibt sich auch nicht aus der in der Hauptverhandlung geltenden *Offizialmaxime*, aufgrund der das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat (§ 244 Abs. 2 StPO) und die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet ist (§ 160 Abs. 2 StPO)⁹. Der Umstand, dass das Gericht den Vorwurf gegen den Beschuldigten von sich aus von allen Seiten zu beleuchten und die Wahrheit im prozessualen Sinne zu ergründen hat, lässt die Aufgabe des Verteidigers unberührt und führt nicht zu einem geringeren Sorgfaltsmaßstab hinsichtlich seiner Pflichten.

Der Verteidiger hat dem Beschuldigten beizustehen und alles geltend zu machen, was zu seinen Gunsten spricht¹⁰. Die Tätigkeit des Verteidigers ist nicht aufgrund der *Offizialmaxime* entbehrlich, weil die Wahrheitsfindung vollständig dem Gericht überlassen werden kann. Dies zeigt beispielsweise die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft mit Anklageerhebung eine Verurteilung für hinreichend wahrscheinlich erklärt und der das Hauptverfahren eröffnende Richter diese Einschätzung zumindest in dem Zeitpunkt teilt¹¹. Die Beteiligten erfüllen damit die ihr zugewiesenen Rollen im dialektischen Strafprozess¹². Bereits daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer einseitigen Verteidigung zugunsten des Beschuldigten.

Die Rechtsprechung nennt in dem Zusammenhang auch „das nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit menschlicher Irrtümer“ als Grund, warum dem Beschuldigten vom Gesetz ein Verteidiger zur Seite gestellt wird¹³.

Aufgrund der *Offizialmaxime* gilt also kein niedrigerer Sorgfaltsmaßstab für die Pflichten des Verteidigers. Eine dahingehende Vermutung erweist

⁸So schon Barton, *Mindeststandards*, S. 283, in seiner Habilitationsschrift.

⁹Hierzu Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2100; Köllner, *ZAP Fach 23* [1997], 303 (308 f.).

¹⁰Vgl. hierzu Kühne, *Strafprozessrecht*, S. 108 (Rn. 170), sowie die im Rahmen des ersten Kapitels unter 1.1 getätigten Ausführungen.

¹¹Eingehend hierzu Köllner, *ZAP Fach 23* [1997], 303 (308 f.).

¹²Zur Dialektik des Strafprozesses vgl. Welp, *ZStW* 90 [1978], 804 (815), sowie die im ersten Kapitel unter 1.1 getätigten Ausführungen.

¹³BGH NJW 1964, 2402 (2403).

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

sich als unzutreffend und liefert somit keine Erklärung für die geringe Zahl von Fällen im Bereich des Verteidigerregresses.

Einer der tragenden Gründe für die bisher vereinzelt gebliebenen Fälle von Verteidigerhaftung ist auf den Umstand zurückzuführen, dass es keinen annähernd umfassenden Katalog von Pflichten gibt, denen der Verteidiger nachzukommen hat, um die Grenze zur unzureichenden Leistung nicht zu unterschreiten¹⁴. Während es zur Haftung des Anwalts in bürgerlichen Rechtssachen eine umfangreiche Literatur und Rechtsprechung gibt, blieb der Verteidigerregress lange Zeit weitgehend unbeachtet. Erst in jüngerer Zeit wird auf die Thematik in Standardwerken zur Anwaltshaftung überhaupt eingegangen.

Nicht unberücksichtigt bleiben kann in dem Zusammenhang, dass eine Kompensation von Unzulänglichkeiten der Verteidigung nicht nur über den Zivilrechtsweg, sondern auch durch das Strafprozessrecht denkbar ist. Im Folgenden ist daher zunächst auf die Rolle des Strafverfahrensrechts bei mangelhafter Verteidigung einzugehen. Im Anschluss werden die Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers skizziert.

3.1 Die Rolle des Verfahrensrechts

Die Stellung des Verteidigers im Strafverfahren unterscheidet sich, wie bereits angesprochen, erheblich von der des Anwalts in Zivilsachen. Während zivilrechtliche Rechtssachen von der Dispositionsmaxime bestimmt werden, gilt im Strafprozess die Offizialmaxime und insbesondere Fristversäumnisse des Verteidigers können dem Beschuldigten nicht zugerechnet werden, sondern es ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Naturgemäß kann das Gericht aber nicht auch die Aufgaben der Verteidigung wahrnehmen¹⁵. Mit der gerichtlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflicht mag ein gewisser Grundstandard gesichert werden¹⁶, eine Kompen-

¹⁴So auch Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (307). Auf die mangelnde Katalogisierung der Verteidigerpflichten geht u.a. Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2101, ein.

¹⁵Vgl. hierzu Widmaier, NStZ 1992, 519 (523).

¹⁶So Widmaier, NStZ 1992, 519 (523). Hierzu auch Weiler in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 137 Rn. 7: Abgesehen von der Möglichkeit, einen Verteidiger ge-

3.1 Die Rolle des Verfahrensrechts

sation von Mängeln der Verteidigung durch das Strafprozessrecht bedeutet das in den meisten Fällen jedoch nicht.

3.1.1 Amtsaufklärungspflicht

Der in § 244 Abs. 2 StPO fixierte Grundsatz der Amtsermittlung führt nicht zu einem geringeren Sorgfaltsmaßstab hinsichtlich der Pflichten des Verteidigers. Darüber hinaus bewirkt die *Offizialmaxime* aber auch nicht eine Kompensation von Fehlern der Verteidigung, auch wenn damit die Verpflichtung des Gerichts zur Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten unabhängig vom Einverständnis und den Anträgen der Verfahrensbeteiligten normiert wird¹⁷.

Zum einen besteht die Aufklärungspflicht nur, soweit sich eine Beweisaufnahme aufdrängt beziehungsweise zumindest nahe liegt¹⁸. Dabei stellt die Rechtsprechung explizit auf Beweisanträge und -anregungen seitens der Verteidigung ab, hinsichtlich der gerichtlichen Aufklärungspflicht spricht sie von den „Möglichkeiten der Verteidigung, durch Beweisanregungen, Beweisermittlungsanträge und Beweisanträge (§ 244 III bis V StPO) den Umfang dieser Pflicht und die Voraussetzungen ihrer Erfüllung mitzubestimmen“¹⁹. Bereits daraus ergibt sich, dass durch die gerichtlichen Aufklärungspflicht Unzulänglichkeiten der Verteidigung nicht ausgeglichen werden.

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nicht deckungsgleich ist mit den Pflichten des Gerichts nach § 244 Abs. 3 und Abs. 4 StPO²⁰. Denn ein zulässiger Beweisantrag kann das Gericht zwingen, Beweis zu erheben, auch wenn es dies für unnötig erachtet; Beweisantizipationen sind grundsätzlich nicht gestattet²¹.

mäß § 138a StPO oder § 138b StPO auszuschließen, ist eine Ahndung von Verteidigerfehlern durch das Prozessrecht nicht vorgesehen.

¹⁷BGHSt 34, 209 (210) = NJW 1987, 660 (661).

¹⁸Vgl. BGHSt 3, 169 (175) = NJW 1952, 1343 (1344); Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn. 12 m.w.N.

¹⁹BGHSt 30, 131 (140) = NJW 1981, 2267 (2268). Hierzu auch Fischer in: Hannich/Appl, KK-StPO, § 244 Rn. 33 m.w.N.

²⁰BGHSt 21 118 (124) = NJW 1966, 2174 (2174 ff.); Pfeiffer, StPO, § 244 Rn. 13.

²¹BGHSt 21, 118 (124) = NJW 1966, 2174 (2174 ff.); Pfeiffer, StPO, § 244 Rn. 13.

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Darüber hinaus wird die Aufklärungspflicht auch durch Schätzklauseln und Beweisregeln eingeschränkt²².

Zutreffend bezeichnet Widmaier das durch § 244 Abs. 2 StPO Gebotene als „Mindestmaß“, über das der Verteidiger hinauszugehen hat²³.

Die gerichtliche Aufklärungspflicht erweist sich aber nicht nur aufgrund ihrer Grenzen als ungeeignet, mögliche Mängel der Verteidigung auszugleichen. Zwar soll mit der in § 244 Abs. 2 StPO normierten Pflicht zur Amtsaufklärung dem zentralen Anliegen des Strafprozesses, der Ermittlung des wahren Sachverhalts²⁴, Rechnung getragen werden²⁵. Die Amtsaufklärungspflicht ist aber nicht das einzige Mittel der gerichtlichen Wahrheitsfindung, sondern auch die dialektische Struktur des Strafprozesses soll zur Wahrheitsfindung beitragen²⁶. Dem Verteidiger kommt dabei die Rolle des Gegenspielers zu, der einseitig alles einzubringen hat, was zugunsten des Beschuldigten spricht²⁷. Er ist ein „Glied eines auf zweckmäßige Wahrheitsforschung gerichteten Mechanismus“²⁸.

Die Struktur des Strafprozesses ist demnach nicht darauf ausgerichtet, Unzulänglichkeiten der Verteidigung durch eine Inpflichtnahme des Gerichts zu kompensieren.

3.1.2 Gerichtliche Fürsorgepflicht

Die gerichtliche Fürsorgepflicht geht meist nicht so weit, dass durch sie unzureichende Verteidigerleistungen ausgeglichen werden.

Die prozessuale Fürsorge dient als Sammelbegriff für eine Reihe von Pflichten, die dem Gericht und den Strafverfolgungsbehörden beispielsweise aufgrund des Rechts auf ein faires Verfahren oder als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips obliegen²⁹.

²²Hierzu im Einzelnen Fischer in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 244 Rn. 59 ff.

²³Widmaier, NSTZ 1992, 519 (519).

²⁴BVerfGE 63, 45 (61) = NJW 1983, 1043 (1043).

²⁵Vgl. für viele Pfeiffer, StPO, § 244 Rn. 8.

²⁶Zur Dialektik Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815); Dahs, Handbuch, S. 9.

²⁷Welp, ZStW 90 [1978], 804 (815 f.); Dahs, Handbuch, S. 9.

²⁸Gallas, ZStW 53 [1934], 256 (262).

²⁹Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn. 156. Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht insgesamt: Maiwald in: Warda u. a., FS Richsard Lange, S. 745 ff.

3.1 Die Rolle des Verfahrensrechts

In dem Zusammenhang kommt wiederum die historische Entwicklung hin zum reformierten Strafprozess zum Tragen. Denn die Subjektstellung des Beschuldigten und sein Recht auf eine formelle Verteidigung geht einher mit einer wachsenden Verantwortung für die Verteidigung, die der Beschuldigte selbst schultern muss³⁰. Die gerichtliche Fürsorgepflicht wird demgegenüber zurückgedrängt, auch angesichts der Gefahr einer Bevormundung der Verteidigung³¹. Hat der Beschuldigte einen Verteidiger, so kann die Fürsorgepflicht des Gerichts nicht zur Begründung eines eigenständigen Entstehungstatbestands zur Qualitätskontrolle der Verteidigung herangezogen werden³². Damit scheidet eine Kompensation von mangelhafter Verteidigung durch die gerichtliche Fürsorgepflicht grundsätzlich aus.

Das Verdrängen der gerichtlichen Fürsorgepflicht durch eine Verantwortlichkeit des Verteidigers zeigt sich beispielhaft an der von der Rechtsprechung entwickelten Widerspruchslösung. Danach muss der Verteidiger im Falle eines Verwertungsverbot der Verwertung einer Aussage rechtzeitig widersprechen, damit ein revisibler Verstoß gegeben ist³³.

Auch im Rahmen des Instituts der Pflichtverteidigung, bei dem es sich um eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips handelt³⁴, sorgt die gerichtliche Fürsorgepflicht nur in Ausnahmefällen für eine Kompensation von Unzulänglichkeiten der Verteidigung. Denn das Gericht darf die Tätigkeit des Verteidigers nicht kontrollieren³⁵. Die Überwachung der Qualität der Verteidigerleistung zählt weder zu seinen Aufgaben, noch darf ihm die Möglichkeit gegeben werden, sich lästig gewordener Pflichtverteidiger zu entledigen³⁶.

³⁰Barton, Mindeststandards, S. 158 f.; Maiwald in: Warda u. a., FS Ricksard Lange, S. 745 (762).

³¹Hierzu Barton, Mindeststandards, S. 159 f.

³²Barton, Mindeststandards, S. 160. Barton hebt hervor, dass andere Pflichten des Gerichts wie die zur Aufklärung des Sachverhalts von der Verneinung einer eigenständigen Fürsorgepflicht unberührt bleiben und das Gericht selbstverständlich das Recht hat, den Beschuldigten zu beraten oder zu belehren.

³³Hierzu BGHSt 38, 214 (214, 226) = NJW 1992, 1463 (1463, 1466); Meyer-Goßner, StPO, § 136 Rn. 25; zur Kritik vgl. Widmaier, NStZ 1992, 519 (519 ff.).

³⁴BVerfGE 63, 380 (380) = NJW 1983, 1599 (1599); BVerfGE 66, 313 (318 f.); BVerfGE 46, 202 (210) = NJW 1978, 151 (151).

³⁵BGH NStZ 1996, 21 (21); OLG Nürnberg StV 1995, 287 (287).

³⁶Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (361).

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Zwar gebietet es die Fürsorgepflicht, durch eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung dem Pflichtverteidiger eine angemessene Vorbereitung zu ermöglichen³⁷. Dabei sind jedoch die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen, etwa dass es um einen schwerwiegenden Vorwurf geht, den der Beschuldigte leugnet, mit dem darüber hinaus nur unter Einschaltung eines Dolmetschers eine Verständigung möglich ist³⁸. Aufgrund dieser Besonderheiten kam der BGH zu einer Bejahung der Fürsorgepflicht, während er im Übrigen die Verantwortlichkeit des Verteidigers für seine Vorbereitung betont³⁹.

Grundsätzlich obliegt es nicht dem Gericht zu überwachen, ob der bestellte Verteidiger seine Tätigkeit ordnungsgemäß ausübt⁴⁰. Nur wenn die Unfähigkeit des Verteidigers, die Interessen des Beschuldigten sachgerecht wahrzunehmen, augenfällig ist, kann seine Abberufung als Pflichtverteidiger aufgrund der gerichtlichen Fürsorgepflicht geboten sein⁴¹. Damit eine Entpflichtung gerechtfertigt ist, bedarf es eines Fehlverhaltens von besonderem Gewicht⁴². Dementsprechend verletzt das Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Beschuldigten in seinem Recht auf eine wirksame Verteidigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. c MRK und verstößt gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, wenn es einen Antrag auf Entpflichtung des bestellten Verteidigers ablehnt, wobei sowohl der Beschuldigte als auch der Verteidiger selbst den Antrag stellen können⁴³.

³⁷BGH NStZ 1983, 281 (281).

³⁸BGH NStZ 1983, 281 (281).

³⁹BGH NStZ 1983, 281 (281); vgl. auch BGH NJW 1965, 2164 (2165).

⁴⁰BGH NStZ 1996, 21 (21); OLG Nürnberg StV 1995, 287 (287). Vgl. auch EGMR NJW 2003, 1229 (1230).

⁴¹BGH NStZ 1996, 21 (21); OLG Nürnberg StV 1995, 287 (287); KG JR 1982, 349 (349). Vgl. auch EGMR NJW 2003, 1229 (1230); BVerfG NJW 1998, 444 (444); Hilgendorf, NStZ 1996, 1 (4); Neuhaus, ZAP Fach 22 [1995], 147 (166).

⁴²OLG Nürnberg StV 1995, 287 (287); KG JR 1982, 349 (349); Laufhütte in: Hannich/Appf, KK-StPO, § 143 Rn. 4 m.w.N.

⁴³BGHSt 39, 310 (314) = NJW 1993, 3275 (3277). Siehe hierzu auch BGH NStZ 2009, 465 (465): Im Falle eines Entpflichtungsantrags muss das Gericht grobe Pflichtverletzungen, „namentlich die Nichteinhaltung unverzichtbarer Mindeststandards“, berücksichtigen; zu den unverzichtbaren Mindeststandards gehöre ein Mindestmaß an Bemühungen des Pflichtverteidigers um Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten, namentlich bei einer Verteidigung im Sicherungsverfahren.

3.1 Die Rolle des Verfahrensrechts

Dies ist aber nicht unstrittig⁴⁴. Nach der Gegenansicht können Pflichtverletzungen des Verteidigers nur mittels Standesrecht geahndet werden, eine Abberufung analog § 143 StPO komme grundsätzlich nur in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten in Betracht⁴⁵. Nur so werde eine Gleichbehandlung von Wahl- und Pflichtverteidiger erreicht⁴⁶.

Zum Teil wird unter Heranziehung der Fürsorgepflicht argumentiert, das Gericht müsse die Möglichkeit der Rücknahme der Pflichtverteidigerbestellung haben, um eine tatsächlich wirksame Verteidigung des Beschuldigten gewährleisten zu können⁴⁷. Aber auch nach dieser Auffassung ist dem Gericht eine Beurteilung oder gar ein Eingriff in das Vorgehen der Verteidigung verboten⁴⁸. Eine Abberufung schon bei Fehlern des Verteidigers scheidet danach aus, sondern kommt erst in Betracht, wenn dessen Unfähigkeit einer faktischen Unmöglichkeit gleichkommt und seine „Tätigkeit sich dem ‚Nullwert‘ annähert“⁴⁹. Dem Gros möglicher anwaltlicher Fehlleistungen wird also auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht nicht entgegengewirkt.

Abschließend ist damit zur gerichtlichen Fürsorgepflicht festzuhalten, dass Unzulänglichkeiten der Verteidigung durch sie nur ausnahmsweise aufgefangen werden.

3.1.3 Rechtsbehelfe und Rechtsmittel

Mängel der Verteidigung können nur in einem sehr beschränktem Maß durch Rechtsbehelfe und Rechtsmittel kompensiert werden.

Wie bereits angesprochen, kann dem Beschuldigten ein Fristversäumnis seines Verteidigers nicht zugerechnet werden, sondern es ist ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 44 StPO zu gewähren. Von dieser Regelung werden aber nicht alle Fristen erfasst; sie gilt beispielsweise nicht für Erklärungsfristen im Ermittlungsverfahren⁵⁰. Auch Fristver-

⁴⁴Zum Ganzen Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (361 ff.).

⁴⁵Weigend, NStZ 1997, 47 (48).

⁴⁶Weigend, NStZ 1997, 47 (48).

⁴⁷So etwa Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (363); Hilgendorf, NStZ 1996, 1 (4).

⁴⁸Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (363); so i.E. wohl auch Hilgendorf, NStZ 1996, 1 (4).

⁴⁹Kett-Straub, NStZ 2006, 361 (365); ähnlich Hilgendorf, NStZ 1996, 1 (4), der das Vorliegen von groben Verteidigerfehlern fordert.

⁵⁰Meyer-Goßner, StPO, § 44 Rn. 3 mit weiteren Beispielen.

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

säumnisse können also gegen den Beschuldigten wirken. Zudem ist wegen sonstiger Unzulänglichkeiten der Verteidigung eine Wiedereinsetzung nicht vorgesehen⁵¹.

Ebensowenig kann mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dem Beschuldigten geholfen werden, der infolge fehlerhafter Beratung auf die Einlegung eines befristeten Rechtsbehelfs verzichtet, weil dieses Verhalten von der Rechtsprechung nicht als Fristversäumnis qualifiziert wird⁵².

Der Beschuldigte kann eine unzureichende Verteidigung grundsätzlich nicht mit Aussicht auf Erfolg im Rahmen einer Revision rügen⁵³. Eine derartige Möglichkeit verneint die Rechtsprechung unter Verweis auf die Stellung des Verteidigers als unabhängiges, selbständiges Organ und dessen Eigenverantwortlichkeit⁵⁴. Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO kommt nur in Betracht, wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt und der Verteidiger körperlich abwesend oder erkennbar verhandlungsunfähig ist⁵⁵ oder sich weigert, tätig zu werden⁵⁶.

Fehlleistungen des Verteidigers können regelmäßig auch nicht über den Rechtsbehelf des Wiederaufnahmeverfahrens nach den §§ 359 ff. StPO korrigiert werden. Denn die Wiederaufnahme des Verfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Fehlentscheidungen ist nur in engen Grenzen möglich. Eine unzureichende Verteidigung zählt nicht zu den Wiederaufnahmegründen, die abschließend in § 359 StPO genannt werden. Darüber hinaus ist gemäß § 363 Abs. 1 StPO eine Wiederaufnahme unzulässig, wenn mit ihr eine andere Strafbemessung auf Grund desselben Strafgesetzes bewirkt werden soll. Damit scheidet eine Kompensation von Verteidigerversäumnissen im Bereich der Strafzumessung aus.

Insgesamt können mangelhafte Verteidigerleistungen also lediglich in geringem Umfang durch Rechtsbehelfe und -mittel ausgeglichen werden.

⁵¹Widmaier, NSTZ 1992, 519 (519).

⁵²BGH NSTZ 2001, 160 (160).

⁵³BGHSt 39, 310 (314) = NJW 1993, 3275 (3277).

⁵⁴BGHSt 39, 310 (314) = NJW 1993, 3275 (3277); BGH NJW 2000, 212 (213).

⁵⁵BGHSt 39, 310 (314) = NJW 1993, 3275 (3277); BGH NJW 2000, 212 (213).

⁵⁶BGH NJW 1993, 340 (340 f.). Zum Ganzen siehe auch Barton, Mindeststandards, S. 143 f., 130 ff., der nicht nur ausführlich auf diese Thematik eingeht, sondern auch etliche unveröffentlichte Entscheidungen hierzu darstellt.

3.2 Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung

Der vorrangige Anknüpfungspunkt für eine zivilrechtliche Haftung des Verteidigers ist das Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Beschuldigten, die zentrale Anspruchsgrundlage ist § 280 Abs. 1 BGB⁵⁷.

Wie im dritten Kapitel dargestellt, kann im Falle einer Pflichtverteidigung nicht von einem Vertrag zwischen Verteidiger und Beschuldigtem ausgegangen werden, sondern es kommt durch den Akt der Bestellung zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis⁵⁸.

Für eine zivilrechtliche Haftung ist jedoch nicht von Belang, ob es sich um ein vertragliches oder um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt. Auch aufgrund Letzterem ist der Verteidiger im selben Umfang wie bei einer vertraglichen Bindung zu einer sorgfältigen und sachgerechten Verteidigung verpflichtet, das gesetzliche Schuldverhältnis ist Grundlage für Schadenersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB⁵⁹.

Die Bestellung des Pflichtverteidigers führt nicht zu einer Haftung des Staates, eine solche ist nur in Ausnahmefällen denkbar⁶⁰.

Dem Beschuldigten steht also bei jeder Form der Verteidigung eine Anspruchsgrundlage zu Verfügung, wenn sein anwaltlicher Verteidiger schuldhaft eine Leistungspflicht nicht oder nur schlecht erbringt⁶¹.

⁵⁷Daneben ist auch eine Haftung aus Delikt und aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen möglich, vgl. Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 77 ff., und Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 124 ff., 136. Vorliegend geht es um die Konturierung anwaltlicher Pflichten, deren Verletzung Voraussetzung für die grundsätzlich vorrangige Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB ist. Aus dem Grund werden andere Haftungsgrundlagen nicht erörtert.

⁵⁸Anders sieht die Sache freilich aus, wenn Beschuldigter und Pflichtverteidiger zusätzlich zur Bestellung noch einen Vertrag schließen, beispielsweise zum Zwecke einer Honorarvereinbarung. Das wird indes meist nicht der Fall sein.

⁵⁹Vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 785 (786) = StV 2000, 430 (430); Barton, Einführung Verteidigung, S. 135; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 598; Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (308).

⁶⁰EGMR NJW 2003, 1229 (1229).

⁶¹Die Darstellung fokussiert auf dem Rechtsanwalt als Verteidiger, da dies mit Abstand der häufigste Fall ist. Wie im Rahmen des zweiten Kapitels bei der Wahlverteidigung unter 2 angesprochen, können daneben auch andere Personen zum Verteidiger gewählt werden. Hin-

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

3.2.1 Analoge Anwendung von § 1833 BGB

Für den Fall der Haftung eines bestellten Verteidigers haben sich in der Vergangenheit mehrere Stimmen für eine analoge Heranziehung von § 1833 BGB⁶² ausgesprochen⁶³.

Nach wohl heute ganz herrschender Meinung ist § 1833 BGB allerdings nicht analog anzuwenden⁶⁴. Ehemalige Befürworter einer Heranziehung der zivilrechtlichen Vorschrift zur Haftung des Vormunds ignorieren die Thematik entweder in jüngeren Veröffentlichungen⁶⁵ oder die Analogie wird nicht angesprochen⁶⁶ beziehungsweise in einer Fußnote abgehandelt, ohne Stellung zu beziehen⁶⁷.

Mitunter wurde eine Anwendung von § 1833 BGB auf das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger von vornherein abgelehnt, beispielsweise von Jahn, der das Vorliegen von vergleichbarem Sachverhalten und damit eine Voraussetzung einer analogen Anwendung verneinte⁶⁸.

Ein Rückgriff auf § 1833 BGB zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes ist jedoch gar nicht nötig, wie die weiteren Ausführungen zu den Verteidigerpflichten zeigen werden.

3.2.2 Die Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses

Im Rahmen der Verteidigerhaftung ist von den Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage des § 280 BGB – Bestehen eines Schuldverhältnisses,

sichtlich einer möglichen Haftung ergeben sich dabei keine Besonderheiten, vgl. Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2100.

⁶²§ 1833 BGB regelt die Haftung des Vormunds, Abs. 1 Satz 1 der Regelung lautet: „Der Vormund ist dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.“

⁶³So beispielsweise Schneider, *Organ*, S. 150 f.; Barton, *Mindeststandards*, S. 267.

⁶⁴Eine Sammlung von Argumenten gegen die Anwendung von § 1833 BGB auf das Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem findet sich bei Schlecht, *Haftung*, S. 33 ff.

⁶⁵So etwa Barton, *Einführung Verteidigung*, S. 134 ff. Barton sprach sich ursprünglich für eine analoge Anwendung der Vorschrift aus, vgl. Barton, *Mindeststandards*, S. 267.

⁶⁶So Riedel/Sußbauer, *Bundesgebührenordnung*, S. 660 f.; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 598.

⁶⁷So Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 65, Fn. 129.

⁶⁸Jahn, *JR* 1999, 1 (5).

3.2 Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung

Pflichtverletzung, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Schaden, Kausalität – vor allem die Pflichtverletzung heikel⁶⁹.

Rechtswidrigkeit und Verschulden können in der Regel unproblematisch bejaht werden⁷⁰. Soweit sich bei der Rechtswidrigkeit das Problem der Weisung durch den Beschuldigten stellt, wird die Thematik nicht im Rahmen der Grundlagen einer zivilrechtlichen Haftung, sondern im Kapitel zur Bestimmung der Verteidigerpflichten behandelt. Zur Tatbestandsvoraussetzung des Verschuldens ist anzumerken, dass der in der Literatur geführte Streit um den Haftungsmaßstab für den Verteidigerregress keine Rolle spielt. Der Beschuldigte kann eine normale Verteidigerleistung erwarten, was einen hohen Regelstandard bedeutet⁷¹.

Der Schaden bestimmt sich im Falle einer Verteidigerhaftung nach allgemeinen Grundsätzen; es ist die Differenzhypothese anzuwenden. Die einzelnen Schadenspositionen lassen sich in Verurteilungs-, Folge- und Aufwandschäden katalogisieren, letzteres bezeichnet die Verfahrenskosten inklusive dem Verteidigerhonorar⁷².

Im Bereich der Kausalität und des Schadens haben einige Probleme noch keine höchstrichterliche Klärung erfahren⁷³, die sich im Rahmen der vorliegenden Zielsetzung allerdings nicht als dringlich darstellen. Deshalb wird nur kurz auf die Problematik der gerechten Strafe, des hypothetischen Inzidentprozesses und der Haftung bei Fehlern des Gerichts eingegangen.

In Rechtsprechung und Literatur ist strittig, ob ein ersatzfähiger Schaden gegeben ist, wenn die ausgesprochene Rechtsfolge grundsätzlich tat- und schuldangemessen ist, das Verfahren ohne Unzulänglichkeiten in der Verteidigung aber einen für den Beschuldigten günstigeren Ausgang hätte nehmen können⁷⁴.

⁶⁹Vgl. hierzu Zwihehoff, StV 1999, 555 (557).

⁷⁰Hierzu Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 231 ff.; Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2107 f.; Zwihehoff, StV 1999, 555 (557); Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (304).

⁷¹Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 78: „sorgfältige, umfassende und gewissenhafte Mandatsführung“; siehe auch Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2109.

⁷²Hierzu Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2109 f., und ausführlich Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 83 ff.

⁷³Vgl. Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 588.

⁷⁴Hierzu ausführlicher Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2110; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 591 f.

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Eine weitere Schwierigkeit im Rahmen des Regresses beruht auf dem Umstand, dass häufig die Frage aufkommt, wie das Verfahren ausgegangen wäre, wenn der Verteidiger nicht fehlerhaft gehandelt hätte.

Ob ein ersatzfähiger Schaden anerkannt werden kann, hängt von der Beurteilung des hypothetischen Inzidentprozesses durch das Regressgericht ab⁷⁵. Nach ständiger BGH-Rechtsprechung ist im Falle einer Verteidigerhaftung für die Beantwortung der Frage, wie das Erstgericht richtigerweise hätte entscheiden müssen, die Sicht des Regressgerichts entscheidend⁷⁶. Im Haftungsprozess bleibt es damit dem Zivilgericht vorbehalten, über den richtigen Ausgang des Strafverfahrens zu befinden, wobei maßgeblich ist, ob der hypothetische Inzidentprozess ohne Mängel der Verteidigung zu einem günstigeren Ergebnis für den Anspruchsteller geführt hätte⁷⁷.

Weil auf die Auffassung des Regressgerichts hinsichtlich des richtigen Ausgangs des Strafverfahrens abzustellen ist, muss keine Beweiserhebung über die Beratungen des Gerichts im Vorprozess durchgeführt werden⁷⁸.

Außerdem wird auf die Weise verhindert, dass der Verteidiger für einen Schaden einzustehen hat, der nur infolge einer materiell-rechtlich unrichtigen Entscheidung entstehen konnte⁷⁹. Denn der Anspruchsteller hat keinen Anspruch auf eine ihn begünstigende Fehlentscheidung, selbst wenn es ohne mangelhafte Leistung des Verteidigers sicher zu einer solchen gekommen wäre⁸⁰. Es ist also nicht maßgeblich, wie der Vorprozess ohne die dem Verteidiger angelasteten Versäumnisse ausgegangen wäre. Das Abstellen auf die Entscheidung, wie sie richtigerweise hätte ergehen müssen, bedeutet im Ergebnis eine Begünstigung des Verteidigers im Haftungsprozess⁸¹.

⁷⁵Hierzu Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2110; Friedhoff, *Inzidentprozeß*, S. 72 ff.

⁷⁶Für viele: BGHZ 36, 144, 154 f. = NJW 1962, 583 (585 f.); BGHZ 79, 223 (226) = NJW 1981, 920 (921). Siehe auch Fahrendorf in: Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 588, der bemängelt, dass Umfang und Maßstab der Überprüfung des hypothetischen Inzidentprozesses durch das Regressgericht bisher keine Klärung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung erfahren hat, und auf die Problematik speziell für den Verteidigerregress eingeht, Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 591 ff.

⁷⁷Vgl. hierzu auch Krause, *NStZ* 2000, 225 (231).

⁷⁸Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2110.

⁷⁹Krause, *NStZ* 2000, 225 (231).

⁸⁰Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2111.

⁸¹Mit Beispielen Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2111. Die Anforderungen an die Darlegungen verdeutlichen auch die Ausführungen des OLG Düsseldorf *BRAK-Mitt.* 1988,

3.2 Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung

Abschließend ist zu den Grundlagen des Verteidigerregresses auszuführen, dass Fehler Dritter, insbesondere des Gerichts, einer anwaltlichen Haftung grundsätzlich nicht entgegenstehen. Zum einen gehört es nach der Rechtsprechung zu den Hauptleistungspflichten des Anwalts, Fehler des Gerichts nach Möglichkeit zu verhindern⁸². Zum anderen hat der Anwalt seinen Mandanten auch vor einer unrichtigen Beurteilung der Rechtslage durch das Gericht zu schützen, wenn Zweifel hierfür Anlass geben⁸³. In der Regel führen Fehler des Gerichts daher weder zu einem fehlenden Kausal- oder Zurechnungszusammenhang, noch zu einer Entschuldigung für den Verteidiger⁸⁴.

Diese Haftungsverschiebung bei gerichtlichen Fehlern zu Lasten der Anwälte wurde inzwischen vom BVerfG kritisiert⁸⁵, zu einer Kursänderung der BGH-Rechtsprechung hat das jedoch nicht geführt⁸⁶.

Was für die Haftung des Anwalts im Allgemeinen bei gerichtlichen Fehlern gilt, trifft ebenso auf den Verteidiger zu. Für eine abweichende Bewertung gibt es keinen Grund. Dies ergibt sich aus der originären Aufgabe des Verteidigers, streng einseitig alles einzubringen, was für den Beschuldigten spricht⁸⁷. Fehler seitens des Gerichts können daher keine Entlastung bedeuten.

63 (63), wonach der Anspruchsteller „den Ablauf der Hauptverhandlung umfassend und in den Einzelheiten darstellen (muss), so daß der Zusammenhang zwischen dem angenommenen Versäumnis und dem für den Mandanten ungünstigen Verfahrensausgang ohne weiteres nachvollziehbar ist.“

⁸²BGH NJW-RR 1990, 2041 (2042); Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 222 m.w.N.

⁸³Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 222 f. Die verschiedenen denkbaren Konstellationen Fehler des Gerichts betreffend werden anschaulich bei Vollkommer, Haftung, S. 213 ff., dargestellt.

⁸⁴Zu möglichen Ausnahmen von dieser Anforderung Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 235 ff.

⁸⁵BVerfG NJW 2002, 2937 (2937 f.).

⁸⁶Vgl. BGH NJW-RR 2003, 850 (850), sowie zum Ganzen Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 223 ff. Weitere Ausführungen hierzu finden sich im Kapitel zu den Kardinalpflichten des Zivilrechtsanwalts unter 5.2.1.4.

⁸⁷Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2111.

3.2.3 Der Vorwurf der überzogenen Anforderungen an den Anwalt

Die Haftung des Zivilrechtsanwalts ist in den vergangenen Jahren zunehmend ins Fokus des Interesses gerückt⁸⁸. Damit einhergehend wird immer wieder der Vorwurf erhoben, die Anforderungen an die anwaltliche Pflichterfüllung seien überzogen⁸⁹.

Um den Ansprüchen der Zivilrechtsprechung zu genügen, muss der Anwalt laut Rinsche „ein juristischer Supermann sein, der über ein computerhaftes Gedächtnis, ein hervorragendes Judiz sowie über höchste Intelligenz und Energie verfügt.“⁹⁰ Die Formulierung „juristischer Supermann“ wird seitdem immer wieder aufgegriffen⁹¹, erweist sich aber nur als bedingt treffend.

Zwar kann nicht der Ansicht gefolgt werden, wonach die strengen Anforderungen der Zivilgerichte nur abstrakte Richtlinien darstellen und durch die Behandlung des jeweiligen Einzelfalls eine ausreichende Korrektur zugunsten des Anwalts erfahren⁹². Denn dem ist entgegenzuhalten, dass den Grundsätzen des BGH in der Regresspraxis unmittelbare Wirkung zukommt⁹³. Zudem muss sich die Rechtsprechung den Vorwurf gefallen lassen, dass es Fälle gibt, in denen sie unter Zugrundelegung von überspannten Anforderungen an den Anwalt zur Bejahung einer Haftung gekommen ist⁹⁴.

Was die Haftung von Verteidigern angeht, kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass aus verschiedenen Gründen nicht jede geltend gemachte Schlechtleistung zu einer Schadensersatzpflicht führt.

⁸⁸Vgl. Slobodenjuk, NJW 2006, 113 (113), der in dem Zusammenhang „von einem selbstständigen materiell-rechtlichen Betätigungsfeld für Anwälte“ spricht.

⁸⁹Für viele Schneider, Zivilprozess, S. 15 f.; Slobodenjuk, NJW 2006, 113 (116 f.).

⁹⁰So Rinsche in dem von ihm begründeten Standardwerk zur Anwaltshaftung seit der ersten Auflage, vgl. Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 118.

⁹¹Beispielsweise von Vollkommer, Haftung, S. 90; Schneider, NJW 2001, 1357 (1358); Prinz, VersR 1986, 317 (317).

⁹²Vollkommer, Haftung, S. 91.

⁹³Slobodenjuk, NJW 2006, 113 (116 f.).

⁹⁴Hierzu eingehend mit Beispielen Slobodenjuk, NJW 2006, 113 (insb. 116 f.). Auf die von Slobodenjuk aufgegriffene BGH-Entscheidung vom 08.10.1992, abgedruckt in NJW-RR 1993, 243 ff., wird auch in Vollkommer, Haftung, S. 118 f., sowie in Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 156, eingegangen. Zum Ganzen: Vollkommer, Haftung, S. 89 ff., 111 ff. (letzteres zu den Anforderungen an die Rechtskenntnisse des Anwalts).

3.2 Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung

Auf der Ebene der Pflichtverletzung stellt sich zudem für den Anspruchsteller das Problem, dass dem Verteidiger hinsichtlich seines strategischen Vorgehens ein Beurteilungsspielraum zusteht und deshalb der „Grundsatz des sichersten Wegs“ nur bedingt gilt, wenn es – wie regelmäßig – für die richtige Strategie keine generellen allgemeingültigen Regeln gibt⁹⁵. Von dem als nachteilig empfundenen Ausgang eines Strafverfahrens kann daher nicht auf einen Pflichtverstoß seitens des Verteidigers geschlossen werden⁹⁶. Zur erfolgreichen Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches muss der Anspruchsteller darlegen, dass der Verteidiger pflichtwidrig gehandelt hat, sein Vorgehen nicht von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt war und das Verfahren, ein pflichtgemäßes Verteidigerverhalten unterstellt, einen für ihn günstigeren Ausgang genommen hätte⁹⁷. Dies wird häufig nicht gelingen⁹⁸.

Darüber hinaus muss der Anspruchsteller nicht nur die schuldhaftige Pflichtverletzung nachweisen. Ihm obliegt auch der Beweis dafür, dass es nicht nur ohne die Fehlleistung des Verteidigers, sondern auch bei einer materiell-rechtlich richtigen Entscheidung des Gerichts zu einem für ihn günstigeren Verfahrensausgang gekommen wäre⁹⁹. Dies bedeutet – wie bei den Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses bereits erörtert – eine Begünstigung des Verteidigers.

Hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität kommt dem Anspruchsteller zwar die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugute. Bei Beratungsfehlern gelten zwei Anscheinsbeweise¹⁰⁰: Es wird davon ausgegangen, dass der Anspruchsteller einem zutreffenden anwaltlichen Rat gefolgt wäre, und diese Vermutung kann nur durch den Beweis von Tatsachen widerlegt werden, die für ein atypisches Mandantenverhalten sprechen¹⁰¹. Dennoch ist eine ausreichende Darlegung der Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Schaden oft nicht möglich¹⁰².

⁹⁵Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596.

⁹⁶Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596.

⁹⁷Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596.

⁹⁸Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596; Krause, NStZ 2000, 225 (232); Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2108.

⁹⁹Hierzu Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2111; Krause, NStZ 2000, 225 (231).

¹⁰⁰Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2112.

¹⁰¹Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2112.

¹⁰²Hierzu mit Beispielen Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2112.

3 Unzulänglichkeiten der Verteidigung

Hinzu kommt, dass im Bereich der Verteidigerhaftung dem Anspruchsteller nicht in Anlehnung an das Arzthaftungsrecht bei Vorliegen einer groben Pflichtverletzung eine Beweislastumkehr zu Gute komme. Zwar hat das OLG Nürnberg in einem Fall von Verteidigerregress eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers vorgenommen und dies mit der besonderen Beweisnot des Geschädigten und dem Schutz der Grundrechte des Klägers begründet¹⁰³. Diese Entscheidung ist aber nicht rechtskräftig geworden und teilweise auf heftige Kritik gestoßen¹⁰⁴. Der BGH lehnt entsprechend der überwiegenden Ansicht in der Literatur¹⁰⁵ eine Beweislastumkehr bei groben Pflichtverstößen des Anwalts ab¹⁰⁶. Argumentiert wird, dass sich bei sachgerechter Anwendung von § 287 ZPO eine systemwidrige Beweislastumkehr erübrige¹⁰⁷.

Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verteidiger wegen Schlechtleistung können sich für den Anspruchsteller also vor allem auf der Beweisebene erhebliche Schwierigkeiten ergeben. Von Problemen der Beweisbarkeit ist aber die Frage abzugrenzen, was die Haftungsrechtsprechung dem einzelnen Anwalt abverlangen darf. Der Vorwurf der überzogenen Anforderungen an den Anwalt im Allgemeinen ist vor allem angesichts der Haftungsverlagerung bei Fehlern des Gerichts zumindest als teilweise berechtigt anzusehen. Für den Verteidiger müssen aber zunächst die Pflichten, denen er als Mindestanforderungen genügen muss, konturiert werden, bevor letztlich entschieden werden kann, ob sie als übersteigert einzustufen sind.

Unabhängig davon muss der von einer Verteidigerschlechtleistung Betroffene eine zivilrechtliche Handhabe haben. Dies gebietet unter anderem der grundgesetzlich verbürgte Anspruch des Beschuldigten auf eine wirksame Verteidigung.

¹⁰³OLG Nürnberg StV 97, 481 (484 f.).

¹⁰⁴Vgl. Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1298; Krause, NStZ 2000, 225 (231); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 594 f.; Jungk, AnwBl 1998, 152–154 (154).

¹⁰⁵Vgl. Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2112; Krause, NStZ 2000, 225 (231 f.); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 594 ff. Hingegen will Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 160 ff., im Einzelfall eine Beweislastumkehr zulassen.

¹⁰⁶BGHZ 126, 217 (217, 223) = NJW 1994, 3295 (3295, 3298).

¹⁰⁷Krause, NStZ 2000, 225 (233).

3.2 Zivilrechtliche Grundlagen der Verteidigerhaftung

Darüber hinaus müssen Freiheiten im Verteidigungsaußenverhältnis mit einer privaten Kontrolle des Verteidigungsinnenverhältnis einhergehen¹⁰⁸. Um es mit Bartons Worten zu veranschaulichen: „Man kann die Verheißungen der Freiheit nicht haben wollen, ohne die Kröte der Berufshaftung zu schlucken.“¹⁰⁹

¹⁰⁸Barton, StV 1998, 606 (607).

¹⁰⁹Barton, StV 1998, 606 (607).

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

Das Risiko des Verteidigers, sich in Ausübung seiner Tätigkeit strafbar zu machen, ist einer der Ausgangspunkte der vorliegenden Arbeit, weil es sich dabei um die Obergrenze der Verteidigung handelt und mit dieser Obergrenze korrespondierende Untergrenzen im Sinne von Mindestanforderungen herausgearbeitet werden sollen.

Das verteidigerspezifische Delikt ist die Strafvereitelung. Auf sie ist der Fokus zu richten, weil sich die Strafbarkeit wegen Strafvereitelung unmittelbar auf das Handeln des Verteidigers zugunsten des Beschuldigten und damit auf den Bereich bezieht, in dem eine Schlechtleistung im Sinne eines Unterschreitens einer Mindestanforderung, die konkret benannt werden kann, am ehesten denkbar ist.

Bei anderen Straftatbeständen besteht weniger die Möglichkeit, zu dem jeweiligen Verbot ein damit korrespondierendes Gebot als Untergrenze der Verteidigung zu formulieren. Teilweise betrifft das strafrechtliche Risiko außerdem nicht die Beistandsaufgabe des Verteidigers, wie das Beispiel der Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonorar zeigt.

Im Folgenden werden zunächst die verschiedenen Möglichkeiten einer Strafbarkeit des Verteidigers zumal wegen Strafvereitelung aufgezeigt. Anschließend wird die Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verteidigerhandeln behandelt. Dabei muss angesichts der Zielsetzung der Arbeit vor allem die von der Rechtsprechung vertretene Ansicht behandelt werden, die sich zudem zwischenzeitlich auch auf breiter Ebene durchgesetzt hat.

4.1 Verteidigungsspezifische Delikte

Der Verteidiger kann sich in Ausübung seiner Tätigkeit strafbar machen. Denkbar ist insbesondere eine Strafbarkeit wegen Organisationsdelikten (§§ 84 Abs. 2, 85 Abs. 2, 129, 129a Abs. 5 StGB), Volksverhetzung (§ 130 StGB), falscher Verdächtigung (§ 164 StGB), Beleidigung (§§ 185 ff. StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Urkundsdelikten (§§ 267 ff. StGB) und wegen Parteiverrats (§ 356 StGB)¹. Durch die Annahme des Verteidigerhonorars kann zudem eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche (§ 261 StGB) und Hehlerei (§ 259 StGB) in Betracht kommen². Darüber hinaus obliegt dem Verteidiger eine nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbewehrte Schweigepflicht. Beim Verkehr mit Gefangenen kann die Ordnungswidrigkeit gemäß § 115 OWiG verwirklicht werden.

Die größte Bedeutung für die Strafbarkeit des Verteidigers hat der Tatbestand der Strafvereitelung gemäß § 258 StGB. Der heutige § 258 StGB ist die Nachfolgenorm von § 257 a.F. StGB, dem bis zum Inkrafttreten des EGStGB im Jahr 1974 gültigen Tatbestand der persönlichen Begünstigung³. Die Problematik der Strafbarkeit des Verteidigers blieb durch die Neufassung der Vorschrift unberührt. Der Gesetzestext lautet:

(1) Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) un-

¹Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 35, bezeichnet den Verteidiger gar als einen „geborenen Täter“ dieses Delikts.

²Der Tatbestand der Hehlerei gemäß § 259 StGB kann aufgrund der Annahme von Sachwerten als Verteidigerhonorar erfüllt sein. Aber auch im Falle einer Geldzahlung als Honorar kann der Tatbestand verwirklicht werden, wenn die Zahlung eindeutig auf eine Vortat i.S.d. § 261 StGB zurückgeführt werden kann. Die Annahme einer solchen Zahlung sollte der Verteidiger schon aus ethischen Gründen nicht in Betracht ziehen. Abgesehen davon wird eine Strafverfolgung regelmäßig an der Unmöglichkeit des Nachweises scheitern, dass die Geldscheine die aus der Straftat sind, sodass man zu einer straflosen Ersatzhehlerei kommt. Hierzu Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 70.

³Der heutige § 258 StGB wurde durch das EGStGB vom 2.3.1974, BGBl I 469, mit Wirkung vom 1.1.1975 eingefügt. Zu den Unterschieden zur Vorgängervorschrift siehe Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 1; Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempf/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (47).

4.1 Verteidigungsspezifische Delikte

terworfen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer absichtlich oder wissentlich die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt.

(3) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.

(4) Der Versuch ist strafbar.

(5) Wegen Strafvereitelung wird nicht bestraft, wer durch die Tat zugleich ganz oder zum Teil vereiteln will, daß er selbst bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird oder daß eine gegen ihn verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt wird.

(6) Wer die Tat zugunsten eines Angehörigen begeht, ist straf-frei.

Legt man allein den Wortlaut der Norm zugrunde, stellt jede Tätigkeit des Verteidigers naturgemäß ein Vereiteln der Strafe dar oder zumindest den Versuch hierzu. Der Verteidiger scheint prädestiniert zu sein, sich durch sein Eintreten für den Beschuldigten wegen Strafvereitelung strafbar zu machen, zählt es doch zu seinen Hauptaufgaben, alle für den Beschuldigten sprechenden Umstände zur Geltung zu bringen⁴. Dabei darf er sich aber „in keinem Falle der Wahrheitserforschung hindernd in den Weg stellen“⁵. Schon aufgrund des Gesetzeswortlauts ergibt sich damit die Notwendigkeit, zwischen zulässigem und unzulässigem Verteidigerhandeln abzugrenzen⁶.

Die Gratwanderung, die die Tätigkeit als Verteidiger angesichts der Gefahr, sich wegen Strafvereitelung strafbar zu machen, mit sich bringt, führt zu einer Vielzahl von Empfehlungen. So sehen Pfordte und Degenhard im Verhältnis zum eigenen Mandanten das größte Risiko⁷. Die Gefahr einer eigenen Strafbarkeit könne der Verteidiger umso mehr minimieren, je unmissverständlicher und distanzierter er dieses Verhältnis gestalte⁸. Gewarnt wird

⁴Hierzu BGHSt 9, 17 (22), sowie die unter 1.1 getätigten Ausführungen.

⁵BGHSt 9, 17 (22); diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz hat unter anderem BVerfGE 15, 226 (232), unter Bezugnahme auf vorgenannte Entscheidung aufgegriffen.

⁶BGHSt 38, 345 (347) = NJW 1993, 273 (274), vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 1.1.

⁷Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 74.

⁸Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 74.

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

vor übereilten Handlungsempfehlungen „aus dem Bauch raus“⁹. Bei Unsicherheiten hinsichtlich der eigenen Strafbarkeit sollte sich der Verteidiger „grundsätzlich eigener Empfehlungen enthalten und sich auf die Darstellung der Rechtslage zurückziehen“, weil ihm dies nie verboten sein kann¹⁰.

In Anbetracht der zuletzt genannten Empfehlung und der Zielsetzung der Arbeit stellt sich die Frage, ob dem Verteidiger in jedem Fall ein Rückzug auf die bloße Darstellung der Rechtslage gestattet werden kann oder ob dies nicht unter Umständen zu einer Schlechtverteidigung führt, die einer Mindestanforderung nicht mehr genügt. Eine Antwort hierauf soll das letzte Kapitel geben, das einzelne Mindestanforderungen, die mit einem strafbewehrten Verbot korrespondieren, konturiert. Als Vorarbeit hierzu ist im Folgenden zur Obergrenze der Verteidigung auszuführen, also zur Frage, wann der Verteidiger die Grenze zum Unzulässigen durch sein Handeln überschreitet.

4.2 Zum Tatbestand des § 258 StGB

Schutzgut des § 258 StGB ist die innerstaatliche Strafrechtspflege¹¹. Der Tatbestand kann durch Verfolgungsvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) oder durch Vollstreckungsvereitelung (§ 258 Abs. 2 StGB) verwirklicht werden¹².

Die Verfolgungsvereitelung nach § 258 Abs. 1 StGB setzt die Vortat eines anderen voraus¹³. Damit eine Strafe vereitelt werden kann, muss es sich um eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Tat handeln, deren Bestrafung oder Ahndung durch Anordnung einer Maßnahme nichts – zu denken ist beispielsweise an ein Verfahrenshindernis – entgegensteht¹⁴.

Es muss also ein staatlicher Anspruch auf Verhängung einer Strafe oder Anordnung einer Maßnahme bestehen. Eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen vollendeter Strafvereitelung kommt daher nicht in Betracht, wenn

⁹Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 74.

¹⁰Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 74.

¹¹Für viele: Fischer, *StGB*, § 258 Rn. 2; Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, *BeckOK StGB*, § 258 Rn. 2.

¹²Für viele: Fischer, *StGB*, § 258 Rn. 3, 29; Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, *BeckOK StGB*, § 258 Rn. 3 ff., Rn. 34 ff.

¹³Fischer, *StGB*, § 258 Rn. 3 f.

¹⁴Fischer, *StGB*, § 258 Rn. 5.

4.2 Zum Tatbestand des § 258 StGB

der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen hat oder ihm die Tat im Prozess nicht nachgewiesen werden kann, da es dann an einer Strafe fehlt, die vereitelt werden könnte¹⁵. Gleiches gilt, wenn der Verteidiger nur irrigerweise an die Täterschaft des Beschuldigten glaubt. Dann bleibt es bei einer Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs. Bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen muss sich der Verteidiger demzufolge wegen versuchter Strafvereitelung verantworten.

Die Vollstreckungsverweigerung nach § 258 Abs. 2 StGB setzt eine rechtskräftige, gegen einen anderen als den Täter selbst verhängte Strafe oder Maßnahme voraus, die zumindest noch nicht vollständig vollstreckt wurde¹⁶.

Für beide möglichen Tatbestandsvarianten ist die Tathandlung das Vereiteln. Darunter fällt sowohl die teilweise als auch die gänzliche Vereitelung, da mit Vereiteln jede Besserstellung des Vortäters gemeint ist¹⁷. Eine gänzliche Vereitelung und damit ein Vereitelungserfolg liegt bereits bei einer Verzögerung um geraume Zeit vor¹⁸.

Bei der Verfolgungsverweigerung nach Abs. 1 zielt die Tathandlung darauf ab, die Aburteilung eines anderen mit rechtlichen oder tatsächlichen Mitteln zu verhindern. Entscheidend ist die Verzögerung der Ahndung, auf die Ermittlungen und deren Verlangsamung kommt es nicht an¹⁹.

¹⁵Vgl. hierzu Barton, Einführung Verteidigung, S. 146.

¹⁶Fischer, StGB, § 258 Rn. 29.

¹⁷Fischer, StGB, § 258 Rn. 7; Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 258 Rn. 8.

¹⁸Die genaue Zeitspanne der zur Bejahung eines Vereitels notwendigen Verzögerung gehört zu den umstrittenen Problemen des Tatbestands, siehe hierzu u.a. Vormbaum, Schutz, S. 1 ff., Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 14 f. m.w.N.; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 104 f.; weitere Nennungen finden sich bei Fischer, StGB, § 258 Rn. 8, sowie Kindhäuser, LPK-StGB, § 258 Rn. 4.

¹⁹Fischer, StGB, § 258 Rn. 8.

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

Nicht tatbestandsmäßig ist hingegen die Teilnahme an einer straflosen Selbstbegünstigung des Vortäters²⁰. Für die Abgrenzung von Täterschaft zu Teilnahme gelten nach herrschender Meinung die allgemeinen Regeln²¹.

Subjektiv verlangt das Vereiteln direkten Vorsatz. Der Täter muss eine Besserstellung des Vortäters zwar nicht erstreben, aber als sichere Folge seiner Aktivität voraussehen²². Hingegen genügt hinsichtlich der Vortat bei der Verfolgungsvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) beziehungsweise der rechtskräftigen Verurteilung bei der Vollstreckungsvereitelung (§ 258 Abs. 2 StGB) bedingter Vorsatz²³.

Das Problem der Strafvereitelung liegt in ihrer Konturlosigkeit. Denn dem Wortlaut lässt sich nicht entnehmen, wann ein Vereiteln gegeben ist²⁴. § 258 StGB ist akzessorisch, da seine Erfüllung angesichts der unspezifischen Tathandlung des Vereitels vom Einhalten beziehungsweise Nichteinhalten anderer Vorschriften abhängt. Insbesondere die Tätigkeit des Verteidigers, die sich naturgemäß stets auf das Verhindern einer Bestrafung des Beschuldigten richtet, führt zu der im Folgenden zu erörternden Abgrenzungsproblematik.

4.3 Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verteidigerhandeln

Wie Strafverteidigung von Strafvereitelung abzugrenzen ist, behandeln eine fast nicht mehr zu übersehende Anzahl von Artikeln, Monographien

²⁰Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 17; Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 47 f.; Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 258 Rn. 21. Der Verteidiger kann den Tatbestand der Strafvereitelung als Allein-, Mittäter oder mittelbarer Täter erfüllen, siehe hierzu Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 26.

²¹Fischer, StGB, § 258 Rn. 7a; Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 22, 17 ff.; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 26, Rn. 47 ff.; Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempf/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (48 ff.).

²²Fischer, StGB, § 258 Rn. 33.

²³Fischer, StGB, § 258 Rn. 33.

²⁴Vgl. hierzu Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 72; Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempf/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (45 f.).

4.3 Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verteidigerhandeln

und anderen Beiträgen²⁵. Jeder wohl vorstellbare Ansatz wird vertreten²⁶. Zwischenzeitlich hat sich allerdings die vom BGH vertretene Linie auf breiter Ebene durchgesetzt. Danach ist das Prozessrecht als maßgebliches Abgrenzungskriterium heranzuziehen, infolgedessen erfasst der Tatbestand der Strafvereitelung prozessual zulässiges Handeln von vornherein nicht²⁷. Abgesehen davon kommen Rechtsprechung und Literatur, sofern sie verschiedene Wege gehen, vielfach zum gleichen Ergebnis²⁸.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, Mindestanforderungen im Sinne von Untergrenzen der Verteidigung zu formulieren, die das Gegenstück zu einer Obergrenze der Verteidigung, also einem verbotenen Verteidigerhandeln, bilden. Bei der Einschätzung seines strafrechtlichen Risikos muss der Verteidiger zumal die bereits ergangene Rechtsprechung berücksichtigen, auf die sich die folgende Darstellung beschränkt²⁹.

Allein vom Wortlaut des § 258 StGB ausgehend, zielt jede Tätigkeit des Verteidigers auf ein Vereiteln ab, wenn der Beschuldigte schuldig ist und

²⁵ Als kleine (!) Auswahl können an der Stelle genannt werden: Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 15 ff. (2010); Kappelmann, Strafbarkeit Strafverteidiger, insbesondere S. 35 ff. (2006), Zeifang, Strafbarkeit Strafverteidiger, S. 5 ff. (2004); Dessecker, GA 2005, 142 (142 ff.); Hartmann, AnwBl 2002, 330 (330 ff.); Stumpf, Strafvereitelung, insbesondere S. 50 ff. (1999); Krekeler, NStZ 1989, 146 (146 ff.); Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1345 ff.). Zur Abgrenzung von Täterschaft und (strafloser) Teilnahme siehe Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempff/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (48 ff.).

²⁶ Vgl. hierzu Zeifang, Strafbarkeit Strafverteidiger, S. 7 ff.

²⁷ BGHSt 46, 53 (54) = NJW 2000, 2433 (2434 f.); vgl. zum Ganzen auch Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 3 ff.

²⁸ So Barton, Einführung Verteidigung, S. 146; vgl. hierzu auch Barton, Einführung Verteidigung, S. 151; Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 33.

²⁹ Nicht unerwähnt bleiben soll angesichts ihrer Bedeutung die von Beulke entwickelte eingeschränkte Organtheorie, zu der er sich erst jüngst wieder im Rahmen einer Neuauflage bekannt hat, Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, 2. Aufl. 2010, S. 11 f. Hinsichtlich der Stellung des Verteidigers unterscheidet sich die eingeschränkte Organtheorie i.E. nicht von der herrschenden Lehre, da auch sie von einer Doppelstellung des Verteidigers ausgeht, der vom Beschuldigten unabhängig ist, solange er zu dessen Gunsten handelt; hierzu u.a. Beulke in: Beulke/Müller, FS Strafrechtsausschuss, S. 87 (88). Bei der Frage, wann der Verteidiger die Grenze zum Missbrauch im Verhältnis zum Staat überschritten und sich strafbar macht, stellt Beulke im Rahmen seiner „Kernbereichslehre“ auf den Kernbereich der Effektivität der Rechtspflege ab. Gemäß seinem Ansatz ist dem Verteidiger im Verhältnis zum Staat nur untersagt, was eine Beeinträchtigung des Kernbereichs bedeutet. Vgl. zum Ganzen Beulke, Verteidiger, S. 143 ff., oder aus jüngerer Zeit Beulke in: Beulke/Müller, FS Strafrechtsausschuss, S. 87 (88), sowie Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 11 f.

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

der Verteidiger davon Kenntnis hat. Die Aktivitäten müssen darauf gerichtet sein, eine Bestrafung des Beschuldigten zu verhindern. Zwischen erlaubtem und verbotenen Verteidigerhandeln ist deshalb abzugrenzen. Dies gebietet auch die Rechtsstaatlichkeit, die eine wirksame Verteidigung auf der Grundlage des Verfahrensrechts voraussetzt³⁰. Allgemein gehaltene Ausführungen helfen bei der Beantwortung der Frage, wann ein Verteidigerhandeln als jenseits der Obergrenze der Verteidigung und damit als strafbar einzustufen ist, nicht weiter³¹.

Zur Strafbarkeit des Verteidigers liegt eine umfangreiche Kasuistik vor. Der Frage, wie zwischen Strafverteidigung und Strafvereitelung abzugrenzen ist, begegnet die Rechtsprechung auf der jeweiligen Tatbestandsebene mit Auslegung³². Auf die Weise trägt sie dem Umstand Rechnung, dass die Struktur bestimmter Tatbestände ein strafrechtliches Risiko für den Verteidiger begründen³³.

Die Verwirklichung des Tatbestands der Strafvereitelung hängt aufgrund der unspezifischen, nicht aussagekräftigen Beschreibung der Tathandlung vom Einhalten beziehungsweise Nichteinhalten anderer Normen ab³⁴. Für den Verteidiger sehen die Rechtsprechung und herrschende Meinung das Prozessrecht als maßgebliches Abgrenzungskriterium an³⁵. Strafvereitelung ist akzessorisch³⁶ und verweist auf die Regelungen des Prozessrechts³⁷. In-

³⁰Vgl. hierzu BGHSt 46, 36 (44) = NJW 2000, 2217 (2218 f.).

³¹An der Stelle kann exemplarisch die vom Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Thesen, S. 7, aufgestellte These 1 zum Freiraum der Verteidigung genannt werden, wonach der Verteidiger im Rahmen der Gesetze, seiner Schutzaufgabe und seiner Einordnung in die Funktion der Strafrechtspflege frei in der Gestaltung der Verteidigung ist und der Freiraum alle Maßnahmen umfasst, die der Verteidiger zur Abwehr der gegen seinen Mandanten erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe durchführt, veranlasst oder geschehen lässt.

³²Vgl. hierzu BGHSt 46, 36 (44) = NJW 2000, 2217 (2219).

³³BGHSt 46, 36 (44 f.) = NJW 2000, 2217 (2218).

³⁴Hierzu u.a. Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 72.

³⁵BGHSt 46, 53 (55) = NJW 2000, 2433 (2434); Köllner in: Bockemühl, *Handbuch*, S. 32; Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2045; Hammerstein, *NStZ* 1990, 261 (264); Krekeler, *NStZ* 1989, 146 (146); Müller-Dietz, *Jura* 1979, 242 (247); vgl. hierzu auch Fischer, *StGB*, § 258 Rn. 17.

³⁶Für viele: BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274); Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 72; Barton, *Einführung Verteidigung*, S. 147; Beulke/Ruhmannseder, *Strafbarkeit*, S. 3 f.

³⁷BGHSt 38, 345 (347) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (55) = NJW 2000, 2433 (2434).

4.3 Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verteidigerhandeln

folgedessen erfasst der Tatbestand prozessual zulässiges Handeln nicht³⁸. Insgesamt stellt sich also die Frage nach einer Rechtfertigung des Verteidigerhandelns schon gar nicht.

Bei der Tatbestandsauslegung der Strafvereitelung kann darüber hinaus das Ständesrecht von Bedeutung sein³⁹. Zwar kann ein standesrechtlich unzulässiges Verhalten nicht automatisch als strafbar eingeordnet werden⁴⁰. Ein standesrechtlich zu billigendes Verhalten ist aber grundsätzlich prozessual zulässig⁴¹.

In subjektiver Hinsicht verlangt eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung hinsichtlich der Tathandlung des Vereitels direkten Vorsatz⁴². Beim Handeln eines Verteidigers stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung an das voluntative Element erhöhte Anforderungen, indem sie grundsätzlich annimmt, dass der Verteidiger strafbares Verhalten nicht billigt und unter einem dahingehenden inneren Vorbehalt handelt⁴³. Aufgrund dieses inneren Vorbehalts vertraue der Verteidiger darauf, dass das Gericht von ihm eingebrachte, zweifelhafte Beweismittel kritisch prüft und deren Fragwürdigkeit nicht übersieht⁴⁴. Diese innere Haltung folgert der BGH aus dem Umstand, dass der Verteidiger als Organ der Rechtspflege fremde Interessen wahrnimmt⁴⁵. Die Annahme eines inneren Vorbehalts ist aber nach der Rechtsprechung unter Umständen nicht mehr angezeigt, wenn der Verteidiger gegen-

³⁸BGHSt 46, 53 (54) = NJW 2000, 2433 (2434); hierzu u.a. auch: Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 32; Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2045; Schmidt/Priebe, Strafrecht BT I, S. 317; Hammerstein, NSTz 1990, 261 (264); Krekeler, NSTz 1989, 146 (146); Müller-Dietz, Jura 1979, 242 (247).

³⁹BGHSt 46, 53 (54) = NJW 2000, 2433 (2434).

⁴⁰BGHSt 46, 53 (54) = NJW 2000, 2433 (2434); Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 258 StGB Rn. 11; Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 26 a.E. Beispielsweise ist es standesrechtlich unzulässig, wenn der Verteidiger mutwillig der Hauptverhandlung fernbleibt oder diese verlässt mit der Folge von Terminverschiebungen oder Aussetzungen, eine Strafbarkeit wird hierdurch jedoch nicht begründet; siehe hierzu Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 22.

⁴¹BGHSt 46, 53 (54) = NJW 2000, 2433 (2434); vgl. auch Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 258 StGB Rn. 11.

⁴²Wiederum ist auf die Ausführungen unter 4.2 zu verweisen.

⁴³BGHSt 38, 345 (350 f.) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (59 f.) = NJW 2000, 2433 (2436).

⁴⁴BGHSt 38, 345 (350 f.) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

⁴⁵BGHSt 38, 345 (350 f.) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

über den übrigen Verfahrensbeteiligten über einen Wissensvorsprung verfügt und diesen nicht offenbart⁴⁶.

Von einem inneren Vorbehalt geht der BGH ausdrücklich auch aus, wenn der Verteidiger erhebliche Zweifel hat, beispielsweise an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit eines Beweismittels⁴⁷. Unter Zugrundelegung des inneren Vorbehalts verneint der BGH unter anderem eine Strafbarkeit des Verteidigers, „wenn er ihm selbst zweifelhaft behauptungen aufstellt“⁴⁸. Argumentiert wird, dass der Verteidiger naturgemäß bisweilen argwöhnisch ist, was Aussagen des Beschuldigten anbelangt⁴⁹.

Kann ein innerer Vorbehalt des Verteidigers zugrunde gelegt werden, fehlt es am voluntativen Vorsatzelement und eine Strafbarkeit scheidet aus. Dies gilt auch, wenn das Verteidigerhandeln objektiv nicht mehr zulässig war⁵⁰. Ob der Verteidiger die Grenze des zulässigen Verhaltens überschritten hat und deshalb der objektive Tatbestand der Strafvereitelung erfüllt ist, lässt der BGH zudem offen, wenn eine Vereitelungsabsicht nicht ausreichend belegt ist⁵¹. Von einer nur ungenügenden Vereitelungsabsicht ist in der Regel aufgrund des dem Verteidiger zuzubilligenden inneren Vorbehalts auszugehen⁵².

Ein weiteres Problem stellt sich deshalb, weil es kein Gleichauf gibt zwischen den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Strafvereitelung und anderen, möglicherweise tateinheitlich ebenfalls verwirklichten Tatbeständen. Beispielsweise genügt für die Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB bedingter Vorsatz. Bejaht man die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 267 StGB, so würde das bedeuten, dass eine mit Worten geführte Verteidigung zulässig, die mit Beweismitteln untermauerte hingegen strafbar wäre⁵³. Der Verteidiger dürfte einerseits auch bei erheblichen Zweifeln hinsichtlich der Echtheit ausführen, seinem Mandanten habe eine Urkunde vor-

⁴⁶BGHSt 38, 345 (351) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

⁴⁷BGHSt 38, 345 (350) = NJW 1993, 273 (274); BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

⁴⁸BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274).

⁴⁹BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274).

⁵⁰BGHSt 46, 53 (59) = NJW 2000, 2433 (2436).

⁵¹BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435 f.).

⁵²BGHSt 46, 53 (59 f.) = NJW 2000, 2433 (2436). Zum Ganzen vgl. Fischer, StGB, § 258 Rn. 26 f.

⁵³Hierzu u.a. Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 32.

4.3 Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verteidigerhandeln

gelegen, andererseits wäre ihm die Vorlage der möglicherweise gefälschten Urkunde nicht gestattet⁵⁴.

Der BGH löst das Problem, indem er eine strenge Prüfung fordert, „ob – zumindest – bedingt vorsätzliches Verhalten des Verteidigers in solchen Fällen tatsächlich vorliegt“⁵⁵. Dabei betont er, dass begrifflich zwischen den Voraussetzungen des bedingten Vorsatzes und den Beweisanforderungen zu unterscheiden ist⁵⁶. Unter Zugrundelegung eines inneren Vorbehalts des Verteidigers verneint die Rechtsprechung damit auch das voluntative Element des bedingten Vorsatzes, wenn es um andere verteidigerspezifische Delikte als die Strafvereitelung geht⁵⁷.

In dem vielzitierten Urteil des BGH vom 9.5.2000 findet sich eine Passage, die die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Abgrenzung von erlaubten zu unerlaubten Verteidigerhandeln anschaulich zusammenfasst:

„Der Verteidiger darf grundsätzlich alles tun, was in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise seinem Mandanten nützt (BGHSt 38, 345 [347] = NJW 1993, 273 = NStZ 1993, 79). Er hat die Aufgabe, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen und dabei das Gericht vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren (BVerfG, NStZ 1997, 35). Zu seinen besonderen Aufgaben gehört es auch, auf die Einhaltung der Verfahrensgarantien zu achten (BGHSt 2, 375 [378] = NJW 1952, 894). Allerdings muss er sich bei seinem Vorgehen auf verfahrensrechtlich erlaubte Mittel beschränken, und er muss sich jeder bewussten Verdunkelung des Sachverhalts und jeder sachwidrigen Erschwerung der Strafverfolgung enthalten (BGHSt 2, 375 [377] = NJW 1952, 894). Ihm ist es insbesondere untersagt, durch aktive Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhalts die Wahrheitserforschung zu erschweren, insbesondere Beweisquellen zu verfälschen (BGHSt 9, 20 [22] = LM § 138 StPO Nr. 1 L; BGHSt 38,

⁵⁴Hierzu BGHSt 38, 345 (349) = NJW 1973, 273 (274).

⁵⁵BGHSt 38, 345 (349) = NJW 1973, 273 (274); vgl. auch Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, Strafrecht Handkommentar, § 258 StGB Rn. 13; zur Kritik vgl. Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 32 m.w.N.

⁵⁶BGHSt 38, 345 (349) = NJW 1973, 273 (274).

⁵⁷BGHSt 46, 53 (60 f.) = NJW 2000, 2433 (2436). Zum Ganzen vgl. Fischer, StGB, § 258 Rn. 24 ff.

4 Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers

345 [348] = NJW 1993, 273 = NStZ 1993, 79; BGH, NStZ 1999, 188;
Urt. v. 8. 1. 1957 – 5 StR 360/56).⁵⁸.

Der Verteidiger darf also Ermittlungsbehörden wie Gerichte nicht durch Vorspiegeln falscher Tatsachen in die Irre führen. Ebenso versagt ist ihm eine Verdunklung des Sachverhalts oder das Trüben von Beweisquellen.

⁵⁸BGHSt 46, 53 (55) = NJW 2000, 2433 (2434).

5 Die Pflichten des Verteidigers

Im Rahmen dieses Kapitels sind nun weitere Vorarbeiten zu leisten, damit anschließend die mit den Obergrenzen der Verteidigung korrespondierenden Untergrenzen im Sinne von Mindestanforderungen herausgearbeitet werden können.

Angesichts der strafprozessualen Ausrichtung der vorliegenden Untersuchung ist zunächst zu klären, ob das Prozessrecht selbst Vorgaben enthält, die der Verteidiger mindestens zu erfüllen hat, um nicht eine Untergrenze der Verteidigung zu unterschreiten mit der Konsequenz des Vorwurfs der Schlechtverteidigung. Anders formuliert: Können der Strafprozessordnung Pflichten entnommen werden, deren Verletzung die Haftung des Verteidigers begründen¹?

Prozessrecht und materielles Recht sind wesensverschieden. Die Begriffe „prozessuale Pflichten“ und „materiellrechtliche Pflichten“ bezeichnen also unterschiedliches. Sie sind einerseits voneinander abzugrenzen. Andererseits ist herauszustellen, dass eine prozessuale Pflicht untrennbar mit einer materiellrechtlichen Pflicht verquickt ist. Eberhard Schmidt erklärte das Verhältnis prozessualer und materiellrechtlicher Pflichten zueinander wie folgt:

„So bestimmt zwar das Prozeßrecht vielfach die Voraussetzungen, unter denen eine auf materiellem Recht beruhende allgemeine Pflicht in concreto ausgelöst wird und erfüllt werden muß; aber die Pflicht als solche setzt das Prozessrecht voraus.“²

Als prozessuale Pflicht ist das zwingende Erfordernis zu bezeichnen, durch die Vornahme von Prozesshandlungen das Entstehen einer ungünstigen Prozesslage, vor allem ein ungünstiges Urteil, zu verhindern³. Beispiel:

¹Hierzu v.a. Barton, Mindeststandards, S. 309 ff.

²Schmidt, Lehrkommentar, S. 69.

³Goldschmidt, Prozess, S. 335; Niese, Prozeßhandlungen, S. 64; Schmidt, Lehrkommentar, S. 69.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Der Beschuldigte „muss“ aussagen, damit keine für ihn nachteilige Beweissituation eintritt⁴.

Hinsichtlich einer prozessualen Pflicht kann man von einem Motivationszwang sprechen⁵; dies verdeutlicht den Unterschied zur imperativen, materiellrechtlich begründeten Pflicht.

Die prozessuale Pflicht zielt also darauf ab, das Eintreten einer ungünstigen Prozesslage zu unterbinden. Es handelt sich hierbei immer nur um Pflichten im Interesse desjenigen, dem sie obliegen, also um eine „Pflicht des Prozessbeteiligten gegen sich selbst“⁶. Bei einer im eigenen Interesse gegen sich selbst vorzunehmenden Pflicht handelt es sich dagegen nicht um eine „echte“ Pflicht, da eine solche sich nur aus einer Regelung des materiellen Rechts als Bestimmungsnorm ergeben kann⁷. Deshalb erweist sich in dem Zusammenhang die Verwendung des Wortes „Pflicht“ als sprachlich ungenau und die Bezeichnung „Last“ erscheint vorzugswürdig⁸.

Die Verwendung des Begriffs der prozessualen Pflicht bezogen auf den Verteidiger ist zwar zugegebenermaßen sprachlich unpräzise. Nichtsdestotrotz hat der Terminus Eingang in den allgemeinen juristischen Sprachgebrauch gefunden und bezeichnet letztlich zutreffend einen Handlungsimperativ, auch wenn dieser auf einem Motivationszwang basiert und nicht in einer materiellrechtlichen Bestimmungsnorm wurzelt. Aus dem Grund wird der Ausdruck der prozessualen Pflichten auch im weiteren Verlauf der Arbeit Verwendung finden.

Ungeachtet dessen wird aus strafprozessualer Sicht der Begriff der prozessualen Pflicht durch einen Motivationszwang der jeweiligen Partei, nachteilige Prozesslagen zu vermeiden, ausgefüllt. Damit kann es, wie Barton ausführt, für den Verteidiger „keine echten prozessualen Pflichten (...) geben, sondern nur ein Interesse an Bewältigung von Verteidigerlasten“⁹.

Aufgrund der dargestellten Verquickung des materiellen Rechts mit dem prozessualen auch im Bereich der Pflichten stellt das Prozessrecht bei der

⁴Schmidt, Lehrkommentar, S. 69.

⁵Schmidt, Lehrkommentar, S. 70.

⁶Goldtschmidt, Prozess, S. 100; Schmidt, Lehrkommentar, S. 69.

⁷Schmidt, Lehrkommentar, S. 69.

⁸Goldtschmidt, Prozess, S. 100; Schmidt, Lehrkommentar, S. 69; Barton, Mindeststandards, S. 310.

⁹Barton, Mindeststandards, S. 310.

5.1 Die Rolle des Berufs- und Standesrechts

Frage nach den Mindestanforderungen, denen der Verteidiger genügen muss, keinesfalls eine zu vernachlässigende Größe dar¹⁰. Vielmehr bilden die prozessrechtlichen Vorgaben und Möglichkeiten den Ausgangspunkt bei der Pflichtenbestimmung. Wie dem oben angeführten Zitat von Schmidt entnommen werden kann, ist das Prozessrecht nicht nur Voraussetzung und damit Ausgangspunkt, sondern zugleich Endpunkt bei der Frage nach den vom Verteidiger zu bewältigenden Lasten. Folglich spielt es bei der Bestimmung von Verteidigerpflichten eine wesentliche, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle.

Nicht von Bedeutung für das mit der Untersuchung verfolgte Anliegen sind hingegen die Regelungen des Berufs- und Standesrechts. Darauf ist zunächst einzugehen, bevor im Rahmen weiterer Vorarbeiten unter anderem die Frage beantwortet wird, inwiefern die zur Haftung des Zivilrechtsanwalts geltenden Grundsätze auf den Verteidigerregress übertragen werden können.

5.1 Die Rolle des Berufs- und Standesrechts

Wie für die Angehörigen anderer freier Berufe gibt es für die Anwaltschaft ein Berufsrecht, dessen Einhaltung in erster Linie von den Rechtsanwaltskammern überwacht wird¹¹. Das Berufsrecht ist im Wesentlichen in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) sowie in der Berufsordnung (BORA) statuiert¹².

Die Notwendigkeit eines Berufsrechts, mit dem ein für alle Berufsangehörigen geltender Verhaltenskodex statuiert wird, ergibt sich aus dem freiberuflichen Sonderstatus der Anwaltschaft¹³. Die Funktion des Berufsrechts ist beschränkt, seine Bedeutung daher als gering einzustufen¹⁴. Die seitens des

¹⁰So Barton, Mindeststandards, S. 310, hinsichtlich der von ihm entwickelten Mindeststandards.

¹¹Zum Ganzen: Kleine-Cosack in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2078 ff. Jeder Rechtsanwalt ist zwangsweise Mitglied der Rechtsanwaltskammer seines OLG-Bezirks.

¹²Die BORA wird von der Satzungsversammlung bei der Bundesrechtsanwaltskammer auf Grundlage von § 191a BRAO erlassen. Vgl. zum Ganzen Kleine-Cosack in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2078 ff.

¹³Kleine-Cosack in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2079.

¹⁴Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass im Bereich der anwaltlichen Werbung, der eine ausführliche Behandlung durch die berufsrechtlichen Regelungen und der Rechtsprechung

5 Die Pflichten des Verteidigers

Berufsrechts zur Durchsetzung berufsrechtsgemäßen Verhaltens zur Verfügung gestellten Instrumentarien und Sanktionsmöglichkeiten dürfen nicht zu anderen Zwecken missbraucht werden¹⁵. Bezogen auf die Strafverteidigung verbietet es sich daher, die berufliche Tätigkeit des Verteidigers, wie sie im Rahmen der geltenden allgemeinen Gesetze wie der StPO stattfindet, unter Berufung auf das Berufsrecht einzuschränken¹⁶.

Konkrete Berufspflichten für Anwälte ergaben sich ursprünglich aus der Generalklausel des § 43 BRAO, für deren Auslegung und Konkretisierung die Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts maßgeblich waren¹⁷. Die Grundsätze waren in Richtlinien enthalten, die von der Bundesrechtsanwaltskammer auf der Rechtsgrundlage des § 177 Abs. 2 Nr. 2 BRAO a.F. verabschiedet wurden. Nachdem das BVerfG die Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts im Jahr 1987 in zwei Entscheidungen für nicht mit der Verfassung vereinbar erklärt hat¹⁸, können sie nicht mehr als Hilfsmittel bei der Auslegung und Konkretisierung der Generalklausel herangezogen werden. Konkrete Berufspflichten des Rechtsanwalts sind daher inzwischen vor allem in Regelungen enthalten, die nach den beiden Entscheidungen des BVerfGs aus dem Jahr 1987 ergangen sind¹⁹. Aus diesen Entscheidungen wird ganz überwiegend der Schluss gezogen, dass aus § 43 BRAO keine konkreten Berufspflichten mehr abgeleitet werden können²⁰. Aber auch mit Blick auf die Gegenauffassung²¹ enthält das Berufsrecht keine Aussagen über die Pflichten, die der Anwalt in unmittelbarem Zusammenhang mit sei-

hierzu erfahren hat, die berufsrechtlichen Mittel zum Vorgehen gegen ein zu beanstandendes Verhalten wesentlich schwächer sind als die des wettbewerbsrechtlichen Zivilrechts, Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 22. Aus dem Grund muss sich die Rechtsanwaltskammer auch nicht auf das stumpfere Schwert des Berufsrechts verweisen lassen, sondern kann Wettbewerbsverstöße gleich entsprechend den Regelungen des UWG verfolgen, BGH NJW 2002, 2039 (2039).

¹⁵Kleine-Cosack in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2079.

¹⁶Kleine-Cosack in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2079.

¹⁷Hierzu Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 43 Rn. 5 f.; Barton, *Einführung Verteidigung*, S. 157.

¹⁸BVerfGE 76, 171 (171, 175 ff.) = NJW 1988, 191 (191 ff.); BVerfGE 76, 196 (205 ff.) = NJW 1988, 194 (195 f.).

¹⁹Barton, *Einführung Verteidigung*, S. 158.

²⁰Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 43 Rn. 6; Eylmann in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43 Rn. 17; Barton, *Einführung Verteidigung*, S. 158.

²¹Kleine-Cosack, BRAO, § 43, Rn. 10 ff.

5.1 Die Rolle des Berufs- und Standesrechts

ner Leistungserbringung gegenüber dem Mandanten hat, konkret: im Falle des Verteidigers hinsichtlich einer sachgerechten Verteidigungsführung. Zwar benennt die zentrale Norm des § 43a BRAO eine ganze Reihe von so bezeichneten Grundpflichten²². Diese sind aber zum einen so allgemein gehalten, dass sie zur Bestimmung von Verteidigerpflichten nicht taugen²³, weshalb auch von einem „Pathoskatalog“ gesprochen wird²⁴. Zum anderen sind die in § 43a BRAO enthaltenen Grundpflichten weder justitiabel noch sanktionsfähig²⁵.

Ebensowenig lässt sich aus der BORA ein eigenständiger Kreis von berufsrechtlichen Verteidigerpflichten ableiten²⁶. Die in ihr enthaltenen Aussagen können allenfalls ergänzend bei der Bestimmung der vom Verteidiger zu beachtenden zivilrechtlichen Ge- und strafrechtlichen Verbote herangezogen werden²⁷.

Das Berufsrecht regelt nur „die äußere Ordnung der Anwaltstätigkeit, nicht ihre Inhalte“²⁸. Durch das Berufsrecht werden die Pflichten des Anwalts gegenüber seinem Mandanten weder konturiert, noch wird den Interessen der Mandantschaft Rechnung getragen²⁹.

²²§ 43a BRAO lautet: „(1) Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden. (2) Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist. Dies gilt nicht für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen. (3) Der Rechtsanwalt darf sich bei seiner Berufsausübung nicht unsachlich verhalten. Unsachlich ist insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder solche herabsetzenden Äußerungen handelt, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensverlauf keinen Anlass gegeben haben. (4) Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten. (5) Der Rechtsanwalt ist bei der Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Fremde Gelder sind unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen. (6) Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, sich fortzubilden.“

²³Barton, Einführung Verteidigung, S. 158.

²⁴Kleine-Cosack, BRAO, § 43a Rn. 1. Dieser Einschätzung schließt sich unter Aufgreifen des Begriffs auch Barton, Einführung Verteidigung, S. 158, an.

²⁵Kleine-Cosack, BRAO, § 43a Rn. 1.

²⁶Barton, Einführung Verteidigung, S. 158 f.

²⁷Barton, Einführung Verteidigung, S. 158 f.

²⁸Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 24; so auch Kleine-Cosack, BRAO, § 43 Rn. 16.

²⁹Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 24; Boergen, NJW 1969, 913 (914).

5 Die Pflichten des Verteidigers

Zwischen dem Berufsrecht und einer zivilrechtlichen Haftung gibt es keine Wechselwirkungen, es handelt sich um voneinander unabhängige Bereiche, die nichts miteinander zu tun haben³⁰. Erbringt der Anwalt eine nur unzureichende Dienstleistung, so greifen allein die zivilrechtlichen Regelungen zur Haftung; die Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen kann auch nicht über die berufsrechtliche Generalklausel in eine berufsrechtliche Sanktion münden³¹. Daher läuft „das Berufsrecht (...) bezogen auf Verteidiger-mängel leer“.³²

Folglich helfen die Regelungen des Berufsrechts bei dem Unterfangen, die Untergrenze der Verteidigung zu konturieren, nicht weiter.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Wie bereits mehrfach ausgeführt, wurde die Thematik des Verteidigerregresses bisher seitens Literatur und Rechtsprechung vernachlässigt. Zur Beantwortung der Frage nach den Untergrenzen der Verteidigung ist deshalb zunächst auf die Pflichten des Zivilrechtsanwalts als Ausgangspunkt einzugehen.

5.2.1 Die Kardinalpflichten des Zivilrechtsanwalts

Hinsichtlich der vom Zivilrechtsanwalt zu beachtenden Pflichten hat sich in Praxis und Wissenschaft eine Einteilung in mehrere Hauptgebiete sowie eine Anzahl von Kardinalpflichten durchgesetzt³³, die auch als Grundpflichten bezeichnet werden³⁴. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass anders eine Pflichtenbestimmung nicht bewerkstelligt werden kann, weil allgemeine Grundsätze „zu abstrakt“ sind und der jeweilige Einzelfall „zu singulär“ ist,

³⁰Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 24.

³¹Kleine-Cosack, BRAO, § 43 Rn. 16.

³²So schon Barton, StV 1990, 237 (240).

³³Vgl. hierzu Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 100; Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2102.

³⁴So etwa Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 120 f. Zu Recht lehnt Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 100, die Betitelung als „Grundpflichten“ ab, weil der im Rahmen des Kapitels zur Rolle des Berufsrecht bereits erörterte § 43a BRAO die Bezeichnung in einem anderen Zusammenhang verwendet.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

um die anwaltlichen Pflichten, die von den Besonderheiten des jeweiligen Falls abhängen und in unzähligen Ausgestaltungen denkbar sind, benennen zu können³⁵.

Als Kardinalpflichten des Rechtsanwalts werden seine Pflicht zur Aufklärung, zur Rechtsprüfung, zur Beratung und Belehrung sowie zur Wahl des sichersten Wegs bezeichnet³⁶.

Die mit dem Führen von Handakten zusammenhängenden Pflichten des Anwalts werden regelmäßig nicht in einem Atemzug mit den eben angesprochenen Kardinalpflichten genannt³⁷, sind die Handakten doch „ein Instrument für die Pflichterfüllung“³⁸ und betreffen daher nicht die eigentliche Pflichterfüllung als solche. Durch den korrekten Umgang mit Handakten können Haftpflichtfälle vermieden werden, im Falle der Erhebung von Regressansprüchen gegen den Anwalt dienen die Akten Beweis Zwecken³⁹. Die Erfüllung der mit den Handakten zusammenhängenden Pflichten liegt daher vor allem im eigenen Interesse des Anwalts⁴⁰.

Auch die Pflicht des Anwalts zur Verschwiegenheit⁴¹ betrifft weniger die ausreichende Leistungserbringung im Rahmen des Mandats, sondern mehr das Treueverhältnis zwischen Mandant und Anwalt, dem die Verschwiegenheitspflicht entspringt⁴². Die Verschwiegenheitspflicht führt beispielsweise

³⁵Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 98.

³⁶Vollkommer, Haftung, S. 90; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 100.

³⁷Die Pflicht zur Führung von Handakten ist inzwischen in § 50 Abs. 1 BRAO gesetzlich als Berufspflicht verankert. Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 173 ff., behandelt zwar die anwaltlichen Pflichten die Handakten betreffend im Kapitel zu den Pflichten des Anwalts auf gleicher Ebene wie die Pflicht des Anwalts zur Aufklärung etc. Dabei handelt es sich aber nur um eine Ausgestaltung des Aufbaus, der keine inhaltliche Aussage entnommen werden kann und letztlich eine Geschmacksfrage ist. Dies ergibt sich auch aus Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 100.

³⁸Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 174.

³⁹Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 174.

⁴⁰Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 174.

⁴¹Die Verschwiegenheitspflicht ist einerseits in § 43a Abs. 2 BRAO, andererseits in § 203 Abs. 1 Nr. 3, 204 StGB normiert. Damit korrespondieren verschiedene Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte in § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO sowie in § 102 Abs. 1, 3a und b AO.

⁴²Zum Treueverhältnis und der darauf beruhenden Verschwiegenheitspflicht: Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 181 ff.

5 Die Pflichten des Verteidigers

zu Problemen, wenn der Anwalt seine Honorarforderung abtreten will oder es zum Gebührenrechtsstreit mit dem Mandanten kommt⁴³.

Angesichts der mit der vorliegenden Arbeit verfolgten Zielsetzung beschränkt sich die Darstellung auf die unmittelbar mit der Leistungserbringung des Anwalts zusammenhängenden Pflichten und damit auf die Kardinalpflichten. Sie werden im Folgenden dargestellt. Auf andere Pflichten wird bei Bedarf eingegangen⁴⁴. Der Umfang der anwaltlichen Pflichten hängt in jedem Fall von dem erteilten Mandat und den Umständen des Einzelfalls ab⁴⁵.

5.2.1.1 Aufklärungspflicht

Als Erstes ist der dem Mandat zugrunde liegende Sachverhalt aufzuklären.

Der Anwalt muss seiner Aufklärungspflicht persönlich nachkommen, indem er sich Informationen beschafft; dies geschieht vor allem durch Befragung des Mandanten und gewissenhafter Durchsicht sämtlicher hereingegebener Unterlagen und Dokumente⁴⁶. Dabei muss der Anwalt auf alle erkennbare Gefahren hinweisen, selbst wenn es sich um ein beschränktes Mandat handelt, wobei in der Regel ein unbeschränktes vorliegt⁴⁷. Neben dem tatsächlichen Sachverhalt muss der Anwalt zudem die in Betracht kommenden Beweismittel feststellen und gegebenenfalls auf deren Beibringung durch den Mandanten drängen⁴⁸.

Mit der Aufklärungspflicht des Anwalts korrespondiert eine Informationspflicht des Mandanten⁴⁹. Die führt aber grundsätzlich nicht zu einer Ent-

⁴³Hierzu Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 181, 186 f.

⁴⁴Ein Überblick über sämtliche Pflichten des Anwalts findet sich bei Vollkommer, Haftung, S. 89.

⁴⁵BGH NJW 1993, 3323 (3324); BGH NJW 1996, 2648 (2649); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 121 m.w.N.

⁴⁶Vollkommer, Haftung, S. 92 ff.

⁴⁷Vollkommer, Haftung, S. 94.

⁴⁸Vollkommer, Haftung, S. 96.

⁴⁹Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 101.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

lastung des Anwalts, da dieser beispielsweise die „richtigen“ ergänzenden Fragen stellen⁵⁰ und falls nötig den Mandanten unter Druck setzen muss⁵¹.

Darüber hinaus muss der Anwalt Tatsachen und Beweismittel sichern, wenn hierfür ein Anlass besteht⁵². Hingegen trifft den Anwalt grundsätzlich keine Pflicht, neben der Befragung des Mandanten darüber hinausgehende Ermittlungen anzustellen, beispielsweise muss er nicht Zeugen vorab befragen⁵³.

Soweit es Tatsachen betrifft, darf der Anwalt grundsätzlich auf die Richtigkeit der vom Mandanten gemachten Angaben vertrauen, sofern sich ihm nichts anderes aufdrängt⁵⁴. Gleiches gilt für die Glaubwürdigkeit von Beweismitteln⁵⁵.

Auch gegenüber dem rechtskundigen Mandanten bleibt der Anwalt zur Erfüllung seiner Vertragspflichten und damit zur Aufklärung in gleichem Umfang wie sonst verpflichtet; Abstriche können allenfalls hinsichtlich der erforderlichen Intensität des Nachfragens gemacht werden⁵⁶.

5.2.1.2 Rechtsprüfungspflicht

Um den Mandanten belehren beziehungsweise beraten und sich für den sichersten Weg entscheiden zu können, muss der Rechtsanwalt den jeweiligen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht prüfen.

Seine Prüfungspflicht ist dabei umfassend, sie besteht unabhängig von der Art des Mandats und hat nach allen Seiten hin zu erfolgen⁵⁷. Hierzu gehört auch die Überwachung aller prozessualen und materiellen Fristen, für die der Anwalt allein verantwortlich ist⁵⁸. Noch nicht vorhandene, aber für die

⁵⁰Vgl. hierzu BGH NJW 1961, 601 (602); Vollkommer, Haftung, S. 93; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 101 jeweils m.w.N.

⁵¹BGH NJW 1982, 437 (438); Vollkommer, Haftung, S. 95.

⁵²Hierzu insgesamt Vollkommer, Haftung, S. 100 f.

⁵³Zum Ganzen und den Ausnahmen: Vollkommer, Haftung, S. 101 ff.

⁵⁴BGH NJW 2000, 730 (731); Vollkommer, Haftung, S. 97 f. Auf mitgeteilte Tatsachen, die nur scheinbar tatsächlicher Natur sind, darf der Rechtsanwalt nicht vertrauen; ebenso obliegt allein ihm die rechtliche Würdigung. Hierzu Vollkommer, Haftung, S. 97, mit Beispiel: S. 98 f.

⁵⁵BGH VersR 1960, 911 (911).

⁵⁶BGH NJW 1992, 1159 (1160); Vollkommer, Haftung, S. 96 f.

⁵⁷Im Einzelnen hierzu Zugehör u. a., Anwaltshaftung, S. 304 ff.

⁵⁸BGH NJW 1992, 820 (820 f.); Zugehör u. a., Anwaltshaftung, S. 304.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Bearbeitung des Mandats notwendige Rechtskenntnisse muss der Anwalt sich aneignen⁵⁹. Neben den Gesetzen inklusive erfolgter Änderungen muss der Anwalt sich auch bevorstehender Gesetzesänderungen bewusst sein, sofern diese offensichtlich sind⁶⁰. Er hat das Schrifttum zu einer aufgeworfenen Rechtsfrage ebenso zu kennen wie die Rechtsprechung, die in den amtlichen Entscheidungssammlungen und Fachzeitschriften zur Veröffentlichung gelangt ist⁶¹.

Im Rahmen der umfassenden Rechtsprüfungspflicht kommt auch die Pflicht des Anwalts zur Verhütung von Fehlern Dritter, insbesondere des Gerichts, zum Tragen, die bereits angesprochen wurde⁶². Der Anwalt hat neben den tatsächlichen Gesichtspunkten sämtliche rechtliche Gesichtspunkte auch deshalb darzulegen, um möglichen Fehlern seitens des Gerichts vorzubeugen⁶³. Er wird mitverantwortlich gemacht für die Richtigkeit des Urteils⁶⁴.

5.2.1.3 Pflicht zur Beratung und Belehrung

Der Anwalt muss den Mandanten persönlich beraten und belehren⁶⁵, damit der Mandant in die Lage versetzt wird, eigenverantwortlich über das weitere Vorgehen in seiner Angelegenheit zu entscheiden⁶⁶. Die von der Rechtsprechung zumindest sinngemäß immer wieder aufgegriffene Formel lautet:

⁵⁹Hierzu jüngst BGH NJW 2006, 501 (501 ff.); Vollkommer, Haftung, S. 105 m.w.N.; Zugehör u. a., Anwaltshaftung, S. 306 ff.

⁶⁰Vollkommer, Haftung, S. 107 ff.

⁶¹Vollkommer, Haftung, S. 122 ff., S. 111 ff. Was den Umfang der notwendigen Rechtsprechungskennntnis anbelangt, beispielsweise ob der Anwalt neben der in allgemeinen juristischen Fachzeitschriften wiedergegebenen Rechtsprechung auch die aus Spezialzeitschriften kennen muss, ist vieles streitig. Hierzu insgesamt und zum Meinungsstand Vollkommer, Haftung, S. 111 ff.

⁶²Siehe die Ausführungen unter 4.2.2.

⁶³BGH NJW 1974, 1865 (1866); Zugehör u. a., Anwaltshaftung, S. 304 f. m.w.N. Natürlich bezieht sich die Verpflichtung des Anwalts nur auf Gesichtspunkte, die zugunsten seines Mandanten sprechen.

⁶⁴Mit Begründung und Fundstellen Zugehör u. a., Anwaltshaftung, S. 305.

⁶⁵Dabei wird der Mandant naturgemäß auch aufgeklärt, weshalb im Rahmen der dritten Kardinalpflicht mitunter von Aufklärung die Rede ist, vgl. Vollkommer, Haftung, S. 133 ff. Unabhängig davon ist die erste Kardinalpflicht die zur Aufklärung und als solche auf die Ermittlung des Sachverhalts bzw. Informationsbeschaffung gerichtet.

⁶⁶BGH NJW 1992, 1159 (1160); Vollkommer, Haftung, S. 127 m.w.N.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

„Der Rechtsanwalt ist, soweit sein Auftraggeber nicht unzweideutig zu erkennen gibt, dass er des Rates nur in einer bestimmten Richtung bedarf, zur allgemeinen, umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung des Auftraggebers verpflichtet. Der Anwalt hat die Belange seines Auftraggebers nach jeder Richtung wahrzunehmen und die Geschäfte aus eigener Entscheidung so zu erledigen, daß Nachteile für den Auftraggeber vermieden werden, soweit sie voraussehbar und vermeidbar sind. Der Rechtsanwalt muss Unkundige über die Folgen ihrer Erklärungen belehren und sie vor Irrtümern bewahren. (...) Der Anwalt muss den Mandanten (...) über mögliche wirtschaftliche Gefahren des beabsichtigten Geschäfts belehren und ihn über die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln aufklären.“⁶⁷

Der Anwalt hat also im Rahmen der Beratung und Belehrung seinen Mandanten über die Rechtslage zu informieren und ihm sämtliche Risiken aufzuzeigen⁶⁸. Die genannte Formel ist abstrakt und muss deshalb für den jeweiligen Fall konkretisiert werden, da es stets von den Umständen des Einzelfalls und dem erteilten Mandat abhängt, welche konkreten Pflichten für den Anwalt bestehen⁶⁹.

Der Anwalt muss, um seiner Beratungs- und Belehrungspflicht zu genügen, seinem Mandanten keine umfassende juristische Analyse seines Falls, „sondern allein die Hinweise liefern, die ihm im Hinblick auf die aktuelle Situation und sein konkretes Anliegen die notwendige Entscheidungsgrundlage vermitteln“⁷⁰. Ein bestimmter Grad des Einwirkens auf den Mandanten im Sinne einer besonderen Eindringlichkeit oder Nachdrücklichkeit ist nicht erforderlich⁷¹. Stellt sich von mehreren Möglichkeiten eine als für den Man-

⁶⁷BGH VersR 1960, 932 (933); Vollkommer, Haftung, S. 128 mit zahlreichen weiteren Nennungen.

⁶⁸Zu den einzelnen Pflichten Vollkommer, Haftung, S. 132 ff., der eingangs auf die Vielfalt und Unübersichtlichkeit der denkbaren, vom jeweiligen Mandat abhängigen Pflichten eingeht und deshalb seine Darstellung auf die hauptsächlichen Pflichten beschränkt, was immerhin noch über 18 Seiten in Anspruch nimmt.

⁶⁹BGH NJW 1988, 1079 (1080); Vollkommer, Haftung, S. 128 m.w.N.

⁷⁰BGHZ 171, 261 (261 f.) = BGH NJW 2007, 2485 (2485).

⁷¹BGH NJW 1987, 1322 (1322); Vollkommer, Haftung, S. 131; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 167 f. jeweils m.w.N.

5 Die Pflichten des Verteidigers

danten günstiger als die anderen dar, muss der Anwalt dies dem Mandanten verdeutlichen und eine entsprechende Empfehlung aussprechen⁷².

Maßgeblich für Inhalt und Umfang der Aufklärung ist stets das Interesse des Mandanten⁷³. Dementsprechend muss der Anwalt den Mandanten gegebenenfalls auch auf eigene Pflichtverletzungen und einen sich daraus ergebenden Haftungsanspruch hinweisen⁷⁴. Unter Umständen kann eine beschränkte Belehrung genügen, etwa bei besonderer Eilbedürftigkeit oder wenn der Aufwand außer Verhältnis zum Streitgegenstand steht⁷⁵.

5.2.1.4 Grundsatz des sichersten Wegs

Der Anwalt hat seine gesamte Tätigkeit dem Grundsatz des sichersten Wegs zu unterstellen. Sofern – wie regelmäßig – verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen, ist er gehalten, sich für die Variante zu entscheiden, die für seinen Mandanten am sichersten und gefahrlosesten ist⁷⁶. Dabei muss er so handeln, dass das Gesamtergebnis seines Tätigwerdens dem Begehren und dem Interesse seines Mandanten am nächsten kommt⁷⁷. Weil die an sich sicherste Möglichkeit sich nicht notwendigerweise mit dem Begehren des Mandanten deckt, spricht man auch vom „relativ sichersten Weg“⁷⁸.

Das heißt nicht, dass der Anwalt gar kein Risiko eingehen darf. Eine dahingehende Annahme wäre mit seiner Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege nicht vereinbar⁷⁹ und würde zu nicht hinnehmbaren Einschränkungen seiner Handlungsmöglichkeiten führen. Der Grundsatz verpflichtet den Anwalt auch nicht, wesentlichen Tatsachenvortrag zu unterdrücken oder einen an Täuschung grenzenden Weg zu wählen, um das Ziel

⁷²BGHZ 171, 261 (261 f.) = BGH NJW 2007, 2485 (2485).

⁷³BGHZ 171, 261 (261 f.) = BGH NJW 2007, 2485 (2485).

⁷⁴Vollkommer, Haftung, S. 149.

⁷⁵BGHZ 171, 261 (261 f.) = BGH NJW 2007, 2485 (2485).

⁷⁶Zum Ganzen: Vollkommer, Haftung, S. 150 ff.

⁷⁷BGH NJW 1991, 2079 (2080); Vollkommer, Haftung, S. 151 m.w.N.

⁷⁸BGH NJW 1991, 2079 (2080); Vollkommer, Haftung, S. 151 m.w.N.; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 172.

⁷⁹Vollkommer, Haftung, S. 151.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

seines Mandanten zu erreichen⁸⁰. Allein die sich ihm bietenden rechtlich unbedenklichen Handlungsoptionen muss der Anwalt wahrnehmen⁸¹.

Der Grundsatz des sichersten Wegs kommt in verschiedenen Ausgestaltungen zum Tragen. Beispielsweise ist der Anwalt grundsätzlich gehalten, der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen, wenn es eine solche zu der aufgeworfenen Rechtsfrage gibt⁸². Selbst wenn das Bemühen des Anwalts darauf gerichtet ist, eine Rechtsprechungsänderung herbeizuführen, kann er eine existente höchstrichterliche Rechtsprechung nicht ignorieren. Denn eine verantwortungsvolle Entscheidung und damit eine Einhaltung des Grundsatzes des sichersten Wegs ist auch in dem Fall nur denkbar, wenn der Anwalt die aktuelle Rechtsprechung in seine Überlegungen einbezieht.

Eine weitere Ausprägung des Grundsatzes des sichersten Wegs bildet die Pflicht, Fehlern des Gerichts entgegenzuwirken⁸³. Die „Fehlerverhütungspflicht“ des Anwalts ist umfassend⁸⁴. Unter Hinweis auf „das nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit menschlicher Irrtümer“⁸⁵ wird sie von der Rechtsprechung nicht nur bei in tatsächlicher Hinsicht zweifelhaften Situationen, sondern auch hinsichtlich von Versehen, die dem Gericht bei ansonsten eindeutiger Rechtslage unterlaufen können, bejaht⁸⁶. Argumentiert wird mit der originären anwaltlichen Aufgabe, dafür zu sorgen, dass alle rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte, die für seinen Mandanten sprechen, Berücksichtigung finden⁸⁷. Vom Anwalt wird „eine Art vorbeugende Fehlerkon-

⁸⁰BGH NJW 1991, 2280 (2282); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 175; Vollkommer, Haftung, S. 151 m.w.N.

⁸¹Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 175.

⁸²BGH NJW 1993, 3323 (3324); Vollkommer, Haftung, S. 154 ff., mit weiteren Beispielen.

⁸³Zum Ganzen: Vollkommer, Haftung, S. 156 ff.

⁸⁴Vgl. u.a. BGH NJW 1964, 2402 (2403).

⁸⁵So BGH NJW 1964, 2402 (2403); die Formulierung wurde vom BGH mehrfach fast wörtlich wiederholt, vgl. BGH NJW 1996, 2648 (2650); BGH NJW 2009, 987 (987) m.w.N.

⁸⁶So für den Zivilrechtsanwalt BGH NJW 1974, 1865 (1866), und für den Verteidiger BGH NJW 1964, 2402 (2403); zum Ganzen mit Beispielen Vollkommer, Haftung, S. 156 ff.

⁸⁷BGH NJW 1964, 2402 (2403); BGH NJW 1974, 1865 (1866); BGH NJW 1996, 2648 (2650). Anschaulich hierzu auch BGH NJW 2009, 987 (987) für den Zivilrechtsanwalt: „Zwar weist die ZPO die Entscheidung und damit die rechtliche Beurteilung des Streitfalls dem Gericht zu; dieses trägt für sein Urteil die volle Verantwortung. Es widerspräche jedoch der rechtlichen und tatsächlichen Stellung der Prozessbevollmächtigten in den Tatsacheninstanzen, würde man ihre Aufgabe allein in der Beibringung des Tatsachenmaterials sehen. Der Möglichkeit,

5 Die Pflichten des Verteidigers

trolle“ verlangt⁸⁸. Die Rechtsprechung des BGH zur Fehlerverhütungspflicht des Anwalts hat viel Kritik hervorgerufen, auf die bereits im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses eingegangen wurde⁸⁹.

Nachdem das BVerfG im Jahr 2002 geäußert hatte, die Gerichte dürften den Anwälten nicht die Verantwortung für eine zutreffende Anwendung des Rechts aufbürden und die Anwaltshaftung als Auffangtatbestand behandeln⁹⁰, reagierte der BGH. In Fortführung seiner früheren Rechtsprechung stellte der BGH fest, dass der Zurechnungszusammenhang ausnahmsweise entfällt, wenn der Anwalt seinen Fehler berichtigt und das Gericht dies ignoriert und den Fehler zur Grundlage seiner Entscheidung macht⁹¹. Unter Verweis auf frühere Urteile greift der BGH darüber hinaus die Möglichkeit auf, dass die Zurechnung zu verneinen ist, weil der Schadensbeitrag des Rechtsanwalts hinter dem des Gerichts zurücktritt, weil letzterer wesentlich schwerer wiegt und „die Pflichtwidrigkeit des Anwalts nur den äußeren Anlass für ein ungewöhnliches Eingreifen des Geschädigten oder eines Dritten bildet“⁹². Darüber hinaus führt der BGH aus, dass der innere Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden entfällt, wenn der Anwalt auch durch vertragsgemäßes Verhalten eine gerichtliche Fehlentscheidung nicht verhindern konnte, weil eine ordnungsgemäße Pflichterfüllung durch ihn unter keinem denkbaren Gesichtspunkt hierfür geeignet war⁹³.

Zwar spricht der BGH von der Verantwortung des Gerichts für eine richtige Rechtsanwendung⁹⁴. Gleichzeitig betont er aber die Pflicht des Anwalts, seinen Mandanten vor Fehlentscheidungen des Gerichts zu bewahren⁹⁵. Ausdrücklich bleibt der BGH – von den angesprochen, eng umgrenz-

auf die rechtliche Beurteilung des Gerichts Einfluss zu nehmen, entspricht im Verhältnis zum Mandanten die Pflicht, diese Möglichkeit zu nutzen (BGH, NJW 1996, 2648).“

⁸⁸So Vollkommer, Haftung, S. 157.

⁸⁹Siehe die Ausführungen oben unter 3.2.2.

⁹⁰BVerfG 2002, 2937 (2937, 2938 f.).

⁹¹BGHZ 174, 205 (210 f.) = NJW 2008, 1309 (1310) unter Bezugnahme auf BGH NJW 1988, 486 (487 f.).

⁹²BGHZ 174, 205 (210 f.) = NJW 2008, 1309 (1311); u.a. wird in dem Zusammenhang BGH NJW 1990, 2882 (2284) angeführt.

⁹³BGHZ 174, 205 (210 f.) = NJW 2008, 1309 (1309, 1311).

⁹⁴BGHZ 174, 205 (209) = NJW 2008, 1309 (1310).

⁹⁵BGHZ 174, 205 (209) = NJW 2008, 1309 (1310).

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

ten Ausnahmefällen abgesehen⁹⁶ – bei einer haftungsrechtlichen Zurechenbarkeit des Urteilsschadens, wenn das Gericht trotz Vorliegen eines Anwaltsfehlers richtig entscheiden hätte können und müssen, wäre es vorschriftsgemäß vorgegangen⁹⁷. Denn dann stelle die gerichtliche Fehlentscheidung die Verwirklichung eines allgemeinen Prozessrisikos dar⁹⁸.

BGHZ 174, 205 enthält damit im Endeffekt keine neuen Ansätze und von einer Kursänderung der Rechtsprechung kann nicht die Rede sein, mag man auch von einer begrüßenswerten, neuen Richtung der Rechtsprechung ausgehen⁹⁹. Eine vom Standpunkt des Rechtsanwenders ausreichende Konturierung der Fehlerverhütungspflicht ist damit nicht einmal im Ansatz erfolgt.

Auch das BVerfG hat zwischenzeitlich klargestellt, dass seine Äußerungen aus dem Jahr 2002 als Hinweise „auf die nicht schlechthin in jedem Fall gerechtfertigte Haftungsverschiebung zu Lasten des Rechtsanwalts“ zu verstehen sind, aber nicht dahingehend, dass von Verfassungen wegen ausschließlich die Gerichte die haftungsrechtliche Verantwortung tragen sollen¹⁰⁰. Die Rechtsprechung des BGH, die eine Haftung des Anwalts regelmäßig auch bei Mitursächlichkeit eines Fehlers des Gerichts bejaht, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁰¹.

Die allgemeine Fehlerverhütungspflicht des Rechtsanwalts wird daher wegen ihrer Reichweite und der bestehenden Unklarheiten auch in Zukunft Anlass zu Kritik geben.

5.2.2 Übertragbarkeit des allgemeinen Pflichtenkatalogs

Der für den Zivilrechtsanwalt geltende Pflichtenkatalog war, wenngleich nur in groben Zügen – eine andere Vorgehensweise hätte den Rahmen der Arbeit gesprengt und wäre zudem der Zielsetzung nicht dienlich gewesen – darzustellen, denn es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass dieser Pflichten-

⁹⁶Vgl. BGHZ 174, 205 (210 f.) = NJW 2008, 1309 (1311).

⁹⁷BGHZ 174, 205 (209) = NJW 2008, 1309 (1310).

⁹⁸BGHZ 174, 205 (210) = NJW 2008, 1309 (1310).

⁹⁹So Vollkommer, Haftung, S. 160.

¹⁰⁰BVerfG NJW 2009, 2945 (2945 f.).

¹⁰¹BVerfG NJW 2009, 2945 (2945 f.).

5 Die Pflichten des Verteidigers

katalog und damit die Kardinalpflichten grundsätzlich auch gelten, wenn das Haftungssubjekt ein Verteidiger ist¹⁰².

Wie sein Kollege in Zivilsachen ist der Verteidiger zur Erbringung seiner Leistung *lege artis* verpflichtet¹⁰³. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Verteidiger hinsichtlich der ihn treffenden Pflichten grundlegend anders zu behandeln sein soll als Anwälte, die auf anderen Rechtsgebieten tätig sind.

Teilweise wurde eine nahtlose Übertragbarkeit des für den Zivilrechtsanwalt anerkannten Pflichtenkatalogs auf die Verteidigertätigkeit verneint und in dem Zusammenhang die vom Willen des Beschuldigten unabhängige Stellung des Verteidigers angeführt¹⁰⁴ oder argumentiert, dass der Verteidiger aufgrund des Instituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand meist nicht für Fristversäumnisse haften müsse¹⁰⁵. Allerdings wurde eine Übertragbarkeit des allgemeinen Pflichtenprogramms, das für den in zivilrechtlichen Angelegenheiten tätigen Anwalt gilt, hier nur scheinbar abgelehnt und damit die Geltung des allgemeinen Pflichtenkatalogs für den Strafverteidiger eigentlich nicht in Abrede gestellt. Vielmehr wurden strukturelle Unterschiede angesprochen, die sich aufgrund der Ausgestaltung des Strafverfahrens und der Stellung des Verteidigers darin ergeben. Die Frage der Übertragbarkeit des allgemeinen Pflichtenkatalogs auf die Verteidigung wurde damit aber nicht behandelt und folglich auch nicht verneint¹⁰⁶.

¹⁰²So etwa Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2101 f.; Schlecht, Haftung, S. 101; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 61; Krause, NStZ 2000, 225 (225); Krause in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 11 (18); Zwihehoff, StV 1999, 555 (556); Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (307).

¹⁰³So auch Schlecht, Haftung, S. 77 f., die an der genannten Stelle darüber hinaus für eine Übertragbarkeit anführt, dass der Verteidiger dem Geltungsbereich der BRAO unterfällt. Dieses Argument überzeugt jedoch aufgrund der bereits unter 5.1 erläuterten, sehr eingeschränkten Bedeutung des Berufsrechts nicht. Wie im Kapitel zur Rolle des Berufs- und Standesrecht ausgeführt, haben das Berufsrecht und eine zivilrechtliche Haftung nichts miteinander zu tun. Zudem sind die in § 43a BRAO normierten Grundpflichten, auf die sich Schlecht u.a. bezieht, gerade nicht mit den allgemeinen anwaltlichen Kardinalpflichten deckungsgleich, weshalb eine Bezeichnung der Kardinalpflichten als „Grundpflichten“ als missverständlich abzulehnen ist. Zur Verwendung des Begriffs der Grundpflichten und der damit einhergehenden Zweideutigkeit vgl. Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 100.

¹⁰⁴So OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 785 (786).

¹⁰⁵So etwa Barton, Mindeststandards, S. 271 f.

¹⁰⁶Nicht zugestimmt werden kann Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (308), der unter Bezugnahme auf Barton, Mindeststandards, S. 271, meint, Barton würde eine nahtlose Übertragbarkeit

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Für den Moment ist festzuhalten, dass zu prozessualen Unterschieden angestellte Überlegungen allenfalls vordergründig die Frage betreffen, ob der für den Zivilrechtsanwalt geltende Pflichtenkatalog auf die Tätigkeit des Verteidigers übertragbar ist, aber letztlich die Thematik nicht behandeln. Folglich wird in dem Rahmen auch keine Aussage über die vom Verteidiger zu beachtenden Pflichten getroffen¹⁰⁷.

Die bestehenden Unterschiede haben unstreitig Auswirkungen auf den Verteidigerregress, da die Besonderheiten des Strafverfahrens im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftung zum Tragen kommen. Beispielsweise entfällt mit der mangelnden Zurechenbarkeit von Fristversäumnissen ein äußerst haftungsträchtiger Bereich¹⁰⁸, auch ist die Frage der Abhängigkeit des Verteidigers von Weisungen des Beschuldigten fundamental anders zu beurteilen als im Zivilverfahren¹⁰⁹.

Die Besonderheiten des Strafprozessrechts schlagen sozusagen durch auf die zivilrechtliche Haftung des Verteidigers und führen im Rahmen der zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen zu verschiedenen Problemen. Diese Schwierigkeiten rechtfertigen aber weder die Annahme eines haftungsfreien Raumes noch machen sie einen solchen wünschenswert. Eine hierzu konträre und extreme Ansicht vertritt Schäfer, der sich grundsätzlich gegen eine

verneinen, ohne hierfür eine Begründung zu liefern. Dass sich Barton an der von Köllner genannten Stelle nicht gegen die allgemeinen Anwaltpflichten als Ausgangspunkt für die Bestimmung von Verteidigerpflichten ausspricht, ergibt sich zum einen aus seiner Folgerung, dass es haftungsauslösende Pflichten für den Verteidiger gibt. Dieser Schluss zeigt, dass sich Barton an der genannten Stelle eigentlich nicht mit der Übertragbarkeit des Pflichtenkatalogs beschäftigt hat. Zum anderen geht Barton bereits in seiner Habilitationsschrift von den Pflichten des Zivilrechtsanwalts aus, vgl. Barton, Mindeststandards, S. 270, 278. Zudem spricht er sich in späteren Beiträgen ausdrücklich für eine grundsätzliche Übertragbarkeit aus, vgl. Barton, Einführung Verteidigung, S. 136; Barton in: Widmaier, Anwalts-handbuch, S. 2101 f.; Barton in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, Reform, S. 193 (196). Nicht überzeugend sind auch die Ausführungen von Schlecht, Haftung, S. 76 f., wonach Barton meine, die Pflichten des Verteidigers könnten mangels Übertragbarkeit noch nicht dargestellt werden. Wie angesprochen, hat sich Barton an der auch von Schlecht zitierten Stelle (Barton, Mindeststandards, S. 272) nicht auf die Frage der Übertragbarkeit eingelassen. Darüber hinaus hat er im Rahmen seiner Habilitationsschrift gezeigt, dass die Konkretisierung von Mindeststandards möglich ist, vgl. Barton, Mindeststandards, S. 309 ff., 324 ff.

¹⁰⁷Im Ergebnis ähnlich wie hier: Köllner, ZAP Fach 23 [1997], 303 (308).

¹⁰⁸Siehe hierzu die Ausführungen zu Beginn des dritten Kapitels unter 3.

¹⁰⁹Siehe hierzu die Ausführungen unten unter 5.2.3.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Kompensation von Verteidigerfehlern durch eine zivilrechtliche Haftung des Verteidigers ausspricht¹¹⁰. Seiner Meinung nach soll die Verteidigertätigkeit weder von den Straf- noch von den Zivilgerichten kontrolliert werden, vielmehr sei sie „der Überprüfbarkeit durch die Zivilgerichtsbarkeit so weit wie möglich zu entziehen“¹¹¹.

Schäfer meint auf der einen Seite, die zur Haftung des Zivilrechtsanwalts entwickelten Grundsätze könnten aufgrund der Besonderheiten des Strafprozesses nicht auf die Verteidigertätigkeit übertragen werden¹¹². Auf der anderen Seite spricht er von der Notwendigkeit der Konturierung der Verteidigerpflichten und befürwortet in dem Zuge zugleich den Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze der Haftung des Zivilrechtsanwalts im Sinne von regelmäßigen Anforderungen¹¹³. Letztendlich unterscheidet sich die Ansicht Schäfers in der Frage der Übertragbarkeit damit nicht von der allgemeinen Meinung. Wie angesprochen, schließt das Übertragen des allgemeinen Pflichtenkatalogs es nicht aus, strafprozessuale Besonderheiten zu berücksichtigen.

Abgesehen davon überzeugen Schäfers Argumente gegen eine zivilrechtliche Inpflichtnahme des pflichtvergessenen Verteidigers nicht. Schäfer stützt seine Auffassung im Wesentlichen auf die Überlegung, dass strafrechtliche Rechtsfolgen keinen Schaden im Sinne von § 249 BGB darstellen könnten und dem Verteidiger hinsichtlich der Ausübung seiner Tätigkeit ein Entscheidungsspielraum zuzugestehen ist¹¹⁴. Aus dem postulierten Entscheidungsspielraum zieht Schäfer zum einen den Schluss, dass ein Handeln des Verteidigers nicht im Nachhinein als pflichtwidrig eingestuft werden könne¹¹⁵. Zum anderen glaubt er, dass der Anspruchsteller aufgrund des Entscheidungsspielraums und der damit einhergehenden Komplexität kaum jemals den Nachweis der Kausalität wird führen können¹¹⁶. Seines Erachtens können Fehler im Strafverfahren, solche der Verteidigung eingeschlossen, nur korrigiert werden, soweit dies von der StPO vorgesehen ist, die in dem

¹¹⁰Hierzu Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 ff.

¹¹¹Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (63, 75).

¹¹²Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (68).

¹¹³Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (69).

¹¹⁴Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (68 f.).

¹¹⁵Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (69).

¹¹⁶Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (69).

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Punkt abschließende Regelungen beinhalte¹¹⁷. Dies ergebe sich aus der „gebotenen normativen Betrachtungsweise zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen“¹¹⁸.

Schäfers Vorschlag, die Kompensation von Verteidigerfehlern allein durch die in der StPO vorgesehenen Möglichkeiten zuzulassen, erscheint nicht praktikabel. Wie bereits dargelegt¹¹⁹, kann das Strafprozessrecht Verteidigerfehler in nur sehr beschränktem Umfang ausgleichen. Unbestritten führen die „Fernwirkungen“ des Strafprozessrechts zu Problemen im Rahmen der zivilrechtlichen Verteidigerhaftung, auch in dem von Schäfer angeführten Punkt, dass dem Verteidiger hinsichtlich seines Vorgehens ein Entscheidungsspielraum zusteht. Deswegen von der Möglichkeit einer zivilrechtlichen Haftung abzusehen, erscheint aber nicht sachgerecht. Darüber hinaus sind Schäfers Bedenken und Argumente gegen eine zivilrechtliche Haftung des Verteidigers durch die Entwicklung und Aufarbeitung des Themas in Literatur und Rechtsprechung, wie sie in den vergangenen Jahren stattgefunden hat, zum Teil überholt.

Selbstverständlich bleiben für den Anspruchsteller im Falle einer unzureichenden Verteidigerleistung mitunter unüberwindbare Hürden, wenn er den Verteidiger in Regress nehmen will¹²⁰. Ein Problem in dem Bereich ist, dass für den Verteidiger kein auch nur annähernd umfassender Pflichten-katalog existiert. Dass gleichwohl Mindeststandards bestehen, belegt Barton mit seiner vielzitierten Habilitationsschrift „Mindeststandards der Strafverteidigung“.

Schäfers Aussage, strafrechtliche Rechtsfolgen könnten kein Schaden im Sinne von § 249 BGB sein, erweist sich angesichts der zumindest zwischenzeitlich erfolgten Aufarbeitung der zivilrechtlichen Seite des Verteidigerregresses als nicht haltbar. Wie an anderer Stelle aufgezeigt, bestimmt sich der Schaden grundsätzlich nach allgemeinen Grundsätzen und damit nach

¹¹⁷Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (75).

¹¹⁸Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (75).

¹¹⁹Siehe oben unter 3.1.

¹²⁰Auf die Problematik wurde zum einen bei Erörterung der Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses unter 3.2.2, zum anderen unter 3.2.3 bei der Frage, ob an die Leistung des Anwalts seitens der Zivilrechtsprechung überzogene Anforderungen gestellt werden, eingegangen.

5 Die Pflichten des Verteidigers

der Differenzhypothese¹²¹. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass bei Schlechtleistung des Verteidigers nicht nur materielle Schäden, sondern nach der Entscheidung des KG Berlin¹²² anerkanntermaßen auch immaterielle Schäden ersetzt werden können¹²³. Das KG Berlin hat – soweit ersichtlich – erstmals Schmerzensgeld wegen infolge eines Anwaltsverschuldens erlittener Untersuchungshaft zugebilligt.

Aus den mit der Geltendmachung von Haftungsansprüchen verbundenen rechtlichen Problemen den Schluss zu ziehen, es solle deshalb überhaupt keinen Verteidigerregress und somit keine Kontrolle durch die Zivilgerichtsbarkeit geben, ist verfehlt. Der Beschuldigte hat einen grundgesetzlich verbürgten Anspruch auf eine wirksame Verteidigung. Aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben muss es daher die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Inpflichtnahme des Verteidigers bei unzureichender Leistung geben. Eine Verweisung des von der Schlechtleistung Betroffenen auf die Kompensationsmöglichkeiten der StPO genügt aus den bereits dargelegten Gründen nicht. Außerdem zeigen die Haftungsurteile der vergangenen Jahre, dass es für den Anspruchsteller möglich ist, die erforderlichen Nachweise hinsichtlich der Kausalität und den anderen Voraussetzungen des Verteidigerregresses zu führen.

Mit der herrschenden Ansicht bejaht auch Barton eine grundsätzliche Übertragbarkeit des allgemeinen Pflichtenkatalogs¹²⁴. Dabei nennt er entgegen der allgemeinen Handhabung den Grundsatz des sichersten Wegs als Unterpunkt zur Beratungs- und Belehrungspflicht¹²⁵ und führt die Handlungs- und Schadensverhütungspflichten als eigene Kardinalpflichten an anstatt als Unterpunkt zum Grundsatz des sichersten Wegs¹²⁶. Damit trägt Barton der Fürsprachepflicht des Verteidigers Rechnung, der im

¹²¹Vgl. hierzu die Ausführungen zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Verteidigerregresses unter 3.2.2 sowie Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2109 f.; Müller-Gerteis, *Haftungssituation*, S. 83 ff.

¹²²KG Berlin NJW 2005, 1284 (1284 f.). Vgl. hierzu auch Chab, *AnwBl* 2005, 497 (498).

¹²³Eine analoge Heranziehung von zum StrEG entwickelten Grundsätzen, wie sie von Barton in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen, *Reform*, S. 193 (198), und Köllner, *ZAP Fach* 23 [1997], 303 (304), vorgeschlagen wurde, hat sich mit dieser Rechtsprechung erübrigt.

¹²⁴So u.a. Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2102.

¹²⁵Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2105.

¹²⁶Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2106.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Strafverfahren aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben eine herausragende Bedeutung zukommt. Eine inhaltlich andere Ausgestaltung bedeutet die Neugliederung nicht. Dies verdeutlichen Bartons Ausführungen, wonach der Verteidiger zur Erfüllung seiner Handlungs- und Schadensverhütungspflichten alle Umstände, die für den Beschuldigten sprechen, einbringen und hierfür seine Optionen, Prozesshandlungen und Realakte, ausschöpfen müsse¹²⁷. Dabei ergibt sich aus dem Grundsatz des sichersten Wegs für den Verteidiger die Pflicht, zur Erreichung des anvisierten Zieles, das natürlich zuerst auszumachen ist, mit dem Beschuldigten gemeinsam eine Verteidigungskonzeption im Sinne einer bewussten Grundsatzentscheidung auszuarbeiten¹²⁸.

Ausgangspunkt des Verteidigerregresses müssen die zur allgemeinen Anwaltshaftung entwickelten Grundsätze sein. Diese sind für die Tätigkeit des Verteidigers unter Berücksichtigung der strafprozessualen Besonderheiten auf die zivilrechtliche Haftung des Verteidigers zu übertragen¹²⁹.

Die Selbständigkeit im Handeln und die fehlende Weisungsgebundenheit des Verteidigers stehen nicht entgegen, ihm die allgemeine anwaltliche Pflicht zur Belehrung und Beratung aufzuerlegen. Zu begründen ist dies mit der originären Aufgabe des Verteidigers, die Subjektstellung des Beschuldigten zu sichern. Hierfür muss der Beschuldigte sowohl über seine eigenen Rechte als auch über die Rechte und das Vorgehen des Verteidigers ausreichend in Kenntnis gesetzt und beraten werden¹³⁰. Aufgrund der Funktion der Verteidigeraufgabe spricht Krause in dem Zusammenhang von der institutionellen Bedeutung der Aufklärungspflicht, wobei er die Aufklä-

¹²⁷Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2106.

¹²⁸Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2105; Barton, Mindeststandards, S. 308, 346 ff.; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 65 f.

¹²⁹Ein anderer Umfang des Pflichtenkatalogs ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass im Strafverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, da dies, wie unter 3.1.1 dargestellt, die Pflichten des Verteidigers unberührt lässt. So in Bezug auf die Pflicht zur Fehlerverhütung ausdrücklich BGH NJW 1964, 2402 (2403). Siehe hierzu auch Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 15, 70 f.; Krause, NSStZ 2000, 225 (228).

¹³⁰Hierzu ausführlich Schlecht, Haftung, S. 111 ff., die in dem Zusammenhang anschaulich von „Verschiebungen im Bereich der Intention“ spricht, die eine Übertragbarkeit der allgemeinen Belehrungs- und Beratungspflichten unberührt lassen, Schlecht, Haftung, S. 113 ff.

5 Die Pflichten des Verteidigers

rungspflicht sowohl auf die Informationsweitergabe an den Beschuldigten als auch auf die Beratung und Belehrung im Übrigen bezieht¹³¹.

Nach Krause kommt der Aufklärungspflicht außerdem eine strafprozessuale Bedeutung zu, weil der Verteidiger Beistand und nicht Vertreter des Beschuldigten ist und deshalb Konzepte der Wissenszurechnung im Strafverfahren nicht greifen¹³². Infolgedessen habe der Verteidiger eine weitergehende Aufklärungspflicht als der Zivilrechtsanwalt, weil er nicht nur selbst im Interesse des Beschuldigten tätig werden, sondern darüber hinaus den Beschuldigten durch Beratung und Belehrung in die Lage versetzen müsse, die ihm zustehenden Rechte eigenständig auszuüben¹³³.

Unter dem Gesichtspunkt, dass der Verteidiger den Beschuldigten faktisch über die prozessualen Rechte von zwei am Verfahren Beteiligten aufklären muss, ist Krause zuzustimmen. Ob dies im Endeffekt eine umfangreichere Beratungs- und Belehrungspflicht bedeutet, kann angesichts der verschiedenen, sowohl im Strafverfahren als auch im Zivilrecht denkbaren Konstellationen und den daraus folgenden Aufklärungspflichten zweifelhaft sein. Letztlich ist hinsichtlich der zu erfüllenden Beratungs- und Belehrungspflicht unabhängig vom Rechtsgebiet das jeweilige Mandat und damit der Einzelfall maßgebend.

Während die eben genannten Schutzaufgaben des Verteidigers vor allem das Außenverhältnis betreffen, hat er im Innenverhältnis seine Beistandsaufgabe durch Beratung und Betreuung des Beschuldigten zu erfüllen¹³⁴. Die Beratung bedeutet dabei nicht nur das Informieren des Beschuldigten über rechtliche und andere Aspekte, sondern auch, dass der Verteidiger dem Beschuldigten zuhören muss¹³⁵. Mit Betreuung ist die Unterstützung im Übrigen im Sinne eines nicht-im-Stich-lassens gemeint¹³⁶, ein Beispiel hierfür ist der Besuch des Beschuldigten in der Untersuchungshaft¹³⁷.

Zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten besteht in jedem Fall ein Schuldverhältnis, das Grundlage einer zivilrechtlichen Inpflichtnahme

¹³¹Krause in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 11 (12 f.).

¹³²Krause in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 11 (11 f.).

¹³³Krause in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 11 (13 f.).

¹³⁴Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2102.

¹³⁵Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2102.

¹³⁶Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2102.

¹³⁷Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2102.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

sein kann¹³⁸. Der Strafprozessrecht wirkt in eine bürgerlich-rechtliche Haftung des Verteidigers sozusagen „hinein“ und es kommt deshalb zu Unterschieden auf der Ebene des Zivilrechts. An der eingangs getroffenen Grundaussage, dass der allgemeine für den Zivilrechtsanwalt geltende Pflichten-katalog grundsätzlich auch für die Tätigkeit des Verteidigers gilt, ändert das aber nichts.

5.2.3 Pflichtverletzung und Weisungen des Beschuldigten

Die strafprozessualen Besonderheiten kommen im Falle einer zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers an verschiedener Stelle zum Tragen. Da der Verteidiger im Gegensatz zum Zivilrechtsanwalt unabhängig von seinem Mandanten ist, muss insbesondere geklärt werden, ob die Annahme einer Pflichtwidrigkeit ausscheidet, weil der Verteidiger gemäß einer Weisung des Beschuldigten gehandelt hat.

5.2.3.1 Situation beim Zivilrechtsanwalt

Für den in zivilrechtlichen Angelegenheiten tätigen Rechtsanwalt gilt, dass er grundsätzlich Weisungen seines Mandanten zu beachten und befolgen hat¹³⁹. Die Weisungsgebundenheit ergibt sich aus „der Rechtsnatur des auf entgeltliche Geschäftsbesorgung ausgerichteten Anwaltsvertrages“¹⁴⁰. Über die zivilrechtlichen Auftragsregeln gelangt auch § 665 BGB¹⁴¹ zur Anwendung¹⁴². Folglich ist der Anwalt unter den dort genannten Voraussetzungen befugt, von erteilten Weisungen abzuweichen.

Weisungen des Mandanten ändern aber nichts an den erläuterten Pflichten des Anwalts, insbesondere den Kardinalpflichten zur Rechtsprüfung so-

¹³⁸Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 2.

¹³⁹BGH NJW 1997, 2168 (2169); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 187; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 167; zum Ganzen vgl. Vollkommer, Haftung, S. 160 ff.

¹⁴⁰Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 167.

¹⁴¹§ 665 BGB lautet: „Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist.“

¹⁴²Vollkommer, Haftung, S. 164 ff.; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 167, 172.

5 Die Pflichten des Verteidigers

wie zur Beratung und Belehrung. Der Anwalt darf Weisungen daher nicht blindlings folgen, sondern muss nach einer selbständigen Prüfung der Folgen seinen Mandanten gegebenenfalls über drohende oder sichere Nachteile hinreichend aufklären¹⁴³.

Verlangt der Mandant etwas Unerlaubtes, Unredliches oder rechtliche Unzulässiges, besteht die Pflicht, diese Weisung abzulehnen¹⁴⁴.

Will der Mandant einen „aussichtslosen“ Prozess führen, so handelt der Anwalt gegenüber seinem Mandanten nicht pflichtwidrig, wenn er ihn hinreichend in Erfüllung seiner Beratungs- und Belehrungspflicht aufklärt¹⁴⁵. Weisungen, die auf eindeutig aussichtslose Vorhaben gerichtet sind, entfalten aber gegenüber dem Anwalt keine Bindungswirkung, sofern er durch ein Befolgen Berufspflichten verletzen würde¹⁴⁶. Der Anwalt kann daher in dem Fall ein weisungsgemäßes Handeln ablehnen, ohne pflichtwidrig zu handeln¹⁴⁷.

5.2.3.2 Übertragbarkeit auf den Verteidiger

Im vorherigen Abschnitt wurde für den in Zivilsachen tätigen Anwalt die Einschränkung der Haftung im Falle des Befolgens von Weisungen skizziert. Für den Verteidiger kann dies aus verschiedenen Gründen nicht uneingeschränkt gelten.

Zwischen dem Strafverfahren und Rechtsangelegenheiten in anderen Bereichen bestehen Unterschiede, die beispielsweise erkennbar werden, wenn ein für den Zivilrechtsanwalt geltendes Verbot, auf Drängen des Mandanten aussichtslose Rechtsmittel einzulegen, damit begründet wird, dass dies erst recht gelte, „wenn dies nur der Prozessverschleppung, der Verhinderung des Eintritts einer sonst klaren Rechtslage dienen soll“¹⁴⁸. Diese Begründung ist für den Bereich des Strafrechts nicht tragfähig. Zum einen dient das Strafverfahren dem Auffinden der Wahrheit im prozessualen Sinne und damit der Einzelfallgerechtigkeit sowie dem Rechtsfrieden. Das Herbeiführen ei-

¹⁴³BGH NJW 1997, 2168 (2169); Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 168.

¹⁴⁴Vollkommer, Haftung, S. 163 m.w.N.

¹⁴⁵Vollkommer, Haftung, S. 163; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 170.

¹⁴⁶Vollkommer, Haftung, S. 163 m.w.N.

¹⁴⁷So Vollkommer, Haftung, S. 163 f.

¹⁴⁸Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 171.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

ner klaren Rechtslage als isoliertes Ziel ist in dem Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung.

Zum anderen kommt im Strafprozess der Frage, wann eine Verschleppungsabsicht zu bejahen ist, ob des Verfahrensgegenstands eine andere Dimension zu, geht es doch nicht um einen zur Disposition der Parteien stehenden Streitgegenstand, sondern um die Frage der Strafbarkeit und damit unter anderem um die Legitimation einer Strafe und das Befinden über Schuld und Unschuld. Im Strafprozess muss die Prozessverschleppung also grundsätzlich unter einem anderen Blickwinkel gesehen werden als im Zivilprozess. Hierfür spricht auch die einhellige Meinung, wonach die Ablehnung eines Beweisantrags aufgrund des damit verfolgten Ziels der Prozessverschleppung den Eintritt einer nicht nur unerheblichen zeitlichen Verzögerung voraussetzt¹⁴⁹. Abgesehen davon ist die Thematik der Prozessverschleppung im Strafprozess seit Jahren in der Diskussion¹⁵⁰. Bezeichnenderweise gibt es für den Zivilprozess hierfür kein Gegenstück.

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zum Verteidiger wird zudem deutlich, wenn es heißt, der in zivilrechtlichen Angelegenheiten tätige Anwalt dürfe ohne Weisung und Auftrag vom Mandanten „überhaupt nicht nach außen vorgehen“¹⁵¹. Diese Einschränkung passt nicht auf den Verteidiger. Dass unterschieden werden muss, zeigt auch das Beispiel des gegen den Willen des Beschuldigten beigeordneten Pflichtverteidigers, und ergibt sich darüber hinaus aus den eigenen Rechten, die dem Verteidiger von der StPO eingeräumt werden.

5.2.3.3 Situation beim Verteidiger

Wie im vorherigen Abschnitt dargestellt, können die für den in Zivilsachen tätigen Anwalt geltende Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Fall des Regresses nicht, zumindest nicht nahtlos, übertragen werden, wenn ein Verteidiger Haftungssubjekt ist.

¹⁴⁹Für viele Meyer-Gößner, StPO, § 244 Rn. 67 m.w.N.

¹⁵⁰Hierzu etwa Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 77 ff.; Niemöller, NStZ 2009, 129 (129 f.); Niemöller, NStZ 2008, 181 (181 ff.); Hirsch, Prozessverschleppung, S. 1 ff.

¹⁵¹Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 173.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Einigkeit dürfte dahingehend bestehen, dass der Verteidiger ebenso wenig wie der Anwalt in Zivilsachen Weisungen blindlings folgen darf¹⁵². Vielmehr muss er selbständig eine Rechtsprüfung vornehmen und seiner Beratungs- und Belehrungspflicht dergestalt nachkommen, dass er den Beschuldigten auf mögliche, mit der Weisung verbundenen Nachteile hinweist¹⁵³.

Abgesehen davon ergibt sich die Problematik, inwiefern sich der Verteidiger durch das Befolgen von Weisungen hinsichtlich einer zivilrechtlichen Haftung exkulpieren kann. Sie ist deswegen von Bedeutung, weil dahinter die grundlegende Frage steht, ob die Qualität der Verteidigung und damit die vom Verteidiger zu erfüllenden Mindestanforderungen zur Disposition des Beschuldigten stehen¹⁵⁴.

Aus dem Grund ist die Weisungsgebundenheit des Verteidigers im Innenverhältnis zu klären. Dabei muss strikt zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis der Mandatsbeziehung unterschieden werden. Ersteres betrifft die Wirksamkeit von erteilten Weisungen im Innenverhältnis, letzteres die Wirksamkeit von aufgrund von Weisungen vorgenommenen Prozesshandlungen im Außenverhältnis¹⁵⁵. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Handeln entgegen einer Weisung für den Verteidiger in eine Haftung münden kann, kommt es auf die Weisungsgebundenheit des Verteidigers im Außenverhältnis nicht an; sie kann daher dahinstehen¹⁵⁶.

Soweit im ersten Kapitel auf die Stellung des Verteidigers und in dem Zusammenhang auch auf seine Weisungsgebundenheit eingegangen wurde, bezogen sich die Ausführungen in erster Linie auf das Außenverhältnis. Nun ist zu klären, ob der Verteidiger sich auf eine Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis berufen kann mit der Folge, dass eine zivilrechtliche Haf-

¹⁵²Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2108; für den Zivilrechtsanwalt: BGH NJW 1997, 2168 (2169); Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 168.

¹⁵³Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2108; für den Verteidiger bereits Barton, *Mindeststandards*, S. 320 f. Borgmann/Jungk/Grams, *Anwaltshaftung*, S. 168, bejaht für den Anwalt in Zivilsachen darüber hinausgehend eine Pflicht, auf eine Änderung hinzuwirken.

¹⁵⁴Vgl. hierzu Barton, *Mindeststandards*, S. 290 f., der an der genannten Stelle seine haftungsrechtlichen Mindeststandards für nicht disponibel erklärt.

¹⁵⁵Barton, *Mindeststandards*, S. 291, insb. Fußnote 39; kurz angesprochen auch bei Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2108. Vgl. hierzu auch Schlecht, *Haftung*, S. 54; Heinicke, *Beschuldigte*, S. 195, 199.

¹⁵⁶Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2108.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

tung aufgrund fehlender Pflichtwidrigkeit ausscheidet. Die seit Jahrzehnten diskutierte Stellung des Verteidigers im Verfahren führt jedenfalls nicht zur Beantwortung der Frage der Weisungsgebundenheit des Verteidigers im Innenverhältnis¹⁵⁷.

Im Übrigen sind im Rahmen der zahlreichen zur Stellung des Verteidigers vertretenen Ansichten mannigfaltige Begründungen einer bestehenden beziehungsweise nicht bestehenden Weisungsgebundenheit des Verteidigers denkbar und zwar unabhängig davon, ob der Verteidiger als Organ der Rechtspflege gesehen wird oder nicht¹⁵⁸. Auch aus dem Grund lässt sich die Frage der Weisungsgebundenheit nicht anhand der zur Stellung des Verteidigers vertretenen Theorien beantworten¹⁵⁹.

Auf das Institut der Pflichtverteidigung und die verfassungsrechtlich angezeigte Gleichstellung mit der Wahlverteidigung wurde bereits im Rahmen des zweiten Kapitels¹⁶⁰ eingegangen. Auch hinsichtlich der Frage der Weisungsgebundenheit ist nicht zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung zu unterscheiden¹⁶¹.

Weil die StPO dem Verteidiger eigene Rechte einräumt, sind die für den Zivilrechtsanwalt geltenden Grundsätze nicht eins zu eins auf den Verteidiger übertragbar¹⁶². Darüber hinaus hilft diese Feststellung jedoch hinsichtlich der Problematik der Weisungsgebundenheit im Innenverhältnis nicht weiter. Ein „Rückschluss von den Befugnissen auf das Recht, sie auszuüben“, ist nicht gestattet¹⁶³. Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel der Polizei, die aus im Gesetz enthaltenen Aufgabenzuweisungen auch keine Befugnis zum Eingriff ableiten darf¹⁶⁴. Nur der Schluss von der Befugnis auf die Aufgabe ist bei der Polizei möglich.

Inwieweit der Verteidiger aufgrund seiner Rechte nach der StPO handeln kann, betrifft also seine Befugnisse und damit sein rechtliches Können im

¹⁵⁷So im Ergebnis auch Schlecht, Haftung, S. 46 f.

¹⁵⁸Hierzu ausführlich Schlecht, Haftung, S. 46 f.

¹⁵⁹So im Ergebnis auch Schlecht, Haftung, S. 147.

¹⁶⁰Siehe die Ausführungen unter 2.2 und 2.2.4.

¹⁶¹Hierzu Schlecht, Haftung, S. 56 ff., die unter anderem eine Parallele zum Verfahrenspfleger in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zieht, Schlecht, Haftung, S. 66 f.

¹⁶²Vgl. die unter 5.3.2.2 getätigten Ausführungen.

¹⁶³Heinicke, Beschuldigte, S. 199, 195 ff.

¹⁶⁴Hierzu Knemeyer, Polizeirecht, S. 58.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Außenverhältnis. Über die Weisungsgebundenheit und das rechtliche Dürfen im Innenverhältnis ist damit nichts gesagt.

Allerdings verdeutlichen die in der StPO verankerten Rechte des Verteidigers seine selbständige Stellung als Beistand neben dem Beschuldigten, was eine Unabhängigkeit seiner Person vom Beschuldigten im Innenverhältnis nahe legt¹⁶⁵.

Wenn sich hingegen Lüderssen für eine strikte Bindung des Verteidigers ausspricht¹⁶⁶, so ist das nur konsequent. Eine andere Sichtweise wäre mit dem von ihm entworfenen Vertragsprinzip¹⁶⁷ nicht vereinbar¹⁶⁸. Aber auch nach Lüderssens Ansatz gibt es Grenzen der Weisungsgebundenheit. Zum einen greift nach seiner Theorie der bereits angesprochene § 665 BGB¹⁶⁹. Zum anderen können auch laut Lüderssen Weisungen, die auf Unerlaubtes, Unredliches oder Unzulässiges abzielen, den Verteidiger nicht binden¹⁷⁰. Unabhängig davon ist der Vertragstheorie nicht zu folgen¹⁷¹, sondern von einer Doppelstellung der Verteidigers als Beistand und Organ der Rechtspflege auszugehen.

Damit bleibt die Frage, ob innerhalb der Mandatsbeziehung der Wirksamkeit von Weisungen des Beschuldigten über das allgemeine, selbst von Lüderssen anerkannte Maß Grenzen gesetzt sind.

Naturgemäß können Weisungen nur problematisch sein, wenn ihre Ausführung zu Nachteilen für den Beschuldigten führt oder führen kann. Solange die Weisungen das beinhalten, was der Verteidiger in Erfüllung seiner umfassenden Fürsprachepflicht sowieso vorhatte, sind sich Beschuldigte und Verteidiger über das Vorgehen einig. Schwierigkeiten entstehen, wenn

¹⁶⁵Hierzu ausführlich Schlecht, Haftung, S. 64 ff.

¹⁶⁶Vgl. Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 50 ff., 62, 105, 130.

¹⁶⁷Siehe die Ausführungen unter 1.2.2.

¹⁶⁸Barton schließt sich Lüderssens Meinung in dem Punkt zwischenzeitlich wohl nicht mehr an, vgl. Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2108. Seine frühere anderslautende Äußerung, wonach der Verteidiger für ein Handeln entgegen einer erteilten Weisung zivilrechtlich in die Haftung genommen werden kann (Barton, StV 1990, 237 (238)), ist damit überholt (a.A. anscheinend Schlecht, Haftung, S. 42 ff.). Besagte Äußerung lässt sich wohl mit dem Anliegen Bartons, eine Qualitätssicherung der Verteidigerleistung durch eine zivilrechtliche Haftung durchzusetzen, erklären. Zu Letzterem ebenfalls Barton, StV 1990, 237 (238).

¹⁶⁹Hierzu Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 35, 50 ff.

¹⁷⁰Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO, Vor § 137 Rn. 61 f.

¹⁷¹Vgl. hierzu insbesondere die Stellungnahmen unter 1.3 und 2.2.4.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

der Beschuldigte nicht will, dass seine Verteidigung auf die Verhinderung einer Strafe oder eine möglichst geringfügige Sanktion abzielt, er also selbstschädigende Interessen verfolgt¹⁷². Ein Beispiel ist die Ehefrau, die sich zum Schutz ihrer wirtschaftlichen Existenzgrundlage wegen einer Straßenverkehrsgefährdung verurteilen lassen will, obwohl diese von ihrem Ehemann, der aber als Handelsvertreter auf seinen Führerschein angewiesen ist, begangen wurde¹⁷³.

Für den Zivilrechtsanwalt ist – wie dargestellt – anerkannt, dass das Befolgen von Weisungen trotz ungünstiger Aussichten der Rechtsverfolgung zu keiner Pflichtverletzung führt, solange der Anwalt seine Pflichten insbesondere zur Beratung und Belehrung hinreichend erfüllt¹⁷⁴.

Eine Parallele zu dem Beschuldigten im Strafverfahren, der selbstschädigende Interessen verfolgt, was seine Verteidigung anbelangt, lässt sich aufgrund der grundlegenden Unterschiede des Strafverfahrens zu anderen Verfahren und der „Grundrechtsbezogenheit der Verteidigerfunktion“¹⁷⁵ nicht ziehen. Bei seiner Verteidigung geht es um die Wahrung seiner Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips, das wird unter anderem anhand des Instituts der notwendigen Verteidigung deutlich¹⁷⁶. Der Dispositionsgrundsatz, der in anderen Rechtsbereichen ein Leitprinzip bildet, ist dem Strafprozessrecht fremd.

¹⁷²Barton, Mindeststandards, S. 290 f., spricht in dem Zusammenhang von „pathologischen Interessen“. Dabei unterscheidet er zwischen dem Beschuldigten, der trotz seiner Unschuld eine Verurteilung seiner Person will, und dem Beschuldigten, der schuldig ist, aber nicht möchte, dass zu seinen Gunsten sprechende Umstände zur Sprache kommen, was im Endeffekt auf eine höhere Strafe als üblich abzielt. Als weitere Fallgruppe nennt Barton, Mindeststandards, S. 319, Beschuldigte, die ein normales Verteidigungsziel mit paradoxen Mitteln verfolgen, indem sie eine Verteidigung fordern, die schlechter ist, als dies dem Verteidiger möglich wäre. Vgl. hierzu im Einzelnen Barton, Mindeststandards, S. 319 f.

¹⁷³Das Beispiel entstammt Heinicke, Beschuldigte, S. 374.

¹⁷⁴Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 169; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 191, der an der genannten Stelle aber auch ausführt, dass sich der Anwalt nicht zum willenlosen Werkzeug machen lassen muss und deshalb Weisungen nicht zu befolgen braucht, die absolut aussichtslose und unsinnige Maßnahmen zum Gegenstand haben.

¹⁷⁵Der Ausdruck stammt von Heinicke, Beschuldigte, S. 373.

¹⁷⁶Siehe oben unter 2.2.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Der Verteidiger ist deshalb unabhängig von Weisungen des Beschuldigten¹⁷⁷ und dem Beschuldigten kann nicht gestattet sein, seine Verteidigung zur Durchsetzung von selbstschädigenden Interessen zu gebrauchen. Andererseits kann nicht nur zweifelhaft sein, ob ein Interesse in letzter Konsequenz als selbstschädigend einzuordnen ist¹⁷⁸. Es dürfte zudem unstreitig sein, dass die Wünsche und Begehren des Beschuldigten für seine Verteidigung Gewicht haben. Schließlich geht es um ihn, die Bewahrung seiner Rechte und Autonomie und die Gewährleistung seiner Subjektstellung. Außerdem ist eine sachgerechte Verteidigung ohne eine Mitwirkung des Beschuldigten faktisch kaum möglich.

Angesichts der mit dem Strafverfahren auch verfolgten rechtsstaatlichen Interessen kann, soweit es um die Untergrenze der Verteidigung geht, der von Heinicke vertretene Ansatz, wonach allein dem Beschuldigten die Entscheidung obliegt, inwiefern er seine Grundrechtspositionen geschützt haben möchte¹⁷⁹, nicht überzeugen¹⁸⁰.

Zu betonen ist, dass vorliegend auf die Untergrenze und damit die mindestens vom Verteidiger zu erfüllenden Anforderungen abgestellt wird. Aus dem Grund kann Heinickes Argument, dass oft nicht klar sei, welches Verfahrensergebnis den besten Grundrechtsschutz bedeute¹⁸¹, nicht übernommen werden, weil es nicht um eine optimale Verteidigung geht. Auch sein in dem Zusammenhang genanntes Beispiel, dass viele ein höhere Geldstrafe anstatt eines Fahrverbots in Kauf nehmen¹⁸², greift nicht, weil die Wünsche des Beschuldigten zu berücksichtigen sind. Außerdem hat der Verteidiger

¹⁷⁷Für viele: BGHSt 12, 367 (369) = NJW 1959, 731 (732); Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, Vor § 137 Rn. 5. Vgl. auch die unter 1.1 und 1.3 getätigten Ausführungen im ersten Kapitel.

¹⁷⁸So ist das Vorliegen eines selbstschädigenden Interesses bei dem oben aufgegriffenen Beispiel der Ehefrau (Heinicke, Beschuldigte, S. 374) fraglich. Schlecht, Haftung, S. 52, wendet zu Recht ein, dass, da es der Ehefrau um den Schutz ihrer Existenzgrundlage geht, ihre subjektiven Interessen beachtlich bleiben müssen. Der Ehefrau ist zuzugestehen, dem Schutz ihrer wirtschaftlichen Grundlage den Vorrang vor der Verhinderung einer ungerechtfertigten Verurteilung einzuräumen. Damit ist aber ein selbstschädigendes Interesse letztlich zu verneinen.

¹⁷⁹Heinicke, Beschuldigte, S. 373, 375.

¹⁸⁰So im Ergebnis auch Schlecht, Haftung, S. 51 ff.

¹⁸¹Heinicke, Beschuldigte, S. 375.

¹⁸²Heinicke, Beschuldigte, 375.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

einen Ermessensspielraum, von dem die Vermeidung eines Fahrverbots unter Inkaufnahme einer höheren Geldstrafe abgedeckt ist.

Teilweise wird eine Bevormundung des Beschuldigten aufgrund einer fehlenden Weisungsgebundenheit des Verteidigers befürchtet¹⁸³. Dem kann mit einer Verpflichtung des Verteidigers, sich um einen Konsens mit dem Beschuldigten zu bemühen, begegnet werden. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Beschuldigte vor allem wegen des im Strafverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes in seinem Recht, über sich zu bestimmen, eingeschränkt ist¹⁸⁴. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Beschuldigte beispielsweise Ermittlungen gegen seine Person nicht unterbinden kann. Ebenso wenig kann er aber auch daran gehindert werden, die ihm von der StPO verliehenen Rechte auszuüben, unabhängig von einer ihm zustehenden Weisungsbefugnis gegenüber seinem Verteidiger.

5.2.3.4 Lösung

Der Verteidiger ist im Mandatsinnenverhältnis von Weisungen des Beschuldigten unabhängig. Daraus ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftung und der Bestimmbarkeit von Untergrenzen der Verteidigung. Dieser Konflikt kann nur in mehreren Schritten einer Lösung zugeführt werden.

Zunächst ist eine Verpflichtung des Verteidigers zu statuieren, sich nach Kräften um einen Konsens mit dem Beschuldigten zu bemühen¹⁸⁵. Unabhängig von der Frage der Weisungsgebundenheit muss der Verteidiger auf Anliegen des Beschuldigten eingehen und diese ausreichend berücksichtigen¹⁸⁶. Dies ergibt sich aus seinem Auftrag, dem Beschuldigten beizustehen und seine Stellung als Prozesssubjekt zu gewährleisten. Wie im Rahmen der Ausführungen zur Situation beim Verteidiger angesprochen¹⁸⁷, kann mit

¹⁸³Bedenken dieser Art finden sich bei Stern in: Wassermann, AK-StPO, Vorbem. § 137 Rn. 44; Bemann u. a., Arbeitskreis, S. 42. Vgl. hierzu auch Heinicke, Beschuldigte, S. 370 f.

¹⁸⁴Hierzu auch Schlecht, Haftung, S. 50.

¹⁸⁵Für ein Konsensgebot spricht sich auch Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (71), in Übereinstimmung mit Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Thesen, S. 9, aus. Dem schließt sich Schlecht, Haftung, S. 53, an.

¹⁸⁶So auch Schlecht, Haftung, S. 52.

¹⁸⁷Siehe hierzu unter 5.2.3.3.

5 Die Pflichten des Verteidigers

dem Bejahen eines Konsensgebotes zudem die Befürchtung, ein im Innenverhältnis weisungsunabhängiger Verteidiger bedeute eine Bevormundung des Beschuldigten¹⁸⁸, entkräftet werden¹⁸⁹.

In einem zweiten Schritt ist festzustellen, dass der Beschuldigte dem Verteidiger im Innenverhältnis grundsätzlich nicht wirksam Weisungen erteilen kann, aber der Verteidiger aufgrund des geltenden Konsensgebotes verpflichtet ist, das Begehren des Beschuldigten, sei es in Form einer Weisung, zu berücksichtigen. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Beschuldigte unter jedem Gesichtspunkt selbstschädigende Interessen verfolgt *und* der Verteidiger durch ein Befolgen der Weisung im Sinne eines Berücksichtigen des Begehrens des Beschuldigten eine der Mindestanforderungen unterschreitet, die an die Verteidigung im rechtsstaatlichen Interesse gestellt werden. Denn die Untergrenze der Verteidigung steht nicht zur Disposition des Beschuldigten¹⁹⁰.

Die vom Beschuldigten verfolgten selbstschädigenden Interessen müssen dabei „echt“ sein, das heißt sie müssen sich unter jedem Aspekt als selbstschädigend darstellen. Denn dem Beschuldigten ist das Recht einzuräumen, zwischen den verschiedenen, von Verfassungen wegen geschützten Positionen abzuwägen und sich für die Bevorzugung einer zu entscheiden. Ein Begehren ist letztlich nicht als selbstschädigend einzustufen, wenn es auf den Schutz einer grundrechtlich geschützten Position gerichtet ist und damit ein nicht zu umgehender Verzicht auf eine wirksame Verteidigung verbunden ist.

Beispielsweise erweist sich das Interesse im angesprochenen Fall der Ehefrau, die für ihren auf seinen Führerschein angewiesenen Mann eine Verurteilung wegen Straßenverkehrsgefährdung auf sich nehmen will¹⁹¹, nicht unter jedem Gesichtspunkt als selbstschädigend. Vielmehr hat sich die Ehefrau bei verschiedenen, in Widerstreit stehenden, grundrechtlich geschützten Interessen – neben dem Schutz vor einer ungerechtfertigten Verurteilung ging es um den von Art. 14 GG gewährten Schutz der wirtschaftlichen Exis-

¹⁸⁸Bedenken dieser Art finden sich bei Stern in: Wassermann, AK-StPO, Vorbem. § 137 Rn. 44; Bemann u. a., Arbeitskreis, S. 42. Vgl. hierzu auch Heinicke, Beschuldigte, S. 370 f.

¹⁸⁹So zutreffend Schlecht, Haftung, S. 52 f.

¹⁹⁰So auch Barton, Mindeststandards, S. 290, hinsichtlich seiner Mindeststandards.

¹⁹¹Das Beispiel ist bei Heinicke, Beschuldigte, S. 374, zu finden.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

tenz, eventuell stand auch noch die von Art. 6 GG geschützte Ehe auf dem Spiel¹⁹²– gegen das Recht auf eine wirksame Verteidigung entschieden¹⁹³. Dies ist ihr zuzugestehen, sofern eine Untergrenze der Verteidigung nicht unterschritten wird.

Selbstschädigende Interessen des Beschuldigten stehen also einer Konturierung von mindestens vom Verteidiger zu beachtenden Pflichten im Sinne einer Untergrenze der Verteidigung nicht entgegen¹⁹⁴. Vielmehr muss das Vorliegen eines selbstschädigenden Interesses unabhängig von der Frage, ob durch ein bestimmtes Verteidigerhandeln eine für die Verteidigung geltende Mindestanforderung unterschritten wird, geklärt werden.

In einem letzten Schritt bleibt zu klären, wie es sich im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftung auswirkt, wenn der Verteidiger entsprechend einer Weisung des Beschuldigten handelt, die auf die Durchsetzung eines unter jedem Gesichtspunkt selbstschädigenden Interesses abzielt, und er dadurch einer Mindestanforderung nicht mehr genügt. In einem solchen Fall das Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit zu verneinen¹⁹⁵ überzeugt nicht, da eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, wenn gegen eine Vertragspflicht verstoßen wurde¹⁹⁶. Unterschreitet der Verteidiger eine Untergrenze der Verteidigung, bedeutet dies zwingend den Verstoß gegen eine ihm obliegende Pflicht, sodass eine Pflichtverletzung zu bejahen ist.

Andererseits kann es nicht angehen, dass der Beschuldigte den Verteidiger zuerst durch seine mit Drängen¹⁹⁷ verbundene Weisung dazu bringt, eine

¹⁹²Hierzu mit weiteren Beispielen Heinicke, Beschuldigte, S. 374.

¹⁹³Schlecht, Haftung, S. 52, meint, aus dem Beispiel lasse sich kein Argument gegen eine Weisungsbindung ableiten, weil der Verteidiger das Interesse der Ehefrau am Schutz ihrer Existenzgrundlage in seine Überlegungen einbeziehen muss.

¹⁹⁴So Barton, Mindeststandards, S. 321, für seine Mindeststandards.

¹⁹⁵So aber Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2108, sowie Krause, NStZ 2000, 225 (229), wobei letzterer wohl nicht zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis unterscheidet. Sowohl Barton als auch Krause nennen ein konsentiertes Vorgehen als Voraussetzung für den Fortfall der Pflichtwidrigkeit. Ein solches kann es aber in der skizzierten Situation nicht geben, weil der Verteidiger sich nicht auf ein Unterschreiten der Untergrenze der Verteidigung einlassen darf und der Beschuldigte den Verteidiger in der aufgezeigten Konstellation (erst recht) nicht durch eine Weisung binden kann.

¹⁹⁶Zur Begrifflichkeit Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 231.

¹⁹⁷Da der Verteidiger im Rahmen seiner Beratungs- und Belehrungspflicht sowie auf der Suche nach einem Konsens zur Einwirkung auf den Beschuldigten verpflichtet ist, muss von einem Drängen ausgegangen werden.

5 Die Pflichten des Verteidigers

Untergrenze der Verteidigung zu unterschreiten, und anschließend Regress nehmen kann. Dem Beschuldigten ist in einem solchen Fall ein zivilrechtliches Vorgehen gegen seinen Verteidiger aufgrund der Schlechtleistung als widersprüchliches Verhalten im Sinne eines „venire contra factum proprium“ zu verwehren¹⁹⁸. Das Verbot einer unzulässigen Rechtsausübung greift, weil der Verteidiger den Beschuldigten eingehend über die mit dem Vorhaben verbundenen Nachteile und Gefahren aufgeklärt hat – ansonsten hätte er eine ihm obliegende Kardinalpflicht verletzt – und der Beschuldigte dennoch auf eben dieses Vorgehen bestand. Darin ist ein vertrauensbegründendes Verhalten des Beschuldigten dahingehend zu sehen, dass er nicht im Regresswege gegen seinen Verteidiger vorgeht, wenn das vorhergesagte ungünstige Ergebnis eingetreten ist, vor dem der Verteidiger gewarnt hat.

Anders ist die Sache zu bewerten, wenn der Verteidiger in Übereinstimmung mit der vom Beschuldigten ausgesprochenen Weisung, die auf die Durchsetzung selbstschädigender Interessen gerichtet ist, handelt und dabei seine Tätigkeit zwar nicht auf das für den Beschuldigten Günstigste abzielt, aber im Rahmen des ihm zuzugestehenden Entscheidungsspielraums bleibt. Solange er eine Untergrenze der Verteidigung nicht unterschreitet, liegt keine Pflichtverletzung vor¹⁹⁹.

Festzuhalten ist damit, dass der Verteidiger auch im Innenverhältnis nicht an Weisungen des Beschuldigten gebunden ist, sich aber nach Kräften um die Herbeiführung eines Konsenses bemühen muss. Gelingt ihm dies nicht, so kommt eine Pflichtverletzung aufgrund weisungsgemäßen Handelns nur in Betracht, wenn der Beschuldigte unter jedem Gesichtspunkt selbstschädigende Interessen verfolgt und der Verteidiger durch sein den Wünschen des Beschuldigten entsprechendes Handeln eine Untergrenze der Verteidigung unterschreitet. Eine Pflichtverletzung ist dann gegeben, weil das Verteidigerhandeln einer Untergrenze der Verteidigung im Sinne einer Mindestanforderung nicht mehr genügt und diese Untergrenze aus Gründen der Rechts-

¹⁹⁸Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 67, 80, meint hingegen, eine wirksamen Weisung hätte einen rechtfertigenden Charakter, lässt das Problem im Übrigen aber angesichts der zivilrechtlichen Ausrichtung ihrer Arbeit offen.

¹⁹⁹Dies gilt natürlich nur, wenn der Verteidiger abgesehen von dem weisungsgemäßen Handeln trotz unter jedem Gesichtspunkt selbstschädigender Interessen nicht auch andere Pflichten wie beispielsweise die zur Beratung und Belehrung verletzt hat.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

staatlichkeit nicht abbedungen werden kann. Daran ändert auch ein Begehren des Beschuldigten nichts.

Als Folge der Situation – die Weisung des Beschuldigten zielt auf die Durchsetzung eines unter jedem Aspekt selbstschädigendes Interesses ab und der Verteidiger würde durch ein Handeln nach den Wünschen des Beschuldigten eine Untergrenze der Verteidigung unterschreiten – ist der Verteidiger nicht mehr an das Konsensgebot gebunden. Aus den angeführten Gründen muss eine Pflichtverletzung aber bejaht werden, wenn der Verteidiger durch sein Handeln eine Untergrenze der Verteidigung unterschreitet.

Allerdings kann der Beschuldigte gegen den Verteidiger wegen der erfolgten Schlechtverteidigung nicht zivilrechtlich vorgehen, weil er sich aufgrund der erteilten Weisung den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in Form von widersprüchlichem Verhalten entgegen halten lassen muss. Eine erfolgreiche Regressnahme kommt daher nur aufgrund anderer Pflichtverstöße in Betracht.

5.2.4 Problematik des Entscheidungsspielraums

Beim Führen einer Verteidigung sind eine Vielzahl Entscheidungen zu treffen. Regelmäßig ergeben sich mehrere mögliche Vorgehensweisen, zwischen denen der Verteidiger auswählen muss. Ihm ist daher ein Entscheidungsspielraum zuzugestehen. Angesichts dieser Situation – es gibt mehrere Handlungsoptionen und jede kann als die richtige angesehen werden – gestaltet sich das Benennen von Untergrenzen der Verteidigung im Sinne von konkreten Handlungsaufforderungen als schwierig.

Die Problematik des Entscheidungsspielraums rechtfertigt es aber nicht, die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers grundsätzlich abzulehnen, wie dies etwa von Schäfer vertreten wird²⁰⁰. Schäfer beruft sich unter anderem darauf, dass ein Handeln des Verteidigers nicht ex post als pflichtwidrig eingeordnet werden könne, weil es einen breiten Spielraum „richtigen“ Verhaltens gebe²⁰¹. Zudem dürfte dem Anspruchsteller der Nachweis der Kausalität aufgrund des Spielraums und der daraus folgenden

²⁰⁰Siehe die Ausführungen oben unter 5.2.2.

²⁰¹Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (68 f., 72 f.).

5 Die Pflichten des Verteidigers

Komplexität kaum gelingen²⁰². Die Tragfähigkeit seines Arguments veranschaulicht Schäfer am Beispiel des Brudermordes, in dem der Beschuldigte schweigt, die Hintergründe der Tat weitgehend im Dunkeln liegen, aber gleichwohl aufgrund sonstiger Indizien eine Verurteilung wegen Totschlages als wahrscheinlich anzusehen ist²⁰³. Der Verteidiger vermutet, dass die Mutter Entlastendes beitragen kann, sodass eine Bewertung als minder schwerer Fall gemäß § 213 StGB in Betracht käme²⁰⁴. Für diesen Fall dürfe der Verteidiger die Zeugenvernehmung der Mutter veranlassen, selbst wenn die Möglichkeit besteht, dass sich daraus ein Mordmotiv ergibt²⁰⁵.

Wenn auch Schäfer im Beispielfall zuzustimmen ist, bedeutet dies nicht, dass der von ihm vertretenen Linie insgesamt gefolgt werden kann. Hiergegen sprechen nicht nur verfassungsrechtliche Aspekte und die bereits behandelten Argumente²⁰⁶. Aber auch, soweit sich Schäfer auf den Entscheidungsspielraum stützt, überzeugt dies nicht, wie sich aus der folgenden Aufarbeitung der Problematik ergibt.

5.2.4.1 Behandlung von Zweckmäßigkeitserwägungen

Dass der Verteidiger hinsichtlich der von ihm zu treffenden Entscheidungen regelmäßig einen Beurteilung- und Entscheidungsspielraum hat, bedeutet nicht, dass eine Pflichtenbestimmung unmöglich ist.

Jeder Spielraum hat seine Grenzen. Die Problematik des Entscheidungsspielraums besteht im Falle der Anwaltshaftung rechtsgebietsübergreifend. Es handelt sich um ein allgemeines Problem, das auf der Ebene des Grundsatzes des sichersten Wegs anzusiedeln ist²⁰⁷ und beim Verteidiger als Haftungssubjekt aufgrund dessen Stellung und Weisungsunabhängigkeit vermehrt zu Problemen führt. Die Schwierigkeiten, die der Entscheidungsspielraum mit sich bringt, sind kein Argument gegen die Formulierung von theo-

²⁰²Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (69).

²⁰³Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (72).

²⁰⁴Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (72).

²⁰⁵Schäfer in: Wahle, Symposium Egon Müller, S. 63 (72).

²⁰⁶Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.2.

²⁰⁷Vgl. hierzu Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596, sowie für den Zivilrechtsanwalt Vollkommer, Haftung, S. 152 f. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass, soweit ersichtlich, noch niemand auf die Idee gekommen ist, wegen der Schwierigkeit des Entscheidungsspielraums die Haftung des Zivilrechtsanwalts entfallen zu lassen.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

retischen Minimalpflichten²⁰⁸. Gleiches gilt für die eventuell nicht gegebene Möglichkeit eines Nachweises, schließlich ist die Benennung von Mindestanforderungen eine Voraussetzung, damit man überhaupt zum Folgeproblem der Beweisbarkeit kommt²⁰⁹.

Gibt es verschiedene Vorgehensmöglichkeiten, kann es sein, dass bei einem weniger sicheren Weg die berechtigte Aussicht auf ein Ergebnis besteht, das für den Mandanten letztlich günstiger ist, als dies bei der Wahl der sichersten aller Möglichkeiten der Fall wäre. Aus dem Grund ist dem Anwalt und damit auch dem Verteidiger ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen.

Es wurde bereits angesprochen, dass die sicherste aller Möglichkeiten nicht notwendigerweise dem Begehren des Beschuldigten entspricht und deshalb die Bezeichnung „relativ sicherster Weg“ treffender ist²¹⁰. Abgesehen davon, dass sich der Verteidiger von dem Anliegen des Beschuldigten leiten lassen muss, gibt es oftmals verschiedene Möglichkeiten, das anvisierte Ziel zu erreichen, sodass neben dem Grundsatz des sichersten Wegs auch Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle spielen. Das Verhältnis von Sicherheit und Zweckmäßigkeit beschreibt der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1975, in der es um die Haftung eines in Zivilsachen tätigen Anwalts ging, wie folgt:

„Der ‚sicherste‘ Weg ist nicht immer der juristisch völlig unangreifbare Weg. Es kann gelegentlich andere Wege geben, die jedenfalls ex ante – und darauf ist abzustellen – betrachtet, wahrscheinlicher und damit auch ‚sicherer‘ zu dem vom Mandanten erstrebten Ziel führen. Ein Anwalt darf sich in solchen Fällen Zweckmäßigkeitserwägungen nicht verschließen und kann oder

²⁰⁸Dass die Formulierung von Mindeststandards möglich ist, hat Barton, Mindeststandards, S. 317, 309 ff., aufgezeigt.

²⁰⁹Zur Problematik des Nachweises der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden und Lösungsmöglichkeiten vgl. Zwiehoff, StV 1999, 555 (561); Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596. Zudem ist auf die unter 5.2.2 getätigten Ausführungen zu verweisen; an besagter Stelle wird auch erörtert, warum die Möglichkeit einer Haftung des Verteidigers nicht als unerwünscht angesehen werden kann.

²¹⁰Vgl. hierzu BGH NJW 1991, 2079 (2080); Vollkommer, Haftung, S. 151 m.w.N; sowie bereits oben unter 5.2.1.4.

5 Die Pflichten des Verteidigers

muss sogar bisweilen Wege beschreiten, die rechtlich nicht abgesichert oder sogar nicht einmal haltbar sind.“²¹¹

Diese Ausführungen haben zu teilweise harscher Kritik geführt²¹². Wie dem Zitat entnommen werden kann, haftete dem zugrunde liegenden Fall die Besonderheit an, dass der zweckmäßigste Weg nach Ansicht des beklagten Anwalts, die der BGH teilte, der juristisch inkorrekte war. Abgesehen von den berechtigten Bedenken, die im Schrifttum geäußert wurden²¹³, ist für den vorliegend aufzuarbeitenden Problembereich entscheidend, dass der Anwalt ausweislich der genannten Entscheidung Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen muss, um bei mehreren möglichen Vorgehensweisen eine vertretbare Entscheidung treffen zu können. Was den in Zivilsachen tätigen Anwalt anbelangt, entspricht dies der allgemeinen Meinung im Schrifttum²¹⁴, gilt aber ebenso für den Verteidiger. Er hat einen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum²¹⁵, der in erster Linie bei strategischen Entscheidungen zum Tragen kommt.

Beispielsweise kann fraglich sein, ob ein Beweisantrag zu stellen ist und falls ja, wann hierfür der günstigste Zeitpunkt ist²¹⁶. Aufgrund des anzuerkennenden Spielraums und der Tatsache, dass es für das strategische Vorgehen keine allgemeinen, verbindlichen Regeln gibt, kommt dem Grundsatz des sichersten Wegs in dem Bereich nur eine bedingte Wirkung zu²¹⁷. Hingegen gilt der Grundsatz des sichersten Wegs uneingeschränkt, wenn es beispielsweise um rechtliche Fragen geht, zum Beispiel, ob ein Verfahrenshindernis vorliegt²¹⁸.

Der Verteidiger hat also bei der Wahl des Wegs auch Zweckmäßigkeitserwägungen zu berücksichtigen, außer es gibt von vornherein nur eine Hand-

²¹¹BGH VersR 1975, 540 (541).

²¹²Vgl. Vollkommer, Haftung, S. 152 f.; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 164.

²¹³Vgl. Vollkommer, Haftung, S. 152 f.; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 164 f.

²¹⁴Vollkommer, Haftung, S. 153; Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 164 f.; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 172 ff.

²¹⁵Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2106 f.; Krause, NStZ 2000, 225 (228 f.); Barton, Mindeststandards, S. 313 f.

²¹⁶Weitere Beispiele bei Krause, NStZ 2000, 225 (228 f.).

²¹⁷Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596; Krause, NStZ 2000, 225 (228 f.).

²¹⁸Krause, NStZ 2000, 225 (228).

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

lungsoption oder es ist offensichtlich, wie das anvisierte Ziel am sichersten erreicht werden kann.

Nicht unberücksichtigt bleiben kann wiederum das Begehren des Beschuldigten. Der Verteidiger unterliegt bei seiner Tätigkeit dem Konsensgebot²¹⁹. Auch im Falle eines Entscheidungsspielraums ist der Verteidiger verpflichtet, das Begehren des Beschuldigten zu berücksichtigen und muss sich bemühen, einen Konsens herbeizuführen. Daher hat er den Willen des Beschuldigten zu erforschen und dessen Anliegen in seine Überlegungen miteinzustellen, wenn es verschiedene, mit unterschiedlichen Risiken und Chancen behaftete Handlungsoptionen gibt²²⁰. Ein Handeln in Übereinstimmung mit den Wünschen des Beschuldigten kommt allerdings dann nicht in Betracht, wenn der Verteidiger dadurch eine Untergrenze der Verteidigung unterschreiten würde. Dabei kann die Untergrenze aufgrund der Umstände des Einzelfalls auch einmal höher anzusetzen sein als die Mindestanforderung, die als grundsätzlich allgemeingültige Untergrenze formuliert wurde.

Der Verteidiger ist durch das Konsensgebot gehalten, das Begehren des Beschuldigten zu berücksichtigen, wirksam gebunden werden kann er durch Weisungen des Beschuldigten nicht. Auf der Ebene der Pflichten können folglich Weisungen des Beschuldigten für den Verteidiger nie eine Entlastung, seine Wünsche aber sehr wohl eine Belastung bedeuten.

Was den weniger sicheren Weg betrifft, so darf dieser nicht unvertretbar unsicher sein. Der Aussicht auf ein besseres Ergebnis darf nicht ein im Verhältnis so viel größeres Risiko gegenüberstehen, dass ein wünschenswerter Ausgang nur als unwahrscheinlich bezeichnet werden kann.

5.2.4.2 Andere pragmatische Erwägungen

Bei der Entscheidung über das strategische Vorgehen sind neben Zweckmäßigkeitserwägungen weitere, pragmatische Gesichtspunkte von Bedeutung. Beispielfhaft sind ökonomische Interessen der Gesellschaft an der Verteidigung, wirtschaftliche Interessen des Verteidigers, die juristische und sonstige Leistungsfähigkeit des Verteidigers sowie allgemein anerkannte Arbeits-

²¹⁹Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.3.4.

²²⁰Ähnlich wie hier Schlecht, Haftung, S. 125 f.

5 Die Pflichten des Verteidigers

und Entscheidungsstrukturen zu nennen²²¹. All diese Faktoren können die jeweilige Entscheidung beeinflussen, was grundsätzlich auch legitim ist.

In dem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Anliegen der vorliegenden Arbeit die Konturierung von mit den Obergrenzen der Verteidigung korrespondierenden Untergrenzen ist und nicht die Formulierung allgemeingültiger Anforderungen an eine optimale oder ideale Verteidigung angestrebt wird. Hinsichtlich der optimalen Verteidigung wird sich im Bereich der strategischen Entscheidungen angesichts der eben aufgezeigten Vielzahl von bestimmenden Faktoren kaum ein Konsens erzielen lassen.

5.2.4.3 Konsequenzen für die Bestimmbarkeit von Verteidigerpflichten

Die dargestellte Vielfalt von bestimmenden Umständen erschwerte es Barton, die Mindeststandards der Verteidigung inhaltlich zu bestimmen. Für ihn war es nicht diskutabel, „offene Kontroversen über die generelle Zweckmäßigkeit bestimmter Instrumentarien oder die konkrete Wahl von Strategien ex cathedra mit dem Anspruch normativer Verbindlichkeit zu entscheiden“²²².

Die Masse von Faktoren, die in die Entscheidung hineinspielen, sowie die spezifischen Eigenheiten des Einzelfalls – hierher gehört auch die zu berücksichtigende nonverbale Kommunikation zwischen den einzelnen Verfahrensbeteiligten²²³ – haben, wie Barton darlegt, zur Folge, dass für die Verteidigung formulierte Mindeststandards unter Vorbehalten stehen²²⁴. Damit meint Barton nicht eine rechtliche Unverbindlichkeit, sondern die Einschränkung, dass einmal gefundene Mindeststandards nicht endgültig sind und weder ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird noch eine Gültigkeit für jeden Einzelfall besteht²²⁵. Diese Aussage bezieht sich auf die Überprüfung von Entscheidungen des Verteidigers im Bereich der Strategie. Die Möglichkeit, konkrete Mindeststandards im Übrigen zu benennen, bleibt von den genannten Einschränkungen unberührt.

²²¹Hierzu eingehend Barton, Mindeststandards, S. 311 ff.

²²²Barton, Mindeststandards, S. 314.

²²³Barton, Mindeststandards, S. 314, nennt u.a. ein richterliches Stirnrunzeln als Beispiel.

²²⁴Barton, Mindeststandards, S. 311.

²²⁵Barton, Mindeststandards, S. 311 f.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

In seiner Habilitationsschrift arbeitet Barton überzeugend verschiedene Fallgruppen heraus, die eine Ableitung konkreter Mindeststandards erlauben²²⁶. Wegen der überragenden Bedeutung seiner Ergebnisse werden sein Konzept und die Fallgruppen noch gesondert erörtert²²⁷.

Für die vorliegende Untersuchung ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich allgemeingültige, zu jedem Zeitpunkt und für jeden Einzelfall geltende Verteidigerpflichten kaum bestimmen lassen. Deshalb wird im letzten Kapitel bei der Konturierung einzelner Mindestanforderungen zwischen relativen und universellen Untergrenzen unterschieden. Bei Unterschreiten universeller Untergrenzen verletzt der Verteidiger in aller Regel eine ihm obliegende Pflicht. Im Übrigen stehen die gefundenen Untergrenzen, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt, unter Vorbehalt und müssen damit als relative eingeordnet werden.

5.2.4.4 Überprüfbarkeit des Entscheidungsspielraums

Für den Bereich des Spielraums, der dem Verteidiger hinsichtlich seiner strategischen Entscheidungen zusteht, kann grundsätzlich keine allgemeingültige und für jeden Fall verbindliche Aussage über zu beachtende Mindestanforderungen getroffen werden. Der Grund hierfür ist zum einen das hohe Maß an Unsicherheit, mit dem jede Prognose über die voraussichtliche weitere Verfahrensentwicklung und jede Einschätzung der Wirkung von Handlungen behaftet ist²²⁸. Zum anderen gibt es über den aus strategischer Sicht günstigsten Weg in aller Regel verschiedene Ansichten, eine einhellige Meinung wird die Ausnahme sein.

Strategische Entscheidungen des Verteidigers unterliegen folglich keiner Überprüfung durch das Gericht, sofern es nicht ausnahmsweise einen allgemeinen Konsens über das einzig richtige Vorgehen gibt²²⁹. Nicht einer Überprüfung entzogen ist hingegen die Ausübung des mit der jeweiligen Entscheidung verbundenen Ermessens. Hinsichtlich des Beurteilungs- und Entscheidungsspielraums ist die Situation des Verteidigers vergleichbar mit

²²⁶Barton, Mindeststandards, S. 316 ff.

²²⁷Siehe unten unter 5.2.5.

²²⁸Vgl. hierzu auch Krause, NStZ 2000, 225 (228).

²²⁹Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2106; Krause, NStZ 2000, 225 (229).

5 Die Pflichten des Verteidigers

der der Verwaltung und den von ihr zu treffenden Ermessensentscheidungen²³⁰. Was die Kontrollmöglichkeit anbelangt, kann eine Parallele gezogen werden²³¹. Ermessensfehler bleiben damit justiziabel.

Wie die Verwaltung hat der Verteidiger, sofern ihm ein Entscheidungsspielraum zusteht, sein Ermessen pflichtgemäß auszuüben. Ein „freies Ermessen“ gibt es nicht, nur ein rechtlich gebundenes²³². Wer sich nicht an die rechtliche Bindung hält, handelt ermessensfehlerhaft und somit rechtswidrig²³³ beziehungsweise, bezogen auf den Verteidiger, pflichtwidrig.

Ein Ermessen kann hinsichtlich der Frage bestehen, ob ein Tätigwerden überhaupt veranlasst ist. Hierfür hat sich die Bezeichnung Entschließungsermessen durchgesetzt²³⁴. Darüber hinaus kann ein Auswahlermessen hinsichtlich der Frage bestehen, welche von mehreren sich bietenden Möglichkeiten im konkreten Fall zu ergreifen ist²³⁵.

Es kommt allein auf die Missachtung der rechtlichen Bindung für die Bejahung einer Ermessensfehlerhaftigkeit an. Irrelevant ist in dem Zusammenhang, ob eine andere Entscheidung als besser, sinnvoller oder zweckmäßiger anzusehen gewesen wäre²³⁶.

Im öffentlichen Recht hat sich die Einteilung der Ermessensfehler in folgende Kategorien durchgesetzt: Ermessensnichtgebrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlergebrauch; letzteres wird auch als Ermessensmissbrauch bezeichnet²³⁷. Hinzu kommen als weitere Art Ermessensfehler, die durch Verstoß gegen Grundrechte oder allgemeine Verwaltungsgrundsätze begründet werden²³⁸.

²³⁰Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2106; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 596; Krause, *NStZ* 2000, 225 (228 f.); Barton, *Mindeststandards*, S. 315 f.

²³¹Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2106; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 596; Krause, *NStZ* 2000, 225 (228 f.); Barton, *Mindeststandards*, S. 315 f. Auf die Parallele zur Verwaltung aufbauend hat Barton i.R. seines Konzepts der Mindeststandards u.a. umfangreiche Prüfungspflichten herausgearbeitet. Hierauf wird im Kapitel zu Bartons Konzept näher eingegangen.

²³²Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 140.

²³³Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 140.

²³⁴Vgl. hierzu Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 135 f.

²³⁵Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 136.

²³⁶Hierzu und zum Ganzen Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 140, 135 ff.

²³⁷Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 141 f.

²³⁸Maurer, *Verwaltungsrecht*, S. 142.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Im Verwaltungsrecht wird ein Ermessensnichtgebrauch, der auch Ermessensunterschreitung genannt wird, bejaht, wenn der Behörde ein Ermessen zusteht, sie aber davon keinen Gebrauch macht²³⁹. Von einer Ermessensüberschreitung spricht man, wenn die Behörde eine Rechtsfolge wählt, die nicht mehr im Rahmen der Ermessensvorschrift liegt²⁴⁰. Ein Missbrauch von Ermessen liegt vor, wenn die Behörde den Zweck der Ermessensvorschrift ganz oder teilweise außer Acht lässt und sich entweder von sachfremden Erwägungen leiten lässt oder maßgebliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt, die nach der gesetzlichen Zielvorstellung zwingend in die Überlegung miteingestellt werden müssen²⁴¹. Bei der zuletzt genannten Kategorie von Ermessensfehlern durch Verstoß gegen die Grundrechte oder allgemeine Verwaltungsgrundsätze sind naturgemäß mannigfaltige Fallgestaltungen denkbar. Die Verwaltung muss vor allem die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit beachten. Denn diese Grundsätze stellen zum einen objektive Grenzen des Ermessens dar, müssen zum anderen aber auch im Rahmen der Ermessenserwägungen hinreichend berücksichtigt werden, um nicht unter dem Gesichtspunkt die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung zu begründen²⁴².

Abgesehen von der zuletzt genannten Kategorie – Grundrechte können nur den Staat und staatliche Stellen unmittelbar binden – können die beschriebenen Fehler auch dem Verteidiger unterlaufen. Sofern ihm ein Spielraum zusteht, muss er sich der verschiedenen Möglichkeiten bewusst sein und sich für eine davon entscheiden, ansonsten liegt ein Ermessensnichtgebrauch vor. Nicht gestattet ist es dem Verteidiger, sich für eine Handlungsweise zu entscheiden, die sein Spielraum nicht mehr abdeckt, die also entweder verboten ist oder unterhalb einer Mindestanforderung liegt. Tut er dies dennoch, kommt es zu einer Ermessensüberschreitung. Bei seinen Erwägungen darf der Verteidiger sich weder von sachfremden Erwägungen leiten lassen, noch aufgrund solcher Motivation einzustellende Gesichtspunkte nicht oder weniger berücksichtigen.

Erwägungen sind als sachfremd einzustufen, wenn sie weder der Verteidigung beziehungsweise dem Interesse des Beschuldigten dienen, noch zu

²³⁹Maurer, Verwaltungsrecht, S. 141.

²⁴⁰Maurer, Verwaltungsrecht, S. 141.

²⁴¹Maurer, Verwaltungsrecht, S. 141 f.

²⁴²Maurer, Verwaltungsrecht, S. 142.

5 Die Pflichten des Verteidigers

den legitimen pragmatischen Gesichtspunkten zählen. Das kann zum Beispiel bejaht werden, wenn es dem Verteidiger in erster Linie darauf ankommt, durch sein Handeln eine Berichterstattung in den Medien zwecks Eigen-PR herbeizuführen. Schwierig kann die Einschätzung sein, wenn es um die bereits angesprochenen pragmatischen Gesichtspunkte geht, deren Berücksichtigung grundsätzlich legitim ist. Ein Beispiel sind ökonomische Interessen des Verteidigers²⁴³. Das Einstellen von wirtschaftlichen Überlegungen ist unabdingbar und muss daher erlaubt sein, schließlich muss der Verteidiger von seiner Tätigkeit leben können²⁴⁴. Nicht von legitimen finanziellen Erwägungen getragen wäre es, wenn dem Beschuldigten die nicht bestehende Notwendigkeit einer Verteidigung durch zwei statt nur einem Anwalt vorgespielt wird, um auf diese Weise pro Prozesstag die vereinbarten Wahlverteidigergebühren doppelt in Rechnung stellen zu können. Auch wenn in diesen Fällen häufig der Nachweis, dass die getroffene Entscheidung aufgrund sachfremder Erwägungen so und nicht anders ausgefallen ist, nicht gelingen wird, ist sie ermessensfehlerhaft.

Zu den Grenzen des Entscheidungsspielraums hat sich der BGH, soweit ersichtlich, bisher nur ein Mal geäußert. Dabei ging es um die Pflicht des Verteidigers, gegen einen Richter einen Ablehnungsantrag wegen der Besorgnis der Befangenheit zu stellen²⁴⁵, einem Bereich, in dem der Verteidiger in Anbetracht der anzustellenden Zweckmäßigkeitserwägungen ein Entscheidungsspielraum zusteht²⁴⁶. In seiner Entscheidung hierzu bejaht der BGH anscheinend eine Reduzierung des Beurteilungsspielraums des Verteidigers

²⁴³Als weitere Beispiele für pragmatische Gesichtspunkte können die juristische und sonstige Leistungsfähigkeit des Verteidigers, ökonomische Interessen der Gesellschaft an der Verteidigung sowie allgemein anerkannte Arbeits- und Entscheidungsstrukturen genannt werden; vgl. hierzu insgesamt die Ausführungen oben unter 5.2.4.2.

²⁴⁴Beziehungsweise darüber hinaus seine Kanzlei unterhalten und in dem Zuge Angestellte bezahlen etc.

²⁴⁵BGH NSTZ 2005, 526 (526).

²⁴⁶Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2107. Eine Strafbarkeit des Verteidigers aufgrund des Stellens eines Richterablehnungsgesuchs kann allenfalls in Betracht kommen, wenn das eigentliche Ziel des Ablehnungsgesuchs eine Verfahrensverzögerung ist, LG Nürnberg/Fürth StV 2010, 136 (136); zum strafrechtlichen Risiko durch das Stellen von Prozessanträgen zur Verschleppung des Verfahrens insgesamt siehe BGHSt 46, 36 (45) = NJW 2000, 2217 (2217), sowie die Ausführungen unten unter 6.3.1.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

auf null²⁴⁷. In dem zugrunde liegenden Fall wollte der Kammervorsitzende von der Verhängung einer Maßregel nur absehen, wenn der Angeklagte sich geständig zeigt. Dahingehend äußerte er sich im Rahmen von Verhandlungen über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Verfahrenserledigung. So zumindest verhielt es sich laut dem Vortrag der Verteidigung, die mit der Revision des nicht geständigen Angeklagten einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens aufgrund der verhängten Sicherheitsverwahrung rügte²⁴⁸. Der BGH verwarf die Revision und führte unter anderem aus, der „Angeklagte hätte die behaupteten Verfahrensvorgänge berechtigterweise zum Anlass nehmen können, ein Ablehnungsgesuch anzubringen“, und betonte, dass die Frage der Anordnung einer Sicherheitsverwahrung nicht zum Gegenstand einer Urteilsabsprache gemacht werden könne²⁴⁹. Des Weiteren meinte der BGH, der Vortrag des Beschwerdeführers könne eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht hinreichend begründen, insofern seien „die Regeln der Strafprozessordnung über die Richterablehnung voreiflich“²⁵⁰. Diese Ausführungen legen den Schluss nahe, dass der BGH von einer Ermessensreduzierung auf null ausgegangen ist²⁵¹.

5.2.4.5 Spielraum bei mit strafrechtlichem Verbot korrespondierender Pflicht

Die Problematik des Entscheidungsspielraums kommt im Besonderen zum Tragen, sofern der Verteidiger durch sein Handeln der Obergrenze der Verteidigung, also einer Strafbarkeit seiner Person, nahe kommt beziehungsweise diese Grenze zu überschreiten droht.

Nach allgemeiner Ansicht ist der in Zivilsachen tätige Anwalt nicht durch Weisungen gebunden, die auf Unredliches oder Unerlaubtes abzielen, vielmehr besteht in einem solchen Fall die Pflicht, die Weisung abzulehnen²⁵². Für den Strafverteidiger gilt nichts anderes, ihm darf durch das Auferlegen von Pflichten – weisungsgebunden ist er grundsätzlich sowieso nicht

²⁴⁷Hierzu Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2107.

²⁴⁸Zum Ganzen BGH NStZ 2005, 526 (526).

²⁴⁹BGH NStZ 2005, 526 (526).

²⁵⁰BGH NStZ 2005, 526 (526).

²⁵¹So auch Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2107.

²⁵²Borgmann/Jungk/Grams, Anwaltshaftung, S. 167; Vollkommer, Haftung, S. 163 m.w.N.

5 Die Pflichten des Verteidigers

– nichts abverlangt werden, was seine Strafbarkeit begründet. Im Vergleich zu auf anderen Rechtsgebieten tätigen Anwälten ist die Situation im Strafverfahren jedoch verschärft, weil sie, was eine eigene Strafbarkeit des Verteidigers anbelangt, gefahrenträchtiger ist. Anders als beispielsweise beim Zivilrechtsanwalt erfordert im Falle des Verteidigers dessen Doppelstellung als Organ und Beistand und das daraus resultierende Spannungsverhältnis eine Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Verhalten²⁵³.

Im Grenzbereich einer eigenen Strafbarkeit muss der Verteidiger kein Risiko eingehen²⁵⁴. Eine Verpflichtung kommt daher nicht in Betracht, wenn der Verteidiger Gefahr läuft, sich strafbar zu machen. Der Grat zwischen zulässigem und unzulässigem Verteidigerhandeln kann sehr schmal sein. Zudem ist die Beurteilung des strafrechtlichen Risikos von den spezifischen Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängig.

Eine Verpflichtung des Verteidigers zu einem Handeln zugunsten des Beschuldigten ist immer dann zu verneinen, wenn das Vorhaben entweder von der Rechtsprechung als unzulässig eingestuft wird oder der Verteidiger selbst nach Prüfung der Möglichkeit einer eigenen Strafbarkeit zu diesem Ergebnis kommt.

Sieht die Rechtsprechung ein Verhalten grundsätzlich als erlaubt an, so ist es angesichts der unzähligen Fallgestaltungen denkbar, dass der Verteidiger für das in Frage stehende Mandat zu einer abweichenden Bewertung kommt. Eine Verpflichtung zum Handeln besteht dann nicht²⁵⁵.

Der Verteidiger darf sich bei der Einschätzung der Gefahr, sich in Ausübung seiner Tätigkeit strafbar zu machen, nicht von Ängstlichkeit oder Ähnlichem leiten lassen²⁵⁶, sondern muss sie gegebenenfalls mit objektiven Argumenten begründen können. Bei der vorzunehmenden Prognose sind allein die von der Rechtsprechung, und nicht die im Schrifttum vertretenen anderslautenden Ansichten maßgeblich.

²⁵³BGHSt 38, 345 (347) = NJW 1993, 273 (274). Siehe auch die Ausführungen oben unter 1.1 sowie unter 4.1.

²⁵⁴Zum Ganzen auch Schlecht, Haftung, S. 126 ff.

²⁵⁵Vgl. zu der Thematik insgesamt auch Schlecht, Haftung, S. 126 ff.

²⁵⁶Zur Thematik Ängstlichkeit und einer möglicherweise verfehlten Berufswahl hat sich, wie unter 1.3 a.E. angesprochen, Malek, Hauptverhandlung, S. 9, eindeutig und überzeugend geäußert.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

Sofern es zu einer Frage hinsichtlich der Obergrenze der Verteidigung noch keine oder keine einheitliche Rechtsprechung gibt, muss sich der Verteidiger auf seine eigene Beurteilung des fraglichen Verhaltens verlassen. Dass er dabei falsch liegen kann, gehört zum Berufsrisiko. Soweit er seine Einschätzung objektiv zu begründen weiß, wird man wohl den Vorsatz für eine strafbare Handlung verneinen müssen. In Betracht kommt auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nach § 17 StGB²⁵⁷.

5.2.4.6 Fazit

Ein Entscheidungsspielraum rechtfertigt nicht die Annahme eines haftungsfreien Raums²⁵⁸. Vor allem bei strategischen Fragen steht dem Verteidiger ein Entscheidungsspielraum zu. Dabei hat er bei seinen Überlegungen Zweckmäßigkeitserwägungen einzustellen. Ebenso ist es ihm grundsätzlich gestattet, pragmatische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Im Grenzbereich einer eigenen Strafbarkeit muss der Verteidiger kein Risiko eingehen.

Kommt dem Verteidiger ein Entscheidungsspielraum zu, begründet eine fehlerhafte Ermessensausübung einen Pflichtenverstoß. Für die Überprüfung des Ermessens können die für die Tätigkeit der Verwaltung geltenden Grundsätze herangezogen werden. Darüber hinaus liegt eine Pflichtverletzung vor, wenn es nach allgemeiner Ansicht nur eine vertretbare Handlungsweise gibt und der Verteidiger nicht entsprechend handelt.

Untergrenzen der Verteidigung lassen sich meist nicht als allgemeingültig und für jeden denkbaren Einzelfall verbindlich festschreiben. Aus dem Grund wird im letzten Kapitel zwischen universellen Untergrenzen, bei deren Unterschreiten der Verteidiger mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine ihm obliegende Pflicht verletzt, und relativen unterschieden.

5.2.5 Bartons Mindeststandards

Barton ist wohl der im Rahmen der vorliegenden Untersuchung am häufigsten zitierte Autor. Mit seiner Habilitationsschrift „Mindeststandards der Strafverteidigung“ befasste er sich als einer der Ersten mit der Problema-

²⁵⁷Siehe hierzu Schlecht, Haftung, S. 128.

²⁵⁸Vgl. hierzu auch Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 596.

5 Die Pflichten des Verteidigers

tik der Haftung des Verteidigers aus strafprozessualer Sicht und zeigte, dass die Formulierung konkreter Mindeststandards möglich ist. Damit und durch seine weiteren Beiträge hat er die Diskussion im Schrifttum um entscheidende Schritte vorangebracht.

5.2.5.1 Bartons Ansatz

Nach Barton weist das Innenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem eine öffentlich-rechtliche Komponente auf²⁵⁹. Für ihn steht fest, dass „es ein öffentlich-rechtliches Interesse an einer in Mindestmaßen ‚wirksamen‘ Strafverteidigung gibt und dass demgemäß eine Kompetenz-Mindestgrenzen unterschreitende Verteidigung nicht hinnehmbar ist“²⁶⁰.

Den Ausgangspunkt für Bartons „Mindeststandards“ bildet die öffentlich-rechtliche Komponente des Mandatsinnenverhältnisses, die er darin sieht, dass öffentliche Interessen vor allem in Gestalt der wertbildenden Normen des Grundgesetzes über bürgerlichrechtliche Generalklauseln, wie den §§ 134 und 138 BGB, als Einfallspforten Eingang in das zivilrechtlich ausgestaltete Vertragsverhältnis finden²⁶¹.

Die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Generalklauseln hat nach Barton in Einklang mit den wertbildenden Normen des Grundgesetzes zu erfolgen²⁶². Bei der Interpretation dieser Generalklauseln sei zudem das Zusammenspiel mit Spezialnormen zu berücksichtigen²⁶³. Was das Mandatsverhältnis betrifft, handelt es sich laut Barton bei den §§ 137 ff. StPO um solche Spezialnormen, sodass auch über diesen Weg öffentliches Recht zur Geltung gelangt²⁶⁴.

Über die §§ 137 ff. StPO soll dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Verteidigung unter anderem mit der Beschränkung des Kreises der möglichen Verteidiger und dem Institut der Pflichtverteidigung entsprochen werden²⁶⁵. Auf die Weise soll eine Mindestqualität der Strafverteidigung si-

²⁵⁹Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 2.1.3.

²⁶⁰So Barton, StV 1990, 237 (239).

²⁶¹Vgl. Barton, Mindeststandards, S. 288 f.; Barton, StV 1990, 237 (238).

²⁶²Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

²⁶³Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

²⁶⁴Barton, Mindeststandards, S. 288; Barton, StV 1990, 237 (238).

²⁶⁵Barton, Mindeststandards, S. 289; Barton, StV 1990, 237 (238 f.).

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

chergestellt werden²⁶⁶. Im Falle des Beschuldigten, der trotz Vorliegens einer notwendigen Verteidigung keinen Beistand wünscht, werde die Privatautonomie im öffentliche Interesse eingeschränkt²⁶⁷. Gerechte Urteile sollen so ermöglicht und gesellschaftlich unerwünschte Fehlurteile vereitelt werden²⁶⁸.

Haftungsrechtliche Mindeststandards stellen dabei nach Barton inhaltlich eine öffentlich-rechtliche Komponente des Mandatsinnenverhältnisses dar²⁶⁹. Diese Mindeststandards kennzeichnen eine Grenze, „die öffentlich-rechtlich begründet die Qualität der Verteidigertätigkeit auch zivilrechtlich relevant in einem Mindestmaß schützt“²⁷⁰. Dabei handele es sich um Mindeststandards, die nicht wirksam zum Beispiel durch eine vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung abbedungen werden können²⁷¹. Die haftungsrechtlichen Mindeststandards stünden dementsprechend auch nicht zur Disposition für den Beschuldigten, selbst wenn dieser solch ein „pathologisches Interesse“ hat²⁷².

Laut Barton sind die Mindeststandards vom Niveau her unter den Regelstandards anzusiedeln²⁷³. Als Regelstandard bezeichnet Barton den für den Normalfall geltenden Sorgfaltsmaßstab, der vorbehaltlich einer anderslautenden Vereinbarung stets anzulegen ist²⁷⁴.

²⁶⁶Barton, Mindeststandards, S. 289; Barton, StV 1990, 237 (239).

²⁶⁷Barton, Mindeststandards, S. 289; Barton, StV 1990, 237 (239).

²⁶⁸Barton, Mindeststandards, S. 289; Barton, StV 1990, 237 (239).

²⁶⁹Barton, Mindeststandards, S. 289.

²⁷⁰Barton, Mindeststandards, S. 289 f.

²⁷¹Barton, Mindeststandards, S. 289.

²⁷²Barton, Mindeststandards, S. 290.

²⁷³Barton, Mindeststandards, S. 285.

²⁷⁴Barton, Mindeststandards, S. 284.

5.2.5.2 Fallgruppen, die eine Ableitung konkreter Mindeststandards erlauben

Barton arbeitet drei Fallgruppen haftungsrechtlicher Mindeststandards heraus, innerhalb derer er eine uneingeschränkte Bestimmung von konkreten haftungsrechtlichen Mindeststandards für möglich hält²⁷⁵.

Zu nennen sind zunächst die mannigfaltigen Prüfungspflichten, die den Verteidiger treffen²⁷⁶. Diese Prüfungspflichten sind einem etwaigen Ermessensspielraum des Verteidigers hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Aufgabe vorgelagert. Denn zunächst müsse der Verteidiger eine Entscheidung dahingehend treffen, ob er die jeweilige Verteidigungsmöglichkeit wahrnimmt oder nicht; er müsse, um nicht gegen ihm obliegende Pflichten zu verstoßen, seine Möglichkeiten prüfen²⁷⁷.

Informationelle Pflichten bilden für Barton eine zweite Gruppe von haftungsrechtlichen Mindeststandards, für die sich konkrete Mindeststandards bestimmen lassen²⁷⁸. Damit trägt Barton dem Umstand Rechnung, dass eine „richtige“ Entscheidung nur in Kenntnis aller notwendigen Fakten sachlicher und rechtlicher Art getroffen werden kann²⁷⁹. Mit den informationellen Pflichten werden also diejenigen Pflichten erfasst, deren Einhaltung unabdingbare Voraussetzung für jegliches kompetentes Verteidigerhandeln ist, da im Falle von Entscheidungen ohne ausreichende Kenntnis beziehungsweise Vorarbeiten der Erfolg einer Verteidigung weitgehend ausgeschlossen ist²⁸⁰.

Darüber hinaus lassen sich nach Barton auch bei Ermessensfehlern im engeren Sinn uneingeschränkt haftungsrechtliche Mindeststandards begrün-

²⁷⁵Barton, Mindeststandards, S. 316 ff. Über den Inhalt der konkreten Mindeststandards ist damit noch nichts gesagt, nur die Bestimmbarkeit wird grundsätzlich bejaht, vgl. Barton, Mindeststandards, S. 289.

²⁷⁶Barton, Mindeststandards, S. 316 f.

²⁷⁷Barton, Mindeststandards, S. 316 f.

²⁷⁸Barton, Mindeststandards, S. 317.

²⁷⁹Barton, Mindeststandards, S. 318.

²⁸⁰Barton, Mindeststandards, S. 317. Als Beispiel nennt Barton den Fall, dass ein Verteidiger zutreffend vom Wohlwollen des Gerichts für den Beschuldigten ausgeht und deshalb auf ein Eingreifen verzichtet, wie das Gericht aber die eingetretene Verfolgungsverjährung übersieht. An anderer Stelle nennt Barton die Akteneinsicht als Paradebeispiel, Barton, Mindeststandards, S. 327.

5.2 Bestimmung von Verteidigerpflichten

den²⁸¹. Möglich sind solche Ermessensfehler bei pragmatisch bedingten Entscheidungen, die nur als falsch angesehen werden können, da aufgrund des Sachverhalts ein bestimmtes Verteidigerhandeln dem Grunde oder der Form nach unerlässlich ist²⁸². Barton spricht damit Fallkonstellationen an, hinsichtlich derer es einen Konsens über das zwingende Verteidigerverhalten gibt²⁸³.

5.2.5.3 Konkretisierte Mindeststandards

Für den Verfahrensabschnitt der Hauptverhandlung hat Barton konkrete Mindeststandards herausgearbeitet²⁸⁴. Dabei stellt er auf die Vorbereitung durch den Verteidiger ab, wobei er das Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung weit fasst und mitunter auch das Verteidigerhandeln im Ermittlungsverfahren beleuchtet²⁸⁵. Außer Betracht blieben andererseits auf Krisenintervention und Zwangsmaßnahmen abzielende Verteidigungsmöglichkeiten, so auch solche in Zusammenhang mit der Untersuchungshaft²⁸⁶.

Am Beispiel der Vorbereitung der Hauptverhandlung belegt Barton die Tragfähigkeit seines Konzepts der Mindeststandards²⁸⁷. Barton zeigt verschiedene Mindeststandards auf, die für den Verteidiger im Rahmen der Informationsgewinnung und Verteidigungskonzeption sowie bei der Umsetzung der Verteidigungskonzeption gelten²⁸⁸.

Den gesamten von Barton erstellten Pflichtenkatalog darzustellen, ist nicht das Anliegen der vorliegenden Arbeit und würde zudem deren Umfang sprengen. Entscheidend für den weiteren Fortgang der Untersuchung ist der von Barton erbrachte Nachweis, dass hinsichtlich der Verteidigertätigkeit eine Bestimmung von Mindeststandards und damit auch Mindestanforderungen grundsätzlich möglich ist.

²⁸¹ Barton, Mindeststandards, S. 318.

²⁸² Barton, Mindeststandards, S. 318.

²⁸³ Barton, Mindeststandards, S. 318.

²⁸⁴ Barton, Mindeststandards, S. 326 ff.

²⁸⁵ Barton, Mindeststandards, S. 325.

²⁸⁶ Barton, Mindeststandards, S. 325.

²⁸⁷ Vgl. hierzu Barton, Mindeststandards, S. 294, S. 324 f., S. 357 ff.

²⁸⁸ Barton, Mindeststandards, S. 326 ff.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Bevor nun die mit den Obergrenzen der Verteidigung korrespondierenden Untergrenzen herausgearbeitet werden, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht um eine ideale oder optimale Verteidigung geht; hierzu finden sich zahlreiche Empfehlungen in einschlägigen Handbüchern. Vielmehr sollen Mindestanforderungen dargestellt werden, die das Gegenstück zu einem Verbot bilden, und die der Verteidiger aufgrund seines Auftrages, dem Beschuldigten beizustehen, erfüllen muss.

Die Mindestanforderungen konkret zu benennen gestaltet sich vor allem deshalb schwierig, weil dem Verteidiger in vielen Bereichen ein Entscheidungsspielraum zusteht und zudem eine kaum zu übersehende Anzahl von fallspezifischen Faktoren den jeweiligen Einzelfall bestimmen. Im Folgenden wird deshalb zwischen universellen und relativen Untergrenzen unterschieden. Eine Untergrenze ist universell, wenn ihr Unterschreiten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in dem beschriebenen Kontext einen Verstoß gegen eine Pflicht des Verteidigers bedeutet, der den Vorwurf der Schlechtverteidigung rechtfertigt. Gleichwohl muss jede Untergrenze Raum für die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und anderer pragmatischer Erwägungen lassen. Aus dem Grund wäre es vermessen, hinsichtlich der gefundenen Mindestanforderungen einen Anspruch auf Allgemeingültigkeit oder Vollständigkeit zu erheben¹.

Eine relative Untergrenze ist demgegenüber, was die Handlungsbeschreibung anbelangt, allgemeiner. Ein Handeln entgegen einer so bezeichneten Mindestanforderung begründet nur in der Regel die Annahme eines Pflichtenverstoßes. Aus den fallspezifischen Umständen, Zweckmäßigkeitserwä-

¹Vgl. hierzu auch Barton, Mindeststandards, S. 312.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

gungen oder pragmatischen Überlegungen kann sich für den Einzelfall auch etwas anderes ergeben.

Die Obergrenze der Verteidigung, also die Strafbarkeit des Verteidigers, wurde bereits im vierten Kapitel erörtert. Wenn jetzt das mit dem jeweiligen Verbot korrespondierende Gebot im Sinne einer Untergrenze der Verteidigung konturiert wird, bedarf es jeweils einer eindeutigen Obergrenze. Aus dem Grund sind im Folgenden die Obergrenzen der Verteidigung zu behandeln, über die zumindest weitgehend Einigkeit besteht, weil sich nur dann das jeweilige Gegenstück herausarbeiten lässt. Bei der Darstellung der mit der Verteidigung verbundenen strafrechtlichen Risiken ist zunächst einmal die Sichtweise der Rechtsprechung maßgeblich, da sie gegebenenfalls über eine Strafbarkeit des Verteidigers zu befinden hat². Sofern es zu der jeweiligen Frage keine Rechtsprechung gibt, ist bei der Einschätzung der Obergrenze der Verteidigung die herrschende Meinung als mutmaßlich mit einer künftigen Rechtsprechung übereinstimmend zugrunde zu legen.

Um die Mindestanforderungen zu konturieren, kann jedenfalls auf die Rechtsprechung zur Strafbarkeit des Verteidigers zurückgegriffen werden. Hingegen ist die Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen zum Verteidigerregress nicht nur überschaubar, aus dem Großteil der Entscheidungen lässt sich auch nichts für die Bestimmung von Untergrenzen ableiten, die das Gegenstück zu einer Obergrenze darstellen. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass der Verteidiger bei der Rechtsprüfung zwar eine haftungsbegründende Pflichtverletzung begehen, sich aber nicht strafbar machen kann; es fehlt also an einer Obergrenze, mit der eine Untergrenze korrespondieren könnte. Angesichts der Zielsetzung der vorliegenden Arbeit wird daher von einer abstrakten und zweckungebundenen Darstellung der einzelnen Entscheidungen zum Verteidigerregress abgesehen³.

²Vgl. hierzu auch die Ausführungen oben unter 4.3

³Eine solche findet sich für den Zeitraum bis 2004 bei Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 6 ff. Weitere Besprechungen finden sich bei: Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 54 ff.; Barton, StV 2005, 450 (450 f.); Chab, AnwBl 2005, 497 (497 f.); Chab, BRAK-Mitt. 2004, 261 (261 f.); Jahn, StV 2000, 431 (431 ff.); Jungk, AnwBl 1998, 152–154 (152 ff.); Schlee, AnwBl 1986, 31 (31 f.). Als wichtige Entscheidungen zur Verteidigerhaftung können genannt werden: BGH NJW 1964, 2402 ff. (zum die Verjährung übersehenden Verteidiger); LG Berlin AnwBl 1986, 31 f. (bei Schlee; zur Pflicht, bei Beratung des Beschuldigten das Bestehen von Verfahrenshindernissen zu prüfen); OLG Düsseldorf StV 1986, 211 ff. (Pflichtverletzung auf-

Im Folgenden werden die mit Obergrenzen korrespondierenden Untergrenzen der Verteidigung konturiert. Entscheidungen zur Haftung des Verteidigers werden bei der Bestimmung der Mindestanforderungen behandelt, wenn dies angezeigt und der Zielsetzung zuträglich ist. Was die Obergrenze der Verteidigung anbelangt, so steht der verteidigungsspezifische Tatbestand der Strafvereitelung im Vordergrund⁴. Auf diesen als „gefährlichsten“ einzustufenden Tatbestand⁵ ist auch deshalb abzustellen, weil er die Hauptaufgabe des Verteidigers, eine Verurteilung des Beschuldigten zu verhindern, unter Strafe stellt⁶.

grund des unterlassenen Ratschlags, den gegen einen Strafbefehl eingelegten Einspruchs zurückzunehmen); OLG Düsseldorf BRAK-Mitt. 1988, 63 f. (zum Verteidiger, der im Plädoyer nicht auf alle wesentlichen Gesichtspunkte eingeht); LG Berlin StV 1991, 310 ff. (zu einer nicht den Erfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Verfahrensrüge); OLG Nürnberg StV 1997, 481 ff. (Pflichtverletzung aufgrund des unterlassenen Hinweises auf den Verlust beamtenrechtlicher Versorgungsbezüge nach § 59 BeamtVG im Falle der Verurteilung zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe); LG Bonn NJW 1997, 1449 (strafrechtliche Sanktion ist jedenfalls im Falle einer Vorsatztat kein erstattungsfähiger Schaden); OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 785 ff. (Pflichtverletzung aufgrund des unterlassenen Hinweises auf das Ausscheiden aus dem Beamtendienst nach § 51 LBG im Falle der Verurteilung zu einer einjährigen Freiheitsstrafe); OLG Stuttgart OLGR 1999, 102 ff. (Verhängung eines angemessenen Tagessatzes infolge eines Beratungsfehlers des Verteidigers ist kein Schaden); OLG Braunschweig BRAK-Mitt. 2001, 213 f. (Pflichtverletzung aufgrund falscher Auskunft über Zeitpunkt der Verfolgungsverjährung); BGH NJW 2004, 3630 ff. (zur Haftung gegenüber Dritten in Zusammenhang mit Zahlung einer Barkaution); BGH BRAK-Mitt. 2005, 72 f. (zu Hinweispflichten bezüglich der drohenden Verjährung von Ansprüchen, die nicht Gegenstand des Mandats sind); LG Bayreuth AnwBl 2005, 497 (bei Chab; zum unterlassenen Hinweis auf den Verlust des Beamtenstatus nach § 48 BBG im Falle der Verurteilung zu einer einjährigen Freiheitsstrafe); KG NJW 2005, 1284 f. (Schmerzensgeld für aufgrund Verteidigerverschulden erlittene Untersuchungshaft); BGH NJW-RR 2007, 267 (zur Vertragsbeziehung des Verteidigers zu einem Dritten, der die Barkaution für den inhaftierten Beschuldigte zahlt); BGH NJW 2009, 840 ff. (zur Verwendung von für die Zahlung einer Barkaution bestimmter Gelder eines Dritten durch den Verteidiger).

⁴Insgesamt gibt es vielfältige Möglichkeiten für den Verteidiger, sich in Ausübung seiner Tätigkeit strafbar zu machen, siehe hierzu die Ausführungen oben zu Beginn des vierten Kapitels unter 4.1.

⁵So Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 31.

⁶Siehe hierzu auch die Ausführungen oben unter 4.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Bei den Ober- und Untergrenzen der Verteidigung beim Umgang mit dem Beschuldigten sind drei Bereiche zu unterscheiden. Nach der Problematik der Auskunft und Beratung wird die Weitergabe von Informationen erörtert und abschließend auf sonstige Hilfen eingegangen.

6.1.1 Auskunft und Beratung

Im ersten Unterabschnitt werden die Ober- und Untergrenzen der Auskunftserteilung und Beratung erörtert.

6.1.1.1 Strafrechtliches Risiko

Der Verteidiger hat kein Recht zur Lüge und darf auch den Beschuldigten nicht bei einer Lüge beraten⁷. Allerdings ist das bloße Fördern einer unwahren Einlassung des Beschuldigten nur unter berufsethischen Gesichtspunkten unzulässig, strafrechtlich hingegen nicht relevant⁸.

Eine Strafbarkeit des Verteidigers, weil er den Beschuldigten bei einer Lüge beraten hat, setzt voraus, dass er eine Wesentlichkeitsschwelle überschritten hat. Dies ist zu bejahen, wenn er den Aufbau des Lügenkonstrukts ermöglicht, etwa indem er dem Beschuldigten die als Grundlage seiner Lüge notwendigen Informationen beschafft⁹. Der BGH führt hierzu aus:

„Die Grenzen sachgerechter erlaubter Strafverteidigung sind regelmäßig überschritten, wenn der Verteidiger seinen Mandanten Informationen über Eigenschaften, Wirkungsweise und Dosierung von tatsächlich nicht eingenommenen Medikamenten be-

⁷BGH NStZ 1999, 188 (189). An der Stelle ist auf den von Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1048), anschaulich dargelegten Umstand hinzuweisen, dass eine Wahrheitspflicht nur greifen kann, sofern der Verteidiger selbst Informationsquelle für Tatsachen ist. Soweit er nur Meinungen, Auffassungen o.ä. von sich gibt, „steht das außerhalb des Begriffspaares Wahrheit – Unwahrheit.“ Zum Ganzen: Bottke in: Bottke, ZStW 96 [1984], 726–760 (726 ff.); Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 15 ff., 375 f.

⁸Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 9; Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1050); Salditt, StV 1999, 61 (63 f.).

⁹BGH NStZ 1999, 188 (189); Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 9; Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1051).

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

schaft, um damit unter Verletzung seiner Wahrheitspflicht wesentlich wahrheitswidrige Einlassungen seines Mandanten zu ermöglichen (...). Ein solches Verhalten kann als sachwidrige Erschwerung der Strafverfolgung (BGHSt 2, 375, 377) den Tatbestand der Strafvereitelung nach § 258 StGB erfüllen.“¹⁰

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Wesentlichkeitsschwelle somit beispielsweise überschritten, wenn der Verteidiger dem Beschuldigten detaillierte medizinische Informationen zukommen lässt, damit dieser eine verminderte Schuldfähigkeit im Sinne von § 21 StGB vortäuschen kann. Um sich nicht selber strafbar zu machen, darf der Verteidiger also nicht an der unwahren Einlassung des Beschuldigten in der Weise mitwirken, dass er die Lügenkonstruktion erst ermöglicht¹¹. Neben der bereits angesprochenen Weitergabe von für den Aufbau einer Lüge unerlässlichen Informationen ist dem Verteidiger um so mehr das Erfinden von Lügen für den Beschuldigten untersagt¹².

Die erläuterte Wesentlichkeitsschwelle wird noch nicht überschritten durch „die Empfehlung einer strukturell einfachen, rechtlich günstigen und möglicherweise unwiderlegbaren Einlassung“, auch wenn deren berufsethische Unzulässigkeit eindeutig ist¹³.

Der Verteidiger darf nicht nur stets allgemein die Rechtslage darstellen¹⁴, sondern darüber hinausgehend auch anhand des konkreten Einzelfalls die unterschiedlichen Rechtsfolgen aufzeigen, die sich aus den verschiedenen denkbaren Einlassungsvarianten ergeben¹⁵. Denn die Beratung des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht meint nicht nur eine abstrakte Erläuterung der Rechtslage, sondern eine rechtliche Aufklärung in Korrelation zum zu sub-

¹⁰BGH NStZ 1999, 188 (189).

¹¹Zur Kritik aufgrund der fließenden Grenze zwischen aktiver Unterstützung und Ermöglichung: Müller/Gussmann, *Berufsrisiken*, S. 9.

¹²Stree in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 258 Rn. 20; Pflieger in: Dölling/Duttge/Rössner, *Strafrecht Handkommentar*, § 258 StGB Rn. 12; Krekeler, NStZ 1989, 146 (148).

¹³Widmaier in: Roxin/Widmaier, *BGH Festgabe*, S. 1043 (1052); so i.E. auch Müller/Gussmann, *Berufsrisiken*, S. 9.

¹⁴Die Erteilung einer Rechtsauskunft führt nicht zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe, weil davon auszugehen ist, dass das Handeln des Rechtsanwalts auf eine pflichtgemäße Aufgabenerfüllung und nicht auf das Fördern einer Straftat gerichtet ist, BGH NJW 1992, 3047 (3047) m.w.N. Vgl. hierzu auch Müller/Gussmann, *Berufsrisiken*, S. 15.

¹⁵Müller/Gussmann, *Berufsrisiken*, S. 8; Schlothauer, *Hauptverhandlung*, S. 61.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

sumierenden Sachverhalt¹⁶. Die Verständlichkeit der Rechtsberatung kann regelmäßig erst durch eine Bezugnahme auf den individuellen Fall gewährleistet werden¹⁷. Dass hierdurch der Beschuldigte in seinem Entschluss zu lügen möglicherweise bestärkt wird, braucht den Verteidiger, soweit es seine eigene Strafbarkeit anbelangt, nicht zu kümmern¹⁸.

Der Verteidiger kann darüber hinaus ohne strafrechtliches Risiko einem geständnisbereiten Beschuldigten vom Ablegen eines solchen aufgrund der für ihn günstigen Beweislage abraten¹⁹. Stets erlaubt ist der Rat zu schweigen²⁰; ebenso die rechtlich gleich zu behandelnde Kehrseite, der Rat, pauschal zu bestreiten²¹. Erst recht zulässig ist der Rat, nicht Selbstanzeige zu erstatten²².

Dagegen wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Teilen der Literatur der Rat, ein wahres Geständnis zu widerrufen, als strafbar eingestuft²³. Der BGH bejahte in dem Fall ein bewusstes Verdunkeln der wahren Sachlage und ein Erschweren der Strafverfolgung und damit eine Strafbarkeit²⁴. Beulke schließt sich dieser Rechtsprechung mit dem Argument an, der Rat zum Widerruf eines wahren Geständnisses beinhalte zwangsläufig den Rat zu lügen²⁵. Für die vorliegende Zielsetzung genügt die Feststellung, dass die Frage umstritten ist²⁶; denn der Verteidiger muss hinsichtlich der

¹⁶Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 62.

¹⁷Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 62.

¹⁸Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 8; Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20; Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 61.

¹⁹Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1051); Krekeler, NStZ 1989, 146 (147).

²⁰Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1051 f.).

²¹Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1051 f.); zur Einordnung eines grundsätzlichen Bestreitens vgl. BGHSt 38, 302 (307) m.w.N.

²²BGHSt 2, 375 (378); Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1051 f.). Natürlich stellt umgekehrt der Rat zu einer Selbstanzeige kein strafrechtliches Risiko für den Verteidiger dar. Gemäß § 371 AO besteht die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige etwa im Steuerstrafverfahren. Siehe hierzu Randt/Schauf, DStR 2008, 489 ff.

²³BGHSt 2, 375 (378); Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 25 m.w.N.

²⁴BGHSt 2, 375 (378).

²⁵Beulke, Strafbarkeit Verteidiger, S. 32; daran hält Beulke auch in der Neuauflage des Werkes fest, siehe Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 25.

²⁶Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20; Kindhäuser, LPK-StGB, § 258 Rn. 8; Dahs, Handbuch, S. 42, 349; Heinicke, Beschuldigte, S. 483; Heeb, Strafverteidigung, S. 70. Zum Ganzen: Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 25, 381.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Möglichkeit einer eigenen Strafbarkeit kein Risiko eingehen²⁷. Der Rat, ein wahres Geständnis zu widerrufen, ist damit als jenseits der Obergrenze der Verteidigung, also als strafbares Handeln einzuordnen.

Die Grenze zu einem aus strafrechtlicher Sicht unzulässigen Verteidigerverhalten muss für den Fall der Beratung zur Lüge „hoch“ angesetzt werden, damit der Verteidiger die ihm obliegende Aufgabe hinreichend erfüllen kann. Aufgrund seiner Beistandsfunktion und infolge seiner Schweigepflicht muss er eine Lüge des Beschuldigten nicht nur hinnehmen, sondern gegebenenfalls auch beschützen²⁸.

Die Strafbarkeit kann nicht vom Grad der Geschicklichkeit des Verteidigers in puncto Gesprächsführung beziehungsweise von der Auffassungsgabe des Beschuldigten abhängen. Gerade im Bereich der Einlassungsberatung kann es von Nuancen abhängen, ob eine Empfehlung aus der subjektiven Sicht des Beschuldigten als Rat zur Lüge angesehen wird. Schlothauer spricht in dem Zusammenhang anschaulich von „einer Gratwanderung (...), bei der schon ein falsches Wort zum Absturz führen kann“²⁹. Beispielsweise kann der Beschuldigte aufgrund einer geringen Auffassungsgabe eine Aussage des Verteidigers falsch deuten, etwa den Hinweis auf das Schweigerecht und die Straflosigkeit der Lüge als Handlungsanweisung zur Abgabe einer unwahren Einlassung verstehen³⁰. Eventuell ist die Aufnahmefähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigt, weil er sehr aufgeregt ist, was wiederum Missverständnisse fördert. Auch kann der Verteidiger den Beschuldigten erst nach einer Belehrung darüber, ob er lügen darf, zu Wort kommen lassen und ihm so die Chance geben, seine Schilderung dem anzupassen³¹.

Die Nuancen des Beratungsgesprächs dürften regelmäßig nicht dem Beweis zugänglich sein. Eine Strafbarkeit des Verteidigers unterhalb der Wesentlichkeitsschwelle würde damit praktischen Anforderungen nicht genügen³².

²⁷Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 5.2.4.5.

²⁸Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1048).

²⁹Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 60.

³⁰Hierzu Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 7. Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 69, warnt insgesamt vor einem missverständlichem Verhalten.

³¹Vgl. hierzu Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1050).

³²So i.E. Widmaier in: Roxin/Widmaier, BGH Festgabe, S. 1043 (1052).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Abschließend bleibt anzumerken, dass der Verteidiger auf die Angaben des Beschuldigten ungeachtet erheblicher Bedenken vertrauen darf³³. Er muss die Informationen nicht zum Anlass eigener Ermittlungen nehmen³⁴. Eine Strafbarkeit des Verteidigers kommt nur in Betracht, wenn ihm die Unrichtigkeit der gegebenen Informationen positiv bekannt ist³⁵. Unabhängig von zweifelhaften Angaben des Beschuldigten, ist der Verteidiger grundsätzlich befugt, eigene Ermittlungen durchzuführen³⁶. Dabei muss er sich aber in den Grenzen des allgemeinen Strafrechts halten, Zwangsbefugnisse hat er nicht³⁷.

6.1.1.2 Mindestanforderung

Der Verteidiger ist verpflichtet, den Beschuldigten zu beraten und zu belehren. Dieser Kardinalpflicht³⁸ ist denknotwendig die Aufklärungspflicht³⁹ des Verteidigers vorgelagert, weil ohne ausreichende Kenntnis des Sachverhalts eine hinreichende Belehrung und Beratung des Beschuldigten von vornherein ausscheidet. Was die Untergrenze der Verteidigung betrifft, ist zunächst herauszuarbeiten, wie weit die Aufklärungspflicht des Verteidigers reicht.

6.1.1.2.1 Umfang der Aufklärungspflicht Hinsichtlich der Konturierung einer Untergrenze im Sinne einer stets vom Verteidiger zu erfüllenden Mindestanforderung stellt sich bei der Aufklärungspflicht die Frage, ob den Verteidiger eine Verpflichtung trifft, auf eine wahrheitsgemäße Einlassung des Beschuldigten ihm gegenüber zu bestehen, sprich, ob sich seine Aufklärungspflicht auch auf die Frage der Schuld seines Mandanten erstreckt⁴⁰.

³³BGH NJW 1985, 1154 (1155).

³⁴BGH NJW 1985, 1154 (1155). Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 5.2.1.1.

³⁵Zur Strafbarkeit nach § 164 StGB: StA Stuttgart StV 1986, 211 (211).

³⁶Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 19 m.w.N.; siehe auch Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 61 ff., 400 ff.

³⁷Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 19 m.w.N.

³⁸Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.1.3.

³⁹Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.1.1.

⁴⁰Mit der Aufklärungspflicht des Verteidigers korrespondiert eine Informationspflicht des Beschuldigten. Hierauf wurde ebenfalls unter 5.2.1.1 eingegangen.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Eine dahingehende Verpflichtung kann nur verneint werden, sowohl als universelle als auch als relative Untergrenze.

Daran ändert Bartons Annahme nichts, wonach es Verteidiger gibt, die ihre Aufgabe nur dann hinreichend engagiert und überzeugend erfüllen können, wenn die Unschuld des Mandanten im Bereich des Möglichen liegt⁴¹. Zum einen kommt Barton auch unter Zugrundelegung dieser sich im rein Tatsächlichen bewegendem These nur zu einer Prüfungspflicht und nicht zu einer Handlungspflicht, weil das „richtige“ Vorgehen von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt und somit ein Beurteilungsspielraum des Verteidigers besteht⁴².

Zum anderen muss ein Anwalt, der sich zu einer hinreichenden Verteidigung nur unter der Voraussetzung der Unschuld des Mandanten in der Lage sieht, als ungeeignet für die Übernahme strafrechtlicher Mandate angesehen werden⁴³. Nicht nur kann sich der gegen den Beschuldigten erhobene Vorwurf erst im Laufe des Verfahrens als zutreffend erweisen, eine solch bedingte Verteidigerleistung entspricht auch weder grundgesetzlichen noch rechtsstaatlichen Anforderungen, wonach jeder unabhängig von seiner Schuld Anspruch auf eine wirksame Verteidigung hat. Die unabhängig von Schuld oder Unschuld bestehende Bereitschaft und Fähigkeit zu einer ordnungsgemäßen Verteidigung stellt deshalb eine unabdingbare Anforderung an den Verteidiger dar⁴⁴.

Um eine hinreichende Verteidigung bewerkstelligen zu können, muss der Verteidiger nicht wissen, ob sein Mandant schuldig ist oder nicht. Der Verteidiger muss verteidigen, nicht mehr und nicht weniger. Das Befinden über Schuld oder Unschuld ist gerade nicht von seiner Aufgabe umfasst. Schon

⁴¹Barton, Mindeststandards, S. 334.

⁴²Barton, Mindeststandards, S. 334.

⁴³Unabhängig davon kann ein Verteidiger natürlich das Feld seiner beruflichen Tätigkeit frei bestimmen und einschränken, indem er beispielsweise von vornherein ablehnt, in bestimmten Angelegenheiten zu verteidigen, beispielsweise in Strafsachen mit einem rechtsradikalen Hintergrund oder bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

⁴⁴Zumindest missverständlich ist es, wenn Schlecht, Haftung, S. 88, in dem Zusammenhang ausführt, ein Verteidiger „sollte“ auch bei Kenntnis der Schuld zu einer ordnungsgemäßen Verteidigung in der Lage sein. Ist dies einem Anwalt aufgrund innerer Vorbehalte und Gewissenskonflikten nicht oder nicht vollumfänglich möglich, muss er von der Übernahme strafrechtlicher Mandate Abstand nehmen beziehungsweise ein solches niederlegen. Vgl. hierzu auch die Ausführungen unter 6.4.2.2.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

aus dem Grund kann es keine Aufklärungspflicht geben, die sich auch auf die Frage der Schuld erstreckt⁴⁵. Darüber hinaus wäre eine solche Pflicht praktisch nicht durchsetzbar, schließlich kann der Verteidiger den Beschuldigten nicht zur Wahrheit zwingen⁴⁶.

Unbestritten kann häufig nicht klar zwischen Aufklärung des Sachverhalts und Aufklärung der Schuld getrennt werden. Eine auch auf die Schuldfrage bezogene Aufklärungspflicht des Verteidigers lässt sich damit jedoch nicht begründen.

Ansonsten trifft den Verteidiger die Pflicht, den zugrunde liegenden Sachverhalt aufzuklären. Ohne entsprechende Informationen kann er den Beschuldigten weder genügend belehren und beraten, noch sonstige Maßnahmen in ausreichender Weise ergreifen. Der Umfang und die jeweilige Ausgestaltung der Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung ist fallabhängig, weshalb es sich nur um eine relative Untergrenze handeln kann. Eine Konkretisierung erfährt diese allgemeine Pflicht beispielsweise bei der Pflicht zur Akteneinsicht⁴⁷.

Hingegen hat der Verteidiger grundsätzlich keine allgemeine Pflicht, eigene Ermittlungen durchzuführen⁴⁸. Allerdings trifft den Verteidiger eine Schadensverhütungspflicht⁴⁹, weshalb er vor der Vornahme von Prozesshandlungen deren Vorteilhaftigkeit für den Beschuldigten abklären muss; in dem Zusammenhang kann eine Erkundigungspflicht für den Verteidiger bestehen⁵⁰. Der Verteidiger muss – hierbei handelt es sich um eine universelle Untergrenze – den Beschuldigten gegebenenfalls darauf hinweisen, dass aufgrund fehlender Informationen Ermittlungstätigkeiten angezeigt sind⁵¹. Ob

⁴⁵Anderer Ansicht: Schlecht, Haftung, S. 87 f.

⁴⁶Anschaulich wird dies am Beispiel des Schauspielers Günther Kaufmann, der sich unschuldig verurteilen ließ, was selbst seinem Verteidiger nicht bewusst war, der seinerseits im Nachhinein von einem „irren Rätsel“ spricht, Steffen, Verteidigung, S. 352.

⁴⁷Siehe hierzu im Folgenden die Ausführungen unter 6.1.2.2.

⁴⁸Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2104; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 63.

⁴⁹Siehe hierzu oben unter 5.2.1.4.

⁵⁰Hierzu Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2104. Siehe zudem unten unter 6.3.2 vorletzter Absatz.

⁵¹Siehe Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 63, die in Fußnote 266 ein Beispiel bildet, in dem der Verteidiger auf eine mögliche Einsichtnahme ins Verkehrszentralregister hinweisen muss.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

der Verteidiger Ermittlungen durchführt, ist stets eine Frage des Einzelfalls⁵² und fällt in den Beurteilungsspielraum des Verteidigers und des Beschuldigten⁵³. Aus dem Grund lässt sich für den Bereich der Ermittlungen durch den Verteidigung kaum eine allgemeingültige Untergrenze ausmachen. Da sich der Verteidiger beim Durchführen eigener Ermittlungen nicht strafbar macht, solange er die Grenzen des allgemeinen Strafrechts beachtet, kann an dieser Stelle außerdem keine Untergrenze herausgearbeitet werden, die das Gegenstück zu dieser ganz allgemeinen Obergrenze bildet. Einzelne konkrete Untergrenzen werden im Folgenden bei der jeweiligen Obergrenze dargestellt.

6.1.1.2 Herbeiführung künstlicher Gutgläubigkeit als Ausweg Angesichts des Spannungsfelds zwischen Beistandspflicht und eigener Strafbarkeit stellt sich die Frage, ob im Interesse einer möglichst weitgehenden Verteidigung eine Pflicht zur negativen Aufklärung im Sinne der Herbeiführung einer künstlichen Gutgläubigkeit besteht.

Diese Frage zu stellen ist deshalb sinnvoll, weil eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen Strafvereitelung die Täterschaft des Beschuldigten sowie die Kenntnis des Verteidigers hiervon voraussetzt⁵⁴. Hindert der Verteidiger den Beschuldigten, ihm gegenüber seine Schuld oder Unschuld einzugestehen, so kann ihm aufgrund seiner Unwissenheit – zumindest formal gesehen – das Vereiteln einer Strafe nicht zum Vorwurf gemacht werden⁵⁵. Im US-amerikanischen Strafverfahren hat sich für die Einlassungsberatung der Begriff "lecture" durchgesetzt, wenn der Verteidiger den Beschuldigten an weiteren Ausführungen hindert, um ihn umfassend über alle Handlungsvarianten beraten zu können, ohne strafrechtliche Grenzen, die sich aus der Kenntnis der Schuld ergeben würden, beachten zu müssen⁵⁶.

In dem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass sich der Verteidiger im Gegensatz zum Beschuldigten nicht der Lüge bedienen darf⁵⁷.

⁵²Vgl. hierzu Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 62.

⁵³Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 19.

⁵⁴Hierzu wurde u.a. unter 4.2 ausgeführt.

⁵⁵Hierzu Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 62; Hammerstein, NStZ 1997, 12 (14); vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe StV 1991, 519 (519).

⁵⁶Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 62.

⁵⁷BGH NStZ 1999, 188 (189); vgl. hierzu auch die Ausführungen oben unter 6.1.1.1.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Weiß der Verteidiger intern um die Schuld des Mandanten, sind seine Verteidigungsmöglichkeiten immer dann eingeschränkt, wenn der Einsatz des in Frage stehenden Verteidigungsmittels auf ein Verdunkeln des wahren Sachverhalts abzielt. Deshalb darf der Verteidiger etwa nicht Zeugen benennen, von denen er weiß, dass sie falsch aussagen werden⁵⁸. Hat der Verteidiger intern Kenntnis von der Täterschaft des Beschuldigten, darf er beispielsweise nicht dessen Freundin in den Zeugenstand rufen, die unzutreffend aussagen will, um dem Beschuldigten damit ein Alibi zu verschaffen. Dem Verteidiger ist also bei Wissen um die Schuld des Mandanten ein Ausschöpfen der Verteidigungsmöglichkeiten aufgrund strafrechtlicher Obergrenzen der Verteidigung teilweise verwehrt.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma könnte im Herbeiführen einer künstlichen Gutgläubigkeit liegen. Selbstverständlich betrifft die Frage der Gutgläubigkeit eine innere Tatsache und ist damit im Prozess dem Beweis nur sehr schwer zugänglich. Die Praxisrelevanz der aufgeworfenen Frage ist deshalb gering. Schon die Überschrift zu diesem Abschnitt mag bei manchem Praktiker Kopfschütteln hervorrufen und ihn etwas von „alles doch nur Theorie“ murmeln lassen. Abgesehen davon könnte man wie Hammerstein vermuten, dass ein mandatsinternes Geständnis umso unwahrscheinlicher ist, je schwerer der erhobene Vorwurf wiegt⁵⁹. Natürlich geht es im Folgenden um ein Gedankenspiel und die Linie des jeweiligen Verteidigers wird in den wenigsten Fällen strafrechtlich justiziabel noch die Formulierung einer Mindestanforderung möglich sein. Aber nur die Theorie kann die Basis für das Formulieren von Mindestanforderungen oder einer wie auch immer gearteten Empfehlung liefern. Angesichts der Voraussetzungen einer Strafbarkeit des Verteidigers drängt sich das Herbeiführen einer künstlichen Gutgläubigkeit als Ausweg zudem auf und ist deshalb zu erörtern.

Gleichwohl bietet die Flucht in die künstliche Gutgläubigkeit auch theoretisch keinen Ausweg aus dem Dilemma, das sich für den Verteidiger angesichts der Möglichkeit einer eigenen Strafbarkeit ergibt, wenn er um die Schuld des Mandanten weiß. Denn stellen sich vor Gericht seitens des Beschuldigten in die Hauptverhandlung eingebrachte Angaben ganz oder teil-

⁵⁸BGHSt 46, 53 (56) = NJW 2000, 2433 (2435).

⁵⁹Hammerstein, NStZ 1997, 12 (15), wobei Hammerstein Wirtschaftsdelikte nicht zur „großen Kriminalität“ zählt.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

weise als unzutreffend heraus oder wird er gar bei einer Lüge „ertappt“, ist das nicht nur peinlich, sondern die damit verbundenen Nachteile können in der Regel nicht mehr ausgeglichen werden⁶⁰.

Abgesehen davon hat sich der Verteidiger stets um ein Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten zu bemühen⁶¹, was mit dem Unterbinden einer Einlassung des Beschuldigten im Rahmen vertraulicher Gespräche nicht in Einklang gebracht werden kann⁶².

Zudem vernachlässigt das beschriebene Vorgehen die prozessuale Bedeutung des Geständnisses⁶³ und verhindert faktisch eine Beratung des Beschuldigten über die Vor- und Nachteile eines Geständnisses⁶⁴. Weitgehend außen vor bleibt beispielsweise die Möglichkeit einer Verständigung. Dass ein Geständnis Bestandteil einer solchen ist, formuliert § 257a Abs. 2 Satz 2 StPO zwar als Soll-Anforderung. Nach zutreffender Auffassung ist das Geständnis des Beschuldigten aber „der Motor des Abspracheverfahrens“⁶⁵. Das Zustandekommen einer Verständigung ohne ein Geständnis ist daher nur in Ausnahmefällen vorstellbar⁶⁶.

Von sich aus wird ein Beschuldigter die Auswirkungen eines Geständnisses kaum einschätzen können⁶⁷. Hieran ändert in der Regel auch eine abstrakte Belehrung ohne Korrelation zu dem zu subsumierenden Sachverhalt nichts.

Hindert der Verteidiger den Beschuldigten, intern ein Geständnis abzugeben, kann er außerdem nur schwer über Strafzumessungsgesichtspunkte beraten.

Eine ausreichende Beratung des Beschuldigten muss vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit fallbezogen, in Korrelation zum Sachverhalt erfolgen. Deshalb stellt das Herbeiführen einer künstlichen Gutgläubig-

⁶⁰Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 62 f.

⁶¹Hierzu Kniemeyer, Verhältnis, insb. S. 177 ff.

⁶²Vgl. hierzu auch Hammerstein, NSTZ 1997, 12 (14).

⁶³Zur Bedeutung des Geständnisses vgl. Rode, StraFo 2007, 98 (98 ff.).

⁶⁴Hammerstein, NSTZ 1997, 12 (14).

⁶⁵Eschelbach in: Graf, BeckOK StPO, § 257 c Rn. 20.

⁶⁶Eschelbach in: Graf, BeckOK StPO, § 257 c Rn. 20; vgl. hierzu auch Leipold, NJW-Spezial 2009, 520 (521); Meyer-Goßner, ZRP 2009, 107 (108).

⁶⁷Vielmehr hat der Beschuldigte hinsichtlich der Möglichkeiten, die sich aufgrund eines Geständnisses ergeben, u.U. völlig unrealistische Vorstellungen. Hierzu Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 64.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

keit keinen empfehlenswerten Ausweg aus dem Dilemma des Verteidigers bei Kenntnis der Schuld seines Mandanten dar und die Formulierung einer so lautenden Untergrenze verbietet sich.

Durch das Herbeiführen einer künstlichen Gutgläubigkeit kann sich der Verteidiger auch nicht aus der Zweifelhaftheit herauswinden, die seiner Rolle mitunter seitens der öffentlichen Meinung zugeschrieben wird⁶⁸. Abgesehen davon, dass sich der Verteidiger für seinen Einsatz auch in moralischer Hinsicht nicht rechtfertigen muss⁶⁹, ist er in erster Linie gegenüber dem Beschuldigten in der Pflicht, darüber hinaus gegenüber der Justiz, soweit er für den prozessordnungsgemäßen Verfahrensablauf in die Pflicht genommen werden kann⁷⁰, in keinem Fall jedoch gegenüber der allgemeinen Meinung. Unbestritten lässt sich ein ihm seitens der Öffentlichkeit entgegengebrachter Argwohn kaum mit dem Hinweis auf ein fehlerhaftes Rollenverständnis oder ähnliches beseitigen⁷¹, kümmern darf das den Verteidiger gleichwohl nicht. Die Tätigkeit als Verteidiger ist mit dem Streben nach Beliebtheit nicht vereinbar. Im Falle einer solchen persönlichen Zielsetzung dürfte der Rechtsanwaltsberuf insgesamt keine glückliche Wahl sein.

6.1.1.2.3 Einzelne Untergrenzen Abschließend sind für die Pflicht des Verteidigers zur Auskunft und Beratung einzelne Untergrenzen herauszuarbeiten, wobei es mit Blick auf die Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung nicht um das Herausarbeiten von Standards für eine optimale oder ideale Verteidigung geht⁷². Vielmehr geht es um das Konturieren von universellen und relativen Untergrenzen, also um das Auffinden des jeweiligen Gegenstücks zu einem strafrechtlichen Risiko, das im Bereich der Beratung und Belehrung eine Obergrenze bildet.

⁶⁸Die Tätigkeit des Verteidigers erregt bisweilen Argwohn und stößt auf Unverständnis, etwa wenn Laien die Unschuldsvermutung und Rechtsstaatlichkeit außen vor lassen und die Ansicht vertreten, „so einer“ verdiene keine Verteidigung. Hierzu Hammerstein, NStZ 1990, 261 (262 f.); siehe auch Cobler, Moral 1980, 97 (97 ff.).

⁶⁹Hammerstein, NStZ 1990, 261 (262).

⁷⁰Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter 1.1 zur herrschenden Lehre von der Doppelstellung.

⁷¹Hammerstein, NStZ 1990, 261 (262 f.).

⁷²Hierzu finden sich in der praxisorientierten Literatur zahlreiche Empfehlungen, siehe hierzu etwa Hohmann in: Bockemühl, Handbuch, S. 144 ff.; Dahs, Handbuch, S. 204 f., 213 ff., 338 ff., 513 ff.; Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 55 ff.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Den folgenden Ausführungen ist vorzuschicken, dass jeder Verteidigung eine Konzeption zugrunde liegen muss, das heißt, es muss stets ein Verteidigungsziel bestimmt und eine Entscheidung für eine Verteidigungsstrategie getroffen werden⁷³. Hierbei handelt es sich um eine unerlässliche Voraussetzung einer Verteidigung, die von Barton als ein konkreter Mindeststandard herausgearbeitet wurde⁷⁴.

Wie dargelegt, erstreckt sich die Aufklärungspflicht des Verteidigers gerade nicht auch auf die Frage der Schuld seines Mandanten⁷⁵. Eine Beratung des Beschuldigten sollte aber – vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verständlichkeit – in Korrelation zum Sachverhalt erfolgen. Für den Beschuldigten kann es mit erheblichen Nachteilen verbunden sein, wenn er seinem Verteidiger gegenüber nicht „die Hosen runterlässt“ und deshalb eine Beratung nicht fallbezogen, sondern nur abstrakt und damit eingeschränkt effektiv erfolgen kann.

Verdeutlichen lässt sich dies beispielsweise anhand des neuen § 46b StGB mit der amtlichen Überschrift „Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten“⁷⁶. Aufgrund der mit § 46b StGB geschaffenen „großen

⁷³Hierzu Barton, Mindeststandards, S. 346 ff.; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 65 ff.

⁷⁴Barton, Mindeststandards, S. 346; vgl. auch die Ausführungen oben unter 5.2.5.

⁷⁵Siehe hierzu oben unter 6.1.1.2.1.

⁷⁶Die Norm wurde mit Wirkung vom 1.9.2009 eingefügt durch das Dreiundvierzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (43. StrÄndG) vom 29.7.2009 und lautet: „(1) Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist, 1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung aufgedeckt werden konnte, oder 2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann, kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschließlich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. Für die Einordnung als Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist, werden nur Schärfungen für besonders schwere Fälle und keine Milderungen berücksichtigt. War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nr. 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. Anstelle einer Milderung kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Straftat ausschließlich mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat. (2) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere zu berücksichtigen: 1. die Art und den Umfang der offenbarten Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung, das Ausmaß der Unterstützung der Straf-

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Kronzeugenregelung“ kann eine Strafrahmenverschiebung vorgenommen oder von der Strafe abgesehen werden, wenn der Beschuldigte Aufklärungs- oder Präventionshilfe leistet hinsichtlich einer der in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten. Dabei muss der Beschuldigte gemäß § 46b Abs. 3 StGB sein Wissen noch vor Eröffnung des Hauptverfahrens offenbaren; eine zeitliche Grenze, die aufgrund des Verweises in § 31 Satz 2 BtMG auf § 46b Abs. 3 StGB auch im Betäubungsmittelstrafrecht gilt.

Der Beschuldigte muss sich also im Zweifelsfall unter Zeitdruck entscheiden, ob er eine Leistung im Sinne von § 46b StGB oder § 31 BtMG erbringen kann und will. Damit der Verteidiger ihn umfassend über die Folgen einer Aufklärungs- oder Präventionshilfe beraten kann, sollte der Beschuldigte im eigenen Interesse gegenüber seinem Verteidiger „Farbe bekennen“. Denn neben den rechtlichen Voraussetzungen eines Strafnachlasses aufgrund einer Aufklärungs- oder Präventionshilfe gilt es vor allem zu klären, inwiefern Angaben des Beschuldigten zu neuen Belastungen seiner Person führen können, zumal durch Dritte, die der Beschuldigte selbst belasten will⁷⁷. Eine Bewältigung dieser Aufgabe ist aber ohne – zutreffende – Informationen des Beschuldigten nicht, zumindest nicht zufriedenstellend denkbar.

Aus dem Grund stellt es in einem solchen Fall eine Untergrenze der Verteidigung dar, dem Beschuldigten nahe zu bringen, welche Nachteile damit verbunden sein können, sich intern dem Verteidiger nicht zu öffnen. Hierbei handelt es sich, da das Bestehen, der Umfang und die Ausgestaltung dieser Pflicht stark vom jeweiligen Einzelfall abhängen, um eine relative Untergrenze.

Bei der Pflicht des Verteidigers zur Beratung und Belehrung handelt es sich um eine der Kardinalpflichten⁷⁸. Im Kapitel zur Problematik des Spielraums bei mit strafrechtlichem Verbot korrespondierenden Pflichten⁷⁹ wur-

verfolgungsbehörden durch den Täter und die Schwere der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, sowie 2. das Verhältnis der in Nummer 1 genannten Umstände zur Schwere der Straftat und Schuld des Täters. (3) Eine Milderung sowie das Absehen von Strafe nach Absatz 1 sind ausgeschlossen, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 der Strafprozessordnung) gegen ihn beschlossen worden ist.“

⁷⁷Zum Ganzen siehe Malek, StV 2010, 200 (200 ff.).

⁷⁸Siehe oben unter 5.2.1.3 sowie unter 5.2.2.

⁷⁹Siehe oben unter 5.2.4.5.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

de bereits dargelegt, dass der Verteidiger bei der Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten das Risiko eigener Strafbarkeit nicht eingehen muss. Dieser Grundsatz ist hinsichtlich der Beratungspflicht zu erweitern, weil eine Strafbarkeit des Verteidigers, wie aufgezeigt, in dem Bereich erst bei einer erheblichen und evidenten Grenzüberschreitung gegeben ist, während das Verhalten schon vor Erreichen der Wesentlichkeitsschwelle als berufsethisch nicht mehr vertretbar einzustufen ist⁸⁰. Dem Verteidiger kann aber nicht nur kein Handeln gegen das Strafgesetzbuch abverlangt werden, gleiches muss für Tätigkeiten gelten, die nach berufsethischen Maßstäben nicht mehr vertretbar sind. Der Verteidiger ist nie zu einem Handeln verpflichtet, das unter irgendeinem Gesichtspunkt, ob aus strafrechtlicher, berufsrechtlicher oder berufsethischer Sicht, unzulässig ist.

Der Verteidiger darf dem Beschuldigten nicht den Aufbau einer Lügenkonstruktion ermöglichen oder Lügen für ihn erfinden. Genauso wenig darf er die für den Aufbau einer Lüge unerlässliche Information liefern⁸¹. Auf der anderen Seite hat der Verteidiger umfangreiche Beratungs- und Belehrungspflichten, insbesondere muss er nach erfolgter Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage dem Beschuldigten das Ergebnis mitteilen und das weitere Vorgehen besprechen⁸². Aufgrund der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen lässt sich als allgemeingültige Untergrenze zunächst nur festlegen, dass der Verteidiger den Beschuldigten beraten und belehren und in dem Zuge Auskunft erteilen muss.

Der Verteidiger muss den Beschuldigten durch Auskünfte rechtlicher und tatsächlicher Art sowie durch Beratung auf das vorbereiten, was auf ihn zukommen kann. Will der Beschuldigte die Unwahrheit sagen, muss der Verteidiger ihn auf die möglichen Nachteile hinweisen, die ihm entstehen können, wenn seine Einlassung als Lüge entlarvt wird⁸³. Steht die Hauptverhandlung bevor, hat der Verteidiger auch über deren Ablauf aufzuklären.

Bei der Darstellung der Rechtslage ist es dem Verteidiger gestattet, auf die verschiedenen Folgen von unterschiedlichen Sachverhalts- und Einlas-

⁸⁰Siehe oben unter 6.1.1.1.

⁸¹Vgl. hierzu die Ausführungen unter 5.2.1.4 und 6.1.1.1.

⁸²Vgl. hierzu die Ausführungen bei Schlecht, Haftung, S. 111 ff.; Barton, Einführung Verteidigung, S. 139 ff.; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 64 f.

⁸³So auch Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 61.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

sungsvarianten einzugehen⁸⁴. Sogar eine Verpflichtung hierzu ist zu bejahen. Denn nur so kann der Verteidiger dem Beschuldigten seine Situation tatsächlich verdeutlichen und ihn in die Lage versetzen, seine Rechte wahrzunehmen, wie das für ihn als Subjekt des Verfahrens angezeigt ist. Der Verteidiger genügt also seiner Pflicht zur Auskunft und Beratung nicht mit einer abstrakten Rechtsbelehrung, sondern er muss die ihm vorliegenden Informationen einbauen und die Folgen der möglichen Handlungs- und Einlassungsvarianten aufzeigen. Er muss die Beratung sozusagen individualisieren. Angesichts des Umstands, dass aufgrund der vielen denkbaren Fallgestaltungen nur eine allgemeine Handlungsaufforderung und nicht eine konkrete Handlungsanweisung formuliert werden kann, geht es hierbei um eine relative Untergrenze.

Der so formulierten Forderung steht nicht entgegen, dass ein bestimmter Grad des Einwirkens auf den Beschuldigten im Sinne einer besonderen Eindringlichkeit oder Nachdrücklichkeit nicht verlangt werden kann⁸⁵. Denn es muss unterschieden werden zwischen der Forderung, etwas zu tun, und der Anforderung an die Art und Weise, wie einer Verpflichtung nachzukommen ist. Wenn Schlothauer im Rahmen seiner Empfehlungen meint, der Verteidiger müsse die Rolle des Staatsanwalt oder Richters einnehmen und dem Beschuldigten die wahrscheinlichen Fragen stellen und Vorhalte machen⁸⁶, dann kann das nur als ein Vorschlag verstanden werden, wie eine ideale Verteidigung zu bewerkstelligen ist. Eine Mindestanforderung lässt sich hieraus nicht formulieren. Gleiches gilt für die folgende exemplarisch herausgegriffene Forderung Schlothauers: „Geht der Verteidiger nur scharf genug mit seinem Mandanten ‚ins Gericht‘, wird sich schnell zeigen, daß er nicht in der Lage ist, seine falsche Einlassung folgerichtig durchzuhalten.“⁸⁷ Ebenso wenig kann ein Einpauken der Aussage verlangt werden⁸⁸.

⁸⁴Siehe oben unter 6.1.1.1.

⁸⁵BGH NJW 1987, 1322 (1322); Vollkommer, Haftung, S. 131; Rinsche/Fahrendorf/Terbille, Haftung, S. 167 f., jeweils m.w.N. Vgl. hierzu auch die unter 5.2.1.3 getätigten Ausführungen.

⁸⁶Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 61.

⁸⁷Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 61.

⁸⁸Anders Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 61 f., der meint, der Verteidiger müsse, um den Beschuldigten sachgerecht vorzubereiten, diesen „heiklen Weg“ gehen, auch wenn möglicherweise eine unwahre Einlassung eingeübt wird. Aus den dargelegten Gründen kann diese Ansicht Schlothauers nicht als Untergrenze der Verteidigung übernommen werden.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Jedoch besteht eine Pflicht, zwei Grundentscheidungen zu treffen. Zum einen muss zwischen Schweigen und Einlassen entschieden werden, zum anderen zwischen Einräumen und Abstreiten des erhobenen Vorwurfs⁸⁹. Aufgrund ihrer Bedeutung sind diese beiden Grundsatzentscheidungen in der Literatur ausführlich diskutiert worden⁹⁰. Im Rahmen einer Verteidigung⁹¹ zählt es zu den Pflichten des Verteidigers, die genannten Grundsatzentscheidungen zu treffen. Dabei handelt es sich um eine universelle Untergrenze der Verteidigung, deren Unterschreiten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eines Verteidigerregresses höchstwahrscheinlich einen haftungsbegründenden Mangel bedeutet⁹². Die eben genannte Untergrenze korrespondiert mit dem stets zulässigen Rat zu schweigen beziehungsweise den Vorwurf pauschal zu bestreiten oder vom Ablegen eines Geständnisses abzusehen.

Bei dem Rat zu schweigen ergibt sich eine weitergehende Belehrungspflicht für den Verteidiger. Er muss dem Beschuldigten nicht nur sein Recht, die Aussage zu verweigern, darlegen, sondern muss ihm auch auseinandersetzen, dass ein Schweigen nicht die Grundlage von für den Beschuldigten negative Folgerungen sein darf, dies sich aber anders verhält, wenn nur teilweise geschwiegen wird⁹³. Ohne eine Darlegung der geschilderten Rechte ist eine hinreichende Beratung eines Beschuldigten, dessen Befragung durch die Strafverfolgungsbehörden oder durch das Gericht im Bereich des Möglichen liegt, nicht denkbar. Aus dem Grund ist hier eine universelle Untergrenze zu bejahen.

Von der eben genannten Untergrenze mitumfasst ist die Verpflichtung des Verteidigers, den Beschuldigten ausreichend zu belehren und zu beraten, was die Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen betrifft. Dabei muss der Verteidiger den Beschuldigten zwingend über sein in § 243 Abs. 5 StPO verankertes Recht aufklären, auch in der Hauptverhandlung keine Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu ma-

⁸⁹Hierzu BGHSt 25, 325 (327) = NJW 1974, 1570 (1572); Barton, Einführung Verteidigung, S. 272.

⁹⁰Vgl. hierzu u.a. Barton, Einführung Verteidigung, S. 272 ff. m.w.N.; Tondorf/Tondorf in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 318 ff.; Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 52 ff.

⁹¹Nicht hingegen, wenn der Verteidiger beispielsweise mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt wird.

⁹²Barton, Einführung Verteidigung, S. 272.

⁹³Hierzu Bockemühl in: Bockemühl, Handbuch, S. 83.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

chen⁹⁴ und bei entsprechender Nachfrage beispielsweise mit „geregelt“ zu antworten. Darüber hinaus hat der Verteidiger dem Beschuldigten zu erläutern, dass, wenn keine Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen vorliegen und das Gericht keine näheren Ermittlungen anstellt, sein monatliches Nettoeinkommen geschätzt wird und die Tagessatzhöhe abhängig vom Einzelfall zu hoch oder zu niedrig angesetzt werden kann. Er muss von der Einlegung eines Einspruchs gegen einen Strafbefehl abraten beziehungsweise die Rücknahme des Einspruchs empfehlen, wenn nicht davon auszugehen ist, dass die im Strafbefehl festgesetzte Strafe herabgesetzt oder der Beschuldigte freigesprochen wird, sondern die Gefahr besteht, dass sich die Strafe aufgrund einer Erhöhung des Tagessatzes verschärft. Diese Mindestanforderungen können aufgrund von Urteilen zum Verteidigerregress formuliert werden⁹⁵.

In den Entscheidungen hat sich der Beschuldigte in der nach Einspruch gegen einen Strafbefehl folgenden Hauptverhandlung zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen erklärt und es wurde ein, gegenüber dem im Strafbefehl genannten, erheblich höherer Tagessatz festgesetzt⁹⁶.

Schon wenn nach Durchführung der Hauptverhandlung weder ein Herabsetzen der Strafe noch ein Freispruch zu erwarten ist, muss der Verteidiger laut dem OLG Düsseldorf aus Kostengründen zur Rücknahme des Einspruchs raten⁹⁷. Dies gelte erst recht, wenn mit einer Verschärfung der Strafe gerechnet werden muss⁹⁸.

Das OLG Stuttgart geht noch einen Schritt weiter, wenn es eine Pflichtverletzung des Verteidigers bejaht, weil er „den Beklagten vor der Hauptverhandlung nicht explizit darüber belehrt hat, daß er auf Fragen nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nur ausführen möge, er lebe in geordneten Verhältnissen, und daß er ihm nicht ausdrücklich den Rat erteilt hat, bei einem Nachhaken des Richters darauf zu bestehen, zu diesen Fragen keine weiteren Angaben machen zu wollen“⁹⁹. Unter Hinweis auf das richterli-

⁹⁴Für eine dahingehende Verpflichtung auch Barton in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 2105; Schlecht, *Haftung*, S. 114.

⁹⁵OLG Düsseldorf StV 1986, 211 (211 ff.), OLG Stuttgart OLGR 1999, 102 (102 f.).

⁹⁶Zur Entscheidung des OLG Stuttgart vgl. auch Schlecht, *Haftung*, S. 114.

⁹⁷OLG Düsseldorf StV 1986, 211 (211 ff.).

⁹⁸OLG Düsseldorf StV 1986, 211 (211 ff.).

⁹⁹OLG Stuttgart OLGR 1999, 102 (103).

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

che Ermessen bei der Schätzung des Einkommens führt das OLG Stuttgart weiter aus, der Anspruchsteller und vormalige Beschuldigte hätte kaum mit Ermittlungen seitens des Gerichts zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen rechnen müssen¹⁰⁰. Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen wären ihm außerdem noch möglich gewesen, wenn sich Ermittlungen seitens des Gerichts abgezeichnet hätten.

Was die Angaben zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen anbelangt, muss der Verteidiger den Beschuldigten also ausreichend in dem oben geschilderten Umfang belehren; dabei handelt es sich um eine universelle Untergrenze. Mit Blick auf das Urteil des OLG Stuttgart kann es darüber hinaus angezeigt sein, dem Beschuldigten zu raten, sich in der Hauptverhandlung auch auf Nachfrage hin nicht, beziehungsweise nur allgemein („geordnete Verhältnisse“) zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zu äußern, solange keine Ermittlungen seitens des Gerichts erkennbar sind. Dabei handelt es sich um eine relative Untergrenze, da das Vorgehen von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängt und dem Verteidiger hinsichtlich der Frage, ob Ermittlungen seitens des Gerichts zu erwarten sind, ein Einschätzungsspielraum zusteht.

Damit konnten zwar für den Bereich der Angaben über die wirtschaftlichen Verhältnisse Untergrenzen ausgemacht werden, gleichwohl scheidet eine Haftung des Verteidigers aufgrund eines Unterschreitens der eben genannten Untergrenzen aus. Ein Schaden kann nicht auf den Verteidiger abgewälzt werden, wenn dieser auf einer materiell-rechtlich unrichtigen Entscheidung beruht¹⁰¹. In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen war der aufgrund der Mitteilung der Beklagten in der Hauptverhandlung verhängte Tagessatz aber materiell-rechtlich zutreffend und der ursprünglich im Strafbefehl festgesetzte Tagessatz hätte eine ungerechtfertigte Begünstigung des Beschuldigten bedeutet¹⁰². Aus dem Grund verneinte das OLG Stuttgart unter Zugrundelegung einer wertenden Betrachtung einen ersatzfähigen Schaden¹⁰³.

¹⁰⁰OLG Stuttgart OLGR 1999, 102 (103).

¹⁰¹Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 4.2.2.

¹⁰²OLG Düsseldorf StV 1986, 211 (212); OLG Stuttgart, OLGR 1999, 102 (103 f.).

¹⁰³OLG Stuttgart, OLGR 1999, 102 (102, 104). Nach den Ausführungen des OLG war hinsichtlich der Frage, welcher Tagessatz ohne Angaben des Beschuldigten bestimmt worden wäre, nicht darauf abzustellen, wie der Strafrichter zutreffenderweise hätte entscheiden müssen,

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Ob insgesamt auf ein völliges Schweigen des Beschuldigten zumindest bis zur erfolgten Akteneinsicht hinzuwirken ist, lässt sich nicht als Untergrenze der Verteidigung festlegen. Zum einen ist keine mit einer Obergrenze korrespondierende Untergrenze ersichtlich. Zum anderen handelt es sich dabei um eine der vielen Fragen hinsichtlich des strategischen Vorgehens, die einer allgemeingültigen Anforderung nur selten zugänglich sind. Zwar wird in der Mehrheit der Fälle ein Schweigen des Beschuldigten bis zur Akteneinsicht die vorzugswürdige Vorgehensweise sein. Aber auch bei dieser im Prinzip einfachen Fragestellung sind andere Umstände und ein sich daraus ergebendes anderes Vorgehen denkbar, etwa wenn der erhobene Vorwurf ohne Probleme mittels eines Alibis als haltlos entkräftet werden kann¹⁰⁴.

Der Rat zum Widerruf eines wahren Geständnisses ist nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung als strafbare Handlung einzustufen¹⁰⁵. Als Gegenstück hierzu ist für den umgekehrten Fall des bestreitenden Beschuldigten der Verteidiger verpflichtet, zum Ablegen eines Geständnisses zu raten, wenn sich die Einlassung des Beschuldigten als unzutreffend herausgestellt hat oder damit zu einem späteren Zeitpunkt zu rechnen ist¹⁰⁶. Ist die Einlassung des Beschuldigten zur Überzeugung des Verteidigers widerlegt, handelt es sich, in Ermangelung sinnvoller Alternativen, um eine universelle Untergrenze. Anders verhält es sich, wenn es lediglich wahrscheinlich ist, dass die Einlassung als unzutreffend entlarvt wird. Dann handelt es bei dem genannten Handlungsgebot in Anbetracht des dem Verteidiger zustehenden Beurteilungsspielraums um eine relative Untergrenze.

6.1.2 Weitergabe von Informationen

Für eine sachgerechte Verteidigung muss der Verteidiger umfassende Kenntnis vom gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwurf und dem zugrunde

sondern „wie er nach der sonstigen Übung entschieden hätte“. Zur Begründung verwies das OLG auf § 40 Abs. 3 StGB und den Umstand, dass die Feststellung der Einkünfte von der pflichtgemäßen Ermessensausübung durch den Richter abhängt, OLG Stuttgart OLGR 1999, 102 (103 f.).

¹⁰⁴Vgl. Weihrauch, Ermittlungsverfahren, S. 44 f.; Bockemühl in: Bockemühl, Handbuch, S. 84, 89.

¹⁰⁵Zum strafrechtliche Risiko siehe hierzu die Ausführungen oben unter 6.1.1.1.

¹⁰⁶Schlecht, Haftung, S. 124; Dahs, Handbuch, S. 341 f.; Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 64.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

liegenden Sachverhalt haben. Für den Verteidiger ist die wichtigste Informationsquelle zunächst der Beschuldigte selbst, den eine Pflicht zur Auskunft trifft, die mit der Aufklärungspflicht des Verteidigers korrespondiert¹⁰⁷. Anschließend muss er sich um eine weitergehende Aufklärung des Falls bemühen und zu diesem Zweck zwingend Akteneinsicht nehmen. Das Recht hierauf ist in § 147 StPO geregelt und steht ausschließlich dem Verteidiger zu¹⁰⁸. Der Beschuldigte selbst hat keinen Anspruch auf Gewährung von Akteneinsicht¹⁰⁹. Der Verteidiger darf ihm die Originalakte auch nicht überlassen¹¹⁰.

Ist der Abschluss der Ermittlung noch nicht in den Akten vermerkt, kann dem Verteidiger gemäß § 147 Abs. 2 StPO die Akteneinsicht ganz oder teilweise verwehrt werden, wenn hierdurch der Untersuchungszweck gefährdet werden kann. Dabei handelt es sich um eine Ausnahmegvorschrift. Eine analoge Anwendung für den Fall, dass noch keine Abschluss der Ermittlungen vermerkt ist, kommt daher nicht in Betracht¹¹¹. § 147 Abs. 5 StPO enthält einen Rechtsbehelf gegen die Verwehrung von Akteneinsicht.

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit der Verteidiger aus der Akteneinsicht oder auf anderem Wege erlangte Kenntnisse an den Beschuldigte weitergeben darf beziehungsweise weitergeben muss.

6.1.2.1 Strafrechtliches Risiko

Der Verteidiger darf grundsätzlich erlangte Informationen an den Beschuldigten weiterleiten und, wenn es um Kenntnisse aus der Akteneinsicht geht, dem Beschuldigten Kopien der Akte aushändigen¹¹². Für die Weitergabe von aus der Akteneinsicht gewonnen Erkenntnissen gilt nichts anderes als für Wissen, das aus anderen Informationsquellen, wie beispielsweise dem Ge-

¹⁰⁷Hierauf wurde u.a. unter 5.2.1.1 eingegangen.

¹⁰⁸Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 147 Rn. 3. Hat ein Beschuldigter mehrere Verteidiger, ist jedem Akteneinsicht zu gewähren, ebenfalls Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 147 Rn. 3.

¹⁰⁹BVerfGE 53, 207 (214) = NJW 1980, 1677 (1678); Meyer-Goßner, StPO, § 147 Rn. 3 m.w.N.

¹¹⁰Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 147 Rn. 3.

¹¹¹OLG Hamburg StV 1991, 551 (551) m.w.N. Zumindest im Ergebnis ebenso: OLG Schleswig StV 1989, 95 (95); Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 147 Rn. 14.

¹¹²BGHSt 29, 99 (102) = NJW 1980, 64 (64); OLG Frankfurt NSTZ 81, 144 (145); Johnigk in: Brüssow u. a., Strafverteidigung, S. 59; Dahs, Handbuch, S. 198; Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 27.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

spräch mit Beamten der Ermittlungsbehörde, herrührt¹¹³. Darüber besteht allgemeiner Konsens.

Strittig sind die Grenzen des Rechts zur Informationsweitergabe. Die Rechtsprechung nimmt einerseits in Kauf, dass der Beschuldigte, gestützt auf das über den Verteidiger erlangte Wissen, versucht, den Sachverhalt zu verdunkeln, beispielsweise durch eine unwahre Einlassung¹¹⁴. Andererseits besteht laut BGH ein Weitergabeverbot, wenn durch die Informationsübermittlung der Untersuchungszweck gefährdet wird¹¹⁵. Gleiches soll gelten, wenn ein Missbrauch von überlassenen Auszügen oder Abschriften zu befürchten ist; als Beispiel nennt der BGH eine private Veröffentlichung¹¹⁶.

Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks und damit ein Weitergabeverbot bejaht die höchstrichterliche Rechtsprechung und ihr folgend Teile der Literatur, wenn der Beschuldigte durch die Unterrichtung von bevorstehenden Zwangsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden wie einer Durchsuchung seiner Wohnung oder einem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Haftbefehls erfahren würde¹¹⁷. Deshalb darf der Verteidiger den Beschuldigten auch nicht von einer angeordneten Telefonüberwachung informieren¹¹⁸. Nach der Gegenauffassung darf der Verteidiger auch in dem Fall den Beschuldigten vollumfänglich über die aus der Akteneinsicht erlangten Informationen in Kenntnis setzen¹¹⁹. Argumentiert wird unter anderem mit der Verfahrensrolle des Verteidigers als einseitiger Beistand des Beschuldigten¹²⁰ und einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

¹¹³Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 10; vgl. hierzu auch OLG Frankfurt NSTZ 1981, 144 (145).

¹¹⁴BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64); OLG Frankfurt NSTZ 1981, 144 (145).

¹¹⁵BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64); hierzu auch Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 23.2 m.w.N.; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 32 f.

¹¹⁶BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64). Vgl. auch Meyer-Goßner, StPO, § 147 Rn. 21 m.w.N.; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 33.

¹¹⁷BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64); Meyer-Goßner, StPO, § 147 Rn. 21 m.w.N.; Beulke, Strafprozessrecht, S. 102 (Rn. 160) m.w.N.

¹¹⁸Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20.

¹¹⁹OLG Hamburg StV 1991, 551 (551); Johnigk in: Brüssow u. a., Strafverteidigung, S. 59; Dahs, Handbuch, S. 198 f.; Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 11; Schäfer, Praxis Verfahren, S.25; weitere Nennungen finden sich bei Meyer-Goßner, StPO, § 147 Rn. 21.

¹²⁰Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 11.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

durch das Zurückhalten von Informationen¹²¹. Darüber hinaus wird geltend gemacht, dass allein der Strafverfolgungsbehörde als Normadressatin des § 147 Abs. 2 StPO die Prüfung obliegt, ob Akteneinsicht ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks gewährt werden kann und Fehler aus der Risikosphäre der Justiz, wie ein unbedacht plaudernder Staatsanwalt, insgesamt nicht zu Lasten des Beschuldigten gehen könnten¹²².

Wie dargelegt, muss der Verteidiger im Grenzbereich einer eigenen Strafbarkeit kein Risiko eingehen¹²³, weshalb hinsichtlich der Obergrenze der Verteidigung an der Stelle festzuhalten ist, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung eine Einschränkung des Informationsrechts des Verteidigers bei Gefährdung des Untersuchungszwecks bejaht.

Nach allgemeiner Ansicht macht sich der Verteidiger wegen Strafreiterei strafbar, wenn er Informationen über gegen den Beschuldigten geplante Zwangsmaßnahmen durch unzulässiges Verhalten wie Täuschung erlangt und an den Beschuldigten weitergibt¹²⁴. Die stets gegebene Möglichkeit, dass der Beschuldigte aufgrund der Unterrichtung durch den Verteidiger versucht, den Sachverhalt zu verschleiern, führt hingegen nicht zur Strafbarkeit¹²⁵. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH selbst dann, wenn der Verteidiger einen dahingehenden erheblichen Verdacht hegt¹²⁶. Allerdings muss die Weitergabe von Aktenauszügen in Kopie zur Vermeidung einer Strafbarkeit unterbleiben, wenn der Verteidiger sicher annehmen muss, dass der Beschuldigte die ausgehändigten Kopien für strafbare oder andere unzulässige Zwecke verwenden will¹²⁷.

6.1.2.2 Mindestanforderung

Mit Ausnahme der Mitteilung über gegen den Beschuldigten geplante Zwangsmaßnahmen besteht Einigkeit, dass der Verteidiger aus der Akten-

¹²¹Johnigk in: Brüssow u. a., Strafverteidigung, S. 59; Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 11.

¹²²KG NStZ 1983, 556 (558), Dahs, Handbuch, S. 198.

¹²³Siehe hierzu oben unter 5.2.4.5.

¹²⁴BVerfG NJW 2006, 3197 (3197); Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 11; Dahs, Handbuch, S. 199.

¹²⁵BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64).

¹²⁶BGHSt 29, 99 (103) = NJW 1980, 64 (64).

¹²⁷Dahs, Handbuch, S. 199.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

einsicht oder anderen Quellen erlangtes Wissen an den Beschuldigten weitergeben muss¹²⁸. Die Ausführungen des BGH zur Akteneinsicht sind eindeutig:

„Der Verteidiger ist deshalb in der Regel berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet, dem Beschuldigten zu Verteidigungszwecken mitzuteilen, was er aus den Akten erfahren hat (...). Im gleichen Umfang, wie er ihm den Akteninhalt mitteilen darf, ist er prozessual auch berechtigt, dem Beschuldigten Aktenauszüge und Abschriften aus den Akten zu überlassen (...).“¹²⁹

Als universelle Untergrenze der Verteidigung besteht daher die Verpflichtung des Verteidigers, den Beschuldigten über erlangte Kenntnisse zu informieren, sofern sie nicht bevorstehende Zwangsmaßnahmen betreffen oder in unzulässiger Weise gewonnen wurden¹³⁰. Das Überlassen von Aktenauszügen in Form von Fotokopien lässt sich nur als relative Untergrenze festlegen, weil dem Verteidiger zuzugestehen ist, beispielsweise über den Umfang der zu fertigenden Kopien unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten zu entscheiden. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Akteneinsichtsrecht die Befugnis des Verteidigers beinhaltet, eigenverantwortlich zu prüfen, welche Unterlagen für die Verteidigung von Belang sind¹³¹.

Was die Information des Beschuldigten über bevorstehende Zwangsmaßnahmen seitens der Strafverfolgungsbehörden anbelangt, kann es keine dahingehende Mindestanforderung an den Verteidiger geben, weil die höchstrichterliche Rechtsprechung in dem Punkt eindeutig ist und der Verteidiger hinsichtlich der Gefahr einer Strafbarkeit seiner Person kein Risiko eingehen muss¹³².

Dieses Ergebnis ist angesichts der im vorherigen Abschnitt angesprochenen, gewichtigen Argumente für die Gegenmeinung unbefriedigend. Für eine uneingeschränkte Informationsrechte lässt sich zudem anführen, dass der

¹²⁸BGHSt 29, 99 (102 f.) = NJW 1980, 64 (64); Dahn, Handbuch, S. 198 f.; bezogen auf die Akteneinsicht: Laufhütte in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 147 Rn. 3 a.E.; Schäfer, Praxis Verfahren, S. 25.

¹²⁹BGHSt 29, 99 (102) = NJW 1980, 64 (64)

¹³⁰Zu Pflichten des Verteidigers die Beziehung und Durcharbeitung von Akten betreffend siehe Barton, Mindeststandards, S. 326 ff.

¹³¹BGHSt 37, 204 (206) = NStZ 1991, 94 (94).

¹³²Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.4.5.

6.1 Umgang mit dem Beschuldigten

Verteidiger nach dem Mandatsvertrag kein Recht hat, dem Beschuldigten Informationen vorzuenthalten¹³³. Gleichwohl kommt das Formulieren einer Untergrenze hier nicht in Betracht, da eine Verpflichtung des Verteidigers ausscheidet, soweit dieser Gefahr läuft, sich strafbar zu machen¹³⁴.

Auf der sicheren Seite steht der Verteidiger jedenfalls, wenn er davon absieht, den Beschuldigten über eine bevorstehende Zwangsmaßnahmen zu informieren. Nicht verwehrt ist ihm allerdings der Hinweis an den Beschuldigten, dass aufgrund der momentanen Sachlage mit einer Zwangsmaßnahme in naher Zukunft gerechnet werden müsse¹³⁵. Unabhängig von seiner Kenntnis über geplante Zwangsmaßnahmen muss der Verteidiger dem Beschuldigten eine solche Mitteilung machen, wenn es nach der momentanen Sachlage angezeigt ist. Nur so kann er seine Pflicht zur umfassenden Beratung und Belehrung erfüllen. Hier besteht eine weitere, angesichts der wenig spezifischen Handlungsbeschreibung relative Untergrenze der Verteidigung.

6.1.3 Sonstige Hilfen

Der Verteidiger muss dem Beschuldigten Beistand leisten. Der Beschuldigte wird von seinem Verteidiger Hilfestellungen in den unterschiedlichsten Bereichen erwarten. Mitunter wird vom Verteidiger aber nicht nur das Ausüben der Verteidigertätigkeit, sondern eine darüber hinausgehende verfahrenswidrige Unterstützung gefordert, wie Hilfe bei der Flucht. Diese sonstigen Hilfen werden im Folgenden abgehandelt.

Hassemer unterscheidet zutreffend zwischen Jedermann-Handlungen und solchen Unterstützungshandlungen, die funktional Strafverteidigung sind¹³⁶. Sonstige Hilfen sind als Jedermann-Handlungen einzuordnen, für diese Art der Unterstützung bedarf es nicht der Institution der Strafvertei-

¹³³Dahs, Handbuch, S. 198.

¹³⁴Siehe hierzu die Ausführungen oben unter 5.2.4.5.

¹³⁵So auch das AG Köln, StV 1988, 256 (256), das betont, dass ein auf zulässigem Wege erlangtes Wissen des Verteidigers um bevorstehende Ermittlungshandlungen einer solchen Information des Beschuldigten nicht entgegensteht.

¹³⁶Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

digung¹³⁷. Beispiele für Jedermann-Handlungen sind neben der Fluchthilfe der Kassiberschmuggel sowie die faktische Beweisvereitelung¹³⁸.

Es liegt auf der Hand, dass sonstige Hilfen im Sinne von Jedermann-Handlungen prozessordnungswidrig sind und stets eine Strafbarkeit begründen¹³⁹.

Hinsichtlich der Konturierung von Untergrenzen ist festzuhalten, dass den prozessordnungswidrigen Jedermann-Handlungen keine Mindestanforderungen im Sinne von Untergrenzen gegenüberstehen. Weder kann es ein „bisschen“ erlaubte Hilfe zur Flucht geben, noch ein „bisschen“ zulässigen Kassiberschmuggel. Dementsprechend besteht auch keine Verpflichtung des Verteidigers zu einem solchen Handeln. Auf das Verfälschen und Unterdrücken von Beweismitteln wird noch später näher eingegangen¹⁴⁰.

6.2 Verständigung im Strafverfahren

Abreden im Strafverfahren, auch Deals genannt, sind in der Praxis an der Tagesordnung. Bis vor kurzem mussten sich die daran Beteiligten auf die vom BGH entwickelten Grundsätze stützen¹⁴¹. Mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009¹⁴² wurde die Materie mit Wirkung vom 4.8.2009 insbesondere mit dem neu geschaffenen § 243 Abs. 4 StPO und den neu eingefügten §§ 257b und § 257c StPO gesetzlich geregelt¹⁴³.

¹³⁷Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12.

¹³⁸Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12.

¹³⁹Vgl. BGH NStZ 1986, 323 (323); Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 17, 20. Für den Strafverteidiger beinhaltet eine solche Hilfestellung abgesehen von der Strafbarkeit zusätzlich einen Missbrauch der ihm eingeräumten, privilegierten Stellung, die ihm unter anderem Zugangsrechte zum Beschuldigten gewährt, vgl. hierzu Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12.

¹⁴⁰Siehe unten unter 6.3

¹⁴¹BGHSt 43, 195 (195 ff.) = NJW 1998, 86 (86 ff.); BGHSt 50, 40 (40 ff.) = NJW 2005, 1440 (1440 ff.); vgl. auch Laufhütte in: Hannich/Appl, KK-StPO, Vor § 137 Rn. 8.

¹⁴²BGBI I S. 2353.

¹⁴³Zur Entstehungsgeschichte siehe Niemöller in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Kommentar Verständigung, § 257c Rn. 2 ff.; zur Veränderung gegenüber dem bisher geltendem Recht Niemöller in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Kommentar Verständigung, § 257c Rn. 9 ff.

6.2.1 Strafrechtliches Risiko

Durch das Mitwirken an einer Verständigung kann sich der Verteidiger in unterschiedlicher Weise strafbar machen. Abgesehen von einer „klassischen“ Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kommt vor allem eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht¹⁴⁴. Darüber hinaus ist eine Strafbarkeit wegen Parteiverrats gemäß § 356 StGB möglich. Ob dieser Tatbestand durch das Mitwirken an einem Deal im Strafverfahren erfüllt werden kann, ist allerdings umstritten¹⁴⁵, kann aber angesichts der mit der Arbeit verfolgten Zielsetzung dahinstehen. Vorliegend ist der Fokus auf die verteidigerspezifische Strafbarkeit wegen Strafvereitelung zu richten, unter anderem weil diese strafrechtliche Obergrenze der Verteidigung am ehesten das Konturieren von korrespondierenden Untergrenzen erlaubt. Für den Straftatbestand des Parteiverrats hingegen lässt sich keine korrespondierende Untergrenze ausmachen, weil unter Zugrundelegung einer möglichen Strafbarkeit gemäß § 356 StGB kein Gegenstück im Sinne einer konkreten Mindestanforderung, die der Verteidiger erfüllen muss, ersichtlich ist.

Für die Strafvereitelung gilt die Besonderheit, dass nicht nur eine Strafbarkeit des Verteidigers, sondern auch der beteiligten Amtsträger, also der Richter, Staatsanwälte und Schöffen, wegen Strafvereitelung im Amt nach § 258a StGB im Raum steht. Die Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach § 258a StGB werden indes vor allem aufgrund des bestehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums regelmäßig nicht nachweisbar sein¹⁴⁶. Auch das Beratungsgeheimnis steht einer Nachweisbarkeit entgegen. Dementsprechend kommt dann auch eine Beteiligungsstrafbarkeit des Verteidigers ebenso wenig in Betracht wie eine Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangener Strafvereitelung¹⁴⁷.

¹⁴⁴Vgl. Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1297.

¹⁴⁵Hierzu Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1297 m.w.N.; Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 639.

¹⁴⁶Zu Einzelheiten Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1296 f.; Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 638.

¹⁴⁷Zu Einzelheiten Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1295; Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 638.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Daneben bleibt die Möglichkeit einer Strafbarkeit des Verteidigers wegen Strafvereitelung in unmittelbarer Täterschaft. Denkbar ist eine solche beispielsweise, wenn der Verteidiger bewusst unwahre Behauptungen aufstellt, um ein vorteilhafteres Verständigungsergebnis zu erreichen¹⁴⁸. Absprache-spezifische Besonderheiten sind hinsichtlich des Risikos einer Strafbarkeit des Verteidigers als Alleintäter nicht ersichtlich.

6.2.2 Mindestanforderung

Eine zivilrechtliche Inpflichtnahme des Verteidigers aufgrund eines Pflichtenverstößes im Rahmen einer Verständigung im Strafverfahren ist grundsätzlich möglich¹⁴⁹.

Im Bereich der Verständigung gibt es eine unübersehbare Vielfalt möglicher Fallgestaltungen¹⁵⁰. Deshalb lässt sich auf den ersten Blick dem beim strafrechtlichen Risiko angesprochenen Lügeverbot¹⁵¹ keine konkrete Mindestanforderung als Untergrenze gegenüberstellen.

Die Rechtsprechung hat die Verpflichtung des Verteidigers postuliert, das Gericht abzulehnen, wenn dieses nur unter Rechtsverstoß zur Mitwirkung an der Absprache bereit ist¹⁵². Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine mit einem Verbot korrespondierende Untergrenze. Die Rechtsprechung kann lediglich allgemein als Bestätigung der Forderung gesehen werden, dass der Verteidiger die ihm zur Verfügung stehenden Mittel bei Anbahnung einer Absprache in gleichem Umfang einsetzen muss wie im kontradiktorischen Verfahren¹⁵³.

Die Aussicht auf eine Verständigung bedeutet nie eine Verkürzung der vom Verteidiger zu beachtenden Pflichten¹⁵⁴. Beispielsweise muss der Verteidiger den Sachverhalt in gleicher Weise aufklären und rechtlich prüfen,

¹⁴⁸Hierzu Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1297; Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 639.

¹⁴⁹Siehe hierzu das nie rechtskräftig gewordene Urteil des OLG Düsseldorf StV 1997, 481 (483), sowie Satzger in: Bockemühl, Handbuch, S. 1298, 1301; Schlecht, Haftung, S. 117 ff.

¹⁵⁰Zu den Verhaltens- und Handlungsoptionen insbesondere des Angeklagten Niemöller in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Kommentar Verständigung, § 257c Rn. 36 f.

¹⁵¹Siehe oben unter 6.2.1 sowie unter 1.1 und 4.3.

¹⁵²BGH NSTZ 2005, 526 (526). Die Entscheidung wurde bereits unter 5.2.4.4 erörtert.

¹⁵³Vgl. hierzu Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 635.

¹⁵⁴Hierzu Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 632.

6.2 Verständigung im Strafverfahren

wie wenn keine einvernehmliche Verfahrensbeendigung im Raum stünde. Ebenso unerlässlich ist das Vorhandensein einer Verteidigerkonzeption¹⁵⁵, schließlich stellt das Ziel der Verständigung sozusagen ein Abfallprodukt des allgemeinen Verfahrensziels dar¹⁵⁶.

Es versteht sich von selbst, dass eine Verständigung nur bei Einverständnis des Beschuldigten in Betracht kommt und dieser stets umfassend zu informieren ist¹⁵⁷. Ebenso liegt auf der Hand, dass ein Hinwirken des Verteidigers auf einen unzulässigen Abspracheinhalt pflichtwidrig ist. Im Übrigen sind die zu treffenden Entscheidungen vom Einzelfall abhängig; insoweit lassen sich für diesen Bereich keine allgemeinen, für jeden Fall gültigen Untergrenzen der Verteidigung konturieren¹⁵⁸.

Allerdings birgt das Einlassen auf einen Verständigungsversuch stets die Möglichkeit des Scheiterns in sich. Es besteht die große Gefahr, dass das Verfahren dann für den Beschuldigten weit ungünstiger verläuft, als es ohne einen fehlgeschlagenen Verständigungsversuch der Fall gewesen wäre¹⁵⁹. Denn regelmäßig sehen Staatsanwaltschaft und Gericht die Bereitschaft zu einer Verständigung – insbesondere wenn ein Geständnis gegen hinreichenden Strafrabatt im Raum stand – als ein gewisses Schuldindiz an¹⁶⁰. Außerdem könnte man meinen, dass sich Gespräche über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung für die Verteidigung erübrigen, wenn man glaubt, nicht verurteilt werden zu können¹⁶¹. Nach einem gescheiterten Verständi-

¹⁵⁵Auf sie wurde bereits unter 6.1.1.2.3 eingegangen.

¹⁵⁶So Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 632.

¹⁵⁷Hierzu Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 634; Schlecht, *Haftung*, S. 118.

¹⁵⁸Deshalb beschränkt sich beispielsweise die Empfehlung bei Satzger in: Bockemühl, *Handbuch*, S. 1301, darauf, den Risiken mit taktischem Geschick und Umsicht zu begegnen.

¹⁵⁹Laut Dabs, *NStZ* 1988, 153 (157), nehmen „die erfolglos ‚angedealten‘ in Verfahrensausgang und Ergebnis den denkbar unerfreulichsten Fortgang.“

¹⁶⁰Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 633, meinen, dass der Richter „allein den Vorschlag eines möglichen Geständnisses in seine Bewertung des Sachverhalts aufnehmen“ wird; ebenso Schönemann, *NJW* 1989, 1895 (1899); dies muss auch gelten, wenn auf einen Vorschlag des Gerichts eingegangen wird, weshalb die angeführten Annahmen in ihrer Grundaussage nicht etwa angesichts des neuen § 257c StPO, der von einer Initiative des Gerichts ausgeht, als überholt anzusehen sind.

¹⁶¹Nach der Untersuchung von Schönemann, *NJW* 1989, 1895 (1900), ist das die Sichtweise der Justiz, während die befragten Rechtsanwälte selbst einer hohen Verurteilungswahrschein-

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

gungsversuch hat eine Freispruchverteidigung deshalb kaum Aussicht auf Erfolg¹⁶².

Eine Freispruchverteidigung und das Einlassen auf einen Verständigungsversuch, der ein Geständnis gegen die Gewährung einer Strafmilderung zum Gegenstand hat, müssen sich daher ausschließen¹⁶³. Ist eine Verständigung solchen Inhalts gescheitert, setzt sich der Verteidiger zudem in Widerspruch zu seinem vorherigen Verhalten, wenn er anschließend auf einen Freispruch hinarbeitet. Nachdem er zunächst zumindest indirekt die Schuld seines Mandanten eingeräumt hat, behauptet er anschließend das Gegenteil. Ein solches Vorgehen ist nicht weit entfernt von dem Aufstellen konkreter Lügen, jedenfalls ist es im Zweifel zum Nachteil des Beschuldigten. Deshalb kann als Untergrenze der Verteidigung formuliert werden, dass sich der Verteidiger zwingend zwischen dem Führen einer Verteidigung mit dem Ziel Freispruch und dem Einlassen auf Gespräche über eine verfahrensbeendende Verständigung, die ein Geständnis gegen einen Strafrabatt vorsieht, entscheiden muss. Diese universelle Untergrenze korrespondiert im weiteren Sinne mit dem als strafrechtlichem Risiko erläuterten Lügeverbot.

6.3 Beweismittel

Mit Beweisanträgen¹⁶⁴, Beweisermittlungsanträgen und Beweisanregungen¹⁶⁵ kann der Verteidiger das Verfahren beeinflussen. Dabei kann es ihm darum gehen, dass das Gericht bestimmte Tatsachen zur Kenntnis nimmt. Aber auch andere Ziele sind denkbar, wie eine „Früherkennung“ richterlicher Beweiswürdigung oder das „Festschreiben des Sachverhalts“¹⁶⁶.

lichkeit weit weniger Bedeutung einräumten. Siehe hierzu auch Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 633.

¹⁶²Dies hat eine empirische Untersuchung von Schönemann, *NJW* 1989, 1895 (899 f.), ergeben; siehe hierzu auch Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 633 m.w.N.

¹⁶³Siehe hierzu Ignor/Matt/Weider in: Widmaier, *Anwaltshandbuch*, S. 633.

¹⁶⁴Zum selbständigen Beweisantragsrecht des Verteidiger siehe Meyer-Goßner, *StPO*, § 244 Rn. 30.

¹⁶⁵Zum Ganzen vgl. Fischer in: Hannich/Appel, *KK-StPO*, § 244 Rn. 67 ff.

¹⁶⁶Zu den verschiedenen Möglichkeiten Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 449 ff.; Malek, *Hauptverhandlung*, S. 131.

Zunächst ist zu klären, inwiefern sich der Verteidiger im Umgang mit Beweismitteln und in Ausübung seines Antragsrechts einem strafrechtlichen Risiko aussetzen kann. Im Anschluss wird untersucht, ob sich für diesen Bereich der Beweismittel korrespondierende Untergrenzen der Verteidigung konturieren lassen. Dabei ist auch auf den Umgang mit Strafantragsberechtigten einzugehen, weil über das Vorliegen eines Strafantrags gegebenenfalls im Wege des Freibeweises zu entscheiden ist¹⁶⁷.

6.3.1 Strafrechtliches Risiko

Kann sich der Verteidiger allein schon durch das Stellen eines Beweisantrags strafbar machen? Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kommt nicht schon deshalb in Betracht, weil die Verurteilung des Beschuldigten in einem fortgeschrittenen Stadium der Hauptverhandlung durch das Stellen eines Beweisantrags verzögert wird¹⁶⁸ oder aufgrund des Beweisantrags die Hauptverhandlung unterbrochen oder ausgesetzt werden muss¹⁶⁹.

Der BGH hat, soweit ersichtlich, noch nie eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung bejaht, weil ein Verteidiger Prozessanträge zur Verschleppung des Verfahrens gestellt hat. Auf eine Prozessverschleppung gerichtete Beweisanträge können gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO abgelehnt werden, da dort ein entsprechender Ablehnungsgrund normiert ist. Der missbräulichen Nutzung prozessualer Rechte kann insgesamt mit den Instrumentarien der StPO begegnet werden¹⁷⁰. Ein strafrechtliches Risiko kann ein solches Verhalten nur begründen, wenn „die zu beurteilende Prozeßerklärung des Verteidigers ohne jeden Bezug zur Verteidigung ist oder sich als verteidigungsfremdes Verhalten erweist, das sich nur den äußeren Anschein der Verteidigung gibt, tatsächlich aber nach den Maßstäben des Strafverfahrensrechts

¹⁶⁷Griesbaum in: Hannich/ Appl, KK-StPO, § 158 Rn. 44.

¹⁶⁸OLG Köln StraFo 1999, 233 (235).

¹⁶⁹OLG Düsseldorf StV 1986, 288 (288). Gleiches gilt für das Einlegen aussichtsloser Rechtsmittel zwecks Verzögerung des Verfahrens, Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20.

¹⁷⁰Hierzu Müller in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2053.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

und des materiellen Strafrechts nichts zu solcher beizutragen vermag“¹⁷¹. Eine Strafbarkeit durch das Stellen von Beweisanträgen kommt also nur dann in Betracht, wenn verfahrensfremde und verfahrenswidrige Zwecke verfolgt werden, die über eine bloße Prozessverschleppung hinaus gehen¹⁷². Somit braucht der Verteidiger keine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung zu fürchten, wenn er in Wahrnehmung seiner prozessualen Befugnisse Beweisanträge stellt, mögen diese im Einzelfall auch auf eine Verschleppung des Verfahrens gerichtet sein.

Der Verteidiger muss einseitig zugunsten des Beschuldigten handeln. Aus dem Grund kommt eine Strafbarkeit durch das Nichtbenennen von Beweismitteln, die den Beschuldigten belasten, nicht in Betracht¹⁷³.

Abgesehen davon darf der Verteidiger Beweismittel weder manipulieren noch beiseite schaffen¹⁷⁴, andernfalls droht ihm eine Strafbarkeit gemäß § 258 StGB. Je nach Art der Handlung und des Beweismittels kommen darüber hinaus andere Straftatbestände in Betracht.

In dem Zusammenhang kommt wiederum die Verpflichtung des Verteidigers zur prozessualen Wahrheit zum Tragen. Die Rechtsprechung zur Strafbarkeit des Verteidigers zeigt, dass sich die Wahrheitspflicht des Verteidigers im Ergebnis auf das Einführen von und den Umgang mit Tatsachenmaterial beschränkt, über das Beweis zu erheben ist¹⁷⁵. Darüber hinaus setzt eine Strafbarkeit des Verteidigers grundsätzlich ein aktives Handeln voraus, Passivität führt hingegen in der Regel nicht zur Bejahung eines Straftatbestands¹⁷⁶. Außerdem geht die Rechtsprechung beim Verteidiger grundsätzlich von einem inneren Vorbehalt aus und stellt an den Nachweis des voluntativen Elements erhöhte Beweisanforderungen¹⁷⁷.

¹⁷¹So BGHSt 46, 36 (45) = NJW 2000, 2217 (2217), zum Ausschluss des Tatbestands der Volksverhetzung nach § 130 StGB durch die Klausel des § 86 Abs. 3 StGB. Zum Ganzen vgl. Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 79 ff.; Cramer in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2052 f.

¹⁷²Vgl. hierzu auch BGHSt 38, 111 (113) = NJW 1992, 1245 (1245 f.); BGH StV 1991, 99 (99 f.). Siehe hierzu auch Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 Rn. 27 a.E. m.w.N.

¹⁷³Fischer, StGB, § 258 Rn. 18.

¹⁷⁴Hierzu u.a. BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274); Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 392 ff. m.w.N.

¹⁷⁵So schon Mehle in: Brüssow u. a., FG Koch, 179 (186).

¹⁷⁶So schon Mehle in: Brüssow u. a., FG Koch, 179 (186).

¹⁷⁷Diese sogenannte Tatbestandslösung wurde oben unter 4.3 erörtert.

6.3.1.1 Zeugen und Strafantragsberechtigte

Der Verteidiger darf einen Zeugen nicht zur Falschaussage veranlassen, ansonsten steht eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung¹⁷⁸ beziehungsweise Anstiftung zur Falschaussage im Raum.

Der Verteidiger darf keinen Zeugen benennen, von dem er positiv weiß, dass er zur Falschaussage entschlossen ist¹⁷⁹. Damit ist es dem Verteidiger verboten, auf einen Zeugen zwecks Veranlassung einer unrichtigen, für den Beschuldigten günstigen Aussage einzuwirken, um ihn anschließend als Beweismittel benennen zu können¹⁸⁰. Hat der Verteidiger lediglich Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Richtigkeit einer Zeugenaussage, kann er diese jedoch ohne strafrechtliches Risiko einführen¹⁸¹.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bisher offen gelassen, unter welchen Voraussetzungen die Zusage einer Schmerzensgeldzahlung an einen Geschädigten für eine entlastende Aussage, deren Wahrheitsgehalt zweifelhaft ist, zu einer Strafbarkeit des Verteidigers führt¹⁸². Nach der Rechtsprechung darf sich der Verteidiger grundsätzlich um eine Schadensregulierung mit dem Geschädigten bemühen, auch wenn dieser zugleich Hauptbelastungszeuge ist¹⁸³. Unzulässig ist es aber nach der Rechtsprechung, wenn ein Verteidiger einem Zeugen einen Geldbetrag für eine bestimmte Aussage in Aussicht stellt, ohne dass es für die versprochene Zahlung eine Anspruchsgrundlage gibt¹⁸⁴. Darüber hinaus besteht laut BGH die Möglichkeit einer Strafbarkeit des Verteidigers, wenn der Zeuge zwar einen Zahlungsanspruch hat, die Zuwendung in Geld aber mit der Bedingung ver-

¹⁷⁸Je nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt ist eine täterschaftliche oder mittäterschaftliche Begehungsform, eine Anstiftung zur Strafvereitelung oder eine Versuchsstrafbarkeit gegeben. Siehe hierzu auch oben unter 4.2.

¹⁷⁹RGSt 66, 316 (324); BGHSt 29, 99 (107) = NJW 1980, 64 (64); BGH NJW 1983, 2712 (2712); BGHSt 46, 53 (56) = NJW 2000, 2433 (2435); Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 72 ff.

¹⁸⁰NJW 1983, 2712 (2712). Vgl. hierzu auch die Anmerkung von Beulke, NStZ 1983, 504 (504 f).

¹⁸¹BGHSt 46, 53 (56) = NJW 2000, 2433 (2435); Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 73.

¹⁸²BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435). In der genannten Entscheidung kam der BGH unter Zugrundelegung der für einen Verteidiger geltenden erhöhten Beweisforderungen nicht zu einer ausreichend belegten Vereitelungsabsicht. Vgl. zum strittigen Punkt der Zusage von Schmerzensgeldzahlungen auch Müller, NStZ 2002, 356 (358 ff.); Fischer, StGB, § 258 Rn. 21 a.E. m.w.N.; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 68 ff.

¹⁸³BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435).

¹⁸⁴BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

knüpft wird, dass der Zeuge durch seine Aussage vor Gericht das gewünschte Ergebnis bewirkt¹⁸⁵; dies gelte umso mehr, wenn die versprochene Aussage möglicherweise falsch ist und dies sich aufdrängt¹⁸⁶.

Im Einzelfall unsicher ist auch, wie Zahlungen einzuordnen sind, die auf das Unterlassen beziehungsweise die Rücknahme einer Anzeige oder eines Strafantrags abzielen¹⁸⁷. Die besseren Argumente sprechen wohl für die Zulässigkeit von Geldzuwendungen und anderen Vorteilen sowie deren Vermittlung, vorausgesetzt, es liegt zumindest auch die Motivation zum Schadensausgleich zugrunde und die Autonomie des zur Anzeige beziehungsweise zum Strafantrag Berechtigten bleibt unangetastet¹⁸⁸. Eine Vertiefung dieser Problematik ist vorliegend nicht zielführend, da sich aus der Strittigkeit bereits ergibt, dass es in dem Punkt keine Pflicht des Verteidigers im Sinne einer korrespondierenden Mindestanforderung geben kann.

Ohne Risiko kann der Verteidiger den Zeugen bitten, von einem ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen¹⁸⁹. Dabei darf er sich natürlich nicht unerlaubter Mittel wie Täuschung oder Nötigung bedienen¹⁹⁰. Nicht gestattet ist beispielsweise der Versuch, den Zeugen durch unwahre Angaben vom Erscheinen in der Hauptverhandlung abzuhalten¹⁹¹. Hingegen darf sich der Verteidiger darum bemühen, dass kein Strafan-

¹⁸⁵BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435).

¹⁸⁶BGHSt 46, 53 (58) = NJW 2000, 2433 (2435).

¹⁸⁷Hierzu Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 15 f. m.w.N.

¹⁸⁸Zum Ganzen Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 37 ff., 387 ff.

¹⁸⁹BGHSt 10, 393 (395) = NJW 1957, 1808 (1809); Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12; Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempf/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (49). Hingegen bejaht die wohl überwiegende Auffassung mit dem LG Ravensburg NStZ 2008, 177 (177, 178 f.), eine Garantenstellung von Zeugen und Sachverständigen, soweit diese eine prozessuale Aussagepflicht aus der StPO gegenüber Richtern und Staatsanwälten trifft; ein unberechtigtes Schweigen kann deshalb den Vorwurf einer Strafvereitelung durch Unterlassen begründen. Siehe hierzu insgesamt Ruhmannseder in: Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, § 258 Rn. 16 m.w.N.; Kindhäuser, LPK-StGB, § 258 Rn. 10 m.w.N.

¹⁹⁰BGHSt 10, 393 (393) = NJW 1957, 1808 (1808); BGHSt 29, 99 (107) = NJW 1980, 64 (65); Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 37. Beeinflusst der Verteidiger die Entscheidungsfreiheit des Zeugen durch Nötigung oder Zwang, kann mittelbare Täterschaft vorliegen; siehe hierzu Beulke/Ruhmannseder in: Hassemer/Kempf/Moccia, FS Klaus Volk, S. 45 (49), die in dem Zusammenhang auf die insoweit nicht abgedruckte Entscheidung BGH 43, 82 = NJW 1997, 595, verweisen.

¹⁹¹OLG Düsseldorf NJW 1991, 996 (996).

trag gestellt, beziehungsweise ein solcher zurückgenommen wird, solange er sich dabei im Rahmen des Zulässigen bewegt, also beispielsweise keine Falschaussage nahe legt¹⁹². Ebenso darf der Verteidiger auf das Unterlassen oder Zurückziehen einer Anzeige hinwirken¹⁹³, wenn keine Pflicht zur Anzeige besteht¹⁹⁴.

6.3.1.2 Urkunden

Geht es um Urkunden, kommen neben einer Strafbarkeit wegen Strafvereitelung auch die Urkundendelikte in Betracht. Die Rechtsprechung geht beim Verteidiger grundsätzlich von einem inneren Vorbehalt aus und stellt, um einen Gleichauf zwischen den Strafbarkeitsvoraussetzungen der verschiedenen Tatbestände zu erreichen, hohe Anforderungen an das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes¹⁹⁵.

Wie sich aus den zu Beweismitteln im Allgemeinen getätigten Ausführungen ergibt, genügt es für eine Strafbarkeit nicht, wenn der Verteidiger lediglich Zweifel an der Echtheit einer eingeführten Urkunde hat¹⁹⁶. Vielmehr bedeutet die Vorlage einer als falsch erkannten Urkunde für ihn erst dann ein strafrechtliches Risiko, wenn ihm die Fälschung bekannt ist¹⁹⁷.

Weil der Verteidiger streng einseitig zugunsten des Beschuldigten zu agieren hat, macht er sich nicht strafbar, wenn er ein den Beschuldigten belastendes Privatgutachten nicht vorlegt¹⁹⁸. Dies gilt selbst dann, wenn er zuvor zugesagt hat, der Staatsanwaltschaft sämtliche ihm vorliegende Gutachten zukommen zu lassen und durch das dann erfolgte „unvollständige“ Übersenden sich fälschlicherweise der Eindruck der Vollständigkeit ergibt¹⁹⁹.

¹⁹²OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 336 (336).

¹⁹³OLG Düsseldorf StV 1999, 531 (531).

¹⁹⁴Herrschende Meinung, vgl. Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 12 f. m.w.N.

¹⁹⁵Siehe hierzu oben unter 4.3.

¹⁹⁶BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274) ; vgl. auch Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 6 f.

¹⁹⁷BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274) ; vgl. auch Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 6 f.

¹⁹⁸LG Koblenz StV 1994, 378 (378).

¹⁹⁹LG Koblenz StV 1994, 378 (378).

6.3.2 Mindestanforderung

Wie sonst auch treffen den Verteidiger im Bereich der Beweismittel umfangreiche Prüfungspflichten, die aber wiederum keine korrespondierenden Untergrenzen der Verteidigung bilden.

Das Einführen von und der Umgang mit Beweismitteln ist in weiten Teilen mit taktischen Überlegungen verbunden, sodass konkrete Handlungsaufforderungen nur sehr bedingt benannt werden können. Entsprechend den vielfältig möglichen Fallgestaltungen, Vorgehensweisen und auch Problemen finden sich im Schrifttum zahlreiche, allerdings teils voneinander abweichende²⁰⁰ Empfehlungen zum angezeigten Vorgehen²⁰¹. Wo aber kein Konsens hinsichtlich des richtigen Vorgehens besteht, kann eine allgemeingültige Handlungspflicht nicht konturiert werden.

Das Formulieren einer Mindestanforderung im Sinne einer Untergrenze der Verteidigung setzt eine Reduktion des Entscheidungsspielraums des Verteidigers auf null voraus. Anders ausgedrückt: Ein bestimmter Umgang mit einem Beweismittel beziehungsweise ein bestimmtes Vorgehen muss sich in der gegebenen Situation als einzig richtige Maßnahme darstellen. Dann ist die Kompensation eines Verteidigermangels bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Haftungstatbestands auf dem Zivilrechtsweg möglich. Steht die Notwendigkeit eines Beweisantrags in Streit, hat der Regressrichter aufgrund von § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände festzustellen, ob das Erstgericht dem unterlassenen Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 3 und 4 StPO hätte stattgeben müssen²⁰².

Angesichts des weitgehenden Entscheidungsspielraums des Verteidigers und der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen kann eine Handlungsaufforderung zunächst unter Aufgreifen der Rechtsprechung nur allgemein formuliert werden:

²⁰⁰Vgl. Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 460 ff., sowie Malek, *Hauptverhandlung*, S. 138.

²⁰¹Vgl. Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 449 ff.; hinsichtlich des „richtigen“ Zeitpunkts einer Zeugenvernehmung vgl. Bandilla/Hassemer, *StV* 1989, 551 (551 ff.).

²⁰²So Rinsche/Fahrendorf/Terbille, *Haftung*, S. 597. Die Aussage an der genannten Stelle wird zwar unter der Bedingung getroffen, dass es nicht um die Beurteilung einer verteidigungsstrategischen Entscheidung geht. Wie dargelegt, kann jedoch auch im Falle einer solchen ein Verstoß gegen eine Verteidigerpflicht bejaht werden, wenn der Entscheidungsspielraum entsprechend reduziert ist.

6.3 Beweismittel

„Der Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten bestmöglich zu verteidigen. Ihm vorliegende oder zugängliche Beweismittel zu Gunsten seines Mandanten muß er einbringen. In diesem Rahmen ist er zwar verpflichtet, darauf zu achten, daß er nicht gefälschte oder sonst als unrichtig erkannte Beweismittel vorlegt. Hat er aber insoweit lediglich Zweifel an der Echtheit, ist er deshalb nicht befugt, ein Beweismittel zurückzuhalten. Andernfalls würde er in Kauf nehmen, ein möglicherweise echtes, entlastendes Beweismittel zu unterdrücken.“²⁰³

Eine Verpflichtung des Verteidigers zum Einführen eines Beweismittels besteht nur, sofern das Beweismittel dem Inhalt nach zugunsten des Beschuldigten spricht. Ist dies unzweifelhaft und hat der Verteidiger faktisch die Möglichkeit – um die Frage des Beschaffens von Beweismitteln geht es in dem Zusammenhang nicht – stellt die Vorlagepflicht des Verteidigers eine relative Untergrenze der Verteidigung dar²⁰⁴.

Verdichtet sich das Beweisantragsrecht des Verteidigers zu einer Pflicht, muss er den Gefahren, die mit der Beweiserhebung verbunden sind – wider Erwarten wird der Beschuldigte nicht ent- sondern belastet – Rechnung tragen, wenn er Zweifel hat, ob die Angaben und Einschätzungen des Beschuldigten, was die Vorteilhaftigkeit des Beweismittels angeht, zutreffen. Für einen solchen Fall wird zum Teil verlangt, dass der Verteidiger soweit als möglich außergerichtlich das fragliche Beweismittel prüft, indem er beispielsweise den Zeugen befragt oder die Örtlichkeit in Augenschein nimmt²⁰⁵. Ein solches Vorgehen ist natürlich wünschenswert, kann aber nicht eine Untergrenze der Verteidigung bilden, weil eine dahingehende Mindestanforderung nicht mit dem Umstand in Einklang gebracht werden kann, dass der Verteidiger grundsätzlich auf die Angaben des Beschuldigten vertrauen darf und nicht deren Zweifelhaftigkeit zum Anlass nehmen muss, eigene Ermittlungen anzustellen²⁰⁶. Aus dem Grund besteht in einer solchen Situation die universelle Untergrenze der Verteidigung darin, dass

²⁰³BGHSt 38, 345 (350) = NJW 1993, 273 (274).

²⁰⁴Unabdingbare Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Verteidigung ist, dass der Verteidiger das Beweisantragsrecht kennt. Das versteht sich von selbst und stellt keine korrespondierende Untergrenze der Verteidigung dar.

²⁰⁵Malek, Hauptverhandlung, S. 313.

²⁰⁶Hierauf wurde bereits oben unter 5.2.1.1, 6.1.1.1 und 6.1.1.2.1 eingegangen.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

der Verteidiger den Beschuldigten über die negativen Auswirkungen aufklärt, die ein fehlgegangener Entlastungsbeweis auf die richterliche Überzeugungsbildung hat²⁰⁷.

Abgesehen davon darf der Verteidiger nach ganz herrschender Meinung eigene Ermittlungen anstellen²⁰⁸, allerdings trifft ihn keine allgemeine Pflicht hierzu²⁰⁹. Aufgrund seiner Schadensverhütungspflicht muss er aber beispielsweise das Stellen von Beweisanträgen vermeiden, die sich für den Beschuldigten als schädlich erweisen können; gegebenenfalls kann deshalb das Einholen von Erkundigungen vonnöten sein²¹⁰. Der Verteidiger muss den Beschuldigten daher darauf hinweisen, wenn aufgrund fehlender Informationen Ermittlungen angezeigt sind²¹¹; dies stellt eine universelle Untergrenze der Verteidigung dar. Ob eigene Ermittlungen durchgeführt werden, fällt in den Entscheidungsspielraum des Verteidigers beziehungsweise des Beschuldigten²¹², eine allgemeingültige Untergrenze der Verteidigung lässt sich an der Stelle nicht formulieren²¹³.

Der Verteidiger muss einen Beweisantrag stellen, wenn er dies für angezeigt hält. Der Zeitpunkt der Antragstellung fällt in den Bereich der strategischen Entscheidungen und damit in den ihm zuzugestehenden Beurteilungsspielraum. Wie ausgeführt, geht mit dem Umstand, dass aufgrund eines Beweisantrags das Verfahren ausgesetzt oder die Verhandlung unterbrochen werden muss, kein strafrechtliches Risiko für den Verteidiger einher. Für die Untergrenze der Verteidigung ergibt sich daraus, dass der Verteidiger nicht zur Verfahrensökonomie verpflichtet ist²¹⁴.

²⁰⁷So auch Dabs, Handbuch, S. 448 f.

²⁰⁸Siehe hierzu oben unter 6.1.1.1 a.E. sowie Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 19 m.w.N.; dabei hat er natürlich keine Zwangsbefugnisse und muss sich zur Vermeidung einer Strafbarkeit im Rahmen des Zulässigen halten.

²⁰⁹Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2104; Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 63.

²¹⁰Barton in: Widmaier, Anwaltshandbuch, S. 2104; siehe auch Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 62: Kein Agieren „ins Blaue hinein“, wenn es um die Präsentation eines Zeugen geht.

²¹¹Siehe Müller-Gerteis, Haftungssituation, S. 63, die in Fußnote 266 ein Beispiel bildet, in dem der Verteidiger auf eine mögliche Einsichtnahme ins Verkehrszentralregister hinweisen muss.

²¹²Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 19.

²¹³Siehe hierzu oben unter 6.1.1.2.1 a.E.

²¹⁴Vgl. hierzu OLG Düsseldorf StV 1986, 288 (288).

6.3.2.1 Zeugen und Strafantragsberechtigte

Natürlich kann es keine Pflicht des Verteidigers geben, einen seiner Kenntnis nach zur entlastenden Falschaussage entschlossenen Zeugen zu benennen, weil es sich dabei um ein unzulässiges Verhalten handelt. In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass es selbst nach der Gegenansicht, die eine Prozessordnungswidrigkeit des eben beschriebenen Vorgehens verneint, keine dahingehende Verpflichtung des Verteidigers geben kann²¹⁵. Argumentiert wird zum einen damit, dass der Verteidiger im Grenzbereich der zulässigen Verteidigung kein Risiko eingehen muss. Zum anderen wird zu Recht darauf hingewiesen, dass es nicht nur um die Person des Verteidigers und dessen Strafbarkeit, sondern darüber hinaus um einen Dritten geht, der sich in der beschriebenen Konstellation ebenfalls strafbar macht²¹⁶.

Hat der Verteidiger nur Zweifel hinsichtlich des Wahrheitsgehalts einer beabsichtigten, den Beschuldigten entlastenden Zeugenaussage, besteht für ihn kein strafrechtliches Risiko. Vielmehr ist er regelmäßig zur Einführung der Zeugenaussage verpflichtet²¹⁷, sodass eine relative Untergrenze der Verteidigung festzustellen ist.

Die strafrechtliche Bewertung von Zahlungen, die auf das Absehen von einer Anzeige oder von einem Strafantrag beziehungsweise dessen Rücknahme abzielen, bereitet Schwierigkeiten. Gleiches gilt für das in Aussicht stellen von Zahlungen für eine bestimmte Zeugenaussage, wenngleich sich der Verteidiger um eine zivilrechtliche Schadensregulierung mit dem Geschädigten bemühen darf, auch wenn es sich dabei um den Hauptbelastungszeugen handelt. Solange nicht eine weitgehende Einigkeit über die strafrechtliche Einordnung der beschriebenen Handlungsweisen besteht, scheidet das Konturieren einer Untergrenze für diese Fälle aus. Denn der Verteidiger muss im Grenzbereich des Zulässigen kein Risiko eingehen.

Angedacht werden kann allerdings die Verpflichtung des Verteidigers, das Gericht von getroffenen Zahlungsvereinbarungen in Kenntnis zu setzen. Wie bereits mehrfach angesprochen, geht die Rechtsprechung grundsätzlich von einem inneren Vorbehalt des Verteidigers aus und hebt auf die Weise die

²¹⁵Mehle in: Brüssow u. a., FG Koch, S. 179 (189).

²¹⁶Mehle in: Brüssow u. a., FG Koch, S. 179 (189).

²¹⁷BGHSt 46, 53 (55 f.) = NJW 2000, 2433 (2435); vgl. hierzu auch Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 73; Malek, *Hauptverhandlung*, S. 160 ff.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Schwelle zur Strafbarkeit an. Der innere Vorbehalt kann widerlegt werden, wenn der Verteidiger über einen Wissensvorsprung verfügt und diesen nicht gegenüber dem Gericht offenbart²¹⁸. Aus dem Grund empfiehlt der BGH, die anderen Verfahrensbeteiligten über eine mit dem Belastungszeugen getroffene Zahlungsvereinbarung zu informieren, damit dem Verteidiger weiterhin ein Vorbehalt zugestanden werden kann²¹⁹. Allerdings verneint der BGH zugleich eine Rechtspflicht, sich zu offenbaren²²⁰. Dies spricht gegen die Möglichkeit der Formulierung einer Mindestanforderung.

Darüber hinaus wäre eine derart konturierte Untergrenze der Verteidigung unvereinbar mit der Verpflichtung des Verteidigers, einseitig zugunsten des Beschuldigten zu handeln. Die Parteilichkeit verbietet dem Verteidiger jegliches Handeln zum Nachteil des Beschuldigten. Aus dem Grund kann ein Offenlegen von Umständen, die geeignet sind, die Glaubwürdigkeit eines Entlastungszeugen zu erschüttern – bei Zahlungen als Gegenleistung für eine Aussage handelt es sich um solche Umstände – nicht vom Verteidiger erwartet werden²²¹. Vielmehr verbietet sich ein solches zu Lasten des Beschuldigten gehendes Verhalten des Verteidigers²²².

Angesichts seines Auftrags, eine Verurteilung des Beschuldigten zu verhindern, trifft den Verteidiger die Verpflichtung, auf das Unterlassen einer Anzeige beziehungsweise deren Rücknahme hinzuwirken. Abgesehen von dem mit einem strafrechtlichen Risiko behafteten Fall, dass eine Pflicht zur Anzeige besteht, bildet dies eine relative Untergrenze der Verteidigung. Sind die Strafverfolgungsbehörden aufgrund mangelnder Kenntnis noch nicht tätig geworden, stellt sich die beschriebene Tätigkeit als universelle Untergrenze der Verteidigung dar.

Darüber hinaus muss sich der Verteidiger nach Möglichkeit darum bemühen, dass kein Strafantrag gestellt wird beziehungsweise ein solcher zurückgenommen wird. Hierin liegt, da sich hierfür nicht nur die faktische Möglichkeit bieten muss, sondern einem anderen Handeln aufgrund von taktischen Erwägungen Raum einzuräumen ist, grundsätzlich eine relative Untergrenze

²¹⁸BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436). Zum Ganzen vgl. die Ausführungen unter 4.3.

²¹⁹BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

²²⁰BGHSt 46, 53 (60) = NJW 2000, 2433 (2436).

²²¹Müller, NStZ 2002, 356 (359).

²²²Müller, NStZ 2002, 356 (359).

ze. Hängt das Verfahren allein vom Vorliegen eines Strafantrags ab, weil es um ein absolutes Antragsdelikt geht, handelt es sich um eine universelle Untergrenze.

Ebenso muss sich der Verteidiger im Rahmen des Zulässigen dafür einsetzen, dass ein Zeuge von dem ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, wenn dies seiner Einschätzung nach für den Beschuldigten vorteilhaft ist²²³. Dies stellt eine universelle Untergrenze der Verteidigung dar.

6.3.2.2 Sachverständigenbeweis

Die Pflicht, ein Beweismittel einzuführen, wenn es nach dem Dafürhalten des Verteidigers zugunsten des Beschuldigten spricht, gilt natürlich auch hinsichtlich des Sachverständigenbeweises. Der Verteidiger muss auf die Beiziehung eines Sachverständigen hinwirken, wenn sich nach seiner Einschätzung daraus für die Verteidigung des Beschuldigten ein Vorteil ergibt (relative Untergrenze).

Hinsichtlich des Sachverständigenbeweises lassen sich allerdings keine weiteren, korrespondierenden Untergrenzen der Verteidigung ziehen, wenngleich dies wünschenswert wäre. Das Ergebnis des Sachverständigengutachtens entscheidet häufig über den Ausgang des Verfahrens²²⁴; eine Kompensation von Mängeln in der Revision scheidet regelmäßig aus²²⁵. Dennoch können konkrete Untergrenzen der Verteidigung nicht gezogen werden.

Zunächst einmal bestehen für den Verteidiger von vornherein nur geringe Einwirkungsmöglichkeiten, da die Auswahl des Sachverständigen gemäß § 73 StPO dem Richter obliegt und die StPO dem Verteidiger kein Recht zur Überwachung des Sachverständigen einräumt. Zudem ist nicht geklärt, ob

²²³Eine dahingehende Verpflichtung kann auch laut Schlecht, Haftung, S. 129, bestehen.

²²⁴So u.a. Bockemühl, Handbuch, S. 257.

²²⁵Lehmann, GA 2005, 639 (639 ff.). Eine erfolgreiche Geltendmachung von Mängeln in der Revision setzt voraus, dass sich eine fehlende Sachkunde des Gutachters aus dem Urteil selbst ergibt und eine Aufklärungsrüge ist nur möglich, wenn die Entscheidung des Gerichts Anlass zu Zweifeln gibt, Lehmann, GA 2005, 639 (641). Zum Ganzen Lehmann, GA 2005, 639 (639 ff.); Barton, StV 1983, 73 (73 ff.).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

der Verteidiger das Offenlegen der Unterlagen des Sachverständigen beanspruchen kann²²⁶.

Außerdem geht es beim Vorbringen von Einwänden gegen einen Sachverständigen und dessen Ergebnisse um eine taktische Frage. Zum Teil wird angenommen, das Infragestellen eines Sachverständigengutachtens gehe von vornherein mit psychologisch bedingten Nachteilen einher²²⁷, um daraus den Schluss zu ziehen, der Verteidiger habe aktiv bei der Auswahl des Gutachters mitzuwirken, obwohl er sich aufgrund seiner in diesem Punkt schwächeren Position regelmäßig nicht durchsetzen können wird²²⁸. Wegen der geringen Einflussmöglichkeiten bei der Auswahl befürworten andere Stimmen, den Akzent auf die Überwachung der Gutachtenerstellung und Kontrolle des Gutachtens zu legen²²⁹. Dabei stellt sich für den Verteidiger das Problem, dass er in der Regel nicht über die fachlichen Kenntnisse des Sachverständigen verfügt, was die Möglichkeit einer Überprüfung und Beurteilung des Sachverständigenbeweises naturgemäß einschränkt.

Selbstverständlich wird ein guter Verteidiger sich beispielsweise rechtsmedizinische und psychiatrische Kenntnisse aneignen, wenn er in Kapitalstrafverfahren tätig wird. Jedoch wird seine so erworbene Kompetenz regelmäßig nicht so weit reichen, dass man ihn in fachlicher Hinsicht mit dem jeweiligen Sachverständigen gleichstellen könnte. Dies ist ihm auch zuzugestehen, schließlich ist er Verteidiger und nicht etwa Rechtsmediziner oder Psychiater. Zudem geht es hier nicht um Mindestanforderungen, sondern um die Ansprüche, die an eine möglichst ideale Verteidigung gestellt werden. Dementsprechend zielen die zum Umgang mit dem Sachverständigenbeweis ausgesprochenen Empfehlungen auch auf eine möglichst effektive Verteidigung ab; in jedem Fall zu beachtende und damit zwingende Handlungsaufforderungen lassen sich aus ihnen nicht ableiten²³⁰.

Könnte ein Sachverständigenbeweis nach Einschätzung des Verteidigers zugunsten des Beschuldigten sprechen, kann ein Beweisantrag gestellt oder der Sachverständige ohne vorherige Ladung zum Termin mitgebracht wer-

²²⁶Grundsätzlich für einen solchen Anspruch Lehmann, GA 2005, 639 (646 f.).

²²⁷Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 304; in die Richtung auch Barton, StV 1983, 73 (79).

²²⁸Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 304 f.

²²⁹Barton, StV 1983, 73 (78).

²³⁰Vgl. Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 304 ff.; Lehmann, GA 2005, 639 (641 f.); Barton, StV 1983, 73 (77 ff.).

den²³¹. Die Entscheidung für ein Vorgehen ist wiederum eine strategische und fällt damit in den Entscheidungsspielraum des Verteidigers, der die Nennung konkreter Handlungsaufforderungen nicht erlaubt.

Dass der Verteidiger den Beschuldigten über seine Auskunftsverweigerungsrechte auch in Bezug auf eine Exploration durch einen Sachverständigen belehren muss, sollte sich von selbst verstehen. Abgesehen davon lässt sich für den Sachverständigenbeweis aus den genannten Gründen die nur sehr allgemeine relative Untergrenze formulieren, dass der Verteidiger auf die Erhebung eines Sachverständigenbeweises hinwirken muss, wenn dies nach seinem Dafürhalten für den Beschuldigten vorteilhaft ist.

6.3.2.3 Urkunden

Wie dargelegt, geht der Verteidiger kein strafrechtliches Risiko ein, wenn er Urkunden vorlegt, deren Echtheit er lediglich bezweifelt. Für den Fall – der Verteidiger hält eine Urkundenfälschung nur für möglich – besteht als relative Untergrenze eine Verpflichtung des Verteidigers zur Vorlage der Urkunde²³².

Hingegen ist das Vorlegen eines Privatgutachtens, das Belastendes für den Beschuldigten enthält, ein Verstoß gegen die Verteidigerpflicht zur Parteilichkeit. Ein solches Verhalten verbietet sich angesichts der Beistandsaufgabe des Verteidigers. Der Verteidiger muss streng einseitig zugunsten des Beschuldigten handeln, nur so kann er seine Position im dialektischen Strafverfahren ausfüllen und seinen Beitrag zum Auffinden der prozessualen Wahrheit leisten.

Nichts anderes gilt, wenn der Verteidiger zunächst gegenüber den Strafverfolgungsbehörden die Übermittlung aller ihm vorliegenden Gutachten zugesagt hat und durch die anschließende nur teilweise Übersendung der falsche Eindruck der Vollständigkeit entstanden ist²³³. Der Grund hierfür wird augenfällig, wenn man sich die Handlungsalternativen für den Verteidiger in der Situation vergegenwärtigt: Eine Aussage dahingehend, dass er

²³¹ Zu den verschiedenen Möglichkeiten Pfordte/Degenhard, *Anwalt*, S. 306 f.

²³² BGHSt 38, 345 (348 ff.) = NJW 1993, 273 (274). So u.a. auch Müller/Gussmann, *Berufsrisiken*, S. 6 f.

²³³ Vgl. hierzu die unter 6.3.1.2 beim strafrechtlichen Risiko bereits angesprochene Entscheidung des LG Koblenz StV 1994, 378 (378).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

ihm vorliegende Gutachten nur übersendet, wenn sie nicht zuungunsten des Beschuldigten sprechen, wäre absurd. Abgesehen davon stellt das einseitige Handeln für die Strafverfolgungsbehörde keine Überraschung dar, vielmehr muss und darf der Verteidiger nichts einbringen, was zu Lasten des Beschuldigten geht²³⁴.

6.4 Vortrag und Plädoyer

Im Folgenden stehen die Ausführungen, die der Verteidiger im Rahmen seines schriftlichen und mündlichen Vortrags und seines Plädoyers tätigt, im Fokus des Interesses. Die Ober- und Untergrenzen in dem Bereich werden dargestellt.

6.4.1 Ausführungen

Im Rahmen eines Strafverfahrens äußert sich der Verteidiger sowohl in schriftlicher als auch in mündlicher Form. Das strafrechtliche Risiko des Verteidigers sowie die möglichen Mindestanforderungen in dem Bereich sind darzustellen.

6.4.1.1 Strafrechtliches Risiko

Bei seinen Ausführungen unterliegt der Verteidiger der Wahrheitspflicht, die sich im Ergebnis auf das Einführen von und den Umgang mit Tatsachenmaterial beschränkt, über das Beweis zu erheben ist²³⁵. Der Verteidiger darf sich einerseits nicht straflos der Lüge bedienen, andererseits trifft ihn eine mit § 203 StGB strafbewehrte Pflicht zur Verschwiegenheit.

Rechtliche Ausführungen des Verteidigers betreffen weder die Wahrheit noch die Unwahrheit, sondern die Auslegung und Anwendung von Normen. Aus dem Grund können rechtliche Ausführungen von vornherein nicht zur Strafbarkeit führen. Sie sind vielmehr stets zulässig und der Verteidiger

²³⁴Dabei kann die Bestimmung, was zu Lasten des Beschuldigten geht, schwierig sein, vor allem wenn wegen einer Schuldunfähigkeit gemäß § 20 StGB außer einer Strafe auch eine Maßregel in Betracht kommt.

²³⁵Mehle in: Brüssow u. a., FG Koch, S. 179 (183 f.); siehe auch oben unter 6.3.1.

6.4 Vortrag und Plädoyer

darf seinem Vortrag auch Rechtsmeinungen zugrunde legen, die zugunsten des Beschuldigten sprechen, auch wenn der Verteidiger sie nicht teilt²³⁶. Ebenso erlaubt ist es, abwegige Rechtsauffassungen zu vertreten²³⁷.

Die Grenzen des zulässigen Verteidigervortrages im Übrigen verdeutlicht das folgende, so oder in ähnlicher Form immer wieder aufgegriffene Zitat:

„Alles, was der Verteidiger sagt, muß wahr sein, aber er darf nicht alles sagen, was wahr ist.“²³⁸

Daraus lässt sich ableiten, dass der Verteidiger als unwahr erkannte Behauptungen des Beschuldigten sich weder zu eigen machen noch als wahr hinstellen darf²³⁹. Hält der Verteidiger ein Vorbringen des Beschuldigten lediglich für zweifelhaft, kann er es aber ohne strafrechtliches Risiko zum Gegenstand seines Vortrags machen²⁴⁰. Eine Strafbarkeit des Verteidigers wird darüber hinaus nicht dadurch begründet, dass er gegen eine als wahrheitswidrig erkannte Angabe des Beschuldigten oder eines Zeugen nicht einschreitet²⁴¹.

Nach umstrittener Rechtsprechung ist es dem Verteidiger untersagt, die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen durch das Aufstellen unwahrer

²³⁶Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 86 f.; Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20.

²³⁷Hierzu Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 86 f.; Hassemer in: Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 21 m.w.N.

²³⁸Dahs, Handbuch, S. 36.

²³⁹BGHSt 29, 99 (107) = NJW 1980, 64 (65). Hierzu auch RGSt 66, 316 (324); OLG Frankfurt NSStZ 1981, 144 (145); Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20. Vgl. hierzu auch Malek, Hauptverhandlung, S. 171, der ausführt, auf wahrheitswidrige Aussagen dürfe der Verteidiger „die weitere Verteidigung stützen, zumindest solange er die vom ihm als falsch erkannten Behauptungen nicht als eigene übernimmt“. Teilweise anders Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1349), der meint, der Verteidiger müsse unzutreffende Behauptungen des Beschuldigten als wahr hinstellen, verboten sei ihm nur das Aufstellen unwahrer Behauptungen aus eigenem Antrieb.

²⁴⁰BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274); Düsseldorf StV 1998, 65 (66).

²⁴¹BGH MDR 1957, 267 (267). Hierzu u.a. auch Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 74, 405; Dahs, Handbuch, S. 154.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Behauptungen anzugreifen²⁴². Darüber hinaus darf der Verteidiger Zeugen nicht wider besseren Wissens verdächtigen²⁴³.

6.4.1.2 Mindestanforderung

Ob und in welchem Umfang der Verteidiger in Erfüllung seiner Beistandsaufgabe Ausführungen tätigt, ist größtenteils eine Frage der Taktik²⁴⁴. Dementsprechend hat der Verteidiger einen Entscheidungsspielraum und es gibt keinen allgemeine Konsens über das richtige Vorgehen im Einzelfall²⁴⁵. In Parallele zum Umgang mit Beweismitteln ergibt sich also eine nur eingeschränkte Möglichkeit, die Mindestanforderungen zu konturieren.

Darüber hinaus ist der Verteidiger in keinem Verfahrensstadium zu Ausführungen gezwungen²⁴⁶. Der Redefreiheit des Verteidigers²⁴⁷ stehen demzufolge keine Mindestanforderungen in Form von absoluten Handlungsgeboten gegenüber.

Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt ist aber, dass der Verteidiger entlastende Behauptungen des Beschuldigten vortragen muss, selbst wenn er die Unrichtigkeit der Angaben für wahrscheinlich hält²⁴⁸. Dabei handelt es sich um eine relative Untergrenze der Verteidigung.

Im Falle eines Beschuldigten, der zur Lüge greift, muss der Verteidiger einerseits die strafrechtliche Obergrenze der Verteidigung beachten, andererseits gebietet es seine Beistandsfunktion, die Lüge zu schützen²⁴⁹. Daraus ergibt sich als Gegenstück zum strafrechtlichen Risiko die Verpflichtung

²⁴²BGHSt 29, 99 (107); OLG Frankfurt NStZ 1981, 144 (146); OLG Düsseldorf StV 1994, 472 (472 f. – die Entscheidung ist auch in NStZ 1994, 450, abgedruckt, allerdings unter Auslassung der hier relevanten Passage); a.A. Brüssow u. a., FG Koch, S. 179 (189); Paulus, NStZ 1992, 305 (311); Hamm/Leipold, Formularbuch, S. 23 f., S. 34 m.w.N.; zum Ganzen Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, S. 74 f., 406 f.

²⁴³RG GA Bd. 73, 352 (354).

²⁴⁴Vgl. hierzu Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 300 ff.

²⁴⁵Zu Letzterem vgl. hinsichtlich der Frage des richtigen Zeitpunkts Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 301.

²⁴⁶Vgl. hierzu Malek, Hauptverhandlung, S. 226 f.

²⁴⁷Hierzu ebenfalls Malek, Hauptverhandlung, S. 227 f.

²⁴⁸BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274).

²⁴⁹Hierauf wurde bereits unter 6.1.1.1 eingegangen.

des Verteidigers, dem Beschuldigten nicht durch ein beredtes Schweigen zu schaden.

Fraglich ist, wie der Verteidiger sich verhalten muss, damit er weder die Grenze zum Unzulässigem überschreitet, noch bei als unrichtig erkannten Einlassungen des Beschuldigten dies mittelbar dem Gericht zu erkennen gibt, indem er die unwahren Angaben nur unter Wahrung von Distanz neutral übernimmt. Um der Gefahr eines beredten Schweigens zu begegnen, muss der Verteidiger unzutreffende Aussagen des Beschuldigten seinen Ausführungen zugrunde legen, selbst wenn er positive Kenntnis von deren Unwahrheit hat²⁵⁰. Allerdings ist es eine vom Einzelfall abhängige, taktische Frage, ob es der Verteidigung des Beschuldigten dienlich ist, wenn der Verteidiger sich auf als unwahr erkannte Angaben des Beschuldigten stützt. Außerdem gestattet die Rechtsprechung ein solches Vorgehen nur, solange der Verteidiger die Unrichtigkeit einer Behauptung nur für wahrscheinlich hält²⁵¹. Der Verteidiger befindet sich daher bei positiver Kenntnis im Grenzbereich zur eigenen Strafbarkeit. Deshalb lässt sich hier keine Mindestanforderung formulieren.

Abgesehen davon ist die Problematik des beredten Schweigens von der Frage zu trennen, ob der Verteidiger seine persönliche Überzeugung zugunsten des Beschuldigten geltend machen soll, wenn er dessen Einlassung wiedergibt oder darauf Bezug nimmt. Dabei handelt es sich um eine Frage des persönlichen Stils²⁵². Außerdem darf der Verteidiger nach allgemeiner Meinung keine unwahren Behauptungen aufstellen und sich demzufolge auch nicht wider besseren Wissens auf die Unschuld seines Mandanten berufen²⁵³. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nicht die persönliche Überzeugung des Verteidigers über den Ausgang des Verfahrens entscheidet, sondern die erlangte prozessuale Wahrheit²⁵⁴. Auch hier ist daher weder eine relative noch eine universelle Untergrenze ausmachen.

²⁵⁰So auch Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 63; Krekeler, NStZ 1989, 146 (153). Weitergehend Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1349), der dem Verteidiger in dem Fall ein eigenes Lügerecht zugesteht.

²⁵¹BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274).

²⁵²Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 63.

²⁵³BGHSt 29, 99 (107) = NJW 1980, 64 (65); Krekeler, NStZ 1989, 146 (153) m.w.N.

²⁵⁴Vgl. hierzu Schlothauer, Hauptverhandlung, S. 63 f; Müller/Gussmann, Berufsrisiken, S. 10 f.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Angesichts des von der Rechtsprechung angenommenen Verbots kann es keine Pflicht des Verteidigers geben, die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen mittels unwahren Behauptungen anzugreifen. Darüber hinaus verbietet sich unter anderem aus verfassungsrechtlichen Gründen jegliche Herabwürdigung des Zeugen, selbst wenn dieser nach Dafürhalten des Verteidigers zum Nachteil des Beschuldigten die Unwahrheit sagt²⁵⁵. Keinesfalls dürfen verbale Angriffe auf Zeugen selbst eine Rechtsgutverletzung darstellen²⁵⁶, weil dies nicht mehr von einer angemessenen Verteidigung abgedeckt wird und eine solches Vorgehen im Einzelfall zu einer Strafschärfung führen kann²⁵⁷. Aus dem Grund ist als relative Untergrenze der Verteidigung das Verbot festzuhalten, Zeugen dergestalt verbal zu attackieren, dass der Angriff selbst eine Rechtsgutverletzung beinhaltet und infolgedessen die Gefahr einer strafschärfenden Berücksichtigung gegeben ist.

Eine mit dem Verbot, falsche Verdächtigungen auszusprechen, korrespondierende Pflicht im Sinne einer Untergrenze ist nicht denkbar. Wie sich aus dem bereits Dargestellten ergibt, verbieten sich im Interesse des Beschuldigten jegliche Angriffe auf Zeugen, die selbst eine Rechtsgutverletzung darstellen. Zudem kann eine Parallele zur Beratung des Beschuldigten gezogen werden. Wie erörtert²⁵⁸, kann von einer anwaltlichen Beratung und Belehrung allgemein kein bestimmter Grad der Eindringlichkeit oder Intensität verlangt werden. Gleiches gilt für den Umgang mit Zeugen. Im Einzelfall kann der Entscheidungsspielraum des Verteidigers hinsichtlich der Frage, ob er tätig wird, auf null reduziert sein²⁵⁹. Denkbar ist auch, dass aufgrund der Situation von mehreren denkbaren Maßnahmen nur eine die richtige ist²⁶⁰. Die Möglichkeit, eine Mindestanforderung zu konturieren, scheidet aber aus, soweit es um das „Wie“ der Tätigkeit geht. In den Bereich fällt zumindest auch das Verdächtigen eines Zeugen wider besseren Wissens, da es

²⁵⁵Hierzu Dahs, Handbuch, S. 151 f.

²⁵⁶Hinsichtlich des Tatbestands der Beleidigung sind die besonderen Rechtfertigungsgründe des § 193 StGB zu beachten.

²⁵⁷Hierzu BGH NSTZ 2004, 616 (617); Dahs, Handbuch, S. 152 m.w.N.

²⁵⁸Siehe oben unter 5.2.1.3.

²⁵⁹Weiß der Verteidiger beispielsweise von einem Zeugen, der zur Entlastung des Beschuldigten aussagen will, so muss er tätig werden und den Zeugen als Beweismittel einzuführen. Siehe hierzu auch oben unter 6.3.2.

²⁶⁰Wie oben unter 5.2.4.4. erörtert, lässt sich in dem Zusammenhang eine Parallele zum Entschließungs- und Auswahlermessen der Verwaltung ziehen.

dabei um die Frage geht, wie massiv gegen eine Zeugenaussage vorgegangen wird, und eine solche Fragestellung den Grad des Einwirkens und damit das „Wie“ der Tätigkeit betrifft.

6.4.2 Antrag auf Freispruch beim erwachsenen Angeklagten

Eine seit langem geklärte und deshalb kurz abzuhandelnde Frage ist, ob der Verteidiger einen Freispruch des Beschuldigten beantragen darf, wenn er um dessen Schuld weiß. Inwieweit der Verteidiger verpflichtet ist, einen Freispruch zu beantragen, wird im Anschluss behandelt.

6.4.2.1 Strafrechtliches Risiko

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur besteht Einigkeit, dass das Hinwirken auf einen Freispruch sowie der Antrag auf Freispruch für den Verteidiger nicht mit einem strafrechtlich Risiko verbunden ist, wenn er positive Kenntnis von der Schuld des Angeklagten hat oder von dessen Schuld überzeugt ist²⁶¹. Aufgrund seiner mit § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbewehrten Pflicht zur Verschwiegenheit darf der Verteidiger sein Wissen um die Täterschaft des Beschuldigten nicht an Dritte weitergeben²⁶². Eventuelle ethische Bedenken des Verteidigers oder Gewissenskonflikte²⁶³ berühren nicht die Frage der Berechtigung, bei Kenntnis der Schuld Freispruch zu beantragen; sie sind im folgenden Kapitel zu den Mindestanforderungen anzusprechen.

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass der Verteidigung nur mit prozessual zulässigen Mitteln auf einen Freispruch des

²⁶¹RGSt 66, 316 (325); BGHSt 2, 375 (377) = NJW 1952, 894 (894 f., 896); BGHSt 29, 99 (107) = NJW 1980, 64 (65); BGHSt 38, 345 (350) = NJW 1993, 273 (274); Ackermann, NJW 1954, 1385 (1385); Peters, Strafprozeß, S. 242; Hammerstein, NSTZ 1997, 12 (12); Herdegen, NSTZ 2000, 1 (3); Spendel in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Günter Kohlmann, S. 683 (691); Dahs, Handbuch, S. 53; Kindhäuser, LPK-StGB, § 258 Rn. 7; Jahn in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 258 StGB Rn. 27; Stree in: Schönke/Schröder, StGB, § 258 Rn. 20; Schmidt/Priebe, Strafrecht BT I, S. 317.

²⁶²Hierzu Cohnitz, Jugendsachen, S. 57; Schlüchter, Strafverfahren, S. 110 (Rn. 103).

²⁶³Hierzu etwa Hammerstein, NSTZ 1997, 12 (12 ff.); Dahs, NJW 1957, 1158 (1159 ff.).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Beschuldigten hinwirken darf²⁶⁴. Zur Zulässigkeit eines Antrags auf Freispruch selbst ist damit aber noch nichts gesagt.

Die Berechtigung, einen Freispruch auch bei Kenntnis von der Täterschaft des Beschuldigten zu beantragen, ergibt sich bereits aus der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Strafverfahrens und darüber hinaus aus der Beistandspflicht des Verteidigers, die den Verteidiger zur strikten Einseitigkeit verpflichtet, weshalb er beispielsweise ihm bekannte und zugängliche Beweismittel, die für den Beschuldigten sprechen, einführen muss²⁶⁵. Die Zulässigkeit des Hinwirkens auf einen Freispruch bei mandatsinterner Kenntnis der Schuld des Angeklagten folgert der BGH aus „der wichtigen Aufgabe, welche dem Verteidiger in einem rechtsstaatlichen Verfahren zukommt“²⁶⁶. Aus der originären Beistandsaufgabe des Verteidigers ergibt sich also zwangsläufig die Befugnis, einen Freispruch unabhängig von seinem Wissen oder seinen persönlichen Überzeugungen zu beantragen. Denn diese Faktoren – persönliches Wissen und Überzeugungen – führen in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht zu einer Verurteilung. Vielmehr muss zur Wahrung der Justizförmigkeit nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen der Nachweis der Schuld des Beschuldigten lückenlos erbracht werden, damit eine Verurteilung in Betracht kommt. Gelingt dies nicht, greift der Grundsatz „in dubio pro reo“ und der Beschuldigte ist freizusprechen²⁶⁷. Der Rechtsstaat muss also die Möglichkeit einer materiell unrichtigen Entscheidung in Kauf nehmen, wenn der Nachweis nicht geführt werden kann²⁶⁸. Dabei muss ein Strafverfahren stets in justizförmigen und prozessordnungsgemäßen Bahnen verlaufen; um eine Überführung des Beschuldigten und Erforschung der Wahrheit um jeden Preis geht es gerade nicht²⁶⁹. Eine andere Ausgestaltung kann mit rechtsstaatlichen Anforderungen nicht in Einklang gebracht werden²⁷⁰. Bereits aufgrund allgemeiner prozessualer Grundsätze muss es daher dem Verteidiger erlaubt sein, wider besseren Wissens Freispruch zu beantragen.

²⁶⁴Vgl. hierzu BGHSt 2, 375 (377) = NJW 1952, 894 (896); Müller-Dietz, Jura 1979, 242 (251).

²⁶⁵BGHSt 38, 345 (350) = NJW 1993, 273 (274); vgl. auch die Ausführungen unter 6.3.2.

²⁶⁶BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274).

²⁶⁷Vgl. hierzu u.a. Müller-Dietz, Jura 1979, 242 (251); Hartmann, AnwBl 2002, 330 (331).

²⁶⁸Vgl. hierzu Dahn, Handbuch, S. 11.

²⁶⁹Vgl. hierzu BGHSt 14, 358 (365) = NJW 1960, 1580 (1582).

²⁷⁰Vgl. hierzu BGHSt 14, 358 (365) = NJW 1960, 1580 (1582).

6.4.2.2 Mindestanforderung

Dem Verteidiger ist es nicht nur erlaubt, bei interner Kenntnis der Schuld des Angeklagten auf dessen Freispruch hinzuwirken, sondern hierzu ist er auch grundsätzlich verpflichtet²⁷¹. Dies ergibt sich aus seiner Aufgabe, gegenüber Gericht und Staatsanwaltschaft als einseitig zu Gunsten des Beschuldigten handelnder Gegenspieler zu agieren und als solcher die Möglichkeiten, die ihm das Gesetz zur Erfüllung seiner Aufgabe einräumt, auszuschöpfen²⁷². Wie im vorherigen Abschnitt dargelegt, hat der Verteidiger unabhängig beziehungsweise trotz internen Wissens von der Täterschaft die Befugnis, einen Freispruch des Beschuldigten zu beantragen.

Gleichwohl besteht die Pflicht, einen Freispruch zu beantragen, nicht uneingeschränkt, weil der Verteidiger ausschließlich zu Gunsten des Beschuldigten handeln muss und die Zweckmäßigkeit eines Antrags auf Freispruch von der Prozesslage abhängt und beispielsweise unsinnig ist, wenn die Beweisaufnahme eindeutig die Schuld des Angeklagten ergeben hat und dessen Verurteilung keine anderen Gründe entgegenstehen. Deshalb kann der Verteidiger zum Hinwirken auf einen Freispruch und zum Stellen eines entsprechenden Antrags nur verpflichtet sein, wenn der Nachweis eindeutig nicht erbracht wurde (universelle Untergrenze) oder zumindest zweifelhaft scheint (relative Untergrenze). Bei der zuletzt genannten Fallkonstellation kann es sich nur um eine relative Untergrenze handeln, weil eine Einstufung der Zweifel an der Schuld nur fallabhängig und individuell erfolgen kann und folglich in den Beurteilungsspielraum des Verteidigers fällt.

Natürlich kann den Verteidiger, der sich im Gegensatz zum Beschuldigten nicht der Lüge zur Erreichung seines anvisierten Ziels bedienen darf²⁷³, keine Verpflichtung treffen, seinen Antrag auf Freispruch mit der Unschuld des

²⁷¹Eine derartige Verpflichtung bejaht zumindest indirekt BGHSt 38, 345 (348) = NJW 1993, 273 (274); für eine dahingehende Verpflichtung sprechen sich u.a. aus: Olk, Sacherklärungen, S. 42; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, S. 108 (Rn. 16); Herdegen, NStZ 2000, 1 (3); Heeb, Strafverteidigung, S. 36; Dahn, NJW 1957, 1158 (1160).

²⁷²In dem Zusammenhang ist wiederum zu betonen, dass es vorliegend nicht um das Gewähren einer optimalen oder idealen Verteidigung geht, sondern um Mindestanforderungen. Das Ausschöpfen der Möglichkeiten zugunsten des Beschuldigten ist Kernaufgabe des Verteidigers und damit grundsätzlich von den Mindestanforderungen mitumfasst.

²⁷³BGH NStZ 1999, 188 (189).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Beschuldigten zu begründen. Hierfür bleibt der nicht erbrachte beziehungsweise zweifelhafte Nachweis²⁷⁴.

Für ethische Bedenken des Verteidigers bleibt kein Raum. Sein Auftrag zur Einseitigkeit ist eindeutig und gebietet die Beantragung eines Freispruchs auch bei Kenntnis der Schuld des Angeklagten, sofern dies von der Prozesslage her möglich und angezeigt ist. Der Verteidiger muss verteidigen, nicht mehr, aber eben auch nicht weniger²⁷⁵. Das Befinden über Schuld und Unschuld gehört nicht zu seiner Aufgabe.

Freilich kann vom Verteidiger kaum ein Handeln entgegen seinem Gewissen verlangt werden. Gleichwohl kann eine grundsätzliche Beschränkung des Verteidigers auf die Verteidigung von Unschuldigen nicht sachgerecht sein. Anschaulich zeigt dies der Vergleich mit einem Arzt, der ausschließlich Gesunde behandeln will²⁷⁶. Vielmehr trifft den Verteidiger die Verpflichtung, das Mandat niederzulegen beziehungsweise von vornherein die Übernahme abzulehnen, wenn die Funktion des Beistandes eines Beschuldigten seiner inneren Überzeugung widerspricht. In dem Zusammenhang ist zu betonen, dass sich der gegen den Beschuldigten erhobene Vorwurf immer als zutreffend herausstellen kann, und eine Beschränkung der Verteidigung auf den tatsächlich Unschuldigen nicht mit den grundgesetzlichen Vorgaben und den Ansprüchen eines Rechtsstaates, wonach jedem unabhängig von seiner Schuld eine wirksame Verteidigung zu gewähren ist, in Einklang gebracht werden kann. Eine anderslautende private Meinung steht einem Anwalt selbstredend zu. Eine solche bedeutet aber eine Disqualifikation für die Übernahme von strafrechtlichen Mandaten und zieht die Verpflichtung zu einem entsprechenden Handeln nach sich²⁷⁷.

Auf die eben beschriebene Weise lassen sich Gewissenskonflikte in ihrer Entstehung verhindern beziehungsweise pragmatisch und effizient lösen. Die Gefahr, trotz erklärter Abneigung eine Verteidigung übernehmen zu müssen, ist angesichts der großen Anzahl von zugelassenen Anwälten und dem damit einhergehenden Konkurrenzdruck praktisch nicht gegeben.

²⁷⁴Hierzu Dahs, Handbuch, S. 54; Hammerstein, NStZ 1997, 12 (14).

²⁷⁵Zu den möglichen verhängnisvollen Folgen anwaltlicher Voreingenommenheit vgl. Steffen, Verteidigung, S. 354.

²⁷⁶Hamm in: Hamm, FS Werner Sarstedt, S. 49 (57).

²⁷⁷Zu den persönlichen Voraussetzungen, die ein Verteidiger haben sollte, vgl. Weihrauch, Ermittlungsverfahren, S. 7 f.

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Dies gilt ausdrücklich nicht nur im Bereich der Wahlverteidigungen, sondern auch bei Pflichtverteidigungen. Abgesehen davon wird vor allem bei „großen Fällen“ die Schuld des Angeklagten Anlass zu ethischen Bedenken geben, also bei Mandaten, die einem Anwalt nicht zufallen, sondern hart umkämpft sind.

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Abschließend ist zu klären, ob die Befugnisse und Pflichten des Verteidigers in der besonderen Verfahrensart des Jugendstrafverfahrens anders ausgestaltet sind.

Der im JGG verankerte Erziehungsgedanke²⁷⁸ führt zu den Fragen, ob der Verteidiger im Jugendstrafverfahren stets auf die mildest mögliche Rechtsfolge hinwirken darf und muss sowie ob ihn uneingeschränkt die Pflicht trifft, auch bei Kenntnis der Schuld seines Mandanten Freispruch zu beantragen.

Im Falle eines erwachsenen Angeklagten muss die Abwehr jeglichen staatlichen Strafanspruchs das Ziel des Verteidigers sein. Hinsichtlich des Jugendstrafverfahrens kann man aufgrund verschiedener Gesichtspunkte auf die Idee kommen, es könnte anderes gelten.

Dem bereits angesprochenen Erziehungsgedanken kommt eine Leitfunktion zu. Dies ergibt sich unter anderem aus § 2 Abs. 1 JGG, der zugleich die Zielsetzung des Jugendstrafrechts normiert:

„Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten.“

²⁷⁸Der Erziehungsgedanke wurde mit dem ersten eigenen Jugendgerichtsgesetz, dem Reichsjugendgerichtsgesetz vom 16.2.1923, gesetzlich verankert. Ein kurzer Überblick über die Geschichte des JGG bis zu den 50er Jahren mit weiterführenden Nennungen findet sich bei Potrykus, JGG, S. 10 f. Die Entwicklung des Jugendstrafrechts wird auch bei Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 32 ff., skizziert.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Der Zielsetzung entsprechend steht im Jugendstrafrecht die Person des Täters im Vordergrund (Täterstrafrecht) und nicht wie im Erwachsenenstrafrecht die Tat. Demgemäß weist das JGG eine anderes, am Erziehungsgedanken orientiertes Sanktionenspektrum auf. Als Rechtsfolgen einer Tat sieht das JGG Erziehungsmaßregeln (§ 9 ff. JGG), Zuchtmittel (§ 13 ff. JGG) sowie Jugendstrafe (§ 17 ff. JGG) vor.

Während Erziehungsmaßregeln ausschließlich auf eine erzieherische Wirkung abzielen, dienen Zuchtmitteln in erster Linie erzieherischen Zwecken, aber auch dem Ahnden einer Tat. Im Falle der Verhängung einer Jugendstrafe, der einzigen echten Kriminalstrafe des Jugendstrafrechts, muss der Erziehungsgedanke berücksichtigt werden. Das Verhängen einer Jugendstrafe kommt nur in Betracht beim Vorliegen schädlicher Neigungen (§ 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG) oder einer Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG)²⁷⁹.

Hinsichtlich der am Verfahren Beteiligten wird dem Erziehungsgedanken durch § 37 JGG Rechnung getragen, wonach die im Jugendstrafverfahren tätigen Richter und Staatsanwälte sowohl erzieherisch befähigt als auch in der Jugenderziehung erfahren sein sollten. Eine entsprechende Regelung für den Verteidiger gibt es nicht.

Das RJGG von 1943 enthielt in § 42 Abs. 2 die Regelung, dass der Pflichtverteidiger dem Erziehungsstrafrecht entsprechend erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung und Jugendführung erfahren sein sollte²⁸⁰. Diese Regelung fand keinen Eingang in das 1953 geschaffene Jugendgerichtsgesetz, da man eine missliche Differenzierung zwischen Wahlverteidiger und Pflichtverteidiger vermeiden wollte²⁸¹. In dem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass mit dem Begriff „Jugendführung“ die Führung einer

²⁷⁹Daneben sieht das JGG als mögliche Rechtsfolgen Maßregeln der Besserung und Sicherung vor, als da wären die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt sowie die Führungsaufsicht und die Entziehung der Fahrerlaubnis, § 7 JGG. Nach § 6 JGG können bis auf den Verlust öffentlicher Ämter und des aktiven und passiven Wahlrechts den jungen Täter auch alle Nebenfolgen des Erwachsenenstrafrechts treffen.

²⁸⁰RGBl I, 1943, S. 644.

²⁸¹Siehe BT-Drucks. 1/4437, S. 10; vgl. auch Beulke, StV 1987, 458 (458).

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Staatsjugend gemeint war²⁸². Es handelte sich hierbei um ein Relikt aus dem während des Dritten Reiches geltenden Jugendgerichtsgesetz²⁸³.

Die Richtlinie 1 zu § 68 JGG enthielt nur bis 1994 die Empfehlung, dass möglichst ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist, der erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren ist²⁸⁴.

Das Verhältnis zwischen Verteidiger und Jugendgericht wird oft als besonders störanfällig eingestuft. Zwar wird die Meinung, der Verteidiger sei im Jugendstrafverfahren unerwünscht oder überflüssig²⁸⁵, heute wohl nicht mehr vertreten. Allerdings kann sich der Verteidiger immer noch zum Beispiel dem Vorwurf ausgesetzt sehen, durch seine Tätigkeit den vom Richter angedachten Grundgedanken des gesamten Verfahrens, also den Erziehungsgedanken, zu torpedieren²⁸⁶.

Vor dem Hintergrund des für junge Täter geltenden Sonderstrafrechts ist daher zu fragen, ob der Verteidiger stets auf die mildeste Rechtsfolge und ob er auch im Falle der internen Kenntnis der Schuld seines Mandanten in jedem Fall auf einen Freispruch hinwirken darf und muss. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob man eine Bindung des Verteidigers an das das Jugendstrafrecht beherrschende Erziehungsprinzip bejaht.

6.5.1 Die Frage der erzieherischen Verpflichtung des Verteidigers

Die Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, bisher nicht festgelegt, ob und falls ja, inwieweit der Verteidiger an den das Jugendstrafrecht prägenden Erziehungsgedanken gebunden ist.

²⁸²Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (131).

²⁸³Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (131).

²⁸⁴Unabhängig davon hatte die Richtlinie 1 zu § 68 JGG wie Richtlinien allgemein keinen Verbindlichkeitscharakter. Siehe hierzu Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 (59); Ostendorf, StV 1986, 308 (308); Walter, NStZ 1987, 481 (483).

²⁸⁵Dahingehend äußerte sich z. B. Hinrichsen, RdJ 1956, 201 (202), und Schilling, RdJ 1956, 203 (204). Der Verteidiger wurde v.a. als „pädagogisches Risiko“ eingestuft, vgl. Hinrichsen, RdJ 1956, 201 (201), und Schilling, RdJ 1956, 203 (204).

²⁸⁶So Pfordte/Degenhard, Anwalt, S. 67.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

So ließ beispielsweise das OLG Hamburg²⁸⁷ offen, ob prozessuales Verteidigerhandeln, das dem Erziehungsprinzip zuwider läuft, zu einer groben Pflichtverletzung führen kann, die für eine Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung genügt²⁸⁸. Im zugrunde liegenden Fall war es zum Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung gekommen, weil der Verteidiger durch eine große Zahl von offensichtlich unbegründeten Anträgen und Erklärungen die Sachaufklärung behindert hatte²⁸⁹. Dem Verteidiger wurde vorgeworfen, die Hauptverhandlung in ein politisches Forum verwandeln und die Zeugen, die durch gegen sie erhobene Vorwürfe sowieso schon verängstigt waren, destabilisieren zu wollen²⁹⁰. Nach der Entpflichtungsverfügung des LG Hamburg hatte der Verteidiger mit seinem Handeln „jedenfalls in einem am Erziehungsgedanken orientierten Jugendstrafverfahren unzulässige verfahrensfremde Ziele verfolgt“²⁹¹.

In seiner Entscheidung über die Beschwerde gegen die Entpflichtungsverfügung äußerte sich das OLG Hamburg zur Mitverantwortung des Verteidigers für ein sachdienliches und in prozessual ordnungsgemäßen Bahnen verlaufendes Verfahren sowie zur Möglichkeit, die Pflichtverteidigerbestellung aus wichtigem Grund wegen grober Pflichtverletzung durch Missbrauch prozessualer Befugnisse aufzuheben²⁹². Wie erwähnt ließ das OLG Hamburg offen, „ob das Strafverfahren (...) in Jugendsachen durch das materielle Jugendstrafrecht prägende Erziehungsprinzip beeinflusst wird und demzufolge eine zur Entpflichtung führende grobe Pflichtverletzung des Verteidigers schon dann vorliegt, wenn sein prozessuales Verhalten das Erziehungsziel gefährdet oder verletzt“²⁹³. Hinsichtlich der streitigen Einbindung des Verteidigers in ein pädagogisches Konzept stellte das OLG Hamburg heraus, dass auch unter den Befürwortern einer Bindung des Verteidi-

²⁸⁷OLG Hamburg NJW 1998, 621 ff.

²⁸⁸Der Aufhebung der Beiordnung war keine Abmahnung prozessordnungsgemäßen Verhaltens vorausgegangen, weshalb die Entpflichtungsverfügung schon aus diesem Grund fehlerhaft war, OLG Hamburg NJW 1998, 621 (623).

²⁸⁹OLG Hamburg NJW 1998, 621 (621).

²⁹⁰OLG Hamburg NJW 1998, 621 (621).

²⁹¹OLG Hamburg NJW 1998, 621 (621).

²⁹²OLG Hamburg NJW 1998, 621 (621 ff.). Zu vorbenannter Entscheidung und insb. zur Problematik des ungeschriebenen Missbrauchsverbots: Kudlich, NStZ 1998, 588 ff.

²⁹³OLG Hamburg, NJW 1998, 621 (622).

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

gers kein Konsens besteht, ob es sich hierbei um ein überprüfbares Postulat handelt und ob prozess- oder berufsrechtliche Folgen denkbar sind²⁹⁴.

Die verschiedenen zur Inpflichtnahme des Verteidigers aufgrund des Erziehungsgedankens vertretenen Auffassung werden im Folgenden dargestellt.

6.5.1.1 Für den Vorrang des Erziehungsgedankens

Für die Vertreter einer mittlerweile in ihrer radikalen Ausprägung überkommenen Auffassung erfolgt die Durchführung des Jugendstrafverfahrens ausschließlich im Interesse der Entwicklung des jungen Beschuldigten, weshalb der Verteidiger uneingeschränkt an den Erziehungsgedanken gebunden sei²⁹⁵. Dementsprechend spricht zum Beispiel Potrykus vom „Genuss der angemessenen Erziehung“²⁹⁶ und Becker von Erziehungsmaßnahmen als „Wohltat“, die nicht als Übel aufgefasst werden können²⁹⁷. Das Jugendstrafverfahren wird als Erziehungsverfahren angesehen, durch das der Anspruch des jungen Beschuldigten auf eine gute Erziehung, für die notfalls die Allgemeinheit zu sorgen hat, gewährleistet wird²⁹⁸. Die Verteidigeraufgabe habe hinter der Erziehungsaufgabe des Verteidigers zurückzutreten²⁹⁹.

Als unverzichtbarem „Organ der Erziehungsrechtsflege“³⁰⁰ werden dem Verteidiger von der hier erläuterten Extremposition umfassende erzieherische Aufgaben zugeteilt³⁰¹, die Hauptverhandlung wird als „große pädagogische Chance“ angesehen³⁰². Insbesondere soll der Verteidiger aus erzie-

²⁹⁴OLG Hamburg, NJW 1998, 621 (622).

²⁹⁵So u.a. Hauber, RdJ 1979, 355 (360 ff.); Cohnitz, RdJ 1956, 196 (197 f.); Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1; Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (132).

²⁹⁶Potrykus, RdJ 1956, 202 (202).

²⁹⁷Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (132). So auch Cohnitz, RdJ 1956, 196 (198): „Die Erziehung eines straffälligen Jugendlichen zu einem rechtschaffenden Menschen ist kein Übel, sondern eine Wohltat.“

²⁹⁸Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (132).

²⁹⁹So u.a. Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1; Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (132); Hauber, RdJ 1979, 355 (360 f.).

³⁰⁰So Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (131).

³⁰¹So etwa von Hauber, RdJ 1979, 355 (360 ff.); Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (131); Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1. Potrykus führt beispielsweise aus, der Verteidiger könne dem Beschuldigten die Verwerflichkeit der Tat vor Augen führen, wenn er sie begangen hat.

³⁰²Härringer in: Württemberg, Freiheitsstrafe, S. 171-185 (176).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

herischen Gründen auch auf ein Geständnis des Beschuldigten hinwirken³⁰³. Dem Verteidiger wird nicht zugestanden, den Beschuldigten „auf alle Fälle reinzuwaschen“³⁰⁴ oder gegen den Beschuldigten sprechende Umstände zu beschönigen oder kleinzureden³⁰⁵. Der Verteidiger soll vielmehr durch Anträge und Anregungen „das Verfahren in die richtigen Bahnen (...) lenken“³⁰⁶, das heißt seine Tätigkeit danach ausrichten, inwiefern der Beschuldigte einer erzieherischen Einwirkung bedarf³⁰⁷. Die Erziehungsarbeit des Verteidigers soll dazu beitragen, dass der Beschuldigte die gegen ihn ausgesprochenen Rechtsfolge annimmt, was aus erzieherischer Sicht als unerlässlich eingestuft wird³⁰⁸.

Dem Verteidiger wird von den Vertretern dieser Ansicht unter anderem auch auferlegt, nach Möglichkeit bei den Eltern des Beschuldigten auf das aus erzieherischer Sicht richtige Verhalten gegenüber dem Beschuldigten hinzuwirken³⁰⁹. Angesichts des Umstands, dass der Verteidiger den Verfahrensausgang anzustreben hat, der aus seiner Sicht am erzieherisch sinnvollsten ist, sehen Cohnitz und Hauber hinsichtlich der Aufgabe des Verteidigers eine Parallele zur Aufgabe der Jugendgerichtshilfe³¹⁰.

Die Restriktion der Verteidigertätigkeit aus erzieherischen Gründen erstreckt sich nach dieser Auffassung auch auf das Plädoyer des Verteidigers. So soll sich der Verteidiger weitgehend darauf beschränken, herauszustellen, was unabhängig von begangenen Fehlern für den Beschuldigte spricht³¹¹. Daneben soll er gegebenenfalls aufzeigen, wie mit einer weniger einschneidenden Maßnahme der von allen Beteiligten angestrebte Erziehungserfolg bewirkt werden kann³¹².

Aufgrund der Einbindung des Verteidigers in das pädagogische Gesamtkonzept darf er stets nur auf die seines Erachtens erzieherisch zweckmä-

³⁰³Für viele: Härringer in: Württenberger, Freiheitsstrafe, S. 171 (174 ff.); Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (131 f.).

³⁰⁴Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1.

³⁰⁵Hauber, RdJ 1979, 355 (361); Cohnitz, Jugendsachen, S. 69.

³⁰⁶Hauber, RdJ 1979, 355 (361).

³⁰⁷Cohnitz, Jugendsachen, S. 65 f.

³⁰⁸Hauber, RdJ 1979, 355 (360).

³⁰⁹Becker, Jugendwohl 1952, 130–133 (132); Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1.

³¹⁰Cohnitz, Jugendsachen, S. 66; Hauber, RdJ 1979, 355 (360).

³¹¹Hauber, RdJ 1979, 355 (361); Cohnitz, Jugendsachen, S. 69.

³¹²Cohnitz, Jugendsachen, S. 69.

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

ßigste Rechtsfolge hinarbeiten³¹³. Demnach ist eine Antrag auf Freispruch bei interner Kenntnis der Schuld des Beschuldigten mit der erzieherischen Aufgabe des Verteidigers unvereinbar³¹⁴. Nur wenn die Verhängung einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld (§ 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG) in Betracht kommt, ohne dass beim Beschuldigten schädliche Neigungen und damit eine Erziehungsbedürftigkeit vorliegen, ist die Aufgabe des Jugendstrafverteidigers der des Verteidigers eines Erwachsenen angenähert und er darf eine möglichst milde Bestrafung anstreben³¹⁵.

6.5.1.2 Für eine teilweise erzieherische Einbindung

Zur Frage der erzieherischen Einbindung des Verteidigers vertreten viele Autoren bei unterschiedlicher Ausgestaltung eine vermittelnde Auffassung³¹⁶, die eine erzieherische Anbindung des Verteidigers im Bereich der Schuldfrage und des Tatnachweises ablehnt. Dem Verteidiger wird hier dieselbe Funktion zugeschrieben wie im Verfahren gegen Erwachsene, als Begründung wird das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit angeführt³¹⁷.

Zum Teil wird eine Orientierung des Verteidigers am Erziehungsgedanken befürwortet, soweit es um die Sanktionenfindung geht.

Streng geht beispielsweise davon aus, dass die Idee eines erzieherischen Zusammenwirkens zwischenzeitlich als Illusion erkannt oder doch zumindest relativiert worden ist³¹⁸. Gleichwohl sieht er die Abwehr jeglicher Konsequenzen als alleiniges Verteidigungsziel im Hinblick auf die Zukunft des jugendlichen oder heranwachsenden Beschuldigten als problematisch an, etwa wenn durch die Verteidigung eine notwendige erzieherische Maßnahme

³¹³Cohnitz, *Jugendsachen*, S. 66; Becker, *Jugendwohl* 1952, 130–133 (132); Potrykus, *JGG*, § 68, Bem. 1; Potrykus, *RdJ* 1956, 202 (200); Brunner, *JGG*, (8. Aufl.), § 68 Rn. 5 – anders in späteren Auflagen.

³¹⁴Cohnitz, *RdJ* 1956, 196 (198); Brunner, *JGG*, (8. Aufl.), § 68 Rn. 5 – anders in späteren Auflagen.

³¹⁵Cohnitz, *Jugendsachen*, S. 66.

³¹⁶So u.a. Beulke, *StV* 1987, 458 ff.; Kudlich, *NStZ* 1998, 588 (589); Ulrich, *NJW* 1984, 2913 ff.; Walter, *NStZ* 1987, 481 ff.; Schlüchter in: Bundesministerium der Justiz, *Verteidigung*, S. 29 ff.

³¹⁷Kudlich, *NStZ* 1998, 588 (589).

³¹⁸Streng, *JugendStR*, S. 70 (Rn. 46), folgert dies aus dem Umstand, dass die in der alten Richtlinie 1 zu § 68 JGG enthaltene bereits oben angesprochene Empfehlung, nur erzieherisch befähigte Verteidiger zur Pflichtverteidigung heranzuziehen, nicht in die neuen Richtlinien übernommen wurde.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

vereitelt wird oder beim jugendlichen Beschuldigten die falsche Vorstellung eigener Straf-Unverletzlichkeit entsteht³¹⁹. Aus dem Grund baut er darauf, dass der Verteidiger als einseitiger Interessensvertreter des Beschuldigten agiert und seine Bereitschaft zu einer am Erziehungsgedanken orientierten „kooperativen“ Verteidigung davon abhängig macht, inwieweit er im Strafverfahren einen erzieherischen Nutzen für seinen Mandanten erkennt³²⁰.

Wie etwa auch Beulke³²¹ vertritt Streng damit die vermittelnde Ansicht, die ein erzieherisches Tätigwerden des Verteidigers fordert, sofern es um erzieherisch geprägte Maßnahmen gegen den Beschuldigten geht. Dann soll der Verteidiger laut Beulke „nicht das pädagogisch Sinnlose, aber weniger Belastende anstreben“³²².

Bei drohender Jugendstrafe ist wegen deren überwiegend repressiven Charakters nach einhelliger Ansicht allein die Abwehr des Strafübels angezeigt³²³. Die Einordnung der Jugendstrafe als Strafe entspricht auch der Ansicht des BGH, nach dessen Feststellungen die Jugendstrafe keine mildere Strafe als die Gefängnisstrafe darstellt³²⁴.

Im Übrigen wird unterschiedlich beurteilt, wann aufgrund des überwiegend erzieherischen Charakters einer Maßnahme ein erzieherisches Anliegen des Verteidigers zum Tragen kommen soll. So geht es beispielsweise nach Streng bei der drohenden Verhängung von Jugendarrest einzig um die Abwehr der Strafsanktion³²⁵, während sowohl Beulke also auch Schlüchter hier abwägen wollen³²⁶.

Keine Einigkeit kann auch hinsichtlich der Erziehungsmethoden und -ziele im Allgemeinen erreicht werden, weshalb Beulke die Bindung des Ver-

³¹⁹Streng, JugendStR, S. 70 (Rn. 46).

³²⁰Streng, JugendStR, S. 70 f. (Rn. 46).

³²¹Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216; Beulke, StV 1987, 458 ff. Weitere Vertreter dieser Richtung sind Schlüchter in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 29 (34 f.) sowie Kudlich, NStZ 1998, 588 (589).

³²²Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³²³Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216; Streng, JugendStR, S. 71 (Rn. 46); Schlüchter in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 29 (34 f.).

³²⁴BGHSt 10, 100 (100, 103): Der BGH bezeichnet Jugendstrafe und Gefängnisstrafe als „ihrem Wesen nach verschiedene Strafübels“.

³²⁵Streng, JugendStR, S. 71 (Rn. 46).

³²⁶Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216; Schlüchter in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 29 (34 f.).

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

teidigers an den Erziehungsgedanken im Sanktionenbereich als ein „nicht überprüfbares Postulat“ einstuft³²⁷. Dies ergibt sich laut Beulke auch daraus, dass nicht vorausgesagt werden kann, für welche Rechtsfolge sich das Jugendgericht letztlich entscheidet³²⁸. Daher müsse der Verteidiger, der jugendpsychologische und jugendpädagogische Leitprinzipien nicht zum Maßstab seines Verhaltens macht, keine negativen Konsequenzen befürchten, weder prozessrechtlicher noch standesrechtlicher Art³²⁹.

Eisenberg hält eine erzieherische Ausgestaltung der Verteidigertätigkeit zwar für angezeigt, jedoch nur in einem engen Rahmen³³⁰. Seines Erachtens geht im Konfliktfall die Verteidigung etwaigen erzieherischen Interessen vor³³¹. Aufgrund des Anspruchs auf effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 c MRK) und angesichts des Umstands, dass auch die im JGG vorgesehenen Rechtsfolgen strafende Elemente aufweisen, habe der Verteidiger seiner Beistandspflicht genauso nachzukommen wie im Verfahren gegen Erwachsene³³².

Ein Abstellen auf den Charakter der Maßnahme lehnt Eisenberg ab. Eines seiner Argumente hiergegen ist, dass es keinen Konsens darüber gibt, nach welchen Kriterien die Schwere einer Rechtsfolge beurteilt werden soll³³³.

Außerdem kann laut Eisenberg nur ein als einseitiger Interessensvertreter agierender Verteidiger zu einer Akzeptanz des Jugendgerichtsverfahrens durch den Jugendlichen führen³³⁴. Bei einem dem Erziehungsprinzip entsprechenden Verhalten des Verteidigers im Bereich der Sanktionenfindung würde die Erwartung des Beschuldigten, tatsächlich gegen jeglichen staatlichen Angriff verteidigt zu werden, enttäuscht und eine Akzeptanz vereitelt³³⁵.

³²⁷Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³²⁸Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³²⁹Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³³⁰Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 10 ff.; in diese Richtung auch Ulrich, NJW 1984, 2913 (2915 ff.).

³³¹Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 7 und 12.

³³²Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 10. In diese Richtung auch Fuchs, der aus der Beistandsfunktion eine pädagogische Mitverpflichtung folgert, gleichzeitig aber den Verteidiger uneingeschränkt zu Abwehr der Strafverfolgung verpflichtet sieht. Siehe hierzu Fuchs, Jugendstrafverfahren, S. 43.

³³³Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 10.

³³⁴Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 11.

³³⁵Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 11.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

In eine ähnliche Richtung wie Eisenberg geht Walter, der darauf hinweist, dass der jugendrechtliche Erziehungsgedanke nicht mit Erziehung im pädagogischen Sinn gleichgesetzt werden kann und meint, der Verteidiger könne aufgrund seiner geschützten Vertrauensbeziehung „noch am ehesten als Erzieher in einem pädagogischen Sinne angesehen werden“³³⁶. Erziehung bedeutet nach Walters Auffassung nicht eine Einschränkung der Verteidigung, da „vielmehr die Wahrnehmung eigener Interessen selbst ein Stück staatsbürgerlicher Sozialisation darstellt“³³⁷. Dem Verteidiger obliegt nach Walter nicht nur die Abwehr von Repressionen, sondern gegebenenfalls auch das Auffinden von Hilfestellungen, die den Bedürfnissen des Beschuldigten entsprechen³³⁸. Auf die Weise soll die soziale Teilhabe des Beschuldigten erweitert werden³³⁹.

6.5.1.3 Gegen eine Bindung des Verteidigers

Die Ansicht, wonach der Verteidiger nicht an ein wie auch immer geartetes erzieherisches Konzept gebunden ist, hat einige Anhänger gefunden³⁴⁰. Dem Verteidiger obliegt danach als Interessensvertreter des Beschuldigten sowohl die Abwehr des staatlichen Straf- als auch des staatlichen Erziehungsanspruchs³⁴¹. Erzieherische Gesichtspunkte können danach für den Verteidiger nur eine Rolle spielen, wenn der Beschuldigte geständig ist und durch das Aufzeigen von günstigen Erziehungsaspekten auf eine mildere Bestrafung hingewirkt werden kann³⁴².

Eine erzieherische Einbindung würde nach dieser Ansicht einen unauflösbaren Konflikt mit der gesetzlichen Beistandsfunktion bedeuten³⁴³. Gerade

³³⁶Walter, NStZ 1987, 481 (482).

³³⁷Walter, NStZ 1987, 481 (482).

³³⁸Walter, NStZ 1987, 481 (482).

³³⁹Walter, NStZ 1987, 481 (482).

³⁴⁰Hierzu zählen etwa Diemer in: Diemer/Schoreit/Sonnen, JGG, § 68, Rn. 4; Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 83 f. (Rn. 75 ff.); Zieger, StV 1982, 305 ff.; Gatzweiler in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 147 ff.; Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 ff.; Schlickum, StV 1981, 359 (359 ff.).

³⁴¹Für viele: Gatzweiler in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 147 (153).

³⁴²Gatzweiler in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 147 (148).

³⁴³Ostendorf, Jugendstrafrecht, S. 84 (Rn. 77).

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

im Jugendstrafverfahren habe sich der Verteidiger um die Subjektstellung des jungen Beschuldigten zu bemühen³⁴⁴.

Die Vertreter dieser Auffassung können unter anderem mit dem Gesetzeswortlaut argumentieren, dem eine erzieherische Aufgabe des Verteidigers nicht entnommen werden kann³⁴⁵. Darüber hinaus meint etwa Bottke, dass sich eine vom Erwachsenenstrafverfahren abweichende Ausgestaltung des Jugendstrafverfahrens durch eine erzieherische Inpflichtnahme des Verteidigers aufgrund Art. 14 EMRK und Art. 26 S. 2 IPBR verbietet³⁴⁶. Den mit vorbenannten Regelungen verbürgten Anspruch auf ein faires Verfahren habe jeder Beschuldigte unabhängig von seinem altersmäßigen Status³⁴⁷. Eine Beschneidung der Freiheitsinteressen des jungen Beschuldigten komme daher nicht in Betracht, ihm muss „mindestens ebenso viel an ‚Fairneß‘ im Sinne von Gegenrechten, Schutzpositionen, Einflußmöglichkeiten, Nichtbestrafungschancen und Verteidigereffizienz garantiert“ werden wie einem Erwachsenen³⁴⁸.

Des Weiteren wird angeführt, dass es sich auch beim Jugendstrafrecht um Strafrecht handelt und die vorgesehenen Sanktionen trotz gutgemeinter erzieherischer Absichten einen Übelscharakter haben³⁴⁹. Dem Verteidiger obliegt es laut Bottke gerade, den Rechtseingriffscharakter von jugendstrafrechtlichen Maßnahmen bloßzulegen und darauf hinzuwirken, dass es nur im Rahmen eines rechtsstaatlichen Erfordernissen genügenden Verfahrens zu einer Anwendung dieser Maßnahmen kommt³⁵⁰.

Nach Rieß müssen dem jungen Beschuldigten die rechtsstaatlichen Schutzgarantien auch deshalb vollumfänglich zugestanden werden, weil der „erzieherisch modifizierte Sanktionsanspruch der Rechtsgemeinschaft in den Formen des Strafverfahren konkretisiert wird“³⁵¹. Zu den rechtsstaatli-

³⁴⁴Hierzu Gatzweiler in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 147 (153), und Zieger, Verteidigung, S. 134: Laut Zieger ist der junge Beschuldigte „vielleicht nicht immer Verlierer, aber doch weitgehend Objekt“ des Verfahrens.

³⁴⁵So etwa Ostendorf, Jugendstrafrecht, § 68, Rn. 3, und Rieß in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 40 (43).

³⁴⁶Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 (79).

³⁴⁷Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 (79).

³⁴⁸Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 (79).

³⁴⁹So u.a. Zieger, Verteidigung, S. 132, und Ostendorf, StV 1986, 308 (308).

³⁵⁰Bottke in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 46 (64).

³⁵¹Rieß in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 40 (43).

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

chen Schutzgarantien zähle insbesondere das Recht auf einen nach Standes- und Strafrecht zur einseitigen Interessenswahrnehmung verpflichteten Verteidiger³⁵².

Darüber hinaus wird argumentiert, dass ein Verteidiger, dessen Handeln auch von erzieherischen Konzepten geleitet wird, das ihm seitens des Beschuldigten entgegengebrachte Vertrauen enttäuscht³⁵³. Dem Jugendstrafverfahren wird jedoch von den Vertretern der hier dargestellten Ansicht nur eine pädagogische Chance eingeräumt, wenn der Verteidiger als einseitiger Interessensvertreter alle Rechte des jungen Beschuldigten wahrnimmt und auch erzieherische Zugriffe abwehrt³⁵⁴.

6.5.1.4 Stellungnahme

Eine erzieherische Anbindung und eine damit einhergehende erzieherische Verpflichtung des Verteidigers ist aus verschiedenen Gründen abzulehnen.

Hiergegen spricht schon das Gesetz, das an keiner Stelle eine Geltung des Erziehungsgedankens auch für den Verteidiger normiert. Sofern gleichwohl eine Anbindung und erzieherische Pflichtenstellung des Verteidigers angenommen wird, so wird ein staatlicher Eingriff ohne beziehungsweise gegen ein Gesetz ermöglicht und damit gegen die rechtsstaatlichen Prinzipien des Vorbehalts sowie Vorrangs des Gesetzes verstoßen³⁵⁵.

Sämtliche im JGG vorgesehenen Maßnahmen weisen Eingriffscharakter auf. Dass dem Erziehungsprinzip entsprechend nicht nur ein Ahnden der Tat, sondern auch eine erzieherische Wirkung bezweckt wird, ändert daran nichts. In der Regel nimmt der jugendliche Beschuldigte gegen ihn ausgesprochene Rechtsfolgen auch als Eingriffe wahr und zwar unabhängig davon, ob damit ein erzieherisches Anliegen verfolgt wird³⁵⁶. Daher kommt dem Verteidiger im Jugendstrafverfahren keine andere Aufgabe zu als im Erwachsenenstrafverfahren. Er hat sämtliche staatliche Eingriffe abzuwehren beziehungsweise zu minimieren.

³⁵²Rieß in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 40 (43).

³⁵³So etwa Zieger, Verteidigung, S. 134.

³⁵⁴Hierzu ausführlich mit Beispielen Gatzweiler in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 147 (150 ff.). Vgl. auch Ostendorf, StV 1986, 308 (308).

³⁵⁵Ähnlich wie hier: Bessler, Verteidigung von Jugendlichen, S. 70.

³⁵⁶So Brunner/Dölling, JGG, Einleitung II, Rn. 9

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Wenn der Verteidiger pädagogisch auf den Beschuldigten einwirken möchte, so kann ihm das nicht verwehrt werden. Jegliches erzieherisches Anliegen des Verteidigers ist aber begrenzt durch seine originäre Aufgabe, einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen.

Zu Recht wird daher der älteren Auffassung, die eine Bindung des Verteidigers auch im Bereich der Schuldfrage bejaht, allgemein eine Absage erteilt. Abgesehen von den Gesichtspunkten, die insgesamt gegen eine Anbindung des Verteidigers sprechen und hinsichtlich derer auf die obige Darstellung zu verweisen ist, kann die überkommene geständnisorientierte Ansicht nicht mit dem heutigen Verständnis von Verteidigung in Einklang gebracht werden.

Ein Beispiel hierfür liefert Potrykus, der meint, jungen Beschuldigten stünde kaum ein Verteidiger zur Seite, da sie mehrheitlich geständig sind³⁵⁷. Damit bringt Potrykus zum Ausdruck, dass er von dem Recht zu schweigen zumindest im Rahmen des Jugendstrafverfahrens nichts hält und im Falle der Schuld des Beschuldigten keine Veranlassung für das Tätigwerden eines Verteidigers sieht. Dies ist mit der Aufgabe des Verteidigers aus heutiger Sicht nicht vereinbar und widerspricht auch schon zu seiner Zeit (in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts) verfassungsrechtlich gewährleisteten Beschuldigtenrechten.

Ebensowenig kann den Ansichten gefolgt werden, die eine Inpflichtnahme des Verteidigers aufgrund des Erziehungsgedanken nicht hinsichtlich Schuldaufklärung und Tatnachweis, aber in verschiedener Ausgestaltung im Übrigen bejahen.

Nicht zugestimmt werden kann beispielsweise auch Walter, der meint, in „dem Maße, in dem erzieherische Erwägungen zu einer Reduzierung von Strafmomenten führen und sozialstaatliche Angebote auf den Plan rufen, dürften Kollisionen mit einer Verteidigerstrategie kaum anzutreffen sein“³⁵⁸. Walter sieht für den Verteidiger die Möglichkeit „die reine Abwehr des Strafs oder Ahndens mit eher förderlichen Momenten zu ergänzen“³⁵⁹.

Zum einen relativiert Walter seine eigenen Aussagen durch die Verwendung von Worten wie „dürften“ und „kaum“. Damit wird den Anforderun-

³⁵⁷Potrykus, JGG, § 68, Bem. 1.

³⁵⁸Walter, Strafverteidigung, S. 15.

³⁵⁹Walter, Strafverteidigung, S. 15.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

gen an die Bestimmtheit nicht genügt. Zum anderen gibt es kein einheitliches Verständnis darüber, was als erzieherisch richtig anzusehen ist³⁶⁰, es kann also auch keinen Konsens über die von Walter angesprochenen förderlichen Momente geben. Darüber hinaus ist aber vor allem auch im Falle von sozialstaatlichen Angeboten ein Eingriffscharakter zu bejahen und der Verteidiger damit zur Abwehr eben dieser Eingriffe berufen. Denn der junge Beschuldigte wird zur Annahme der sozialstaatlichen Angebote gezwungen. Außerdem kann der Verteidiger nicht voraussagen, ob sich das Gericht für ein von Walter als begrüßenswert und förderungswürdig eingestuftes sozialstaatliches Angebot oder eine andere Rechtsfolge entscheidet.

In dem Zusammenhang ist anzumerken, dass unter den Befürwortern einer erzieherischen Inpflichtnahme des Verteidigers nicht nur das Maß der erzieherischen Pflichtenstellung streitig ist, sondern auch im Dunkeln bleibt, wann ein Verteidiger oder anderer Prozessbeteiligter als erzieherisch befähigt und in Erziehungsfragen erfahren einzustufen ist. Hierfür werden keine einheitlichen Kriterien genannt³⁶¹.

Die Unvorhersehbarkeit der Rechtsfolge, die letztlich gegenüber dem Beschuldigten zur Anwendung gelangt, sowie die Uneinigkeit über die erzieherisch richtige Behandlung spricht gegen eine erzieherische Einbindung des Verteidigers im Sanktionenbereich³⁶².

Zutreffend verneinen selbst die Befürworter einer teilweisen erzieherischen Bindung des Verteidigers die Möglichkeit, diese Forderung zu überprüfen³⁶³. Gegen Verteidiger, die sich richtigerweise im Jugendstrafverfahren nicht dem Erziehungsgedanken verbunden fühlen, gibt es keine Handhabe³⁶⁴. Dementsprechend werden Ansätze, die darauf abzielen, jenseits des

³⁶⁰So in einem anderen Zusammenhang zutreffend Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³⁶¹Auch die in Verteidigerkreisen mitunter vorgebrachte Forderung, Jugendrichter und -staatsanwälte sollten eigene Kinder haben, um der Soll-Anforderung des § 37 JGG zu genügen, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen von der Problematik der praktischen Umsetzbarkeit kann aus dem Umstand eigener Kinder nicht auf eine allgemeine erzieherische Befähigung geschlossen werden.

³⁶²Weitere gewichtige Argumente gegen eine erzieherische Einbindung im Sanktionenbereich wurden bereits unter 6.5.1.2 angesprochen. Vgl. hierzu etwa Eisenberg, JGG, § 68 Rn. 10 f.

³⁶³Hierzu wie oben bereits angesprochen Beulke/Schaffstein, Jugendstrafrecht, S. 216.

³⁶⁴Zutreffend führt Walter, NStZ 1987, 481 (483), aus: „Konkrete Auswirkungen des Streits um die ‚erzieherische Einbindung‘ sind nur schwer auszumachen.“

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Erziehungsprinzips handelnde Verteidiger vom Verfahren fernzuhalten³⁶⁵, neuerdings nicht mehr vertreten.

Das „an die Leine legen“ des Verteidigers aus erzieherischen Erwägungen heraus ist nicht nur mit den verfassungsrechtlich verbürgten Beschuldigtenrechten, sondern auch mit der Unabhängigkeit des Verteidigers unvereinbar³⁶⁶.

Wenn Schlüchter meint, es sei letztlich am Verteidiger, dafür Sorge zu tragen, dass das Jugendstrafrecht soweit als möglich Erziehungsstrafrecht ist und nicht zum Tatstrafrecht verkommt³⁶⁷, und Walter ausführt, der Verteidiger müsse „im Jugendgerichtsverfahren sinnvoll ‚mitspielen‘“ und dürfe nicht „den im Gesetz immer wieder bemühten Erziehungsgedanken für sich eliminieren“³⁶⁸, so wird dem Verteidiger ein Erziehungsauftrag zugewiesen, den er nicht hat. Auf die Weise könnte man die Verantwortung für jegliche erzieherische Defizite des Verfahrens stets auf den Verteidiger abwälzen.

Dem Verteidiger obliegt wie im Erwachsenenstrafverfahren eine allgemeine Prozessförderungspflicht. Eine darüber hinausgehende Inpflichtnahme aufgrund des erzieherischen Grundgedankens des Verfahrens kommt aus den dargestellten Gründen nicht in Betracht.

³⁶⁵So befürwortete z.B. Hauber zu diesem Zweck das Führen einer „schwarzen Liste“. Für ihn war das Fernhalten von Verteidigern eine Aufgabe insbesondere der Anwaltskammern und des Anwaltsvereins. Er trat dafür ein, dass Jugendrichter jegliche Verstöße im Sinne von dem Erziehungsgedanken nicht entsprechenden Verteidigerhandeln an die Anwaltskammern melden. Zum Ganzen: Hauber, RdJ 1979, 355 (358). Eine positive Auslese durch das Führen von Listen von an Jugendstrafverfahren interessierten Verteidigern bei den Kammern befürwortete auch Cohnitz, vgl. Cohnitz, RdJ 1956, 196 (197). Seiner Auffassung nach beging der Verteidiger, der dem Erziehungsgedanken etwa zwecks Erzielung eines Prozess Erfolges zuwider handelte, ein ernstes Standesvergehen. Cohnitz ging jedoch davon aus, dass die ehrengerichtliche Ahndung einiger Fälle genügt, „um sogenannten ‚Ganovenanwälten‘ klarzumachen, dass sie bei den Jugendgerichten nichts zu suchen haben“.

³⁶⁶Diese Problematik sieht auch Walter, Strafverteidigung, S. 15, der aber im Übrigen dafür eintritt, „den Erziehungsgedanken vernünftig zu reformulieren“ und wie ausgeführt ein erzieherisches Tätigwerden des Verteidigers parallel zur einseitigen Interessenvertretung bejaht, Walter, Strafverteidigung, S. 14 f.

³⁶⁷Schlüchter in: Bundesministerium der Justiz, Verteidigung, S. 29 (40).

³⁶⁸Walter, NSTZ 1987, 481 (483).

6.5.2 Strafrechtliches Risiko

Zunächst ist zu fragen, ob die für den Verteidiger geltende Obergrenze, die er zur Vermeidung einer eigenen Strafbarkeit nicht überschreiten darf, im Jugendstrafrecht woanders zu verorten ist als im Erwachsenenstrafrecht.

Hinsichtlich der allgemeinen Möglichkeiten einer Strafbarkeit, etwa im Rahmen der Aussagedelikte, kommt eine andere Grenzziehung nicht in Betracht.

Unterschiede könnten sich aufgrund des anderen Sanktionenspektrums und des Primats der Erziehungsfunktion ergeben.

Nach § 258 Abs. 1 und 2 StGB ist strafbar, wer das Verhängen einer Maßnahme im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB oder eine Bestrafung vereitelt. In der zuletzt genannten Handlungsalternative bedarf es demgemäß zur Tatbestandserfüllung einer rechtswidrigen, tatbestandsgemäßen und schuldhaften Vortat, also eines Sanktionsanspruchs des Staates³⁶⁹. Das Jugendstrafrecht kennt wie an anderer Stelle erläutert nur die Jugendstrafe als echte Kriminalstrafe.

Mit den anderen Rechtsfolgen wie Erziehungsmaßnahmen und Zuchtmitteln werden entweder ausschließlich oder in erster Linie erzieherische Zwecke verfolgt. Es handelt sich hierbei nicht um Maßnahmen, wie sich unproblematisch schon dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB³⁷⁰ entnehmen lässt.

Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kommt daher nicht in Betracht, wenn hinsichtlich der Vortat Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt und nicht feststeht, dass die Voraussetzungen für die Verhängung einer Jugendstrafe erfüllt sind³⁷¹. Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Verhängung einer Jugendstrafe muss das Gericht bei einer Verurteilung wegen Strafvereitelung in gleichem Umfang begründen wie im Rahmen des Urteils gegen den jugendlichen oder heranwachsenden Vortäter³⁷².

³⁶⁹Fischer, StGB, § 258 Rn. 5.

³⁷⁰§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB lautet: „(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist (...) 8. Maßnahme: jede Maßregel der Besserung und Sicherung, der Verfall, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung; (...).“

³⁷¹BGHR, StGB § 258 I, Bestrafung 1; OLG Hamm NJW 2004, 1189 (1190).

³⁷²BGHR, StGB § 258 I, Bestrafung 1.

6.5 Verteidigerhandeln im Jugendstrafverfahren

Daraus folgt für den Verteidiger, dass eine Strafbarkeit seiner Person gemäß § 258 StGB nur in Betracht kommt, wenn gegen den Beschuldigten eine Jugendstrafe verhängt werden kann.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das strafrechtliche Risiko für den Verteidiger aufgrund des das Jugendstrafrecht prägenden Erziehungsgedankens ein anderes ist.

Schutzgut des § 258 StGB ist die Strafrechtspflege. Aus dem Grund scheidet eine Strafbarkeit aufgrund von dem Erziehungsgedanken zuwider laufenden Verteidigerhandeln von vornherein aus, selbst wenn man eine erzieherische Pflichtenstellung des Verteidigers bejaht³⁷³.

Darüber hinaus kann es wie aufgezeigt keine Einbindung des Verteidigers in ein pädagogisches Konzept dergestalt geben, dass die Einschränkung seiner Verteidigertätigkeit hinnehmbar wäre. Insbesondere scheidet damit auch eine Strafbarkeit des Verteidigers aus, wenn er wider besseren Wissens beantragt, den Angeklagten freizusprechen.

6.5.3 Mindestanforderung

Daraus, dass sich das strafrechtliche Risiko im Jugendstrafverfahren nicht anders darstellt als im Erwachsenenstrafrecht, ergibt sich zunächst, dass es keine mit einer möglichen Strafbarkeit korrespondierende Verteidigerpflicht im Jugendstrafrecht geben kann.

Die Pflichten des Verteidigers als Beistand des jungen Beschuldigten allgemein werden zutreffend von Zieger wie folgt beschrieben:

„Der Verteidiger hat die Aufgabe, die Subjektstellung des jungen Mandanten im Verfahren zu stärken, seine sprachliche, intellektuelle und soziale Unterlegenheit im Verfahren zu kompensieren, seine Unerfahrenheit im Umgang mit den Gerichtsritualen und seine fehlende Rechtskenntnisse auszugleichen und auf strenge Einhaltung aller zugunsten seines Mandanten geltenden Verfahrensvorschriften zu bestehen, auf Einhaltung jugendstrafrechtlicher Standards auch gegenüber abweichender richterlicher

³⁷³So schon Cohnitz, Jugendsachen, S. 58, zum damals geltenden § 257 StGB. Cohnitz zählte wie erläutert zu den Befürwortern einer erzieherischen Anbindung des Verteidigers.

6 Die Grenzfälle der einzelnen Verteidigertätigkeiten

Routine oder regionaler Rückständigkeit zu beharren und auch bei der Rechtsfolgenwahl sich als Gegenspieler erzieherischer Zugriffe auf die Rechte des beschuldigten Jugendlichen zu betätigen.³⁷⁴

Soweit mangelnde Kenntnisse des Verteidigers hinsichtlich des Jugendstrafrechts und Jugendstrafverfahrens beklagt werden³⁷⁵, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei im Falle eines berechtigten Vorwurfs um einen Verstoß des Verteidigers gegen die Rechtsprüfungspflicht handelt. Der Verteidiger hat sich über den gegenwärtigen Rechtsstand Kenntnis zu verschaffen und eventuell vorhandene Wissenslücken zu füllen, wenn er ein Mandat aus dem Bereich des Jugendstrafrechts übernimmt. Ein Unterschied zur Ausgestaltung der Rechtsprüfungspflicht im Erwachsenenstrafrecht besteht nicht.

Es gibt jugendstrafrechtsspezifische Anforderungen an den Verteidiger, beispielsweise muss er mit mehr Verfahrensbeteiligten wie der Jugendgerichtshilfe umgehen³⁷⁶. Jedoch gibt es keine mit einer Obergrenze korrespondierende Untergrenze.

³⁷⁴Zieger, Verteidigung, S. 134 f.

³⁷⁵Vgl. Zieger, Verteidigung, S. 134.

³⁷⁶Hierzu Zieger, StV 1982, 305 ff.

7 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Das Ziel der vorliegenden strafprozessualen Untersuchung war, einzelne Verteidigerpflichten im Sinne von Mindestanforderungen möglichst konkret zu benennen. Den Hintergrund der Aufgabenstellung bildete die steigende Zahl von Haftungsprozessen gegen Verteidiger, die der bisher weitgehend unbeachtet gebliebenen Thematik des Verteidigerregresses zu Aktualität verholfen hat. Die Kompensation eines Verteidigermangels auf dem Zivilrechtsweg setzt naturgemäß stets das Vorliegen einer Pflichtverletzung voraus. Da die konkreten Pflichten des Verteidigers gegenüber dem Beschuldigten weitgehend im Dunkeln liegen, war das Hauptanliegen der Untersuchung, einzelne Untergrenzen der Verteidigung im Sinne von Mindestanforderungen herauszuarbeiten, die der Verteidiger beachten muss, um sich nicht dem Vorwurf der Schlechtverteidigung auszusetzen.

In Anbetracht des Umstands, dass kein auch nur annähernd umfassender Katalog von Verteidigerpflichten existiert, wäre es vermessen, hinsichtlich der gefundenen Verteidigerpflichten einen Anspruch auf Vollständigkeit oder Endgültigkeit zu erheben.

Die Strafbarkeit des Verteidigers stellt die Obergrenze der Verteidigung dar, die im Gegensatz zur Untergrenze eine ausgiebige Behandlung durch Rechtsprechung und Literatur erfahren hat. Den zahlreichen Urteilen und Publikationen zum strafrechtlichen Risiko der Verteidigertätigkeit können vielfach Aussagen über die Pflichten des Verteidigers entnommen werden. Aus dem Grund wurden vorliegend im sechsten Kapitel Untergrenzen der Verteidigung im Sinne von Mindestanforderungen konturiert, die das Gegenstück zu einer Obergrenze der Verteidigung bilden.

Ausgangspunkt war zwangsläufig die seit über hundert Jahren immer wieder diskutierte Stellung des Verteidigers. Neben einigen ausgewählten,

7 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

vor allem jüngeren Ansätzen wurde die von der Rechtsprechung entwickelte, inzwischen herrschende Organtheorie erörtert. Danach kommt dem Verteidiger eine Doppelstellung zu, er ist sowohl Beistand des Beschuldigten als auch selbständiges Organ der Rechtspflege. Dieser zutreffende Ansatz lag der weiteren Untersuchung zugrunde.

Hinsichtlich der Pflichten des Verteidigers bestehen keine Unterschiede zwischen Wahl- und Pflichtverteidigung. Das Innenverhältnis zwischen Beschuldigtem und Wahlverteidiger bestimmt sich nach dem Zivilrecht und hat, da damit auch die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln als Sollbruchstellen öffentlicher Interessen zur Anwendung gelangen, eine öffentlich-rechtliche Komponente. Ein Pflichtverteidiger hingegen handelt aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses. Damit besteht sowohl im Falle einer Wahlverteidigung als auch im Falle einer Pflichtverteidigung ein Schuldverhältnis, das Grundlage von haftungsrechtlichen Ansprüchen sein kann. Eine Kompensation von Mängeln der Verteidigung durch das Strafprozessrecht scheidet in den meisten Fällen aus. Allerdings ist festzustellen, dass Fehler der Verteidigung häufig auch nicht auf dem Zivilrechtsweg justiziabel sind, weil es an einer der Anspruchsvoraussetzungen des Verteidigerregresses fehlt¹; vor allem das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung ist heikel². Das Fehlen eines auch nur annähernd umfassenden Katalogs von Verteidigerpflichten ist dabei einer der großen Stolpersteine für den von einer Schlechtverteidigung Betroffenen. Angesichts der nicht selten existentiellen Bedeutung der Verteidigung für den Beschuldigten ein Zustand, der mit rechtsstaatlichen Anforderungen nur schwer zu vereinbaren ist³.

Die Untergrenze der Verteidigung weist somit eine Parallele zur Obergrenze auf. Denn das strafrechtliche Risiko des Verteidigers stellt sich als nicht dramatisch dar, insbesondere aufgrund der hohen Anforderungen, die seitens der Rechtsprechung im subjektiven Bereich gestellt werden.

Bei der Bestimmung der Pflichten des Verteidigers spielt das Berufs- und Standesrecht keine Rolle, da es sich um einen von der zivilrechtlichen Haf-

¹Wie hier: Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 54. Anders Schlecht, Haftung, S. 252: Keine Erschwerung der zivilrechtlichen Inpflichtnahme „in überdurchschnittlicher Weise“.

²Vgl. hierzu u.a. die Ausführungen unter 3.2.2.

³Hierzu auch Köllner in: Bockemühl, Handbuch, S. 54.

tung abzugrenzenden Bereich handelt, der ausschließlich die äußere Ordnung der Anwaltstätigkeit regelt.

Im Übrigen können die für den Zivilrechtsanwalt geltenden Kardinalpflichten grundsätzlich auf die Tätigkeit des Verteidigers übertragen werden. Anders als der auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts tätige Anwalt ist der Verteidiger aber nicht weisungsgebunden. Dementsprechend kann die Annahme einer Pflichtwidrigkeit nicht deshalb ausscheiden, weil der Verteidiger gemäß einer Weisung des Beschuldigten gehandelt hat. Allerdings muss der Verteidiger sich im Innenverhältnis zum Beschuldigten um einen Konsens bemühen. Dieses Konsensgebot gilt nur dann nicht, wenn der Beschuldigte unter jedem Gesichtspunkt selbstschädigende Interessen verfolgt und der Verteidiger durch ein Handeln nach den Wünschen des Beschuldigten eine Untergrenze der Verteidigung unterschreiten würde. Denn die Untergrenze der Verteidigung steht nicht zur Disposition des Beschuldigten.

Bei einer Verteidigung steht dem Verteidiger bei den vielfältig zu treffenden Entscheidungen häufig ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu. Außerdem spielen auch Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte eine Rolle. Deshalb ist hinsichtlich der konturierten Mindestanforderungen zwischen relativen und universellen Untergrenzen zu unterscheiden. Unterschreitet der Verteidiger eine universelle Untergrenze, verletzt er eine ihm obliegende Pflicht. Bei einer relativen Untergrenze liegt eine Pflichtverletzung in der Regel vor. Im Grenzbereich einer eigenen Strafbarkeit muss der Verteidiger kein Risiko eingehen.

Der Entscheidungsspielraum des Verteidigers ist nur hinsichtlich der Ermessensausübung, die mit der jeweiligen Entscheidung verbunden ist, überprüfbar. Dabei sind die Grundsätze heranzuziehen, die für die Kontrolle von Ermessensentscheidungen der öffentlichen Verwaltung gelten.

Eine weitergehende Aufarbeitung der Thematik der Verteidigerpflichten ist wünschenswert und im Interesse der Rechtssicherheit unerlässlich. Schließlich muss zum einen der Beschuldigte, der einen grundgesetzlich verankerten Anspruch auf eine wirksame Verteidigung hat, die Möglichkeit der Kompensation von Verteidigermängeln auf dem Zivilrechtsweg haben. Zum anderen bedarf es für den Verteidiger weiterer Klärungen, um sein haftungsrechtliches Risiko einschätzen zu können.

