Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

wird der Kläger schon seiner Darlegungslast nicht gerecht; zudem bestreiten die Beklagten den Zugang bei der Fiducia Versicherungs AG.

Ein Widerruf könnte aber durch das Schreiben des Klägers vom 16.5.2007 erfolgt sein. Darin widerrief der Kläger in eigenem Namen und mit Vollmacht der Miterbin, Frau Gesine Apelbaum, ausdrücklich das in der Bezugsberechtigung liegende Schenkungsversprechen an die in der Bezugsberechtigung genannten Personen; er beauftragte zudem die Streitverkündete mit der Übermittlung dieser Erklärung an die Beklagten.

Die Beklagten wenden ein, der Kläger habe dem Schreiben keine schriftliche Vollmacht beigelegt. Dies wäre nach § 174 I 1 BGB nur bei unverzüglicher Zurückweisung erheblich. Die Zurückweisung erfolgte jedoch erst in der Klageerwiderung und somit nicht mehr unverzüglich.

Die Beklagten tragen allerdings auch vor, vom Widerruf erst durch die Klageschrift erfahren zu haben. Bei der Frage des Zugangs Schreibens vom 16.5.2007 bei den Beklagten handelt es sich um eine dem Kläger günstige, rechtserhebliche und bestrittene Tatsache, die deshalb beweisbedürftig ist (Thomas/Putzo/*Reichold* a.a.O. Vorbem § 284 Rn. 1). Nach der Grundregel trägt hierfür der Kläger die Beweislast. Er hat jedoch keinen Beweis angetreten.

Zugang analog § 332 BGB

Der Zugang könnte jedoch ausnahmsweise analog § 332 BGB entbehrlich sein. Nach dieser Vorschrift ist im Deckungsverhältnis kein Zugang des Widerrufs erforderlich. Daraus wird teilweise geschlossen, dass auch im Valutaverhältnis der Widerruf nicht zuzugehen braucht. Die Frage, ob § 332 BGB insofern analog anzuwenden ist, ist umstritten (dazu OLG Thüringen, Urteil v. 21.10.2003, Az: 8 U 410/03 m.w.N.). Allerdings setzt eine Analogie jedenfalls eine vergleichbare Interessenlage voraus. § 332 BGB betrifft den Widerruf durch ein Testament. Soweit jedoch wie hier der Widerruf nicht durch Testament erfolgt, fehlt es an der vergleichbaren Interessenlage. Eine Analogie zu § 322 BGB scheidet daher aus.

3. Ergebnis

Damit konnten die Beklagten das Schenkungsangebot des Erblassers annehmen. Die Leistung des Bezugsrechts erfolgte nicht rechtsgrundlos. Dem Kläger steht somit gegen die Beklagten kein Anspruch gem. §§ 812 I 1 Var. 1, 1922, 2039 BGB zu.

Bei diesem Ergebnis bleibt es, so lange der Kläger den Zugang der Widerrufserklärung vom 16.5.2007 bei den Beklagten nicht nachweisen kann. Aus dem Schreiben der Fiducia Versicherungs AG vom 7.6.2007 ergibt sich, dass diese den Widerruf nicht an die Beklagten weitergeleitet hat. Der Kläger dürfte daher diesen Beweis auch nicht antreten können. Die Maßnahmen des Anwalts zur Herstellung der Schlüssigkeit können der Klage deshalb nicht zum Erfolg verhelfen.

Dr. Michael Gubitz, Kiel*

Der Anwalt als Strafverteidiger

Dritter[1] Teil: Verteidigung in der Hauptverhandlung

Die Anforderungen an die Verteidigung in diesem Verfahrensabschnitt gehen über die in den zuvor dargestellten Verfahrensabschnitten hinaus. Aktenstudium und Rechtskenntnisse sind nur notwendige, aber noch keine hinreichenden Bedingungen für eine gute Verteidigung. Die weiter erforderlichen Kenntnisse, vor allem auch der Psychologie der Strafverteidigung, lassen sich zwar auch abstrakt darstellen, die Darstellung ist aber notwendigerweise bruchstückhaft, weil sich nicht annähernd alle relevanten Verfahrenssituationen ansprechen lassen.

Die nachfolgende Darstellung stellt daher den Versuch dar, quasi eine Matrix für regelmäßig wiederkehrende Prozesssituationen[2] zu bieten. Eine solche Darstellungsform betont das »Handwerkszeug« der Verteidigung und vernachlässigt – schon aus Platzgründen – weitere, ebenfalls entscheidende Aspekte, nämlich wann und ob ein bestimmtes »Werkzeug« auch einzusetzen ist.

A. UNMITTELBAR VOR DER HAUPTVERHANDLUNG

Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache. Auch schon vorher kann im Gericht Handlungsbedarf entstehen.

I. Berichterstattung

So kommt es gerade in Strafverfahren vor, dass Medienvertreter anwesend sind und über den Prozess berichten wollen. In den seltensten Fällen ist es vom Mandanten gewünscht, dass seine Identität bei der Berichterstattung erkennbar ist.

Film- und Fotoaufnahmen des Mandanten sind ohne dessen Einwilligung nur gestattet, wenn es sich bei seiner Person um eine »Person der Zeitgeschichte« handelt. Inwieweit auch bis dahin unbekannte Personen allein auf Grund ihrer Angeklagtenrolle in bestimmten Prozessen zu einer solchen werden können und wel-

* Der Autor Dr. Michael Gubitz ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Kiel sowie Lehrbeauftragter an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 Der Erste und Zweite Teil, »Der Anwalt als Strafverteidiger im Ermittlungsverfahren« und »Der Anwalt als Strafverteidiger im Zwischenverfahren« sind abgedruckt worden in JA Heft 3 und 5/2007, der Vierte Teil »Der Anwalt als Strafverteidiger im Berufungs- und Revisionsverfahren«, folgt in einem der nächsten Hefte.

2 In diesem Sinne stellt die Ausübung des Fragerechts einen Schwerpunkt der nachfolgenden Darstellung dar, denn dies wird Gegenstand jeder Hauptverhandlung sein.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

che Art der Berichterstattung damit erlaubt ist, kann an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

Will der Verteidiger hier Einfluss auf die Art und Weise der Berichterstattung nehmen, muss dies zeitig geschehen. Sinnvollerweise wendet man sich direkt an die Journalisten und erfragt deren Namen und die der Verantwortlichen. Man sollte dann den eigenen Rechtsstandpunkt, und dass man keine individualisierbare Berichterstattung wünscht, klar machen.

II. Mandant nicht erschienen

Es kommt nicht selten vor, dass der Mandant aus Gründen, die auch kurzfristig behebbar sind, nicht erscheint. Für eine kurzfristige Rückfrage sollte die aktuelle Telefonnummer des Mandanten bekannt sein.

Es ist auch denkbar, diese Situation zum Anlass zu nehmen, noch einmal über eine Erledigung der Angelegenheit im Strafbefehlswege, § 408a I StPO, nachzudenken. Natürlich kommt dies nur in Fällen einer Strafzumessungsverteidigung überhaupt in Betracht. Hierüber können vor der Hauptverhandlung Gespräche mit Staatsanwaltschaft und Gericht geführt werden. Manchmal führt die ansonsten bevorstehende Konsequenz einer Aussetzung des Verfahrens zur Bereitschaft, die Angelegenheit durch einen Strafbefehl abzuschließen.

B. NACH AUFRUF, VOR ANKLAGEVERLESUNG

I. Ausschluss der Öffentlichkeit

Grundsätzlich sind Verhandlungen vor deutschen Gerichten öffentlich (§ 169 GVG).[3] Von diesem Grundsatz sehen die §§ 171a, 171b, 172 GVG Ausnahmen vor, namentlich sieht § 171b GVG einen Ausschluss der Öffentlichkeit auf Antrag vor, wenn schutzwürdige Interessen eines Prozessbeteiligten – also auch des Angeklagten – einer Erörterung des privaten Lebensbereichs entgegenstehen. § 58 I 1 StPO sieht vor, dass Personen, die als Zeugen in Betracht, kommen, bis zu ihrer Aussage den Sitzungssaal verlassen (vgl. auch § 243 II 1 StPO).

Mit einem Hinweis auf Nr. 128 II RiStBV kann versucht werden, zu verhindern, dass Zeugen von Zuhörern instruiert werden, ein solcher Verdacht kann gerade auch bei polizeilichen Prozessbeobachtern zu problematisieren sein.

II. Nichtverlesung von Teilen der Anklage

Gem. § 243 III 1 StPO verliest der Staatsanwalt den Anklagesatz. Dieser besteht aus den in § 200 I 1 StPO genannten Merkmalen.[4] Die Beweiswürdigung gehört nicht zu dem verlesbaren Teil. Da sie erst Gegenstand der nun beginnenden Hauptverhandlung sein wird, sollte die Verteidigung die einseitige Wiedergabe aus der Anklage verhindern.

C. NACH ANKLAGEVERLESUNG, VOR VERNEHMUNG DES ERSTEN ANGEKLAGTEN

Während der Anklageverlesung besteht grundsätzlich kein Handlungsbedarf für die Verteidigung. Einwendungen gegen die Fassung der Anklage sollten rechtzeitig vorgebracht worden sein. Teilt das Gericht die Bedenken, wird es auf die Fassung im Rahmen der Eröffnung Einfluss nehmen, ist das nicht der Fall, kann der Verteidiger auf die Revision hoffen, ein opening statement abgeben oder – als ultima ratio – die an der Eröffnung beteiligten Berufsrichter ablehnen. Zwischenrufe bei der Verlesung kommen nicht in Betracht.

I. Opening statement

Mit der Anklageverlesung erfahren die Zuhörer die Sichtweise und vorläufige Bewertung der Strafverfolgungsbehörden. Diese kann, trotz der Aufgabe der Staatsanwaltschaft, auch Entlastendes zu ermitteln (§ 160 II StPO) einseitig sein. In derartigen Fällen ist es ratsam, der Anklage eine (kurze?) Stellungnahme zu den Vorwürfen oder bestimmter Umstände des Verfahrens entgegen zu setzen. Ohne weitere Informationen ist die Beeinflussung der Schöffen im Sinne einer Vorprägung[5] zu befürchten. Auch wenn Medienvertreter im Saal sind, die selten das ganze Erkenntnisverfahren abwarten, um über ein Verfahren zu berichten kann eine Stellungnahme sinnvoll sein, damit die Öffentlichkeit auch den Verteidigungsstandpunkt kennen lernt.

Wenn zu befürchten ist, dass der Vorsitzende eine Gelegenheit zu einem solchen »openig statement« direkt zur Anklage nicht gibt, kann bis zu der Frage an den Angeklagten, ob er sich zu den Vorwürfen äußern wolle oder nicht, abgewartet werden, um alles weitere in einer Verteidigererklärung zu Gehör zu bringen (soll eine Sachäußerung nicht erfolgen, ist sorgfältig auf die Einhaltung der Grenze zwischen Bewertung der Sach- und Rechtslage durch den Verteidiger und Äußerung zur Sache für den Angeklagten zu achten).

II. Befangenheitsantrag

Rechtfertigen bestimmte Handlungen des Gerichts oder einzelner Richter (dies können sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen sein) die Besorgnis der Befangenheit, ist dies unverzüglich geltend zu machen. Dies können beispielsweise Unmutsäußerungen oder Umstände sein, die auf eine Festlegung hinsichtlich der Schuldfrage hindeuten, oder Maßnahmen der Verhandlungsleitung. Zu beachten ist, dass nicht jede für rechtswidrig oder falsch gehaltene Entscheidung einen Grund für diese Besorgnis bieten soll, sondern nur solche rechtswidrigen Entscheidungen, die zugleich »willkürlich« sind. Dies muss vor Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache geschehen, nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung unzulässig, § 25 StPO.

Auch Sachverständige, § 74 StPO und Dolmetscher, § 191 GVG i.V.m. § 74 StPO, können wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Dies muss nicht unverzüglich geschehen.

Wird der Befangenheitsantrag noch vor Aufruf der Sache gestellt (etwa schriftlich auf der Geschäftsstelle eingereicht), ist der Beginn der Hauptverhandlung bis zur Entscheidung über den Antrag nicht möglich[6], § 29 I und II StPO.

III. Besetzungsrüge

Die Rüge der fehlerhaften Besetzung des Gerichts muss nach § 222b I 1 StPO spätestens bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache geltend gemacht werden. Die Wahrnehmung dieses Rügerechts wird dadurch unterstützt, dass bei erstinstanzlichen Verhandlungen vor einem Landgericht nach § 222a StPO die Besetzung des Gerichts dem Angeklagten über seinen Verteidiger mitgeteilt werden soll. Erfolgt diese Mitteilung später als eine Woche vor Beginn der Hauptverhandlung, kann ein Antrag nach § 222a II StPO auf Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Prüfung der Gerichtsbesetzung gestellt werden.

IV. Antrag auf Einstellung des Verfahrens

Gem. § 260 III StPO ist die Einstellung des Verfahrens im Urteil auszusprechen, wenn ein Verfahrenshindernis besteht. Einen entsprechenden Antrag kann der Verteidiger jederzeit in der Hauptverhandlung stellen, wenn es an einer Prozessvoraussetzung fehlt.

3 Eine Ausnahme besteht bei Strafverfahren nur gegen Jugendliche, § 48 I JGG.
4 Siehe dazu Zweiter Teil (Verteidigung im Zwischenverfahren), JA Heft 5/2007.
5 Dazu unten: F. IX.
6 Anders jüngst BGH NStZ 2003, 668.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

Dies kann etwa der Fall sein, wenn ein Strafantrag nicht mehr gestellt werden kann, ein wirksamer, schriftlich abgesetzter Eröffnungsbeschluss nicht vorliegt, Strafklageverbrauch oder Verfolgungsverjährung eingetreten ist oder der Angeklagte dauerhaft nicht verhandlungsfähig oder absolut schuldunfähig ist. Auch eklatante Verstöße gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens (beispielsweise beim dauerhaften Vorenthalten von wesentlichen Aktenbestandteilen oder überlanger Verfahrensdauer) können eine Einstellung durch Urteil zur Folge haben.[7]

V. Aussetzungsantrag

Das Gebot eines fairen Verfahrens gebietet es in bestimmten Fällen, zu Gunsten des Angeklagten die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder auszusetzen. Eine gesetzliche Ausprägung finden entsprechende Antragsmöglichkeiten in § 265 III, IV StPO (veränderte Sach- und Rechtslage), in § 271 II StPO (zu späte Ladung zur Hauptverhandlung) und in § 246 II StPO (neue Beweismittel). Daneben etwa folgt aus Art. 6 MRK i.V.m. § 147 StPO aus dem umfassenden Akteneinsichtsrecht der Verteidigung, dass bei Unvollständigkeit der dem Verteidiger übersandten Akten ein Antrag auf Aussetzung der Hauptverhandlung gestellt werden kann.[8]

D. ÄUSSERUNG DES ANGEKLAGTEN

Nach Aufruf der Sache und Feststellung der Anwesenheit der Zeugen »vernimmt der Vorsitzenden den Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse«, § 243 II 2 StPO, gemeint ist hier nur die Feststellung der Identität. Dementsprechend besteht auch nur eine Verpflichtung des Angeklagten, die Angaben nach § 111 OWiG zu machen.[9] Nach der dann folgenden Verlesung der Anklageschrift ist der Angeklagte auf sein Recht zur Aussageverweigerung hinzuweisen und gegebenenfalls zur Sache zu vernehmen, § 243 IV StPO.

I. Zur Person

Etwaige, über die Angaben nach § 111 OWiG hinausgehende, Informationen stellen bereits Äußerungen zur Sache (nämlich regelmäßig zur Rechtsfolge) dar. Dies gilt beispielsweise für die Angaben zu den persönlichen Verhältnissen und dem Lebenslauf oder Einkommen.

Der Angeklagte ist wegen seiner grundsätzlichen Aussagefreiheit nicht zur Antwort auf solche Fragen verpflichtet.

II. Zur Sache

Eine Vorgabe, in welchen Fällen Angaben zur Sache sinnvoll erscheinen und wann eher zum Schweigen zu raten ist, kann in diesem Rahmen nicht gegeben werden. Grundsätzlich gilt, dass in den Fällen einer Verteidigung gegen den Schuldspruch eher zum Schweigen zu raten ist und in denjenigen, in denen es darum geht, eine möglichst geringe Bestrafung oder sogar Einstellung zu erreichen, eher dazu, Angaben zu machen. Jedoch gibt es in beiden Alternativen Ausnahmen.

1. Keine Angaben

Aus dem Recht, die Angaben zur Sache zu verweigern, folgt, dass aus dem Schweigen des Angeklagten keine für ihn negativen Schlüsse gezogen werden; das pauschale Bestreiten des Tatvorwurfes steht dem Schweigen gleich.[10] Trotzdem kann ein Schweigen – gerade auf die Laienrichter – psychologisch wie ein Eingestehen der Schuld wirken, da es zumindest erwartungswidrig ist, dass sich ein Unschuldiger nicht gegen die falschen Vorwürfe zur Wehr setzt. Einer solchen Wirkung kann vorgebeugt werden, wenn von Seiten der Verteidigung erklärt wird, der Angeklagte mache auf Grund des anwaltlichen Rats keine Angaben zur Sache.

2. Äußerung des Angeklagten zur Sache

Gerade wenn der Schuldvorwurf eingestanden werden soll, besteht ein erheblicher Vorbereitungsbedarf innerhalb der Verteidigung, um die Frage zu klären, in welcher Form dies geschieht. Grundsätzlich sind die für die Strafzumessung wichtigen Punkte besser in einem persönlich vorgetragenen Geständnis aufgehoben als in einem Schriftsatz oder einer Verteidigererklärung. Es können aber Gründe vor allem in der Person des Mandanten (intellektuelle Defizite, eher taktisches als wirklich von Reue getragenes Geständnis) vorliegen, von dieser Regel abzuweichen. Äußert sich der Mandant, muss der Akteninhalt im Detail bekannt sein, um auf alle Fragen hinsichtlich etwaiger Abweichungen der Schilderung vom bisherigen Beweisergebnis vorbereitet zu sein.

Macht der Angeklagte von seiner Freiheit, zur Sache auszusagen, Gebrauch, unterliegt er – anders als Zeugen und Sachverständige – nicht der Wahrheitspflicht; er hat ein Recht, zu lügen. Wird er einer unwahren Darstellung überführt, sagt dies noch nichts über seine Täterschaft aus, auch der Unschuldige kann seine Zuflucht in einer Lüge suchen.

Dennoch kann natürlich nur dann der Rat zu einer Äußerung gegeben werden, wenn deren Inhalt in Einklang mit weiteren Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung zu bringen ist.

Ob der Mandant seine Angaben vorliest oder frei vorträgt, spielt für die Verwertbarkeit keine Rolle. Denkbar ist auch, dass sich der Mandant Ausführungen, die der Verteidiger für ihn tätigt, »zu Eigen macht«.

Es sollte für die Strategie der Verteidigung klar sein, was mit der Sachäußerung erreicht werden soll. Geht es nur darum, dem Gericht ein vom Anklageinhalt abweichendes Geschehen darzustellen, sollte geprüft werden, ob dies nicht besser in einer schriftlichen Stellungnahme – dazu sogleich – oder in Beweisanträgen, deren ausführliche Begründung ebenfalls die Vermittlung einer Sachverhaltsschilderung zu leisten vermag, geschieht. Der Vorteil der genannten Alternativen liegt darin, dass der Angeklagte nicht zum Beweismittel (gegen sich selbst) wird und Missverständnisse ausgeschlossen werden können.

Ein weiteres Problem ist das des so genannten Teilschweigens. Äußert sich der Angeklagte zur Sache, verweigert er aber auf Nachfragen die Auskunft, kann dies bei der Urteilsfindung zu seinem Nachteil gewertet werden. Es wird aber kaum möglich sein, alle denkbaren Fragen in der Verteidigung so vorzubesprechen, dass die Gefahr falscher Antworten oder des Teilschweigens ausgeschlossen werden kann.

Es sind daher kaum einmal Fälle denkbar, in denen bei einer Freispruchverteidigung eine Sachäußerung in der Hauptverhandlung durch den Mandanten erfolgen sollte. Dies kann besser durch eine schriftliche Stellungnahme vor der Hauptverhandlung erfolgen.

III. Schriftliche Stellungnahme zu den Vorwürfen – Urkundenbeweis

Eine schriftliche Stellungnahme, die dem Gericht nicht innerhalb, sondern vor der Hauptverhandlung zugeleitet wird, kann unter bestimmten Umständen als Urkunde verlesen werden.[11] Damit kann dem Anklageinhalt eine ausführliche und in sich geschlossene Sachverhaltsdarstellung entgegen gesetzt werden, ohne bei Nachfragen das Problem des Teilschweigens fürchten zu müssen.

7 Vgl. für einen Fall der Verfahrensverzögerung: OLG Schleswig StV 2003, 379 f.
8 Vgl. BGH StV 2001, 4 (5).
9 *Meyer-Goßner* StPO, 49. Aufl. 2006, § 243 Rn. 11, 12.
10 BGH NStZ 1996, 80.
11 Zu den Einzelheiten siehe *Park* StV 2001, 589.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

E. WEITERE AKTIVITÄTEN IN DER HAUPTVERHANDLUNG

I. Befragung von Zeugen in der Hauptverhandlung

Um Zeugen sinnvoll befragen zu können, ist wiederum eine genaue Aktenkenntnis erforderlich. Nur so können »tödliche Fragen« vermieden, Widersprüche aufgedeckt und das umsichtig zu behandelnde »Beweismittel Zeuge« im Sinne der Verteidigung ausgeschöpft werden. Auch ist der Umstand auszunutzen, dass die Verteidigung eine Informationsquelle mehr als Gericht und Staatsanwaltschaft hat, ohne diese offen legen zu müssen, nämlich den Mandaten.

1. Vernehmungslehre

Zu beachten ist Folgendes: Die vom Zeugen verlangte Leistung, korrekte Wahrnehmung und korrekte Wiedergabe derselben, ist schwierig[12] genug, es sollten daher Fehler beim Abruf dieser Leistung vermieden werden. So kann durch die erste Ansprache, Vorstellung der eigenen Person, ein freundliches Gegenübertreten und die Form der Befragung die Aussagebereitschaft des Zeugen gefördert werden.

Bei der Form der Befragung hat man sich zunächst zu bemühen, die Sprache zu vereinfachen und kurze Sätze zu bilden, ungewollte Suggestionen sind zu vermeiden, ebenso Provokationen und starke Formulierungen, die Abwehr hervorrufen[13]. So sind auch vorzugsweise eindeutige Fragen zu stellen, z.B. keine negativen Fragen: »Wissen Sie nicht, ob er in der Nähe war?« Die Antwort, »nein«, ist vieldeutig und damit ohne Erkenntniswert. Außerdem ist die Folge derartiger Negativierung eine Verunsicherung und Beeinflussung; die Auskunftsperson meint je nach Betonung, es doch wissen zu müssen.

Die Verteidigung hat dann die Vernehmung des Zeugen durch den Vorsitzenden, die beisitzenden Richter, die Schöffen, den Vertreter der Staatsanwaltschaft, etwaige Nebenklägervertreter und Sachverständige in aussagepsychologischer und rechtlicher Hinsicht kritisch zu überwachen.

2. Beweiserhebungsverbot

Stehen der Vernehmung eines bestimmten Zeugen Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der von ihm zu erwartenden Erkenntnisse entgegen – zu denken ist etwa an Polizeibeamte, die gegen § 136a oder 136 StPO verstoßen haben und über den Inhalt der betreffenden Vernehmung gehört werden sollen –, ist der Einführung dieser Angaben von vornherein zu widersprechen. Dies kann schriftlich mit ausführlicher Begründung oder (natürlich) auch nur mündlich geschehen. Es sollte aber der Versuch unternommen werden, zu verhindern, dass derartige Erkenntnisse überhaupt Eingang in die Verhandlung finden.

Das Gericht hat dann im so genannten Freibeweisverfahren[14] zu entscheiden, ob ein Beweiserhebungsverbot besteht.

3. Belehrung

Vor der Befragung des Zeugen erfolgt dessen Belehrung.

a) Allgemeine Zeugenbelehrung nach § 57 StPO

Nach § 57 StPO werden die Zeugen vor der Vernehmung »zur Wahrheit ermahnt«. Sie werden darüber hinaus auf die Möglichkeit der Vereidigung und die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage hingewiesen.

Gerade weil nach der herrschenden Meinung ein Verstoß gegen § 57 StPO nicht revisibel sein soll, nicht einmal, wenn Belehrung vollständig fehlt[15], hat die Verteidigung schon in der Verhandlung Veranlassung, auf einer korrekten und vollständigen Belehrung zu bestehen.

b) Zeugnisverweigerungsrechte

Die in der Praxis wichtigen Zeugnisverweigerungsrechte sind die der Angehörigen, § 52 StPO, und Berufsgeheimnisträger, § 53 StPO. Man spricht hier von Zeugnisverweigerungsrechten, weil hier nicht nur die Auskunft auf einzelne Fragen, sondern das gesamte Zeugnis verweigert werden darf.

Der Verstoß hiergegen soll revisibel sein, weshalb sich bei etwaigen Verstößen – wenn dies nicht schon in der Verhandlung aus taktischen Gründen korrigiert werden soll – eine genaue eigene Dokumentation empfiehlt.

Zu beachten ist, dass das Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Angeklagten auch über den Zeitpunkt einer Abtrennung hinaus besteht, solange bezüglich der Entscheidung gegen den Angehörigen keine Rechtskraft eingetreten ist.

c) Auskunftsverweigerungsrecht, § 55 StPO

§ 55 StPO gesteht dem Zeugen zu, die Antwort auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm oder Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, verfolgt[16] zu werden. Nach einer grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[17] besteht ein Auskunftsverweigerungsrecht, wenn nur entweder die Bejahung oder die Verneinung der Frage eine Verfolgungsgefahr nach sich ziehen kann.

Das bedeutet, dass für die Beurteilung der Gefahr auf die Frage abzustellen ist, nicht auf die Antwort des Zeugen. Das Auskunftsverweigerungsrecht kann daher zum umfassenden Aussageverweigerungsrecht erstarken, wenn wegen des engen Sachzusammenhangs keine Fragen mehr denkbar sind, die zwar zur Sache gehören, aber für den Zeugen gefahrlos sind.

4. Zeugenbericht

Bevor dem Zeugen einzelne Fragen vom Gericht gestellt werden, ist ihm Gelegenheit zu geben, alles, was er vom Gegenstand der Vernehmung weiß, im Zusammenhang zu erzählen. Das sieht § 69 I 1 StPO ausdrücklich vor. Die Einhaltung dieser Vorschrift hilft, die Wiedergabeleistung des Zeugen zu optimieren. Etwaige Verstöße gegen § 69 I 1 StPO durch das Gericht sollte die Verteidigung nicht tolerieren.

5. Fragetechnik

Zur sachgerechten und erfolgreichen Ausübung des in § 240 II StPO statuierten Fragerechts des Verteidigers sind Grundkenntnisse der verschiedenen Fragetypen unabdingbar.

a) Offene Fragen

Eröffnungsfragen zu Beginn der Vernehmung »öffnen« auch wenig aussagebereite Personen. Hierzu gehören die so genannten »W-Fragen«, sie werden stets durch Fragefürwörter eingeleitet, die mit dem Buchstaben »w« beginnen: »Wer, was, wann, wohin, wo,

12 Die Schwierigkeiten können in diesem Rahmen nur stichwortartig erwähnt werden: Selektive Wahrnehmung – beschränkte Simultankompetenz (z.B. Konzentration auf Waffe), Fragenhäufung ist schon deshalb ein Fehler – Neigung zu Kombinationen und Rückschlüssen – wenn es einen normalen, üblichen Ablauf gibt, erzählen Menschen oft zunächst eher diesen, während der Ablauf, auf den es ankommt, nämlich der konkrete, erst auf Nachfrage berichtet wird.

13 Also nicht: »haben Sie getäuscht?«, sondern »Sie haben also gesagt, dass er da war, obwohl Sie sich nicht sicher waren?«.

14 Im Freibeweisverfahren kann das Gericht mit allen zugänglichen Erkenntnisquellen eine Entscheidung über Beweisverwertungsverbote oder andere verfahrensrelevante Umstände herbeiführen, vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 9) § 244 Rn. 7 – 9.

15 Vgl. nur *Meyer-Goßner* (Fn. 9) § 57 Rn. 7 m.w.N., dagegen mit Recht *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 5. Aufl. 2006 Rn. 1355: § 58 Vorschrift, »die zumindest auch der Wahrheitsfindung dienen soll«.

16 Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit bestehen, nach OLG Köln NJW 88, 2487 auch bei drohendem Disziplinarverfahren.

17 NJW 1999, 779.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

wie, wie viel, woran, worin, wodurch, welche«. Diese sind suggestionsfrei, sie öffnen den Gesprächspartner und dienen damit der Erlangung eines möglichst breiten Informationsflusses.[18]

b) Geschlossene Fragen

Zu den geschlossenen Fragen gehören »Ja/Nein-Fragen«. Diese bieten den letzten Ausweg bei Unwilligen und kommen als Kontrollfrage für richtiges Verständnis in Betracht.

6. Zulässigkeit von Fragen, § 241 StPO

Unzulässig sind nach § 241 II StPO »ungeeignete«, »nicht zur Sache gehörende« Fragen. »Ungeeignet« sind Fragen, die in tatsächlicher Hinsicht nichts zur Wahrheitsfindung beitragen können oder aus rechtlichen Gründen[19] nicht gestellt werden dürfen. »Nicht zur Sache gehörend« ist eine Frage, wenn kein Zusammenhang zur Schuld- oder zur Strafzumessungsfrage ersichtlich ist.

Auch Fragen des Angeklagten an den Mitangeklagten sind unzulässig, § 240 II 2 StPO.

Fragen müssen auf Tatsachen (vgl. § 244 II StPO) gerichtet sein. Der Zeuge kann also (nur) nach seinen Wahrnehmungen gefragt werden und nicht nach Rechtsfragen, Erfahrungssätzen, allgemeinen Eindrücken und Mutmaßungen. Daher ist im Rahmen der Befragung auch herauszuarbeiten, inwieweit der Zeuge noch eigene Wahrnehmung erinnert oder sein Bericht Rückschlüsse darstellt.

7. Beanstandung von Fragen

Für die Beanstandung einer Frage der in §§ 239 I, 240 II StPO genannten Verfahrensbeteiligten ist zunächst beim Vorsitzenden die Zurückweisung einer Frage als unzulässig oder nicht zur Sache gehörig zu beantragen. Gegen eine die Verteidigung belastende Vorsitzendenentscheidung nach § 240 II StPO ist ein mit Gründen zu versehender Gerichtsbeschluss nach § 238 II StPO zu beantragen. Werden Fragen der beisitzenden Richter oder des Vorsitzenden beanstandet, ist § 242 StPO die Rechtsgrundlage für einen Gerichtsbeschluss über die Zulässigkeit der Frage.

8. Verteidigungstaktik bei der Befragung

a) Belastungszeugen

Aussagen über selbst erlebte Vorgänge unterscheiden sich von erfundenen Aussagen durch inhaltliche Merkmale und Detailreichtum, daher empfiehlt sich für die Fragetaktik, in der zeitlichen Reihenfolge zu springen, um dem Zeugen seine Bewegung im Lügengebäude möglichst zu erschweren. Auch sind viele offene Fragen zu stellen, um Anknüpfungspunkte für weitere Fragen nach Details zu erhalten, mit denen Widersprüche aufgedeckt werden können.

Wenn die Einordnung des Zeugen unsicher sein sollte, empfiehlt es sich, die Fragen nicht frontal zu stellen, sondern abgestuft, und sich an die erhoffte Antwort heranzutasten. Geht die Antwort auf eine Vorfrage in die falsche Richtung, kann der Verteidiger seine Fragenkette noch abbrechen.

Es wird selten ein »o.k., ich habe gelogen« als Antwort vom Belastungszeugen zu erreichen sein. Als Ziel der Befragung kann daher die Antwort des Zeugen angestrebt werden: »erinnere nicht sicher, dass …«.

b) Entlastungszeugen

Beim Entlastungszeugen sind zunächst sorgsam die Fragen des Richters zu kontrollieren. Beinhaltete bereits der Zeugenbericht oder die Befragung anderer die entlastenden Umstände, sollte der Verteidiger kritisch prüfen, ob überhaupt die Notwendigkeit weiterer eigener Fragen besteht – die nächste Frage könnte immer auch eine »tödliche« sein.

9. Ungehindertes Fragerecht im Zusammenhang

Nach Art. 6 IIId MRK darf das Fragerecht der Verteidigung nicht ohne sachlichen Grund entzogen werden, alle zulässigen Fragen dürfen *im Zusammenhang* gestellt werden. Dementsprechend sollte einem Dazwischenreden und -fragen durch andere Beteiligte energisch entgegen getreten werden, jedenfalls dann, wenn ein sachlicher Grund für die Unterbrechung nicht unmittelbar erkennbar ist.[20]

10. Vereidigung

Am Ende der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen stellt sich die Frage der Vereidigung. Seit dem 1.9.2004[21] hat sich das Recht der Vereidigung von Zeugen grundlegend geändert. Zeugen werden nun gem. § 59 StPO nur noch vereidigt, wenn

- eine ausschlaggebende Bedeutung der Aussage gegeben ist

oder

- dies zur Herbeiführung einer wahren Aussage erforderlich ist.

Zur Auslegung dieser Begriffe im gerichtlichen Alltag hat sich bislang noch keine in allen Einzelfragen einheitliche Rechtsprechung gebildet.

So ist beispielsweise noch nicht einheitlich entschieden, ob das Erfordernis einer Anordnung des Vorsitzenden (§ 238 I StPO) über die Nichtvereidigung besteht[22] oder die Entscheidung über Nichtvereidigung begründet werden muss[23]. Jedenfalls – und das ist für die Verteidigung besonders wichtig – ist für ein Angreifen der Anordnung über die Vereidigung mit der Revision stets das Herbeiführen einer gerichtlichen Entscheidung nach § 238 II StPO zu empfehlen.[24]

In bestimmten Fällen bietet ein Antrag auf Vereidigung die Möglichkeit, vom Gericht noch vor der Urteilsverkündung eine Einschätzung bestimmter Zeugenaussagen zu erhalten (§ 59 StPO, »ausschlaggebende Bedeutung«, diese sollte beispielsweise in den Fällen von »Aussage gegen Aussage« gegeben sein).

11. Entlassung von Zeugen

Im Anschluss an seine Vernehmung und die Entscheidung über die Vereidigung wird der Zeuge vom Vorsitzenden entlassen, nachdem Staatsanwaltschaft, Angeklagter und Verteidiger hierzu gehört worden sind (§ 248 StPO).

Der Verteidiger sollte der Entlassung widersprechen und, falls nötig, einen Beschluss nach § 238 II StPO herbeiführen, wenn er noch Fragen an den Zeugen stellen will oder dies nicht ausschließen kann. Dies gilt insbesondere für das Abwarten weiterer Beweisergebnisse.

18 Die Ausnahme: »Warum?« (auch: wozu, wieso?) leitet keine offene Frage ein, sie erzeugt Rechtfertigungsdruck, vorsichtiger ist: »was war der Grund dafür, dass …?«.

19 Z.B. Frage nach dem Wohnort im Fall von § 68 II, III StPO oder Fragen im Sinne von § 68a StPO.

20 Zwar ergibt sich aus BGH NStZ 95, 143 eine Fallkonstellation, in der eine zulässige Unterbrechung des Fragerechts vom Bundesgerichtshof anerkannt wurde, aus der dieser Entscheidung zu Grunde liegenden besonderen Fallgestaltung lässt sich jedoch nicht der allgemeine Grundsatz ableiten, es bestehe grundsätzlich kein Recht, eine einmal begonnene Zeugenbefragung ohne Unterbrechung zu Ende zu führen. In dem entschiedenen Fall wollte sich aber der bis dahin schweigende Mitangeklagte erstmalig zur Sache äußern, das Verfahren gegen ihn sollte dann abgetrennt werden, die Verteidigung wollte auch ihn noch vor der Abtrennung hören.

21 1. Justizmodernisierunggesetz v. 24.8.2004, BGBl. I S. 2198; bis zum Inkrafttreten sah das Gesetz die Vereidigung von Zeugen als regelmäßige Folge vor.

22 Stets erforderlich: BGH StV 2005, 200, dem folgend BGH NStZ-RR 2005, 208 und BGH StraFo 2005, 244; dagegen BGH NStZ 2006, 114: »Senat neigt zu der Auffassung, eine Entscheidung des Vorsitzenden nur dann ins Protokoll aufzunehmen, wenn er vom Regelfall abweichen und den Zeugen vereidigen will« und BGH NJW 2006, 388: »ausdrückliche Entscheidung der Nichtvereidigung nur, wenn ein Verfahrensbeteiligter Antrag auf Vereidigung stellt; ansonsten keine ausdrückliche Entscheidung erforderlich, da gesetzlicher Regelfall der Nichtvereidigung«.

23 So BGH StraFo 2005, 244 (Entscheidung muss aber ins Protokoll), offen gelassen von: BGH NStZ 2006, 463.

24 Vgl. BGH StV 2005, 200; BGH NJW 2006, 388; BGH NStZ-RR 2005, 208.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

II. Beweisanträge

Der Beweisantrag ist neben der Befragung von Zeugen und Sachverständigen das zentrale Instrument der Verteidigung, um auf die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen.

Diese Aufgabe kann ein »Antrag« der Verteidigung, gerichtet auf die Ausschöpfung eines bestimmten Beweismittels, nur erfüllen, wenn er mindestens zwei Voraussetzungen erfüllt: Es muss eine bestimmte Beweistatsache und ein bestimmtes Beweismittel benannt werden.

1. Beweisbehauptung

Die Benennung einer »bestimmten« Beweistatsache bedeutet zunächst, dass diese nicht nur für möglich gehalten wird. Darüber hinaus können nur Tatsachen[25] Gegenstand eines Beweisantrags sein. Sollen bestimmte Bewertungen ermöglicht werden, kann die Grundlage hierfür unter Beweis gestellt werden. Das bedeutet, dass beispielsweise bei Anträgen, gerichtet auf die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen, Behauptungen Gegenstand des Antrages sein können, die Lügen dieses Zeugen nachweisen.

Dem Beweisantragsteller ist es grundsätzlich nicht verwehrt, auch solche Tatsachen unter Beweis zu stellen, die er lediglich für möglich hält oder nur vermutet.[26] Er muss auch die Quelle, aus der sich ergibt, wie er zu einer bestimmten Behauptung kommt, nicht angeben.

2. »Konnexität«

Eine Ausnahme soll nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[27] in den Fällen gelten, in denen ein Zusammenhang zwischen dem Beweismittel und der Beweistatsache nicht erkennbar ist. Hier wird gefordert, dass die Verteidigung auch Angaben zur Konnexität, also zum Zusammenhang – jedenfalls auf eine Nachfrage des Gerichts – macht.

3. Beweismittel

Als Beweismittel kommen (natürlich) die Beweismittel der StPO in Betracht. In einem Beweisantrag ist dieses so zu präzisieren, dass es vom Gericht individualisiert und ggfs. genutzt werden kann. Bei Zeugen bedeutet dies, dass die Benennung der Adresse zwar natürlich wünschenswert ist, es aber auch ausreicht, wenn die Ermittlung der Adresse dem Gericht ohne großen Aufwand möglich ist. Entsprechendes gilt für Urkunden, wenn diese nicht dem Beweisantrag schon beigefügt werden können.

4. Beweisanregung

Es sind Fälle denkbar, in denen erst die weitere Aufklärung und Beweiserhebung zeigt, ob noch Erkenntnisse aus anderen Quellen zu schöpfen sein könnten. Ob derartige Schritte in der Hauptverhandlung gegangen werden, entscheidet zunächst das Gericht, § 244 II StPO. Muss die Verteidigung feststellen, dass dies nicht in ausreichendem Maße geschieht, hat sie die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts zu aktualisieren. Das kann dann auch durch so genannte Beweisanregungen gesehen, die zum Ziel haben können, bestimmte Erkenntnisquellen erst zu ermitteln[28], so etwa aus einer größeren Anzahl von möglichen Zeugen oder Urkunden. Hierauf gerichtete Begehren der Verteidigung sind keine Beweisanträge (weil das konkrete Beweismittel oder die konkrete Beweisbehauptung – noch – nicht genannt werden kann) und unterfallen nicht dem strengen Ablehnungskatalog des § 244 III StPO, sondern stellen so genannte Beweisanregungen dar.

Das Gericht ist zu einer förmlichen Bescheidung nicht verpflichtet[29], war das Begehren der Verteidigung aber für die Schuld- oder Strafzumessungsfrage wesentlich, stellt es einen – revisiblen – Verstoß gegen § 244 II StPO dar, wenn das Gericht der Anregung der Verteidigung nicht gefolgt ist. Auch gebieten es die Grundsätze des fairen Verfahrens und der Fürsorgepflicht dem Gericht, mitzuteilen, ob und warum es einer Beweisanregung nicht nachkommen will.[30] Eine solche Mitteilung kann den Einstieg in ein informatives Gespräch über den Stand der Beweisaufnahme darstellen.

Da, wie oben bereits ausgeführt, die Verteidigung mit einem förmlichen Beweisantrag auch unter Beweis stellen darf, was sie nur für möglich hält, sollte stets mit einer geeigneten Formulierung versucht werden, einen Antrag, und nicht nur eine Anregung, zu formulieren.

III. Gegenvorstellungen

In vielen Fällen sieht die StPO kein Rechtsmittel gegen ablehnende Entscheidungen des Gerichts vor. Vor allem bei der Ablehnung von Beweisanträgen kann aber das Bedürfnis bestehen, gegen die Entscheidung noch Argumente vorzubringen. Hier kann dann eine so genannte, nicht gesetzlich geregelte, Gegenvorstellung helfen, die Position der Verteidigung (auch für die Revision) klarzustellen.

IV. Erklärungsrecht, § 257 StPO

Nach § 257 StPO haben der Angeklagte und sein Verteidiger das Recht, nach jeder Beweiserhebung Erklärungen abzugeben. Dieses Recht kann etwa dazu genutzt werden, um nach einer Zeugenvernehmung auf Widersprüche hinzuweisen oder darauf, dass bestimmte, für die Anklage wesentliche Punkte durch diese Beweiserhebung gerade nicht gestützt wurden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann eine Verwirkung des Rügerechts die Folge sein, wenn der Verwertung eines Beweismittels nicht rechtzeitig widersprochen wird[31]. Einzelheiten hierzu sind nicht endgültig geklärt[32], es ist aber der eindeutige Rat zu geben, spätestens zum Zeitpunkt des § 257 StPO einer Verwertung des für unzulässig gehaltenen Beweismittels zu widersprechen.

V. Beanstandung der Verhandlungsleitung

Die Verhandlungsleitung obliegt dem Vorsitzenden, § 238 I StPO. Dessen Anordnungen können aber zur Überprüfung durch das Gericht[33] gestellt werden, indem eine Beanstandung vorgebracht wird, § 238 II StPO. Diese Vorschrift muss schon deshalb bekannt sein, weil auch sie eine Kommunikation zwischen Verteidigung und Gericht bei wichtigen Fragen eröffnen kann. Außerdem ist der absolute Revisionsgrund nach § 338 Nr. 8 StPO in Fällen der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung nur gegeben, wenn diese Beschränkung durch einen Beschluss des Gerichts und eben nicht nur durch eine bloße Anordnung des Vorsitzenden geschieht.

VI. Protokollierungsanträge

In einer strafrechtlichen Hauptverhandlung wird ein Wortprotokoll nicht geführt.[34] Am Amtsgericht wird von der Hauptver-

25 Der Begriff ist hier derselbe wie oben Teil 3 F.I. 7.
26 BGH StV 2006, 458 f.
27 BGH NStZ 1998, 97 f.
28 Sog. »Beweisermittlungsanträge«, die man besser »Beweisermittlungsanregungen« nennen sollte.
29 BGHSt 6, 128 f.; BGH NStZ 1982, 296 f.
30 Vgl. BGHSt 30, 130 (142).
31 BGHSt 38, 214.
32 ZT wird vertreten, dass das Unterlassen eines Widerspruchs nur bei Verstößen gegen nicht zwingende Verfahrensvorschriften zu einer Verwirkung des Rügerechts führen kann, vgl. *Eisenberg* (Fn. 15) Rn. 2148.
33 Auch in den Fällen einer Verhandlung vor dem Einzelrichter.
34 Obwohl dies wünschenswert wäre und im Schrifttum auch immer wieder gefordert wird. Freilich ist die Verteidigung nicht gehindert, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Das Gericht kann dann eine wörtliche Protokollierung wesentlicher Teile oder sogar aller Aussagen anordnen; denkbar ist in diesen Fällen auch die Aufzeichnung des gesprochenen Worts in der Hauptverhandlung auf Tonträger und deren Transskription.

Jobname: JA_1-2008.3d 7.12.2007 09:41:48 Uhr

handlung ein so genanntes Inhaltsprotokoll (vgl. § 273 II StPO[35]) erstellt, am Landgericht erfolgt nur eine Protokollierung der wesentlichen Förmlichkeiten (§ 273 I StPO).

Nach § 273 III StPO kann die Protokollierung beantragt werden, wenn es auf den Wortlaut einer Aussage oder Äußerung (und eben nicht nur auf deren Inhalt) ankommt. Eine weitergehende Grundlage für Protokollierungsanträge bieten § 183 GVG i.V.m. Nr. 136 RiStBV beim Verdacht von Straftaten in der Sitzung und §§ 253 und 254 StPO i.V.m. § 255 StPO bei der protokollierungsbedürftigen Verlesung zur Klärung von Widersprüchen und Gedächtnislücken und von Geständnissen.

VII. Absprache im Strafverfahren und »Deal«

»Deal« und »Absprache« im Strafprozess entziehen sich dadurch, dass sie in allen Verfahrensstadien vorkommen und nahezu jeden zur Klärung in einem Strafverfahren anstehenden Problembereich betreffen können, einer klaren Definition. Grundsätzlich ist mit der Bezeichnung »Absprache« gemeint, dass die Verfahrensbeteiligten, in der Regel also Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung, eine Einigung über das Ergebnis des Prozesses erzielen und für das regelmäßig abzulegende (Teil-)Geständnis ein Rabatt bei der Strafhöhe gewährt wird.

Dies war im Hinblick auf seine Zulässigkeit und seine mögliche prozessdogmatische Rechtfertigung bereits Gegenstand einer Vielzahl von Veröffentlichungen. Seine erhebliche Bedeutung in der Rechtsanwendung unterliegt keinem Zweifel. Für eine Bewertung dieses Zustands ist hier kein Raum. Zu begrüßen ist, dass in jüngerer Zeit Fehlentwicklungen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegengewirkt werden soll.[36]

Nach der in BGHSt 43, 195 veröffentlichten Entscheidung steht fest, dass derartige prozessuale Absprachen nur dann als rechtmäßig angesehen werden, wenn wenigstens ihre wesentlichen Bestandteile in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert und ins Protokoll aufgenommen werden und ein Rechtsmittelverzicht nicht zur Bedingung gemacht wird. Dann darf das Gericht für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze, die es ohne wesentliche Änderung der Entscheidungsgrundlage[37] nicht überschreiten wird, zusichern. Nach BGH StV 2005, 311[38] wird nunmehr darüber hinaus der protokollierte Hinweis[39] gefordert, dass das Urteil trotz der Absprache mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann.

Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat in seinem Beschluss vom 3.3.2005 seine Ausführungen mit der Aufforderung an den Gesetzgeber geschlossen, »die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln«. Mittlerweile liegen auch Vorschläge vor, wie eine solche Regelung aussehen könnte. Es ist also damit zu rechnen, dass die bisher bestehende Praxis einen gesetzlichen Rahmen erhält.[40]

VIII. »Konfliktverteidigung«

Der »Konflikt« im Sinne widerstreitender Interessen wird schon vom Gesetz vorgesehen. Die Staatsanwaltschaft ist bei Fertigung der Anklage von »genügendem Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage« durch die Ermittlungen ausgegangen (§ 170 I StPO). Das Gericht, das über die Eröffnung beschließt, meint nach der Bewertung des Akteninhalts, dass der Angeschuldigte »nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens« »einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint« (§ 203 StPO). Ein hinreichender Tatverdacht soll bei vorläufiger Tatbewertung in der Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung bestehen.

Damit kann nur bei großem Idealismus geglaubt werden, dass von einer »Nullhypothese«, also davon, dass der Angeklagte unschuldig sei, zu Beginn der Hauptverhandlung ausgegangen wird. Die Aufgabe der Verteidigung kann sich daher nicht darauf beschränken, in einem vorgeblich offenen, gleichberechtigten, kontradiktorischen Verfahren an der Suche nach der »Wahrheit« beteiligt zu sein.

Es wird vielmehr so sein, dass dem Verteidiger in den meisten Fällen die Aufgabe zukommt, einen Zug, der auf eine Verurteilung zufährt, aufzuhalten. Dies gilt in den Fällen einer Freispruchsverteidigung uneingeschränkt. Es können aber auch in anderen Fällen ähnliche Schwierigkeiten auftauchen, etwa wenn Fragen des minder schweren Falles, der verminderten Schuldfähigkeit oder des Nichtvorliegens einzelner von mehreren Tatbeständen streitig sind.

Diese schon von diesen Regelungen der StPO vorgegebenen Nachteile für die Verteidigung (bis zur Hauptverhandlung[41]) werden noch verstärkt durch wahrnehmungspsychologische Effekte:

Nach der Theorie der kognitiven Dissonanz[42] streben Personen ein Gleichgewicht ihres kognitiven Systems an. Alle Kognitionen, also auch Faktenwissen, sollen möglichst zueinander passen. Auf Grund des Studiums der Verfahrensakte kommt es daher zu einer Vorprägung und es werden neue Informationen durch die Hauptverhandlung, wenn passend, überschätzt, wenn entgegenstehend, unterdrückt.

Eine Verteidigung, die sich dieser Ausgangsposition stellt und versucht, die Rechte des Beschuldigten zu wahren, ist daher keine »Konflikt« –, sondern eine sachgerechte Verteidigung.

35 Seit dem 1.9.2004 ist nach § 273 II 2 – 4 StPO eine Tonbandaufzeichnung im amtsgerichtlichen Strafverfahren ausdrücklich vorgesehen.

36 Wenngleich aus Sicht des Verteidigers einem Rechtsmissbrauch auch mit diesen Entscheidungen nicht wirksam entgegengewirkt werden kann.

37 Was dann einen entsprechenden rechtlichen Hinweis erforderlich machen würde.

38 Entscheidung des Großen Strafsenats, Besprechung von *Duttge/Schoop* StV 2005, 421.

39 Das Problem ist nur, dass vor denjenigen Gerichten, die sich auch in der Umsetzung von Absprachen rechtsstaatlich verhalten, eine solche Regelung, die letztlich ja nur eine regelgerechte Anwendung der bereits in BGHSt 43, 195, genannten Grundsätze bedeutet, nicht nötig ist, und vor den anderen Gerichten diese Regulierung nicht greift, weil dort Voraussetzung ist, nur außerhalb des Protokolls und mit Rechtsmittelverzicht zu »dealen«. Der grundsätzlich richtige Hinweis, man dürfe sich als Verteidiger hieran eben nicht beteiligen, geht dann fehl, wenn die Interessenlage des Mandanten ein entsprechendes Verhalten alternativlos erscheinen lässt.

40 Es liegen vor ein Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer (ZRP 2005, 235) und so genannte »Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht« der Generalstaatsanwaltschaften, NJW Heft 1 – 2/2006, XVI. Der Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer ist auf harte Kritik des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins getroffen, vgl. StraFo 2006, 89.

41 Trotz der dargestellten erheblichen Relevanz, die dem Akteninhalt zukommt, ist dessen Zustandekommen nahezu ausschließlich in die Hände der Ermittlungsbehörden und dort wesentlich der Polizei, gelegt. Mitwirkungs- oder auch nur Teilnahmerechte der Verteidigung an Untersuchungshandlungen existieren de lege lata nur in sehr geringem Umfang.

42 Zum sog. Inertia-Effekt vgl. *Barton* StraFo 93, 11.